Zu den Auswirkungen der Insolvenz eines ARGE-Gesellschafters auf nicht vollendete Bauvorhaben

Nikolaus Weselik

Im ersten Halbjahr 2016 ist die Zahl der Firmenpleiten im Vergleich zur Vorjahresperiode um fast 8 % gestiegen. Am stärksten betroffen ist nach wie vor der Bausektor mit einem Zuwachs von 19 %. Allein hier schlittern zurzeit durchschnittlich 23 von 1.000 Branchenunternehmen in die Insolvenz.[1] Die Baubranche ist nicht nur besonders insolvenzanfällig, die Insolvenzeröffnung über einen Beteiligten führt auch zu erheblichen Schwierigkeiten bei der weiteren Abwicklung von Bauvorhaben. Häufig stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, welche Auswirkungen die Insolvenz eines ARGE-Gesellschafters auf noch nicht vollständig erfüllte Bauverträge hat. Dabei zeigt sich in der Praxis, dass gerade in diesen Fällen entsprechende vertragliche Regelungen von besonderer Bedeutung sind. Der vorliegende Beitrag behandelt einerseits die rechtlichen Folgen der Insolvenzeröffnung über einen ARGE-Gesellschafter, zeigt aber andererseits auch Möglichkeiten der Vertragsparteien auf, sich vor den Nachteilen der Insolvenz des Vertragspartners so gut als möglich abzusichern.[2]

1. Die insolvenzrechtlichen Rahmenbedingungen

Beim zwischen ARGE und Auftraggeber geschlossenen Bauvertrag handelt es sich typischerweise um einen Werkvertrag. Der Werkunternehmer (Auftragnehmer) verpflichtet sich gegenüber dem Werkbesteller (Auftraggeber) zur Herstellung eines bestimmten Bauwerks, das vom Auftragnehmer entweder selbst oder unter seiner persönlichen Verantwortung von einem Subunternehmer hergestellt wird. Der Auftraggeber schuldet seinerseits den Werklohn.[3]

Nachdem der Gesetzgeber an die Insolvenzeröffnung keine unmittelbaren Folgen für Werkverträge geknüpft hat, gilt als Grundregel, dass Bauverträge durch die Insolvenzeröffnung nicht berührt werden,[4] also grundsätzlich auch nach Insolvenzeröffnung unverändert weiter bestehen und von beiden Seiten zu erfüllen sind.

Wenn nun die ÖNORM B 2110 (Ausgabe: 13. 5. 2013) in Punkt 5.8.1 unter anderem regelt, dass jeder Vertragspartner berechtigt ist, mit sofortiger Wirkung vom Vertrag zurückzutreten, *„wenn über das Vermögen des anderen Vertragspartners ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und die gesetzlichen Vorschriften den Rücktritt vom Vertrag nicht untersagen"*, so weckt diese Formulierung den Anschein, als sei ein insolvenzbedingter Rücktritt des Auftraggebers in der Insolvenz des Auftragnehmers regelmäßig möglich. Dies ist aber nicht der Fall. Es trifft das Gegenteil zu,[5] denn der Gesetzgeber verfolgte mit dem IRÄG 2010[6] das Ziel, bessere Rahmenbedingungen für die Sanierung und Fortführung des insolventen Unternehmens zu schaffen und die Sanierung nicht durch die Auflösung wichtiger Verträge zu gefährden.[7] § 25b Abs 2 IO Insolvenzordnung (IO) verbietet demnach die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der Vertragsauflösung für den Fall der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Vertragspartners, und zwar unabhängig davon, ob das insolvente Unternehmen fortgeführt werden soll oder nicht.

Etwas enger gestaltet ist hingegen § 25a IO, der nur im Falle der Gefährdung der Fortführung des Unternehmens anwendbar ist. § 25a IO regelt, dass der Vertragspartner mit dem Schuldner geschlossene Verträge bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur aus wichtigem Grund auflösen kann. Ausdrücklich nicht als wichtiger Grund gilt dabei die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners oder der Verzug des Schuldners mit der Erfüllung von vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Forderungen. Erlaubt ist die Auflösung von Verträgen erst, wenn sie zur Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile des Vertragspartners unerlässlich ist (§ 25a Abs 2 Z 1 IO).

Der weitreichenden Vertragsauflösungssperre des Vertragspartners steht das Wahlrecht des Insolvenzverwalters, von noch nicht erfüllten, zweiseitigen Verträgen zurückzutreten, gegenüber.[8] § 21 IO gibt dem Insolvenzverwalter dadurch die alleinige Möglichkeit, sich zum Schutz der Insolvenzgläubiger von ungünstigen Verträgen zu lösen.[9]



Dr. Nikolaus Weselik
ist Rechtsanwalt und Partner einer Rechtsanwälte-GmbH mit dem Sitz in Wien. Er leitet den Fachbereich für Bau und Immobilien.

1 *Creditreform*, Insolvenzstatistik Österreich 1.1. bis 30.6.2016, online abrufbar unter https://www.creditreform.at/presse/insolvenzstatistik-oesterreich.html.

2 Dieser Fachartikel ist unter maßgeblicher Mitarbeit von Frau Mag. *Theresa Ganglbauer* entstanden.

3 *Weselik/Hussian*, Praxisleitfaden: Der österreichische Bauvertrag (2011) 47.

4 *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 21 KO Rz 1.

5 *Nitsche*, Die Rücktrittsklausel im Bauvertrag für den Fall der Insolvenz, in *Heck/Mauerhofer*, Insolvenz am Bau – eine rechtliche und bauwirtschaftliche Betrachtung (Tagungsband 7. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar, 2014) 53 (61).

6 Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, BGBl I 2010/29.

7 ErlRV 612 BlgNR 24. GP, 1 f.

8 Da es sich bei Gesellschaftsverträgen um keine zweiseitigen Verträge handelt, kann der Insolvenzverwalter vom ARGE-Gesellschaftsvertrag nicht zurücktreten. Seit der GesBR-Reform führt die Insolvenz eines Gesellschafters aber ohnehin zur Auflösung der ARGE; siehe dazu unten.

9 Vgl dazu Punkt 3.

2. Die Insolvenz eines ARGE-Gesellschafters

2.1. Allgemeines

Für die Durchführung größerer Bauvorhaben ist es üblich, dass sich mehrere Bauunternehmen zu einer ARGE zusammenschließen. Die ARGE stellt aus rechtlicher Sicht eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR) dar, der keine eigene Rechtsfähigkeit zukommt.[10] Träger von Rechten und Pflichten sind die Gesellschafter, nicht jedoch die ARGE selbst. Schließt ein Auftraggeber mit einer Bau-ARGE einen Bauvertrag, werden daher die einzelnen Gesellschafter Vertragspartner des Auftraggebers.[11] Als solche können sie vom Auftraggeber für die Erfüllung der gesamten Verbindlichkeiten in Anspruch genommen werden (Solidarhaftung), und zwar so, als wären sie alleiniger Auftragnehmer.[12] Da aber insbesondere bei Bau-ARGEN jeder Gesellschafter meist eigene Teilleistungen erbringt,[13] sollte eine möglichst genaue Leistungsabgrenzung festgelegt und im Innenverhältnis eine nur anteilige Haftung für den abgegrenzten eigenen Leistungsteil vereinbart werden.[14] Die in Bauverträgen häufig enthaltene Vertragsklausel, wonach ARGE-Partner dem Vertragspartner solidarisch verpflichtet sind, dient dabei bloß als Klarstellung, dass die quotenmäßige Haftung nicht im Außenverhältnis gilt.

Während vor dem GesbR-RG[15] an die Insolvenzeröffnung über einen ARGE-Partner keine automatischen Rechtsfolgen geknüpft waren, führt eine Insolvenzeröffnung seit dem 1. 1. 2015 nun in drei Fällen zur *Ipso-iure*-Auflösung der Gesellschaft (§ 1208 Z 3 ABGB): Als Auflösungsgrund vorgesehen sind die Konkurseröffnung, die Abweisung der Insolvenzeröffnung mangels kostendeckenden Vermögens und die Umwandlung eines Sanierungs- in ein Konkursverfahren. Keinen Auflösungstatbestand hingegen stellt die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens dar.[16] Vor dem 1. 1. 2015 gab § 1210 ABGB alte Fassung den Mitgesellschaftern lediglich die Möglichkeit, den insolventen Partner aus der ARGE auszuschließen, während die Gesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern grundsätzlich bestehen blieb.

Wurde einmal mit den Bauarbeiten begonnen, werden aber in der Regel sowohl der Auftraggeber als auch die Mitgesellschafter an der Gesellschaft festhalten wollen. Gerade in diesem Stadium stellen ein nicht fertiggestelltes Bauprojekt oder auch nur ein längerer Baustopp wirtschaftlich oft ein *Worst-case*-Szenario dar.

10 OGH 13. 11. 1980, 7 Ob 620/80; 15. 12. 1980, 8 Ob 534/80; 25. 3. 2003, 1 Ob 110/02m. § 1175 Abs 2 ABGB regelt ausdrücklich: *„Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht rechtsfähig."*

11 ErlRV 270 BlgNR 25. GP, 17.

12 Eine ausdrückliche Regelung findet sich nunmehr in § 1199 Abs 1 ABGB.

13 Vgl hierzu *Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Vermögensordnung und Insolvenz, in FS Ch. Nowotny (2015) 413 (445).

14 Als gesellschaftsvertragliche Grundlage für eine Bau-ARGE wird in Österreich oft der von der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs ausgearbeitete Mustervertrag angewendet.

15 GesbR-Reformgesetz, BGBl I 2014/83.

16 ErlRV 270 BlgNR 25. GP, 22.

2.2. Fortsetzung durch die Gesellschafter

2.2.1. Grundsätzliche Bemerkungen

Zur Abwendung dieser Nachteile steht den übrigen Gesellschaftern die Möglichkeit offen, die Fortsetzung der Gesellschaft ohne den insolventen Partner zu beschließen (§ 1214 ABGB). Der Gesetzgeber verlangt hierfür einen einstimmigen Beschluss und die Erklärung gegenüber dem Masseverwalter, die Gesellschaft ohne den insolventen Partner fortsetzen zu wollen. Erst dann wird die aufgelöste Gesellschaft wieder zu einer werbenden.[17] Der insolvente Gesellschafter gilt mit dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung als aus der Gesellschaft ausgeschlossen und wird abgeschichtet. Ihm ist das in Geld auszuzahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhielte, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre (§ 1203 Abs 2 ABGB).

Fraglich ist, ob eine Fortsetzung der ARGE auch mit dem insolventen Partner möglich ist. Dafür spricht das Ziel des Gesetzgebers, insolvente Unternehmen grundsätzlich am Leben zu halten. Durch die Vertragsauflösungssperre der IO soll verhindert werden, dass dem Unternehmen wichtige Verträge wegfallen. Nach *Spitzer* ist – dem Vorbild der offenen Gesellschaft folgend[18] – auch bei der GesBR die Fortsetzung mit dem insolventen Gesellschafter möglich, wobei aber hier zusätzlich die Zustimmungserklärung des Masseverwalters und dessen Mitwirkung bei der weiteren Projektabwicklung nötig sind.[19] In der Praxis wird dies aber nur dann Sinn machen, wenn entsprechende Ressourcen zur Projekterfüllung des Gesellschafters trotz Insolvenz aufrechterhalten werden und zur Verfügung stehen.

2.2.2. Vorwegnahme der Fortsetzung im Gesellschaftsvertrag

Es ist vernünftig, Fortsetzungsbestimmungen bereits in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Eine derartige Regelung enthält zB Punkt 18.3 der von der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs ausgearbeiteten Geschäftsordnung 2016. Dieser lautet:

„Wird über das Vermögen einer Partnerfirma der Konkurs eröffnet oder dieser mangels Masse abgewiesen, so setzen die übrigen Partner die ARGE fort. ... Verbleibt in den genannten Fällen nur ein Partner, so übernimmt dieser den Geschäftsbetrieb der ARGE gemäß § 1215 ABGB im Wege der Gesamtrechtsnachfolge."

Durch diese Regelung führt die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern der insolvente Gesellschafter wird sogleich mit Konkurseröffnung aus der Gesellschaft ausgeschlossen. Sofern die ARGE nur aus zwei Gesellschaftern bestanden hat und nach Ausscheiden des insolventen Gesellschafters nur ein Partner übrig bleibt, kommt

17 Vgl hierzu *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 141 Rz 8, wobei die Auflösung nicht nachträglich wieder wegfällt.

18 *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 141 Rz 1.

19 *Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 420.

es gemäß § 1215 ABGB zur Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter, denn eine ARGE muss mindestens aus zwei Gesellschaftern bestehen (§ 1175 Abs 1 ABGB).

Derartige Fortsetzungsbestimmungen stehen in keinem Widerspruch zu § 25b IO und sind daher unbedenklich.[20] Anderes gilt für Vereinbarungen, wonach die Gesellschaft unter Beteiligung des insolventen Gesellschafters fortgeführt wird.[21] Zusammenfassend bedeutet dies daher, dass vorweggenommene Regelungen des Fortsetzungsbeschlusses ohne den insolventen Gesellschafter zulässig sind[22] und nach herrschender Ansicht auch bereits im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden können,[23] ein vorweggenommener Fortsetzungsbeschluss mit dem insolventen Gesellschafter aber ohne Zustimmung des Masseverwalters unzulässig ist.

Da der Auftraggeber oftmals keine Einsichtsmöglichkeit in den ARGE-Vertrag haben wird und somit auch nicht weiß, ob die Gesellschafter bereits vorweg einen Fortsetzungsbeschluss gefasst haben, hat er ein besonderes Interesse, sich vertraglich abzusichern. Er kann zB im Bauvertrag eine Regelung treffen, die ihm die Möglichkeit offenhält, bei Änderungen der Gesellschafterzusammensetzung vom Vertrag zurückzutreten, oder sich für diesen Fall sonstige Rechte vertraglich vorbehalten.

2.2.3. Haftung für gesellschaftsbezogene Verbindlichkeiten

Für den Fall, dass die Gesellschafter die ARGE ohne den insolvenzverfallenen Gesellschafter fortsetzen, regelt § 1201 ABGB, dass die gesellschaftsbezogenen, nicht höchstpersönlichen Rechtsverhältnisse vom ausscheidenden auf die verbleibenden Gesellschafter übergehen. Da diese Gesellschafternachfolge[24] für den Auftraggeber den Verlust eines Vertragspartners bedeutet, bedarf sie grundsätzlich seiner Zustimmung (§ 1201 Abs 3 ABGB): Er kann binnen drei Monaten ab Verständigung der Vertragsübernahme widersprechen. Das Widerspruchsrecht des § 1201 Abs 3 ABGB ist jedoch dispositiv und könnte daher ebenfalls vertraglich abbedungen werden.[25]

Widerspricht der Auftraggeber der Übernahme des Vertragsverhältnisses durch die verbleibenden Gesellschafter, so bleibt der Bauvertrag mit dem insolventen Gesellschafter trotz Ausscheidens aus der ARGE bestehen (§ 1201 Abs 3 Satz 3 ABGB). Er haftet dann grundsätzlich für Alt- und Neuverbindlichkeiten unverändert weiter, der Widerspruch führt aber dennoch nicht endgültig dazu, dass der Auftraggeber Erfüllung verlangen kann, da in diesem Fall ein Rücktritt des Masseverwalters nach § 21 IO in Betracht kommt.[26]

Äußert sich der Auftraggeber nicht oder widerspricht er der Vertragsübernahme nicht, so verliert der Auftraggeber seinen Erfüllungsanspruch gegenüber der Insolvenzmasse. Davon unberührt bleibt aber eine allfällige Haftung des ausscheidenden Gesellschafters für Altverbindlichkeiten: § 1202 ABGB normiert eine ausdrückliche Nachhaftung für Verbindlichkeiten, die innerhalb von fünf Jahren nach dem Ausscheiden des Gesellschafters fällig werden. Die Ansprüche daraus verjähren binnen der für sie geltenden Verjährungsfrist, spätestens aber nach drei Jahren. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der ausgeschiedene Gesellschafter acht Jahre lang mit einer allfälligen Inanspruchnahme durch den Auftraggeber rechnen muss, ein solcher Anspruch aber im Hinblick auf die Insolvenz in der Regel nicht einbringlich zu machen sein wird.

Genauso wie die Vorbildbestimmung des § 39 UGB ist die Nachhaftung des § 1202 ABGB insofern zwingend, als sie im Gesellschaftsvertrag zwischen den Gesellschaftern nicht ausgeschlossen werden kann. Im Bauvertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ist sie aber abdingbar.[27]

2.3. Auflösung und Liquidation der ARGE

Beschließen die Gesellschafter hingegen keine Fortsetzung der Gesellschaft, so wird sie aufgelöst und die Auflösung der Gesellschaft führt zur Liquidation. Die Durchführung der Abwicklung obliegt – sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist – den Gesellschaftern als Liquidatoren. Anstelle des insolventen Gesellschafters nimmt dann der Insolvenzverwalter dessen Position ein (§ 1216b Abs 1 ABGB). Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beenden und die Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen (§ 1216c Abs 1 ABGB). § 1216a Abs 1 ABGB regelt aber, dass gesellschaftsbezogene Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu Dritten durch die Auflösung in ihrem Fortbestand nicht berührt werden, sofern mit dem Dritten nicht anderes vereinbart ist. Für den Auftraggeber bedeutet das, dass sein Bauvertrag grundsätzlich aufrechtbleibt[28] und erfüllt werden muss.[29]

Die gesetzliche Formulierung geht davon aus, dass vertragliche Regelungen über die Vertragsauflösung für den Fall der Liquidation der ARGE zulässig sind.[30] Eine für den Auftraggeber vorteilhafte Regelung könnte hier vorsehen, auch in der Insolvenz seines Vertragspartners zwischen Fortsetzung und Auflösung des Vertrages wählen zu können. *Mohr* hält derartige Vereinbarungen für zulässig, weist aber darauf hin, dass die Klausel nur gegenüber den solventen Gesellschaftern, aufgrund des § 25b IO nicht jedoch gegenüber dem Insolvenzverwalter Gültigkeit hat. Eine Auflösung des Vertrages mit den übrigen Gesellschaftern, wenn der Vertrag mit dem Insolvenzverwalter auf-

20 Dazu ausführlich *Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 420.
21 *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I[4], § 131 Rz 18.
22 *Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 452.
23 *Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 452.
24 ErlRV 270 BlgNR 25. GP, 19.
25 ErlRV 270 BlgNR 25. GP, 19.
26 Vgl hierzu Punkt 3.
27 *Brückl* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I[4], § 39 Rz 17.
28 Vgl hierzu *Mohr*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Die Neuerungen aus insolvenzrechtlicher Sicht, in *Clavora/Kapp/Mohr*, Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016 (2016) 213 (219).
29 *U. Torggler* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I[4], § 149 Rz 18.
30 Vgl hierzu ebenfalls *Mohr*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 219 f.

rechtbleibt, wird hingegen meist wenig sinnvoll sein. Der Auftraggeber wäre dann im Ergebnis an einen insolventen Vertragspartner gebunden.

3. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 21 IO

3.1. Allgemeines

Wenn der Bauvertrag im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Insolvenzmasse weiterhin aufrecht ist und von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt wurde, räumt § 21 Abs 1 IO dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht ein, entweder anstelle des insolventen Gesellschafters den Vertrag zu erfüllen und das Bauwerk zu vollenden oder vom Vertrag zurückzutreten. Die Geltendmachung dieses Wahlrechts steht dem Insolvenzverwalter alleine, das heißt unabhängig von der Zustimmung der Mitgesellschafter zu.[31]

3.2. Vertragserfüllung

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter für die Vertragserfüllung, so bleibt der Bauvertrag auch nach Insolvenzeröffnung unverändert aufrecht und dies bedeutet, dass sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer ihren vertraglichen Verpflichtungen weiterhin nachkommen müssen. Der Auftraggeber wird dann zum Massegläubiger, die Verpflichtung des Bauunternehmers zur Masseschuld (§ 46 Abs 1 Z 4 IO), die vollständig und vor anderen Verbindlichkeiten zu bedienen ist.[32] Genauso wie bei der Fortsetzung der ARGE ist davon auszugehen, dass der Insolvenzverwalter den Eintritt in den Bauvertrag nur dann wählen wird, wenn er dazu infolge verfügbarer Ressourcen auch in der Lage ist. Ein Vertragseinritt ist dabei umso wahrscheinlicher, je weiter fortgeschritten die Bauarbeiten bereits sind.

3.3. Rücktritt vom Vertrag

Ist die weitere Vertragserfüllung faktisch nicht möglich oder nicht sinnvoll, entschließt sich der Insolvenzverwalter regelmäßig zum Rücktritt vom Vertrag. Die Ausübung des Rücktrittsrechts führt dann aber nicht zur kompletten Vertragsauflösung, sondern es unterbleibt nur die weitere Erfüllung des Vertrages, was zur Herauslösung der Masse aus dem Vertragsverhältnis führt.[33] Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer nicht mehr Erfüllung, das heißt Vollendung des Bauwerks verlangen, hat jedoch einen Schadenersatzanspruch, mit dem er als Insolvenzgläubiger auf eine bestimmte Quote im Insolvenzverfahren beschränkt ist.[34]

Beispiel[35]

Der Auftraggeber beauftragt den Bauunternehmer (Auftragnehmer) mit der Herstellung von 10 Häusern. Nachdem der Auftragnehmer bereits 9 von 10 Häusern fertiggestellt hat, verfällt er in die Insolvenz. Der Insolvenzverwalter tritt vom Vertrag zurück.

Da es sich beim gegenständlichen Bauvertrag um einen Vertrag über teilbare Leistungen (§ 21 Abs 4 IO) handelt,[36] kann der Masseverwalter sein Wahlrecht nur bezüglich des noch ausstehenden Hauses ausüben. Tritt er vom Vertrag zurück, so muss sich der Auftraggeber um eine Ersatzvornahme bemühen. Den hieraus entstehende Schaden kann er gemäß § 21 Abs 2 IO als Insolvenzforderung geltend machen.

Bis zur Entscheidung des Insolvenzverwalters ist es für den Auftraggeber unsicher, ob der Vertrag durch den Insolvenzverwalter weiter erfüllt wird oder sich der Auftraggeber im Ergebnis um einen neuen Vertragspartner bemühen muss. Seit dem IRÄG 2010 regelt § 21 Abs 2 IO für den Fall, dass der Schuldner zu einer nicht in Geld bestehenden Leistung verpflichtet ist (zB zur Erstellung eines Bauwerks) und sich mit der Leistung in Verzug befindet, dass sich der Insolvenzverwalter längstens binnen fünf Arbeitstagen ab Aufforderung des Auftraggebers zu einem allfälligen Rücktritt vom Vertrag erklären muss. Erklärt er sich in dieser Frist nicht, wird der Rücktritt angenommen. Für den Auftraggeber kann es daher vorteilhaft sein, einzelne Zwischentermine in den Bauvertrag aufzunehmen, denn ein Verzug mit der Einhaltung vereinbarter Zwischentermine berechtigt zur Aufforderung zur Äußerung. Der Auftraggeber hat so innerhalb von fünf Arbeitstagen Gewissheit über das weitere Schicksal des Bauvertrages.[37]

3.4. Schadenersatzanspruch gemäß § 21 Abs 2 IO

Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Vertrages, so bleibt der Bauvertrag zwischen dem Auftraggeber und der ARGE aufrecht. Nach *Welser/Graff* stehen den Mitgesellschaftern aber Ansprüche nach § 17 IO offen.[38] Erbringen sie Leistungen für die Masse und haben sie Regressansprüche, so können sie diese im Insolvenzverfahren als Insolvenzforderungen geltend machen.[39]

Tritt der Insolvenzverwalter hingegen vom Bauvertrag zurück, so ändert dies die Rechtsbeziehung zwischen dem Auftraggeber und der Insolvenzmasse. Die übrigen Gesellschafter bleiben dem Auftraggeber solidarisch zur Leistungserbringung verpflichtet,[40] können aber gegenüber der Insolvenzmasse wiederum Regressansprüche geltend machen, wenn sie den Vertrag erfüllen.[41] Können die Mitgesellschafter das Werk ohne den insolven-

31 *Welser/Graff*, Zum Rücktrittsrecht des Masseverwalters gem § 21 KO im Konkurs eines ARGE-Partners, GesRZ 1984, 121 (126).
32 Vgl *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 21 KO Rz 242 mwN.
33 *Welser/Graff*, GesRZ 1984, 124 f.
34 *Welser/Graff*, GesRZ 1984, 126.
35 Vgl hierzu *Kepplinger/Duursma*, Rücktritt des Masseverwalters vom Bauvertrag gem § 21 KO, wobl 2001, 33 (36); *Iro*, Das Zug-um-Zug-Prinzip im Insolvenzverfahren, RdW 1985, 101.
36 Ob eine Leistung teilbar ist oder nicht, bestimmt sich in erster Linie nach dem Willen der Vertragsparteien. Subsidiär kommt es dabei auf die Verkehrsauffassung an. In der Regel als teilbar anzusehen sind Leistungen, über die die Parteien die Legung von Teilrechnungen vereinbart haben.
37 *Nitsche*, Rücktrittsklausel, 62.
38 *Welser/Graff*, GesRZ 1984, 126.
39 *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 21 KO Rz 287.
40 *Welser/Graff*, GesRZ 1984, 126.
41 *Welser/Graff*, GesRZ 1984, 126.

ten Gesellschafter nicht mehr vollenden, so haben sie ihrerseits dem Auftraggeber in der Regel vollen Ersatz zu leisten. Dieser hat dann neben dem Schadenersatzanspruch gegen die Insolvenzmasse einen weiteren, möglicherweise werthaltigen Anspruch gegen die Mitgesellschafter.[42]

4. Auswirkungen auf den Haftungsrücklass

Im Bauvertrag wird häufig ein Haftungsrücklass für die Sicherung von Haftungsansprüchen vereinbart. Die ÖNORM B 2110 definiert den Haftungsrücklass in Punkt 8.7.3.1 als *„Sicherstellung für den Fall, dass der Auftragnehmer die ihm aus der Gewährleistung obliegende Pflicht nicht erfüllt"*. Der Begriff der Gewährleistungsansprüche wird in diesem Zusammenhang aber weit ausgelegt, sodass zB auch Mangelfolgeschäden erfasst sind.

Enthält ein Bauvertrag mit einer ARGE eine Haftrücklassvereinbarung, so soll dieser im Zweifel die Leistungsverpflichtung aller Schuldner absichern.[43] Um dies zu vermeiden, sollte vertraglich festlegt werden, dass der Haftrücklass nur bestimmte Leistungen erfassen soll.

In jenen Fällen, in denen der Bauvertrag mit dem Insolvenzverwalter auch nach Insolvenzeröffnung aufrechtbleibt – sei es, dass die ARGE mit dem Insolvenzverwalter fortgesetzt wird oder der Insolvenzverwalter in den Vertrag eintritt –, hat die Insolvenzmasse grundsätzlich auch für die Mängelbehebung einzustehen. Der Haftungsrücklass bleibt dann aufrecht. Der Auftraggeber kann dann dem Insolvenzverwalter gegenüber auch das Leistungsverweigerungsrecht ausüben.[44]

Tritt der Insolvenzverwalter hingegen vom Vertrag zurück, so kann der Auftraggeber – wie dargelegt – keinen Erfüllungsanspruch mehr geltend machen und ist auf Schadenersatzansprüche gemäß § 21 Abs 2 IO beschränkt. Da der Haftungsrücklass aber in der Regel keine Schadenersatzansprüche besichert, ist er herauszugeben, sofern keine Ansprüche wegen mangelhafter Erfüllung mehr bestehen.[45] Wird die ARGE hingegen von den Mitgesellschaftern fortgeführt, kann der Insolvenzverwalter den Haftungsrücklass nicht herausverlangen. Allenfalls steht jedoch die Möglichkeit offen, eine Bereicherung des Vertragspartners auf Kosten der Masse geltend zu machen.[46]

Zusammenfassung

Seit dem 1. 1. 2015 führt die Insolvenzeröffnung über einen ARGE-Gesellschafter zur Auflösung der Gesellschaft. Die Gesellschafter können jedoch die Fortsetzung der ARGE beschließen. Dieser Fortsetzungsbeschluss kann bereits im Gesellschaftsvertrag vorweggenommen werden. Beschließen die Gesellschafter keine Fortsetzung, so kommt es zur Auflösung und Abwicklung der ARGE.

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über einen Auftragnehmer hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf den Bauvertrag. Dem Insolvenzverwalter steht jedoch das Rücktrittsrecht nach § 21 IO zu. Dieser Rücktritt bewirkt aber keine Vertragsbeendigung, sondern bloß eine Herauslösung der Insolvenzmasse aus der weiteren Erfüllung. Der Auftraggeber hat gegenüber der Insolvenzmasse dann Schadenersatzansprüche. Die übrigen Gesellschafter sind dem Auftraggeber aber weiterhin zur Erfüllung verpflichtet, können gegenüber dem Insolvenzverwalter aber Regressansprüche geltend machen.

Wurde bei der Beauftragung der ARGE ein Haftrücklass im Bauvertrag vereinbart, kann der Insolvenzverwalter diesen auch nach seinem Rücktritt nicht herausverlangen, da die übrigen ARGE-Mitgesellschafter weiterhin zur Bauleistung verpflichtet bleiben. Er ist auf allfällige Bereicherungsansprüche gegen den Vertragspartner beschränkt.

42 *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 21 KO Rz 286.
43 *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 21 KO Rz 289.
44 *Spitzer/Binder* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴, § 1052 Rz 30.
45 Vgl *Kepplinger/Duursma*, wobl 2001, 38.
46 Vgl *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 21 KO Rz 289.

News – Aktuelles aus der Branche (Teil I)

Laendyard: Spatenstich für weitere 270 Wohnungen am Wiener Donaukanal

Inklusive der Wohnhausanlage „Wohnbau Süd", die bereits seit Frühjahr 2016 am selben Standort in Bau ist, entstehen im Quartier Laendyard bis 2018 somit in Summe rund 500 Miet- und Eigentumswohnungen – in bester Zentrumslage und in unmittelbarer Nähe zu den Naherholungsräumen Lände und Grünem Prater.

Am 6. 9. 2016 setzten *Daniel Jelitzka*, Geschäftsführer von JP Immobilien, *Florian Nowotny*, Vorstand der CA Immo, *Erich Hohenberger*, Bezirksvorsteher von Wien-Landstraße, und *Karl-Heinz Strauss*, CEO der PORR, den symbolischen ersten Spatenstich für das Projekt. Das von MALEK HERBST Architekten entworfene, rund 270 Eigentums- und Vorsorgewohnungen umfassende Wohnensemble aus sechs Gebäudeblöcken bildet die L-förmige Struktur des Areals, in dessen Mitte eine Neuinterpretation des traditionellen Dorfplatzes entsteht. Von Kleinwohnungen über großzügige Dachgeschoßwohnungen bis hin zu mehrgeschoßigen Townhouses mit Eigengärten ist ein breites Wohnraumspektrum verfügbar. Rund 1000 m² Fläche für Einzelhandel und Gastronomie runden das Angebot ab.

Von der Lage direkt am unverbaubaren Donaukanal werden sowohl die Wiener City als auch der Flughafen Wien in nur wenigen Minuten erreicht; die U-Bahn (U3) wie auch die Wirtschaftsuniversität Wien sind rund fünf Minuten Fußweg entfernt. Auch für Radfahrer liegt der Standort ideal am Knotenpunkt zweier überregionaler Fahrradwege. Der Grüne Prater ist dank einer vor dem Gebäude gelegenen Fußgänger- und Fahrradbrücke über die Lände nur einen Steinwurf entfernt.