

Betriebs Berater

25 | 2017

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Insolvenzrecht** ... **Datenschutz** ... Recht ...

19.6.2017 | 72. Jg.
Seiten 1409–1472

DIE ERSTE SEITE

Jens Berger

Neuer IFRS zur Bilanzierung von Versicherungsverträgen – die Unvollendete des IASB?

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Oliver Rossbach, RA

Welche Sanierungsbeiträge leisten Banken in der Unternehmenskrise? | 1411

Dr. Ingo Brinker, LL.M., RA

Don't mess around with the Commission – Sanktionierung von Fehlverhalten in der Fusionskontrolle | 1417

STEUERRECHT

Frederic Beermann, M.Sc., StB

Das neue BMF-Schreiben zur Namensnutzung im Konzern – Pflicht zur Lizenzierung? | 1431

Dr. Oliver Treidler, M.Sc., **Bettina Grothe**, WPin/StBin, und **Matthias Zepuntke**, LL.B.

Der Standardfall einer risikoarmen Bau- und Montagebetriebsstätte – Die (un)widerlegbare Vermutung der BsGaV | 1436

Prof. Dr. Heiner Richter, StB

Einkommensteuertarif 2017 und 2018 | 1440

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Eva-Maria Ahr, WPin/StBin, **Dr. Rüdiger Loitz**, WP/StB/CPA, und **Björn Seidel**, WP/StB

Informationsvermittlung durch Quartalsberichterstattung – wachsender Trend zur Quartalsmitteilung | 1451

ARBEITSRECHT

Prof. Peter Gola

Der „neue“ Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG n. F. | 1462

BB-Beilage
Schutzschirmverfahren

Dr. Oliver Rossbach, RA

Welche Sanierungsbeiträge leisten Banken in der Unternehmenskrise?

In der Krise eines Unternehmens kommt den finanzierenden Banken regelmäßig eine Schlüsselstellung zu. Natürlich kann eine nachhaltige Sanierung letztlich nur unternehmerisch-gestaltend vom Management bewirkt werden. Und natürlich müssen alle, Gesellschafter wie Stakeholder (Lieferanten, Arbeitnehmer, Warenkreditversicherer etc.), in angemessener Weise Sanierungsbeiträge leisten. Klar ist aber auch: Weder die Gesellschafter noch andere Gläubigergruppen eines insolvenzbedrohten Unternehmens sind erfahrungsgemäß allein in der Lage, die zur kurzfristigen Überwindung seiner Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung erforderlichen Sanierungsbeiträge in ausreichendem Maß bereitzustellen – sei es, dass die notwendige Finanzkraft fehlt, sei es, dass der heterogene Kreis der Stakeholder nicht schnell genug organisiert werden kann. Ohne die Mitwirkung der Banken wird daher nur selten eine Unternehmenssanierung Erfolg haben. Grund genug, das Verhalten der Banken im Sanierungsprozess näher zu beleuchten und die wesentlichen – unternehmenseitig nicht immer alle bekannten – Sanierungsbeiträge richtig einzuordnen.

I. Einleitung

Im Folgenden soll es um die Unternehmenssanierung außerhalb eines Insolvenzverfahrens gehen, d.h. durch außergerichtlichen Vergleich mit allen oder zumindest den wichtigsten Gläubigern im Rahmen eines erarbeiteten Sanierungskonzepts. Das bedeutet: Das Unternehmen ist in der Krise, eine Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleitung gemäß § 15a Abs. 1 InsO wegen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) besteht jedoch entweder noch nicht oder eine bereits eingetretene Insolvenzantragspflicht muss kurzfristig wieder beseitigt werden. Dies soll nicht den Blick davor verschließen, dass eine Sanierung auch im Rahmen eines förmlichen Insolvenzverfahrens, insbesondere mithilfe eines Insolvenzplans (§§ 217 ff. InsO) mit oder ohne vorgeschaltetem Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO)¹, möglich ist. Eine solche gerichtliche Sanierung erfordert zwar durch die Beachtung der komplexen Verfahrensregelungen der Insolvenzordnung einen höheren organisatorischen Aufwand und hat den Nachteil der Publizität. Verschiedene Erwägungen, wie z. B. die mögliche Überwindung entgegenstehender Minderheitsinteressen (sog. Obstruktionsverbot, § 245 InsO) und die Möglichkeit zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen (§§ 109 ff. InsO), können jedoch auch dafür sprechen. Welcher Weg der erfolgsversprechendere ist, muss daher im Einzelfall analysiert werden. Die Möglichkeit der außergerichtlichen Sanierung wird jedenfalls nicht daran scheitern, dass der Große Senat des BFH den sog. Sanierungserlass des BMF zur Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen gekippt hat.² Zwar herrscht seitdem einige Unsicherheit darüber, wie die Entstehung einer sanierungsbedrohenden Steuerschuld zukünftig vermieden werden kann. Lösungsansätze sind aber bereits vorgeschlagen worden.³ Und auch

der Gesetzgeber hat zwischenzeitlich einen ersten Vorschlag für eine gesetzliche Regelung der Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen vorgelegt.⁴

II. Kündigungsrecht oder Kündigungspflicht?

1. Rechtspflicht zur Sanierung?

Unbestreitbar beteiligen sich Banken an der Sanierung ihrer Kreditnehmer, weil sie so die Chance haben, ihre bereits gewährten Kredite (zumindest teilweise) zu retten. Ob und in welcher Weise sie dies tun, bleibt jedoch grundsätzlich ihrer eigenen unternehmerischen Entscheidung überlassen. Eine Rechtspflicht zur Sanierung, wie sie einzeln über eine Treuepflicht aus einem langjährigen Kreditverhältnis zu konstruieren versucht wird, dürfte es hingegen für Banken nicht geben.⁵ Übrigens ist auch der Unternehmer selbst nicht verpflichtet, sein Unternehmen zu sanieren. Gesellschafter hingegen können ausnahmsweise verpflichtet sein, zumindest Beschlüssen zu Sanierungszwecken zuzustimmen.⁶

2. Recht oder Pflicht zur Kündigung der Kreditverträge?

Liegt nach dem Kreditvertrag ein außerordentliches Kündigungsrecht (*event of default*) vor, insbesondere wegen „wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse“ des Kreditnehmers (vgl. § 490 Abs. 1 BGB), dürfen Banken den Kreditvertrag unter Beachtung des Verbots der willkürlichen Ausübung und der Kündigung zur Unzeit grundsätzlich fristlos kündigen.⁷ Aber sind Banken auch dazu verpflichtet, ihr Kündigungsrecht auszuüben? Etwa weil sie ansonsten dabei mithelfen würden, andere Gläubiger des insolvenzbedrohten Unternehmens über dessen Solvenz zu täuschen? Grundsätzlich ist eine Bank auch dann, wenn sie vom Eintritt einer Krise oder eines Insolvenzgrundes bei ihrem Kreditnehmer weiß, nicht zur Kündigung verpflichtet.⁸ Es bleibt vielmehr ihr überlassen, ob sie den „Anstoß

1 S. hierzu ausführlich *Mönning/Schäfer/Schiller* in der dieser Ausgabe beiliegenden BB-Beil. zu Heft 25/2017.

2 BFH, 28.11.2016 – GrS 1/15, BB 2017, 463 Ls. m. BB-Komm. *Kutscher*, BB 2017, 481 m. BB-Komm. *Swierczok*, ZIP 2017, 338.

3 Zu den Auswirkungen auf die Restrukturierungspraxis vgl. *Lautenbach/Roll/Völkner*, BB 2017, 643 ff. und *Mohr*, BB 2017, 673 ff.; s. auch *Kahlert/Schmidt*, ZIP 2017, 503 ff., und *Hölzle/Kahlert*, ZIP 2017, 510 ff.

4 S. hierzu ausführlich *Sonnleitner/Strotkemper*, BB 2017, 668 ff., sowie *Naumann*, BB 12/2017, „Die Erste Seite“.

5 BGH, 28.2.1985 – III ZR 223/83, WM 1985, 769; *Häuser*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 85, Rn. 27 ff.

6 BGH, 19.10.2009 – II ZR 240/08, BB 2010, 10 m. BB-Komm. *Wahl/Schult*, ZIP 2009, 2289; BGH, 25.1.2011 – II ZR 122/09, BB 2011, 1100 m. BB-Komm. *Stöber*, ZIP 2011, 768; *Wertenbruch*, in: Ebenroth u. a., HGB, 3. Aufl. 2014, § 105, Rn. 103 ff.

7 *Berger*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 490, Rn. 2 ff.; zu möglichen Einschränkungen siehe nur *Kuder/Unverdorben*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 1457 ff.

8 BGH, 29.5.2001 – VI ZR 114/00, BB 2001, 1650, WM 2001, 1458, 1459; *Berger*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, Vor § 488, Rn. 91.

zum Zusammenbruch des Unternehmens“ geben will oder nicht.⁹ Haftungsrisiken kann es nach der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang für eine Bank aber dann geben, wenn sie ausschließlich deshalb nicht kündigt, um in rücksichtsloser und eigensüchtiger Weise die eigene Stellung bei dem in Kürze erwarteten Zusammenbruch des Schuldners auf Kosten der anderen Gläubiger zu verbessern.¹⁰

3. Nichtausübung des Kündigungsrechts (faktisches Stillhalten)

Eine Bank darf sich also in der Krise ihres Kreditnehmers grundsätzlich abwartend verhalten. Und in der Tat ist das bloße Stillhalten, also die Nichtausübung bestehender Kündigungsrechte und das Offenhalten der Kreditlinien, ein erster wichtiger Sanierungsbeitrag der Banken. Auch wenn für die Wirksamkeit des Stillhaltens keine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Bank und Kreditnehmer nötig ist, empfiehlt sich aus Klarstellungsgründen eine schriftliche Vereinbarung. Denn ansonsten bleibt offen, ob die Bank ihr Kündigungsrecht nur für eine gewisse Zeit aussetzen will oder sogar bereit ist, ganz darauf zu verzichten, und wenn ja, unter welchen Bedingungen. Geschäftsleiter sollten schon mit Blick auf die Beurteilung ihrer Insolvenzantragspflicht auf eine Schriftlichkeit drängen.

4. Suspendierung des Kündigungsrechts (Stillhaltevereinbarung)

Die befristete Suspendierung bestimmter Kündigungsrechte der Bank wird üblicherweise im Rahmen einer Stillhaltevereinbarung (*standstill agreement*) vertraglich vereinbart.¹¹ In der Regel sagt die Bank dem Kreditnehmer auch zu, ihre Sicherheiten bis zum Ende der festgelegten Stillhalteperiode nicht zu verwerten.¹² Im Gegenzug muss der Kreditnehmer Zusicherungen (*representations*) abgeben und sich zu bestimmten Handlungen verpflichten (*undertakings*), wie z.B. zur Zahlung einer Restrukturierungsgebühr oder einer höheren Marge, zum Nachweis einer Mindestliquidität, zur fristgemäßen Umsetzung bestimmter Restrukturierungsmaßnahmen oder zum Verkauf bestimmter Vermögensgegenstände.¹³ Da zu Recht auch von Gesellschaftern des Kreditnehmers Sanierungsbeiträge – vor allem in Form von Eigenkapitaleinschüssen oder Gesellschafterdarlehen – erwartet werden, sind sie typischerweise ebenfalls Partei der Stillhaltevereinbarung. Dabei wird oftmals heftig darüber verhandelt, in welchem Rangverhältnis die neuen Gesellschaftermittel zu den bestehenden Krediten stehen sollen. Als Dauerschuldverhältnis kann die Stillhaltevereinbarung grundsätzlich jederzeit aus wichtigem Grund gekündigt werden (vgl. § 314 BGB), wobei es üblich ist, in die Stillhaltevereinbarung einen Katalog der wichtigsten Kündigungsgründe aufzunehmen.

5. Verzicht auf Kündigungsrecht (Waiver)

Verzichtet eine Bank nicht nur befristet, sondern endgültig auf ihre Kündigungsrechte, tut sie dies typischerweise im Wege einer einseitigen¹⁴ schriftlichen Verzichtserklärung, kurz *Waiver* genannt. Darin wird dem Kreditnehmer zudem häufig die weitere Verfügbarkeit seiner noch nicht ausgenutzten Betriebsmittellinien zugesagt. Als aufschiebende oder auflösende Bedingungen (*conditions precedent* oder *conditions subsequent*) kann der *Waiver* z.B. die Verpflichtung des Kreditnehmers zur Zahlung einer *Waiver*-Gebühr oder zur Lieferung bestimmter Informationen enthalten. Der *Waiver* verschafft dem Kreditnehmer die Sicherheit, dass die Bank seine Kredite nicht wegen bestimmter Kündigungsgründe kündigt und zur sofortigen Rückzah-

lung fällig stellt. Umgekehrt kann die Bank sich darauf einstellen, dass ihr Kreditnehmer nicht überraschend einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt.

III. Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

Hat die Bank weder endgültig noch vorübergehend auf Kündigungsrechte verzichtet, sondern den Kredit gekündigt und zur sofortigen Rückzahlung fällig gestellt, löst sie damit in aller Regel die Zahlungsunfähigkeit ihres Kreditnehmers aus.

1. Insolvenzantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit

Wird ein Unternehmen zahlungsunfähig, müssen die Mitglieder seines Vertretungsorgans ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellen, vgl. § 15a InsO. Gleiches gilt im Fall der Überschuldung, wobei die Zahlungsunfähigkeit der in der Praxis bedeutsamere Insolvenzgrund ist. Wer dieser Pflicht nicht oder zu spät nachkommt, haftet zivilrechtlich (vgl. u.a. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO und strafrechtlich (§ 15a Abs. 4 und 5 InsO) wegen Insolvenzverschleppung. Die Sanierung außerhalb eines Insolvenzverfahrens kann daher von vornherein nur dann gelingen, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens – und damit die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleitung – vermieden bzw. kurzfristig wieder beseitigt werden kann.

2. Prüfung der Zahlungsunfähigkeit

Nach dem Gesetz liegt Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Sinne immer dann vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 InsO). Es besteht Einigkeit darüber, dass keine Zahlungsunfähigkeit bei einer bloßen Zahlungsstockung oder einer nur geringfügigen Liquiditätslücke vorliegt.¹⁵ Die noch heute hierfür maßgeblichen Abgrenzungskriterien hat der Bundesgerichtshof (BGH) bereits in einem Urteil aus dem Jahr 2005 in Kürze folgendermaßen vorgegeben:¹⁶

- Eine bloße Zahlungsstockung (und damit keine Zahlungsunfähigkeit) ist anzunehmen, wenn der Schuldner sich die benötigten Mittel innerhalb von drei Wochen beschaffen kann.
- Beträgt die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen.
- Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen.

9 BGH, 9.2.1965 – VI ZR 153/63, WM 65, WM 1965, 475; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.308.

10 BGH, 9.12.1969 – VI ZR 50/68, WM 1970, 399; Hönn, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2005, § 826, Rn. 151.

11 Weitergehend zum Begriff des Stillhaltens siehe nur Kuder/Unverdorben, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.402 ff.

12 Aleth/Wilkins, in: Eilers/Röding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl. 2014, Rn. H51.

13 Diem/Grell/Schormair, in: Theiselmann, Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 3. Aufl. 2017, Kap. 11, Rn. 17 f.

14 Da der *Waiver* selbst kein Gestaltungsrecht, sondern der Verzicht auf ein Gestaltungsrecht ist, kann er einseitig erklärt werden (arg. e § 671 Abs. 3 BGB).

15 Ausführlich statt aller Schröder, in: A. Schmidt, HambKomm/InsO, 6. Aufl. 2017, § 17 InsO, Rn. 15 ff.

16 BGH, 24.5.2005 – IX ZR 123/04, BB 2005, 1923 m. BB-Komm. Flitsch, ZIP 2005, 1426.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Zahlungsunfähigkeit somit keine *Zeitpunkt*-, sondern eine *Zeitraum*illiquidität.¹⁷ Dies bedeutet für die Praxis: Ein Unternehmen muss zur Prüfung seiner Zahlungsunfähigkeit eine Liquiditätsbilanz aufstellen, die an einem bestimmten Stichtag allen sofort verfügbaren und innerhalb von drei Wochen zu erlangenden liquiden Mitteln die an demselben Stichtag fälligen Verbindlichkeiten gegenüberstellt. Beträgt die Liquiditätslücke 10% oder mehr, wird eine Zahlungsunfähigkeit vermutet – es sei denn, dem Unternehmen gelingt es, diese Vermutung zu widerlegen.¹⁸

3. Stillhalte- und Stundungsvereinbarungen

Sanierungsbeiträge der Banken zur Vermeidung oder vorübergehenden Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit ihres Kreditnehmers können darin bestehen, dem Unternehmen neue Liquidität zur Verfügung zu stellen oder aber dessen fällige Zahlungspflichten zu verringern. Letzteres erfolgt in der Regel dadurch, dass sich Banken zum Abschluss von Stillhalte- oder Stundungsvereinbarungen, auch Moratorien genannt, bereiterklären.¹⁹ Die darüber hinausgehende Möglichkeit, auf Forderungen im Wege des Erlassvertrags (§ 397 Abs. 1 BGB) endgültig zu verzichten, wird eine Bank – wenn überhaupt – nur im Zusammenhang mit einer Überschuldungsvermeidung ihres Kreditnehmers ernsthaft prüfen (vgl. dazu unten V.3.).

Mithilfe einer Stundung wird die Fälligkeit von Zins- und/oder Tilgungsraten hinausgeschoben.²⁰ Der Kreditnehmer kann daher solche gestundeten – und damit zurzeit nicht fälligen – Verbindlichkeiten in der Liquiditätsbilanz zur Prüfung seiner Zahlungsunfähigkeit unberücksichtigt lassen (s.o.). Dasselbe Ergebnis kann dadurch erreicht werden, dass die Bank sich gegenüber ihrem Kreditnehmer verpflichtet, ihre fälligen Forderungen „nicht ernsthaft einzufordern“. Man spricht im Unterschied zur Stundung vom (bloßen) Stillhalten.²¹ Ein solches Stillhalten ist deshalb ausreichend, weil nach der geltenden BGH-Rechtsprechung ein Schuldner nur solche fälligen Forderungen bei der Prüfung seiner Zahlungsunfähigkeit berücksichtigen muss, die sein Gläubiger auch ernsthaft eingefordert hat.²² Der Unterschied zwischen Stundung (= Fälligkeit wird hinausgeschoben) und Stillhalten (= Forderung bleibt fällig, wird aber nicht ernsthaft eingefordert), wirkt sich damit lediglich zivilrechtlich aus: Bleibt eine Forderung fällig, gerät der Schuldner bei Nichterfüllung in Verzug (§ 286 BGB), so dass die Bank zur Berechnung von Verzugszinsen berechtigt ist (§ 288 Abs. 1 BGB). Dies ist beim Hinausschieben der Fälligkeit durch Stundung nicht der Fall. Um Missverständnisse zu vermeiden, ist in jedem Fall dringend anzuraten, eine schriftliche Vereinbarung zu treffen, die das wirtschaftlich Gewollte eindeutig wiedergibt.

4. Umwandlung in einen „payment-in-kind“-Kredit

Wenn klar ist, dass der Kreditnehmer auf absehbare Zeit Zinsen und/oder Tilgung nicht wird bezahlen können, gibt es auch die Möglichkeit, das bestehende Darlehen in einen sogenannten PIK-Kredit umzuwandeln. PIK ist die Abkürzung für „payment in kind“. Es wird vereinbart, dass die Zinsen nicht in bar entrichtet werden („payment in cash“), sondern durch eine Sachleistung, die in der Umwandlung der geschuldeten Zinsen in ein zusätzliches Darlehen besteht.²³ Mit anderen Worten: Die während der Laufzeit eigentlich in bar zu zahlenden Zinsen werden kapitalisiert und am Ende der schon bestehenden Darlehensvaluta zugeschlagen. Die Tilgung der gesamten Darlehensvaluta erfolgt am Ende der Laufzeit des Darlehens.

5. Kreditlinien: Wiederöffnung, Prolongation, Erweiterung des Verwendungszwecks

Um ihrem Kreditnehmer Zugriff auf frische Liquidität zu ermöglichen, kann eine Bank eine zuvor „eingefrorene“ Kreditlinie wieder öffnen. Ebenso ist es möglich, den Liquiditätsspielraum des Kreditnehmers zu erhöhen, indem die Bank Kreditlinien verlängert, deren Laufzeit ausläuft und die eigentlich zurückzuzahlen wären (Prolongation).²⁴ Schließlich verschafft auch eine Erweiterung des ursprünglich vereinbarten Verwendungszwecks von Kreditlinien dem Kreditnehmer praktisch neue Liquidität.²⁵ So beispielsweise, wenn dem Kreditnehmer gestattet wird, seine Betriebsmittellinie nicht mehr nur zur Finanzierung seines Betriebsmittelbedarfs, sondern auch zur Bezahlung von Zinsen zu verwenden.

6. Wann muss ein Sanierungsgutachten vorliegen?

Ebenso wie die Geschäftsleitung des insolvenzbedrohten Unternehmens selbst sind auch dessen finanzierende Banken in einer Sanierungssituation ernst zu nehmenden Haftungsrisiken ausgesetzt. Sie müssen sich gegen den Vorwurf schützen, nur aus eigennützigen Gründen ihren Darlehensnehmer weiter finanziert und damit gleichzeitig andere Gläubiger über dessen Solvenz getäuscht zu haben. Um sich diesem Risiko einer Gläubigergefährdungs- und Insolvenzverschleppungshaftung nicht auszusetzen, machen Banken ihre Sanierungsbeiträge regelmäßig von der Vorlage eines Sanierungsgutachtens nach IDW S 6 abhängig, in dem ihrem Kreditnehmer eine positive Fortführungsprognose bestätigt wird.²⁶ Ein solches Gutachten ist unstreitig zwingend erforderlich bei der Vergabe neuer Kredite zu Sanierungszwecken.²⁷

Aber Vorsicht: Als Vergabe eines neuen Kredits wird teilweise nicht nur die Auszahlung eines neuen Darlehens verstanden (dazu unten IV.), sondern auch jede wirtschaftlich vergleichbare Handlung, durch die dem Kreditnehmer für eine befristete Zeit entweder frische Liquidität zugeführt oder durch die er von Zahlungspflichten aus dem bestehenden Kreditverhältnis befreit wird.²⁸ Nach dieser weiten Auffassung könnten sämtliche der oben genannten Sanierungsbeiträge wirtschaftlich als Neukreditvergabe zu werten sein. Im Einzelnen ist vieles streitig und noch nicht abschließend vom BGH entschieden. Unternehmen sollten daher Verständnis haben, wenn ihre Banken in Zweifelsfällen die Vorlage eines Sanierungsgutachtens verlangen. Eine aussichtsreiche Sanierung sollte daran jedenfalls nicht scheitern.

17 Dannecker/Hagemeier, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 127, Rn. 42.

18 Vgl. dazu IDW S 11 zur Beurteilung der Insolvenzreife.

19 Kemper, in: Buth/Herrmans, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Aufl. 2014, § 3, Rn. 18 f.

20 Krüger, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, § 271, Rn. 21 ff.

21 Vgl. ausführlich K. Schmidt/Kuder/Unverdorben, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.402 ff.

22 BGH, 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286, 292, NZI 2007, 579, 580; Drukarczyk/Schöntag, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 3, Rn. 75.

23 Diem, Akquisitionsfinanzierungen, 3. Aufl. 2013, § 39, Rn. 1 ff.

24 K. Schmidt/Kuder/Unverdorben, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.406.

25 Krumbholz, in: Thierhoff/Müller, Unternehmenssanierung, 2. Aufl. 2016, Kap. 5, Rn. 55.

26 Kemper, in: Buth/Herrmans, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Aufl. 2014, § 3, Rn. 44.

27 Obermüller/Kuder, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 97, Rn. 9 ff.

28 Diem/Grell/Schormair, in: Theiselmann, Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 3. Aufl. 2017, Kap. 11, Rn. 71 ff.; restriktiver Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.90 ff.

IV. Überbrückungs- und Sanierungskredite

Auch Überbrückungs- und Sanierungskredite dienen dazu, die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens zu vermeiden bzw. wieder zu beseitigen. Allerdings gelten hier einige Besonderheiten.

1. Überbrückungskredite

Befindet sich ein Unternehmen in der Krise, hat die Geschäftsleitung u. a. die Pflicht zu prüfen, ob das Unternehmen Insolvenz anmelden muss oder ob es noch weiter am Geschäftsleben teilnehmen darf. Die Prüfung, ob eine Sanierung des Unternehmens möglich ist, nimmt naturgemäß einige Zeit in Anspruch, insbesondere für die Erstellung eines Sanierungsgutachtens nach den Vorgaben des IDW S 6. Vielfach sind in einer solchen Situation die Geschäftsleitungsorgane wegen Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens bereits insolvenzantragspflichtig oder eine solche Antragspflicht steht kurz bevor. Das Unternehmen ist daher dringend auf liquiditätsstützende Maßnahmen seiner Gläubiger – in erster Linie der Banken – angewiesen, um seine Zahlungsfähigkeit sicherzustellen. Diesem Ziel dienen Überbrückungskredite. Es sind Kredite, die Banken einem in der Krise befindlichen Unternehmen mit der Zweckbestimmung gewähren, den für die Prüfung der Sanierungsfähigkeit erforderlichen Zeitraum zu überbrücken.²⁹ Sie werden häufig mit anderen Formen der Überbrückungsfinanzierung wie z. B. Stundungen oder Kündigungsverzichten kombiniert (vgl. oben unter II.5. und III.3.).

Überbrückungskredite haben typischerweise eine Laufzeit von zwischen vier und zwölf Wochen.³⁰ Einerseits müssen sie immer auch die Zeit abdecken, die gebraucht wird, um die der Überbrückungsfinanzierung nachfolgende Sanierungsfinanzierung zu implementieren. Andererseits muss ihre Laufzeit ebenso wie ihr Zweck begrenzt und in der Vertragsdokumentation ausdrücklich geregelt sein, damit die Geschäftsleitung des Unternehmens, aber auch diejenige der Bank, ihr mit dem Vorwurf einer Gläubigergefährdung und Insolvenzverschleppung verbundenes Haftungsrisiko begrenzen können.³¹

Oftmals verlangen Banken, bevor sie Überbrückungskredite zur Verfügung stellen, Zugeständnisse des Unternehmens, seiner Gesellschafter oder anderer Gläubiger, wie z. B. die Stellung von Sicherheiten, die Abgabe von Rangrücktrittserklärungen oder Stillhalterklärungen. Dies ist nicht nur legitim, sondern für eine erfolgreiche Sanierung unabdingbar. So wird beispielsweise die während der Überbrückungsphase notwendige Liquidität nicht zu sichern sein, ohne dass auch die Warenkreditversicherer ihre Versicherungszusagen aufrechterhalten und die Lieferanten dem Unternehmen realistische Zahlungsziele einräumen. Die Verhandlungen der verschiedenen Stakeholder über die Sanierungsbeiträge sind oftmals zäh. Insbesondere nachrangige Gläubiger und Gesellschafter fürchten, im Rahmen der Sanierung große Verluste hinnehmen zu müssen. Um hier eine Einigung zu erzwingen, wird mitunter von vorrangigen Gläubigern damit gedroht, bei Scheitern der Sanierungsgespräche ein Insolvenzverfahren zu eröffnen und die Neuordnung der Verbindlichkeiten und der Gesellschafterstruktur mithilfe eines Insolvenzplans auch gegen den Willen der Opponenten durchzusetzen. Dies lässt das Insolvenzrecht gem. § 245 InsO unter bestimmten Voraussetzungen zu.

Überbrückungskredite werden am vereinbarten Laufzeitende sofort fällig, ohne dass es einer Kündigung bedarf. In der Regel wird ein vorheriges Kündigungsrecht zugunsten der Banken für den Fall vereinbart, dass sich das Unternehmen als nicht sanierungsfähig erweist

oder daran ernsthafte Zweifel bestehen.³² Kündigungsmöglichkeiten aus wichtigem Grund dürften mit Blick auf den Zweck des Überbrückungskredits – jedenfalls was den Kündigungsgrund „Vermögensverschlechterung“ angeht – nur eingeschränkt in Betracht kommen. Banken, die neue Kredite gewähren, werden verlangen, dass sie für den Fall, dass die Sanierung scheitert, vorrangig besichert sind. Meist stehen allerdings keine unbelasteten Vermögensgegenstände des Unternehmens mehr zur Verfügung. Dann können den Überbrückungskreditgebern Rechte an bereits belasteten Assets eingeräumt werden; oder es werden alle Sicherungsrechte in eine sogenannte Poolvereinbarung einbezogen, wobei vereinbart wird, dass die Überbrückungskreditgeber aus etwaigen Verwertungserlösen vorrangig befriedigt werden. Immer aber haben die Banken mögliche mit der Sicherheitenbestellung verbundene Insolvenzanfechtungsrisiken sorgfältig zu prüfen.³³

2. Sanierungskredite

Sofern am Ende der Überbrückungsphase ein positives Sanierungsgutachten vorliegt, kann dem Unternehmen ein Sanierungskredit – häufig in Kombination mit anderen Formen der Sanierungsfinanzierung wie z. B. Stundungen oder Zinsanpassungen – gewährt werden. Sanierungskredite sind Kredite für Unternehmen, die sanierungsbedürftig und sanierungsfähig sind. Sanierungsbedürftigkeit liegt vor, wenn das Unternehmen bereits insolvent ist oder ohne Sanierungsmaßnahmen alsbald insolvent würde. Die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens dürfen Banken annehmen, sofern keine ernsthaften Zweifel am Gelingen des Sanierungsversuchs bestehen.³⁴ Die Rechtsprechung verlangt dafür, dass dem Sanierungsversuch ein schlüssiges Konzept zugrunde liegt, das von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und nicht offensichtlich undurchführbar ist.³⁵ Banken lassen sich die Sanierungsfähigkeit ihres Kreditnehmers von einem externen Fachmann, in der Regel einem Wirtschaftsprüfer, im Rahmen eines Sanierungsgutachtens nach IDW S 6³⁶ bestätigen und unterziehen es einer Plausibilitätskontrolle.³⁷ So schützen sie sich gegen das Risiko einer Gläubigergefährdungs- und Insolvenzverschleppungshaftung, nämlich gegen den Vorwurf, nur aus eigennützigen Gründen ihren Darlehensnehmer weiter finanziert und damit gleichzeitig andere Gläubiger über dessen Solvenz getäuscht zu haben.

Durch Sanierungskredite werden die zuvor gewährten Überbrückungskredite refinanziert. Die Laufzeit von Sanierungskrediten

29 Kuder/Unverdorben, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.423; Richter, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Komm., 2. Aufl. 2016, Kap. 31, Rn. 82 f.

30 Richter, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Komm., 2. Aufl. 2016, Kap. 31, Rn. 82 f. Nach Auffassung des KG Berlin soll eine Überbrückungsfinanzierung höchstens drei Wochen dauern dürfen (KG Berlin, 4.11.2015 – 24 U 112/14, ZInsO 2016, 37). Das Urteil ist zu Recht auf einhellige Ablehnung gestoßen; siehe etwa Längsfeld/Meyer-Löwy/Nardi, WM 2016, 1269 ff.; Weiß/v. Jeinsen, ZIP 2016, 2251 ff.). Das Verfahren ist beim BGH anhängig (Az.: IX ZR 571/15).

31 Waldburg, in: Theiselmann, Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 3. Aufl. 2017, Kap. 10, Rn. 8.

32 Richter, in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Komm., 2. Aufl. 2016, Kap. 31, Rn. 83.

33 Zu der Insolvenzanfechtung von Sicherheiten ausführlich Bähr/Schwartz, in: Theiselmann, Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 3. Aufl. 2017, Kap. 20.

34 Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 5.116.

35 Zu den einzelnen Voraussetzungen eines schlüssigen Sanierungskonzepts zuletzt in dankenswerter Klarheit BGH, 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BB 2016, 1681.

36 Laut BGH muss der Sanierungsplan des Schuldners allerdings nicht die formalen Anforderungen erfüllen, wie sie das Institut für Wirtschaftsprüfer e. V. in dem IDW Standard S 6 (IDW S 6) oder das Institut für die Standardisierung von Unternehmenssanierungen (ISU) als Mindestanforderungen an Sanierungskonzepte (MaS) aufgestellt haben, BGH, 12.5.2016 – IX ZR 65/14, BB 2016, 1681.

37 Aleth/Wilkins, in: Eilers/Röding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl. 2014, Rn. H70.

orientiert sich an dem Zeitraum, der in dem Sanierungsgutachten untersucht wird. Dieser beträgt in der Regel zwei Jahre. Entscheidend ist währenddessen eine enge und fortlaufende Überwachung der vom Unternehmen umzusetzenden Sanierungsmaßnahmen. Was die mitunter schwierigen Verhandlungen zwischen unterschiedlichen Gläubigergruppen bzw. Gläubigern und Gesellschaftern betrifft, wenn es darum geht, sich über die einzelnen Sanierungsbeiträge im Rahmen der Sanierungsfinanzierung zu einigen, gilt das zum Überbrückungskredit Gesagte auch hier. Sanierungskredite werden am Laufzeitende automatisch zur Rückzahlung fällig, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Während der Laufzeit haben Banken immer dann ein außerordentliches Kündigungsrecht, wenn der Zweck des Sanierungskredits nicht mehr erreicht werden kann oder daran zumindest ernsthafte Zweifel bestehen.³⁸ Hingegen können Banken die außerordentliche Kündigung des Sanierungskredits wegen Vermögensverschlechterung nicht auf Umstände stützen, die ihnen bei der Kreditvergabe bereits bekannt waren.³⁹ Die Besicherung neu gewährter Sanierungskredite unterliegt als sogenanntes Bargeschäft grundsätzlich nicht der Insolvenzanfechtung, sofern der Wert der Sicherheiten und der Kreditbetrag gleichwertig sind und die Sicherheiten in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Kreditvalutierung bestellt werden.⁴⁰ Hingegen bestehen erhebliche Insolvenzanfechtungsrisiken, sofern neu bestellte Sicherheiten zugleich der Besicherung bestehender Altkredite dienen sollen.⁴¹ Um ein Zusammenwirken der unterschiedlichen Kreditgeber zu ermöglichen, werden die ihnen bestellten Sicherheiten regelmäßig in einer Sicherheitenpoolvereinbarung zusammengefasst.⁴² Darin wird unter anderem geregelt, welche Sicherheiten welchen Kreditgebern gewährt worden sind und in welcher Reihenfolge die Kreditgeber an etwaigen Verwertungserlösen partizipieren sollen. Sanierungskredite werden häufig von einem Kreditkonsortium zur Verfügung gestellt.⁴³ Für die an dem Konsortium beteiligten Banken bedeutet dies, dass sie die Gestaltungsrechte für ihre eigene Kreditposition nicht nach Belieben ausüben können, sondern einer Konsortialdisziplin unterworfen sind. Das zeigt sich etwa bei der Kündigung des Kredits, die in der Regel mindestens einer Zwei-Drittel-Mehrheit der Konsorten, gemessen an ihrer Beteiligungshöhe, bedarf. Diese Konsortialdisziplin kann für das kreditnehmende Unternehmen den Vorteil haben, dass einzelne Kreditgeber, die den Kreditvertrag kündigen möchten, sich im Zweifel nicht durchsetzen können. Andererseits bergen Unstimmigkeiten im Konsortium stets die Gefahr, dass sich die Sanierungsverhandlungen in die Länge ziehen und der Sanierungserfolg dadurch gefährdet wird.

V. Beseitigung der Überschuldung

1. Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung

Für die Insolvenzantragspflicht der Vertretungsorgane des betroffenen Unternehmens gilt das zur Zahlungsunfähigkeit Gesagte entsprechend.⁴⁴ Die Sanierung außerhalb eines Insolvenzverfahrens kann daher von vornherein nur dann gelingen, wenn die Überschuldung des Unternehmens – und damit die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleitung – vermieden bzw. kurzfristig wieder beseitigt werden kann.

2. Prüfung der Überschuldung

Jedes Management ist im Rahmen seiner Selbstprüfungs- und Beobachtungspflicht gehalten, eine etwaige Überschuldung festzustellen.⁴⁵

Nach der Gesetzesdefinition liegt eine insolvenzrechtliche Überschuldung dann vor, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“ (§ 19 Abs. 2 InsO). Der zweite Halbsatz soll gewährleisten, dass bilanziell überschuldete Unternehmen, die eine positive Fortführungsprognose und damit eine Sanierungschance haben, von der Insolvenzantragspflicht befreit sind.⁴⁶ Für die Prüfung einer etwaigen insolvenzrechtlichen Überschuldung durch das Management des Unternehmens bedeutet dies:

- Eine handelsbilanzielle Überschuldung ist nur ein Indiz für das Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung.⁴⁷ Das Management sollte jedoch spätestens eine handelsbilanzielle Überschuldung zum Anlass nehmen, mit der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung zu beginnen.
- Dabei empfiehlt es sich in der Regel, nicht mit der Erstellung einer Überschuldungsbilanz fortzufahren, sondern unmittelbar die Fortführungsprognose zu erarbeiten oder besser – wie von den Banken in der Regel ohnehin gefordert (vgl. oben unter III.6.) – von einem unabhängigen Berater im Rahmen eines Sanierungsgutachtens nach IDW S 6 erarbeiten zu lassen.⁴⁸
- Fällt danach die Fortführungsprognose positiv aus, ist die Prüfung zu Ende. Es steht fest, dass keine insolvenzrechtliche Überschuldung und damit keine Insolvenzantragspflicht besteht. Die Fortführungsprognose ist positiv, wenn ein auf nachvollziehbaren Tatsachen basierendes Gutachten zu dem Schluss kommt, dass das Krisenunternehmen zumindest bis zum Ende des laufenden und des folgenden Geschäftsjahres seine fälligen und ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten wird erfüllen können.⁴⁹ Die Fortführungsprognose ist somit in allererster Linie, wenn auch nicht ausschließlich, eine Prognose über die Zahlungsfähigkeit.
- Nur wenn die Fortführungsprognose negativ ausfällt, muss das Management weiter prüfen und eine Überschuldungsbilanz erstellen.⁵⁰ Diese unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der Handelsbilanz, wie z. B. darin, dass die Aktiva mit ihren Liquidationswerten anzusetzen sind.⁵¹ Ergibt sich danach eine bilanzielle Überschuldung, ist das Management insolvenzantragspflichtig nach § 15a InsO.

38 BGH, 14.9.2004 – XI ZR 184/03, BB 2004, 2545, NJW 2004, 3782; BGH, 20.12.1955 – I ZR 171/53, WM 1956, 217.

39 BGH, 7.5.2002 – XI ZR 236/01, MDR 2002, 1134, 1135.

40 Häuser, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 85, Rn. 87b f.

41 Häuser, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 85, Rn. 87b f.

42 Waldburg, in: Theiselmann, Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 3. Aufl. 2017, Kap. 10, Rn. 62.

43 Vgl. zu Konsortialkrediten ausführlich Rossbach, in: Kümpel/Wittig, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2011, Rn. 11.181 ff.

44 Vgl. oben unter III.1.

45 Leinekugel, in: Oppenländer/Tröltzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011.

46 K. Schmidt, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.87.

47 BGH, 8.1.2001 – II ZR 88/99, BB 2001, 430 m. BB-Komm. Hasselbach/Wicke, ZIP 2001, 235.

48 Vgl. zu den Prüfungsschritten ausführlich K. Schmidt, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 5.111 ff.; Gundlach, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 6, Rn. 38 ff.

49 Thierhoff, in: Thierhoff/Müller, Unternehmenssanierung, 2. Aufl. 2016, Kap. 4, Rn. 50.

50 Vgl. auch IDW S 11-Standard zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und drohenden Zahlungsunfähigkeit.

51 Vgl. dazu auch die Vorschriften der §§ 84 GmbHG, 92 AktG.

3. Typische Sanierungsbeiträge zur Beseitigung der Überschuldung

Stillhalte- oder Stundungsvereinbarungen ebenso wie die Gewährung neuer Kredite können lediglich die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens verhindern (vgl. oben III.), nicht dagegen seine bilanzielle Überschuldung beseitigen. Denn im ersten Fall bleiben die Bankverbindlichkeiten des Unternehmens voll passiviert, im zweiten Fall erhöhen sich die Passiva sogar. Zur Beseitigung der bilanziellen Überschuldung sind daher andere Sanierungsbeiträge erforderlich. In Betracht kommen im Wesentlichen: ein Forderungsverzicht mit oder ohne Besserungsschein, die Zustimmung zur Übertragung von Verbindlichkeiten auf Dritte, die Umwandlung von Krediten in Eigenkapital oder ein Rangrücktritt.

a) Forderungsverzicht mit oder ohne Besserungsschein

Bei einem vollständigen oder teilweisen Forderungsverzicht (*Haircut*) handelt es sich um einen Erlassvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner (vgl. § 397 BGB), der allein schon aus Beweisgründen schriftlich abgeschlossen werden sollte. Da mit dem Zustandekommen des Erlassvertrags die betreffenden Forderungen endgültig erlöschen, sind sie auf Seiten des Unternehmens nicht mehr zu passivieren.⁵² Die Bank muss sie ausbuchen. Es ist daher offensichtlich, dass ein Forderungsverzicht der für Banken unattraktivste Sanierungsbeitrag ist. Sehen Banken noch die Chance einer wirtschaftlichen Erholung ihres Schuldners, werden sie ihren Forderungsverzicht mit einer sogenannten Besserungsabrede, auch Besserungsschein genannt, verknüpfen. Der Erlassvertrag steht dann unter der auflösenden Bedingung, dass bei Eintritt der vereinbarten Besserung der Vermögensverhältnisse des Schuldners die Erlasswirkung wieder entfällt, d.h. die Gläubigerforderung wieder auflebt.⁵³ Auf zwei Dinge ist in der Praxis besonders zu achten: Erstens darauf, dass die Bedingung „Besserung der Vermögenslage“ sorgfältig definiert wird, damit die überschuldungsvermeidende Wirkung des Erlasses nicht zu früh endet. Und zweitens darauf, dass eine steuerschädliche Auflösung der Verbindlichkeit vermieden wird.⁵⁴

b) Zustimmung der Bank zur Übertragung von Verbindlichkeiten auf Dritte

Die Verbindlichkeiten des Schuldners können auch dadurch reduziert werden, dass sie auf einen Dritten, z.B. die Muttergesellschaft des Schuldners, übertragen werden, und zwar im Wege der befreiten Schuldübernahme (vgl. §§ 414 ff. BGB). Wirksamkeitsvoraussetzung ist allerdings, dass der Gläubiger der Übertragung der Verbindlichkeit zustimmt (§ 415 Abs. 1 S. 1 BGB). Aus Sicht der Banken ist ebenfalls darauf zu achten, dass sämtliche Drittsicherungsgeber der Schuldübernahme vorab zustimmen (§ 418 Abs. 1 S. 2 BGB), da ansonsten die von diesen bestellten Sicherheiten entweder erlöschen (so akzessorische Sicherheiten wie z.B. Bürgschaften, Hypotheken, Pfandrechte, § 418 Abs. 1 S. 1 BGB) oder die Drittsicherungsgeber einen Anspruch auf Rückübertragung ihrer Sicherheiten haben (so nicht akzessorische Sicherheiten wie z.B. Garantien, Grundschulden, Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen). Eine nachträgliche Genehmigung der Drittsicherungsgeber reicht hingegen nicht.⁵⁵ Schließlich ist sicherzustellen, dass die Schuldübernahme so ausgestaltet wird, dass sie zu einer steuerneutralen Entlastung des Schuldners führt.⁵⁶

c) Umwandlung von Krediten in Eigenkapital (Debt Equity Swap)

Eine weitere Möglichkeit, eine Überschuldung zu vermeiden oder zu beseitigen, ist die Durchführung eines *Debt Equity Swaps*. Dies bedeutet nichts anderes als der Umtausch (*Swap*) einer gegen das Unternehmen gerichteten Forderung (*Debt*) in Anteile an diesem Unternehmen (*Equity*). Praktisch umgesetzt wird dieser Umtausch durch eine Sachkapitalerhöhung, bei der der Gläubiger seine gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung als Sacheinlage in die Gesellschaft einbringt, wodurch die Forderung sodann durch Konfusion erlischt.⁵⁷ Der ursprüngliche Gläubiger wird also zum Gesellschafter. Da die Gesellschafterstellung zwar mit einigen Chancen, gerade in einer Krisensituation aber vor allem mit etlichen Risiken verbunden ist, werden Banken eher zurückhaltend sein. Sie werden einen *Debt Equity Swap* nur dann in Betracht ziehen, wenn ihre Forderungen nicht ausreichend besichert sind und sie den Fortführungswert der Gesellschaft höher bewerten als ihren Zerschlagungswert. Für die Altgesellschafter bedeutet der *Debt Equity Swap* zwar eine Verwässerung ihrer Anteile, die aber verglichen mit einem ansonsten unabwendbaren Insolvenzverfahren in der Regel das kleinere Übel sein dürfte. Im Übrigen bleibt ihnen die Chance auf Partizipation an einem zukünftigen Wertzuwachs.

d) Rangrücktritt

Ebenso wie Gesellschafter des Schuldners können auch Banken mit ihrer Forderung im Rang hinter andere Gläubiger zurücktreten. Obwohl häufig auch als „Rangrücktrittserklärung“ bezeichnet, handelt es sich technisch um einen Schuldänderungsvertrag zwischen Gesellschaft und Gläubiger zu einem bestehenden Darlehensvertrag (vgl. § 311 BGB), der den Bestand der zurücktretenden Forderung grundsätzlich unberührt lässt.⁵⁸ Überschuldungsvermeidende bzw. -beseitigende Wirkung hat ein solcher Rangrücktritt aber nur, wenn der Gläubiger hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO genannten Forderungen zurücktritt.⁵⁹ Nur dann sind die vom Rangrücktritt umfassten Forderungen, die in der Handels- und Steuerbilanz weiterhin als Fremdkapital zu passivieren sind, im Überschuldungsstatus nicht länger als Verbindlichkeiten zu berücksichtigen (vgl. § 19 Abs. 2 InsO).⁶⁰ Außerdem ist eine Klarstellung dahingehend empfehlenswert, dass der Rangrücktritt (1) auch vorinsolvenzliche Wirkung hat, (2) im Besserungsfall erst endet, wenn Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit eindeutig und nachhaltig ausgeschlossen sind und (3) Zinsen

52 Krumbholz, in: Thierhoff/Müller, Unternehmenssanierung, 2. Aufl. 2016, Kap. 5, Rn. 69.

53 Vgl. ausführlich Aleth/Wilkins, in: Eilers/Röding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl. 2014, Rn. H51.

54 Arnold/Spahlinger/Maske-Reiche, in: Theiselmann, Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 3. Aufl. 2017, Kap. 1, Rn. 175 ff. Seit der Große Senat des BFH den sog. Sanierungslass des BMF zur Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen gekippt hat (BFH, 28.11.2016 – GrS 1/15, BB 2017, 463 Ls m. BB-Komm. Kutscher, BB 2017, 481 m. BB-Komm. Swierczok, ZIP 2017, 338), herrscht einige Unsicherheit darüber, wie die Entstehung einer sanierungsbedrohenden Steuerschuld zukünftig vermieden werden kann. Zu möglichen Lösungsansätzen Kahlert/Schmidt, ZIP 2017, 503 ff., und Hölzle/Kahlert, ZIP 2017, 510 ff. Inzwischen ist auch der Gesetzgeber tätig geworden.

55 Grüneberg, in: Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 418, Rn. 1.

56 Arnold/Spahlinger/Maske-Reiche, in: Theiselmann, Praxishandbuch des Restrukturierungsrechts, 3. Aufl. 2017, Kap. 1, Rn. 222 ff.

57 Vgl. ausführlich K. Schmidt, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.380; Aleth/Wilkins, in: Eilers/Röding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl. 2014, Rn. H60.

58 BGH, 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BB 2015, 973 m. BB-Komm. Poelzig, WM 2015, 623, 627; vgl. zur Rechtsnatur des Rangrücktritts ausführlich Kuder/Unverdorben, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.367.

59 Richter, in: Langebuecher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Komm., 2014, S. 1911.

60 K. Schmidt, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 2.364 f.

auf die zurücktretende Forderung mit erfasst. Insgesamt ist auf eine unmissverständliche und erschöpfende Formulierung des Rangrücktritts äußerste Sorgfalt zu verwenden, auch wenn der Bundesgerichtshof zuletzt eine gewisse Rückendeckung bei der interessengerechten Auslegung überschuldungsvermeidender Rangrücktrittsvereinbarungen gegeben hat.⁶¹ Zudem muss die Formulierung immer auch so ausgestaltet sein, dass steuerschädliche Buchgewinne vermieden werden.⁶²

VI. Fazit

1. Die finanzierenden Banken nehmen in der Krise eines Unternehmens eine Schlüsselstellung ein. Ohne ihre Mitwirkung wird eine Unternehmenssanierung kaum erfolgreich sein können. Eine Rechtspflicht zur Sanierung besteht für Banken allerdings grundsätzlich nicht. Ebenso wenig sind sie – von krassen Ausnahmefällen abgesehen – dazu verpflichtet, von bestehenden Kündigungsrechten Gebrauch zu machen. Sie können sich vielmehr abwartend verhalten und eigenmächtig entscheiden, ob sie den „Anstoß zum Zusammenbruch des Unternehmens“ geben oder nicht.
2. Die Sanierung außerhalb eines Insolvenzverfahrens kann von vornherein nur dann gelingen, wenn die Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung des betroffenen Unternehmens – und damit die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleitung – vermieden bzw. kurzfristig wieder beseitigt werden kann.
3. Typische Sanierungsbeiträge der Banken zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit sind der Abschluss von Stillhalte- oder Stundungsvereinbarungen, die Umwandlung bestehender Kredite in sogenannte PIK (= *Payment in Kind*)-Kredite, die Wiedereröffnung oder Prolongation von Kreditlinien und die Gewährung von Überbrückungs- und Sanierungskrediten. Obwohl in Einzelfällen streitig

sein mag, ob zur Vermeidung insolvenzrechtlicher Haftungsrisiken ein Sanierungsgutachten vorliegen muss, werden Banken im Zweifel auf dessen Vorlage bestehen, um ihr Risiko zu minimieren. Dafür sollte das Management des kriselnden Unternehmens Verständnis zeigen, auch wenn die Erstellung eines solchen Gutachtens mit nicht unerheblichen Kosten verbunden sein kann.

4. Typische Sanierungsbeiträge der Banken zur Beseitigung der bilanziellen Überschuldung sind der Forderungsverzicht (mit oder ohne Besserungsschein), die Zustimmung der Bank zur Übertragung von Verbindlichkeiten des Unternehmens auf Dritte im Wege der befreienden Schuldübernahme, die Umwandlung von Krediten in Eigenkapital (*Debt Equity Swap*) und der Rangrücktritt. Seitdem der Große Senat des BFH den sog. Sanierungserlass des BMF gekippt hat, besteht die größte Herausforderung momentan darin, Wege zu finden, wie die Entstehung einer sanierungsbedrohenden Steuerschuld für das Unternehmen vermieden werden kann – jedenfalls solange der Gesetzgeber keine Abhilfe geschaffen hat.

Dr. Oliver Rossbach, RA, ist Gründungspartner der Wirtschaftskanzlei Pier 11 in Hamburg. Er ist auf die Beratung von Banken, Unternehmen, Gesellschaftsorganen, Family Offices und Investoren in Finanzierungs-, Restrukturierungs- und Insolvenzfällen spezialisiert. Außerdem ist er als Beirat tätig. Der Autor dankt Herrn *Martin Fornoff*, RA bei Pier 11, herzlich für seine Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.



61 BGH, 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BB 2015, 973 m. BB-Komm. *Poelzig*; dazu *K. Schmidt*, ZIP 2015, 901 ff.

62 Vgl. ausführlich *Aleth/Wilkins*, in: *Eilers/Röding/Schmalenbach*, Unternehmensfinanzierung, 2. Aufl. 2014, Rn. H39.

Dr. Ingo Brinker, LL.M. (Chicago), RA

Don't mess around with the Commission – Sanktionierung von Fehlverhalten in der Fusionskontrolle

Die für das europäische Wettbewerbsrecht zuständige Kommissarin Margrethe Vestager hat jüngst einige Aufmerksamkeit erregt, als sie nach einer Bußgeldentscheidung der Europäischen Kommission gegen Facebook deutlich machte, mit welchem Nachdruck sie und ihre Generaldirektion zukünftig auf die Durchsetzung der Verfahrensvorschriften der EU-Fusionskontrollverordnung hinwirken werden. Dies betraf in diesem Falle weniger die Beachtung der materiellen Prüfungsstandards für Zusammenschlussvorhaben. Vielmehr ging es um die Verpflichtung der Unternehmen zur Kooperation im Rahmen von Fusionskontrollverfahren (Erteilung von Auskünften und Erläuterungen, Übermittlung von Marktdaten, etc.), genauer um Verstöße gegen diese Verpflichtung. Dass

solche Kooperationsmängel Folgen haben können, ist allgemein bekannt. Bisher wurden jedoch nur wenige Fälle bekannt, in denen die Kommission tatsächlich Sanktionen verhängte. Zukünftig wird die Kommission, und ihr vermutlich folgend die nationalen Kartellbehörden der EU-Mitgliedstaaten, genauer auf die Einhaltung der Kooperationspflichten achten und Verstöße bemängeln, abstellen und sanktionieren.

I. Einführung

Das europäische Wettbewerbsrecht ist nicht nur durch seine materiellrechtlichen Vorgaben (Kartellverbot in Art. 101 AEUV, Miss-