

Chancen in der Krise

2009

CHANCEN IN DER KRISE

Der vorliegende Tagungsband fasst die Vorträge und Diskussionen des **9. P+P-Private-Equity-Wochenendes im Kloster Seon** für interessierte Mandanten, Kollegen und Freunde zusammen. Das P+P-Private-Equity-Wochenende fand dieses Jahr am 31. Januar und 1. Februar 2009 statt und stand ganz unter dem Thema „*Chancen in der Krise*“. In Ergänzung zur laufenden internen Ausbildung dient dieses jährlich stattfindende Private-Equity-Wochenende dem fachlichen Austausch sowohl im Kreise der P+P-Anwälte als auch mit P+P freundschaftlich verbundenen Hochschullehrern, Doktoranden, Referendaren und anderen Gästen. Den Beiträgen der Mitarbeiter von P+P vorangestellt ist die Abschrift einer Begrüßungsrede von Prof. Dr. Reinhard Pöllath anlässlich des Abendempfangs in unserem Berliner Büro vom 3. Februar 2009 im Rahmen der SuperReturn International 2009 Conference. Für Fragen, Anmerkungen und Diskussionen stehen alle Autoren gerne zur Verfügung.

P+P Pöllath + Partners gilt als „die“ auf Private Equity spezialisierte Rechts- und Steuerberatungs-Praxis in Deutschland. P+P war von Anfang an dabei: sowohl bereits in den 80er Jahren mit der Gründung der ersten deutschen und auf Deutschland gerichteten Private Equity-Fonds (PE-Fonds) für Buy-Outs und Venture Capital als auch mit der Betreuung der ersten großen deutschen Private Equity-Anleger, aber auch heute noch täglich mit Beratung, Gestaltung und Durchführung von Transaktionen für Käufer und Verkäufer. P+P betreibt darüber hinaus zum einen aktiv **Ausbildung** für Private Equity (z.B. mit **MUPET/Munich Private Equity Training**, welche im Juni 2009 zum 9. Mal stattfindet oder mit den **Postgraduierten-Studiengängen** (LL.M./MBA) M&A/Mergers & Acquisitions, Steuerwissenschaften, Real Estate und Private Wealth Management an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster). Zum anderen fördert P+P die **Aufklärung** über Private-Equity (z.B. mit der gemeinnützigen Stiftung DVCI/Dt. VC-Institut oder mit Gutachten und Symposien zur Versachlichung der Diskussion zum Private-Equity; beispielsweise für Bundes- und Länderfinanzminister).

Zu Private Equity berät P+P rechtlich und steuerlich („integriert“) auf allen Ebenen:

- bei der Strukturierung von **PE-Fonds** durch Initiatoren,
- bei der **Prüfung und Auswahl** von PE-Fonds durch institutionelle und private **Anleger**,
- bei kleinen und großen **Transaktionen** (Kauf, Verkauf, Umstrukturierung) für und gegen PE-Fonds und andere Marktteilnehmer,
- bei Spezial- und Größt-Transaktionen und -Strukturierungen, z. B. Wohnungs- und andere Immobilien-Bestände und

- bei **Management**-Beteiligungsprogrammen für Management und für Verkäufer, Käufer oder Fonds.

Charakteristisch für P+P ist die Verbindung von **Recht und Steuern** und von **Unternehmenskauf (M&A) und Private Equity (Fonds und Manager)**.

Im jüngsten Ranking z. B. von Who's Who Legal 2008 hat P+P mit insgesamt zehn die meisten Nominierungen von herausragenden Anwälten aller Kanzleien in diesen drei Bereichen in Deutschland und wird als eine von nur zwei Firmen in allen diesen Bereichen als führend eingestuft. Zudem ist P+P in diesem Top-Segment die kleinste Firma mit einem besonders hohen Anteil persönlicher Beratung.

Hinweise zu aktuellen Entwicklungen im Bereich Private Equity finden Sie auch auf unserer Homepage www.pplaw.com unter der Rubrik „News“.

Berlin / Frankfurt / München, im Juni 2009

Die Herausgeber

**Grundstücksverwertung in der Insolvenz
– am Beispiel des freihändigen Verkaufs**

Marcel Guenoub*

* P+P Berlin; Kontaktdaten am Ende des Textes

A. Einleitung

Auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Grundstückeigentümers kommen Immobilientransaktionen mit dem Insolvenzverwalter in Betracht. In diesem Zusammenhang stellen sich beim Erwerb einer Immobilie eine Vielzahl von Fragen; insbesondere die sachgerechte Berücksichtigung der Interessenlage der Beteiligten des Insolvenzverfahrens steht dabei im Vordergrund. Der folgende Beitrag setzt sich mit den wesentlichen Gesichtspunkten der Grundstücksverwertung am Beispiel des freihändigen Verkaufs durch den Insolvenzverwalter auseinander.

B. Ausgangslage

- Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Bestellung des Insolvenzverwalters geht die Verwaltungs- und Verfügungsberechtigung an dem Vermögen des Insolvenzschuldners (Grundstückseigentümers) auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO).
- Die Insolvenzeröffnung wird in das Grundbuch eingetragen (§ 32 InsO) und der Insolvenzverwalter hat das Schuldnervermögen nach kaufmännischen Prinzipien im Gläubigerinteresse (§ 159 InsO) zu verwerten.
- Dem Insolvenzverwalter stehen mehrere Verwertungsmöglichkeiten zur Verfügung. Gesetzlich geregelt ist allein die Zwangsversteigerung bzw. Zwangsverwaltung nach § 165 InsO. Ferner kann der Insolvenzverwalter das Grundstück an den Schuldner freigeben, was i. d. R. geschieht, wenn das Grundstück wertlos ist oder weitere Kosten verursacht. Häufigste Verwertungsart ist jedoch der freihändige Verkauf.

C. Freihändiger Verkauf

- Beim freihändigen Verkauf veräußert der Insolvenzverwalter das Grundstück an einen Dritten. Der Verwertungserlös (= Kaufpreis) fließt dabei zunächst der Insolvenzmasse zu. Die nicht ausdrücklich im Gesetz geregelte Befugnis zum freihändigen Verkauf von Immobilien ergibt sich dabei aus der allgemeinen Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters.

1. Pflichten des Insolvenzverwalters

- Für die Durchführung des freihändigen Verkaufes ist die Zustimmung des Gläubigerausschusses notwendig (§ 160 Abs. 2 Nr.1 InsO). In der Praxis wird i. d. R. dem Insolvenzverwalter bereits im Berichtstermin eine Ermächtigung erteilt, wobei diese an eine bezifferte Mindestverwertung geknüpft wird.

- Zudem hat der Insolvenzverwalter den Schuldner über die Veräußerung zu informieren (§ 161 InsO). Bei einem Verstoß gegen die §§ 160, 161 InsO bleibt eine von dem Insolvenzverwalter vorgenommene Rechtshandlung wirksam (§ 164 InsO), kann jedoch zu dessen Haftung nach §§ 59, 60 InsO führen.

2. Vorteile des freihändigen Verkaufs

- Folgende Vorteile ergeben sich beim freihändigen Verkauf insbesondere gegenüber der Zwangsvollstreckung:
 - I. d. R. wird ein höherer Erlös als in der Zwangsversteigerung erzielt;
 - Kostenersparnis gegenüber Zwangsversteigerungsverfahren, in dem die Befriedigung nach Rangklassen § 109 InsO i. V. m. §§ 10 ff. ZVG erfolgt;
 - Zeitersparnis durch schnellere Eigentumsübertragung.

3. Gestaltung des freihändigen Verkaufs

3.1 Verwertungsvereinbarung

- Die zu verwertenden Grundstücke sind regelmäßig mit Grundpfandrechten belastet. Diese stellen klassische Absonderungsrechte nach § 49 InsO dar, wonach der Grundpfandrechtsgläubiger selbst die Zwangsversteigerung bzw. Zwangsverwaltung betreiben könnte. Eine Veräußerung im freihändigen Verkauf ist zwar in diesem Fall zulässig, aber die bestehenden Grundpfandrechte bleiben hiervon unberührt (BGHZ 47, 181, 183). Potentielle Käufer haben aber ein Interesse daran, das Grundstück lastenfrei zu erwerben.
- Diese Problematik wird durch den Abschluss einer sog. „Verwertungsvereinbarung“ zwischen den Grundpfandrechtsgläubigern und dem Insolvenzverwalter gelöst, die neben dem eigentlichen Kaufvertrag geschlossen wird. Kernpunkte dieser Vereinbarung sind die Erteilung von Löschungsbewilligungen durch die Grundpfandrechtsgläubiger gegen eine festgelegte Erlösaufteilung zur Sicherung ihrer Befriedigung.
- Weitere üblicherweise in der Verwertungsvereinbarung enthaltene Regelungen sind:
 - Angabe der Grundpfandrechte des gesicherten Gläubigers sowie der Höhe der gesicherten Forderungen zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens;
 - Ablösung nachrangiger Grundpfandgläubiger durch den Insolvenzverwalter (Höhe der „Lästigkeitsprämie“);

-
- Vereinbarung von Mindesterlösen und ggfs. Regelung eines Zustimmungsvorbehalts zugunsten des Grundpfandgläubigers;
 - Verwertungskostenbeiträge zugunsten der Insolvenzmasse;
 - Regelung für den Fall einer Rückabwicklung des Kaufvertrages (Herausgabe des Geldes, Wiederbestellung des Grundpfandrechts) und für den Fall der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen;
 - Vereinbarung über die Kostenverteilung (Grundsteuern, Bewachungskosten, für die Beseitigung von Umweltlasten entstehende Kosten, Notar, Makler u.a.).

3.2 Auswirkungen auf den Grundstückskaufvertrag

- Die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens werden beim freihändigen Verkauf weitestgehend durch die Verwertungsvereinbarung zwischen Insolvenzverwalter und Grundpfandrechtsgläubiger abgedeckt. Für die Gestaltung des Grundstückskaufvertrages ergeben sich die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens in einem eingeschränkten Rahmen.
- Das sich aus seiner Stellung als Verkäufer ergebende Haftungsrisiko des Insolvenzverwalters führt i.d.R. zu einem weitreichenden Gewährleistungsausschluss in dem Grundstückskaufvertrag.
- Ferner sind grundsätzlich die Vorkaufsrechte beim Verkauf in der Insolvenz ausgeschlossen (§ 471 BGB). Der Anwendungsbereich erstreckt sich neben den Vorkaufsrechten, die auf § 471 BGB ausdrücklich verweisen (z. B. § 28 Abs. 2 BauGB), auch auf die Vorkaufsrechte von Mietern (§ 577 BGB) und Miterben (§ 2034 BGB). Weiterhin zu berücksichtigen sind hingegen die dinglichen Vorkaufsrechte (§ 1098 Abs. 1 Satz 2 BGB).

D. Freihändiger Verkauf an den Grundpfandrechtsgläubiger

Gelegentlich wird der Grundpfandrechtsgläubiger es in Betracht ziehen, das Grundstück selbst im freihändigen Verkauf zu erwerben. Naturgemäß möchte der Grundpfandrechtsgläubiger den Kaufpreis aber nicht in bar entrichten, sondern möglichst mit seiner schuldrechtlichen (Darlehens-)Forderung "verrechnen". Bei der Gestaltung, das Grundstück möglichst ohne frisches Kapital zu erwerben, ergeben sich besondere insolvenzrechtliche Probleme, die es zu beachten gilt:

1. Aufrechnung mit Kaufpreisforderung?

Der Insolvenzgläubiger kann seine bestehende schuldrechtliche Forderung, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstand, nicht mit der Kaufpreisforderung aufrechnen. Nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO besteht ein Aufrechnungsverbot für den Fall, dass der Insolvenzgläubiger erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig wird. Beim freihändigen Verkauf an den Grundpfandrechtsgläubiger liegt ein solcher Fall vor, denn die Kaufpreisforderung des Insolvenzverwalters für das Grundstück ist erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden. Der Insolvenzverwalter kann auch nicht über das Aufrechnungsverbot disponieren. Der aufrechnende Insolvenzgläubiger ist nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht schutzwürdig, da eine nachträgliche Aufwertung seiner Insolvenzforderung im Widerspruch zu dem insolvenzrechtlichen Prinzip der Gläubigergleichbehandlung stehen würde.

2. Verrechnung?

Auch die Möglichkeit einer Verrechnung durch Saldierung der Kaufpreisforderung mit der schuldrechtlichen Forderung scheidet aus. Der BGH hatte bereits für das Werkvertragsrecht entschieden, dass eine Verrechnung kein gesetzlich vorgesehenes Institut sei (BGHZ 163, 274). Nunmehr hat der BGH bezüglich § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO klargestellt (NZI 2008, 551), dass die Verrechnung mit der einer Saldoforderung dem Aufrechnungsverbot entgegen steht.

3. Aufrechnung mit Erlösanspruch

Dagegen dürfte die Aufrechnung des Kaufpreises mit dem Erlösanspruch des Grundpfandrechtsgläubigers aus der Verwertung durch den Insolvenzverwalter zulässig sein. Dem Grundpfandrechtsgläubiger steht ein vorrangiger Erlösanspruch zu, der erst nach Insolvenzeröffnung entstanden ist. Dieser Gegenanspruch stellt eine Masseverbindlichkeit i. S. d. §§ 53, 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO dar. Für Masseverbindlichkeiten bestehen keine Aufrechnungsverbote. Auf diese Weise kann der Grundpfandrechtsgläubiger ohne weiteren Kapitaleinsatz zunächst seinen Erlösanspruch mit der Kaufpreisforderung - gegen einen Abschlag - aufrechnen. Auch führt diese Vorgehensweise zu keiner Benachteiligung der Insolvenzmasse.

E. Fazit

Die rechtssichere Immobilientransaktion mit dem Insolvenzverwalter kann sowohl für Investoren als auch für die Gläubiger des Grundstückeigentümers Chancen bieten. Insbesondere können die Grundpfandrechtsgläubiger ihre Interessen ohne erhebliche Wertverluste wahren.

Kontakt details des Autors:

Marcel Guenoub

P+P Pöllath + Partners Berlin

Tel.: +49 (30) 25353-450

Fax: +49 (30) 25353-999

E-mail: marcel.guenoub@pplaw.com

www.pplaw.com