

28. September 2020

## ÜBERBRÜCKUNGS-/SANIERUNGSKREDITE UND COVInsAG

*In welchen Fällen müssen sich Gläubiger, die einem Unternehmen zur Überwindung der wirtschaftlichen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie frisches Geld zur Verfügung stellen, durch ein Sanierungsgutachten absichern und in welchen Fällen ist dies nicht notwendig? Die vorliegende Mandanteninformation untersucht die Reichweite der Privilegierung von "fresh money" durch das CoVInsAG, dessen (teilweise) Verlängerung bis zum 31. Dezember 2020 der Bundestag am 17. September 2020 beschlossen hat.*

Unternehmen in der Krise ist allein durch eine Stundung fälliger Forderungen bzw. den Verzicht auf die Geltendmachung von Gläubigerrechten wenig geholfen. Häufig werden zur Überwindung der wirtschaftlichen Notlage zusätzliche Finanzmittel ("fresh money") benötigt, damit aktuell fällige und künftig fällig werdende Forderungen bedient werden und Sanierungsmaßnahmen umgesetzt werden können. In Bezug auf die Gewährung zusätzlicher Finanzmittel wird regelmäßig zwischen sogenannten Überbrückungs- und Sanierungskrediten unterschieden. Die Bereitstellung zusätzlicher Mittel kann auch in der Weise erfolgen, dass einem Kreditnehmer weitere Ziehungen unter einem bestehenden Konsortialkredit erlaubt werden, die aufgrund der Verletzung einzuhaltender Finanzkennzahlen in der aktuellen Situation des Unternehmens eigentlich nicht mehr möglich wären.

Für den Kreditgeber stellt sich dabei regelmäßig die Frage, ob er zur Vermeidung von Haftungsrisiken vor Zurverfügungstellung neuer Mittel ein Sanierungsgutachten einholen muss, das die Sanierungsaussichten des Unternehmens sachkundig und unabhängig beurteilt. Das Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVInsAG) sieht – im Vergleich zur sonst geltenden

Rechtslage – eine haftungs- und anfechtungsrechtliche Privilegierung von Krediten vor, die im Zeitraum der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG gewährt worden sind. Soweit die Privilegierung des COVInsAG greift, wird regelmäßig auch kein Sanierungsgutachten erforderlich sein.

Am 17. September 2020 hat der Bundestag ein Gesetz beschlossen, nach dem die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für Unternehmen, die aufgrund der COVID-19-Pandemie überschuldet sind, ohne zahlungsunfähig zu sein, bis zum 31. Dezember 2020 verlängert wird. Für diese Unternehmen sollen auch weiterhin die haftungs- und anfechtungsrechtlichen Privilegierungen des COVInsAG greifen. Die Zustimmung des Bundesrates zu dem Gesetz ist nicht erforderlich, so dass das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt, die unmittelbar bevorstehen dürfte, in Kraft tritt. Wie sich diese gesetzgeberische Privilegierung im Einzelfall auswirkt, wird im Folgenden näher skizziert.

### I. Überbrückungs- und Sanierungskredite

Ein Überbrückungskredit soll in der Krise das kurzfristige Überleben des Unternehmens durch Abwendung des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit bis zu dem Zeitpunkt sichern, in dem das Kreditinstitut auf Grundlage

eines zwischenzeitlich erstellten Sanierungsgutachtens belastbar beurteilen kann, ob das Unternehmen sanierungsfähig ist und ob das Kreditinstitut bereit ist, zur Umsetzung des erarbeiteten Sanierungskonzepts weitere Finanzmittel zur Verfügung zu stellen. Die zur Umsetzung des Sanierungskonzepts erforderlichen Mittel werden dann im Rahmen eines sogenannten Sanierungskredits zur Verfügung gestellt. Während Sanierungskredite häufig eine Laufzeit von mehreren Jahren haben, sind Überbrückungskredite regelmäßig nur in dem kurzen Zeitrahmen zulässig, der benötigt wird, um ein Sanierungskonzept von einem unabhängigen Experten erstellen zu lassen. Der BGH hat allerdings auch für Überbrückungskredite eine starre Frist abgelehnt und betont, dass die Frage, ab welcher Laufzeit ein als Überbrückungskredit bezeichnetes Darlehen sittenwidrig ist, nicht pauschal, sondern nur aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung des einzelnen Vertrages unter Berücksichtigung aller den Vertrag kennzeichnenden Umstände beurteilt werden kann.

Werden die Anforderungen an die Gewährung eines Überbrückungs- bzw. Sanierungskredits nicht eingehalten, besteht für den Kreditgeber die Gefahr einer deliktsrechtlichen Haftung wegen Insolvenzverschleppung (§ 826 BGB). Daneben unterliegen die dem Kreditgeber gewährten Sicherheiten und an diesen geleisteten Zahlungen dem Risiko der Insolvenzanfechtung. Um Haftungsrisiken – insbesondere im Rahmen der Gewährung von Sanierungskrediten – zu vermeiden, muss der Kreditgeber daher stets nachweisen können, dass er die Sanierungsaussichten des Unternehmens sachkundig und sorgfältig geprüft hat. Dazu ist regelmäßig die Erstellung eines Sanierungsgutachtens durch einen unabhängigen und fachkundigen Dritten (i.d.R. einen Wirtschaftsprüfer) erforderlich, das den Anforderungen der BGH-Rechtsprechung genügt. Das extern erstellte Sanierungsgutachten ist vom Kreditgeber dann zusätzlich noch einer eigenen Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.

## II. Privilegierung von Kreditgewährungen durch das COVInsAG

Das COVInsAG sieht Privilegierungen von diesen grundsätzlichen Anforderungen an die Gewährung von Krediten in einer Krisensituation vor. So gilt eine bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite als nicht gläubigerbenachteiligend (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG). Die Rückgewähr von Krediten und die Bestellung von Sicherheiten in diesem Sinne soll daher nicht der Insolvenzanfechtung unterliegen. Zudem sind Kreditgewährungen und Besicherungen im Aussetzungszeitraum nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung anzusehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG). Dadurch soll sichergestellt werden, dass Kreditgeber Rechtssicherheit haben und eine Kreditgewährung nicht aus Angst vor Haftungsrisiken (§ 826 BGB) verweigern.

Beide Regelungen erfassen im Grundsatz sowohl Überbrückungs- als auch Sanierungskredite. Während die anfechtungsrechtliche Privilegierung (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG) jedoch nur für die Gewährung "neuer" Kredite gilt, greift die haftungsrechtliche Privilegierung (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG) hingegen bei jeder während des Aussetzungszeitraums erfolgenden Kreditgewährung und Besicherung. Der Anwendungsbereich der haftungsrechtlichen Privilegierung ist somit weiter als der Anwendungsbereich der anfechtungsrechtlichen Privilegierung. Ausweislich der Gesetzesbegründung werden von der haftungsrechtlichen Privilegierung (im Gegensatz zur anfechtungsrechtlichen Privilegierung) ausdrücklich auch Prolongationen und Novationen erfasst. Auch die Stundung von Zins- und Tilgungszahlungen im Aussetzungszeitraum soll von der Privilegierung erfasst sein.

Die anfechtungsrechtliche Besserstellung greift hingegen nur, wenn dem Unternehmen tatsächlich zusätzliche Liquidität im Sinne von "fresh money" zur Verfügung gestellt wird. Banken

und andere Kreditgeber sollen motiviert werden, dem Unternehmen gerade in der Krise zusätzliche Finanzmittel zur Verfügung zu stellen, ohne befürchten zu müssen, zur Rückgewähr zwischenzeitlicher Leistungen verpflichtet zu werden oder den Zugriff auf die bei der Vergabe der neuen Kredite gewährten Sicherheiten zu verlieren, wenn die Bemühungen um eine Rettung des Unternehmens des Kreditnehmers scheitern und doch noch ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Das bloße Nichtabziehen von bereits vorhandener Liquidität durch Novation oder Prolongation bereits gewährter Darlehen oder wirtschaftlich vergleichbare Sachverhalte, die auf ein Hin- und Herzahlen hinauslaufen, genügt ausweislich der Gesetzesbegründung nicht und ist dementsprechend gerade nicht begünstigt. Erforderlich ist stets, dass dem Unternehmen erstmals oder zusätzlich Liquidität zur Verfügung gestellt wird.

### III. Auswirkungen auf bestehende Kreditengagements

Regelmäßig werden Unternehmen nicht erst in der Krise auf Fremdkapitalgeber angewiesen sein, sondern bereits vorher Kreditverträge zur Finanzierung ihres laufenden Geschäftsbetriebs abgeschlossen haben. In der Krise des Unternehmens wird dieses häufig nicht mehr in der Lage sein, im Kreditvertrag vorgesehene Finanzkennzahlen einzuhalten (sog. Covenant-Breach). In der Systematik des Kreditvertrages hat dies zur Folge, dass ohne eine Aussetzung des Covenant-Bruchs (sog. Waiver) keine neuen Ziehungen unter dem Kreditvertrag mehr möglich sind, da bei jeder Ziehung in der Regel zu bestätigen ist, dass kein Kündigungsgrund vorliegt und die Verletzung einer Finanzkennzahl regelmäßig einen Kündigungsgrund darstellt. Durch den (temporären) Verzicht auf die Einhaltung der Finanzkennzahl bzw. eine Anpassung derselben würde es der Kreditgeber dem Kreditnehmer somit ermöglichen, Finanzmittel in Anspruch zu nehmen, auf die er ansonsten keinen Zugriff hätte.

Wie eine solche Situation vor dem Hintergrund der Regelungen des COVInsAG zu beurteilen ist, ist nicht abschließend geklärt.

### IV. Neue Ziehung von Linien als Gewährung "neuer" Kredite

Werden bislang noch nicht gezogene Linien in Anspruch genommen und ausgezahlt, so kann darin eine Neukreditierung gesehen werden. Wie dargestellt, will die einschlägige Regelung in § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG Kreditgeber motivieren, Unternehmen in der Krise zusätzliche Liquidität zur Verfügung zu stellen. Nach der gesetzlichen Grundidee ist danach zu fragen, ob der Gesellschaft im Aussetzungszeitraum "unterm Strich" neues Geld (fresh money) zugeflossen ist. Für die Annahme eines neuen Kredits in diesem Sinne soll es dabei nach Sinn und Zweck der Regelung genügen, wenn der Kreditgeber eine bestehende Kreditlinie nicht sperrt, sondern den Schuldner (wieder oder weiterhin) Gelder unter dieser ziehen lässt. Diese Voraussetzungen sind unseres Erachtens im Falle von Auszahlungen bislang nicht gezogener Linien gegeben. Ohne einen Verzicht auf die Einhaltung von bzw. die Änderung der Finanzkennzahlen wären keine neuen Inanspruchnahmen unter den Kreditlinien möglich. Indem Kreditgeber sich bereit erklären, diesen Hinderungsgrund zu beseitigen, ermöglichen sie dem Kreditnehmer faktisch den Zugriff auf neues Geld. Eine bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückzahlung von im Aussetzungszeitraum gezogenen und ausgezahlten Linien wäre nach dieser Lesart demnach nicht anfechtbar. Die Zurverfügungstellung der neuen Mittel wäre auch kein sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung und folglich kein tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Haftung. Ein Sanierungsgutachten wäre für diese Maßnahmen nicht erforderlich.

### V. Andere Bankenpraxis

Auch wenn gute Gründe für die rechtliche Beurteilung neuer Ziehungen unter bestehenden

---

Kreditengagements im vorstehend dargestellten Sinne sprechen, ist darauf hinzuweisen, dass diese Einordnung (wohl) nicht der gängigen Bankenpraxis entspricht. Kreditgebende Banken tendieren dazu, auch neue Ziehungen unter bestehenden Kreditengagements nicht als "neue Kredite" im Sinne des COVInsAG anzusehen. Zudem wird häufig zur Vermeidung eines Haftungsrisikos wegen Insolvenzverschleppung zusätzlich ein Sanierungsgutachten gefordert. Diese Forderung erscheint jedenfalls zu

weitgehend. Wenn das COVInsAG den Tatbestand der Insolvenzverschleppung für Kreditgewährungen (einschließlich der Prolongation oder Novation von Kreditlinien bzw. der Stundung von Zins- und Tilgungszahlungen) ausschließt, ohne dafür ein Sanierungsgutachten zu fordern (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG), ist kein Grund ersichtlich, ein solches Gutachten im Anwendungsbereich der Norm zur Voraussetzung für eine Kreditgewährung zu machen.

# MANDANTEN INFORMATION

**SZA**  
SCHILLING, ZUTT & ANSCHÜTZ

Diese Mandanteninformation beinhaltet lediglich eine unverbindliche Übersicht über das in ihr adressierte Themengebiet. Sie ersetzt keine rechtliche Beratung. Als Ansprechpartner zu dieser Mandanteninformation und zu Ihrer Beratung stehen gerne zur Verfügung:



DR. STEPHAN BRANDES,  
PARTNER  
T +49 69 9769601-251  
F +49 69 976 9601-252  
Stephan.Brandes@sza.de  
www.sza.de



Dr. ANDREAS HERR,  
COUNSEL  
T +49 69 9769601-306  
F +49 69 976 9601-252  
Andreas.Herr@sza.de  
www.sza.de

## FRANKFURT

SZA Schilling, Zutt & Anschütz  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Taunusanlage 1  
60329 Frankfurt a. M.  
T +49 69 9769601-0  
F +49 69 9769601-102

## MANNHEIM

SZA Schilling, Zutt & Anschütz  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Otto-Beck-Straße 11  
68165 Mannheim  
T +49 621 4257-0  
F +49 621 4257-280

## MÜNCHEN

SZA Schilling, Zutt & Anschütz  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Maximilianstraße 30a  
80539 München  
T +49 89 4111417-0  
F +49 89 4111417-280

## BRÜSSEL

SZA Schilling, Zutt & Anschütz  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Square de Meeûs 23  
1000 Brüssel, Belgien  
T +32 2 8935-100  
F +32 2 8935-102