

06.24 KSI

20. Jahrgang
November/Dezember 2024
Seiten 241–288

www.KSIdigital.de

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

Wirtschaft Recht Steuern

Herausgeber:

Peter Depré, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

Dr. Lutz Mackebrandt, Unternehmensberater

Gerald Schwamberger, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Markus W. Exler, Fachhochschule Kufstein

Prof. Dr. Paul J. Groß, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth, Ehrenpräsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

Dr. Harald Krehl, Senior Advisor, Wendelstein

Prof. Dr. Jens Leker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Andreas Pinkwart, HHL Leipzig Graduate School of Management

Prof. Dr. Florian Stapper, Rechtsanwalt, Stapper/Jacobi/Schädlich Rechtsanwälte-Partnerschaft, Leipzig

Prof. Dr. Henning Werner, IfUS-Institut an der SRH Hochschule Heidelberg

Strategien Analysen Empfehlungen

Projektentwicklungen in der Immobilienkrise (Teil II)
[Dr. Raoul Kreide und Fabio Carrozza, 245]

Der Einfluss von Innovationen auf die Resilienz von Unternehmen [Prof. Dr. Dr. Mario Situm und Matthias Möllers, 252]

Insolvency III: Aktueller Stand der Gesetzesinitiative
[Dr. Thomas Stern, 259]

Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Cyber Security als Erfolgsfaktor in der Restrukturierung
[Andreas Lau, 265]

Die Auswahl der richtigen Sanierungsberatung im Zuge eines eigenverwalteten Insolvenzverfahrens
[Thomas Uppenbrink, 270]

Besonderheiten bei grenzüberschreitender Sanierung Deutschland/Österreich [Daniel Emmrich und Dr. Christoph Strobl, 272]

Kommunikation in der Krise: Wie lassen sich Fallstricke vermeiden?
[Prof. Dr. Emanuel H. Burkhardt, 279]

Beilage

Jahresinhaltsverzeichnis 2024

Projektentwicklungen in der Immobilienkrise

Herausforderungen und Gestaltungsmöglichkeiten durch die Verzahnung von bau- und insolvenzrechtlichen Instrumentarien (Teil II)

Dr. Raoul Kreide und Fabio Carrozza*

Aktuell wird die Restrukturierungsszene durch zahlreiche Insolvenzen im Immobiliensektor beherrscht. Während das insolvenzrechtliche Handwerkzeug bekannt und bewährt ist, treten immobilienpezifische Themen hinzu. Für eine erfolgreiche Sanierung sind sie entscheidend. Der folgende Beitrag beleuchtet im Anschluss an die Grundlagen in Teil I in KSI 05/2024 S. 206–211 hier nun konkrete Herausforderungen bei der Sanierung von Projektentwicklungsgesellschaften. Diese betreffen Bauverzögerungen, die Insolvenz des Generalunternehmers bzw. des Joint-Venture-Partners sowie Zahlungsschwierigkeiten eines Mieters. Ausführungen zur Nachhaltigkeit und zur Krisenvorsorge als Geschäftsführungspflicht runden den Teil II ab.

(zu Teil I mit Abschn. 1–3 siehe KSI 2024 S. 206 ff.)

4. Herausfordernde Situationen und deren Bewältigung

Es ist offensichtlich, dass die im Abschn. 3 beschriebenen Boomphase Vergangenheit geworden ist. Neue Projekte müssen heute anders kalkuliert werden. Unter Umständen lässt sich ein Projekt nur noch dann realisieren, wenn die Baubehörde eine größere Bruttogeschossfläche genehmigt, damit die gestiegenen Kosten abgebildet werden können. Im Folgenden werden verschiedene Szenarien beleuchtet, die zu einer wirtschaftlichen Schiefelage, wenn nicht gar zur Insolvenz bereits laufender Projektentwicklungen führen können.

4.1 Bauverzögerungen und Erhöhungen der Baukosten

Überschreiten die laufenden Baukosten den Finanzierungsrahmen, ist eine Nachfinanzierung erforderlich. Banken sind jedoch immer

noch extrem zurückhaltend. Teilweise wird jegliche Erweiterung des Kreditengagements abgelehnt, teilweise werden hohe Erwartungen an gesellschafterseitige Eigenkapitalbeiträge gestellt. In vielen Fällen trifft die Kostenerhöhung zugleich auf eine Bauzeitverlängerung. Dann muss auch das auslaufende Darlehen in den Blick genommen werden. Denn es wird klar, dass bis zum Fälligkeitstag keine Veräußerung erreichbar ist.

4.1.1 Prolongation und Stillhalten

Im Vordergrund stehen dann die frühzeitige Kontaktaufnahme mit der finanzierenden Bank und die Suche nach einer weiteren Finanzierungslösung. In der aktuellen Marktlage gestaltet sich dies jedoch überaus schwierig. Vor allem mussten Banken bereits schmerzhaft lernen, dass steckengebliebene Bauvorhaben wertmäßig oft weit hinter der valutierenden Grundschuld zurückbleiben. Naheliegender wäre es, Darlehen zu prolongieren. Das scheitert aber in manchen Fällen schon an dem erforderlichen Übergang aus der Baufinanzierung in eine zumindest kurzfristige Bestandsfinanzierung, mit der man auf wieder anziehende Immobilienpreise bzw. eine allgemeine Wiederbelebung des Markts hoffen könnte. So kommt man zu Stillhalte-

vereinbarungen, die zunächst einmal geeignet sind, die durch Auslaufen des Darlehens drohende Zahlungsunfähigkeit abzuwenden.¹⁰

Nicht genügend ist hingegen eine durch den Schuldner in Anspruch genommene Stabilisierungsanordnung im StaRUG-Verfahren (§§ 49 ff. StaRUG). Durch diese wird zwar eine Vollstreckung und Verwertung durch die von der Stabilisierung betroffenen Gläubiger für die Anordnungsdauer ausgesetzt. Die Anordnung lässt aber die Fälligkeit der betroffenen Forderungen unberührt. Die in § 55 StaRUG enthaltenen vertragsrechtlichen Wirkungen beinhalten keine Stundung dieser Forderungen.¹¹ Daher sind auch Forderungen von Gläubigern, die von einer Stabilisierungsanordnung betroffen sind,

* RA Dr. Raoul Kreide, Dipl.-Betriebswirt (BA), Mediator, ist Partner für Restrukturierung bei GSK Stockmann. Er ist seit vielen Jahren auf Insolvenzen im Immobilienumfeld spezialisiert. Zuletzt hat er mehrere StaRUG-Fälle bei Projektentwicklungen begleitet. Fabio Carrozza ist Geschäftsführer der BF.real estate finance GmbH, einer Tochtergesellschaft der BF direkt AG. Dort arrangiert er klassische Bank-, strukturierte und alternative Finanzierungen im Real-Estate-Umfeld.

(Fn. 1–9 s. Teil I in KSI 05/2024 S. 206–211)

10 BGH-Urteil vom 20.12.2007 – IX ZR 93/06, NZI 2008 S. 631: „Bei der Prüfung, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist, darf eine Forderung, die früher ernsthaft eingefordert war, nicht mehr berücksichtigt werden, wenn inzwischen ein Stillhalteabkommen – das keine Stundung im Rechtssinne enthalten muss – mit dem Gläubiger geschlossen wurde.“; Mätzig, in: BeckOK/GmbHG, Stand 1.2.2024, § 64 Rn. 24; Frege/Keller/Riedel, Handbuch Insolvenzrecht, 9. Aufl. 2022, Teil 2 Rn. 83.

11 Vgl. Schelo, WM 2021 S. 516.

Neben dem klassischen Schuldenschnitt lässt sich über ein StaRUG-Verfahren auch eine (Zwangs-)Prolongation des Finanzierungsdarlehens erreichen.

KSI 6/24 246 Projektentwicklungen in der Krise

im Rahmen der Zahlungsfähigkeitsprüfung zu berücksichtigen.¹² Ebenso unzulänglich wäre die Berufung auf § 1193 Abs. 1 BGB. Danach wird die Grundsuld als dingliches Recht erst nach Kündigung fällig. Dass die Bank erst nach Ablauf der sechsmonatigen Kündigungsfrist (§ 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB) in die Grundsuld vollstrecken kann, ändert jedoch nichts an der schuldrechtlichen Fälligkeit des Darlehens,¹³ welches durch die Kündigung der Grundsuld und damit das Betreiben der Zwangsvollstreckung als ernstlich eingefordert gelten muss.

4.1.2 Prolongation und Stundung mittels StaRUG

Lange wurde diskutiert, ob sich das StaRUG im Markt auf breiter Basis durchsetzen könne. Im Bereich der notleidenden Projektentwicklungen ist es geradezu prädestiniert.¹⁴ Neben dem klassischen Schuldenschnitt lässt sich über ein StaRUG-Verfahren auch eine (Zwangs-)Prolongation des Finanzierungsdarlehens erreichen. Wie oben beschrieben, können Bauverzögerungen dazu führen, dass die Finanzierung vor Fertigstellung und Verkauf ausläuft. Oder man möchte aus der Bau- in eine Bestandsfinanzierung übergehen, um den Exit in eine wieder belebtere Marktphase zu verschieben. Dann kann die durch das StaRUG herbeigeführte Prolongation oder Stundung das entscheidende Element sein,¹⁵ um die Projektentwicklung finanziell zu stabilisieren.

Die Bank als Planbetroffene darf zwar auch hier nicht schlechter gestellt werden als im Alternativszenario. Ausgangspunkt für die Überlegungen, ein relativ komplexes Restrukturierungsverfahren einzuleiten, ist jedoch die fehlende Bereitschaft der Bank, das Darlehen zu verlängern. Begründet wird dies meist mit der Befürchtung, die Grundsuld reiche nach einer eigens vorgenommenen Bewertung nicht aus, um die Darlehensvaluta angemessen abzudecken. Mit dieser Argumentation öffnet die Bank dem Projektentwickler aber gerade die Tür, eine Neujustierung der Finanzverbindlichkeiten vorzunehmen.

In vielen Fällen hängt die Durchführbarkeit eines StaRUG-Verfahrens aber am (seidenen) Faden, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verhindert werden kann. Diese hängt schwarz/weiß am Schicksal der Projektfinanzierung. Denn Ausgangslage sind ja

gerade festgefahrene Verhandlungen hinsichtlich dieser Verbindlichkeitenposition bei einem Forderungsvolumen, welches auf andere Weise nicht gedeckt werden kann. Damit stellt sich die Frage, ob die Bank durch Kündigung des Darlehens (oder den Widerruf einer Stundungs-/Stillhaltevereinbarung) ein gegen sie gerichtetes StaRUG-Verfahren torpedieren kann, indem sie die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herbeiführt. Denn nach Anzeige der Restrukturierungssache bei Gericht ist der Schuldner fortlaufend verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit i. S. des § 17 Abs. 2 InsO unverzüglich anzuzeigen (§§ 32 Abs. 3, 42 Abs. 1 StaRUG). Allerdings ruht während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache die Insolvenzantragspflicht (§ 33 Abs. 1 StaRUG). Hierdurch soll das Gericht in die Lage versetzt werden, über eine Aufhebung oder eine ausnahmsweise Fortsetzung der Restrukturierungssache im Interesse der Gläubiger entscheiden zu können.

Im Grundsatz soll der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zur Verfahrensaufhebung führen. Es steht jedoch im Ermessen des Restrukturierungsgerichts, ob es die Restrukturierungssache ausnahmsweise fortführt, wenn die Zahlungsunfähigkeit aus der Fälligkeitstellung einer Forderung resultiert, die aber nach dem angezeigten Restrukturierungskonzept einer Gestaltung durch den Plan unterworfen werden soll (§ 33 Abs. 2 Nr. 1 Hs. 3 StaRUG). Das StaRUG erkennt an, dass nicht in jedem Fall die Überleitung in ein Insolvenzverfahren zielführend ist.¹⁶ § 33 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG normiert daher zwei Ausnahmen von der zwingenden Aufhebung.

- Die erste Alternative betrifft Fälle, in denen die Restrukturierungssache unmittelbar bevorsteht, etwa weil nur noch die Bestätigung des Restrukturierungsgerichts aussteht.¹⁷
- Die zweite Alternative regelt den Fall, dass die Insolvenz aus der Kündigung oder sonstigen Fälligkeitstellung einer Restrukturierungsforderung resultiert und das Restrukturierungsziel mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erreicht werden kann. Diese Regelung verhindert, dass ein einzelner Gläubiger eine aussichtsreiche Sanierung mit seiner Fälligkeitstellung torpedieren kann.¹⁸ Das Erreichen des Restrukturierungsziels muss aber, insbesondere im Hinblick auf die Stimmverhältnisse im Abstimmungstermin, überwiegend wahrscheinlich sein.¹⁹ Dies wird ohnehin Voraussetzung dafür sein, dass der Schuldner die Einleitung eines Verfahrens anstrebt. Dennoch bleibt das Ermessen des Gerichts als Risikofaktor zu berücksichtigen und sollte ggf. schon im Rahmen der Vorgespräche mit dem Gericht thematisiert werden.

12 Vgl. Goetker, in: Flöther/StaRUG, 1. Aufl. 2021, § 42 Rn. 19; Fritz, in: Uhlenbruck/InsO, 16. Aufl. 2023, § 42 StaRUG Rn. 14.

13 Vgl. Lieder, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 1193 Rn. 2; vgl. mit Erst-Rechtschluss zu den Urteilsausführungen zu Grundsuldzinsen BGH, Beschluss vom 30.3.2017 – V ZB 84/16, NJW 2017 S. 2469.

14 Siehe hierzu bereits Kreide, KSI 2024 S. 179 f.

15 Vgl. dazu Tasma, in: Flöther, Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG), 1. Aufl. 2021, StaRUG § 7 Rn. 8, § 12 Rn. 7 f.; Röper/Denkhaus, ZRI 2021 S. 1043, 1045; Fridgen, in: BeckOK/StaRUG, 11. Aufl., Stand 1.1.2024, § 12 Rn. 38.

16 Vgl. Hoffmann/Braun, in: Flöther/StaRUG, 1. Aufl. 2021, § 33 Rn. 7.

17 Vgl. BT-Drucks. 19/24181/139; Hoffmann/Braun, in: Flöther/StaRUG, 1. Aufl. 2021, § 33 Rn. 7.

18 Vgl. Hoffmann/Braun, in: Flöther/StaRUG, 1. Aufl. 2021, § 33 Rn. 8; Kramer, in: BeckOK/StaRUG, 13. Aufl., Stand 1.7.2024, § 33 Rn. 30; Fritz, in: Uhlenbruck/InsO, 16. Aufl. 2023, § 33 StaRUG Rn. 21.

19 Vgl. Blankenburg, in: Morgens/StaRUG, 2. Aufl. 2022, § 33 Rn. 47.

4.2 Insolvenz des Generalunternehmers

4.2.1 Allgemeines zur Problemlage

Die größten Herausforderungen stellen sich, wenn der Generalunternehmer nicht mehr leistungsfähig ist. Dies kann auch daran liegen, dass einer seiner Nachunternehmer in Insolvenz gerät und in der Kürze der Zeit nicht ersetzt werden kann. Es droht ein längerfristiger Baustillstand verbunden mit exorbitanten Kostensteigerungen durch den Wiederanlauf der Baustelle, neu zu verhandelnde Verträge und die für die Verzögerungszeit auflaufenden Finanzierungszinsen.

Dabei ist der Insolvenzantrag nicht einmal das größte Problem. Noch problematischer ist der Generalunternehmer, der seine Krise nicht in den Griff bekommt und dennoch keinen Antrag stellt. Hier werden dem Projektentwickler regelmäßig die Hände gebunden sein, weil er oftmals über die desaströse Lage in Kenntnis gesetzt wird – sei es durch den Generalunternehmer selbst, der seinen Forderungen durch drastische Schilderung Nachdruck verleihen will, sei es durch Nachunternehmer oder schlicht die Feststellung, dass keine Arbeiter auf der Baustelle sind. Mit jedem Tag eines solchen verkappten Baustillstands werden die Probleme größer. Nachunternehmer verlieren ihre Zeitfenster oder ziehen ihr Personal an andere Projekte ab, bei denen sie auch bezahlt werden. Durch den Insolvenzantrag wird dann zumindest sichergestellt, dass das Bemühen um eine Sanierung professionell strukturiert und vor allem zeitnah vorangetrieben werden. Allerdings wird auch der Insolvenzverwalter keine Wunder vollbringen. Zwar ist eine Sanierung über einen Insolvenzplan denkbar, scheitert aber oftmals an der Komplexität der Vertragsbeziehungen, die darüber abzuwickeln wären.

4.2.2 Direktzahlung an Nachunternehmer und Risiko der Doppelzahlung

Gerät der Bauträger in wirtschaftliche Schwierigkeiten und kann seine Nachunternehmer nicht mehr bezahlen, stellt sich für den Bauherren die Frage, ob er statt an den Generalunternehmer auch direkt an die Subunternehmer zahlen kann. Denn die Fortsetzung der Bautätigkeit, insbesondere mit den bereits tätigen Nachunternehmern, ist der entscheidende Hebel zur Wertsicherung des Projekts.

§ 16 Abs. 6 VOB/B sieht zwar explizit die Möglichkeit vor, mit schuld-befreiender Wirkung auch an den Nachunternehmer zu leisten. Der Generalunternehmer hat diesem eine Empfangszuständigkeit erteilt. Dies ändert sich allerdings, sobald über das Vermögen des Generalunternehmers das Insolvenzverfahren eröffnet wird, weil er damit die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen verliert. Die von ihm erteilte Empfangsermächtigung wird gegenstandslos.²⁰ Der Bauherr kann also nicht mehr schuld-befreiend an den Nachunternehmer leisten.²¹ Ohnehin ist in vielen Fällen fraglich, ob die VOB/B entsprechend den Vorgaben des AGB-Rechts wirksam einbezogen wurden. Eine Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB findet nur dann nicht statt, wenn die VOB/B ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt einbezogen sind.²² Die rechtssichere Zahlung an Nachunternehmer ist daher ein „Dauerbrenner“ der bau-insolvenzlichen Beratung. Insbesondere droht dem Auftraggeber, dass er nach Fertigstellung und Zahlung der Nachunternehmer-Rechnung die Vergütung ein zweites Mal, diesmal an die Insolvenzmasse des Generalunternehmers, zahlen muss.

In der Insolvenz des Generalunternehmers droht zudem die Anfechtung, da die Direktzahlung des Nachunternehmers als eine mittelbare Zuwendung des insolventen Generalunternehmers anzusehen ist. Leistet der Auftraggeber in der Krise des Generalunternehmers direkt an den Nachunternehmer, erhält dieser eine Befriedigung, die ihm nach den Regelungen der Insolvenzordnung nicht zustand und damit der Anfechtung nach § 131 Abs. 1 InsO unterliegt. Dabei ist es unbeachtlich, dass die Zahlung nicht vom Generalunternehmer, sondern über den Auftraggeber als Mittelsmann kommt, weil es für die Inkongruenz nur darauf ankommt, dass ein Gläubiger, hier der Nachunternehmer, eine Deckung erhält, nicht aber darauf, von wem diese kommt.²³ Diese Leistung ist zudem inkongruent, weil der Nachunternehmer auf die Direktzahlung keinen Anspruch hat. Damit scheidet auch ein Bargeschäft nach § 142 InsO aus.²⁴

Der Nachunternehmer hingegen kann nicht nach § 131 InsO, sondern nur nach § 133 Abs. 1 InsO einem Anfechtungsrisiko wegen einer Direktzahlung ausgesetzt sein, weil er in diesem Kontext nicht Gläubiger, sondern Schuldner des Generalunternehmer ist.²⁵ Allerdings hat der BGH mittlerweile entschieden, dass in solchen Dreiecks-konstellationen die Vorsatzanfechtung nicht nur gegen den Empfänger der Zahlung, sondern auch den Mittelsmann in Betracht kommt. Die nach § 133 InsO geforderte Handlung des Schuldners liege in der mit der Bevollmächtigung des Nachunternehmers zur Entgegennahme der ihm gebührenden Zahlung einhergehenden Verrechnungsabrede; diese führe zu einer unmittelbaren Benachteiligung der Insolvenzgläubiger.²⁶ Damit ist zwar weiterhin erforderlich, dass der General-

20 BGH-Urteil vom 24.4.1986 – VII ZR 248/85, NJW 1986 S. 2761; BGH-Urteil vom 17.6.1999 – IX ZR 176/98, NJW 1999 S. 2969.

21 Vgl. Kandel, in: BeckOK/VOB/B, 55. Aufl. 2024, § 16 VOB/B Abs. 6 Rn. 7.

22 Vgl. Schmidt, in: Westphalen/Thüsing/Pamp, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 50. Ergänzungslieferung, 2024, Teil II Rn. 14; BGH-Urteil vom 22.1.2004 – VII ZR 419/02, NJW 2004 S. 1597.

23 Vgl. Huber, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, 1. Teil R. IV Rn. 110.

24 BGH-Urteil vom 10.5.2007 – IX ZR 146/05, NZI 2007 S. 456, Rn. 10.

25 BGH-Urteil vom 29.11.2007 – IX ZR 121/06, NZI 2008 S. 167, Rn. 14.

26 Vgl. ebenda, Rn. 28.

Insolvenzrechtlich könnte es (künftig) vorteilhaft sein, den Vertrag nicht nach § 8 Abs. 2 VOB/B zu kündigen, sondern den Verwalter schnellstmöglich zur Ausübung des Erfüllungswahlrechts aufzufordern.

unternehmer beim Abschluss der Empfangsbvollmächtigung einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz hatte und der Auftraggeber davon Kenntnis hatte. Dennoch ist das Risiko des Auftraggebers, sich einer Anfechtung ausgesetzt zu sehen, deutlich gestiegen.²⁷

In der Praxis behilft man sich daher mit dreiseitigen Vereinbarungen, über die der Direktzahlungsanspruch und damit auch der Bargeschäftscharakter der Zahlung begründet wird. Eine solche vom BGH anerkannte Kongruenzvereinbarung erfordert allerdings, dass noch keine Vertragsleistungen ausgetauscht wurden.²⁸

4.2.3 Erfüllungswahl und Kündigung

Im Falle der Insolvenz des Generalunternehmers ist zudem zu beachten, dass dem Insolvenzverwalter sowohl im Verhältnis zum Subunternehmer als auch im Verhältnis zum Auftraggeber das Erfüllungswahlrecht nach § 103 InsO zukommt, ohne dass er die Erfüllungswahlrechte einheitlich ausüben müsste.²⁹ Dieses Erfüllungswahlrecht entfällt allerdings, wenn der Auftraggeber zuvor wirksam gekündigt hatte. In diesem Zusammenhang ist die Unwirksamkeit insolvenzbedingter Kündigungsgründe (§ 119 InsO) mit der Ausnahme des vom BGH anerkannten Kündigungsgrunds nach § 8 Abs. 2 VOB/B zu beachten.³⁰

Eine den gesamten wirtschaftlichen Rahmen umfassende Einzelfall- und Risikoabwägung ist in diesem Zusammenhang aber auch im Lichte der Entscheidung des BGH vom Oktober 2023 geboten.³¹ Der Auftraggeber hatte mehrere beauftragte Arbeiten nach § 8 Abs. 2 VOB/B außerordentlich gekündigt; der Insolvenzverwalter verlangte sodann den restlichen Werklohn für die bereits erbrachten Arbeiten aus einem Auftrag. Hiergegen wollte der Auftraggeber mit einem Mehrkostenerstattungsanspruch für die Fertigstellung der anderen Aufträge durch Dritte aufrechnen. Der BGH hielt die Aufrechnung jedoch nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO für unzulässig, weil die Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise erlangt worden sei. Dies dürfte in der Praxis in den meisten Fällen nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO der Fall sein. Denn Anlass für die Kündigung ist ja gerade, dass der Auftraggeber von der Insolvenzeröffnung erfährt und sich nach § 8 Abs. 2 VOB/B darauf berufen kann.

Der für das Bauvertragsrecht zuständige VII. Senat hatte hingegen eine Aufrechnung für zulässig erachtet, weil auch der Gegenanspruch erst aufgrund der Kündigung entstehe.³² Dies gelte aber nur, wenn die Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis stammten. In diesem Fall sei keine Gläubigerbenachteiligung gegeben, weil sich die Wechselbeziehungen wirtschaftlich aufheben. Dem steht der IX. Senat, wie aus Kreisen der Senatsmitglieder zu hören ist, skeptisch gegenüber. Diese Kritik scheint insolvenzrechtlich nachvollziehbar, weil es eigentlich nicht zu einer Saldierung der Vor- und Nachteile einer Handlung für die Gläubiger kommt. Der Eintritt der Gläubigerbenachteiligung ist stattdessen isoliert in Bezug auf die Minderung der Masse zu bewerten.³³ Eine Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen war nur deshalb entbehrlich, weil im zu entscheidenden Fall mit Forderungen aus einem anderen Schuldverhältnis aufgerechnet werden sollte.³⁴ Dennoch scheint eine Rechtsprechungsänderung möglich, wenn nicht sogar wahrscheinlich zu sein.

Insolvenzrechtlich könnte es daher (künftig) vorteilhaft sein, den Vertrag nicht nach § 8 Abs. 2 VOB/B zu kündigen, sondern den Verwalter schnellstmöglich zur Ausübung des Erfüllungswahlrechts aufzufordern. Denn trotz kritischer Stimmen in der Literatur³⁵ vertritt die herrschende Meinung hier, dass der Insolvenzverwalter bei einer in Folge der Erfüllungsablehnung erfolgten Beendigung des Vertragsverhältnisses den Werklohnanspruch für die bisher durch den Schuldner erbrachten Leistungen nicht mehr eigenständig geltend machen könne, sondern dass dieser nur noch als Rechnungsposten in ein Abrechnungsverhältnis einzubringen sei. Dieses stelle keine Aufrechnung dar, vielmehr verminderten sich die Ansprüche jeder Seite *ipso iure*.³⁶ Nur, wenn sich am Ende noch ein Saldo zugunsten der Masse ergebe, stehe dem Insolvenzverwalter ein Anspruch gegen den Besteller zu.³⁷ Bleibe demgegenüber ein Saldo zugunsten des Bestellers, könne er dieses als Nichterfüllungsschaden zur Masse anmelden.³⁸ Bleibt der BGH seiner Linie treu, müsste er konsequenter-

27 Vgl. Huber, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 4. Aufl. 2022, 1. Teil R. IV Rn. 110a.

28 BGH-Urteil vom 17.12.2015 – IX ZR 287/14.

29 Vgl. Seichter, in: BeckOGK/BGB, 2024, § 634 BGB Rn. 746; Huber, in: MüKo/InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 InsO Rn. 147.

30 BGH-Urteil vom 7.4.2016 – VII ZR 56/15, NJW 2016 S. 1945; Lederer, in: Kapellmann/Messerschmidt/VOB, 8. Aufl. 2023, § 8 VOB/B Rn. 77 ff.

31 BGH-Urteil vom 19.10.2023 – IX ZR 249/22, NJW 2024 S. 212.

32 Vgl. hierzu BGH-Urteil vom 23.6.2005 – VII ZR 197/03, NJW 2005 S. 2771, 2773.

33 Vgl. Straubmeier, FD-InsR 2023, 822012.

34 Vgl. ebenda; vgl. auch BGH-Urteil vom 19.10.2023 – IX ZR 249/22, NJW 2024 S. 212, Rn. 15.

35 Vgl. etwa Wegener, in: Uhlenbruck/InsO, 15. Aufl. 2019, § 103 InsO Rn. 170 f.; Tintelnot, in: KPB InsO, 99. Ergänzungslieferung, 2024, § 103 InsO Rn. 322.

36 Vgl. Huber, in: MüKo/InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 InsO Rn. 185; noch zu § 635 BGB a. F. BGH-Urteil vom 16.1.1986 – VII ZR 138/85, NJW 1986 S. 1176, 1177. BGH-Urteil vom 7.2.2013 – IX ZR 218/11, BGHZ 196 S. 160 Rn. 12 („Gegenseitige Ansprüche aus dem nämlichen Vertragsverhältnis bedürfen keiner Aufrechnung; sie sind Rechnungsposten bei der Ermittlung des Ersatzanspruchs.“); BGH-Urteil vom 3.3.2016, IX ZR 132/15, BGHZ 209 S. 179.

37 BGH-Urteil vom 5.5.1977 – VII ZR 85/76, NJW 1977 S. 1345 f.; BGH-Urteil vom 20.12.1988 – IX ZR 50/88, NJW 1989 S. 1282; Wegener, in: Uhlenbruck/InsO, 15. Aufl. 2019, § 103 InsO Rn. 169.

38 BGH-Urteil vom 26.10.2000 – IX ZR 227/99, NJW 2001 S. 1136, 1137 f.; Huber, in: MüKo/InsO, 4. Aufl. 2019, § 103 InsO Rn. 185.

weise auch wie der VII. Senat die Gläubigerbenachteiligung ablehnen. Denn der Insolvenzmasse würde durch die Aufrechnung nur eine Forderung entgegen, die ihr aufgrund der Saldierung nach Nicht-Erfüllungswahl auch ansonsten nicht zur Verfügung stünde. Sie wäre also nicht schlechter gestellt.

4.3 Insolvenz des Joint-Venture-Partners

Niemand wünscht sich einen insolventen Mitgesellschafter. Auch wenn der Insolvenzverwalter nur in beschränktem Maße Einfluss auf die operative Tätigkeit der Objektgesellschaft nehmen wird, schränkt es die Handlungsfähigkeit doch erheblich ein. Hinzu kommt: Sofern Dienstleister einen Schuldbeitritt oder eine Garantie von beiden Mitgesellschaftern verlangt haben, muss der verbleibende Gesellschafter jetzt davon ausgehen, dass er im Zweifel in voller Höhe in Anspruch genommen wird. Der Gesamtschuldnerausgleich (§ 426 BGB) geht als Insolvenzforderung weitestgehend ins Leere. Gravierender ist aber, dass die Entscheidungsfreudigkeit des Partners erheblich eingeschränkt ist. Kann er fällig werdende Eigenkapitaltranchen nicht bedienen, gefährdet dies die gesamte Projektfinanzierung. Kommt es gar zur Insolvenz des Partners, treten wieder andere Interessen in den Vordergrund. So hat die Insolvenz des Gesellschafters auf die Projektgesellschaft zwar keine unmittelbare Auswirkung. Der Insolvenzverwalter wird jedoch auf eine schnelle Verwertung drängen.

Auch hier zeigt der Markt gerade, dass Restrukturierungsverfahren nach StaRUG geeignet sind, die Gesellschafterstruktur neu zu ordnen. I. d. R. wird dabei der finanzstarke Mitgesellschafter als Planinvestor auftreten und (ggf. nach begleitenden Maßnahmen auf Gläubigerseite) die zur Durchfinanzierung und Wiederherstellung der Bestandsfähigkeit (§ 14 StaRUG) erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen. Nur dann kann er im Zuge des Restrukturierungsverfahren mit einer schnellen und rechtssicheren Verfahrensbeendigung rechnen. Zudem ist dem Mitgesellschafter keine Abfindung zu bezahlen. Da er in einem alternativen Szenario als Gesellschafter nicht mit einer Insolvenzquote rechnen kann, sind seine Anteile wert-

los. In die Gesamtabwägung ist aber auch eine potentielle Grunderwerbsteuerbelastung einzubeziehen. Daher kann es auch denkbar sein, dass sich der Planinvestor mit einem Gesamtanteil unterhalb der Grunderwerbsteuerlich relevanten Beteiligungsschwelle begnügt. Neben dem Kapitalschnitt können die Anteile dazu auch im Wege der Zwangsabtretung durch den Plan übertragen werden.

4.4 Zahlungsschwierigkeiten des künftigen Mieters

Selbst wenn der Generalunternehmer seine Baustelle und Kosten im Griff hat, kann das Projekt in Schiefelage geraten, wenn der Mieter während der Bauphase in Insolvenz gerät. Denn oftmals sind Projektentwicklungen stark auf die jeweiligen Ankermieter zugeschnitten. Wie man in der Bestandsvermietung mit einem kriselnden oder gar insolventen Mieter umgeht, wird Gegenstand eines weiteren Teils der Beitragsreihe zu Immobilien in der Insolvenz sein.³⁹ In diesem Beitrag geht es um die Auswirkungen auf die Projektentwicklung. Dabei muss der Mieter nicht zwingend insolvent sein. Durch Bauverzögerungen können sog. „long stop dates“ gerissen werden. Oftmals steht dem Mieter dann ein Rücktrittsrecht zu. Damit gibt auch die Vorvermietung mit dem bonitätsstärksten Mieter keine Gewähr, dass der Mieter tatsächlich einziehen wird, wenn es an anderer Stelle im Projekt hakt.

Eine Nachnutzung ist dann nur mit kostenintensiven Umbauten möglich. Eine Umplanung im laufenden Bau ist jedoch eine logistische Herausforderung. Dies gilt selbst dann, wenn man einen branchenmäßig passenden Mieter findet. Denn selbst wenn es um den grundversorgenden Einzelhandel geht, ist ein Vollsortimenter strukturell ganz anders aufgebaut als ein Discounter, von Flächenbedarf und individuellen Vorgaben ganz abgesehen. Aktuell kommt aber noch hinzu, dass der Mietmarkt schwach geworden ist. Viele Mieter haben Umzugsplanungen oder Erweiterungen zurückgestellt und beabsichtigen eher noch, Flächen freizugeben, die aufgrund der sich im Zuge der Corona-Krise etablierten Homeoffice-Kultur nicht mehr benötigt werden.

In vielen Fällen ist es aber gerade der leistungsbereite Mieter, der mit einem schon abgeschlossenen Mietvertrag zum Problem wird. Während Bauverzögerungen zu Kostensteigerungen führen, beginnt die Indexierung des Mietvertrags in aller Regel erst mit der Übergabe der Mietfläche. Damit können die Kostensteigerungen nicht kompensiert werden und das Projekt wird absehbar unrentabel – im Extremfall ist dies schon vor Baubeginn erkennbar. Nun ist es nicht so einfach, sich von einem bereits geschlossenen Mietvertrag zu trennen. Begrenzte Verhandlungsmöglichkeit bietet die Heranziehung des Konstrukts „Störung der Geschäftsgrundlage“ (§ 313 BGB), die mit den fundamental geänderten Finanzierungsbedingungen begründet werden kann. Das StaRUG-Verfahren bietet hier hingegen keine Lösungsmöglichkeit. Denn eine Möglichkeit zur Vertragskündigung ist nicht Gesetz geworden. Und eine Vertragsanpassung kommt ebenfalls nicht in Betracht, da dies nur insoweit zulässig ist, wie der Vertragspartner schon ein Insolvenzrisiko eingegangen ist, beispielsweise durch Auszahlung eines Darlehens (§ 3 Abs. 2 StaRUG).⁴⁰

³⁹ In Vorbereitung für 2025.

⁴⁰ Vgl. Skauradszun, in: BeckOK/StaRUG, 12. Aufl. 2024, StaRUG § 3 Rn. 14.

Auch ein Insolvenzplanverfahren ist nur bedingt hilfreich. In der Insolvenz des Vermieters gilt zunächst nach § 108 InsO die Verpflichtung, die Mietsache zur Verfügung zu stellen, für die ja sodann auch eine Gegenleistung erbracht wird. Ein Sonderkündigungsrecht sieht § 111 InsO nur für den Fall vor, dass die Mietsache veräußert wird. Dennoch kann der Insolvenzmasse nicht zugemutet werden, die Masse aufzubrechen, um ein nicht rentables Projekt fertigzustellen – erst recht, wenn die Insolvenz ja gerade dadurch bedingt ist, dass die Mittel nicht ausreichen, um das Projekt zu realisieren. Der Insolvenzverwalter muss sich dann über die Freigabe der Mietsache behelfen.⁴¹ Die (durchaus berechtigten) Ansprüche des Mieters werden als Insolvenzforderungen weitgehend unbefriedigt bleiben. Vor diesem Hintergrund ergibt sich in der Praxis insbesondere dann ein Verhandlungsfenster, wenn der Mieter auf den Bezug der (auf ihn zugeschnittenen) Fläche angewiesen ist oder andere (interne) vergebliche Aufwendungen und Alternativkosten in der Gesamtabwägung eine Konditionenanpassung erlauben. Denn eins dürfte sicher sein: Vergibt der Mieter das Projekt neu, werden die Kosten noch einmal deutlich höher ausfallen. Ist die Mietsache nicht übergeben, greift § 108 InsO noch nicht. Hier bietet das Insolvenzverfahren (insbesondere mit Insolvenzplan und Eigenverwaltung) die Möglichkeit, die Nicht-Erfüllung des unrentablen Mietvertrags zu wählen (§ 103 InsO) und die Mietfläche neu zu vermarkten.

5. Herausforderung Nachhaltigkeit

Unabhängig vom Zins- und Marktumfeld wird die Nachhaltigkeitsregulatorik von der Politik immer weiter vorangetrieben. Die Einhaltung von ESG-Kriterien (Environmental, Social, Governance) wird zunehmend darüber entscheiden, ob ein Objekt überhaupt finanziert wird oder nicht und zu welchen Konditionen. Die Konsequenzen sind weitreichend: Banken, Versicherungen und andere regulierte kapitalmarktorientierte Unternehmen werden in absehbarer Zeit nur noch ESG-konforme Objekte mieten, kaufen und betreiben können. Die Wertentwicklung von Immobilien wird daher maßgeblich von der Erfüllung von ESG-Kriterien und entsprechenden Modernisierungsmaßnahmen abhängen. Der Druck, Immobilienbestände ESG-konform

umzubauen, ist enorm, um ihren Wert zu erhalten und sie nicht zu „Stranded Assets“ werden zu lassen, also zu Vermögensgegenständen, die aufgrund fehlender ESG-Konformität nicht mehr marktfähig sind. Mit jedem neuen ESG-Standard verlieren ältere Bestände weiter an Wert, wenn sie nicht entsprechend modernisiert werden.

6. Krisenvorsorge und Überwachungspflichten der Geschäftsführung

Vielfach wird schon im Vorfeld nicht beachtet, welche Pflichten den Unternehmen auferlegt sind, um solche Krisen frühzeitig zu erkennen. Nur dann ist genug Zeit, um noch gegensteuern zu können. Allgemein bekannt sind die Insolvenzantragspflichten (§§ 17 ff. InsO). Die Geschäftsführung muss einen Insolvenzantrag stellen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig ist. Übersteigt die Projektfinanzierung den Verkehrswert des Bautenstands, kann eine Überschuldung vorliegen, wenn die Durchfinanzierung nicht für die nächsten zwölf Monate gesichert ist. Diese Pflichten sind ernst zu nehmen, weil deren Verletzung persönliche Strafbarkeits- und Haftungsfolgen nach sich ziehen kann. Dabei sollten sich die Unternehmen dringend professionelle Unterstützung an Bord holen. Denn im Detail sind die Regelungen komplex und nicht jede Liquiditätsunterdeckung an einem Stichtag führt tatsächlich zu einer Insolvenzantragspflicht. Zum Schutz vor eigener Haftung ist hier aber dringend anzuraten, die entsprechenden Bewertungen professionell dokumentieren zu lassen.

Dokumentationspflichten gehen aber noch weiter. Seit drei Jahren findet sich mit § 1 StaRUG eine ausdrückliche Vorschrift im Gesetz, wonach Geschäftsführer ein Krisenmonitoring einrichten müssen. Dieses soll sie in die Lage versetzen, Krisen frühzeitig zu erkennen – schon weit vor der Insolvenz. So sehen sich die Vorstände der Leonie AG aktuell Haftungsklagen ausgesetzt, weil man ihnen nach dem Abschluss eines Sanierungsverfahrens vorwirft, dessen harte Einschnitte hätte man vermeiden können, wenn sie die Krise früher erkannt hätten.⁴²

Zudem verlangen die Finanzierer in ihren Reportings entsprechende Einschätzungen. Mit ihren Kündigungsrechten bei der Verletzung bestimmter Kennzahlen und der Pflicht, diese Kennzahlen regelmäßig zu berichten, wollen die Finanzierer die Unternehmen letztlich zwingen, Probleme frühzeitig zu identifizieren und – nicht minder wichtig – zu kommunizieren. Denn je später man gegensteuert, desto schwieriger wird es, das Ruder herumzureißen. Diese Reporterfordernisse gelten insbesondere, wenn eine Nachfinanzierung erforderlich wird. Liegt eine Krisensituation vor, sind Banken aufsichtsrechtlich gezwungen, ein Sanierungsgutachten zu verlangen (§ 1.2.5 MaRisk). Marktstandard ist hier die Erstellung nach IDW S 6. In typischen Projektgesellschaften, die nur ein Grundstück halten, wird allerdings vom Markt auch die Vorlage einer „Internal Business Review“ (IBR)

41 Vgl. Tintelnot, in: Kübler/Prütting/Borg, InsO, 99. Ergänzungslieferung, 2024, § 108 Rn. 109 ff.

42 Vgl. Finance-Magazin, 24.1.2024, „Leonie droht Aktionärsklage in Millionenhöhe“, s. u. <https://www.finance-magazin.de/transformation/restrukturierung/leoni-droht-aktionarsklage-in-millionenhoeh-e-172802/>. Die Ironie liegt dort in der Tatsache, dass ein Krisenvorsorgesystem sogar vorhanden war, offenbar aber nicht genutzt wurde.

akzeptiert, die die Durchfinanzierung des Projekts bis zum Exit bescheinigt.⁴³

Diese Dokumentationspflichten sind auch für Vertragspartner wichtig. Sie könnten sich im schlimmsten Falle dem Vorwurf der Beihilfe zur Insolvenzverschleppung und damit auch Haftungsansprüchen ausgesetzt sehen, wenn in der Krise (finanzielle) Zugeständnisse gegeben werden, die das „Leiden nur verlängert“ haben, die Insolvenz aber nicht vermeiden konnten. Hier schützt der Nachweis, dass das Unternehmen zum Zeitpunkt der Unterstützungshandlung nicht insolvenzreif war (IDW S11) und man von einer nachhaltigen Sanierung ausgehen durfte.

7. Ausblick

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass sich die Herausforderungen notleidender Projektentwicklungen nur mit einer Kombination aus dem bewährten insolvenzrechtlichen Werkzeugkasten und branchenspezifischer Expertise lösen lassen. Dies gilt in besonders hohem Maß für den Umgang mit einem insolventen Generalunternehmer.

Damit die finanzielle Strukturierung Erfolg hat, ist aber unabdingbar, dass es für das Projekt noch einen validen Business Case gibt. Erforderlich ist daher, dass alle Experten Hand in Hand zusammenarbeiten und insbesondere die baurechtlichen Aspekte frühzeitig mitgedacht werden. Die Kommunikation muss dabei an zwei sehr unterschiedliche Stakeholdergruppen – wenige Finanzierer auf der einen Seite, zahlreiche (kleineren) Nachunternehmer auf der anderen – angepasst werden, um jeweils den „richtigen Ton“ zu treffen.

Eine wichtige Botschaft bleibt aber stets: Ein Grundstück kann sich nicht „in Luft auflösen“. „Geld ist nie weg,“ so heißt es, „es hat nur ein anderer“. Dies gilt auch hier. Wenn realisierbare Erträge die Kosten nicht mehr decken können, muss es an einer Stelle zum Bruch kommen. Die spannende Frage ist nur, welche Schultern die Realisierung der Verluste tragen müssen. Je nachdem, wo sich der Bruch vollzieht, ist die Restrukturierung des Projekts mit einem enormen Aufwand verbunden, etwa weil sämtliche Nachunternehmerverträge neu verhandelt werden müssen. Andererseits lassen sich viele Projekte neu aufstellen. Das lange im Dämmer-schlaf befindliche Restrukturierungsverfahren nach StaRUG reift hier zur vollen Blüte, etwa wenn Darlehen prolongiert werden oder neben dem klassischen Schulden-schnitt eine Neuordnung der Gesellschafterstruktur erreicht wird.⁴⁴

⁴³ Vgl. IDW, F&A zu IDW S 6, Tz. 2.9.

⁴⁴ Vgl. dazu den vorangegangenen Interviewbeitrag mit Kreide in KSI 04/2024 S. 180.