

Der Verkauf von Grundstücken und Gebäuden in der Insolvenz des Schuldners wirft eine Reihe von Fragen auf. Besondere Probleme entstehen, wenn der grundsätzlich mögliche freihändige Verkauf an einen dinglich gesicherten Grundpfandrechtsgläubiger selbst erfolgen soll. Dieses ist mitunter keine Bank, sondern ein Dritter, der in der Vergangenheit ein Privatdarlehen ausgereicht hatte, welches dann auf besagtem Grund und Boden gesichert wurde. Dieser Fall des Erwerbs durch einen dinglich gesicherten Gläubiger ist Gegenstand dieses Beitrags.

## Praxishinweis

Rechtsanwalt Dr. Marc d'Avoine, Wuppertal

### Verkauf von Immobilien in der Insolvenz an einen Grundpfandrechtsgläubiger\*

*Der Verkauf von Grundstücken und Gebäuden in der Insolvenz des Schuldners wirft eine Reihe von Fragen auf. Besondere Probleme entstehen, wenn der grundsätzlich mögliche freihändige Verkauf an einen dinglich gesicherten Grundpfandrechtsgläubiger selbst erfolgen soll. Dieses ist mitunter keine Bank, sondern ein Dritter, der in der Vergangenheit ein Privatdarlehen ausgereicht hatte, welches dann auf besagtem Grund und Boden gesichert wurde. Dieser Fall des Erwerbs durch einen dinglich gesicherten Gläubiger ist Gegenstand dieses Beitrags.*

#### I. Einleitung

Der Verkauf von Grundstücken und Gebäuden in der Insolvenz des Schuldners wirft eine Reihe von Überlegungen und Fragen auf. So der Insolvenzverwalter überhaupt einen Käufer für eine Immobilie im Eigentum des Schuld-

ners findet, kann ein lastenfreier Erwerb durch einen Dritten meist nur im Konsens mit allen Grundpfandrechtsgläubigern und zudem erst nach Befriedigung öffentlicher Lasten, Gebühren und Kosten erfolgen.

Zumindest bei wertausschöpfend belasteten Immobilien werden nachrangige Gläubiger zu prüfen und zu entscheiden haben, ob und unter welchen Bedingungen sie bereit sind, für ihr Grundpfandrecht eine Löschungsbewilligung zu erteilen, obgleich die dadurch gesicherten Forderungen nicht oder nicht vollständig bedient werden können. Häufig obliegt es dann dem Verhandlungsgeschick des Insolvenzverwalters, einerseits mit dem Kaufinteressenten über das Objekt und den Preis unterschriftsreif zu verhandeln und andererseits die dinglich gesicherten Gläubiger in ihrer Gesamtheit zu einer Verständigung zu bringen.

Besondere Probleme entstehen, wenn der grundsätzlich mögliche freihändige Verkauf an einen dinglich gesicherten Grundpfandrechtsgläubiger selbst erfolgen soll. Dieses ist mitunter keine Bank, sondern ein Dritter, der in der Vergangenheit ein Privatdarlehen ausgereicht hatte, welches dann auf besagtem Grund und Boden gesichert wurde. Letztgenannter Fall des Erwerbs eines dinglich gesicherten Gläubigers ist Gegenstand dieses Beitrags. Dazu werden im Wesentlichen die zwei Situationen „freihändiger Verkauf durch den Insolvenzverwalter“ und „Freigabe des Grundstücks und Verkauf durch den Schuldner selbst“ dargestellt.

#### II. Freihändiger Verkauf durch den Insolvenzverwalter

Wenn der Grundpfandrechtsgläubiger bereit und in der Lage ist, das Grundstück zu erwerben, auf dem er selbst dinglich gesichert ist, kommt zunächst der freihändige Verkauf desselben durch den Insolvenzverwalter an ihn in Betracht. Der freihändige Verkauf ist aus der Sicht des Insolvenzverwalters insbesondere nicht durch § 165 InsO ausgeschlossen<sup>1</sup>. Zwar erweckt der Wortlaut auf den ersten Blick den Eindruck, als könne der Insolvenzverwalter einen mit Absonderungsrechten belegten unbeweglichen Gegenstand allein im Wege der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung verwerten. Jedoch ist die Norm nicht so eng zu verstehen, dass die freihändige Veräußerung von Grundstücken durch den Insolvenzverwalter ausgeschlossen ist<sup>2</sup>. Der Darlehensgeber möchte naturgemäß den Kaufpreis nicht in bar entrichten, sondern mit seiner Darlehensforderung verrechnen, §§ 387 ff. BGB. Diese hat der Darlehensgeber zuvor zur Insolvenztabelle angemeldet.

Im fiktiven Beispielsfall soll die Darlehensforderung ebenso hoch wie der Wert des Grundstücks und gleichzeitig wie die Kaufpreisforderung liegen und 50 000 Euro betragen.

#### III. Verrechnung mit einer Darlehensforderung

Aus der Sicht des Absonderungsberechtigten steht § 49 InsO grundsätzlich einer Verrechnung nicht entgegen. Um eine abgesonderte Befriedigung i. S. des § 49 InsO handelt es sich auch dann noch, wenn es nicht zu einer Verwertung durch Zwangsversteigerung, sondern durch vereinbarte freihändige Veräußerung kommt<sup>3</sup>. Das ergibt sich

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Schmidt-Modrow, d'Avoine & Partner in Wuppertal.

1) Landfermann, in: Heidelberger Komm. z. InsO, 4. Aufl. (2006), § 165 Rdnr. 4; Goebel, in: Münchener Anwalts-Hdb. z. Insolvenz u. Sanierung, 2006, § 30 Rdnrn. 2 u. 52.

2) Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. (2003), § 165 Rdnr. 1.

3) BGHZ 47, 181 = NJW 1967, 1370; NJW-RR 1987, 1291 = ZIP 1987, 764; Lüke, in: Kübler/Prütting, InsO, Stand: August 2006, § 49 Rdnr. 20; Uhlenbruck (o. Fußn. 2), § 49 Rdnr. 30 m. w. Nachw.

schon aus dem Wortlaut der Norm, wonach der Grundpfandrechtsgläubiger zur Befriedigung aus dem unbeweglichen Vermögen nach Maßgabe des ZVG, also durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, „berechtigt“ ist. Von einer Verpflichtung, nur diesen Weg zu beschreiten, spricht das Gesetz nicht. Der Zweck des § 49 InsO bestätigt dies. Der Gesetzgeber wollte die Rechte des absonderungsberechtigten Gläubigers nicht einschränken, sondern erweitern. Der Absonderungsberechtigte soll privilegiert werden, indem ihm der Weg, der ihm in der Einzelzwangsvollstreckung zustand (Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung), nach der Insolvenzverfahrenseröffnung nicht genommen wird, sondern erhalten bleibt<sup>4</sup>.

Dieses Zwischenergebnis scheint durch den Wortlaut des § 96 I Nr. 1 InsO relativiert zu werden. § 96 I InsO sieht abschließend aufgelistete Aufrechnungsverbote vor. Dabei handelt es sich um unnachgiebiges Recht, das nicht zur Disposition des Insolvenzverwalters steht<sup>5</sup>. Gem. § 96 I Nr. 1 InsO ist eine Aufrechnung unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Insolvenzmasse schuldig geworden ist. Genau dieser Fall läge hier vor. Der Käufer will mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch, der genauso hoch ist wie der Kaufpreiszahlungsanspruch, gegen den durch die notarielle Urkunde entstandenen Kaufpreisanspruch für den Immobilienerwerb aufrechnen. Dieser Weg scheint daher ausgeschlossen. Denn § 96 InsO soll Masseverkürzungen durch künstlich geschaffene Aufrechnungslagen entgegenwirken und die Gläubiger schützen<sup>6</sup>. Gerade bei der hier möglicherweise einschlägigen Nr. 1 des § 96 I InsO geht es darum, dass nur ein schutzwürdiges Vertrauen des Insolvenzgläubigers eine Bevorzugung und damit eine Ungleichbehandlung in der Insolvenz rechtfertigen kann<sup>7</sup>. Ein solches Vertrauen ist besonders in Bezug auf Geschäfte zwischen Insolvenzverwalter und einem ohnehin privilegierten absonderungsberechtigten Gläubiger wichtig. § 96 I Nr. 1 InsO hier in die Disposition des Insolvenzverwalters zu stellen, wäre geeignet, das Vertrauen der Insolvenzgläubiger schwer zu erschüttern.

Der dingliche Anspruch aus dem Grundstück entsteht auch nicht etwa jede Sekunde neu, so dass der – revolvingende – Anspruch aus der Grundschuld wirksam gegen den neuen Kaufpreisanspruch verrechnet werden könnte. Denn die Grundschuld entsteht mit ihrer wirksamen Bestellung, bei der Buchgrundschuld somit durch die Eintragung gem. § 873 BGB. In diesem Moment entsteht damit auch das dingliche Verwertungsrecht. Lediglich durch den Sicherungsvertrag wird schuldrechtlich eine aufschiebend bedingte Einrede getroffen, wonach das Recht so lange nicht geltend gemacht wird, wie der Schuldner den getroffenen Vereinbarungen nachkommt<sup>8</sup>. Erst mit Fortfall des Sicherungszwecks wird der Gläubiger aktiv. Sein bestehendes dingliches Verwertungsrecht bzw. der korrespondierende Anspruch auf abgesonderte Befriedigung in der Insolvenz gem. § 49 InsO ist jedoch von Beginn an durchsetzbar.

#### IV. Verrechnung mit dem „Verwertungserlös“

Wenn eine Aufrechnung mit einer Darlehensforderung an § 96 I InsO scheitert, ist damit nicht zwingend eine Aufrechnung mit dem Verwertungserlös ausgeschlossen. Immerhin sind bei Verwertung des Grundstücks durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung über § 49 InsO die Vorschriften des ZVG anwendbar. Im Fall des freihändigen Verkaufs greifen diese aber nicht. Die InsO sieht insoweit auch keine Regelungen für den freihändigen

Verkauf einer unbeweglichen Sache an den Grundpfandrechtsgläubiger vor. Jedoch kommt die (analoge) Anwendung der §§ 166 ff. InsO in Betracht<sup>9</sup>, die direkt nur die Rechtslage für die Verwertung von beweglichem Vermögen regeln. Dann muss auch § 170 I InsO zum Zug kommen. Nach § 170 I 2 InsO ist nach Abzug der Feststellungs- und Verwertungskosten (Satz 1) der absonderungsberechtigte Gläubiger aus dem Verwertungserlös zu befriedigen. Nach *Landfermann*<sup>10</sup> ist eine Verrechnung von Kaufpreis und Erlös zulässig. Die Argumentation ist wirtschaftlich motiviert. Denn die Situation beim freihändigen Immobilienverkauf ähnelt schließlich der beim Verkauf beweglicher Gegenstände. Daraus folgt, dass die Verrechnung mit dem Verwertungserlös zulässig ist. Denn insoweit ist der Absonderungsberechtigte Massegläubiger i. S. der §§ 53, 55 I Nr. 1 InsO, weil der Anspruch auf Auskehr des Erlöses durch eine Verwertungshandlung des Insolvenzverwalters entsteht. Die Aufrechnungsverbote der §§ 94 ff. InsO greifen im Ergebnis daher nicht ein<sup>11</sup>. Denn der dinglich gesicherte Gläubiger soll für die „Beschleunigung“ der Verwertung durch freihändigen Verkauf nicht schlechter gestellt werden, als es bei der Zwangsversteigerung der Fall wäre.

Für die hier fragliche Konstellation bedeutet dies, dass der Insolvenzverwalter sich mit dem absonderungsberechtigten Gläubiger über den Verkauf des Absonderungsgegenstands einigt. Sie schließen einen Kaufvertrag zum Preis von z. B. 50 000 Euro über das Grundstück. Mit Abschluss des Vertrags erlangt die Masse einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung. Dieser Anspruch (die Gegenforderung) ist entstanden und erfüllbar. In diesem Moment erlangt der absonderungsberechtigte Gläubiger einen Anspruch auf Auskehr des Erlöses aus § 170 I 2 InsO analog. Dies sind Kaufpreis abzüglich eines – ebenfalls analog – zu vereinbarenden Massebeitrags entsprechend der Feststellungs- und Verwertungskostenregelung des § 171 InsO. Dieser Anspruch (die Hauptforderung) ist fällig. Eine Aufrechnungslage besteht. Nun kann die Aufrechnung erklärt werden, das heißt der Insolvenzverwalter hat (nur noch) einen Anspruch auf den vereinbarten Massekostenanteil.

#### V. Alternativmodell: Verkauf zum „wirtschaftlichen Wert“

Der Verkauf zum „wirtschaftlichen Wert“ wäre im Übrigen auch keine Alternative. Zwar könnten die Parteien die dinglichen Belastungen von dem Verkehrswert des Objekts abziehen und den Saldo von Null Euro um einen zu verhandelnden „Massebeitrag X“ erhöhen. Letzterer ist flexibel; er richtet sich in der Praxis nach dem Wert des Grundstücks, dem erzielten Kaufpreis, der Länge und Intensität der Verhandlungen und den tatsächlich entwickelten Aktivitäten des Verwalters. Der Massebeitrag kann bei einem kleinen Volumen durchaus mit fünf Prozent des Kaufpreises bzw. Werts verhandelt werden. Bei Geschäften im siebenstelligen Bereich sinkt er erfahrungsgemäß auf etwa 0,5 bis zwei Prozent ab. Die geschilderte „wirt-

4) *Uhlenbruck* (o. Fußn. 2), § 49 Rdnr. 1.

5) *BGHZ* 81, 15 = *NJW* 1981, 2257 = *ZIP* 1981, 880; *Lüke*, in: *Kübler/Prütting* (o. Fußn. 3), § 96 Rdnr. 60.

6) *Brandes*, in: *MünchKomm-InsO*, 2001, § 96 Rdnr. 1.

7) *Lüke*, in: *Kübler/Prütting* (o. Fußn. 3), § 96 Rdnr. 5.

8) *Palandt/Bassenge*, *BGB*, 66. Aufl. (2007), § 1191 Rdnr. 17.

9) *Goebel*, in: *Münchener Anwalts-Hdb. z. Insolvenz u. Sanierung* (o. Fußn. 1), § 30 Rdnr. 52, der im Rahmen der Verwertung abgesondert Befriedigung von Grundpfandrechtsgläubigern § 166 InsO zur Anwendung bringt, obwohl dieser eindeutig von der „Verwertung beweglicher Gegenstände“ spricht.

10) *Landfermann*, in: *Heidelberger Komm. z. InsO* (o. Fußn. 1), § 168 Rdnr. 12: „Er kann diese Zahlungspflicht durch Aufrechnung tilgen, soweit ihm nach § 170 I InsO ein Anspruch auf Auskehrung des Erlöses zusteht.“

11) *Eickmann*, in: *Heidelberger Komm. z. InsO* (o. Fußn. 1), § 94 Rdnr. 20.

schaftliche“ Betrachtung übergeht allerdings die objektiven Merkmale des Geschäfts. Denn das Grundstück ist eben nicht Null oder einen Euro wert. Ein Dritter würde schon für 50 000 Euro erwerben, den Betrag auch zahlen, und zwar nach Rangfolge an die jeweiligen Berechtigten. Ein Euro wird also nur zum „Schein“ vereinbart. Daher stellen sich ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit des Geschäfts, welches Möglicherweise sittenwidrig und damit nichtig wäre (§ 138 BGB).

Eine „subjektive Wertermittlung“ ist auch unstatthaft, weil der (wirtschaftliche) Wert einer Sache schon begrifflich stets objektiv aus der Sicht des Markts zu verstehen ist. Zu untersuchen sind die Wert bildenden Faktoren und von ihnen ausgehend ist dann die Wertigkeit des Gegenstands zu ermitteln, die eine Sache für den Markt hat. Markt meint dabei die Sicht eines objektiven Dritten. Dass der eine oder andere Interessent subjektiv ein höheres Kaufinteresse an der Sache hat, das sich dann auch im Kaufpreis niederschlägt, ist ein Gesichtspunkt, den sich der Insolvenzverwalter auf zweiter Ebene zu Nutzen machen kann. Er ist dazu verpflichtet, die Masse zu sichern und sie optimal zu verwerten. Dafür ist aber notwendige Voraussetzung, dass er im Vorfeld der Verwertung einen so genannten Drittvergleich anstellt, der mit einer subjektiven Wertermittlung bezogen auf einen konkreten Interessenten unvereinbar ist.

Des Weiteren ist zu bedenken, dass die Konstruktion über einen Kaufpreis von Null oder einem Euro steuerlich als Umgehungsgeschäft oder Gestaltungsmissbrauch gem. § 42 AO gewertet werden könnte. Missbrauch liegt vor, wenn eine Gestaltung gewählt wird, die – gemessen an dem erstrebten Ziel – unangemessen ist, der Steuerminde rung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nicht steuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist<sup>12</sup>. Schließlich entgeht der Finanzverwaltung zumindest die Grunderwerbsteuer von 3,5 Prozent gem. § 11 GrEStG bezogen auf den Gegenstandswert von 50 000 Euro.

Selbst wenn man von der Wirksamkeit des Geschäfts ausginge, stellt sich die Frage eines Schenkungssteuertatbestands gem. §§ 1 I Nr. 2, 7 ErbStG. Wenn der Wert bei 50 000 Euro liegt, der Kaufpreis aber nur einen Euro beträgt, errechnet sich nominell eine (gemischte) Schenkung von 49 999 Euro, wenn man nicht die „Gegenleistung“ in der Aufgabe der Darlehensforderung sieht. Der Betrag wäre vom Erwerber grundsätzlich mit den Sätzen der §§ 14, 19 ErbStG zu versteuern. Der Erwerber wird aber im Hinblick auf die skizzierten rechtlichen Schwierigkeiten und vor allem mit Blick auf eine eventuelle Auseinandersetzung mit der Finanzverwaltung kaum den Weg des Verkaufs einer Immobilie für einen Euro wagen.

## VI. Verkauf durch den Schuldner selbst

In Betracht kommt die Freigabe des Grundstücks durch den Insolvenzverwalter, so dass der Schuldner wieder zur Verfügung über den Gegenstand berechtigt wäre. Die „Leistung des Insolvenzverwalters“ mag durch gesonderte Vereinbarung zwischen Käufer, Bank und Masse entsprechend abgegolten werden. Der Verwalter könnte wohl eine „Dienstleistung“ (Freigabe des Grundstücks) vereinbaren und eine Vergütung berechnen.

Für den Erwerber könnte sich gleichwohl das Problem einer Auseinandersetzung mit Gläubigern des Schuldners stellen. Denn diese könnten behaupten, der Kaufpreis von 50 000 Euro (unterstellt) entspräche nicht dem tatsächlichen Wert. Nur auf Grund des Zusammenwirkens zwischen Schuldner und Käufer sei ein solcher Kaufpreis vereinbart worden. Damit ist das Feld für eine mögliche Anfechtungsklage gem. §§ 1, 2 AnfG eröffnet. Die Vorschriften des AnfG sind zunächst anwendbar. Denn die

Sperrwirkung des § 16 I AnfG greift nicht ein, weil auf Grund der Freigabe die Immobilie nicht mehr in das Insolvenzverfahren einbezogen ist. Der freihändige Verkauf der Immobilie ist eine Rechtshandlung gem. § 1 I AnfG. Die Gläubiger sind Anfechtungsberechtigte gem. § 2 AnfG. Auch liegt in dem günstigen Verkauf des Grundstücks ein Anfechtungsgrund. Zunächst ist nämlich denkbar, dass der Verkauf zu einem sehr günstigen Preis eine unentgeltliche Leistung i. S. des § 4 I AnfG darstellt, die innerhalb von vier Jahren vor der Anfechtung erfolgt sein muss. Unentgeltlich ist eine Leistung, die unabhängig von einer ausgleichenden Gegenleistung erfolgte. Ob eine werthaltige Gegenleistung erfolgt, beurteilt sich anhand objektiver Gesichtspunkte. Maßgeblich ist, ob sich Leistung und Gegenleistung in ihrem Wert entsprechen.

Stellt der Kaufpreis von hier 50 000 Euro kein taugliches Äquivalent zum Grundstück dar, ist die Unentgeltlichkeit in diesem Sinne gegeben.

Darüber hinaus kommt eine vorsätzliche Benachteiligung gem. § 3 I AnfG in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass der andere Schuldner innerhalb der Zehn-Jahresfrist vor der Anfechtung mit dem Vorsatz handelte, seine Gläubiger zu benachteiligen. Dieser Vorsatz wird gem. § 3 I 2 AnfG vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit folgt schon aus der Kenntnis vom Insolvenzverfahren. In einem solchen Fall wird auch nicht selten zugleich ein Benachteiligungsvorsatz vorliegen.

Gem. § 11 I 1 AnfG ist infolge einer erfolgreichen Anfechtung dem Gläubiger zur Verfügung zu stellen, was durch die anfechtbare Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, soweit es zur Befriedigung erforderlich ist. Gem. § 11 II 1 AnfG hat der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese zur Verfügung zu stellen, soweit er durch sie bereichert ist. Der Grundpfandrechtsgläubiger muss die Immobilie wieder herausgeben.

## VII. Ergebnis und Zusammenfassung

Der Verkauf von Immobilien in der Insolvenz an einen Grundpfandrechtsgläubiger wirft eine Reihe von Fragen auf. Jedenfalls bei Wert ausschöpfend belasteten Immobilien sieht das Gesetz keinen Weg vor, über den der Darlehensgeber, der gleichzeitig Grundpfandrechtsgläubiger ist, seine Altforderungen gegen die aus dem Kaufvertrag entstandenen Neuforderungen verrechnen könnte, § 96 I Nr. 1 InsO. Der Verkauf des Grundstücks zu einem symbolischen Preis, der eventuell einem zwischen dem Verwalter und dem Gläubiger verhandelten Massebeitrag entspricht, bietet keine echte Alternative. Dies gilt auch für den Umweg über die Freigabe des Grundstücks und die Veräußerung durch den Schuldner selbst. Allerdings kann aus § 49 InsO i. V. mit §§ 166, 170 I 2 InsO analog geschlossen werden, dass der absonderungsberechtigte Grundpfandrechtsgläubiger mit dem Verwertungserlös verrechnen kann. Die „Beschleunigung“ der Verwertung durch freihändigen Verkauf kann dem dinglich gesicherten Gläubiger nicht zum Nachteil gereichen. Der Verwertungserlös aus dem nach Verfahrenseröffnung geschlossenen Immobilienkaufvertrag begründet Masseansprüche gem. §§ 53, 55 I Nr. 1 InsO, weil der Anspruch auf Auskehr des Erlöses durch eine Verwertungshandlung des Insolvenzverwalters entstand. Im vorliegenden Fall kommen daher die Aufrechnungsverbote der §§ 94 ff. InsO nicht zur Geltung.

12) Vgl. u. a. *BFHE* 212, 360 = *NZM* 2006, 907 = *DB* 2006, 429 (430).