

## MaRisk-konforme Begleitung von Krisenengagements

### Welche Sanierungsmaßnahmen bedürfen eines Sanierungskonzepts?

von Rechtsanwältin Andrea Eichholz\* und Rechtsanwalt Thomas Wuschek\*\*, Bottrop

*Die Entscheidung über die Durchführung der Unternehmenssanierung erfolgt i.d.R. auf der Basis eines Sanierungskonzepts. Der Grund, ein solches Sanierungskonzept im Firmenkundengeschäft anzufordern, ist bei den Banken häufig die Feststellung eines erhöhten Ausfallrisikos.<sup>1</sup>*

*Ein Sanierungskonzept zeigt notwendige Schritte hin zur Stabilisierung und Verbesserung der Situation des betroffenen Unternehmens und dient als Ausgangsbasis für weitere Entscheidungen im Sanierungsprozess.<sup>2</sup>*

*Mit dem Sanierungskonzept wird klar, ob und wie die insolvenzrechtlichen Tatbestände Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung beseitigt werden können und ob die unternehmerischen Erfolgspotenziale im leistungswirtschaftlichen, strukturellen und finanziellen Bereich des Unternehmens neu geordnet werden können.<sup>3</sup>*

*Obwohl die Standards des IDW nur für Wirtschaftsprüfer verpflichtend anzuwenden sind, ist deren Beachtung auch für alle anderen mit der Beratung und Prüfung von Sanierungskonzepten betrauten Berufsgruppen empfehlenswert.<sup>4</sup>*

*Die Einhaltung eines Sanierungsstandards hilft i.d.R., ein hohes Qualitätsniveau in einer Sanierung zu erreichen.<sup>5</sup> Die Berücksichtigung des Standards IDW S 6 als aufbauendes Werk des FAR 1/1991 sorgt für umfassende Analyseabhandlungen im Gutachten.<sup>6</sup>*

\* Andrea Eichholz ist Rechtsanwältin bei der Kanzlei AMB Management Beratung GmbH, Bottrop.

\*\* Thomas Wuschek ist Rechtsanwalt, MBA, SanExpert-Rechtsanwalt.

1 Portisch, KSI 2013, 149.

2 Eiben, Betriebswirtschaftliche Blätter Sparkasse, Ausgabe v. 17.7.2012, Schwierigkeiten kommen selten unerwartet, S. 1.

3 Hommel, Handbuch Unternehmensrestrukturierung, 2006, S. 50.

4 PKF Spezial 6/2011, 5, 6.

5 Portisch/Peppmeier/Schuppener, ForderungsPraktiker 2010, 110, 116.

6 Portisch/Peppmeier/Schuppener, ForderungsPraktiker 2010, 110, 116.

Der Standard IDW S 6 sieht die Möglichkeit vor, ein ganzheitliches Vollkonzept in ein mehrstufiges System aufeinander abgestimmter Teilkonzepte aufzugliedern.<sup>7</sup> Auf der ersten Stufe sind Maßnahmen zur Sicherung der Fortführungsfähigkeit im Sinne einer positiven Fortführungsprognose nach § 252 Abs. 1 N. 2 HGB zu erarbeiten.<sup>8</sup> Dies beinhaltet die Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und eine (drohende) Überschuldung sowie operative Sofortmaßnahmen zum Unternehmenserhalt.<sup>9</sup>

In der zweiten Stufe ist das Erstellen und Umsetzen eines Sanierungskonzepts zur nachhaltigen Rendite- und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens mit Ausrichtung am Leitbild des sanierten Unternehmens vorgesehen.<sup>10</sup>

Soweit die Sanierungsfähigkeit erst dann gegeben ist, wenn eine Bank ein erforderliches Darlehen gewährt oder verlängert, kommt eine Ankündigung des Erstellers in Betracht, eine positive Aussage zur Sanierungsfähigkeit in die Schlussbemerkung aufzunehmen, sobald diese Bedingung erfüllt ist.

Gerade diese Aussage zur Sanierungsfähigkeit des Unternehmens in der Krise ist für die möglicherweise kreditierende Bank von großer Bedeutung. Die Beurteilung der Sanierungsfähigkeit im Sinne des IDW S 6 basiert auf der Fortführungsprognose gem. § 252 Abs. 1 Satz 2 HGB.<sup>11</sup> Sie ist Vorstufe für ein umfassendes Sanierungskonzept. Hierauf aufbauend erfolgt die Beurteilung von Maßnahmen zur Wiedererlangung der Wettbewerbs- und Renditefähigkeit.<sup>12</sup>

Aufgrund der mit der Erstellung eines Sanierungskonzepts verbundenen Kosten stellt sich regelmäßig die Frage, wann ein Kreditinstitut tatsächlich ein umfassendes Sanierungskonzept benötigt.

## I. Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Der BGH hat sich in einer Vielzahl von Entscheidungen mit den Anforderungen an einen ernsthaften Sanierungsversuch beschäftigt – zunächst vor allem im Zusammenhang mit dem Sanierungsprivileg des § 32a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a.F., aber auch im Rahmen der Beurteilung einer möglichen Sitzenwidrigkeit von Kredit- und Sicherheitenverträgen.

Bereits 1953 hat der BGH hierzu ausgeführt, dass eine Sitzenwidrigkeit dann nicht gegeben ist, wenn „die Parteien aufgrund einer sachkundigen und sorgfältigen Prüfung der Lage des Schuldners und besonders der Geschäftsaussichten überzeugt waren, das Sanierungsvorhaben werde Erfolg haben (...)“.<sup>13</sup> Dabei reicht es nicht aus, sich auf die Angaben der Geschäftsleitung zu verlassen. Vielmehr verlangte der BGH schon damals die „objektive Prüfung durch einen branchenkundigen Wirtschaftsfachmann“.<sup>14</sup> Später fordert der BGH ein „schlüssiges Konzept, das jedenfalls in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt ist“.<sup>15</sup>

Die Frage, welche Prüfungen durch den Wirtschaftsfachmann in dem vorzulegenden schlüssigen Konzept durchzuführen sind, wurde durch die Rechtsprechung in den Folgejahren immer weiter präzisiert: In dem hierzu wohl wegweisenden Urteil aus 1997 definiert der BGH die notwendigen Inhalte eines Sanierungskonzepts und verlangt vor allem eine Analyse der wirtschaftlichen Situation und der Krisenursachen sowie eine Erfassung der Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage des Unternehmens.<sup>16</sup>

In diesem Urteil stellt der BGH klar, dass diese Anforderungen grds. auch für den Versuch der Sanierung kleinerer Unternehmen gelten und nur das Ausmaß der Prüfung dem Umfang des Unternehmens angepasst werden kann. Eine weitere Präzisierung erfolgte in 2005 mit dem Hinweis des BGH, dass der Unternehmer sanierungswillig, das Unternehmen sanierungsfähig und die definierten Maßnahmen zur Sanierung grds. objektiv geeignet sein müssen.<sup>17</sup> Verlangt wird

mithin auch eine Einschätzung zur Umsetzungswahrscheinlichkeit und – so muss man das Urteil des BGH wohl verstehen – eine Planrechnung unter Berücksichtigung der definierten Maßnahmen, da anders die objektive Eignung der definierten Maßnahmen kaum nachweisbar ist.

Das OLG Köln hat im Jahr 2009 auf die vom IDW erstellten Anforderungen an Sanierungsgutachten (IDW FAR 1/1991) zurückgegriffen und deren Gliederung für Sanierungsgutachten als maßgeblich für geeignete Sanierungskonzepte definiert.<sup>18</sup> Spätestens mit dieser Rechtsprechung wurden die Anforderungen des IDW an Sanierungskonzepte auch für Kreditinstitute zum Maß aller Dinge – in nahezu allen in der Krisenberatung von Unternehmen begleiteten Fällen wurde und wird ein Sanierungsgutachten nach IDW-Standard verlangt. Dies gilt für Unternehmen aller Größenklassen und auch weitgehend unabhängig von der Frage, in welchem Krisenstadium sich das Unternehmen befindet.

Im aktuellen Jahr hat sich der BGH von dieser Auffassung des OLG Köln distanziert und ausdrücklich festgestellt, dass ein Sanierungskonzept nicht den formalen Erfordernissen entsprechen muss, die das IDW aufgestellt hat.<sup>19</sup> Dies gelte vor allem bei kleineren Unternehmen.<sup>20</sup> Allerdings konstatiert der BGH an gleicher Stelle, dass – unabhängig von der Form, in

7 Holtkötter, ForderungsPraktiker 2010, 152, 156.

8 Hillmer, KSI 2012, 129, 130.

9 Hillmer, KSI 2012, 129, 130.

10 Hillmer, KSI 2012, 129, 130.

11 Holtkötter/Portisch, ForderungsPraktiker 2012, 214 ff. (218).

12 Holtkötter/Portisch, ForderungsPraktiker 2012, 214 ff. (218).

13 BGH – IV ZR 242/52, Rn. 26.

14 BGH – IV ZR 242/52, Rn. 30.

15 BGH – IX ZR 236/91, Rn. 26.

16 BGH – IX ZR 47/97, Rn. 25.

17 BGH – II ZR 277/03, ZInsO 2006, 148 Rn. 14.

18 OLG Köln – 18 U 134/05, ZInsO 2010, 238 Rn. 66 – 73.

19 BGH – IX ZR 65/14, ZInsO 2016, 1251 Rn. 23.

20 BGH – IX ZR 65/14, ZInsO 2016, 1251 Rn. 23.

der das Sanierungsgutachten vorliegt – natürlich auch bei kleinen Unternehmen die wirtschaftliche Lage des Unternehmens im Rahmen seiner Wirtschaftsbranche analysiert und die Krisenursachen ebenso wie die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage erfasst werden müssen. Inhaltlich weicht der BGH in diesem aktuell diskutierten Urteil nicht von seinen bisherigen Anforderungen an Sanierungsgutachten ab. Damit verbleibt es dabei, dass das Krisenunternehmen umfassend zu beurteilen ist. Lediglich hinsichtlich der formalen Anforderungen nimmt der BGH Abstand von den Formerfordernissen des IDW und auch des ISU für die Erstellung von Sanierungskonzepten. Da aber keineswegs jedes kleinere Unternehmen automatisch weniger komplex ist als ein Großunternehmen, wird sich auch künftig die Frage stellen, ob überhaupt die Erstellung eines zeitlich wie kostenmäßig aufwendigen Sanierungsgutachtens erforderlich ist.

Aus Sicht der Banken gibt es verschiedene Beweggründe, sich hinsichtlich der Sanierungsaussichten ihres Kreditkunden abzusichern: zum einen – analog der ausgewerteten Rechtsprechung – zur Abwendung von Anfechtungsansprüchen und auch zur Verteidigung gegen Vorwürfe der Sittenwidrigkeit von Verträgen, zum anderen aber auch, um ihren aufsichtsrechtlichen Anforderungen zu genügen.

## II. Anforderungen der MaRisk

Die aktuell geltende MaRisk sieht für die Sanierungsbegleitung durch Kreditinstitute folgenden Passus vor:

*„Zieht ein Institut die Begleitung einer Sanierung in Betracht, hat es sich ein Sanierungskonzept zur Beurteilung der Sanierungsfähigkeit des Kreditnehmers vorlegen zu lassen und auf dieser Grundlage seine Entscheidung zu treffen.“*

## III. Umsetzung der Anforderungen an Sanierungskonzepte in der kreditwirtschaftlichen Praxis

### 1. Überbrückungskredit

Der Überbrückungskredit dient der kurzfristigen Bereitstellung von Liquidität. Die Überbrückungsfinanzierung sichert einem Unternehmen die Liquidität, die während des Zeitraums benötigt wird, in dem seine Sanierungsfähigkeit geprüft wird.<sup>21</sup>

Ziel dieses Kredits ist – anders als bei Vergabe eines Sanierungskredits – nicht die Begleitung der Sanierung, sondern die Überbrückung des für die Sanierungsvorbereitung notwendigen Zeitfensters. Aus diesem Grund darf ein Überbrückungskredit auch nur

- ... für einen begrenzten Zeitraum, nämlich nur für die Dauer der Prüfung der Sanierungsfähigkeit des Kreditnehmers,
- ... in einer begrenzten Höhe, nämlich nur in Höhe der tatsächlich zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs notwendigen Liquidität,

- ... unter engen Voraussetzungen, nämlich nur nach Beauftragung eines externen Dritten mit der Erstellung eines den Anforderungen der Rechtsprechung genügenden Sanierungsgutachtens,

ausgelegt werden.

Schon in seinem Grundsatzurteil aus 1997 hat der BGH festgehalten, dass die Anforderungen an die Vergabe eines Überbrückungskredits deutlich hinter denen eines Sanierungskredits zurückbleiben können. In dem dort entschiedenen Fall hat das schuldnerische Unternehmen lediglich die kurzfristige Liquidität gesichert und eine insolvenzrechtliche Überschuldungssituation vermieden. Diese ersten Schritte Richtung Sanierung würden für einen Überbrückungskredit wohl ausreichen.<sup>22</sup>

Allerdings stellt die Entscheidung für die Vergabe eines Überbrückungskredits keine Entscheidung für eine aktive Begleitung der Sanierung im Sinne der Regelungen der MaRisk<sup>23</sup> dar. Fraglich ist mithin, welche Unterlagen das ausleihende Kreditinstitut benötigt, um seine Haftungsrisiken (Anfechtungsrisiken, Beihilfe zur Insolvenzverschleppung, Sittenwidrigkeit der geschlossenen Verträge) zu minimieren.

Um die v.g. Risiken ausschließen zu können, muss jedenfalls gewährleistet sein, dass die mit dem Überbrückungskredit zur Verfügung gestellte zusätzliche Liquidität ausreichend ist, um möglicherweise bereits gegebene Insolvenzgründe bis zur abschließenden Prüfung der Sanierungsfähigkeit zu beseitigen bzw. eine Zahlungsunfähigkeit gar nicht erst eintreten zu lassen. Außerdem sollte – neben dem Zeitraum der Erstellung des Sanierungskonzepts – auch der Zeitraum der Entscheidung der in die Sanierung eingebundenen Stakeholder (Banken, Mitarbeiter, Lieferanten, Kunden etc.) durch den Überbrückungskredit mit abgedeckt werden.

Aus diesem Grund erscheint jedenfalls die Vorlage einer Liquiditätsplanung für diesen Zeitraum, die den Anforderungen der Rechtsprechung genügt, als unabdingbare Voraussetzung für die Vergabe eines Überbrückungskredits. Die teilweise vertretene Auffassung, wonach diese Liquiditätsplanung auf der Grundlage des Prüfberichts einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu erstellen ist,<sup>24</sup> erscheint allerdings jedenfalls für kleine und mittelgroße Unternehmen überzogen.

Hinreichend wird sein, eine Liquiditätsplanung auf Basis aktueller und (möglichst) vollständiger Buchhaltungsdaten

21 Waldburg, ZInsO 2014, 1405, 1406.

22 BGH – IX ZR 47/97, Rn. 25.

23 Die MaRisk (Stand 2016) verlangen in der Regelung BTO 1.2.5, dort Abs. 3, dass Kreditinstitute, die eine Sanierungsbegleitung in Betracht ziehen, sich ein objektives Gutachten vorlegen lassen müssen, auf deren Basis sie die weitere Vorgehensweise entscheiden. Da zum Zeitpunkt der Vergabe eines Überbrückungskredits die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens noch nicht feststeht, kann das Kreditinstitut eine Entscheidung über die Sanierungsbegleitung in diesem Stadium noch nicht treffen.

24 Waldburg, ZInsO 2014, 1405, 1406.

herzuleiten. Das IDW lässt in diesem Zusammenhang in seinem Standard S 11 auch eine Liquiditätsplanung ausreichen, die (noch) nicht auf Basis einer integrierten Unternehmensplanung erstellt wurde. Dem ist insbesondere vor dem Hintergrund der in dieser Situation typischen Zeitnot zuzustimmen.

Mithin bedarf es zur Gewährung eines Überbrückungskredits noch keines ausgearbeiteten Sanierungskonzepts. Allerdings ist eine schlüssige Liquiditätsplanung vorzulegen, zu dem muss der Auftrag zur Erstellung eines Sanierungskonzepts bereits erteilt sein.

## 2. Sanierungskredit

Ein Sanierungskredit liegt in Abgrenzung zu einem Überbrückungskredit dann vor, wenn in einer erkannten Krise des Kreditnehmers diesem neue Liquidität zur Verfügung gestellt wird mit dem Ziel, die Sanierung des Kreditnehmers zu erreichen.

Die Rechtsprechung hat schon frühzeitig entschieden, dass auch ein eigennütziger Kredit in der Krise des Kreditnehmers gewährt werden darf, wenn die Krise mit Unterstützung des gewährten Kredits überwunden werden kann. In diesem Zusammenhang hat der BGH darauf hingewiesen, dass ein Kreditinstitut seine Überzeugung vom Gelingen der Sanierung auf ein Sanierungsgutachten eines branchenkundigen Wirtschaftsfachmannes stützen soll.<sup>25</sup> Die Anforderungen an ein solches Gutachten wurden – wie oben dargestellt – immer weiter präzisiert.

Versuche diverser Interessenverbände, die Komplexität von Sanierungsgutachten insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) zu reduzieren, wurden zwar von der Rechtsprechung des BGH grds. für möglich angesehen,<sup>26</sup> in der Sache zeigt sich aber, dass Umfang und Komplexität eines Sanierungsgutachtens weniger von der Unternehmensgröße abhängen als vielmehr von der Komplexität des Geschäftsmodells und der Tiefe der Krisenursachen.

## 3. Prolongation

Endet das Kapitalnutzungsrecht mit dem Erreichen eines Zeitabschnitts, ist der Kreditnehmer zur Rückzahlung des ausstehenden Kreditbetrags verpflichtet. Dies ist der Fall, wenn der Kreditvertrag die unbedingte Tilgung oder Rückzahlung des Kredits zu einem bestimmten Zeitpunkt vorsieht.<sup>27</sup>

Kommt es in dieser Konstellation zu einer Kreditverlängerung, liegt darin die Gewährung eines neuen Kapitalnutzungsrechts und damit kommt es zu einer Neukreditgewährung, die potenzielle Haftungs- und Anfechtungsrisiken für das Kreditinstitut mit sich bringt.<sup>28</sup>

Zur Vermeidung derartiger Haftungs- und Anfechtungsrisiken ist im Rahmen eines Sanierungsversuchs die Vorlage eines externen Sanierungskonzepts unerlässlich.

Keine Haftung begründet eine Prolongation, auch wenn sie entsprechend der obigen Ausführung als Neukredit zu werten ist, wenn sie lediglich einen Überbrückungskredit darstellt.<sup>29</sup> In diesem Fall sind aber die o.a. Ausführungen zum Überbrückungskredit zu beachten.

## 4. Interne Umschuldung

Ist die Kapitaldienstfähigkeit eines Krisenunternehmens nicht mehr ausreichend, ist die Umschuldung der alten Kredite mit zeitlicher Streckung der Rückzahlung bzw. Reduzierung der Tilgung eine adäquate Möglichkeit, das Unternehmen zu entlasten.<sup>30</sup>

Dieses Instrument ist dann angezeigt, um die Belastung aus langfristigen Darlehen mit hohem Tilgungsanteil, die bei nicht mehr ausreichendem Cashflow über die Ausweitung der Kontokorrentlinien finanziert werden müssen, zu senken und so die Kapitaldienstfähigkeit wiederherzustellen.<sup>31</sup>

Darüber hinaus bietet sich die Umwandlung von Überziehungs- oder Kontokorrentkrediten in Festzinsdarlehen an, um Zinsen zu reduzieren, die Liquidität zu entlasten und damit Mittel für den weiteren Schuldenabbau („Tilgung statt Zinsen“) zu generieren.<sup>32</sup>

Wenn z.B. ein Kontokorrentkredit in einen Tilgungskredit „bankintern umgeschuldet“ wird, ist darin die Änderung des bestehenden Vertragsverhältnisses zu sehen.<sup>33</sup>

Es empfiehlt sich, sich in diesen Fällen ein externes Sanierungskonzept vorlegen zu lassen.

## 5. Tilgungsaussetzung

Die Tilgungsaussetzung ist ein Sanierungsbeitrag zur unmittelbaren Abwendung der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens in der Krise. Dies ist der geringste Beitrag, der einer Kredit gewährenden Bank zur Überwindung einer Unternehmensinsolvenz abverlangt werden kann.<sup>34</sup>

Dabei werden Tilgungen eher ausgesetzt als Zinsen, weil die „Nichtvereinnahmung“ der Zinsen eine unmittelbare Auswirkung auf die Gewinn- und Verlustrechnung des Kreditinstituts hat.<sup>35</sup>

25 BGH – IV ZR 242/52, Rn. 30.

26 Zuletzt BGH – IX ZR 47/97, Rn. 25, vgl. Fn. 7 und 8.

27 Wallenborn, ForderungsPraktiker 2014, 22, 24.

28 BGH, Urt. v. 8.6.2004 – XI ZR 150/03.

29 Wallenborn, ForderungsPraktiker 2014, 22, 24.

30 Bales/Brinkmann, Sanierung von Unternehmen, 2007, Rn. 591.

31 Bales/Brinkmann (Fn. 30), Rn. 592.

32 Bales/Brinkmann (Fn. 30), Rn. 593.

33 BGH v. 30.9.1999 – IX ZR 287/99, WM 1999, 2251.

34 Cranshaw, ZInsO 2008, 421, 429.

35 Dethleffsen, Chancen und Risiken der Kreditinstitute im Rahmen der Sanierung, 2010, S. 68.

Die Tilgungsaussetzung enthält eine vertragliche Abrede über das Hinausschieben der Fälligkeit der Darlehensverpflichtung auf einen späteren Zeitpunkt als den ursprünglich festgelegten Zeitpunkt.

Wird bspw. – wie bei der Aussetzung – der Kreditvertrag bei gleicher Kredithöhe lediglich in seiner Laufzeit verlängert, so haftet eine ggf. vereinnahmte Drittsicherheit bzw. der Drittsicherungsgeber nur für den ursprünglichen Kredit und nicht mehr für die nach der Laufzeitverlängerung anfallenden Zinsen.<sup>36</sup> Zur Vermeidung dieses Risikos sollte daher vorsorglich bei der Aussetzung der Darlehenstilgung von dem Sicherungsgeber eine Bestätigung/Zustimmung eingeholt werden, dass seine Sicherheit für die zusätzlich entstehenden Zinsen, bzw. für die gesamte Kreditforderung ihre Gültigkeit behält.<sup>37</sup>

Ausfallbürgschaften der öffentlichen Hand bzw. der mit öffentlichen Rückbürgschaften gesicherten Bürgschaftsbanken sind ein verbreitetes Sicherungsinstrument.<sup>38</sup> Häufig kommt es aber vor, dass im Laufe eines verbürgten Kreditengagements durch den Kreditgeber Sanierungsmaßnahmen ergriffen werden müssen, um einen anderenfalls drohenden Ausfall des Engagements – und damit auch eine Inanspruchnahme der Bürgschaft – zu verhindern.<sup>39</sup> Die mildeste Variante eines solchen Sanierungsbeitrags ist sicher die zeitweise Stundung von fälligen Tilgungsraten mit Laufzeitverlängerung oder Aufholung innerhalb der ursprünglichen Kreditlaufzeit.<sup>40</sup> I.d.R. sehen die dem Bürgschaftsvertrag zugrunde liegenden Regelwerke (z.B. Bürgschaftsrichtlinie der Länder) für diesen Fall eine Zustimmung der Bürgen, welcher maximal 80 % des Kreditrisikos trägt, vor.<sup>41</sup>

Mehr als 2 Jahre nach der Entscheidung des BGH zur Vorsatzanfechtung von Ratenzahlungen herrscht weiterhin gleichermaßen Unsicherheit in Unternehmen, Verbänden, bei Banken und rechtlichen Beratern über die Reichweite und Auswirkungen der Rechtsprechung.<sup>42</sup> In Literatur und Wirtschaft wird diskutiert, ob und wie die im Wirtschaftsverkehr unerlässlichen Ratenzahlungsvereinbarungen anfechtungsfest ausgestaltet werden können.<sup>43</sup> Zudem hat die Entscheidung Anlass gegeben, über eine gesetzliche Änderung der in § 133 InsO geregelten Vorsatzanfechtung nachzudenken, wodurch sich das BMJV veranlasst sah, im März 2015 einen entsprechenden Gesetzesentwurf vorzulegen, der bislang noch nicht verabschiedet ist.<sup>44</sup>

Die tatsächliche Ausgangslage ist i.d.R., dass der Schuldner um Stundung, Ratenzahlung – nachdem bereits eine Mahnung erfolgt ist – bittet.

Das kann u.a. auf Folgendes hindeuten:

- Der Schuldner kann seine fälligen oder demnächst fälligen Verbindlichkeiten nicht zahlen.
- Offensichtlich hat er weitere Gläubiger mit offenen Forderungen.
- Er kann seine Forderungen nur ratierlich an alle zahlen.
- Der Schuldner ist insolvenzreif.

Die Lage wird i.d.R. bei einer Hausbankfunktion noch verschärft, da die Nähe zum Kunden mehr Kenntnisse über seine wirtschaftliche Situation bzw. (drohende) Zahlungsunfähigkeit impliziert.

In diesem Zusammenhang stellt sich für die Bank mit Hausbankfunktion die Frage, was ist zu veranlassen, um darzulegen, dass die (drohende) Zahlungsunfähigkeit überwunden ist und der Schuldner auf Dauer wieder zahlungsfähig ist?

Dazu der BGH, Urt. v. 22.5.2014 – IX ZR 95/13:<sup>45</sup>

- befristete Stundungen/Prolongationen beseitigen nur die aktuelle, nicht die drohende Zahlungsunfähigkeit;
- es bedarf der Darlegung konkreter Umstände, dass die Krise überwunden werden kann (neuer Kredit, Forderungseingänge?);
- bloße Hoffnungen sind nicht ausreichend;
- die Gläubigerin muss nun beweisen, dass die Krise zum Zeitpunkt jeder Ratenzahlung überwunden und eine positive Fortführungsprognose vorhanden war;
- einmal Kenntnis = immer Kenntnis;
- der BGH verlangt von der Gläubigerin den Beweis, dass es Liquiditätspläne gab, nach denen die Schuldnerin unter Berücksichtigung der befristeten Stundungen ihren Zahlungsverpflichtungen vollständig nachkommen konnte;
- Erforderlichkeit nachvollziehbarer, überprüfbarer Prognoserechnungen.

Ist eine Ratenzahlungsvereinbarung, kombiniert mit einer Stundung der Rückzahlung der Gesamtforderung, durch den Sanierungseinwand zu retten?

#### a) Voraussetzungen der Rechtsprechung

- Es muss zum Zeitpunkt der Rechtshandlung ein schlüssiges Sanierungskonzept vorliegen.
- Die Umsetzung dieses Konzepts muss in den Anfängen begonnen worden sein.
- Das Konzept muss ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg haben.
- Auch ein späteres Fehlschlagen ist dann unschädlich.<sup>46</sup>

36 Dethleffsen (Fn. 35), S. 68.

37 Dethleffsen (Fn. 35), S. 68.

38 Koch, Restrukturierung, Sanierung & Insolvenz I/2012, 5.

39 Koch, Restrukturierung, Sanierung & Insolvenz I/2012, 5.

40 Koch, Restrukturierung, Sanierung & Insolvenz I/2012, 5.

41 Koch, Restrukturierung, Sanierung & Insolvenz I/2012, 5.

42 Hancke, NZI 2015, 345.

43 Hancke, NZI 2015, 345.

44 Hancke, NZI 2015, 345.

45 ZInsO 2014, 1326.

46 BGH, Urt. v. 21.2.2013 – IX ZR 52/10, ZInsO 2013, 780.

Für die Praxis wird die Berücksichtigung nachfolgender Punkte empfohlen:

- Stundungszusagen sind einzuholen;
- Konzepterstellung durch neutralen, branchenkundigen Fachmann, kann auch durch den Gläubiger (mit-)bestimmt werden;
- die Konzepterstellung sollte zumindest in Anlehnung an IDW S 6 erfolgen;
- Aushändigung des Sanierungskonzepts;
- Zeitraum der Liquiditätsplanung sollte 3 Jahre umfassen;
- Nachhalten der Umsetzung, Dokumentation im Rahmen eines aussagekräftigen Sanierungscontrollings;
- ggf. Bestätigung der Wiederaufnahme der Zahlungen durch Schuldner einholen.

## b) Rechtsfolge

Bei Erfüllung der Vorgaben entfällt der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz aufseiten des Schuldners und damit ist keine Anfechtung nach § 133 InsO für erhaltene Zahlungen durch den Insolvenzverwalter möglich. Zzt. ist dies wohl der einzig rechtssichere Weg für die Kreditinstitute, das Anfechtungsrisiko bei derartigen Fallkonstellationen auszuschließen.

## 6. Aufrechterhaltung der Kreditlinie

Unter Aufrechterhaltung der bestehenden Kreditlinie versteht man eine Maßnahme der Banken im Rahmen von Stillhalten/Konsolidierung, das kein Sanierungskonzept bedarf. Hier steht eine nicht aktive Unternehmenssanierung im Vordergrund.

## 7. Stillhaltevereinbarung

Die MaRisk definieren als Kreditentscheidung jede Entscheidung über Neukredite, Krediterhöhungen, Beteiligungen, Limitüberschreitungen, aber auch Prolongationen und Änderungen risikorelevanter Sachverhalte.<sup>47</sup> In der Fachliteratur wird hingegen häufig die Frage der Risikoausweitung als Abgrenzungskriterium herangezogen.

Nach beiden Auffassungen führt ein reines Stillhalten – also der bloße Verzicht auf die Ausübung eines krisenbedingten Kündigungsrechts – nicht zu einer Pflicht der Bank zur Sanierungsprüfung mittels Sanierungsgutachten.

Es ist aber zu berücksichtigen, dass auch ein Stillhalten als eigennützig zu qualifizieren sein kann, so etwa, wenn über den Verzicht auf die Ausübung eines erkannten Kündigungsrechts weitere Tilgungsleistungen (und damit eine Verbesserung der eigenen Risikoposition) erlangt werden. Wenn dann zusätzlich das Stillhalten im Rechtsverkehr für dritte Gläubiger des Kreditnehmers Bedeutung erlangt, weil damit eine hohe Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers im allgemeinen Geschäftsverkehr suggeriert wird, kann auch das reine Still-

halten als Sanierungsmaßnahme zu qualifizieren sein. Aus diesem Grund sollten Kreditinstitute, deren Stillhalten erbeten wird, zunächst prüfen, ob sie damit eine Unternehmenssanierung begleiten oder lediglich ein kurzfristiger Liquiditätsengpass zu überbrücken ist (so z.B. bei einer Kündigungsmöglichkeit wegen einmaligen Verstoßes gegen Financial Covenants).

Im ersten Fall sollte zur Vermeidung möglicher Haftungs- und Anfechtungsrisiken ein Sanierungsgutachten eingefordert werden, während in der zweiten Variante hierauf im Regelfall verzichtet werden kann.

## 8. Liquidationskredit

Wenn eine Sanierung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg verspricht, ist zu überlegen, ob ein Insolvenzverfahren dadurch vermieden werden kann, dass das Unternehmen still liquidiert wird.<sup>48</sup> Meist fehlen dem Unternehmen jedoch die notwendigen Mittel, um den Liquidationszeitraum ohne eine weitere finanzielle Hilfe überbrücken zu können.<sup>49</sup>

Der hierzu notwendige – seitens der Kreditinstitute zu gewährende – Liquidationskredit<sup>50</sup>

- dient der Finanzierung der Unterdeckung bis zur Beendigung der Liquidation,
- unterstützt die geordnete, mittelfristige Verwertung der Vermögensgegenstände des Krisenunternehmens zur Optimierung der möglichen Verwertungserlöse,
- ermöglicht die sukzessive Einstellung des Geschäftsbetriebs (Freisetzung des Personals, Verkauf des Warenlagers und des Anlagevermögens etc.),
- vermeidet das Regelinsolvenzverfahren und damit die ggf. wertvernichtende Zerschlagung des Unternehmens.

Stellt ein Kreditinstitut dem Unternehmen Kredite zur Verfügung, um ihm damit die stille Liquidation zu ermöglichen, so liegt darin grds. keine sittenwidrige Insolvenzverschleppung.<sup>51</sup>

Einem Kreditinstitut ist es nicht verwehrt mitzuhelfen, den Schuldenstand eines Unternehmens abzubauen und eine stille Abwicklung zu ermöglichen.<sup>52</sup>

Voraussetzung einer stillen Liquidation ist i.d.R. ein Auflösungsbeschluss, für den eine Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen bzw. des vertretenen Grundkapitals erforder-

47 MaRisk AT 2.3 Abs. 2.

48 Veith, BankPraktiker 2006, 300, 304.

49 Veith, BankPraktiker 2006, 300, 304.

50 Lützenrath/Peppmeier/Schuppener, Bankstrategien für Unternehmenssanierungen, 2006, S. 133.

51 Veith, BankPraktiker 2006, 300, 305; OLG Köln v. 27.2.1981 – 22 U 117/97, WM 1981, 1238.

52 Veith, BankPraktiker 2006, 300, 305.

lich ist (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG, § 131 Nr. 2 HGB).<sup>53</sup>

Das Kreditinstitut darf den durch die Gewährung eines Liquidationskredits gewonnenen Zeitraum nicht nutzen, um die eigene Sicherheitensituation auf Kosten anderer Gläubiger zu verbessern.<sup>54</sup>

Aus diesem Grund sollte das Kreditinstitut die Entscheidung seinen Kunden bei der Liquidation mit weiteren Kreditmitteln zu begleiten, ebenso wie bei der Vergabe eines Sanierungskredits durch ein Gutachten unterlegen, nach dem kein Risiko erkennbar ist, dass die Liquidation zu unabgesprochenen Verlusten bei den Gläubigern führt.<sup>55</sup>

Im Normalfall gelingt eine reibungslose Liquidation außerhalb des Regelinsolvenzverfahrens eher bei kleineren Betrieben, da es bei größeren Unternehmen aufgrund der zunehmenden Komplexität der Probleme und Vielzahl der Teilnehmer schwieriger wird, den Geschäftsbetrieb bis zum Ende der Liquidation ohne größere und schwerwiegende Störungen zu Ende zu führen.<sup>56</sup>

## 9. Sonstiges

Alle weiteren möglichen Beiträge eines Kreditinstituts, eine Sanierung zu unterstützen, wird man zur Beurteilung der Notwendigkeit eines Sanierungsgutachtens danach unterteilen müssen, ob diese zu einer Risikoausweitung führen oder ob lediglich ein bereits entschiedener Status quo aufrechterhalten bleiben soll. Im zweiten Fall ist – analog zu den Ausführungen zum Stillhalteabkommen – danach zu differenzieren, ob durch das Verhalten des Kreditinstituts aktiv die Einschätzung des Geschäftsverkehrs zur Bonität des Kreditnehmers beeinflusst wird oder nicht. So kann etwa eine

Zinsreduzierung im „stillen Kämmerlein“ bei i.Ü. unveränderten Rahmenbedingungen ohne Sanierungsgutachten möglich sein.

Wird diese aber im Zusammenhang etwa mit einer Vermeidung oder Beseitigung einer Illiquidität mit dem Kreditnehmer verhandelt und sind weitere Gläubiger hieran beteiligt (Lieferanten mit Stundungsbitten o.Ä.), dann kann das Zugeständnis des Kreditinstituts als aktiver Eingriff in den Geschäftsverkehr zu werten sein mit der Folge, dass ein Sanierungsgutachten unentbehrlich ist.

## IV. Fazit/Zusammenfassung

In allen Fällen, in denen ein Kreditinstitut positiv über ein neues oder erweitertes Kapitalnutzungsrecht entscheidet, ist aus Haftungsgründen die Einholung eines externen Sanierungskonzepts zu empfehlen.

Lediglich im Fall eines echten Stillhaltens, also etwa die Aufrechterhaltung einer unbefristeten Kontokorrentlinie, kann das Kreditinstitut auf eine externe Begutachtung verzichten.

Die Anforderungen an ein externes Gutachten richten sich dabei ausschließlich nach den Vorgaben der BGH-Rechtsprechung, während die formalen Anforderungen des IDW nicht zwingend einzuhalten sind.

53 *Ivens*, Firmenkredit- und Sanierungsrecht, 2006, S. 277; *Schmidt*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 2003, Rn. 739 ff.

54 *Veith*, BankPraktiker 2006, 300, 305; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 2011, Rn. 5.96.

55 *Veith*, BankPraktiker 2006, 300, 305.

56 *Lützenrath/Peppmeier/Schuppener* (Fn. 50), S. 133.