



Herausragende Masterarbeiten

Studiengang

Wirtschaftsrecht für die Unternehmenspraxis, LL.M.

Masterarbeitstitel

**Haftungsrisiken eines Kreditinstituts bei der
Kreditgewährung an Schuldner in finanzieller Krise**

Autor*in

Eisenbach, Florian

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
A. Einführung und Zielsetzung	1
B. Finanzielle Krise eines Kreditnehmers	3
I. Schuldnerausfall Art. 178 CRR (non-performing-Status).....	4
II. Relevante Insolvenztatbestände (§§ 17 -19 InsO)	6
1. Zahlungsunfähigkeit.....	6
2. Zahlungseinstellung	8
3. Drohende Zahlungsunfähigkeit	9
4. Überschuldung.....	10
C. Motive krisenbedingter Kreditgewährung	11
I. Rechtsgeschäftliche Sanierungsvereinbarung	13
II. Kreditversorgungspflicht	15
III. Restrukturierungsplanverfahren (i. S. d. StaRUG)	16
D. Arten der krisenbedingten Kreditgewährung	18
I. Stillhalten (Stillhaltevereinbarung).....	18
II. Prolongation	21
III. Neukreditvergabe („fresh money“)	22
1. Sanierungskredite.....	22
a) Sanierungskonzept als Ausgangspunkt der Kreditvergabe.....	23
b) Beauftragung des Sanierungskonzeptes	26
c) Plausibilisierung des Sanierungskonzeptes durch das Kreditinstitut .	28
d) Besicherung	30
e) Besonderheiten bei der Kündigung	30
2. Überbrückungskredite.....	31
E. Zivilrechtliche Haftungsrisiken.....	32
I. Sittenwidrigkeit des Sanierungskreditvertrages.....	33
1. Fallgruppen der Sittenwidrigkeit.....	33
a) Gläubigerbenachteiligung und -gefährdung	34
b) Eigennützige Insolvenzverschleppung.....	34

c)	Knebelung des Schuldners.....	35
d)	Übersicherung.....	36
2.	Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit.....	36
II.	Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB)	38
1.	Anspruchsvoraussetzungen und Abgrenzung zu § 138 BGB.....	39
2.	Rechtsfolgen des § 826 BGB.....	42
III.	Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO	43
1.	Vorrang der Insolvenzanfechtung	43
2.	Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)	44
IV.	Vermeidung durch sorgfältige Sanierungsprüfung	46
F.	Strafrechtliche Risiken	47
I.	Beihilfe zur Insolvenzverschleppung	48
II.	Untreue.....	50
G.	Ergebnis	51
I.	Fazit & Ausblick	52
II.	Handlungsempfehlungen für Kreditinstitute.....	54
H.	Literaturverzeichnis.....	56
	Erklärung über die selbstständige Bearbeitung	IV

A. Einführung und Zielsetzung

Die Thematik der Sittenwidrigkeit von Sanierungskreditverträgen und deren Besicherung ist in der Rechtspraxis von dauerhaftem Interesse, sodass sich die Rechtsprechung bereits seit nahezu einem Jahrhundert intensiv damit beschäftigt.¹ Der Umgang mit Kreditnehmern, die sich in einer finanziellen Krise befinden, stellt Kreditinstitute vor vielgestaltige Herausforderungen. Nicht selten ist für den Schuldner die Beschaffung zusätzlichen Kapitals essentiell zur Erhaltung seiner Liquidität. In derartigen Situationen wird die Vergabe von (neuen) Krediten zu einem sensiblen Balanceakt zwischen der Möglichkeit zur Rettung des Schuldners im Rahmen einer erfolgreichen Sanierung und den potenziellen Risiken für das kreditgewährende Institut. Dabei wirft die Entscheidung einer weiteren Unterstützung des Kreditnehmers neben ökonomischen insbesondere auch rechtliche Fragestellungen auf. Sofern sich die Bemühungen zur Rettung des Schuldners als erfolglos herausstellen und der Kreditnehmer Insolvenz anmeldet, sieht sich das kreditgebende Institut neben dem Kreditausfall, auch der Gefahr von Sittenwidrigkeit der Verträge, zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen seitens Drittgläubigern oder Rückforderungsansprüchen des Insolvenzverwalters ausgesetzt. Unter Umständen können sogar strafrechtliche Konsequenzen für die organschaftlichen Vertreter des Kreditinstituts in Betracht kommen.

Fehlendes Bewusstsein einer derartigen Kreditgeberhaftung könnte Kreditinstitute dazu verleiten, übermäßige Risiken einzugehen und möglicherweise erhebliche Kapitalverluste zu erleiden. Schlimmstenfalls droht dann sogar eine Ansteckungsgefahr, da die Akteure des Finanzsystems eng miteinander verflochten sind, was die globale Finanzkrise (2007-2008) eindrucksvoll bewiesen hat. Infolgedessen sollten Kreditinstitute besonders bei der Vergabe von Krediten an bereits geschwächte oder finanziell instabile Schuldner äußerst vorsichtig agieren, um eigene Risiken zu minimieren.

Diese Thematik beschäftigt sich mit der komplexen Thematik der Kreditgewährung an Schuldner in finanzieller Notlage und beleuchtet verschiedene rechtliche Faktoren, die dabei eine Rolle spielen. Unter Berücksichtigung der (höchstrichterlichen) Rechtsprechung und unter Einbeziehung der rechtswissenschaftlichen Fachliteratur wird untersucht, inwiefern sich Kreditinstitute bei der Gewährung von Sanierungsmaßnahmen angreifbar machen. Zunächst wird dazu der unbestimmte Rechtsbegriff der finanziellen Krise eines Kreditnehmers charakterisiert und

¹ So bereits das Reichsgericht in einem Revisionsurteil von 1931: *RG, Urt. v. 27.02.1931 – VII 205/30 –*, BeckRS 1931, 100215.

anhand einschlägiger Normen eingegrenzt. Daraufhin werden die Motive eines Kreditinstituts zur weiteren Begleitung eines derartigen Schuldners dargestellt. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, ob Kreditinstitute einer Kreditversorgungspflicht unterliegen. Im Anschluss daran werden unterschiedliche Arten der krisenbedingten Kreditgewährung und etwaige Handlungsoptionen des Instituts aufgezeigt. Von besonderer Relevanz ist dabei die Neukreditvergabe in Form von Sanierungsdarlehen. Anhand dessen werden – in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung – sowohl zivil- als auch strafrechtliche Risiken des Kreditgebers aufgezeigt. Abschließend werden die wesentlichen Erkenntnisse zusammengefasst, in den Kontext der Sanierungspraxis eingeordnet und daraus entsprechende Handlungsempfehlungen für Kreditinstitute abgeleitet.

Der Begriff des Kreditinstitutes im Sinne der Arbeit orientiert sich an § 1 KWG und umfasst gleichermaßen Banken, Sparkassen und sonstige Unternehmen, die gewerbsmäßig Bankgeschäfte betreiben. Die Begriffe „Kredit“ und „Darlehen“ sind im Sinne der Arbeit synonym zu sehen und bezeichnen zumeist ein Gelddarlehen i. S. d. § 488 ff. BGB. Der Fokus liegt dabei auf einer bilateral vereinbarten Kreditvergabe in Form von Fremdkapital (aus Sicht des Schuldners). Mithin sind *debt-equity-swaps* oder sonstige gesellschafterähnliche Beteiligungen eines Kreditinstituts, wie sog. „Rettungserwerbe“, nicht Gegenstand dieser Ausarbeitung.

Der Begriff des Kreditnehmers bezieht sich primär auf Unternehmer (i. S. d. § 14 BGB) bzw. juristische Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit. Gegenstand ist somit das Firmenkundenkreditgeschäft im klassischen Sinne. Denn im Vergleich zu Verbrauchern (i. S. d. § 13 BGB) bzw. natürlichen Personen werden hierbei in aller Regel höhere Kreditvolumina ausgereicht sowie komplexere Finanzierungsstrukturen notwendig. Dies führt auch zu einem erheblich höheren Aufwand (bei der Sanierung) und zu erhöhten Adressrisiken für den Kreditgeber. Etwaige besondere Regelungen für Verbraucher bleiben daher unberücksichtigt. Ebenso wird auf insolvenzverfahrensrechtliche Detailregelungen verzichtet, wengleich die Insolvenzordnung (InsO) regelmäßig Gegenstand der aufgeworfenen Thematik ist und einschlägige Normen bereithält.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit und des Schreibflusses wird in dieser Arbeit auf eine geschlechtsspezifische Sprachform verzichtet; die Verwendung des generischen Maskulinums schließt alle Geschlechter gleichermaßen ein.

B. Finanzielle Krise eines Kreditnehmers

Die finanzielle Krise eines Kreditnehmers kann viele, sowohl interne als auch externe, Ursachen haben. Diesen ist jedoch gemein, dass der Kreditnehmer Schwierigkeiten hat, seine finanziellen Verpflichtungen gegenüber dem Kreditgeber sowie etwaigen Dritten zu erfüllen. In vielen Fällen kann die finanzielle Krise gar zur Insolvenz des Schuldners führen. Dennoch existiert für den Begriff der Krise weder eine gesetzliche Definition noch wurde dieser durch die höchstrichterliche Rechtsprechung hinreichend präzisiert.² Dies erscheint im Sinne der Rechtssicherheit aufgrund der Mannigfaltigkeit an denkbaren Ausprägungen auch nicht geboten, da die finanzielle Krise des Kreditnehmers in ganz unterschiedlichen Stadien und Intensitäten auftreten kann.³ Zu differenzieren ist jedoch nach der rechtlichen Relevanz dieser Krisenstadien für den Kreditgeber. Dabei ist insbesondere das Vorliegen von Insolvenztatbeständen der §§ 17-19 InsO (sog. Insolvenzreife) beim Kreditschuldner als maßgebliche finanzielle Krise einzustufen, die eine rechtliche Relevanz in Bezug auf die Risiken des Kreditgebers entfalten kann.⁴ Dies haben einschlägige Urteile der Rechtsprechung wiederholt bestätigt.⁵

In der rechtswissenschaftlichen Literatur hat sich im Zeitverlauf jedoch die Ansicht etabliert, den Zeitpunkt der finanziellen Krise über den Zeitraum der Insolvenzreife hinaus weiter zu fassen und darauf abzustellen, ob ein Unternehmen „sanierungsbedürftig“ ist, sich mithin in einem fortgeschrittenen krisenhaften Stadium befindet, ohne dass es jedoch vor einem unmittelbaren Zusammenbruch steht.⁶ Nach herrschender Lehre (h. L.) liegt Sanierungsbedürftigkeit vor, wenn ein Unternehmen ohne finanzielle Stützungsmaßnahmen nicht mehr erfolgreich weitergeführt werden kann und die zur Begleichung bestehender Verpflichtungen erforderliche Betriebssubstanz nicht erhalten werden kann.⁷

Unbeachtlich der fehlenden Konturierung des Begriffes „Sanierungsbedürftigkeit“⁸ ist der Ansicht der h. L. dahingehend zu folgen, dass die finanzielle Krise eines Kreditnehmers nicht erst durch dessen Insolvenzreife festgestellt werden kann.

² *Huber* in: Obermüller, *InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.8; *Weiß/Reps*, ZIP 2020, 2443, (2444); *Huber*, NZI 2015, 447, (448 f.).

³ Vgl. *Weiß/Reps*, ZIP 2020, 2443, (2444).

⁴ *Huber*, NZI 2015, 447, (448).

⁵ So bspw. *BGH*, Urt. v. 11.11.1985 – II ZR 109/84 –, NJW 1986, 837, (841); *BGH*, Urt. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52 –, NJW 1953, 1665, (1665); *OLG Köln*, Urt. v. 03.04.2009 – 6 U 80/08 –, BeckRS 2010, 03013.

⁶ *Huber* in: Obermüller, *InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.14.

⁷ A. a. O.; *Richter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, *BankR-Komm.*, 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 29; *Huber*, NZI 2015, 447, (448 f.); *Wallner/Neuenhahn*, NZI 2006, 553, (554 f.); *Wenzel*, NZI 1999, 294, (294); *Neuhof*, NJW 1998, 3225, (3229).

⁸ *Weiß/Reps*, ZIP 2020, 2443, (2445).

Mithin kann diese bereits in einem der Insolvenzreife vorgelagerten Stadium bejaht werden. Andernfalls wäre dieser Zeitpunkt aus Sicht eines stützungswilligen Kreditgebers dann mitunter zu spät, da dessen Handlungsmöglichkeiten zeitlich auf den Beginn der Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 InsO beschränkt wären. In aller Regel sind Kreditinstitute daran interessiert den Eintritt der Insolvenzreife des Schuldners durch vorherige Maßnahmen, bspw. im Rahmen einer (freien) Sanierung, zu verhindern. Somit zielt eine solche Sanierung des Kreditnehmers bereits darauf ab, zu vermeiden, dass über dessen Vermögen wegen (drohender) Zahlungsunfähigkeit (§§ 17, 18 InsO) oder wegen Überschuldung (§ 19 InsO) das Insolvenzverfahren beantragt werden muss (vgl. §§ 13, 15a InsO).⁹

Die Beurteilung der finanziellen Krise des Kreditnehmers vor der Insolvenzreife kann aus Sicht des Kreditinstitutes auch anhand bankaufsichtlicher Anforderungen erfolgen. Dabei ist insbesondere der Schuldnerausfall i. S. d. Art. 178 der *Capital Requirements Regulation* (CRR)¹⁰ und der damit einhergehende Status des Kreditnehmers als notleidend (*non-performing*) hervorzuheben.

Nachfolgend wird die finanzielle Krise eines Kreditnehmers daher zunächst im Kontext des bankaufsichtsrechtlichen Schuldnerausfalls betrachtet. Im Anschluss erfolgt die Einordnung der finanziellen Krise anhand einer Übersicht der einschlägigen Insolvenztatbestände, die als Anknüpfungspunkt für eine etwaige Haftung des Kreditinstituts fungieren können.

I. Schuldnerausfall Art. 178 CRR (*non-performing*-Status)

Art. 178 CRR normiert in Abs. 1 zwei wesentliche Kriterien, bei denen jedes für sich genommen zu einer Einstufung des Kreditnehmers als notleidend führt: Zum einen in lit. a die Unwahrscheinlichkeit der Rückzahlung („*unlikely to pay*“ bzw. sog. UTP-Kriterium), zum anderen in lit. b die Überfälligkeit wesentlicher Zahlungen von mehr als 90 Tagen.

Ergänzt wird der Art. 178 CRR nach Abs. 7 durch Leitlinien der *European Banking Authority* (EBA). Diese hat neben der „Leitlinie zur Anwendung der Ausfalldefinition gemäß Artikel 178 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013“ (EBA/GL/2016/07) weitere „Leitlinien über das Management notleidender und gestundeter Risikopositionen“ (EBA/GL/2018/06) verabschiedet, deren Anwendung die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) für Kreditinstitute in Deutschland mit

⁹ Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 2.

¹⁰ Delegierte Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012.

Schreiben vom 20.12.2018 gegenüber der EBA – mit Ausnahme der EBA/GL/2016/07 Textziffern 25 und 26 – bestätigte.¹¹

Das sog. UTP-Kriterium ist erfüllt, wenn das Kreditinstitut es als unwahrscheinlich ansieht, dass der Schuldner seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Institut (oder dessen Mutter- oder Tochterunternehmen) in voller Höhe begleichen kann, ohne dass das Institut auf Maßnahmen wie die Verwertung von Sicherheiten zurückgreift (vgl. Art. 178 Abs. 1 lit. a CRR). In Abs. 3 lit. a - f des Art. 178 CRR sind zudem Kriterien aufgelistet, die einen Hinweis liefern, dass eine Verbindlichkeit wahrscheinlich nicht beglichen wird. Darunter fällt etwa der Verzicht des Instituts auf laufende Zinsbelastung, die Erfassung einer erheblichen Kreditrisikoanpassung, die Veräußerung der Kreditverbindlichkeit mit einem deutlichen bonitätsbedingten Verlust, die Zustimmung zu einer krisenbedingten Restrukturierung sowie ein Insolvenzantrag durch das Institut, einen Dritten oder den Schuldner selbst. Diese Hinweise werden in der EBA/GL/2016/07 Textziffer 59 um einen weiteren Indizienkatalog ergänzt. Dieser stellt neben Verstößen gegen den Kreditvertrag (z. B. *covenant-breaches*) auch auf das Entfallen von Einnahmequellen des Schuldners ab sowie Bedenken hinsichtlich dessen Fähigkeit zur Generierung ausreichender und stabiler Zahlungsströme. Auch ein erhöhter Gesamtverschuldungsgrad des Kreditnehmers sowie das Verlangen des Kreditinstitutes nach (weiteren) Sicherheiten können entsprechende Indizien sein.¹²

Die Überfälligkeit wesentlicher Zahlungen nach Art. 178 Abs. 1 lit. b CRR tritt hingegen ein, wenn eine wesentliche Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber dem Kreditinstitut (oder dessen Mutter- oder Tochterunternehmen) mehr als 90 Tage überfällig ist. Nach Art. 178 Abs. 2 lit. d CRR obliegt es der national zuständigen Behörde die Erheblichkeitsschwelle der wesentlichen Verbindlichkeit festzulegen, wobei der Rahmen der Delegierten Verordnung (EU) 2018/171¹³ einzuhalten ist. Für Kreditinstitute in Deutschland ist § 16 SolvV einschlägig. Danach gilt eine relative Erheblichkeitsschwelle von 1 % der Gesamtforderung gegenüber dem Kreditnehmer sowie eine absolute Erheblichkeitsschwelle von 500 Euro (im Mengengeschäft i. S. d. Art. 112 lit. h bzw. Art. 147 Abs. 2 lit. d CRR hingegen 100 Euro). Mithin ist ein Kreditnehmer notleidend, wenn der seit mind. 90

¹¹ BaFin, Rundschreiben 03/2019 (BA), URL in Literaturverzeichnis.

¹² Vgl. auch *Schluck-Amend*, NZI-Beilage 2019, 14, (15).

¹³ Delegierte Verordnung (EU) 2018/171 der Kommission vom 19. Oktober 2017 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards bezüglich der Erheblichkeitsschwelle für überfällige Verbindlichkeiten.

aufeinanderfolgenden Tagen überfällige Anteil seiner Gesamtforderung die relative bzw. absolute Erheblichkeitsschwelle überschreitet.

Ein notleidender (*non-performing*) Kreditnehmer kann somit aufgrund unterschiedlicher oder gar mehrerer Ursachen nicht in der Lage sein, seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem kreditgebenden Institut nachzukommen oder überfällig sein und ist demnach als ausgefallen i. S. d. Art. 178 CRR einzustufen. Die Ausfallsetzung und der damit einhergehende *non-performing*-Status des Kreditnehmers lassen auf eine finanzielle Krise des Kreditnehmers schließen, ohne dass dabei bereits (zwingend) Insolvenztatbestände erfüllt sein müssen.

II. Relevante Insolvenztatbestände (§§ 17 -19 InsO)

Wie zuvor angedeutet liegt in Bezug auf die etwaige Haftung eines Kreditgebers besonderer Augenmerk auf dem Eintritt der Insolvenzreife des Kreditschuldners, weshalb nachfolgend die relevanten Insolvenztatbestände der §§ 17-19 InsO vorgestellt werden.

1. Zahlungsunfähigkeit

Der mit Abstand häufigste Insolvenzgrund ist die Zahlungsunfähigkeit.¹⁴ Diese ist allgemeiner Eröffnungsgrund i. S. d. § 16 InsO und berechtigt Gläubiger sowie Schuldner gleichermaßen zur Stellung eines Insolvenzantrages. Bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit unterliegt der organchaftliche Vertreter bei Zahlungsunfähigkeit der Antragspflicht nach § 15a InsO und hat unverzüglich, spätestens jedoch nach drei Wochen, einen Antrag auf Insolvenzeröffnung zu stellen.¹⁵ Die Zahlungsunfähigkeit als allgemeiner Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsgrund wurde durch Einführung der Insolvenzordnung (am 01.01.1999) einheitlich in § 17 InsO geregelt.¹⁶

Dabei ist in § 17 Abs. 2 S. 1 InsO legal definiert, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Ferner statuiert § 17 Abs. 2 S. 2 InsO, dass Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (siehe Unterabschnitt 2. Zahlungseinstellung).

¹⁴ *Mönning* in: Nerlich/Römermann InsO, 47. EL März 2023, InsO § 17, Rn. 7.

¹⁵ *Salm-Hoogstraeten* in: Braun InsO, 9. Aufl. 2022, InsO § 17, Rn. 1.

¹⁶ *Mönning* in: Nerlich/Römermann InsO, 47. EL März 2023, InsO § 17, Rn. 1; *O. Hohmann* in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2023, InsO § 15a, Rn. 26 f.

Der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit bezieht sich ausschließlich auf das Unvermögen des Schuldners seine Geldschulden zu erfüllen, sodass etwaige Ansprüche auf Sach- oder Dienstleistungen keine Zahlungsunfähigkeit begründen.¹⁷

Die Abgrenzung einer tatsächlichen Zahlungsunfähigkeit zu geringfügigen Liquiditätslücken oder zu einer nur vorübergehenden Zahlungsstockung wurde durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) präzisiert. Danach muss für die Beurteilung, ob ein Schuldner objektiv nicht in der Lage ist seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen, eine mindestens zehn prozentige Liquiditätsunterdeckung, ergänzt um eine Zeiträumbetrachtung von drei Wochen, vorliegen.¹⁸ Mit hin ist eine stichtagsbezogene Liquiditätsbilanz erforderlich, die um eine prospektive Finanzplanung für die darauffolgenden drei Wochen zu ergänzen ist.¹⁹ Bei dieser sog. „betriebswirtschaftlichen Methode“ erfolgt eine stichtagbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten des Schuldners mit den – ihm zur Tilgung zur Verfügung stehenden oder kurzfristig zu beschaffenden – Zahlungsmitteln.²⁰ Dabei sind Forderungen als fällig i. S. d. § 17 Abs. 2 S. 1 InsO anzunehmen, wenn eine fälligkeitsbegründende Gläubigerhandlung feststeht, aus der willentlich hervorgeht, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen.²¹ Ein tatsächliches Einfordern der Leistung ist hierbei entbehrlich, wie auch bei einer kalendermäßig bestimmten Fälligkeit.²² Auch kommt es auf einen Verzug des Schuldners nicht an.²³ Als zur Verfügung stehende Zahlungsmittel kommen Bankguthaben, Kassenbestände, Schecks und Wechsel sowie finanzielle Reserven in Form von sonstigen Bargeldbeständen und offene Kreditlinien in Betracht.²⁴ Sofern die Prognose zu einem negativen Ergebnis kommt, liegt nach Ansicht des BGH Zahlungsunfähigkeit bereits zum Stichtag der Betrachtung vor. Kommt die Prognose hingegen zu dem sicheren Ergebnis, dass der Schuldner innerhalb eines Zeitraumes von höchstens drei Wochen in der Lage ist, seine volle Zahlungsfähigkeit wiederherzustellen, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor.²⁵

Überdies hat die Rechtsprechung auf Basis wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen mit der sog. „kriminalistischen Methode“ eine weitere Variante etabliert,

¹⁷ O. Hohmann in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2023, InsO § 15a, Rn. 29.

¹⁸ BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04 –, NZI 2005, 547, Leitsätze 1-3.

¹⁹ Salm-Hoogstraeten in: Braun InsO, 9. Aufl. 2022, InsO § 17, Rn. 12.

²⁰ BGH, Beschl. v. 10.07.2018 – 1 StR 605/16 –, NSTZ 2019, 83, 1. Leitsatz.

²¹ Mönning in: Nerlich/Römermann InsO, 47. EL März 2023, InsO § 17, Rn. 15.

²² A. a. O.

²³ O. Hohmann in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2023, InsO § 15a, Rn. 31.

²⁴ BGH, Beschl. v. 11.07.2019 – 1 StR 456/18 –, BeckRS 2019, 27934, 2. Leitsatz, Rn. 20; Salm-Hoogstraeten in: Braun InsO, 9. Aufl. 2022, InsO § 17, Rn. 28.

²⁵ BGH, Urt. v. 21.08.2013 – 1 StR 665/12 –, NSTZ 2014, 107, (108).

um die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners festzustellen. Als Beweisanzeichen kommen hierbei u. a. die ausdrückliche Erklärung, nicht zahlen zu können, das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, misslungene Vollstreckungsversuche, Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, Sozialversicherungsabgaben oder sonstiger Betriebskosten, Wechsel- und Scheckproteste sowie Insolvenzanträge von Gläubigern in Betracht.²⁶

2. Zahlungseinstellung

Das tatsächliche Einstellen der Zahlung ist zweifelsfrei die stärkste Erscheinungsform der Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 InsO und der nach außen hin erkennbare Ausdruck, dass die o. a. Tatbestandsmerkmale der Zahlungsunfähigkeit erfüllt sind.²⁷ Dementsprechend begründet § 17 Abs. 2 S. 2 InsO die (widerlegbare) Vermutung, dass Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

Für die beteiligten Verkehrskreise, insbesondere die Gläubiger, muss dabei der objektiv berechtigte Eindruck entstehen, dass der Schuldner außerstande ist, seinen fälligen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen.²⁸ Hierbei genügt die tatsächliche Nichterfüllung eines erheblichen Teils der fälligen Zahlungsverpflichtungen.²⁹ Mithin kann es für die Feststellung der Zahlungseinstellung bereits ausreichen, dass der Schuldner gegenüber einem einzigen Gläubiger – dessen Forderungen von erheblicher Höhe sind – nicht zahlen kann.³⁰ Im Hinblick auf das Kreditgeschäft kann es sich dabei u. a. um die ausbleibende Rückzahlung einer fälligen Darlehensverpflichtung oder eine fällige Zinszahlung handeln.

Nach Ansicht des BGH ist im Falle der Zahlungseinstellung eine Darlegung und Feststellung der gegen den Schuldner bestehenden Zahlungsansprüche sowie der kalkulatorische Nachweis einer Unterdeckung von mindestens 10 % über einen dreiwöchigen Betrachtungszeitraum nicht erforderlich.³¹ Die Rechtsprechung sieht in der Zahlungseinstellung vielmehr „das äußere Verhalten des Schuldners, in dem dieser typischerweise seine Zahlungsunfähigkeit ausdrückt“.³² Der Schuldner hat jedoch die Möglichkeit die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO durch Wiederaufnahme sämtlicher Zahlungen für alle

²⁶ BGH, Beschl. v. 23.07.2015 – 3 StR 518/14 –, NStZ-RR 2015, 341, 5. Leitsatz.

²⁷ Mönning in: Nerlich/Römermann InsO, 47. EL März 2023, InsO § 17, Rn. 25.

²⁸ Salm-Hoogstraeten in: Braun InsO, 9. Aufl. 2022, InsO § 17, Rn. 46.

²⁹ A. a. O.

³⁰ Eilenberger in: MükolnsO, 4. Aufl. 2019, InsO § 17, Rn. 28.

³¹ BGH, Ur. v. 08.01.2015 – IX ZR 203/12 –, NZI 2015, 369, 1. Leitsatz.

³² BGH, Ur. v. 30.06.2011 – IX ZR 134/10 –, NZI 2011, 589, (590) m. w. N.; BGH, Ur. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03 –, NZI 2007, 36, (37).

fälligen Verbindlichkeiten oder durch die konkrete Darlegung einer Deckungslücke von weniger als 10 % im maßgeblichen Zeitraum zu widerlegen.³³

Dem BGH nach zu urteilen, kann auch die Zahlungseinstellung anhand von Indizien festgestellt werden. In Betracht kommen auszugsweise die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten, offene Forderungen existenzieller Natur für die Fortführung des Geschäftsbetriebes (bspw. Stromrechnungen), die monatelange Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen, eine dauerhaft schleppende Zahlungsweise, wiederholte Mahnungen, Lastschrift-rückgaben oder ein Aufsuchen des Schuldners durch Vollstreckungsbeamte. Sofern die Gesamtschau der Indizien „das Bild eines Schuldners zeichnet, der am finanziellen Abgrund wirtschaftet und nur noch darum bemüht ist, die Gläubiger zu befriedigen, welche ihn am stärksten bedrängen“, ist Zahlungseinstellung und somit die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anzunehmen.³⁴

Insofern können Kreditinstitute mit einem funktionierenden Risikofrüherkennungssystem (i. S. d. BTO 1.3.1 MaRisk³⁵) sowie einer fortlaufenden Überwachung ihrer Kreditnehmer bereits frühzeitig, anhand sich verhärtender Indizien, Rückschlüsse auf eine bevorstehende Zahlungseinstellung bzw. Zahlungsunfähigkeit ihrer Schuldner ziehen.

3. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Im Falle einer drohenden Zahlungsunfähigkeit besteht zum Zeitpunkt der Betrachtung noch keine Liquiditätslücke. Diese wird unter Berücksichtigung eines prognostischen Verlaufs erst zu einem späteren Zeitpunkt vermutet.³⁶ Nach § 18 Abs. 2 S. 1 InsO tritt drohende Zahlungsunfähigkeit ein, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Die drohende Zahlungsunfähigkeit antizipiert somit, dass die in § 17 Abs. 2 InsO definierten Kriterien höchstwahrscheinlich – d. h. mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit von größer als 50 % – eintreten werden.³⁷ Nach § 18 Abs. 2 S. 2 InsO ist hierbei in aller Regel ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zugrunde zu legen.

³³ BGH, Urt. v. 25.10.2001 – IX ZR 17/01 –, NJW 2002, 512, 2. Leitsatz; BGH Beschl. v. 26.2.2013 – II ZR 54/12 –, BeckRS 2013, 5645, Rn. 14; Eilenberger in: MüKollnsO, 4. Aufl. 2019, InsO § 17, Rn. 28.

³⁴ BGH, Urt. v. 18.07.2013 – IX ZR 143/12 –, NZI 2013, 932, (932 f.), Rn. 13.

³⁵ BaFin: Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk), Rundschreiben 05/2023 (BA).

³⁶ Mönning in: Nerlich/Römermann InsO, 47. EL März 2023, InsO § 17, Rn. 37a.

³⁷ A. a. O., Rn. 23 f.

Im Gegensatz zu anderen Insolvenzstatbeständen kann nach § 18 Abs. 1 InsO bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nur durch den Schuldner selbst beantragt werden. Eine Antragspflicht besteht hierbei allerdings nicht. Es handelt sich vielmehr um ein freiwilliges Verfahren, das proaktiv vom Schuldner eingeleitet werden kann.³⁸

4. Überschuldung

Für juristische Personen sowie Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit ist gemäß § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 InsO auch die Überschuldung ein Eröffnungsgrund. Überschuldung liegt gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO (in seiner aktuellen Fassung) vor, wenn das Vermögen des Schuldners seine bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist innerhalb der nächsten zwölf Monaten nach den Umständen als überwiegend wahrscheinlich anzusehen. Der Überschuldungstatbestand besteht somit aus zwei gleichwertigen Elementen: der rechnerischen Überschuldung einerseits und der fehlenden Fortführungsprognose andererseits.³⁹ Beides muss kumulativ erfüllt sein, damit Überschuldung vorliegt. Eine Prüfungsreihenfolge ist dabei nicht vorgegeben.⁴⁰

Eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung ist nur dann gegeben, wenn die Ertragslage der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens genügt.⁴¹ Demzufolge führt eine positive Fortführungsprognose zur Aufhebung der rechnerischen Überschuldung, die mittels Überschuldungsbilanz anhand von Liquidationswerten unter Berücksichtigung stiller Reserven zu ermitteln ist.⁴²

Daher kommt der Fortführungsprognose bei einer Überschuldungsprüfung eine besondere Bedeutung zu. Die Fortführungsprognose soll beantworten, ob die Zahlungsverpflichtungen im Prognosezeitraum höchstwahrscheinlich erfüllt und die für die Fortführung des Unternehmens notwendigen Investitionen realisiert werden können.⁴³ Eine negative Fortführungsprognose ist anzunehmen, wenn sich aus der Finanzplanung für den Prognosezeitraum – von zwölf Monaten i. S. d. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO – eine finanzielle Unterdeckung ergibt.⁴⁴ Die finanzielle Unterdeckung wiederum kann als Indikator für eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit

³⁸ *Mönning* in: Nerlich/Römermann InsO, 47. EL März 2023, InsO § 18, Rn. 25.

³⁹ *K. Schmidt/Herchen* in: K. Schmidt InsO, 20. Aufl. 2023, InsO § 19, Rn. 13.

⁴⁰ A. a. O., Rn. 14 f.

⁴¹ *Mönning* in: Nerlich/Römermann InsO, 47. EL März 2023, InsO § 19, Rn. 13.

⁴² A. a. O.

⁴³ *Drukarczyk/Schüler* in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, InsO § 19, Rn. 94.

⁴⁴ *Salm-Hoogstraeten* in: Braun InsO, 9. Aufl. 2022, InsO § 19, Rn. 18.

i. S. d. § 18 InsO gesehen werden. Denn dem BGH nach zu urteilen, wird bei Überschuldung eine drohende Zahlungsunfähigkeit vermutet.⁴⁵ In einigen Fällen mag Zahlungsunfähigkeit jedoch auch ohne Überschuldung vorkommen, wenn etwa das Aktivvermögen mangels Liquidierbarkeit nicht zur Begleichung der Verbindlichkeiten genutzt werden kann.⁴⁶ Überschuldung ohne Zahlungsunfähigkeit wiederum, kann bei ausreichendem Kredit für fällige Verbindlichkeiten vorliegen, sofern die Gesamtverbindlichkeiten das Schuldnervermögen übersteigen.⁴⁷

Die finanzielle Krise eines Kreditnehmers kann demnach mitunter mehr als einen Insolvenztatbestand erfüllen, weshalb eine umfassende Einzelfallprüfung der Finanz- und Liquiditätslage des Schuldners durch das kreditgewährende Institut erforderlich ist. Eine (fortlaufende) Prüfung der wirtschaftlichen Unterlagen sowie der Kapitaldienstfähigkeit eines Kreditnehmers ergibt sich bereits aus § 18 KWG sowie aus § 25a KWG i. V. m. BTO 1.2.1 Tz. 1 und BTO 1.2.2 Tz. 2 MaRisk und ist somit zwingende Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kreditgebers.

C. Motive krisenbedingter Kreditgewährung

Nach der Bestimmung der finanziellen Krise eines Kreditnehmers und deren unterschiedlichen Betrachtungsweisen, soll nachfolgend veranschaulicht werden, weshalb ein Kreditinstitut grundsätzlich ein Interesse daran hat, derart krisenbetroffene Kreditnehmer weiterhin zu unterstützen.

Sobald ein Kreditinstitut Kenntnis von der Krisensituation seines Schuldners erlangt, stellt sich unmittelbar die Frage nach geeigneten Maßnahmen im Hinblick auf die weitere Behandlung des Kreditengagements. Folgende Strategien können hierbei in Betracht kommen: Stillhalten, Gewährung von Sanierungsbeiträgen, stille Liquidation, Kündigung und Verwertung von Sicherheiten (etwa durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen), ein Forderungsverkauf oder gar die Einleitung eines Insolvenzverfahrens auf eigenen Antrag.⁴⁸

Bei der Entscheidungsfindung gilt das Primat der Verminderung von Verlustrisiken, sodass die Überlegungen des Kreditinstituts vorrangig durch ökonomische Kriterien geleitet sein werden.⁴⁹ Mithin wird das Kreditinstitut im Regelfall diejenige Engagementstrategie auswählen, die aus seiner Sicht zu den geringsten eigenen

⁴⁵ BGH, Urt. v. 03.03.2022 – IX ZR 53/19 –, NJW 2022, 1457, (1459), Rn. 15.

⁴⁶ Salm-Hoogstraeten in: Braun InsO, 9. Aufl. 2022, InsO § 19, Rn. 29.

⁴⁷ A. a. O.

⁴⁸ Zuleger in: Beck/Depré/Ampferl, § 25, Rn. 6.

⁴⁹ A. a. O., Rn. 7.

wirtschaftlichen Verlusten führt, wenngleich der Erfolg dieser Strategie zu diesem Zeitpunkt nicht abschließend beurteilt werden kann.

Ergänzende Faktoren bei der Entscheidung mögen etwa in der Kunden- bzw. Geschäftsbeziehung mit dem Kreditnehmer zu finden sein – bspw. wenn diese seit Langem besteht und sich evtl. Auswirkungen auf andere Engagements entfalten könnten – oder aber (sozial)politische Motive, bspw. wenn (regionale) Arbeitsplätze bedroht sind.⁵⁰ Sofern sich Kreditgeber aufgrund dieser vorwiegend ökonomischen Motive gegen eine unmittelbare „Exit-Strategie“, etwa durch Kündigung, Sicherheitenverwertung oder den Verkauf der Forderungen, entscheiden, liegt das primäre Ziel in der Sanierung des Kreditnehmers. Unter Sanierung sind dabei zusammenfassend alle Maßnahmen zu verstehen, die die finanzielle Gesundung des notleidenden Kreditnehmers bezwecken und geeignet sind, das Schuldnerunternehmen vor dem Zusammenbruch zu bewahren sowie dessen Ertragsfähigkeit wiederherzustellen.⁵¹

Das allgemeine Ziel der krisenbedingten Kreditgewährung – meist durch eine sog. freie bzw. außergerichtliche Sanierung – liegt, insbesondere bei juristischen Personen oder Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, in der Vermeidung oder Behebung der Insolvenzreife aufgrund von Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und/oder Überschuldung (§19 InsO) des Kreditnehmers.⁵² Dabei stützt sich die freie Sanierung allein auf rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten und stellt somit im Gegensatz zum gesetzlich geregelten Insolvenzverfahren eine außergerichtliche Restrukturierung des Schuldners dar.⁵³ Grundvoraussetzung ist hierbei selbstverständlich eine bereits bestehende Kreditbeziehung zwischen Kreditinstitut und Schuldner, da Kreditinstitute nur in Ausnahmefällen bereit sein werden Sanierungsbeiträge an krisenbetroffene Unternehmen zu leisten, mit denen Sie bisher keine oder nur eine kreditorische Geschäftsverbindungen unterhalten.⁵⁴

Die Kreditinstitute müssen bei der Entscheidung, die Sanierung eines notleidenden Unternehmens zu begleiten, jedoch behutsam die erhöhten Ausfallrisiken aufgrund einer potenziell eintretenden Insolvenz gegen die zukünftig verbesserten Geschäftsergebnisse des Schuldners im Falle einer erfolgreichen Sanierungsbegleitung abwägen.⁵⁵ Im Rahmen dieser Entscheidungsfindung haben

⁵⁰ *Zuleger* in: Beck/Depré/Ampferl, § 25, Rn. 7.

⁵¹ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 1.

⁵² *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.63; *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 7.

⁵³ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 3.

⁵⁴ *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.79.

⁵⁵ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 8a.

Kreditinstitute mit Sitz in Deutschland insbesondere die Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) der BaFin – in der aktuell 7. Novelle aus dem Rundschreiben 05/2023 (BA) vom 29.06.2023 – zu berücksichtigen. Die MaRisk ist eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift, welche die §§ 25a und 25b KWG konkretisiert und den Kreditinstituten qualitative Mindestanforderungen für die institutsspezifische Ausgestaltung ihres Risikomanagements auferlegt. Im Kontext der krisenbedingten Kreditgewährung ist insbesondere BTO 1.2.5 MaRisk einschlägig, der Anforderungen an die Aufbau- und Ablauforganisation bei der Behandlung von Problemkrediten (notleidende Kreditpositionen) stellt. Sofern ein Kreditinstitut demnach die Möglichkeit einer Sanierungsbegleitung in Betracht zieht, ist es nach BTO 1.2.5 Tz. 4 MaRisk verpflichtet, sich ein Sanierungskonzept bzgl. der Sanierungsfähigkeit des Kreditnehmers vorlegen zu lassen. Auf Grundlage dessen muss das Kreditinstitut dann eigenständig beurteilen, ob eine Sanierung realisierbar ist oder nicht und ob es die Sanierung, bspw. durch neue Darlehen, begleiten möchte.

Mit Blick auf die Strategie eines Kreditinstitutes, werden nachfolgend diejenigen Aspekte beleuchtet, die als Ursache für eine Sanierungsbegleitung in Betracht kommen.

I. Rechtsgeschäftliche Sanierungsvereinbarung

Sanierungsbeiträge werden meist auf Grundlage einer individuellen Sanierungsvereinbarung zwischen dem Kreditinstitut (sowie u. U. weiteren Gläubigern) und dem krisenbetroffenen Unternehmen gewährt.⁵⁶ Durch die Sanierungsvereinbarung verpflichtet sich das Kreditinstitut somit zur Beteiligung an der Sanierung des Kreditnehmers durch Gewährung bestimmter Sanierungsbeiträge.⁵⁷

Das Zustandekommen einer solchen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen den Parteien richtet sich dabei nach den allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB, wobei grundsätzlich keine besondere Form zu wahren ist. Daher kann eine Sanierungsvereinbarung auch stillschweigend bzw. durch konkludentes Handeln (z. B. Kreditvergabe) zustande kommen, wobei der Wille des Kreditinstitutes zur Sanierungsbegleitung des krisenbetroffenen Schuldners eindeutig erkennbar sein muss.⁵⁸ Aus Beweisgründen ist es für die Parteien in der Praxis jedoch ratsam bei einer Sanierungsvereinbarung die Schriftform (i. S. d. §§ 126 und 127 BGB) zu

⁵⁶ Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 22.

⁵⁷ Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 69.

⁵⁸ K. P. Berger in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, BGB Vorbemerkung § 488, Rn. 103; Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 24.

vereinbaren. Nach der Auffassung des BGH ist es indessen nicht erforderlich, dass sämtliche Gläubiger in die Sanierungsvereinbarung einzubeziehen sind, sofern der Schuldner durch umfangreiche Maßnahmen seitens des Hauptgläubigers „in die Lage versetzt wird, seine übrigen Gläubiger vollständig zu befriedigen“.⁵⁹

Die Inhalte bzw. Bestandteile der Sanierungsvereinbarung sind i. S. d. Privatautonomie grundsätzlich frei verhandelbar und bieten den Parteien somit mannigfaltige Gestaltungsmöglichkeiten, solange diese dem Sanierungszweck zuträglich sind. Etwaige Problemstellungen sind durch eine interessengerechte Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) zu lösen, wobei den rechtsgeschäftlichen Regelungen ein Sinn zuzuweisen ist, der mit den ethischen Grundsätzen des herrschenden Wirtschafts- und Sozialsystems in Einklang steht.⁶⁰

Üblicherweise werden in der Sanierungsvereinbarung sämtliche Sanierungsmaßnahmen, wie bspw. die Gewährung zusätzlicher Kredite, festgelegt und im Rahmen eines sog. Sanierungsplans in eine zeitliche Abfolge gebracht.⁶¹ Der Sanierungsplan bildet somit einen integralen Bestandteil der Sanierungsvereinbarung mit dem Ziel der Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit und Beseitigung der Krisensituation des Schuldners. Indem das Kreditinstitut ebendiesen Sanierungszweck zum Inhalt des Rechtsgeschäfts macht, trägt es aber auch das wirtschaftliche Risiko des Darlehensnehmers in besonderem Maße mit.⁶² Denn Kreditinstitute verpflichten sich aufgrund dieser Vereinbarungen regelmäßig dazu, bestehende Kredite mit Rücksicht auf den Sanierungszweck nicht zu kündigen (sog. „Stillhalten“), diese über die ursprünglich vereinbarte Laufzeit hinaus zu prolongieren oder dem notleidenden Kreditnehmer gar neue Darlehen zu gewähren (s. Kapitel D).⁶³

Es bleibt somit festzuhalten, dass sich ein Kreditinstitut aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zur (weiteren) Kreditgewährung an den krisenbetroffenen Schuldner verpflichten kann. Es besteht allerdings keine Pflicht des Kreditinstitutes, sich an langfristigen Sanierungsaktionen ohne Rücksicht auf eigene Verluste zu beteiligen, da der Abschluss einer solchen Vereinbarung sowie die Höhe der beabsichtigten (Sanierungs-)Darlehen freiwillig und verhandelbar ist.⁶⁴ Es ist jedoch offensichtlich, dass einem Kreditinstitut, das sich nicht aktiv an der Sanierung eines notleidenden Kreditnehmers beteiligt, in der Insolvenz des Schuldners, der

⁵⁹ BGH, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14 –, NZI 2016, 636, (637), Rn. 16; BGH, Urt. v. 08.12.2011 – IX ZR 156/09 –, NZI 2012, 142, (143), Rn. 13.

⁶⁰ Busche in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, BGB § 157, Rn. 10.

⁶¹ Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 22.

⁶² K. P. Berger in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, BGB Vorbemerkung § 488, Rn. 103.

⁶³ Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 23.

⁶⁴ K. P. Berger in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, BGB Vorbemerkung § 488, Rn. 104.

Verlust des bereits gewährten Kredites oder (bei unzureichender Besicherung) nur eine quotale Befriedigung droht.⁶⁵

II. Kreditversorgungspflicht

Es stellt sich darüber hinaus jedoch die Frage, ob ein Kreditinstitut unter gewissen Voraussetzungen auch ohne vertragliche Bindung verpflichtet sein kann, den notleidenden Kreditnehmer zu unterstützen. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde daher der Begriff der „Kreditversorgungspflicht“ geprägt und mitunter kontrovers diskutiert.⁶⁶ Ausgehend von *Canaris* wurde vereinzelt die Ansicht vertreten, dass insbesondere seitens der Hausbank des krisenbetroffenen Unternehmens, eine Kreditversorgungspflicht aus der Treupflicht des Kreditinstituts i. S. d. § 242 BGB erwächst.⁶⁷

Inzwischen lehnt die herrschende Meinung (h. M.) eine Pflicht zur Kreditbelassung oder gar Kreditgewährung an ein sanierungsbedürftiges Unternehmen entschieden ab, da dies einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Geschäftspolitik des Kreditinstitutes darstellt.⁶⁸ Die Rechtsprechung hat sich diesbezüglich klar positioniert und eine Kreditversorgungspflicht verneint.⁶⁹ So stellte auch der BGH fest, dass es „einer Bank grundsätzlich überlassen bleibt, ob sie ein notleidendes Unternehmen, dem sie Kredit gegeben hat, fallen lassen will“.⁷⁰

Das Bejahen einer derartigen Pflicht zur Kreditversorgung stünde in fundamentalem Widerspruch zur Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) der Parteien und würde durch eine Art Kontrahierungszwang die Geschäftspraktiken eines wirtschaftlich und gewissenhaft agierenden Kreditinstituts ungemein einschränken. Insofern sind sich Literatur und Rechtsprechung geschlossen einig: Wenn es einem Kreditinstitut überlassen bleibt zu entscheiden, ob es einem Kreditnehmer kündigen will, dann muss derselbe Handlungsspielraum erst recht für die Vergabe von (neuen) Krediten gelten.

⁶⁵ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 21.

⁶⁶ *K. P. Berger* in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, BGB Vorbemerkung § 488, Rn. 94; *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 11, Rn. 34.

⁶⁷ *Canaris*, ZHR 143 (1979), 113, (121), (133).

⁶⁸ *Aleth/Wilkens* in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, H. Finanzierungen in der Krise, Rn. 69; *Zuleger* in: Beck/Depré/Ampferl, § 25, Rn. 13; *K. P. Berger* in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, BGB Vorbemerkung § 488, Rn. 94; *Obermüller* in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-HdB, 6. Aufl. 2020, § 97, Rn. 3.

⁶⁹ *OLG München*, Ur. v. 14.10.1993 – 19 U 3427/93 –, LSK 1994, 370086; *OLG Düsseldorf*, Ur. v. 09.02.1989 – 6 U 90/88 –, NJW-RR 1989, 1519, 1. Leitsatz; *OLG Zweibrücken*, Ur. v. 21.09.1984 – 1 U 244/82 –, LSK 1985, 80009.

⁷⁰ *BGH*, Ur. v. 29.05.2001 – VI ZR 114/00 –, NJW 2001, 2632, (2633).

Letztlich würde eine derartige Verpflichtung zur Kreditversorgung gar die Sanktionierungsfunktion der §§ 138 und 826 BGB außer Kraft setzen⁷¹ und hätte zur Folge, „dass dem Kreditinstitut zwangsweise eine unternehmerische Mitverantwortung nach Art eines Gesellschafters für den Kreditnehmer auferlegt würde, obwohl es lediglich Mittel seiner Einleger ausleiht“, wie das OLG Saarbrücken in einem Urteil treffend feststellte.⁷² Eine derart weitgehende Verantwortung kann einem Kreditinstitut daher ohne konkreten Rechtsgrund nicht auferlegt werden und stünde vielmehr der deutschen Rechtsordnung entgegen.

III. Restrukturierungsplanverfahren (i. S. d. StaRUG)

Um die Lücke zwischen der außergerichtlichen bzw. freien Sanierung und dem gesetzlich geregelten Insolvenzplanverfahren zu schließen sowie vorinsolvenzliche Sanierungen zu vereinheitlichen wurde mit der Richtlinie (EU) 2019/1023⁷³ die Grundlage eines europaweiten präventiven Restrukturierungsrahmens geschaffen. Die nationale Umsetzung erfolgte in Deutschland durch das Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (SanInsFoG), welches aufgrund der Herausforderungen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie zügig entwickelt und verabschiedet wurde.⁷⁴ Dieses trat zum 01.01.2021 in Kraft.

Kernstück des SanInsFoG bildet nach Artikel 1 das neue Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG). Das StaRUG soll Unternehmen die Möglichkeit geben, bereits im Stadium einer drohenden Zahlungsunfähigkeit anhand eines Restrukturierungsplans eine eigene Sanierung durchzuführen, um eine bevorstehende Insolvenz abzuwenden (vgl. § 29 Abs. 1 StaRUG). Der Anwendungsbereich des Gesetzes knüpft dabei explizit an eine drohende Zahlungsunfähigkeit (i. S. d. § 18 InsO) an, nicht jedoch an eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit (i. S. d. der §§ 17 und 19 InsO).⁷⁵

Die Restrukturierung nach dem StaRUG sieht dabei im Gegensatz zur freien Sanierung eine partielle gerichtliche Einbindung vor, indem der Schuldner u. a. sein Restrukturierungsvorhaben dem Restrukturierungsgericht anzuzeigen hat (vgl. § 31 StaRUG). Während des Restrukturierungsverfahrens ist der Schuldner nach § 42 Abs. 1 StaRUG dafür entsprechend von der Insolvenzantragspflicht i. S. d.

⁷¹ Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 31.

⁷² OLG Zweibrücken, Urt. v. 21.09.1984 – 1 U 244/82 –, ZIP 1984, 1334, Leitsatz der Redaktion.

⁷³ RL (EU) 2019/1023 – Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz.

⁷⁴ Haghani/Holzamer in: Buth/Hermanns Restrukturierung, § 24 Finanzielle Restrukturierung und Financial Covenants, Rn. 46.

⁷⁵ A. a. O., Rn. 47.

§ 15a InsO befreit. Anhand des Restrukturierungsplans kann der Schuldner eine Strategie zur Krisenbewältigung entwerfen, die Maßnahmen wie bspw. Forderungsverzichte, Stundungen, Prolongationen oder andere Sanierungsmaßnahmen beinhaltet.⁷⁶

Nach § 12 S. 1 StaRUG können dabei Regelungen zur Zusage von Darlehen oder sonstigen Krediten aufgenommen werden, die zur Finanzierung der Restrukturierung auf der Grundlage des Plans erforderlich sind (sog. neue Finanzierung). Als neue Finanzierung gilt dabei auch deren Besicherung (vgl. § 12 S. 2 StaRUG). Das Restrukturierungsgericht hat jedoch die Möglichkeit gem. § 63 Abs. 2 StaRUG die Bestätigung des Plans abzulehnen, wenn das Restrukturierungskonzept, das dem Plan zugrunde liegt, unplausibel ist, auf fehlerhaften Annahmen beruht oder keine Erfolgsaussichten hat, insbesondere in Bezug auf die Kreditaufnahme und deren Besicherung.⁷⁷

Die Gläubiger des Unternehmens müssen sich unter bestimmten Voraussetzungen dem Sanierungsvorschlag des Unternehmens anschließen und an der Sanierung mitwirken.⁷⁸ Mittels mehrheitlicher Abstimmung (dreiviertel Mehrheit) über den Restrukturierungsplan können dabei selbst Minderheitsgläubiger, die nicht an der Sanierungsstrategie teilnehmen möchten, an die Ergebnisse des Plans gebunden werden (vgl. §§ 25 ff. StaRUG). Das Verfahren ist jedoch teilkollektiver Natur, sodass der Schuldner grundsätzlich selbst festlegen kann, von welchen Gläubigern er Sanierungsbeiträge benötigt.⁷⁹ Bei der Auswahl der Gläubiger (sog. Planbetroffene) hat der Schuldner allerdings die in § 8 S. 1 StaRUG normierten Kriterien zu beachten.

Insofern bleibt festzuhalten, dass Kreditinstitute im Rahmen eines Restrukturierungsverfahrens nach dem StaRUG unter gewissen Voraussetzungen verpflichtet werden können, (fällige) Kredite nicht zu kündigen, sondern auf Basis der bestehenden Verträge stillzuhalten, Laufzeiten zu verlängern oder gar neue Darlehen zu gewähren. Grundsätzlich dürften für Kreditinstitute bei der gesetzlich geregelten Restrukturierung nach dem StaRUG jedoch die gleichen richterlichen Leitplanken wie bei einer freien Sanierung des krisenbetroffenen Schuldners gelten.⁸⁰

⁷⁶ Thole in: Compes/Thümmel/Winkler, Festschrift für Alexander Reuter, 2021, (450).

⁷⁷ Kemper in: Buth/Hermanns Restrukturierung, § 3, Rn. 67.

⁷⁸ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.63.

⁷⁹ Thole in: Compes/Thümmel/Winkler, Festschrift für Alexander Reuter, 2021, (450).

⁸⁰ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.95.

D. Arten der krisenbedingten Kreditgewährung

Befindet sich ein Kreditnehmer in einer finanziellen Krise, wie in Kapitel B beschrieben, kann er diesen notleidenden Zustand meist nicht ohne zusätzliche finanzielle Mittel kurieren. Sofern der Kreditnehmer keine weiteren Finanzierungsquellen erschließen kann und seine Gesellschafter in dieser Situation keine hinreichenden Mittel einbringen können oder wollen, kann eine Krisenbewältigung nach der h. L. nur durch Mitwirkung von Kreditinstituten als Fremdkapitalgeber gelingen.⁸¹ Daher steht ein Kreditinstitut vor der grundsätzlichen Frage, ob es zunächst abwarten, die Sanierung des Schuldners unterstützen oder die bestehenden Darlehensverträge in Anbetracht der finanziellen Krise kündigen soll (s. Kapitel C).⁸²

Im Falle einer willentlichen Fortführung der Kreditbeziehung, mithin der Nichtausübung bestehender Kündigungsrechte, stehen dem Kreditinstitut zur Wahrung der Liquidität des Schuldners unterschiedliche Handlungsoptionen zur Verfügung: Das Stillhalten bereits eingeräumter Altkredite (meist aufgrund einer Stillhaltevereinbarung), die Prolongation von (fälligen) Altkrediten, die Gewährung zusätzlicher (Sanierungs-)Kredite, der Verzicht von (fälligen) Kapital- oder Zinsforderungen, die Rangrücktrittserklärung eigener Forderungen zur Vermeidung oder Behebung einer Überschuldung oder etwa die Umwandlung eigener Kreditforderungen in Eigenkapital des Schuldners (sog. *debt-equity-swaps*).⁸³

Im Gegensatz zum Normalkreditgeschäft ist ein Kreditinstitut bei der Krise eines Kreditnehmers in seinen Geschäftsaktivitäten durch die höchstrichterliche Rechtsprechung deutlich eingeschränkt worden.⁸⁴ Eine Haftung des Kreditinstituts kann nur vermieden werden, wenn es jene durch die Rechtsprechung konstruierten Leitplanken beachtet.⁸⁵ Im Folgenden werden daher diejenigen Handlungsalternativen eines Kreditinstitutes betrachtet, die als Kreditgewährung zu qualifizieren sind. Im Hinblick auf mögliche Risiken des Kreditinstituts liegt der Fokus dabei – in Anlehnung an die Rechtsprechung – auf der Neukreditvergabe.

I. Stillhalten (Stillhaltevereinbarung)

Unter dem Begriff des Stillhaltens ist das Verhalten eines Kreditinstituts zu verstehen, wenn dieses absolut passiv in Bezug auf das bestehende Kreditengagement

⁸¹ *Aleth/Wilkens* in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, H. Finanzierungen in der Krise, Rn. 65; *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen Rn. 8a; *Huber*, NZI 2015, 447, (447).

⁸² *K. P. Berger* in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, BGB Vorbemerkung § 488, Rn. 101.

⁸³ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen Rn. 8a.

⁸⁴ *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.81.

⁸⁵ A. a. O.

ist, d. h. dieses ohne Aufstockung bestehender Linien und ohne Einräumung neuer Kredite fortführt, damit der Kreditnehmer seinen Geschäftsbetrieb auf Basis der bestehenden Verträge fortführen kann.⁸⁶

Neben dem Verzicht auf die Ausübung ordentlicher sowie außerordentlicher Kündigungsrechte, die bspw. aus dem Bruch von (*financial*) *covenants* herrühren, wird auch auf die Einleitung von Beitreibungsmaßnahmen verzichtet.⁸⁷ Das Stillhalten inkludiert somit die Aufrechterhaltung bereits bestehender und noch nicht (vollumfänglich) ausgeschöpfter unbefristeter – sog. „baw.“ (bis auf weiteres) gewährter – Kreditlinien, den möglichen Abruf noch nicht vollständig ausgezahlter aber bereits bewilligter Darlehensbeträge oder etwa die Ausnutzung eines bestehenden Avalrahmens.⁸⁸ Denn die weitere Inanspruchnahme noch zur Verfügung stehender Kreditlinien darf das Kreditinstitut dem Schuldner selbst bei Kenntnis seiner finanzieller Krise nicht untersagen, da es vertraglich zur Auszahlung der Mittel verpflichtet ist.⁸⁹

Nach der Rechtsprechung des BGH besteht selbst dann keine Pflicht zur Fälligestellung und Kündigung, wenn das Kreditinstitut erkennt, dass das Unternehmen vor dem Zusammenbruch steht und an sich insolvenzreif ist, da es selbst darüber entscheide, ob es den Kreditnehmer fallen lasse oder nicht.⁹⁰

Auch besteht seitens des Kreditgebers – selbst bei Kenntnis der Insolvenzreife des Schuldners – keine Pflicht zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens.⁹¹ Überdies treffen den Kreditgeber gegenüber anderen Gläubigern im Allgemeinen keine spezifischen Aufklärungspflichten bzgl. der wirtschaftlichen Situation des gemeinsamen Schuldners.⁹² Dies würde vielmehr gegen das Bankgeheimnis sowie die gegenseitigen Treuepflichten verstoßen, welche sich aus dem Darlehensvertrag ergeben.⁹³

Insofern lassen sich unter dem Begriff des Stillhaltens sämtliche Maßnahmen eines Kreditinstituts subsumieren, die das (krisenbehaftete) Kreditengagement weder ausweiten noch aktiv beenden. Das Stillhalten als solches kann daher nicht als

⁸⁶ *Kemper* in: Buth/Hermanns Restrukturierung, § 3. Rn. 13.

⁸⁷ *Obermüller* in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-HdB, 6. Aufl. 2020, § 97, Rn. 27.

⁸⁸ *Kemper* in: Buth/Hermanns Restrukturierung, § 3, Rn. 13.

⁸⁹ A. a. O.; *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.67.

⁹⁰ *BGH*, Urteil v. 09.12.1969 – VI ZR 50/68 –, NJW 1970, 657, (658).

⁹¹ *BGH*, Urteil v. 14.04.1964 – VI ZR 219/62 –, juris, Rn. 28.

⁹² *Schluck-Amend* in: MAH GmbHR, § 23 Die GmbH in der Krise und in der Insolvenz, Rn. 63.

⁹³ *Aleth/Wilkens* in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, H. Finanzierungen in der Krise, Rn. 68.

aktiver Sanierungsbeitrag erfasst werden⁹⁴, da das Institut vielmehr eine abwartende Haltung einnimmt und ohne eigenen Zusatzaufwand auf eine mögliche Eigenanierung des Kreditnehmers hofft.

Da sich das Verhalten bzw. die Engagementstrategie des Kreditinstituts grundsätzlich ändern kann, wird der Schuldner regelmäßig ein großes Interesse daran haben, das Wohlwollen seines Gläubigers rechtsgeschäftlich für einen konkreten Zeitraum zu besiegeln. Dies geschieht nicht selten durch eine Stillhaltevereinbarung bzw. ein Stillhalteabkommen (*stand still agreement*) zwischen dem/den Kreditgeber(n) und dem Kreditnehmer, wobei der einzelne Gläubiger sein Stillhalten meist davon abhängig machen wird, ob auch – sofern vorhanden – die anderen Gläubiger des Schuldners ihrerseits stillhalten.⁹⁵

Durch eine derartige ausdrückliche Erklärung des Stillhaltens wird auch vom sog. „beredten Schweigen“ gesprochen, da der Gläubiger seine passive bzw. „schweigende“ Haltung ausdrücklich gegenüber dem Schuldner erklärt.⁹⁶ Ein solches Stillhalteabkommen schiebt zwar nicht die Fälligkeit der Kreditforderung i. S. d. § 271 BGB als solche hinaus, beseitigt jedoch die Fälligkeit i. S. d. § 17 Abs. 2 InsO und kann somit die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners verhindern.⁹⁷

Vom passiven Stillhalten sind hingegen sämtliche Maßnahmen abzugrenzen, bei denen das Kreditinstitut selbst aktiv wird, bspw. wenn es mittels Stundungsvereinbarung bzw. Erlass eines Moratoriums gegenüber dem Schuldner explizit auf sein vertragliches Kündigungsrecht verzichtet, anstelle auf Basis der bestehenden Verträge untätig zu bleiben oder wenn es sich etwa aktiv in die Geschäftsführung und Geschäftstätigkeiten des Schuldner einschaltet oder etwa zusätzliche Sicherheiten für die offengehaltenen Altkredite hereinnimmt.⁹⁸

Denn sofern das Kreditinstitut dem Schuldner ein neues oder geändertes Kapitalnutzungsrecht einräumt, unterliegen derartige Änderungen den gleichen Anforderungen wie die Neukreditvergabe.⁹⁹

⁹⁴ Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 13; Obermüller in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, § 97, Rn. 29.

⁹⁵ Kuder/Unverdorben in: Schmidt K./Uhlenbruck, Restrukturierung und Insolvenz, c) Stillhaltevereinbarung, Rn. 7_79.

⁹⁶ Huber in Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.101.

⁹⁷ Aleth/Wilkens in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, H. Finanzierungen in der Krise Rn. 53.

⁹⁸ Kemper in: Buth/Hermanns Restrukturierung, § 3., Rn. 22 f.; Obermüller in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-HdB, 6. Aufl. 2020, § 97, Rn. 30.

⁹⁹ Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 33.

II. Prolongation

Die Prolongation eines Kredites bezeichnet eine Verlängerung der Vertragslaufzeit über den ursprünglich vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt hinaus. Es handelt sich somit – in Abgrenzung zum rein passiven Stillhalten – um die ausdrückliche übereinstimmende Erklärung von Schuldner und Gläubiger, dass der bestehende Kreditvertrag verlängert werden soll. Die Prolongation unterliegt daher grundsätzlich den gleichen Kriterien wie eine Neukreditvergabe¹⁰⁰, wenngleich bei wirtschaftlicher bzw. bilanzieller Betrachtung kein neuer Kredit in Form von zusätzlichen liquiden Mitteln ausgereicht wird.

Nach Ansicht der h. L. wird bereits die Prolongation von Altkrediten bzw. bestehenden Verträgen als Sanierungsdarlehen bzw. Sanierungsbeitrag qualifiziert.¹⁰¹ Dafür spricht grundsätzlich, dass der Prolongation immer eine Vertragsanpassung oder gar ein gänzlich neuer Vertrag zugrunde liegt, den es bei einem reinen Stillhalten nicht gibt. Mithin hat sich das Kreditinstitut ausdrücklich für eine weitere Begleitung des Engagements entschieden. Dabei ist auch zu beachten, dass die Nichtausübung eines (außer)ordentlichen Kündigungsgrundes – etwa aufgrund wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners – dazu führt, dass diese Umstände alsdann nicht mehr als Begründung einer späteren Kündigung zulässig sind.¹⁰²

Anderer Ansicht ist *Obermüller*, da eine Prolongation – selbst bei Anpassung der Konditionen – lediglich ein Unterlassen der Rückforderung bedeutet und keine Zuführung eines neuen Vermögenswertes bewirkt. Daher müsse die Prolongation unberührt von den Regeln für Sanierungskredite bleiben.¹⁰³ Für diese Auffassung spricht, dass es sich bei der Prolongation aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise um eine Art des Stillhaltens handelt. Allerdings beseitigt das Kreditinstitut durch die Prolongation eine fällige Forderung des krisenbetroffenen Schuldners, die bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung (i. S. d. § 17 InsO) zu berücksichtigen gewesen wäre.¹⁰⁴ Daher erwächst aus der Prolongation eines Kredites in der Krise des Schuldners – bezüglich einer potenziellen späteren Haftung des Kreditgebers – ein höheres Risiko im Vergleich zum passiven Stillhalten. Somit erscheint es konsequent die Prolongation analog zur Ausreichung neuer Kredite nach den Grundsätzen über die Gewährung von Sanierungskrediten zu beurteilen. Dafür spricht auch, dass in der Krisensituation nicht selten versucht wird, den geänderten

¹⁰⁰ *Zuleger* in: Beck/Depré/Ampferl, § 25, Rn. 12.

¹⁰¹ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 13; *Kemper* in: Buth/Hermanns Restrukturierung, § 3, Rn. 16; *Urlaub/Kamp*, NZI 2014, 1465, (1467).

¹⁰² *Zuleger* in: Beck/Depré/Ampferl, § 25., Rn. 12.

¹⁰³ *Obermüller* in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-HdB, 6. Aufl. 2020, § 97 Rn. 7.

¹⁰⁴ *Kemper* in: Buth/Hermanns Restrukturierung, § 3, Rn. 16.

Bedürfnissen des Schuldners mittels Umschuldung respektive der Modifikation der gewährten Altkredite, Rechnung zu tragen, was zu Überschneidungen mit einem Sanierungskredit führen kann.¹⁰⁵

III. Neukreditvergabe („fresh money“)

Das Stillhalten des Kreditinstituts bzw. die Nichtausübung der Kündigung und das Prolongieren bestehender Altkredite können bereits wichtige liquiditätserhaltende Maßnahmen zur Sanierung des Schuldners darstellen. Regelmäßig besteht in der Krisensituation des Kreditnehmers jedoch Bedarf nach zusätzlicher Liquidität bzw. ergänzenden Krediten. Neues Geld („fresh money“) ist daher nach der h. L. für eine nachhaltige Sanierung und Beseitigung der finanziellen Krise unverzichtbar.¹⁰⁶ Nachfolgend werden im Hinblick auf eine etwaige Haftung des Kreditgebers die Besonderheiten der Gewährung zusätzlicher finanzieller Mittel erläutert, wobei zwischen Sanierungskrediten und (kurzfristigen) Überbrückungsdarlehen zu differenzieren ist.

1. Sanierungskredite

Unter dem Begriff des Sanierungskredites bzw. -darlehens können sämtliche Zuführungen finanzieller Mittel an den sanierungsbedürftigen Schuldner gefasst werden, die zum Ziel haben, die Insolvenz(reife) des Schuldners abzuwenden und dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wiederherzustellen.¹⁰⁷ Entscheidend ist somit der Sanierungszweck einer derartigen Kreditgewährung, der wie o. a. ausdrücklich oder auch konkludent vereinbart werden kann und regelmäßig Gegenstand einer Sanierungsvereinbarung ist (s. Kapitel C Abschnitt I.).¹⁰⁸

Der Ausdruck „fresh money“ impliziert dabei, dass unter den Begriff der Sanierungskredite nur neu eingeräumte Kreditzusagen fallen, mithin die Aufstockung bestehender Kreditlinien oder die Vereinbarung zusätzlicher Darlehen. Dem Schuldner muss somit das Nutzungsrecht über neues Kapital eingeräumt werden.¹⁰⁹ Diese Neukreditvergabe („echter Sanierungskredit“) ist insofern von der Inanspruchnahme bereits bestehender Linien bzw. der Auszahlung bewilligter aber

¹⁰⁵ Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 14.

¹⁰⁶ Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 81; Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.64, 5.149; Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen Rn. 10; Kraus/Simon in: Buth/Hermanns Restrukturierung, § 5 Sanierungskonzept und Umsetzungsmanagement einer nachhaltigen Unternehmenssanierung, Rn. 19.

¹⁰⁷ Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 11.

¹⁰⁸ A. a. O.

¹⁰⁹ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.153.

nicht gekündigter Mittel („unechter Sanierungskredit“) abzugrenzen.¹¹⁰ Wie bereits dargelegt, obliegt es dem Kreditinstitut selbst, zu entscheiden, ob es in einem Krisenszenario derartige offene Zusagen kündigt und zurückführt oder offenhält. Daher behält das Kreditinstitut auch das Recht, dem Unternehmen trotz wirtschaftlicher Schwierigkeiten oder gar dem Eintritt der Insolvenzreife weiterhin neue Kredite zu gewähren, solange es selbst der Ansicht ist, dass ein Rettungsversuch des Schuldners sinnvoll sei.¹¹¹

Der Sanierungskredit als solcher stellt keinen eigenen Vertragstypus dar, sodass sich dessen vertragliche Ausgestaltung – mit Ausnahme der konkreten Zweckbestimmung (Sanierungszweck) – nicht grundsätzlich von regulären Unternehmenskreditverträgen (bspw. Kontokorrentlinien, Betriebsmittelkrediten, Investitionsdarlehen, Förderdarlehen, Saisonkrediten etc.) unterscheidet.¹¹² Essentiell ist jedoch, dass die Darlehenssumme ihrer Höhe nach ausreichend ist, damit der beabsichtigte Sanierungszweck erreicht werden kann.¹¹³

Bei der Vergabe von Sanierungskrediten bzw. der Gewährung von neuem Geld hat das Kreditinstitut insbesondere die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung festgelegten „Leitplanken“ zu beachten, um eine etwaige Haftung wegen sittenwidriger Insolvenzverschleppung (s. Kapitel E) zu vermeiden.¹¹⁴ Nachfolgend werden daher diejenigen Aspekte und Besonderheiten des Sanierungskredites bzw. der Vergabe von Sanierungskrediten beleuchtet, die sich im Zeitverlauf durch die Rechtsprechung etabliert haben und zudem als „best practice“ eines ordnungsgemäßen Kreditinstitutes i. S. d. MaRisk anzusehen sind.

a) Sanierungskonzept als Ausgangspunkt der Kreditvergabe

Für eine ernsthaft beabsichtigte Unternehmenssanierung ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes und erfolgsversprechendes Sanierungskonzept des Schuldners die *conditio sine qua non* der Sanierungskreditvergabe.¹¹⁵ Bereits im Jahre 1953 stellte der BGH in einem Grundsatzurteil fest, dass der Kreditgeber in der Regel verpflichtet sei, vor Kreditgewährung durch einen „branchenkundigen Wirtschaftsfachmann

¹¹⁰ Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 31; Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Auflage, Rn. 5.154.

¹¹¹ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Auflage, Rn. 5.83; BGH, Urt. v. 03.03.1956 – IV ZR 334/55 –, WM 1956, 527, (529).

¹¹² Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 85.

¹¹³ A. a. O., Rn. 86.

¹¹⁴ Schluck-Ahmend in: MAH GmbHR, § 23 Die GmbH in der Krise und in der Insolvenz, Rn. 64; Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.157.

¹¹⁵ BGH, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14 –, NZI 2016, 636, Leitsätze 1-2, (637) Rn. 15 m. w. N.; Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.158.

eingehend und objektiv prüfen zu lassen, ob das Sanierungsvorhaben Erfolg verspricht¹¹⁶, um sich vom Vorwurf der Sittenwidrigkeit zu entlasten. Nicht nur deshalb sind die (ökonomischen) Erfolgsaussichten der Sanierungsbemühungen der beteiligten Parteien als auch die Vermeidung damit verbundener Rechtsrisiken untrennbar mit der Qualität des notwendigen Sanierungskonzeptes verbunden.¹¹⁷

Auch die MaRisk verlangen bereits seit ihrer ersten Fassung¹¹⁸ (vom 20.12.2005) die Vorlage eines Sanierungskonzeptes. BTO 1.2.5 Tz. 4 MaRisk (aktuelle Fassung vom 29.06.2023) statuiert:

„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 ein eigenständiges Urteil darüber zu treffen, ob eine Sanierung erreicht werden kann.“

Darüber hinaus hat das Kreditinstitut nach BTO 1.2.5 Tz. 5 MaRisk die Umsetzung des Sanierungskonzeptes sowie die Auswirkungen der darin enthaltenen Maßnahmen zu überwachen. Welche Anforderungen an ein solches Sanierungskonzept bzw. Sanierungsgutachten zu stellen sind, lassen die MaRisk jedoch offen, sodass entsprechende Leitlinien einzig aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung abzuleiten sind:

Nach Ansicht des BGH hat das Konzept von den erkannten und erkennbaren Gegebenheiten des Unternehmens auszugehen und muss in sich schlüssig sein, sowie die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg der Sanierung darbieten.¹¹⁹

Für die Frage der Erkennbarkeit der Ausgangslage als auch für die Prognose der Durchführbarkeit ist auf die Beurteilung eines unvoreingenommenen branchenkundigen Fachmanns abzustellen, der zeitnahen Zugang zu den vorgeschriebenen oder üblichen Buchhaltungsunterlagen hat.¹²⁰ Das Konzept muss dabei die wirtschaftliche Lage des Schuldners im Rahmen seiner jeweiligen Wirtschaftsbranche analysieren und die Krisenursachen sowie die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage erfassen.¹²¹ Zum Zeitpunkt der Kreditentscheidung ist durch ebendiese sorgfältige Einschätzung des unabhängigen Dritten (*ex ante*) festzustellen, dass das Unternehmen objektiv sanierungsfähig ist und die ergriffenen Sanierungsmaßnahmen mithin objektiv geeignet sind, das Unternehmen in absehbarer Zeit

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52 –, NJW 1953, 1665, Leitsatz, (1666).

¹¹⁷ Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 49.

¹¹⁸ Rundschreiben 18/2005 – Mindestanforderungen an das Risikomanagement (BaFin).

¹¹⁹ BGH, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14 –, ZIP 2016, 1235, 2. Leitsatz, (1236), Rn. 15 m. w. N.; BGH, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 47–97 –, NJW 1998, 1561, (1563 f.) m. w. N.

¹²⁰ BGH, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14 –, ZIP 2016, 1235, (1236), Rn. 18 m. w. N.; BGH, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 47–97 –, NJW 1998, 1561, (1564) m. w. N.

¹²¹ BGH, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 47–97–, NJW 1998, 1561, (1564).

umfassend zu sanieren.¹²² Diese eingehende Prüfung des Unternehmens ist grundsätzlich unabhängig von dessen Größe durchzuführen; Lediglich der Prüfungsumfang kann an die Größe und Komplexität des Unternehmens angepasst werden.¹²³ Ferner sollte der Sanierungsversuch „mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden“ sein, da dies auf die Ernsthaftigkeit des Sanierungsversuchs schließen lässt.¹²⁴

Wegweisend war insbesondere ein Urteil des BGH vom 12.05.2016, aus dem ergänzende Grundsätze – insbesondere für die Gläubiger eines sanierungsbedürftigen Unternehmens – erwachsen sind. So stellte der BGH fest, dass das Sanierungskonzept nicht den formalen Erfordernissen entsprechen muss, wie sie das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. (IDW) in dessen Standard IDW S 6¹²⁵ oder das Institut für die Standardisierung von Unternehmenssanierungen (ISU) in den Mindestanforderungen an Sanierungskonzepte (MaS) aufgestellt haben.¹²⁶ Ferner konstatierte der BGH, dass „ein schlüssiges Sanierungskonzept nicht notwendigerweise eine Einbeziehung sämtlicher Gläubiger voraussetzt“¹²⁷. Ein Sanierungsversuch kann demnach auch aussichtsreich sein, wenn sich die beabsichtigten Maßnahmen nur auf einen Teil der Gläubiger erstrecken, solange der Schuldner in die Lage versetzt wird, seine übrigen Gläubiger vollständig zu befriedigen.¹²⁸

Überdies bekräftigte der BGH, dass eine „dauerhafte Sanierung“ erforderlich ist: „Arbeitet das Unternehmen ständig mit Verlust, ist eine Sanierungsvereinbarung, mit der lediglich der gegenwärtige Schuldenstand reduziert wird, von vornherein nicht tragfähig, weil dann der erneute Anstieg der Schulden unausweichlich und der erneute Eintritt der Insolvenzreife absehbar ist“.¹²⁹ Im Rahmen der Ursachenermittlung ist daher unbedingt eine Analyse der Verluste und der Möglichkeit deren zukünftiger Vermeidung erforderlich. Der BGH fordert insofern eine eingehende Prüfung der Ursachen der drohenden Insolvenz, insbesondere ob dies lediglich aus (vorrübergehenden) Finanzierungsproblemen resultiert oder ob das Unternehmen an sich unwirtschaftlich bzw. nicht kostendeckend agiert.¹³⁰

¹²² BGH Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03 –, NJW 2006, 1283, 2. Leitsatz, (1285).

¹²³ BGH, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14 –, ZIP 2016, 1235, (1236), Rn. 19; BGH, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 47/97 –, ZIP 1998, 248, (250).

¹²⁴ BGH, Urt. v. 21.02.2013 – IX ZR 52/10 –, NJW-RR 2013, 1321, (1322), Rn. 11 m. w. N.; BGH, Urt. v. 08.12.2011 – IX ZR 156/09 –, NZI 2012, 142, Rn. 11 m. w. N.

¹²⁵ IDW Verlautbarung: „Anforderungen an Sanierungskonzepte“ (Stand 27.09.2022).

¹²⁶ BGH, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14 –, ZIP 2016, 1235, Leitsatz 5.

¹²⁷ A. a. O., (1236), Rn. 16.

¹²⁸ A. a. O., (1236), Rn. 16.

¹²⁹ A. a. O., (1236), Rn. 29.

¹³⁰ A. a. O., (1236), Rn. 18, (1238), Rn. 35.

Mit der Durchführung der Maßnahmen des Sanierungsplans muss daher die Wiederherstellung der uneingeschränkten Zahlungsfähigkeit erfolgen und die Rentabilität der Geschäftstätigkeit sichergestellt werden.¹³¹ Die Maßnahmen müssen folglich eine „positive Fortführungsprognose“ begründen. Dabei muss der Erfolg der Sanierung jedoch keineswegs sicher sein. Vielmehr müssen (*ex ante*) „gute Chancen für eine Sanierung“ vorliegen.¹³²

Insofern wird deutlich, dass die höchstrichterlichen Anforderungen an ein Sanierungskonzept im Zeitverlauf immer weiter konkretisiert wurden und ein solches Gutachten im Hinblick auf die Rechtssicherheit einige Hürden zu überwinden hat. Denn nur ein Sanierungskonzept, das den rechtlichen Vorgaben i. S. d. Rechtsprechung entspricht, das fachgerecht erstellt und umgesetzt wird, kann sowohl das Schuldnerunternehmen als auch das Kreditinstitut von etwaigen Haftungsrisiken entlasten (s. Kapitel E Abschnitt IV.).¹³³ Ein anhand dieser Vorgaben unternommener ernsthafter Sanierungsversuch bleibt nach der Rechtsprechung sogar dann privilegiert, wenn die Sanierung scheitert.¹³⁴ Diese Privilegierung ermöglicht es einem Kreditinstitut letztlich, einen Sanierungskredit zu gewähren, ohne sich Vorwürfen der Sittenwidrigkeit, Gläubigergefährdung, Insolvenzverschleppung oder Insolvenzanfechtung auszusetzen.¹³⁵

Das Sanierungskonzept ist somit für alle Beteiligten die relevante Entscheidungsgrundlage und dient im Falle einer konsensualen Sanierungsbegleitung als Ablaufplan für die Umsetzung der Sanierungsmaßnahmen.¹³⁶

b) Beauftragung des Sanierungskonzeptes

Damit die hohen Anforderungen an das Sanierungskonzept hinreichend erfüllt werden, sollten Kreditinstitute bereits bei der Beauftragung und Erstellung des Konzeptes ihre Rolle als Gläubiger berücksichtigen. So ist eine direkte Beauftragung des Sachverständigen durch das Kreditinstitut bedenklich, da diesem einerseits der Zugang zu den relevanten Daten und Informationen des Schuldners fehlt und das Kreditinstitut andererseits aktiv in das Auftragsverhältnis zwischen Schuldner und Gutachter eingreift, was wiederum vermeidbare Haftungsrisiken birgt.¹³⁷ Von

¹³¹ *BGH*, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14 –, ZIP 2016, 1235, (1238), Rn. 30, Rn. 35.

¹³² A. a. O., (1238 f.), Rn. 36, Rn. 39.

¹³³ *Huber* in: Obermüller, *InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.159.

¹³⁴ *BGH*, Urt. v. 21.11.2005 – II ZR 277/03 –, NJW 2006, 1283, (1285) Rn. 15; *BGH*, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 47/97 –, ZIP 1998, 248 = NJW 1998, 1561, (1563); *BGH*, Urt. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52 –, BGHZ 10, 228, (234).

¹³⁵ *Huber* in: Obermüller, *InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.165.

¹³⁶ *Richter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, *BankR-Komm.*, 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 46.

¹³⁷ *Huber* in: Obermüller, *InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.185.

einem zu starken Einwirken des Kreditinstituts auf den Schuldner sowie einer Einflussnahme auf das Gutachten bzw. den Gutachter ist daher dringend abzuraten.

Da die Erfolgsaussichten der Sanierung sowie die Vermeidung rechtlicher Risiken im Rahmen der Sanierung unmittelbar von der Qualität des Sanierungsgutachtens abhängen¹³⁸, sollte das Kreditinstitut dennoch darauf bedacht sein, dass die Konzepterstellung von einem externen sachkundigen Dritten durchgeführt wird. Dies bekräftigte der BGH bereits in seinem o. a. Urteil aus dem Jahre 1953, denn allein auf die Angaben des Kreditnehmers oder dessen Berater sollte sich der Kreditgeber nicht verlassen dürfen.¹³⁹ Diese strenge Auffassung hat der BGH später jedoch zugunsten der Haltung verworfen, dass im Rahmen der Sanierungsbemühungen auf die „Beurteilung eines unvoreingenommenen – nicht notwendigerweise unbeeiligten – branchenkundigen Fachmanns“ abzustellen ist.¹⁴⁰ Insbesondere im Hinblick auf kleinere Unternehmen ist diese Entwicklung zu begrüßen, da diese i. d. R. über ein geringeres Budget verfügen und weniger komplexe Strukturen aufweisen.

In der Praxis werden bei größeren Unternehmen spezialisierte Unternehmensberater oder Wirtschaftsprüfer mit der Erstellung des Sanierungsgutachtens beauftragt, bei kleineren und mittleren Unternehmen (sog. KMU) kann die Erstellung u. U. auch durch einen branchenkundigen Steuerberater (im absoluten Ausnahmefall bei Kleinstunternehmen sogar durch das Unternehmen selbst) erfolgen.¹⁴¹ Aus Sicht des Kreditinstituts empfiehlt sich stets die Einschaltung eines sachverständigen Dritten, da es sich im Streitfall durch das Gutachten als Beweismittel besser von etwaigen Vorwürfen entlasten kann, weshalb unbedingt – durch das Schuldnerunternehmen – ein neutraler und kompetenter Gutachter mandatiert werden sollte.¹⁴²

Inhaltlich muss das beauftragte Gutachten den o. a. Anforderungen der Rechtsprechung genügen, um vor Gericht Bestand zu haben. Es ist daher empfehlenswert und unschädlich, wenn das Kreditinstitut dem krisenbetroffenen Schuldner die Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auferlegt.¹⁴³ Wenngleich der BGH feststellte, dass das Sanierungskonzept nicht den (formalen) Erfordernissen des

¹³⁸ *Richter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 49.

¹³⁹ *BGH*, UrT. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52 –, NJW 1953, 1665, (1666).

¹⁴⁰ *BGH*, UrT. v. 04.12.1997 – IX ZR 47/97 –, ZIP 1998, 248, (251) m. w. N.

¹⁴¹ *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.187; *Richter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 50.

¹⁴² *Richter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 56; *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.188.

¹⁴³ *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.191.

IDW S 6 entsprechen muss (s. o.), spricht sich im Schrifttum eine Mehrheit zu Recht für das Einhalten des Standards aus, da ein derartiges Sanierungskonzept sowohl die Anforderungen der Rechtsprechung erfüllt als auch etwaige Auslegungsfragen betriebswirtschaftlich konkretisiert.¹⁴⁴ Dies hat *Steffan* – beziehend auf das Urteil des BGH vom 12.05.2016 – durch einen direkten Vergleich der höchstrichterlichen Anforderungen mit den Erfordernissen nach IDW S 6 bewiesen.¹⁴⁵ Wenn der sanierungsbedürftige Kreditnehmer einen Gutachter mit dem Sanierungskonzept beauftragt, sollte das Kreditinstitut daher bestenfalls auf eine Erstellung nach dem IDW S 6 insistieren.

Regelmäßig bedingen die Sanierungsgutachter, nach Erstellung und Übergabe des Konzeptes an das auftraggebende Unternehmen, dessen Weitergabe an Dritte (z. B. Gläubiger) durch die Unterzeichnung einer Vertraulichkeits- und Haftungsfreistellungsvereinbarung (sog. „*hold harmless letter*“).¹⁴⁶ Der Konzeptersteller versucht damit seine eigene Haftung gegenüber Dritten ausschließen. Dies erscheint einerseits nachvollziehbar, da Sanierungskredite zum Teil hohe Volumina erreichen können und mehrerer Kreditinstitute als potenzielle Streitgegner in Frage kommen.¹⁴⁷

Andererseits ist eine derartige Haftungsbeschränkung des Gutachters aus Sicht eines Kreditinstitutes klar abzulehnen oder zumindest eine Mindesthaftung des Gutachters zu fixieren, da sich das Kreditinstitut bei seiner Kreditvergabe (trotz eigener Prüfung) auf die gutachterliche Stellungnahme verlassen muss.¹⁴⁸

c) Plausibilisierung des Sanierungskonzeptes durch das Kreditinstitut

Grundsätzlich muss das Kreditinstitut seine Entscheidung der Sanierungsbegleitung von dem Sanierungskonzept des externen Gutachters abhängig machen. Die dort getroffenen Aussagen dürfen als vollständig und richtig unterstellt werden, es sei denn dem Kreditinstitut sind abweichende Tatsachen bekannt oder das Sanierungskonzept weist offensichtliche Fehler oder Unvollständigkeiten auf.¹⁴⁹

¹⁴⁴ *Steffan*, ZIP 2016, 1712, (1718); *Huber*, NZI 2015, 489, (490); *Hagemann*, NZI 2014, 210, (212); *Zuleger* in: Beck/Depré/Ampferl, § 25, Rn. 18.

¹⁴⁵ *Steffan*, ZIP 2016, 1712, (1715 ff.).

¹⁴⁶ *Richter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 62.

¹⁴⁷ *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.194.

¹⁴⁸ *Richter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 62; zur Mindesthaftung: *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.195 f.

¹⁴⁹ *BGH*, Ur. v. 23.06.2022 – IX ZR 75/21 –, ZIP 2022, 1608, (1612); *BGH*, Ur. v. 14.06.2018 – IX ZR 22/15 –, WM 2018, 1703, (1705).

Der BGH stellte obendrein fest:

„Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, das Sanierungskonzept des Schuldners fachmännisch zu prüfen oder prüfen zu lassen; er darf sich auf die Angaben des Schuldners oder dessen Berater zu den Erfolgsaussichten des Konzeptes verlassen, solange er keine Anhaltspunkte dafür hat, dass er getäuscht werden soll oder dass der Plan keine Chancen auf dauerhaften Erfolg bietet.“¹⁵⁰

Dementgegen sollten Kreditinstitute das Sanierungskonzept dennoch selbst prüfen, insbesondere ob dieses den von der Rechtsprechung auferlegten Anforderungen genügt, ob das Konzept in sich schlüssig ist und zumindest erfolgsversprechend erscheint.¹⁵¹ Wie o. a. verlangt auch BTO 1.2.5 Tz. 4 MaRisk, dass das Kreditinstitut „ein eigenständiges Urteil“ über das Sanierungskonzept zu treffen hat. Diese Plausibilitätskontrolle ist nach BTO 1.2.5 Tz. 1 MaRisk durch einen „auf Sanierung bzw. Abwicklung spezialisierten Mitarbeiter oder Bereich“ der Problemkreditbehandlung durchzuführen, der nach dem Grundsatz der Funktionstrennung zwingend der Marktfolge zugehörig sein muss.

Zentrale Inhalte der Plausibilitätsprüfung sollten daher die Qualifikation und Neutralität des Gutachters, dessen Aussagen zur (positiven) Sanierungsfähigkeit und Sanierungswürdigkeit des Schuldners, die Darlegung des Sollzustandes nach Sanierung anhand geeigneter Planrechnungen sowie die objektive Eignung der beabsichtigten Sanierungsmaßnahmen sein.¹⁵² Diese Prüfung hat unabhängig von der Größe des Schuldnerunternehmens stattzufinden; „Lediglich das Ausmaß der Prüfung kann dem Umfang des Unternehmens und der verfügbaren Zeit angepasst werden“.¹⁵³ Ferner hat das Kreditinstitut sicherzustellen, dass sein Sanierungsbeitrag bzw. Sanierungskredit (bzgl. Laufzeit, Art und Höhe) im Einklang mit dem Sanierungskonzept steht und diesem nicht zuwiderläuft.¹⁵⁴ Es sollte daher berücksichtigt werden, ob die beabsichtigte Kreditgewährung für die vorgesehene Sanierung ausreicht.

Im weiteren Verlauf der Sanierungsbegleitung ist eine kontinuierliche Umsetzungskontrolle des Sanierungskonzeptes zwingend erforderlich (vgl. BTO 1.2.5 Tz. 5 MaRisk). Etwaige Abweichungen sind dabei anhand ihrer Ursachen und Auswirkungen auf den Sanierungserfolg zu untersuchen und ggf. in der weiteren Planung

¹⁵⁰ BGH, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14 –, ZIP 2016, 1235, 4. Leitsatz.

¹⁵¹ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.216.

¹⁵² A. a. O., Rn. 5.217.

¹⁵³ BGH, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 47–97 –, NJW 1998, 1561, (1564).

¹⁵⁴ Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 84; Huber, NZI 2015, 489, (493).

zu berücksichtigen.¹⁵⁵ Letztlich sollten die Plausibilisierungshandlungen durch das Kreditinstitut zwingend dokumentiert werden, um ggf. bei einem späteren Streitfall einen entsprechenden Nachweis führen zu können.¹⁵⁶

d) Besicherung

Sofern die Voraussetzungen für die ordnungsgemäße Gewährung des Sanierungskredites vorliegen, kann das Kreditinstitut für den Kredit in angemessenem Umfang Sicherheiten aus dem Vermögen des Kunden (oder eines bereitwilligen Dritten) bestellen lassen.¹⁵⁷ Eine derartige Besicherung wird sodann als privilegiertes Bargeschäft i. S. d. § 142 InsO gewertet.¹⁵⁸

e) Besonderheiten bei der Kündigung

Durch die Bindung eines Sanierungskredites an den Sanierungszweck entstehen – insbesondere im Hinblick auf die Kündigung – zahlreiche Rechtsfolgen, da durch die Sanierungsvereinbarung ein besonderes Schutz- und Treueverhältnis zwischen den Parteien erwächst.¹⁵⁹ Die ordentliche Kündigung des Kreditvertrages nach § 488 Abs. 3 BGB (i. V. m. Nr. 19 Abs. 2 AGB-Banken bzw. Nr. 26 Abs. 1 AGB-Sparkassen) wie auch die außerordentliche Kündigung aufgrund wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse oder der Werthaltigkeit der Sicherheiten nach § 490 Abs. 1 BGB (i. V. m. Nr. 19 Abs. 3 AGB-Banken bzw. Nr. 26 Abs. 2 S. 3 lit. a AGB-Sparkassen) ist daher konkludent ausgeschlossen, solange die Sanierung nach Plan verläuft und der Kreditnehmer die Auflagen des Kreditinstituts erfüllt.¹⁶⁰ Kündigt das Kreditinstitut dennoch „zur Unzeit“ können daraus Schadenersatzansprüche entstehen.¹⁶¹

Insofern sollten Kreditinstitute bei der Kündigung von Sanierungskrediten behutsam vorgehen und nur im Rahmen einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse, die die Sanierung als wenig aussichtsreich erscheinen lässt, eine außerordentliche Kündigung aussprechen.¹⁶²

¹⁵⁵ *Richter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 66.

¹⁵⁶ *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.223.

¹⁵⁷ *Richter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 88.

¹⁵⁸ *Kayser/Freudenberg* in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, InsO § 129, Rn. 168; *Obermüller* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 6.110.

¹⁵⁹ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 61 ff.

¹⁶⁰ *K. P. Berger* in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, BGB Vorbemerkung § 488, Rn. 103.

¹⁶¹ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 69 f.

¹⁶² *BGH*, Urt. v. 14.09.2004 – XI ZR 184/03 –, NJW 2004, 3782, (3783).

2. Überbrückungskredite

Nachdem die strengen Anforderungen an die Sanierungskreditvergabe aufgezeigt wurden, ist nachvollziehbar, dass die Beauftragung und Erstellung des erforderlichen Sanierungskonzeptes mitunter einige Zeit in Anspruch nimmt. Bei der finanziellen Krise des Kreditnehmers ist jedoch davon auszugehen, dass schnellstmöglich zusätzliche Liquidität benötigt wird, um etwa die Insolvenzreife zu beseitigen und den Geschäftsbetrieb des Schuldners aufrecht zu erhalten. Auch aus rechtlicher Sicht ist bereits im Hinblick auf die dreiwöchige (bzw. sechswöchige) Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO ein schnelles Handeln aller Beteiligten geboten, denn die Erstellung des Sanierungskonzeptes kann je nach Komplexität Wochen oder gar Monate in Anspruch nehmen.¹⁶³

Abhilfe können befristete Überbrückungskredite (*bridge-loans*) schaffen. Diese sollen das finanzielle Überleben des Schuldners bis zur Vorlage und Prüfung des Sanierungskonzeptes sichern, sodass eine Liquiditätslücke bis zur endgültigen Entscheidung des Kreditinstituts über die Sanierungsbegleitung vermieden wird.¹⁶⁴ Insofern handelt es sich hierbei ebenfalls um einen zweckgebundenen Kredit. Daher sollten Kreditinstitute zwingend eine vertragliche Verknüpfung zwischen dem Überbrückungskredit und dem einzuholenden Sanierungskonzept sowie dessen Plausibilisierung gewährleisten.¹⁶⁵ Ferner empfiehlt es sich für den Fall einer negativen Sanierungsprognose ein unmittelbares Kündigungsrecht zu vereinbaren, damit der Überbrückungskredit sofort fällig gestellt werden kann.¹⁶⁶ Aus der Zweckbindung folgt, dass der Überbrückungskredit – wie der Sanierungskredit – nicht ordentlich kündbar ist. Er kann nur außerordentlich gekündigt werden, wenn die eingeleitete Prüfung der Vermögensverhältnisse ergibt, dass keine Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung besteht und es für den Kreditgeber daher unzumutbar wäre, den Überbrückungskredit aufrecht zu erhalten.¹⁶⁷

Der Überbrückungskredit sollte seinem Zweck nach bzgl. Laufzeit, Art und Höhe angemessen sein, wobei aus Beweisgründen die Durchfinanzierungsbestätigung eines fachkundigen Dritten (bspw. eines Wirtschaftsprüfers) zu empfehlen ist.¹⁶⁸ Dies dient der unmittelbaren Vermeidung der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) während der Laufzeit des Überbrückungskredites und bewahrt das Kreditinstitut

¹⁶³ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.204.

¹⁶⁴ Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 82.

¹⁶⁵ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.202.

¹⁶⁶ Richter in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 82 f.

¹⁶⁷ Aleth/Wilkens in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, H. Finanzierungen in der Krise Rn. 71; Huber, NZI 2016, 521, (524).

¹⁶⁸ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.203.

vor etwaigen (Haftungs-)Risiken.¹⁶⁹ Sollte der ursprünglich avisierte Zeitraum nicht ausreichen, um die Prüfung der Sanierungsfähigkeit abzuschließen, ist eine Verlängerung sowie ggf. Anpassung des Überbrückungskredites zulässig.¹⁷⁰

Für die Besicherung des Überbrückungskredites gelten die oben getroffenen Aussagen zum Sanierungskredit, sodass eine Sicherheitenbestellung durch den Kreditnehmer (oder einen bereitwilligen Dritten) – insbesondere im Rahmen der Regeln des Bargeschäfts gem. § 142 InsO – zulässig ist.¹⁷¹

Die Gewährung eines befristeten Überbrückungskredites bietet demnach weniger Hürden als die Gewährung eines Sanierungskredites. Zudem kann der Überbrückungskredit den von der Rechtsprechung geforderten Sanierungsversuch der „mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist“¹⁷² klar zum Ausdruck bringen und somit den Sanierungswillen des Kreditinstitutes bekunden.

E. Zivilrechtliche Haftungsrisiken

Nachdem die finanzielle Krise eines Kreditnehmers sowie die einschlägigen Handlungsoptionen des Kreditinstituts im Hinblick auf eine (ergänzende) Kreditvergabe dargelegt wurden, stellt sich anschließend die Frage, welche Haftungsrisiken hieraus für den Kreditgeber erwachsen können.

Solange die Sanierung des krisenbetroffenen Kreditnehmers gelingt, beschäftigt sich im Regelfall niemand mit der rechtlichen Problematik eines Sanierungskredites.¹⁷³ Wenn die Sanierungsbemühungen jedoch scheitern und der Schuldner dennoch Insolvenz beantragen muss, sieht sich das kreditgewährende Institut schnell zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen (von Drittgläubigern), Rückgewähransprüchen des Insolvenzverwalters oder gar einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung ausgesetzt.¹⁷⁴ Andere Gläubiger erheben dann voraussichtlich den Vorwurf, das Kreditinstitut habe das vorgelegte Sanierungskonzept nicht sorgfältig auf seine Realisierungschance hin geprüft und bewusst die Verschleppung des Insolvenzverfahrens in Kauf genommen.¹⁷⁵

¹⁶⁹ *Huber*, NZI 2016, 521, (522).

¹⁷⁰ *BGH*, Beschl. v. 07.03.2017 – XI ZR 571/15 –, NZI 2017, 507, (507).

¹⁷¹ *Huber*, NZI 2016, 521, (524).

¹⁷² *BGH*, Urt. v. 21.02.2013 – IX ZR 52/10 –, NJW-RR 2013, 1321, (1322).

¹⁷³ *Geßler in: Hefermehl/Nirk/Westermann*, Festschrift für Philipp Möhring, 1975, (173).

¹⁷⁴ *Urlaub/Kamp*, ZIP 2014, 1465, (1465).

¹⁷⁵ *Geßler in: Hefermehl/Nirk/Westermann*, Festschrift für Philipp Möhring, 1975, (173); *Häuser in: Ellenberger/Bunte*, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 21.

I. Sittenwidrigkeit des Sanierungskreditvertrages

Zivilrechtlich ist in erster Linie die Sittenwidrigkeit von Bedeutung. Sofern ein (Sanierungs-)Kreditvertrag nachweislich als sittenwidrig i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist, erwachsen daraus auch deliktsrechtliche Haftungsfolgen für das Kreditinstitut. Bezogen auf die Vergabe von Sanierungskrediten hatte sich der BGH dazu bereits in o. a. Grundsatzurteil 1953 klar positioniert und eine Sittenwidrigkeitsprüfung aufgrund objektiver und subjektiver Vertragsumstände gefordert.¹⁷⁶

Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen die guten Sitten verstößt. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Sittenwidrigkeit ist ein wichtiges richterliches Instrument zur Korrektur und Beschränkung der Vertragsfreiheit, wobei die sittlichen Vorstellungen nicht starr sind, sondern im Zeitverlauf einem stetigen Wandel unterliegen.¹⁷⁷ Maßgebend ist nach h. M., ob das zu beurteilende Verhalten nach seinem Gesamtcharakter durch eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls, gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstößt.¹⁷⁸ Das Rechtsgeschäft muss mithin für Dritte oder die Allgemeinheit objektiv nachteilig sein; gleichzeitig müssen die Beteiligten subjektiv sittenwidrig handeln.¹⁷⁹ Dafür reicht bereits die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen, ohne dass ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit oder eine Schädigungsabsicht der Beteiligten erforderlich ist.¹⁸⁰ Ob Sittenwidrigkeit vorliegt, muss dabei stets aus *ex ante*-Sicht im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes beurteilt werden.¹⁸¹ Die Darlegungs- und Beweislast für die Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale trifft denjenigen, der sich auf die Sittenwidrigkeit beruft.¹⁸² Kreditinstitute sind daher im Regelfall nicht beweibelastet, müssen aber u. U. damit rechnen, dass der Vertragspartner oder ein Dritter sich auf die Sittenwidrigkeit berufen kann.

1. Fallgruppen der Sittenwidrigkeit

In der Rechtsprechung haben sich zur Sanierungskreditvergabe verschiedene Fallgruppen der Sittenwidrigkeit herausgebildet, worunter insbesondere die Gläubigerbenachteiligung bzw. Gläubigergefährdung sowie die eigennützige

¹⁷⁶ BGH, Urt. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52 –, NJW 1953, 1665, (1666).

¹⁷⁷ Nassall in: jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 138 BGB (Stand: 15.05.2023), Rn. 2, Rn. 5.

¹⁷⁸ A. a. O., Rn. 2, Rn. 7; Armbrüster in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, BGB § 138, Rn. 26; BGH, Urt. v. 15.10.2013 – VI ZR 124/12 –, NJW 2014, 1380, (1380); BGH, Urt. v. 16.07.2019 – II ZR 426/17 –, NJW 2019, 3635, (3637).

¹⁷⁹ Nassall in: jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 138 BGB (Stand: 15.05.2023), Rn. 11.

¹⁸⁰ A. a. O., Rn. 20.

¹⁸¹ Jakl in: BeckOGK BGB, Stand 01.02.2023, BGB § 138, Rn. 633.

¹⁸² Armbrüster in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, BGB § 138, Rn. 298.

Insolvenzverschleppung hervorzuheben sind.¹⁸³ Überdies kann auch die Knebelung des Kreditnehmers oder eine Übersicherung des Sanierungskredites zur Sittenwidrigkeit führen.¹⁸⁴

a) Gläubigerbenachteiligung und -gefährdung

Unter den Begriff der Gläubigerbenachteiligung sind Fälle zu subsumieren, in denen das Schuldnervermögen durch die Handlung des Schuldners (oder eines Dritten) vermindert wird und sich somit die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger verschlechtern.¹⁸⁵ Die Gläubigergefährdung bezeichnet Fälle, in denen ein Kreditgeber Sicherheiten hereinnimmt, die aufgrund ihres Umfangs dazu geeignet sind, andere Gläubiger zu benachteiligen.¹⁸⁶ Insofern werden beide Begrifflichkeiten weitestgehend synonym verwendet, da sie einen die übrigen Insolvenzgläubiger benachteiligenden Sachverhalt bezeichnen, durch den sich die Insolvenzmasse verkürzt.¹⁸⁷

Nach Ansicht des BGH liegt eine sittenwidrige Gläubigergefährdung vor, wenn ein Kreditinstitut einem insolvenzreifen Unternehmen einen Sanierungskredit gewährt und damit bewirkt, dass Dritte (z. B. neue Gläubiger) über die Kreditwürdigkeit des Unternehmens getäuscht werden und dadurch Schaden erleiden.¹⁸⁸ Der vorsätzliche Wille zur Schädigung Dritter ist nach Ansicht des BGH nicht notwendig. Vielmehr genügt es, wenn die Beteiligten die Möglichkeit eines solchen Drittschadens grob fahrlässig und bewusst in Kauf nehmen.¹⁸⁹ In einem Urteil aus dem Jahre 1995 bekräftigte der BGH: „Ein Vertrag, durch den ein Schuldner sein letztes zur Gläubigerbefriedigung taugliches Vermögen einem bestimmten Gläubiger überträgt, ist regelmäßig sittenwidrig, wenn dadurch gegenwärtige oder künftige Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden und beide Vertragspartner bei dieser Täuschung zusammengewirkt haben“.¹⁹⁰ Daher wird deutlich, dass an die Gläubigergefährdung hohe Beweisanforderungen gestellt werden.

b) Eigennützige Insolvenzverschleppung

Die Sittenwidrigkeit einer Sanierungskreditvergabe liegt nach Ansicht des BGH ebenfalls vor, wenn ein Kreditinstitut diese in rücksichtsloser und eigennütziger Weise vornimmt, um lediglich die eigene Stellung im Hinblick auf den

¹⁸³ Gehrlein, WM 2021, 1, (1); *Urlaub/Kamp*, ZIP 2014, 1465, (1468).

¹⁸⁴ Gehrlein, WM 2021, 1, (1).

¹⁸⁵ Bra in: Braun InsO, 9. Aufl. 2022, InsO § 129, Rn. 25; *BGH*, Urt. v. 19.12.2013 – IX ZR 127/11 –, NJW 2014, 1239, Rn. 7 m. w. N.

¹⁸⁶ Wagner in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, BGB § 826, Rn. 166.

¹⁸⁷ Vgl. *BGH*, Urt. v. 12.04.2016 – XI ZR 305/14 –, NJW 2016, 2662, (2664), Rn. 41 f.

¹⁸⁸ *BGH*, Urt. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52 –, NJW 1953, 1665, (1666).

¹⁸⁹ A. a. O.

¹⁹⁰ *BGH*, Urt. v. 16.03.1995 – IX ZR 72/94 –, ZIP 1995, 630, (631).

bevorstehenden Zusammenbruch des Schuldners – auf Kosten anderer Gläubiger – zu verbessern.¹⁹¹ Ziel derartigen Handelns ist es, eine Rückführung bestehender Altkredite zu erwirken oder sich in der dadurch gewonnenen Zeit aus Sicherheiten ungehindert zu befriedigen.¹⁹² Unerheblich ist dabei, ob und in welchem Umfang eine tatsächliche Verbesserung der eigenen Position gelingt, denn die Beweggründe allein machen das Verhalten sittenwidrig.¹⁹³

Im Falle einer derart eigennützigen Insolvenzverschleppung gewährt der Kreditgeber Kredite, die nicht zur Sanierung ausreichen, sondern nur dazu dienen, die letztlich unvermeidliche Insolvenz eines Unternehmens um eigener Vorteile willen hinauszuschieben bzw. den Zusammenbruch des Schuldners zu verzögern.¹⁹⁴ So bekräftigte der BGH zuletzt in einer Entscheidung aus dem Jahre 2021, dass „die vorsätzliche Insolvenzverschleppung in der Absicht, das als unabwendbar erkannte Ende eines Unternehmens so lange wie möglich hinauszuzögern“ den Tatbestand der Sittenwidrigkeit erfüllt, „wenn dabei die Schädigung der Unternehmensgläubiger in Kauf genommen wird.“¹⁹⁵ Durch eine derartige von der h. M. als „Scheinsanierung“¹⁹⁶ bezeichnete Kreditvergabe werden andere Gläubiger über die Kreditfähigkeit des Unternehmens getäuscht und geschädigt.¹⁹⁷ Vordergründig steht daher die Frage, ob das Kreditinstitut in Kenntnis der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Schuldners eine tatsächliche Sanierung beabsichtigt oder diese lediglich (durch unzureichende Kreditmittel) vortäuscht.¹⁹⁸

c) Knebelung des Schuldners

Nach der Rechtsprechung kann ein Sanierungskredit sowie dessen Besicherung zudem sittenwidrig sein, wenn die im Gegenzug für den Sanierungskredit zugunsten des Kreditgebers eingeräumten Sicherungs- und Kontrollrechte so weitreichend sind, dass dem Schuldner ganz oder weit überwiegend seine wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit entzogen wird.¹⁹⁹ Entscheidend für eine derartige Knebelung ist dabei das Ausmaß der vereinbarten Kontroll- und Eingriffsbefugnisse des Kreditgebers und Sicherungsnehmers.²⁰⁰ Eine Knebelung ist insbesondere zu bejahen, wenn der Kreditnehmer aufgrund der Verträge mit dem Kreditinstitut keinen

¹⁹¹ BGH, Urt. v. 09.12.1969 – VI ZR 50/68 –, NJW 1970, 657, (658).

¹⁹² Gogger in: Gogger/Fuhst, Insolvenzgläubiger-HdB, 4. Aufl. 2020, § 3, Rn. 292.

¹⁹³ BGH, Urt. v. 09.12.1969 – VI ZR 50/68 –, NJW 1970, 657, (658).

¹⁹⁴ BGH, Urt. v. 12.04.2016 – XI ZR 305/14 –, NJW 2016, 2662, (2664).

¹⁹⁵ BGH, Urt. v. 27.07.2021 – II ZR 164/20 –, juris, 1. Leitsatz, Rn. 20.

¹⁹⁶ BGH, Urt. v. 11.11.1985 – II ZR 109/84 –, NJW 1986, 837, (838); *Urlaub/Kamp*, ZIP 2014, 1465, (1467); *Wenzel*, NZI 1999, 294, (295); *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 158.

¹⁹⁷ BGH, Urt. v. 12.04.2016 – XI ZR 305/14 –, NJW 2016, 2662, (2664), Rn. 40.

¹⁹⁸ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 158.

¹⁹⁹ *Urlaub/Kamp*, ZIP 2014, 1465, (1468); BGH, Urt. v. 09.12.1969 – VI ZR 50/68 –, NJW 1970, 657, (659); *OLG Frankfurt*, Urt. v. 18.01.1967 – 11 U 63/66 –, NJW 1967, 1043, (1043 ff.).

²⁰⁰ BGH, Urt. v. 07.01.1993 – IX ZR 199/91 –, NJW 1993, 1587, (1588).

oder kaum noch Zugriff auf liquide Mittel hat und/oder einer lückenlosen Kontrolle in Bezug auf seine Geschäftsaktivitäten unterliegt.²⁰¹

d) Übersicherung

Schließlich kann nach Auffassung des BGH auch eine Besicherung, die nach Art und Umfang in keinem Verhältnis zu dem regulären Sicherungsbedürfnis des Kreditgebers steht, zu einer Sittenwidrigkeit der Verträge führen.²⁰² Voraussetzung ist, dass zunächst ein objektives Missverhältnis zwischen dem realisierbaren Wert der Sicherheit und der gesicherten Kreditforderung besteht.²⁰³ Wenngleich hierbei keine feste Grenze existiert, hat sich in Schrifttum und Rechtsprechung die Faustformel etabliert, wonach ein offenkundiges Missverhältnis anzunehmen ist, wenn der Wert aller Sicherheiten im Zeitpunkt der Bestellung das Dreifache der gesicherten Forderungen übersteigt.²⁰⁴ Ferner muss die Übersicherung in subjektiver Hinsicht auf einer verwerflichen Gesinnung des Sicherungsnehmers beruhen.²⁰⁵ Nach Ansicht des BGH ist davon auszugehen, wenn der Sicherungsnehmer aus eigensüchtigen Gründen eine Rücksichtslosigkeit gegenüber den berechtigten Belangen des Sicherungsgebers an den Tag legt, die nach sittlichen Maßstäben unerträglich ist.²⁰⁶ Da für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen ist²⁰⁷, handelt es sich bei einer tatsächlich sittenwidrigen Übersicherung immer um eine anfängliche Übersicherung. Eine nachträgliche Übersicherung – etwa durch Verringerung der gesicherten Forderung oder einer Zunahme des Sicherheitenwertes – kann daher nach h. L. nicht zur Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 BGB sondern lediglich zu einem Freigabeanspruch des Sicherungsgebers führen.²⁰⁸

2. Rechtsfolgen der Sittenwidrigkeit

Da sich die vorgenannten Fallgruppen in der Praxis häufig überschneiden, kann die Frage der Nichtigkeit nach Auffassung des BGH nur aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung des einzelnen Vertrags unter Berücksichtigung aller den Vertrag kennzeichnenden Umstände beurteilt werden. Dies sind stets die

²⁰¹ Gehrlein, WM 2021, 1, (1 f.).

²⁰² BGH, Urt. v. 30.10.1990 – IX ZR 9/90 –, ZIP 1990, 1541, (1543).

²⁰³ Gehrlein, WM 2021, 1, (3); BGH, Urt. v. 12.03.1998 – IX ZR 74–95 –, NJW 1998, 2047.

²⁰⁴ Ganter in: Ellenberger/Bunte BankR-HdB, § 69. Allgemeines Rn. 414; Tetzlaff, ZIP 2003, 1826, (1831); OLG Hamm, Urt. v. 15.01.2015 – I-5 U 81/14 –, juris, Rn. 91; OLG Brandenburg, Urt. v. 11.12.2013 – 4 U 83/13 –, juris, Rn. 72.

²⁰⁵ Bornheimer/Westkamp in: MAH Insolvenz, 4. Aufl. 2023, § 30, Rn. 175.

²⁰⁶ BGH, Urt. v. 12.03.1998 – IX ZR 74/95, juris, 2. Orientierungssatz.

²⁰⁷ BGH, Urt. v. 09.11.1978 – VII ZR 54/77, NJW 1979, 365, (366) m. w. N.

²⁰⁸ Gehrlein, WM 2021, 1, (4); Bornheimer/Westkamp in: MAH Insolvenz, 4. Aufl. 2023, § 30, Rn. 177 f.; Armbrüster in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, BGB § 138, Rn. 173.

objektiven Verhältnisse, unter denen der Vertrag zustande gekommen ist, seine Auswirkungen sowie die subjektiven Merkmale, wie der verfolgte Zweck und die zugrundeliegenden Beweggründe.²⁰⁹ Festzuhalten bleibt, dass für die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes stets eigennützige Beweggründe des Kreditgebers bzw. Sicherungsnehmers erforderlich sind. Denn diese spielen in einer Abwägung für den Sittenwidrigkeitsvorwurf die entscheidende Rolle.²¹⁰

Falls nach umfassender Gesamtwürdigung der o. a. Umstände die Sittenwidrigkeit feststeht, tritt gem. § 138 Abs. 1 BGB (*ex tunc*) die Nichtigkeit des betroffenen Rechtsgeschäfts ein. Sofern sich dieses aus mehreren, an sich selbstständigen Rechtsgeschäften zusammensetzt, orientiert sich der Umfang der Nichtigkeitsfolgen an § 139 BGB.²¹¹ Die Teilnichtigkeit des § 139 BGB stellt die widerlegliche Vermutung auf, dass „wenn ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig ist, das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, sofern nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde“. Für den Sanierungskredit bedeutet dies, dass der Kreditvertrag unproblematisch von der Nichtigkeitsfolge des § 138 Abs. 1 BGB erfasst wird, wenn dieser selbst Ansatz- und Angriffspunkt der Sittenwidrigkeit ist.²¹² Ob die anderen Rechtsgeschäfte, die üblicherweise im Zusammenhang mit dem Sanierungskredit abgeschlossen werden, wie bspw. der Kreditsicherungsvertrag nebst Sicherheitenvereinbarung, denselben Folgen unterliegen ist somit fraglich. Der BGH bejaht dies seit der o. a. Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1953 und geht von der Nichtigkeit, der „im Zusammenhang mit der Kreditgewährung geschlossenen Sicherungsübereignungsverträge“ nach § 138 Abs. 1 BGB, aus.²¹³

Die Abwicklung eines Rechtsgeschäfts, das gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, erfolgt in der Regel gemäß den bereicherungsrechtlichen Bestimmungen der §§ 812 ff. BGB, wobei auch § 817 S. 2 BGB Berücksichtigung findet.²¹⁴ Folglich stünde dem Kreditgeber gegen den Kreditnehmer zunächst ein Bereicherungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB in Höhe des (verbleibenden) Kreditbetrags zu. Zudem hätte der Kreditgeber grundsätzlich gem. § 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB auch einen Anspruch auf Herausgabe der tatsächlich gezogenen Nutzungen in Form von Zinsen. Dem steht allerdings der rechtshindernde Einwand des § 817 S. 2 BGB entgegen, wonach der sittenwidrig Handelnde das von ihm

²⁰⁹ BGH, Urt. v. 12.04.2016 – XI ZR 305/14 –, NJW 2016, 2662, (2664) m. w. N.

²¹⁰ Huber in: in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.85.

²¹¹ Nassall in: jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 138 BGB (Stand: 15.05.2023), Rn. 63.

²¹² Urlaub/Kamp, ZIP 2014, 1465, (1469).

²¹³ BGH, Urt. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52 –, NJW 1953, 1665, Leitsatz.

²¹⁴ Nassall in: jurisPK-BGB, 10. Aufl., § 138 BGB (Stand: 15.05.2023), Rn. 67.

Geleistete nicht zurückverlangen kann.²¹⁵ Sofern der Sittenwidrigkeitsvorwurf auch den Kreditnehmer trifft, weil dieser sich der Einsicht in die Sittenwidrigkeit des Vertrags zumindest leichtfertig verschlossen hat, gilt dies auch für seinen Bereicherungsanspruch in Bezug auf etwaige bereits entrichtete Zinsen oder sonstige Gebühren.²¹⁶ Andernfalls kann der Kreditnehmer die bereits geleisteten Zinsen (und Gebühren) gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB herausverlangen.

Neben der Nichtigkeit (*ex tunc*) und den daraus folgenden bereicherungsrechtlichen Konsequenzen resultiert die Sittenwidrigkeit jedoch nicht in einem direkten Haftungsanspruch. Vertragliche Schadenersatzansprüche gem. § 280 ff. BGB sind durch die Nichtigkeit entsprechend ausgeschlossen. Allerdings kann bereits in der Herbeiführung eines sittenwidrigen Vertrages eine Verletzung vorvertraglicher Pflichten liegen und einen Haftungsanspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens (negatives Interesse) nach den Bestimmungen der *culpa in contrahendo* (c. i. c.) aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB begründen.²¹⁷ Unter gewissen Voraussetzungen können auch deliktsrechtliche Schadenersatzansprüche nach §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO begründet sein, wobei § 15a InsO als Verbotsgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB fungiert (s. Kapitel F).²¹⁸ Besteht der Sittenverstoß zudem in einem anstößigen Verhalten gegenüber Dritten, kommen insbesondere Schadenersatzansprüche nach § 826 BGB in Betracht²¹⁹, welche nachfolgend beleuchtet werden.

II. Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB)

Sofern sich die Vergabe des Sanierungskredites nebst Sicherheitenbestellung als sittenwidrig i. S. d. § 138 Abs. 1 BGB erweist, kann sich daraus nach § 826 BGB eine Schadensersatzpflicht des Kreditinstituts aufgrund vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gegenüber anderen Gläubigern des Schuldners ergeben.²²⁰

Da Dritte in der Sanierungspraxis in aller Regel keinen vertraglich begründeten Anspruch gegenüber dem Kreditgeber haben, gewährt ihnen § 826 BGB dennoch eine außervertragliche bzw. deliktische Anspruchsgrundlage, um etwaige Schäden geltend zu machen.²²¹ Insbesondere in den o. a. Fallgruppen der (eigennützi- gen) Insolvenzverschleppung bzw. -verzögerung sowie der

²¹⁵ Wallner/Neuenhahn, NZI 2006, 553, (559).

²¹⁶ A. a. O.

²¹⁷ Armbrüster in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, BGB § 138, Rn. 297.

²¹⁸ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.94.

²¹⁹ Wendtland in: BeckOK BGB, 66. Ed. 01.05.2023, BGB § 138, Rn. 38.

²²⁰ Urlaub/Kamp, ZIP 2014, 1465, (1470).

²²¹ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.88.

Gläubigerbenachteiligung bzw. -begünstigung ist die Kreditgeberhaftung nach § 826 BGB seit Langem Gegenstand der Rechtsprechung.²²²

1. Anspruchsvoraussetzungen und Abgrenzung zu § 138 BGB

Nach § 826 BGB ist, „wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet“. Der Schadenersatzanspruch nach § 826 BGB tangiert daher zwar grundsätzlich auch die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit i. S. d. § 138 BGB, dennoch gibt es wesentliche Unterschiede: So ist bei § 138 BGB auf den Vertragsinhalt zwischen Kreditinstitut und Schuldner sowie deren Beweggründe zum Vertragsschluss abzustellen, während es bei § 826 BGB im Wesentlichen auf das Verhalten des Kreditinstituts im Hinblick auf die anderen Gläubiger des Kreditnehmers ankommt.²²³ Denn § 138 BGB bietet nur die Möglichkeit ein Rechtsgeschäft als solches direkt anzugreifen, wohingegen ein dritter Gläubiger seine im Insolvenzverfahren des (gemeinsamen) Schuldners entstandenen Verluste nur mithilfe von § 826 BGB geltend machen kann.²²⁴ Hierbei muss der Gläubiger ein sittenwidriges Verhalten des Kreditinstituts beweisen und dass er durch dieses vorsätzlich geschädigt wurde.²²⁵ Letzteres ist bei § 138 BGB nicht erforderlich. Bei einseitigem Sittenverstoß durch den Kreditgeber können jedoch beide Bestimmungen nebeneinander anwendbar sein, sofern sämtliche Voraussetzungen simultan erfüllt sind.²²⁶

§ 826 BGB enthält auf Tatbestandsebene das objektive Element der sittenwidrigen Handlung und ein subjektives Element in Form des Schädigungsvorsatzes.²²⁷ Zudem muss bei dem Geschädigten ein tatsächlicher Schaden entstanden sein, der mit der vorsätzlichen sittenwidrigen Handlung in kausalem Zusammenhang steht.²²⁸ Art und Höhe des Schadens bemessen sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB.

Zentraler Punkt der Haftung eines Kreditinstituts nach § 826 BGB ist daher das vorsätzliche Handeln, bei dem zu beweisen ist, dass es eine sittenwidrige Schädigung der übrigen Gläubiger als möglich erkannt und gebilligt hat.²²⁹ Nach der

²²² *Weiß/Reps*, ZIP 2020, 2443, (2443 f.); *Gehrlein*, WM 2021, 1, (4).

²²³ *Gehrlein*, WM 2021, 1, (1); *Häuser* in: *Ellenberger/Bunte*, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 149.

²²⁴ *Huber* in: *Obermüller*, *InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.88.

²²⁵ *BGH*, Urt. v. 09.12.1969 – VI ZR 50/68 –, NJW 1970, 657, (658); *Gehrlein*, WM 2021, 1, (1).

²²⁶ *Wendtland* in: *BeckOK BGB*, 66. Ed. 01.05.2023, BGB § 138, Rn. 9.

²²⁷ *Grell/Klockenbrink* in: *Seibt/Westpfahl*, *StaRUG*, 1. Aufl. 2022, a) Gläubigerhaftung wegen sittenwidriger Schädigung, Rn. 25.

²²⁸ *Wagner* in: *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2020, BGB § 826, Rn. 8.

²²⁹ *Huber* in: *Obermüller*, *InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.281.

Rechtsprechung des BGH zur Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 826 BGB enthält der erforderliche Vorsatz ein Wissens- und ein Wollenselement. Demnach muss der Handelnde die Schädigung des Dritten gekannt bzw. vorhergesehen haben und diese Absicht in seinen Willen aufgenommen haben. Zumindest muss er die Schädigung (Dritter) jedoch für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen haben.²³⁰ In Bezug auf die Sanierungskreditvergabe bedeutet dies, dass das Kreditinstitut zum Zeitpunkt der Kreditvergabe zumindest ernste Zweifel am Erfolg des Sanierungsversuchs haben musste und dennoch eigennützig (unzulängliche) Kredite gewährte sowie Sicherheiten bestellte.²³¹

Der BGH bejaht dies insbesondere im Fall der o. a. „Scheinsanierung“, wenn der Kreditgeber dem insolvenzreifen Unternehmen keinen – für den Sanierungszwecks ausreichenden – Kredit mehr gewährt, sondern nur einen solchen, der „den wirtschaftlichen Todeskampf des Unternehmens lediglich verlängert“, damit er sich in der so gewonnenen Zeit aus den Sicherheiten zum Nachteil der anderen Gläubiger ungehindert befriedigen kann.²³² Darüber hinaus kommt eine Haftung des Kreditgebers wegen Täuschung über die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers in Betracht, wenn sich das Kreditinstitut im Kontext der Sanierung nicht im Rahmen des bestehenden Kredits auf die neutrale Rolle als Zahlungsmittler beschränkt, sondern sich aktiv in die Bemühungen des Kreditnehmers um die Gewinnung Dritter als Partner für weitere Kredit- oder Leistungsverträge einschaltet.²³³ Ferner kann auch die Knebelung des Kreditnehmers in Form einer stillen Geschäftsinhaberschaft eine Haftung nach § 826 BGB gegenüber den anderen Gläubigern begründen.²³⁴ Dies ist bspw. anzunehmen, wenn der Kreditnehmer vertraglich festgelegte *financial covenants* nicht einhält und durch die Gewährung von Einflussmöglichkeiten auf seine Geschäftsführung – zugunsten des Kreditinstitutes – versucht, die drohende Kreditkündigung abzuwenden.²³⁵

Durch ein reines Stillhalten (s. Kapitel D Abschnitt I.) macht sich ein Kreditinstitut grundsätzlich nicht schadensersatzpflichtig nach § 826 BGB, da es in seinem freien Ermessen liegt, ob und ggf. wann es ein notleidendes Unternehmen, dem es Kredit gegeben hat, fallen lassen will.²³⁶ Diese Handlungsfreiheit bleibt uneingeschränkt, selbst wenn das Kreditinstitut erkennt, dass der Schuldner kurz vor

²³⁰ BGH, Urt. v. 27.07.2021 – II ZR 164/20 –, juris, Rn. 23 m. w. N.

²³¹ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.281.

²³² BGH, Urt. v. 09.12.1969 – VI ZR 50/68 –, juris, Rn. 11.

²³³ BGH, Urt. v. 29.05.2001 – VI ZR 114/00 –, NJW 2001, 2632, (2633).

²³⁴ A. a. O.; Obermüller, ZIP 1981, 352, (355).

²³⁵ K. P. Berger in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, BGB Vorbemerkung § 488, Rn. 105; Fleischer, ZIP 1998, 313, (314).

²³⁶ BGH, Urt. v. 29.05.2001 – VI ZR 114/00 –, NJW 2001, 2632, (2633) m. w. N.

dem Zusammenbruch steht und bereits insolvenzreif ist.²³⁷ Haftungsrelevanz kann nach Ansicht des BGH aber eintreten, wenn weitere Faktoren eine Rolle spielen, etwa wenn das Kreditinstitut durch das Stillhalten bezweckt, sich gegenüber anderen Gläubigern einen Vorteil zu verschaffen.²³⁸ Auch durch ergänzende Aktivitäten wie etwa die (nachträgliche) Vereinbarung weiterer Sicherheiten oder ein Eingriff in die Geschäftsführung des Kreditnehmers kann eine Haftung nach § 826 BGB rechtfertigen.²³⁹ Daher können u. U. auch das Stillhalten oder die Prolongation bestehender Altkredite die Voraussetzungen der o. a. Fallgruppen zur Sittenwidrigkeit erfüllen und eine Schadenersatzforderung gem. § 826 BGB begründen.

Unabhängig von der Art des Sanierungsbeitrages hat der BGH seine grundsätzliche Haltung in einem Urteil aus dem Jahre 1992 wie folgt zusammengefasst:

*„Das Bemühen um die Sanierung einer Aktiengesellschaft verstößt nicht schon deshalb gegen die guten Sitten im Sinne des § 826 BGB, weil die Möglichkeit besteht, dass der Sanierungsversuch misslingt und dadurch Dritte Schäden erleiden. Erst dann, wenn sich ernste Zweifel an dem Gelingen des Sanierungsversuchs einstellen und daher damit zu rechnen ist, dass er den Zusammenbruch des Unternehmens allenfalls verzögern, nicht aber auf Dauer verhindern wird, kann der Vorwurf sittenwidrigen Handelns erhoben werden, wenn die Schädigung Dritter auf Grund der Verfolgung eigensüchtiger Interessen in Kauf genommen wird“.*²⁴⁰

Insofern stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung hohe Anforderungen an die haftungsbegründenden Tatsachen, wobei es keine feste Abgrenzung zwischen redlicher Gewährung und Sicherung von Krediten und unsittlichem Verhalten gibt; „die Grenze fließt“, sodass stets auf eine Gesamtschau der besonderen Umständen des Einzelfalls abzustellen ist.²⁴¹

Um Kreditinstituten und sonstigen Rechtsanwendern mehr Klarheit zu geben, lassen sich in Anlehnung an die Rechtsprechung dennoch Grundsätze ableiten, anhand derer auf ein sittenwidriges Handeln eines Kreditgebers geschlossen werden kann.²⁴² Danach muss das Kreditinstitut bei der Wahrnehmung seiner eigenen Interessen einen anstößigen Eigennutz aufweisen, bei dem es die Schädigung

²³⁷ BGH, Urt. v. 29.05.2001 – VI ZR 114/00 –, NJW 2001, 2632, (2633) m. w. N.

²³⁸ A. a. O.

²³⁹ Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 154.

²⁴⁰ BGH, Urt. v. 22.06.1992 – II ZR 178/90 –, juris, Rn. 99.

²⁴¹ BGH, Urt. v. 09.12.1969 – VI ZR 50/68 –, NJW 1970, 657, (658).

²⁴² Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 589 ff. mit Verweis auf: BGH, Urt. v. 09.12.1969 – VI ZR 50/68, NJW 1970, 657, (658).

Dritter billigend in Kauf nimmt. Ferner darf die tatsächliche Sanierung des Kreditnehmers nicht vordergründig gewollt sein bzw. aus einer *ex ante*-Perspektive erfolgreich erscheinen. Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn keine sorgfältige Prüfung der Sanierungsfähigkeit stattfand. Somit müssen die eigennützigen Motive des Kreditinstituts nachweislich vorrangig vor dem fremdnützigen Handeln im Rahmen der Sanierungsbemühungen sein.²⁴³

Im Umkehrschluss scheidet eine Haftung gemäß § 826 BGB somit aus, wenn das Kreditinstitut vom Erfolg seiner Sanierungsbemühungen überzeugt sein durfte, da eine potenzielle Schädigung Dritter nie gänzlich auszuschließen ist und für sich betrachtet noch keine Sittenwidrigkeit begründet.²⁴⁴ Von entscheidender Bedeutung sind demnach die Art und der Umfang der Prüfungshandlungen des Kreditinstituts bezüglich der Erfolgsaussichten der Sanierung, wobei das Kreditinstitut hierfür die Darlegungs- und Beweislast trägt.²⁴⁵

2. Rechtsfolgen des § 826 BGB

Ist der Tatbestand des § 826 BGB auf Seiten des Kreditinstituts – bspw. aufgrund der sittenwidrigen Insolvenzverschleppung – verwirklicht, sind die geschädigten Gläubiger sowie der Insolvenzverwalter entsprechend anspruchsberechtigt.²⁴⁶ Dabei ist zwischen Altgläubigern, deren Forderungen bereits vor dem Eintritt der Antragspflicht i. S. d. § 15a InsO begründet waren und Neugläubigern, deren Forderungen erst nach Eintritt der Antragspflicht begründet wurden, zu differenzieren.²⁴⁷

Der Schaden von Altgläubigern ist auf den sog. „Quotenschaden“ durch die verzögerte Insolvenzeröffnung begrenzt; mithin die durch die Verzögerung begründete Verminderung der auf die Forderungen entfallende Insolvenzquote.²⁴⁸ Die Berechnung des Quotenschaden erfolgt auf Grundlage eines hypothetischen und des tatsächlichen Insolvenzverfahrens.²⁴⁹ Der Quotenschaden kann jedoch nur vom Insolvenzverwalter (bzw. Sachwalter in einem Eigenverwaltungsverfahren (§ 280 InsO)) nach Maßgabe des § 92 InsO geltend gemacht werden, da dem

²⁴³ Huber in: Obermüller, *InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 589 ff. mit Verweis auf: *BGH*, *Urt. v. 09.12.1969 – VI ZR 50/68*, *NJW* 1970, 657, (658).

²⁴⁴ Häuser in: *Ellenberger/Bunte, BankR-HdB*, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 159; *Urlaub/Kamp*, *ZIP* 2014, 1465, (1471).

²⁴⁵ Häuser in: *Ellenberger/Bunte, BankR-HdB*, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 161; *Urlaub/Kamp*, *ZIP* 2014, 1465, (1468); Richter in: *Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm.*, 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 53 ff.

²⁴⁶ Häuser in: *Ellenberger/Bunte, BankR-HdB*, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 165.

²⁴⁷ Richter in: *Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm.*, 3. Aufl. 2020, Kap. 31, Rn. 30a.

²⁴⁸ *BGH*, *Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 113/13 –*, *ZIP* 2015, 267, (268); *BGH*, *Beschl. v. 20.09.1993 – II ZR 292/91 –*, *NJW* 1993, 2931, (2932).

²⁴⁹ Huber in: *Obermüller, InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 287; *OLG Jena*, *Urt. v. 28.11.2001 – 4 U 234/01*, *ZIP* 2002, 631, (631).

einzelnen Altgläubiger vor Abschluss des Insolvenzverfahrens die Aktivlegitimation fehlt.²⁵⁰ Im Gegensatz dazu können Neugläubiger ihren gesamten Verlust vor Abschluss des Insolvenzverfahrens – ohne Beschränkung der Aktivlegitimation – eigenständig geltend machen, da ihr Vertrauensschaden (negatives Interesse) nicht Teil des vom Insolvenzverwalter geltend zu machenden Gesamtschadens i. S. d. § 92 InsO ist.²⁵¹ Demnach könnte bspw. ein neuer Gläubiger, der durch eine „Scheinsanierung“ eines Kreditinstituts über die Kreditwürdigkeit des gemeinsamen Schuldners vorsätzlich getäuscht wurde, Schaden nach § 826 BGB gegenüber dem Kreditinstitut geltend machen. Dies könnte eintreten, wenn das Kreditinstitut sich etwa ungehindert durch Verwertung von (zusätzlichen) Sicherheiten aus dem Schuldnervermögen befriedigte und eigene Kredite nur nutzte, um auf Kosten des neuen Gläubigers Zeit zu gewinnen. Bei der Schadensberechnung nach den Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB ist ggf. ein schuldhaftes Mitverursachen des Geschädigten zu berücksichtigen (§ 254 Abs. 1 BGB).

III. Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO

Neben dem „Damoklesschwert“ der Sittenwidrigkeit sowie einer etwaigen deliktischen Haftung droht Kreditgebern im Falle einer gescheiterten Sanierung des Kreditnehmers nebst anschließender Insolvenz auch das Risiko der Insolvenzanfechtung aufgrund einer vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung.²⁵²

Grundsätzlich kann der Insolvenzverwalter nach § 129 Abs. 1 InsO Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, nach Maßgabe der §§ 130 ff. InsO anfechten. Alle Vermögenswerte des Schuldners, die durch eine anfechtbare Handlung veräußert, weggegeben oder aufgegeben wurden, müssen nach § 143 Abs. 1 S. 1 InsO der Insolvenzmasse zurückgewährt werden. Gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO sind dabei die Regelungen des Bereicherungsrechts der §§ 812 ff. BGB entsprechend anzuwenden.

1. Vorrang der Insolvenzanfechtung

Getreu dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* haben die besonderen Bestimmungen der Anfechtbarkeit Vorrang vor den allgemeinen Regeln der §§ 134, 138 Abs. 1 BGB, es sei denn, das Rechtsgeschäft weist besondere, über

²⁵⁰ Schöffler, BB 2006, 56, (57); Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 165.

²⁵¹ Häuser in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 165.

²⁵² Vgl. Hagemann, NZI 2014, 210, (210).

die Gläubigerbenachteiligung hinausgehende, Umstände auf.²⁵³ Andernfalls wären die weitgreifenden Normen der Insolvenzordnung (und des Anfechtungsgesetzes) bzgl. einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht überflüssig.²⁵⁴ Handlungen, die ausschließlich die Tatbestandsmerkmale der §§ 129 ff. InsO erfüllen, begründen somit grundsätzlich keine Schadensersatzpflicht nach §§ 823, 826 BGB und sind auch nicht nach § 134 BGB oder § 138 BGB nichtig. Die allgemeineren Vorschriften kommen also nur zur Anwendung, wenn das Rechtsgeschäft besondere, über die Gläubigerbenachteiligung hinausgehende Umstände aufweist.²⁵⁵ Insofern ist die Anwendbarkeit des § 826 BGB durch das insolvenzrechtliche Anfechtungsrecht nicht generell ausgeschlossen, sondern kann bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen ergänzend bestehen.²⁵⁶

2. Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

Bei der Kreditgewährung (nebst Besicherung) an einen krisenbetroffenen Schuldner hat insbesondere die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO praktische Relevanz, während die Deckungsanfechtung der §§ 130, 131 InsO aufgrund des sehr kurzen Eingriffszeitraums von drei Monaten zumeist keine größere Rolle spielt.²⁵⁷

Nach § 133 Abs. 1 S. 1 InsO ist eine Rechtshandlung des Insolvenzschuldners – innerhalb der letzten zehn bzw. vier Jahre (vgl. § 133 Abs. 2 InsO) vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag – anfechtbar, wenn diese vorsätzlich vorgenommen wird, um die übrigen Gesellschaftsgläubiger zu benachteiligen. Normadressat ist demnach zunächst der insolvente Kreditnehmer und nicht das Kreditinstitut als Gläubiger. § 133 Abs. 1 S. 1 InsO verlangt jedoch nach einem „anderen Teil“ (Gläubiger oder Dritten), der die anfechtbare Leistung des Schuldners empfängt und gleichzeitig Kenntnis vom benachteiligenden Vorsatz des Insolvenzschuldners hat.²⁵⁸ Diese Kenntnis wird gem. § 133 Abs. 1 S. 2 InsO zu Lasten des begünstigten Gläubigers vermutet, wenn diesem die Insolvenzreife des Schuldners bekannt war. Daher kommt auch ein Kreditinstitut als Anfechtungsgegner in Betracht, wenn dieses durch die Handlung des Schuldners einen Vermögensvorteil gegenüber den anderen Gläubigern erlangt hat. Voraussetzung ist jedoch, dass das Kreditinstitut als Anfechtungsgegner Kenntnis davon hat, dass der Schuldner weitere Gläubiger hat oder haben wird

²⁵³ Gehrlein, WM 2021, 1, (6).

²⁵⁴ A. a. O.

²⁵⁵ BGH, Urt. v. 12.04.2016 – XI ZR 305/14 –, ZIP 2016, 1058, (1061), Rn. 43 m. w. N.

²⁵⁶ Hagemann, NZI 2014, 210, (213); Thole, WM 2010, 685, (688).

²⁵⁷ Huber in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.85.

²⁵⁸ Kayser/Freudenberg in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, InsO § 133, Rn. 19.

und dass der Schuldner (drohend) zahlungsunfähig ist. Wenn das Kreditinstitut die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) des Schuldners kennt, weiß es auch, dass Leistungen aus dessen Vermögen die Befriedigungsmöglichkeit der anderen Gläubiger vereiteln.²⁵⁹ Das Kreditinstitut muss daher bösgläubig in Bezug auf die Handlung des Schuldners sein (vgl. § 133 Abs. 1 S. 1 InsO), diese für gläubigerbenachteiligend halten oder die Gläubigerbenachteiligung zumindest billigend in Kauf nehmen.²⁶⁰ Auf ein aktives Mitwirken des Kreditinstitutes kommt es hingegen nicht an.²⁶¹

Als anzufechtende Rechtshandlungen kommt dabei neben der Kreditrückführung (Zins- und Tilgungsleistung des Schuldners) vor allem die Gewährung von Sicherheiten an das kreditgewährende Institut in Betracht,²⁶² da dies die haftende Masse für die übrigen Insolvenzgläubiger vermindert.²⁶³ Sofern es sich bei der Sicherheitenbestellung (vor Insolvenzeröffnung) um ein Bargeschäft i. S. d. § 142 InsO handelt, ist diese hingegen von der Anfechtung ausgeschlossen, es sei denn, sie geschieht mit dem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung (vgl. § 133 Abs. 1 InsO).²⁶⁴ Ebenfalls begründen identitätswahrende Vertragsänderungen, wie bspw. eine Prolongations- oder Stillhaltevereinbarung, die Reduzierung des Kapitaldienstes oder eine Umschuldung unter Beibehaltung der bisherigen Konditionen oder nur geringfügig abweichende Vertragsinhalte keinen anfechtbaren Vermögensvorteil i. S. d. § 133 Abs. 1 InsO.²⁶⁵ Das Risiko der Vorsatzanfechtung ist somit klar bei der Vergabe von „neuem Geld“ zu verorten.

Da die Vorsatzanfechtung i. S. d. § 133 Abs. 1 InsO neben dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners zwingend die positive Kenntnis sowie einen tatsächlichen Vermögensvorteil beim Anfechtungsgegner voraussetzt, wird deutlich, dass alle Tatbestandsmerkmale kumulativ zu erfüllen sind. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Anfechtungstatbestandes sowie die tatsächliche Vermutung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO trägt der anfechtende Insolvenzverwalter.²⁶⁶ Nach Auffassung der Rechtsprechung ist eine Anfechtung aufgrund vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung hingegen ausgeschlossen, wenn der Schuldner ernsthafte Sanierungsbemühungen unternimmt und der begünstigte Gläubiger (Anfechtungsgegner) hiervon Kenntnis hat.²⁶⁷ Denn Beteiligte, die ernsthaft und mit aus ihrer Sicht tauglichen Mitteln die Sanierung anstreben, wollen ja

²⁵⁹ *BGH*, Ur. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20 –, BGHZ 230, 28–49, Rn. 51 m. w. N.

²⁶⁰ *Kayser/Freudenberg* in: *MüKInsO*, 4. Aufl. 2019, InsO § 133, Rn. 19.

²⁶¹ A. a. O.

²⁶² *Huber* in: *Obermüller, InsR in der Bankpraxis*, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.85, Rn. 5.505.

²⁶³ *Kayser/Freudenberg* in: *MüKInsO*, 4. Aufl. 2019, InsO § 133, Rn. 11.

²⁶⁴ *K. P. Berger* in: *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2023, BGB Vorbemerkung § 488, Rn. 114.

²⁶⁵ A. a. O.

²⁶⁶ *BGH*, 19.09.2019 – IX ZR 148/18 –, juris, Rn. 23.

²⁶⁷ *BGH*, Ur. v. 08.12.2011 – IX ZR 156/09 –, NZI 2012, 142, (142); *BGH*, Ur. v. 16.10.2008 – IX ZR 183/06 –, NZI 2009, 171, (177).

gerade den Eintritt der Gläubigerbenachteiligung vermeiden, anstelle diese in Kauf zu nehmen.²⁶⁸

Voraussetzung ernsthafter Sanierungsbemühungen ist nach Ansicht des BGH das Vorliegen eines schlüssigen, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehenden Sanierungskonzeptes, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt wurde und die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt²⁶⁹, wie es vorangehend (in Kapitel D Abschnitt III. Unterabschnitt 1 a)) beschrieben wurde. Ein derartiges Sanierungsgutachten genügt insbesondere, um die Vermutung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO zu widerlegen.²⁷⁰

Da der begünstigte Gläubiger i. S. d. § 133 Abs. 1 InsO hinsichtlich der Plausibilität des Sanierungskonzeptes beweisbelastet ist, kann dieser sich nur in Sicherheit wiegen, wenn er sich das Sanierungskonzept vom Schuldner vorlegen lässt und dieses nach o. a. Maßgabe analysiert und als erfolgversprechend einstuft.²⁷¹

IV. Vermeidung durch sorgfältige Sanierungsprüfung

Im Hinblick auf die vorangehend aufgezeigten Risiken einer Kreditgewährung in der finanziellen Krise des Schuldners wurde wiederholt deutlich, dass diese durch eine vom Kreditinstitut ernsthaft beabsichtigte Sanierung nebst einer entsprechenden Sanierungsprüfung vermieden werden können. Daher sei nochmals darauf hingewiesen, dass Sanierungskreditverträge und deren vereinbarte Besicherung per se weder sittenwidrig noch insolvenzrechtlich anfechtbar sind, falls der Sanierungsversuch fehlschlägt.²⁷² Denn ein ordnungsgemäßer Sanierungskredit bezweckt die Rettung des kriselnden Schuldnerunternehmens, was auch den anderen Gläubigern zugutekommt.²⁷³

Ursprünglich forderte die Rechtsprechung des BGH noch, das Kreditinstitut müsse vom Erfolg der Sanierung aufgrund einer sachkundigen und sorgfältigen Prüfung der Lage des Schuldners „überzeugt“ sein, um der Sittenwidrigkeit zu entgehen.²⁷⁴ Aufgrund des Risikogehalts einer Sanierung ist eine derartige Gewissheit aus einer *ex ante*-Perspektive hingegen kaum realisierbar. In einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1997 hat der BGH daher anerkannt, dass auch ein „ernsthafter, aber letztlich erfolgloser Sanierungsversuch“ eine unmittelbare

²⁶⁸ *OLG Jena*, Urt. v. 17.02.2010 – 6 U 555/09 –, BeckRS 2013, 6508.

²⁶⁹ *BGH*, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/14 –, NZI 2016, 636, Leitsätze 1-2, (637) Rn. 15 m. w. N.

²⁷⁰ *BGH*, Urt. v. 14.06.2018 – IX ZR 22/15 –, juris; *BGH*, Urteil v. 08.12.2011 – IX ZR 156/09 –, NZI 2012, 142, (142 f.); *BGH*, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 47-97 –, NJW 1998, 1561, (1563); *Ganter*, NZI 2014, 673, (676).

²⁷¹ *Hagemann*, NZI 2014, 210, (211).

²⁷² *Häuser* in: *Ellenberger/Bunte, BankR-HdB*, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 15.

²⁷³ A. a. O., Rn. 155.

²⁷⁴ *BGH*, Urt. v. 09.07.1953 – IV ZR 242/52 –, NJW 1953, 1665, Leitsatz, (1666).

Gläubigerbenachteiligung bereits auf objektiver Ebene ausschließt.²⁷⁵ Ein derartiger Sanierungsversuch setzt jedoch mindestens „ein in sich schlüssiges Konzept voraus, das von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und nicht offensichtlich undurchführbar ist“.²⁷⁶ Wenngleich sich diese höchstrichterliche Auffassung zunächst auf die Vorsatzanfechtung i. S. d. § 133 InsO bezieht, können deren Grundsätze indessen analog auf die Haftung aus § 826 BGB übertragen werden.²⁷⁷

Kann das kreditgewährende Institut somit nachweisen, dass es *ex ante* aufgrund einer sachkundigen und sorgfältigen Prüfung der Vermögenslage des Schuldners und dessen Geschäftsaktivitäten davon ausgehen durfte, dass das Sanierungsvorhaben Erfolg haben werde, werden zudem auch die subjektiven Voraussetzungen der §§ 138, 826 BGB nicht erfüllt.²⁷⁸ Denn gegen ein ausschließlich eigensüchtiges Handeln spricht die ernste Sanierungsabsicht des Kreditinstituts. Dass das Kreditinstitut mit dem Sanierungserfolg auch beabsichtigt seine eigenen Kreditforderungen zu retten, steht dem nicht entgegen.²⁷⁹

Da das Kreditinstitut im Rahmen eines etwaigen Zivilprozesses die Beweislast für seine fundierten Prüfungshandlungen in Bezug auf die Sanierungsfähigkeit des Kreditnehmers trägt, ist bei einer ausschließlich internen Prüfung der notwendige Beweis nur schwer zu führen.²⁸⁰ Insofern ist eine Prüfung und Bestätigung der Sanierungsfähigkeit des Schuldners durch das Sanierungsgutachten eines sachkundigen Dritten unerlässlich. Nur eine sorgfältige Sanierungskreditvergabe *lege artis* – wie vorangehend (in Kapitel D Abschnitt III. Unterabschnitt 1.) dargelegt – kann ein Kreditinstitut entlasten, den hohen Anforderungen der Rechtsprechung gerecht werden und den Kreditgeber somit vor Ansprüchen aus §§ 138 Abs. 1, 826 BGB oder den §§ 129 ff. InsO bewahren.

Ist schließlich die Gewährung des Sanierungskredits *ex ante* unter Einhaltung der höchstrichterlichen Vorgaben erfolgt, kann der einmal zulässige Sanierungskredit auch nicht im Nachhinein sittenwidrig werden.²⁸¹

F. Strafrechtliche Risiken

Bei der Gewährung von Sanierungskrediten stehen zivilrechtliche Haftungsfragen oft in engem Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verantwortung wegen

²⁷⁵ BGH, Urf. v. 04.12.1997 – IX ZR 47–97 –, NJW 1998, 1561, (1563).

²⁷⁶ A. a. O.

²⁷⁷ Grell/Klockenbrink in: Seibt/Westpfahl, StaRUG, 1. Aufl. 2022, a) Gläubigerhaftung wegen sittenwidriger Schädigung, Rn. 27; Urlaub/Kamp, ZIP 2014, 1465, (1468 f); Schönfelder, WM 2013, 112, (114).

²⁷⁸ Gogger in: Gogger/Fuhst, Insolvenzgläubiger-HdB, 4. Aufl. 2020, § 3, Rn. 295.

²⁷⁹ Gehrlein, WM 2021, 1, (6).

²⁸⁰ Gogger in: Gogger/Fuhst, Insolvenzgläubiger-HdB, 4. Aufl. 2020, § 3, Rn. 296.

²⁸¹ Urlaub/Kamp, ZIP 2014, 1465, (1469); Neuhofer, NJW 1998, 3225, (3232).

Insolvenzverschleppung sowie u. U. auch weiteren strafbewehrten Normen.²⁸² Nachfolgend werden daher einschlägige strafrechtliche Konsequenzen einer Sanierungskreditvergabe aufgezeigt, wobei in Anlehnung an die Rechtspraxis der Fokus auf der Beihilfe zur Insolvenzverschleppung sowie der Untreue liegt. Dabei sei darauf hingewiesen, dass es im deutschen Strafrecht aufgrund des verfassungsrechtlich verankerten Schuldprinzips keine Verbandsstrafbarkeit gibt, weshalb keine unmittelbare Möglichkeit besteht, strafrechtliche Sanktionen gegen juristische Personen oder andere Vereinigungen zu verhängen.²⁸³ Strafbar machen können sich daher nach der geltenden Rechtslage grundsätzlich nur natürliche Personen und keine Unternehmen, wie etwa Kreditinstitute. Diese Strafbarkeitslücke wird jedoch über die Organ- und Vertreterhaftung des § 14 StGB geschlossen, wonach der Anwendungsbereich von Strafnormen mit besonderem Tätermerkmal auf Personen ausdehnt wird, die stellvertretend für den eigentlichen Normadressaten handeln.²⁸⁴ Insofern würde eine Strafe die Vertreter bzw. handelnden Personen des betroffenen Kreditinstitutes treffen und nicht das Institut als solches.

I. Beihilfe zur Insolvenzverschleppung

Nach § 15a Abs. 4 und Abs. 5 InsO wird mit Freiheits- oder Geldstrafe bestraft, wer – entgegen der vorherigen Absätze der Norm – den Insolvenzeröffnungsantrag für eine juristische Person (oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist) vorsätzlich oder fahrlässig nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt. Normadressat der Antragspflicht des § 15a InsO sind nach Abs. 1 und Abs. 2 die Mitglieder des jeweiligen Vertretungsorgans bzw. organschaftlichen Vertreter des Unternehmens. Daher handelt es sich bei den Tatbeständen des § 15a Abs. 4 und 5 InsO jeweils um echte Sonderdelikte, da Täter nicht Jedermann sein kann, sondern nur die primär und subsidiär antragspflichtigen Personen der Abs. 1 und 2.²⁸⁵ Kreditinstitute (bzw. deren organschaftliche Vertreter) kommen als Gläubiger des insolvenzreifen Unternehmens somit nicht unmittelbar als Täter in Betracht.

Allerdings ist unter gewissen Voraussetzungen eine Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Insolvenzverschleppung möglich.²⁸⁶ Ob eine strafrechtlich relevante Form der Teilnahme vorliegt, ist dabei anhand der allgemeinen Strafrechtsbestimmungen der §§ 26 und 27 StGB zu beurteilen.²⁸⁷ Nach den §§ 26,

²⁸² *Urlaub/Kamp*, ZIP 2014, 1465, (1471).

²⁸³ *Trüg* in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 14 StGB, Rn. 1.

²⁸⁴ A. a. O., Rn. 2.

²⁸⁵ *O. Hohmann* in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2023, InsO § 15a, Rn. 110.

²⁸⁶ *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.94; *Pelz* in: Beck/Depré/Ampferl, § 37, Rn. 245; *Urlaub/Kamp*, ZIP 2014, 1465, (1471).

²⁸⁷ *Klöhn* in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, InsO § 15a, Rn. 337.

27 Abs. 1 StGB wird der Anstifter bzw. Gehilfe wie der Haupttäter bestraft, wenn dieser vorsätzlich dem Haupttäter bei dessen vorsätzlicher Tat half bzw. diesen dazu anstiftete. Nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB ist allerdings eine Strafmilderung für den Gehilfen möglich. Die strafrechtliche Teilnahme an einem Insolvenzverschleppungsdelikt setzt somit einerseits eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat sowie andererseits den entsprechenden Vorsatz des Gehilfen voraus.²⁸⁸ Für diesen „doppelten Gehilfenvorsatz“ genügt es nach Auffassung des BGH, wenn der Gehilfe „erkennt und billigend in Kauf nimmt, dass sich sein Beitrag als unterstützender Bestandteil in einer Straftat manifestieren wird“.²⁸⁹ In subjektiver Hinsicht ist im Fall der Insolvenzverschleppung i. S. v. § 15a InsO daher neben einem entsprechenden Vorsatz des Täters zumindest die Erkenntnis des Gehilfen erforderlich, dass der Antragspflichtige den Eröffnungsantrag trotz gegebener Insolvenzreife des Unternehmens unterlässt.²⁹⁰ Objektiv muss die Beihilfehandlung dabei zwar nicht ursächlich für den Taterfolg der Insolvenzverschleppung gewesen sein, die tatbestandsmäßige Handlung aber gefördert, erleichtert oder den Täter in seinem Entschluss zur Tatbegehung bestärkt haben.²⁹¹

Ein Kreditinstitut bzw. dessen organschaftliche Vertreter handeln strafrechtlich relevant, wenn deren Verhalten über die übliche Kreditvergabe hinausgeht und sich als untypisch für einen Kreditgeber erweist, insbesondere in Zeiten der Krise des Kreditnehmers.²⁹² Erforderlich ist somit ein aktiver Sanierungsbeitrag, der über das reine Stillhalten des Kreditgebers hinausgeht und dabei vorsätzlich den Antragspflichtigen bei der Insolvenzverschleppung unterstützt.²⁹³

Die Beihilfe zur Insolvenzverschleppung ist bspw. zu bejahen, wenn durch das Kreditinstitut ein Sanierungskredit ausgereicht wird, der wissentlich nicht geeignet ist, den bestehenden Insolvenzgrund (§§ 17 ff. InsO) zu beseitigen, sondern lediglich zum Hinausschieben des Eröffnungsantrags dient.²⁹⁴ Dies dürfte insbesondere auf die o. a. Fälle der „Scheinsanierung“ zutreffen. Sofern mehrere Insolvenztatbestände gleichzeitig vorliegen, gilt dies auch, wenn durch die Kreditvergabe zwar die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) des Kreditnehmers beseitigt wird, nicht aber dessen insolvenzrechtliche Überschuldung i. S. d. § 19 InsO.²⁹⁵ Ferner kann eine Beihilfe zur Insolvenzverschleppung vorliegen, wenn durch das Verhalten des Kreditinstituts offensichtlich keine tatsächliche Sanierung des Unternehmens

²⁸⁸ Klöhn in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, InsO § 15a, Rn. 337.

²⁸⁹ BGH, Beschl. v. 22.09.2016 – 1 StR 245/16 –, juris, 1. Leitsatz, Rn. 4.

²⁹⁰ BGH, Urt. v. 25.07.2005 – II ZR 390/03 –, NZI 2006, 58, (59) m. w. N.

²⁹¹ A. a. O.

²⁹² Urlaub/Kamp, ZIP 2014, 1465, (1471).

²⁹³ Neuhof, NJW 1998, 3225, (3227).

²⁹⁴ Urlaub/Kamp, ZIP 2014, 1465, (1471).

²⁹⁵ A. a. O.

betrieben wird, sondern lediglich eine „stille Abwicklung“, da dies massiv die Interessen der anderen Gläubiger des Kreditnehmers verletzt.²⁹⁶

Es bleibt festzuhalten, dass die Hürden für die rechtskräftige Verurteilung der organschaftlichen Vertreter des Kreditinstitutes aufgrund der vielen Voraussetzungen sowie der Beweislage recht hoch sind. Dennoch könnten diese wegen aktiver Unterstützung bei der Verzögerung der erforderlichen Insolvenzanmeldung verurteilt werden, sofern bewiesen wird, dass bewusst und absichtlich dazu beigetragen wurde die Insolvenzverschleppung zu erleichtern. Neben der strafrechtlichen Verurteilung besteht dann zudem eine zivilrechtliche Schadensersatzhaftung nach den §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO (als Verbotsgesetz).²⁹⁷ Überdies könnte unter besonderen Voraussetzungen gar eine Verurteilung wegen der Beihilfe zu den in §§ 283 ff. StGB geregelten Insolvenzstraftaten oder etwa wegen Beihilfe zum Eingehungsbetrug (§ 263 StGB) möglich sein.²⁹⁸

II. Untreue

Sofern die organschaftlichen Vertreter eines Kreditinstituts (i. d. R. die Vorstandsmitglieder) im Falle eines gescheiterten Sanierungsversuchs interne Kompetenzregeln zur (Sanierungs-)Kreditvergabe missachtet haben, kommen zudem strafrechtliche Konsequenzen wegen Untreue (§ 266 StGB) bzw. Verletzung der Vermögensbetreuungspflichten in Betracht.²⁹⁹

Die Untreue i. S. d. § 266 StGB ist die vorsätzliche Verletzung der Pflicht zur Betreuung fremder Vermögensinteressen mit der Folge eines Nachteils für das zu betreuende Vermögen.³⁰⁰ Täter kann dabei nur der Vermögensbetreuungspflichtige sein.³⁰¹ Zweifelsfrei sind dies die Vorstandsmitglieder eines Kreditinstituts. Ferner kommen aber auch Mitarbeiter, denen die Gesamtprokura gem. §§ 48 ff. HGB oder eine Handlungsvollmacht gem. § 54 HGB übertragen wurde, als Täter in Betracht, sofern diese selbstständig bis zu einem bestimmten Betrag Kreditentscheidungen treffen dürfen.³⁰² Im Gegensatz zur Insolvenzverschleppung, bei der sich ein Kreditinstitut (bzw. dessen Vertreter nach § 14 StGB) nur mittelbar anhand der §§ 26, 27 StGB strafbar machen kann, stehen die (organschaftlichen) Vertreter des Instituts im Falle des § 266 StGB als Haupttäter im Vordergrund, da ihnen die Vermögensbetreuung des Kreditinstituts obliegt.

²⁹⁶ *Knierim* in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, WirtschaftsStrafR-HdB, 5. Aufl. 2020, 10. Kapitel, Rn. 166.

²⁹⁷ *Huber* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. 5.94.

²⁹⁸ A. a. O.

²⁹⁹ *Häuser* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, § 65. Sanierungsdarlehen, Rn. 21.

³⁰⁰ *Dierlamm/Becker* in: MüKoStGB, 4. Aufl. 2022, StGB § 266, Rn. 1.

³⁰¹ A. a. O., Rn. 321.

³⁰² *Aldenhoff/Kuhn*, ZIP 2004, 103, (104).

Die jüngste Rechtsprechung des BGH bejaht eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht durch Missachtung interner Kompetenzregelungen bspw. wenn sich ein Vorstandsmitglied „über festgelegte Kredit- oder Beleihungsgrenzen hinwegsetzt, auf vorgeschriebene Sicherheiten verzichtet oder ohne die erforderliche Zustimmung eines anderen Gremiums handelt“.³⁰³ Wiegt der Verstoß gegen die bei der Kreditvergabe zu beachtenden Sorgfaltspflichten dabei schwer, führt er schon für sich gesehen zu einer Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht.³⁰⁴ Der BGH statuiert zudem, dass derartige formelle Pflichten eine besondere Bedeutung für die Kreditvergabe haben. Zu den Sorgfaltspflichten der Vorstandsmitglieder von Kreditinstituten gehört regelmäßig eine umfassende Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse von Kreditnehmern, der beabsichtigten Kreditverwendung sowie der Einschätzung der damit verbundenen Risiken.³⁰⁵ Dies ist vielmehr eine Selbstverständlichkeit des Kreditgeschäftes und bereits durch § 18 KWG zwingend erforderlich. Das angeführte Urteil ist im Kontext der Sanierungskreditvergabe von besonderer Relevanz, da der BGH klarstellt, dass es den mit Kreditentscheidungen betrauten Mitarbeitern unbenommen bleibt, zur Erhaltung eines Unternehmens risikobehaftete Sanierungskredite zu vergeben. Jedoch muss diese Kreditvergabe auf „einem wirtschaftlichen vernünftigen Gesamtplan“ beruhen und deshalb die Sanierung des gesamten Kreditengagements erfolversprechend erscheinen.³⁰⁶ Dabei bezieht sich der erkennende Strafsenat des BGH explizit auf das von der zivilrechtlichen Rechtsprechung erforderliche Sanierungskonzept inkl. der höchstrichterlichen Anforderungen an ein solches.³⁰⁷

Daraus kann abgeleitet werden, dass sich ein Kreditinstitut, das Sanierungsbeiträge *lege artis* auf Basis eines – den höchstrichterlichen Anforderungen entsprechenden – Sanierungsgutachtens gewährt, letztlich auch vor strafrechtlichen Risiken bewahren kann.

G. Ergebnis

Ziel dieser Thesis war darzustellen, welche Haftungsrisiken aus der Kreditgewährung an Schuldner in finanzieller Krise für ein Kreditinstitut erwachsen können. Dies wurde anhand einschlägiger Rechtsnormen sowie mit Hilfe der Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur erörtert. Nachfolgendes Fazit fasst dabei die wichtigsten Erkenntnisse zusammen.

³⁰³ BGH, Urt. v. 27.01.2021 – 3 StR 628/19 –, juris, 1. Leitsatz, Rn. 16.

³⁰⁴ A. a. O. 4. Leitsatz, Rn. 19 m. w. N.

³⁰⁵ A. a. O., 3. Leitsatz, Rn. 18 m. w. N.

³⁰⁶ A. a. O., 5. Leitsatz, Rn. 27 m. w. N.

³⁰⁷ A. a. O.

I. Fazit & Ausblick

Der Begriff der (finanziellen) Krise eines Schuldners ist weder gesetzlich definiert noch wurde dieser durch die höchstrichterliche Rechtsprechung abschließend präzisiert. Die Rechtsprechung stellt bei einer Krise insbesondere auf die Insolvenzreife bzw. den Eintritt der Insolvenzantragspflicht ab. Eine Krise erst dann zu bejahen erscheint aus vielen Perspektiven jedoch zu spät, sodass eine Mehrheit im Schrifttum die Krise des Schuldners an dessen „Sanierungsbedürftigkeit“ knüpft. Überdies wurde aufgezeigt, dass bei der Beurteilung der finanziellen Krise aus Sicht des Kreditinstitutes auch auf bankaufsichtliche Anforderungen abgestellt werden kann. Dabei kann der Schuldnerausfall gem. Art. 178 CRR – respektive der *non-performing*-Status des Kreditnehmers – eine finanzielle Krise implizieren, ohne dass bereits Insolvenztatbestände (§§ 17 ff. InsO) erfüllt sein müssen.

Spätestens bei Eintritt der Krise muss ein Kreditinstitut seine Strategie bzgl. des Kreditengagements überdenken und entscheiden, ob es zunächst abwartend stillhält, aktive Sanierungsbeiträge leistet oder kündigt und sich etwa durch Sicherheitenverwertung oder einen Forderungsverkauf (anteilig) befriedigt. Dabei wurde dargelegt, dass eine Pflicht zur Kreditversorgung des krisenbetroffenen Schuldners im Widerspruch zur Privatautonomie steht und daher entschieden abzulehnen ist.

Sofern sich das Kreditinstitut gegen eine „Exit-Strategie“ entscheidet und die Kreditbeziehung aufrechterhält, wird es regelmäßig eine Sanierungsvereinbarung mit dem Schuldner treffen. Gegenstand dieser Vereinbarung ist insbesondere ein Sanierungsplan mit erforderlichen Maßnahmen, um die Krise nachhaltig zu beseitigen. Dazu wurden zunächst (passive) Sanierungsbeiträge wie das Stillhalten oder Prolongieren bestehender Altverträge vorgestellt. Es wurde jedoch deutlich, dass in den allermeisten Fällen „neues Geld“ unerlässlich für den Sanierungserfolg ist, sodass zudem aktive Sanierungsbeiträge in Form neuer Kredite erforderlich sind. Bei der Vergabe von Sanierungskrediten wurde dargelegt, dass ein Kreditinstitut zwingend die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Leitplanken zu beachten hat. Allem voran ist dabei ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes und erfolgsversprechendes Sanierungskonzept des Schuldners als *conditio sine qua non* der Sanierungskreditvergabe zu sehen.

Es kann daher nicht oft genug betont werden, dass ein Kreditinstitut vor der Gewährung neuen Geldes, zwingend die Sanierungswürdigkeit und -fähigkeit des Schuldnerunternehmens auf Basis eines qualifizierten Sanierungskonzeptes zu prüfen hat. Dies ist auch bankaufsichtsrechtlich nach § 25a KWG i. V. m.

BTO 1.2.5 Tz. 4 MaRisk erforderlich. Das notwendige Sanierungskonzept sollte zwingend durch einen branchen- und fachkundigen Dritten erstellt werden und vom Kreditinstitut nachvollziehbar plausibilisiert werden. Die Liquiditätslücke des Schuldners im Übergangszeitraum bis zur Fertigstellung und Überprüfung des Sanierungskonzeptes kann durch sog. „Überbrückungskredite“ – bis zur finalen Entscheidung des Kreditinstitutes – geschlossen werden. Im weiteren Verlauf der Sanierungsbegleitung ist eine kontinuierliche Umsetzungskontrolle des Sanierungskonzeptes und Einhaltung des Sanierungsplans unerlässlich.

Es wurde deutlich, dass etwaige Risiken immer mit dem Scheitern der Sanierung des Kreditnehmers einhergehen. Sofern der Kreditnehmer Insolvenz beantragen muss, sieht sich das Kreditinstitut in einer *ex post*-Betrachtung mitunter zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen (von Drittgläubigern), Rückgewähransprüchen des Insolvenzverwalters oder gar einer strafrechtlichen Verfolgung wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung ausgesetzt. Auch der Sanierungskreditvertrag selbst sowie dessen Besicherung kann nach § 138 Abs. 1 BGB der Sittenwidrigkeit unterliegen und somit (*ex tunc*) nichtig sein. Hierzu haben sich in der Rechtsprechung verschiedene Fallgruppen etabliert, worunter insbesondere die Gläubigergefährdung und die eigennützige Insolvenzverschleppung hervorzuheben sind. Anhand einschlägiger Urteile wurde verdeutlicht, dass das Verhalten des Kreditinstitutes allerdings nur aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden kann. Dabei müssen insbesondere eigennützige Beweggründe des Kreditgebers bzw. Sicherungsnehmers vorliegen, um eine Sittenwidrigkeit zu begründen.

Äußert sich ein derartiger Sittenverstoß zudem in einem anstößigen Verhalten gegenüber Dritten (z. B. andere Gläubiger des Schuldners), können diese Schadenersatz aufgrund vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB gegenüber dem Kreditinstitut geltend machen. Als zentrale Voraussetzung wurde dabei das vorsätzliche Handeln des Kreditinstitutes identifiziert, bei dem zu beweisen ist, dass dieses eine sittenwidrige Schädigung der übrigen Gläubiger als möglich erkannt und gebilligt hat. Dafür muss der Kreditgeber zum Zeitpunkt der Kreditvergabe (*ex ante*) nachweislich ernste Zweifel am Erfolg des Sanierungsversuchs haben und dennoch eigennützig Kredite gewähren. Ferner wurde auch die Anfechtung des Kreditvertrages nebst Besicherung durch den Insolvenzverwalter nach Maßgabe der §§ 129 ff. InsO als mögliches Risiko aufgezeigt. Praxisrelevanz hat hierbei insbesondere die Vorsatzanfechtung i. S. d. § 133 InsO, die sich dadurch auszeichnet, dass ein Kreditinstitut die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) des Schuldners kannte und durch sein Handeln vorsätzlich die

Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereitelt. Neben diesen zivilrechtlichen (Haftungs-)Risiken wurden auch strafrechtliche Risiken im Kontext der Sanierungskreditvergabe beleuchtet. Deutlich wurde, dass sich Kreditinstitute (bzw. deren organschaftliche Vertreter) wegen Anstiftung oder Beihilfe (§§ 26, 27 StGB) zur Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO) als Mittäter strafbar machen können. Ferner kommt bei Missachtung interner Kompetenzregelungen auch eine unmittelbare Strafbarkeit der (organschaftlichen) Vertreter des Kreditinstituts wegen Verletzung ihrer Vermögensbetreuungspflichten i. S. d. § 266 StGB (Untreue) in Betracht.

All dieser Risiken zum Trotz konnte belegt werden, dass sowohl die zivil- als auch die strafrechtlichen Risiken durch eine sorgfältige Sanierungskreditvergabe *lege artis*, unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Anforderungen, vermeidbar sind. Denn das vorsätzlich schädigende Verhalten eines Kreditinstitutes scheidet aus, wenn dieses (*ex ante*) vom Erfolg seiner Sanierungsbemühungen überzeugt sein durfte. Dies gilt selbst dann, wenn die Sanierung scheitert. Entscheidend sind daher die durchgeführten Prüfungshandlungen des Kreditinstituts bezüglich der Sanierungsaussichten, für die das Institut selbst die Darlegungs- und Beweislast trägt.

Wie eingangs erwähnt, beschäftigt sich die Rechtsprechung bereits seit knapp 100 Jahren mit der Kreditgeberhaftung im Rahmen der Sanierungskreditgewährung. Aufgrund der Vielfalt an denkbaren Krisenszenarien und der besonderen Umstände eines jeden Einzelfalls ist davon auszugehen, dass sich Literatur und Rechtsprechung auch weiterhin intensiv mit dieser Thematik beschäftigen werden. Insofern bleibt auch abzuwarten, ob der BGH an seinen bisherigen „fließenden Grenzen“ festhält oder diese im Sinne der Sanierungspraxis präzisiert.

II. Handlungsempfehlungen für Kreditinstitute

Abschließend werden anhand der gewonnenen Erkenntnisse folgende Handlungsempfehlungen für Kreditinstitute abgeleitet, um einen effektiven Handlungsrahmen für die Sanierungspraxis zu schaffen:

Bereits im Normalkreditgeschäft sollten Kreditinstitute eine risikoorientierte fortlaufende Überwachung ihrer Kreditnehmer sicherstellen, um die Sanierungsbedürftigkeit eines Schuldners frühzeitig zu erkennen. Die Vermeidung der Insolvenzreife (§ 17 ff. InsO) durch zeitnah eingeleitete liquiditätserhaltende Maßnahmen kann eine potenzielle Haftung bereits im Ursprung beseitigen.

Befindet sich ein Kreditnehmer dennoch in finanzieller Krise und ein Kreditinstitut entscheidet sich gegen eine Kündigung, ist zwingend zwischen aktiven und passiven Sanierungsbeiträgen zu differenzieren. Bei allen Maßnahmen, die über das reine Stillhalten hinausgehen, bspw. bestehende Verträge verändern oder dem Schuldner gar ein neues Kapitalnutzungsrecht einräumen, ist eine Beachtung der höchstrichterlichen Anforderungen zur Prüfung der Sanierungsfähigkeit geboten. Ferner sind interne Kompetenzregeln einzuhalten, um etwaige Vorwürfe der Untreue (§ 266 StGB) zu vermeiden.

Insbesondere bei der Gewährung neuer Kredite muss zwingend ein adäquates Sanierungsgutachten durch einen branchen- und fachkundigen Wirtschaftsfachmann erstellt werden und dem Kreditgeber vorliegen. Der Gutachter sollte unabhängig sein und ist vom sanierungsbedürftigen Schuldner selbst zu mandatieren. Das Sanierungskonzept muss explizit die o. a. höchstrichterlichen Anforderungen erfüllen und sollte sich bestenfalls an den Vorgaben des IDW S 6 orientieren, da dieser sowohl die Anforderungen der Rechtsprechung erfüllt als auch betriebswirtschaftliche Auslegungsfragen konkretisiert.

Da sich Kreditinstitute auf die gutachterliche Stellungnahme verlassen müssen, ist auf eine Mindesthaftung des Gutachters zu achten. Bis zum Vorliegen des Gutachtens können Kreditinstitute etwaige Liquiditätslücken des Schuldners durch zweckgebundene Überbrückungsdarlehen schließen. Nach Erhalt des Sanierungskonzeptes sollten Kreditinstitute sich nicht blind auf die Aussagen des Gutachters verlassen, sondern das Konzept selbst prüfen und diese Plausibilisierungshandlungen entsprechend dokumentieren. Daher sollten Kreditinstitute zwingend Mitarbeiter mit entsprechender Expertise in der Problemkreditbehandlung (vgl. BTO 1.2.5 MaRisk) beschäftigen.

Im weiteren Verlauf der Sanierung ist die Umsetzung des Sanierungsplans zu überwachen. Dabei sollten Kreditinstitute sich ausschließlich im Rahmen des Konzeptes bewegen und diesem nicht zuwiderhandeln. Eine Kündigung „zur Unzeit“ ist zu vermeiden.

Letztlich muss bei allen Handlungen die (fremdnützige) Sanierung des Schuldners wirklich beabsichtigt werden. Kreditinstitute dürfen ihren Eigennutz nicht in den Vordergrund stellen. Das Sanierungsgutachten selbst sowie die Dokumentation der eigenen Prüfungshandlungen dienen im Falle eines Zivil- oder Strafprozesses als entlastendes Beweismittel gegen etwaige Schädigungsvorwürfe.

Werden diese Regeln in der Sanierungspraxis beachtet, können Kreditinstitute die Haftungsrisiken bei der Kreditgewährung an Schuldner in finanzieller Krise erheblich mitigieren.

H. Literaturverzeichnis

Aldenhoff, Hans/Kuhn, Sascha, § 266 StGB – Strafrechtliches Risiko bei der Unternehmenssanierung durch Banken?, ZIP 2004, S. 103-111.

Beck, Siegfried/Depré, Peter/Ampferl, Hubert (Hrsg.), Praxis der Sanierung und Insolvenz, 4. Auflage 2023 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Beck/Depré/Ampferl, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Bernhard, Steffan, Sanierungskonzepte quo vadis?, ZIP 2016, S. 1712-1720.

Braun, Eberhard (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, 9. Auflage 2022 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Braun InsO, 9. Aufl. 2022, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Rundschreiben 03/2019 (BA) zur Anwendung der Ausfalldefinition gemäß Artikel 178 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und zur PD-Schätzung, LGD-Schätzung und Behandlung von ausgefallenen Risikopositionen: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/2019/rs_03-2019_anwendung_ausfalldefinition_ba.html, abgerufen am 28.09.2023.

Buth, Andrea K./Hermanns, Michael (Hrsg.), Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz Handbuch, 5. Auflage 2022 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Buth/Hermanns Restrukturierung, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Canaris, Claus-Wilhelm, Kreditkündigung und Kreditverweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden (Bankrechtliches Kolloquium, 1979, Königstein/Taunus), ZHR 143 (1979), S. 113-138.

Compes, Achim/Thümmel, Roderich C./Winkler, Angelo (Hrsg.), Festschrift für Alexander Reuter zum 65. Geburtstag, 2021 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Compes/Thümmel/Winkler, Festschrift für Alexander Reuter, 2021, Seite).

Eilers, Stephan/Rödding, Adalbert/Schmalenbach, Dirk (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung, 2. Auflage 2014 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Ellenberger, Jürgen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, Band 1, 6. Auflage 2022 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch ,
- Band 5: §§ 263-297, 4. Auflage 2022
- Band 8, Nebenstrafrecht II, 4. Auflage 2023
(zitiert als: *Bearbeiter* in: MüKoStGB, 4. Aufl. 202x, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Esser, Robert/Rübenstahl, Markus/Saliger, Frank/Tsambikakis, Michael (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht – Kommentar mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht, 1. Auflage 2017 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Fleischer, Holger, Covenants und Kapitalersatz, ZIP 1998, S. 313-321.

Ganter, Hans Gerhard, Die Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung an eine zuverlässige Fortführungsprognose bei der Sanierungsprüfung, NZI 2014, S. 673-679.

Gehrlein, Markus, Haftung von Kreditinstituten wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) in Zeiten von Corona, WM 2021, S. 1-8.

Gogger, Martin/Fuhst, Christian (Hrsg.), Insolvenzgläubiger-Handbuch – Optimale Rechtsdurchsetzung bei Insolvenz des Schuldners, 4. Auflage 2020 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Gogger/Fuhst, Insolvenzgläubiger-HdB, 4. Aufl. 2020, Titel der Bearbeitung, Rn. xx)

Gottwald, Peter/Haas, Ulrich (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Auflage 2020 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Gottwald/Haas, InsolvenzR-HdB, 6. Aufl. 2020, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar BGB, Stand 01.02.2023 (zitiert als: *Bearbeiter* in: BeckOGK BGB, Stand xx.xx.xxxx, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Hagemann, Sebastian, Ausschluss des § 133 InsO bei Sanierungsmaßnahmen – Voraussetzungen unter Berücksichtigung der Interessen institutioneller Gläubiger, NZI 2014, S. 210-213.

Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 66. Edition, Stand 01.05.2023 (zitiert als: *Bearbeiter* in: BeckOK BGB, 66. Ed. Stand xx.xx.xxxx, Titel der Bearbeitung, Rn. x).

Hefermehl, Wolfgang/Nirk, Rudolf/Westermann, Harry (Hrsg.), Festschrift für Philipp Möhring: zum 75. Geburtstag, 4. Sept. 1975 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Hefermehl/Nirk/Westermann, Festschrift für Philipp Möhring, 1975, Seite).

Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB, Band 1, 10. Auflage 2023 (Stand 15.05.2023) (zitiert als: *Bearbeiter* in: jurisPK-BGB, 10. Aufl., Titel der Bearbeitung (Stand xx.xx.xxxx), Rn. xx).

Huber, Herwart, Der Überbrückungskredit – ein Kredit für maximal drei Wochen?, NZI 2016, S. 521-525.

Huber, Herwart, Unternehmenskrise und die besonderen Anforderungen der Rechtsprechung für eine Kreditgewährung, NZI 2015, S. 447-452.

Huber, Herwart, Die Bedeutung des Sanierungskonzepts für eine Kreditgewährung an den kriselnden Unternehmenskunden, NZI 2015, S. 489-494.

Langenbucher, Katja/Bliesener, Dirk H./Spindler, Gerald (Hrsg.), Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage 2020 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Langenbucher/Bliesener/Spindler, BankR-Komm., 3. Aufl. 2020, Kap. xx, Rn. xx).

Nerlich, Jörg/Kreplin, Georg/Rhode, Holger (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 4. Auflage 2023 (zitiert als: *Bearbeiter* in: MAH Insolvenz, 4. Aufl. 2023, Titel der Bearbeitung, Rn. xx)

Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, 47. Ergänzungslieferung Stand März 2023 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Nerlich/Römermann InsO, 47. EL März 2023, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Neuhof, Rudolf, Sanierungsrisiken der Banken: Die Vor-Sanierungsphase, NJW 1998, S. 3225-3234.

Obermüller, Manfred (Hrsg.), Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 10. Auflage 2023 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Obermüller, InsR in der Bankpraxis, 10. Aufl. 2023, Rn. xx).

Obermüller, Manfred, Nachträgliche Besicherung von Krediten, ZIP 1981, S. 352-357.

Römermann, Volker (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Auflage 2018 (zitiert als: *Bearbeiter* in: MAH GmbHR, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

- Band 1: §§ 1-240, 9. Auflage 2021
- Band 4/2: §§ 481-534, 9. Auflage 2023
- Band 7: §§ 705-853, 8. Auflage 2020

(zitiert als: *Bearbeiter* in: MüKoBGB, x. Aufl. 202x, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Schäffler, Frank, Bankenhaftung wegen Insolvenzsverschleppung bei Auskehrung von Krediten in der Unternehmenskrise, BB 2006, S. 56-60.

Schluck-Amend, Alexandra, Non Performing Loans nach der EU-Richtlinie, NZI-Beilage 2019, S. 14-17.

Schmidt, Karsten (Hrsg.), Insolvenzordnung Kommentar, 20. Auflage 2023 (zitiert als: *Bearbeiter* in: K. Schmidt InsO, 20. Aufl. 2023, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Restrukturierung und Insolvenz, 6. Auflage 2023 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Schmidt K./Uhlenbruck, Restrukturierung und Insolvenz, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Schönfelder, Matthias, Sanierungskredite und Verschleppungshaftung - Sinn und Unsinn von Sanierungsgutachten, WM 2013, S. 112-119.

Seibt, Christoph H./Westpfahl, Lars (Hrsg.), StaRUG Kommentar, 1. Auflage 2022 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Seibt/Westpfahl, StaRUG, 1. Aufl. 2022, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst /Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung,

- Band 1: §§ 1-79, 4. Auflage 2019
- Band 2: §§ 80-216, 4. Auflage 2019

(zitiert als: *Bearbeiter* in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, Titel der Bearbeitung, Rn. xx).

Tetzlaff, Christian, Die anfängliche Übersicherung, ZIP 2003, S. 1826-1837.

Thole, Christoph, Gläubigerbenachteiligung und Gläubigerbegünstigung unter § 826 BGB - zur Dritthaftung von Kreditgebern wegen sittenwidrigen Verhaltens, WM 2010, S. 685-692.

Urlaub, Jasmin/Kamp, Britta, Die Vermeidung der Bankenhaftung bei der Vergabe von Sanierungskrediten, ZIP 2014, S. 1465-1472.

Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovksy, Thomas/Schmitt, Lothar (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 5. Auflage 2020 (zitiert als: *Bearbeiter* in: Wabnitz/Janovksy/Schmitt, WirtschaftsStrafR-HdB, 5. Aufl. 2020, xx Kapitel, Rn. xx).

Wallner, Christoph/Neuenhahn, Stefan, Der Sanierungskredit - ein Überblick, NZI 2006, S. 553-561.

Weiß, Daniel M./Reps, Markus, Konturierung der Insolvenzsverschleppungshaftung, ZIP 2020, S. 2443-2450.

Wenzel, Frank, Bankenhaftung bei fehlgeschlagenem Sanierungskredit, NZI 1999, S. 294-299.

Untergesetzliche Normen (des Bankenaufsichtsrechts):

- BaFin, Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk), Rundschreiben 05/2023 (BA): [BaFin - Rundschreiben - Rundschreiben 05/2023 \(BA\) - MaRisk BA](#), abgerufen am 28.09.2023
- (EBA/GL/2016/07): Leitlinie zur Anwendung der Ausfalldefinition gemäß Artikel 178 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013: https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1721448/41a1848e-2e79-4d7a-825e-a060754f42fd/Guidelines%20on%20default%20definition%20%28EBA-GL-2016-07%29_DE.pdf?retry=1, abgerufen am 28.09.2023
- (EBA/GL/2018/06): Leitlinien über das Management notleidender und gestundeter Risikopositionen: <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2425705/371ff4ba-d7db-4fa9-a3c7-231cb9c2a26a/Final%20Guidelines%20on%20management%20of%20non-performing%20and%20forborne%20exposures.pdf>, abgerufen am 28.09.2023

Erklärung über die selbstständige Bearbeitung

Hiermit versichere ich, **Florian Eisenbach**, dass ich die Masterarbeit selbstständig verfasst und weder diese Arbeit noch Teile davon an anderer Stelle zu Prüfungszwecken eingereicht habe, sowie keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe.

Florian, Eisenbach

Datum, Unterschrift