

Deutschland: Immobilienunternehmen in der Insolvenz – Die Perspektive einer finanzierenden Bank

Aufgrund des langjährigen Immobilienbooms ist der aktuelle Konjunkturerinbruch und die wirtschaftliche Fallhöhe der Immobilien- und Baubranche derzeit enorm. Bauvorhaben bleiben unvollendet – es häufen sich Insolvenzanmeldungen. Bauprojekte bleiben unvollendet und die Insolvenzanträge häufen sich. Es lohnt sich daher, einen genaueren Blick auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Entwicklung zu werfen.

Die Immobilienbranche in Deutschland hat es derzeit nicht leicht. Hohe Zinsen, gestiegene Energie- und Materialkosten, Überregulierung und Fachkräftemangel – um nur die wichtigsten Faktoren zu nennen – setzen ihr stark zu. Zahlreiche Immobilienunternehmen haben in den letzten Monaten Insolvenz angemeldet. Prominente Beispiele sind die Insolvenzanträge von Development Partner, Centrum, Euroboden, Gerchgroup, Omega, Signa, Schoofs Immobilien und One Group. Es ist davon auszugehen, dass sich dieser Trend fortsetzen wird.

Diese Entwicklung stellt alle Beteiligten - insbesondere aber die finanzierenden Banken - vor erhebliche Herausforderungen. In den letzten 15 Jahren des Aufschwungs in der Branche ist sowohl auf betriebswirtschaftlicher, als auch auf rechtlicher Ebene viel Expertise verloren gegangen. Der vorliegende Beitrag soll einen zusammenfassenden Überblick über die wesentlichen (rechtlichen) Fallstricke im Zusammenhang mit der Insolvenz eines Immobilienunternehmens aus der Sicht von einer finanzierenden Bank geben (mit Fokus auf die derzeit häufig anzutreffende Situation einer unfertigen und unvermieteten Immobilie).

Ausgangsposition der Bank

Die Bank wird regelmäßig eine Kreditforderung aus einem Darlehen (§ 488 BGB) gegen das Immobilienunternehmen haben. Bei größeren Bauvorhaben wird es sich häufig um Bankenkonsortien, vereint unter einem Konsortialdarlehensvertrag, handeln. Die Forderungen der Bank unter dem Darlehen werden üblicherweise besichert sein. Typische Sicherheiten sind Grundschulden oder Hypotheken, Abtretung von Mietzahlungsansprüchen (nur bei fertiggestellten und bereits vermieteten Objekten), sowie die Verpfändung von Konten und Gesellschaftsanteilen.

Grundlegende strategische Handlungsoptionen

Die Hauptsicherheit für die Bank ist in der Regel die Grundschuld. Nach deutschem Recht kann die Bank diese bei Eintritt des Sicherungsfalls grundsätzlich auf zwei Wegen „verwerten“: zum einen durch Einleitung einer Zwangsverwaltung und zum anderen durch Zwangsversteigerung, § 1147 BGB.

Bei der Zwangsverwaltung (geregelt in §§ 146 ff. ZVG, ZwVwV) handelt es sich um ein gerichtliches Verfahren bei dem vom Gericht ein sog. Zwangsverwalter eingesetzt wird, der die Verwaltung der Immobilie übernimmt. In der Zwangsverwaltung wird die Forderung der Bank aus den Erträgen des Grundstücks erfüllt werden. Die Erträge bestehen in der Regel hauptsächlich aus Mieten und Pachten.

Bei der Zwangsversteigerung (geregelt im ZVG) handelt es sich ebenfalls um ein gerichtliches Verfahren. Im Gegensatz zur Zwangsverwaltung zielt dieses Verfahren jedoch auf die Veräußerung von Immobilieneigentum (Grundstücke, Erbbaurechte, Wohnungseigentum und Teileigentum) durch öffentliche Versteigerung ab.



Beide Verfahren kann die Bank nicht nur außerhalb, sondern auch innerhalb eines Insolvenzverfahrens einleiten und durchführen.

Vor diesem Hintergrund ergeben sich für die Bank im Fall einer Krise bzw. der (drohenden) Insolvenz des Immobilienunternehmens im Wesentlichen folgende Handlungsoptionen:

- Abwendung/(aktive) Einleitung des Insolvenzverfahrens oder alternativ Zwangsverwaltung bzw. Zwangsversteigerung außerhalb eines Insolvenzverfahrens
- Übernahme des Bauvorhabens/der Immobilie in den Eigenbestand
- Fremdverwaltung/Verkaufslösung innerhalb eines Insolvenzverfahrens
 - Zwangsverwaltung/Zwangsversteigerung
 - „Kalte“ Zwangsverwaltung / Freihändiger Verkauf (beide auf der Grundlage einer privaten Vereinbarung mit dem Insolvenzverwalter)
- Begleitung der Fortführung/Fertigstellung der Immobilie durch die finanzierende Bank oder einen neuen Finanzierer (auf Basis einer sog. „Fortführungsvereinbarung“)

Welche dieser Optionen (oder ggf. auch eine Kombination von Optionen) für die Bank die sinnvollste ist, hängt stark vom Einzelfall ab (z.B. Grad der Fertigstellung der Immobilie, Vermietungssituation, usw.) und ist insbesondere unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden; eine pauschale Aussage ist nicht möglich.

Die Entscheidung muss intern sehr sorgfältig vorbereitet werden, damit sich die Kompetenzträger eine abschließende und belastbare Meinung bilden können. Die Kenntnis der rechtlichen Möglichkeiten, Hindernisse und Fallstricke für die Entscheidungsfindung ist dabei von zentraler Bedeutung. Dies gilt insbesondere für die sog. „kalte“ Zwangsverwaltung/den freihändigen Verkauf im Rahmen eines Insolvenzverfahrens, die sich in der deutschen Praxis als häufig bevorzugte Alternative zur „klassischen“ Zwangsverwaltung/Zwangsversteigerung etabliert haben (siehe Details unter **Error! Reference source not found.**). Daneben wird insbesondere bei unfertigen Immobilien die Frage der Begleitung der Fortführung/Fertigstellung der Immobilie durch die finanzierende Bank oder einen neuen Finanzierer von zentraler Bedeutung sein (siehe Details unter c).

Die nachfolgenden Ausführungen, deren Schwerpunkt auf den (rechtlichen) Handlungsoptionen für die Bank liegt, berücksichtigen die Besonderheit der Aufteilung des deutschen Insolvenzverfahrens in ein vorläufiges Verfahren und ein Hauptverfahren.

Erste Reaktion der Bank

Zeichnet sich eine Insolvenz ab bzw. wurde ein Insolvenzantrag bereits gestellt, sollte die Bank als „Eilmaßnahme“ zunächst eine summarische Prüfung ihres Sicherheitenpakets (z.B. Grundschuld, Abtretung von Mietforderungen, Kontoverpfändung, etc.) vornehmen. Hierdurch lassen sich unnötige Verzögerungen bei der Verwertung im (eröffneten) Insolvenzverfahren vermeiden und potenzielle Insolvenzanfechtungsrisiken (§§ 129 ff. InsO) reduzieren. Wichtig ist zudem, dass die für eine Verwertung/Vollstreckung der Sicherheiten erforderliche Dokumentation – insbesondere Original-Unterlagen – herausgesucht und sauber vorbereitet werden (z.B. vollstreckbare Ausfertigungen der Grundschuld).

Die (anstehende) Insolvenz wird der Bank regelmäßig die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung (§ 490 BGB) geben. Macht die Bank von dieser Möglichkeit nicht ausdrücklich Gebrauch, gilt ihre restliche Kreditforderung im eröffneten Insolvenzverfahren dennoch als fällig (§§ 41, 38 InsO). Ihre (besicherte) Insolvenzforderung kann die Bank zur Insolvenztabelle für den Ausfall anmelden (§§ 38, 52 Satz 2 InsO). Der Ausfall ist der nach Auszahlung des Erlöses aus der Verwertung der Sicherheit verbleibende Betrag. Nachdem der Ausfall feststeht und dem Insolvenzverwalter angezeigt worden ist, nimmt der verbleibende Betrag an künftigen Verteilungen der Insolvenzmasse teil.

Insolvenzantragsstellung

Nach Schuldnerinsolvenzanträgen sollte die Bank den eingesetzten (vorläufigen) Insolvenzverwalter kontaktieren, um ein Gespür für dessen Kooperationsbereitschaft zu bekommen. Andernfalls kann versucht werden, auf einen Austausch des (vorläufigen) Insolvenzverwalters hinzuwirken. Bei örtlich verstreuten Immobilienportfolien sollte die Bank ferner darauf hinwirken, dass ein einheitlicher (vorläufiger) Insolvenzverwalter bestellt wird, um Reibungsverluste zu vermeiden. Geprüft werden sollte auch, ob durch "kleinere Maßnahmen" (z.B. durch Nichtausübung von Cross-Default Regelungen oder Garantien, Stundungen usw.) die



Insolvenz von einzelnen Portfoliounternehmen ggf. vermieden werden kann. Liegen die Voraussetzungen für einen (vorläufigen) Gläubigerausschuss vor (siehe §§ 22a InsO), sollte sich die Bank frühzeitig als (potenzielles) Mitglied positionieren. Dies hat zahlreiche Vorteile: So darf das Insolvenzgericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des (vorläufigen) Insolvenzverwalters nur bei „Ungeeignetheit“ des Kandidaten abweichen. Zudem hat der (vorläufige) Gläubigerausschuss über wesentliche Rechtshandlungen (z.B. Veräußerung des Unternehmens usw.) zu entscheiden. Eine mögliche Haftung der Bank als Gläubigerausschussmitglied kann durch eine Haftpflichtversicherung abgedeckt werden.

Ob sich für die Bank ein Fremdinsolvenzantrag anbietet, hängt sehr stark von den Umständen des Einzelfalls ab. Sinnvoll kann dies sein, wenn bei weiterem Abwarten ein Risiko für die Rechtsposition oder Sicherheiten besteht. Denkbar ist dies z.B. in Fällen, in denen sich ein „Forum Shopping“ durch das Immobilienunternehmen in eine andere, für dieses günstigere Jurisdiktion zu Lasten der finanzierenden Bank abzeichnet.

Ein Fremdinsolvenzantrag der Bank erfordert jedoch vertiefte Einblicke in die finanzielle Situation des Schuldners (insbesondere muss die Bank in der Lage sein, einen Insolvenzgrund glaubhaft machen zu können). Oft ist dies auch mit einem enormen internen Dokumentations- und Rechtfertigungsaufwand verbunden.

Vorläufiges Insolvenzverfahren

Besonders herausfordernd für die Bank ist der Zeitraum des vorläufigen Insolvenzverfahrens. Die Antragsstellung führt nicht selten zu einem (kompletten) Baustopp. Bereits die allgemeine Verkehrssicherung der Immobilie gestaltet sich oftmals als schwierig. Zumeist fehlt dem Schuldner bzw. dem vorläufigen Insolvenzverwalter hierfür bereits die nötige Liquidität.

Es sollte jedoch regelmäßig im Interesse der Bank liegen, einen (weiteren) Verfall der Immobilie zu vermeiden. Notwendige Verkehrssicherungs- sowie werterhaltende Instandsetzungsmaßnahmen sollten dann vorgenommen werden. Hier kann die Bank z.B. in Form eines (echten oder unechten) Massekredits Abhilfe schaffen. Unter Umständen ist sie gezwungen, die Kosten sogar aus "eigener Tasche" zu bezahlen.

Beim Abschluss eines Massekredits, der später vorrangig aus der Insolvenzmasse zurückzahlen ist, ist folgendes zu beachten: Ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter (wie in deutschen Insolvenzverfahren üblicherweise der Fall) bedarf grundsätzlich einer besonderen gerichtlichen Ermächtigung zum Abschluss eines solchen Kredits. Der gerichtliche Ermächtigungsbeschluss sollte dabei die Massekreditvereinbarung und die zu bestellenden Sicherungsrechte genau benennen. Zudem sollte das Kreditinstitut auf eine Bestätigung des vorläufigen Insolvenzverwalters bestehen, dass die Insolvenzmasse für die Rückzahlung des Massekredits ausreichend ist und keine Ablehnung der Eröffnung des Verfahrens mangels Masse droht.

Im Fall einer bereits vermieteten Immobilie ist besonderes Augenmerk auf die "Sicherstellung" der Mieteinnahmen zugunsten der Bank zu legen. Ohne Rückgriff auf eine gerichtliche Zwangsverwaltung wird dies nur dann funktionieren, wenn auf der Grundlage einer privatrechtlichen Vereinbarung mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter sehr zügig eine (zumindest) vorläufige "kalte" Zwangsverwaltung (siehe Details unter **Error! Reference source not found.**) erreicht werden kann. Dies sollte zudem vom Insolvenzgericht bestätigt werden, sodass die daraus resultierenden Ansprüche der Bank Masseverbindlichkeiten darstellen.

Schließlich kann in Ausnahmefällen auch ein „Notverkauf“ der Immobilie bereits im vorläufigen Verfahren angezeigt sein, insbesondere wenn irreversible Nachteile für die Insolvenzmasse drohen (z.B. Vorliegen eines befristeten, überdurchschnittlichen Kaufangebots bei gleichzeitig abschwächender Marktlage).

Hauptverfahren

Wie bereits aufgezeigt, bestehen im Hauptverfahren für die Bank im Wesentlichen folgende Handlungsoptionen (oder eine Kombination hiervon):

- Übernahme des Bauvorhabens/der Immobilie in den Eigenbestand
- Fremdverwaltung/Verkaufslösung innerhalb eines Insolvenzverfahrens
 - Zwangsverwaltung/Zwangsversteigerung
 - „Kalte“ Zwangsverwaltung/Freihändiger Verkauf



- Begleitung der Fortführung/Fertigstellung der Immobilie durch die finanzierende Bank oder einen neuen Finanzierer (auf Basis einer sog. „Fortführungsvereinbarung“)

a. Übernahme in den Eigenbestand

Eine Übernahme in den Eigenbestand dürfte für die Bank nur selten in Betracht kommen. Sie erfordert umfassende Expertise innerhalb der Bank, die oft nicht vorhanden ist. Zudem bindet sie unnötig Ressourcen und Kosten.

Eine Ausnahme gilt wie folgt: Ist ein Drittinteressent nicht vorhanden bzw. nur schwer zu finden und sollte der Insolvenzverwalter überlegen, die Immobilie ggf. aus der Insolvenzmasse „freizugeben“ (d.h. diese wäre sich selbst überlassen), sollte die Bank zwingend prüfen, ob ein freihändiger Erwerb vom Insolvenzverwalter durch die Bank nicht sinnvoll sein könnte, insbesondere um einen Totalverlust zu vermeiden.

b. Fremdverwaltung/Verkaufslösung innerhalb eines Insolvenzverfahrens

Wie bereits erwähnt, stehen der Bank auch im Rahmen eines eröffneten Insolvenzverfahrens die gesetzlichen Verwertungsverfahren der Zwangsverwaltung/Zwangsversteigerung zur Verfügung.

Während diese gesetzlich geregelten Verfahren ein hohes Maß an Rechtssicherheit aufweisen, sind sie weniger flexibel und passen häufig nicht vollständig auf den jeweiligen Einzelfall. Außerdem sind sie tendenziell mit hohen Kosten und langen Verfahrensdauern verbunden.

Vor diesem Hintergrund haben sich in der Praxis alternative Verwertungsformen am Markt etabliert, konkret die sog. „kalte“ Zwangsverwaltung/der freihändige Verkauf, die beide auf einer privatrechtlichen Vereinbarung mit dem Insolvenzverwalter beruhen. Hierzu im Einzelnen:

i. **„Kalte“ Zwangsverwaltung**

Die „kalte“ Zwangsverwaltung wird anders als der freihändige Verkauf regelmäßig nur dann in Betracht kommen, wenn die Immobilie bereits vermietet ist und eine Sicherstellung der Mieteinnahmen zugunsten der Bank möglich ist.

Die „kalte“ Zwangsverwaltung ist gesetzlich nicht geregelt, jedoch von Rechtsprechung und Literatur anerkannt (BGH, Urteil vom 19.11.2009 – IX ZB 261/08). Sie setzt ein eröffnetes Insolvenzverfahren voraus, sowie die Bereitschaft des Insolvenzverwalters die „kalte“ Zwangsverwaltung durchzuführen.

Im Rahmen der „kalten“ Zwangsverwaltung erfolgt die Verwaltung der Immobilie (insbesondere Einzug der Mieten/Pachten) ausschließlich durch den Insolvenzverwalter (es wird kein separater Zwangsverwalter bestellt). Rechtliche Grundlage der „kalten“ Zwangsverwaltung ist eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen dem Insolvenzverwalter und der Bank (häufig verbunden mit einer zusätzlichen Verkaufsvereinbarung, vgl. auch freihändiger Verkauf unter **Error! Reference source not found.**).

Diese Vereinbarung umfasst insbesondere die Verpflichtung des Insolvenzverwalters die aus dem Immobilienbesitz erwirtschafteten Erträge an die Bank auszukehren. Im Gegenzug erhält der Insolvenzverwalter/die Insolvenzmasse hierfür eine „Vergütung“/Massekostenbeitrag (regelmäßig geringer als die Vergütung eines Zwangsverwalters).

Die Vor- und Nachteile der „kalten“ Zwangsverwaltung (im Vergleich zu einer normalen Zwangsverwaltung) lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Vorteile	Nachteile
Flexibilität	Vergütung / Massekostenbeitrag
Schnelligkeit	Freigabe zur Unzeit möglich
Ggf. Geringere Kosten (im Vergleich zur Zwangsverwaltung, insb. Kosten Zwangsverwalter)	
Umgestaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters	



ii. Freihändiger Verkauf

Im Rahmen eines „freihändigen Verkaufs“ veräußert der Insolvenzverwalter mit Zustimmung der Bank die Immobilie an einen Dritten. Ein freihändiger Verkauf ist sowohl bei fertiggestellten (und ggf. bereits vermieteten) als auch bei unfertigen Immobilien möglich.

Grundlage hierfür ist regelmäßig eine privatrechtliche Kaufvereinbarung zwischen dem Insolvenzverwalter und den relevanten Beteiligten, insbesondere der erstrangig besicherten Bank. Ohne Zustimmung der Bank wäre ein lastenfreier Erwerb der Immobilie – wegen der bestehenden Grundschild – regelmäßig nicht möglich.

Die wichtigsten Vor- und Nachteile einer solchen „freihändigen Veräußerung“ (im Vergleich zu einer Zwangsversteigerung) lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Vorteile	Nachteile
Flexibilität	Vergütung / Massekostenbeitrag
Schnelligkeit	Lästigkeitsprämie zu Gunsten nachrangiger Grundpfandgläubiger
Häufig geringere Kosten (im Vergleich zur Zwangsversteigerung, insbesondere Gerichtsgebühren)	
Tendenziell höhere Verwertungserlöse	

Kernregelungen einer entsprechenden Kaufvereinbarung sind regelmäßig:

- **Mindesteinslös bzw. Zustimmungsklausel:** Veräußerung darf nicht unter einem abgestimmten Mindestbetrag erfolgen
- **Ablöseklause:** Veräußerung nicht unter einem abgestimmten Mindestbetrag
- **Massekostenbeitrag:** Abgeltung der Risiken und Aufwendungen des Insolvenzverwalters; üblich 1-10 % des Verkaufserlöses
- **Freistellungserklärung:** Freistellung des Insolvenzverwalters von allen im Zusammenhang mit der Verwaltung und dem Verkauf stehenden Risiken durch die Bank

Eine ausgewogene Kaufvereinbarung sollte stets das Ziel sein. Nur in diesem Fall werden alle Beteiligten auch mit vollem Einsatz den Verkaufsprozess begleiten und das bestmögliche Ergebnis erzielen.

c. Begleitung der Fortführung/Fertigstellung

Insbesondere bei unfertigen Immobilien dürfte die Fertigstellung des Bauvorhabens regelmäßig für alle Beteiligten die (wirtschaftlich) attraktivste und bevorzugte Lösung sein. Die rechtliche Umsetzung und Abwicklung erfolgen dabei wie folgt:

- Vereinbarung zwischen Schuldner/Insolvenzverwalter und (potenziell) Erwerber bzgl. Fertigstellung, Übereignung und Lastenfreistellung, Kaufpreiszahlung usw. (Masseverbindlichkeit)
- Vereinbarung zwischen Insolvenzverwalter und der Bank über eine ggf. erforderliche „Vorfinanzierung“ (Masseverbindlichkeit)
- Gelegentlich: Vereinbarung zwischen Erwerber und (bereits finanzierender/vorfinanzierender) Bank

Ein potenzieller Erwerber für die Immobilie wird häufig nur dann bereit sein, einen (weiteren) Kaufpreis zu zahlen, wenn das Objekt fertiggestellt ist bzw. er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von der Fertigstellung ausgehen kann.



Dies führt zu folgendem Dilemma: Eine Fertigstellung durch den Insolvenzverwalter wird nur mit einer entsprechenden „Vorfinanzierung“ möglich sein. Als „Vorfinanzierer“ kommen insbesondere die bereits finanzierende Bank oder ein neuer Finanzierer in Betracht.

Ob und unter welchen wirtschaftlichen Konditionen eine solche „Vorfinanzierung“ attraktiv sein wird und wie diese rechtlich auszugestalten ist, wird dabei sehr stark von den Umständen des Einzelfalls abhängig sein.

Fazit/Empfehlung

Die Insolvenz eines Immobilienunternehmens stellt die finanzierende Bank vor erhebliche Herausforderungen (insb. bei unfertigen/unvermieteten Immobilien). Sie erfordert vertiefte kredit-, bau-, vollstreckungs-, und insolvenzrechtliche Expertise, die über die letzten Jahre des Aufschwungs stetig verloren gegangen ist. Umso wichtiger ist es, dass Banken sich wieder intensiv mit dem Thema auseinandersetzen, um im Krisen- und Insolvenzfall schnell und effizient reagieren zu können.

Kontakt



Joachim Ponseck, MBA, Lic. en droit
Partner
joachim.ponseck@bakermckenzie.com



Prof. Dr. Artur M. Swierczok, LL.M., MSt.
Counsel
artur.swierczok@bakermckenzie.com



Dr. Andrea Soprano
Counsel
andrea.soprano@bakermckenzie.com



Tim Kerim Hosgör, LL.B.
Associate
tim.hosgoer@bakermckenzie.com

Dieses Mandantenrunds Schreiben dient ausschließlich der Information. Sein Inhalt sollte daher nicht als Entscheidungsgrundlage im Einzelfall oder als Ersatz für einen einzelfallbezogenen Rechtsrat genutzt werden. Hierfür sollte stets der Rat eines qualifizierten Rechtsanwalts eingeholt werden. Mit der Herausgabe dieses Mandantenrunds Schreibens übernehmen wir keine Haftung im Einzelfall.

Die Baker McKenzie Rechtsanwalts gesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern ist eingetragen beim Registergericht Frankfurt/Main (Sitz der Gesellschaft) HRB 123975. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker McKenzie-Anwalts gesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

© Baker McKenzie

