

Patronatserklärungen und Rangrücktritte in der Sanierung

Thesen

I. Anlass für das Thema

1. Beraterhaftung in der aktuellen Rechtsprechung. Die weiterhin hohe Relevanz von Insolvenzverschleppungen in der Krise von haftungsbeschränkten Gesellschaftern (insbesondere in der Rechtsform der GmbH) sowie die Erweiterung der Haftungsverantwortlichkeit von (Steuer-)Beratern für die fahrlässige Verkennung einer Insolvenzreife der von ihnen beratenen Gesellschaften (BGH ZIP 2017, 424 [für BGHZ vorgesehen] in partieller Aufgabe von BGH ZIP 2013, 829) geben Anlass, über sichere Wege der vertraglichen Insolvenzvorsorge nachzudenken.

2. „Star 21“ und „qualifizierter Rangrücktritt“. Ferner geben das Urteil BGHZ 187, 69 des II. Zivilsenats des BGH v. 20.9.2010 zur Kündbarkeit einer Patronatserklärung nach Feststellung fehlender Sanierungsreife („Star 21“) und das Urteil BGHZ 204, 231 des IX. Zivilsenats des BGH v. 5.3.2015 zum sog. „qualifizierten Rangrücktritt“ Anlass, über die Möglichkeiten und Grenzen der Insolvenzvermeidung durch Rangrücktritt und Patronatsvereinbarung nachzudenken. Beide Urteile sind von dem Gedanken getragen, dass eine wirksame Insolvenzvermeidung durch vertragliche Maßnahmen deren grundsätzliche Unumkehrbarkeit voraussetzt: BGHZ 187, 69 schließt die Enthaftung für eine bereits entstandene Unterdeckung – ohne Begründung – aus, während BGHZ 204, 231 die Dispositionsfreiheit der Vertragspartner durch einen Vertrag zugunsten aller Gläubiger (§ 328 BGB) beschränkt sieht. Jeweils wird die „Spontaninsolvenz“ mit erheblicher Unterdeckung verhindert.

II. Grundlagen zu den Insolvenzgründen

3. Sichere Wege der Insolvenzvermeidung. Obwohl seit der Wiedereinführung des sog. modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs in § 19 Abs. 2 S. 1 InsO im Rahmen der Finanzkrise die mittelfristige Insolvenzvermeidung in der Praxis meist über die Darstellung einer positiven Fortführungsprognose erfolgt, erscheint die Vermeidung der *bilanziellen* Überschuldung weiterhin als die sicherere Methode. Der Grund liegt einerseits in der beim Anspruchsgegner liegenden Beweislast für eine positive Prognose, andererseits im Problem der Rückschauverzerrung im späteren Haftungsprozess.

III. Grundlagen zum Nachrang und Patronat

4. Nachrang und vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre. Der Nachrang im Sinne einer verfahrensmäßigen Verteilungsregel im eröffneten Insolvenzverfahren (§ 39 InsO) ist von einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre zu trennen. Die Bezeichnung ihrer Kombination als „qualifizierter Rangrücktritt“ in BGHZ 204, 231 führt zu unnötigen Missverständnissen, insbesondere bei isolierten Durchsetzungssperren zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit.

5. Weiche Patronatserklärungen sind nur extern im Verhältnis zu Gläubigern des Protegés sinnvoll denkbar. Sie können einseitige Erklärungen sein, die entweder nur einen *good will* zum Ausdruck bringen oder ein vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.v. § 311 Abs. 3 BGB begründen, im Einzelfall aber auch vertragliche Bindungen, die auf andere Handlungen als Zahlungen gerichtet sind. Mangels Zahlungspflicht sind sie als Insolvenzvorsorge nicht geeignet.

6. Harte Patronatserklärungen sind auf Wertzuführung (insbes. Zahlung) an den Protegé gerichtete Verträge, weshalb richtigerweise von „Patronatsvereinbarungen“ gesprochen werden sollte. Sie können – als Kreditsicherheit – extern mit Gläubigern des Protegés sowie – als Finanzierungs- oder Sanierungsinstrument – intern mit dem Protegé abgeschlossen werden. In beiden Fällen begründen sie grundsätzlich nur Vertragspflichten gegenüber dem Vertragspartner, während Dritte allenfalls reflexartig – im Sinne eines unechten Vertrags zugunsten Dritter – geschützt werden (bei externen Patronatsvereinbarungen insbes. der Protegé, bei internen Patronatsvereinbarungen die Gläubiger).

IV. Grundlagen zur Insolvenzvermeidung durch vertragliche Vorsorge

7. Kein Gläubigerschutz durch Vertragsauslegung. Da der Gesellschafter in der Insolvenz seiner Gesellschaft typischerweise keine Nachteile zugunsten der Gläubiger tragen, insbesondere keine Einzahlungen mehr leisten will (vgl. OLGR Celle 2001, 39; OLG Brandenburg ZIP 2006, 1675; OLG Schleswig ZIP 2015, 1338), kann der erforderliche Gläubigerschutz grundsätzlich nicht über die Auslegung der Finanzierungsabreden zwischen Gesellschaft und Gesellschafter hergestellt werden.

8. Vermeidung bilanzieller Überschuldung durch Vertrag zugunsten aller Gläubiger. Eine gesetzliche Kapitalbindung im Gläubigerinteresse, die von den Gesellschaftern nicht frei aufhebbar ist, existiert nur bei im Handelsregister publiziertem Kapital. Daher muss die Bindung für außerhalb des Handelsregisters vereinbarte freiwillige Beiträge der Gesellschafter oder Dritter zur Insolvenzvermeidung, sei es durch Ausblendung von Verbindlichkeiten oder einseitige Aktivierung von Ansprüchen, durch einen Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB nachgebildet werden, sodass die Vereinbarung nur dann und insoweit aufhebbar ist, wie hierdurch keine Insolvenzreife eintritt (Verallgemeinerung von BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*). Eine gesetzliche Bindung (*Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335, 344 f., 348) ließe sich nur als Sanktion materieller Unterkapitalisierung (als Minus zum Durchgriff) begründen.

9. Zahlungsfähigkeitsprognosen. Für prognostisch auf zukünftige Zahlungsfähigkeit ausgerichtete Tatbestände (Liquiditätsbilanz für den Drei-Wochen-Zeitraum i.S.v. § 17 InsO; Fortführungsprognose i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO) ist die Bindung im Gläubigerinteresse (§ 328 BGB) keine notwendige Voraussetzung der Insolvenzvermeidung, eine fehlende Bindung aber im Rahmen des Wahrscheinlichkeitsurteils negativ zu berücksichtigen. Insbesondere bei der Fortführungsprognose i.S.v. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO ist die in Krisenzeiten fehlende Bereitschaft des Verpflichteten (Gesellschafter oder Dritter), sich im Interesse aller Gläubiger für den gesamten Prognosezeitraum (von ca. zwei Jahren) binden zu wollen, ein Indiz gegen die mittelfristige Zahlungsfähigkeit.

V. Insolvenzvermeidung durch Rangrücktritt und vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre

10. Überschuldung. Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern oder Dritten können im Überschuldungsstatus unberücksichtigt bleiben, wenn für sie gemäß oder analog § 19 Abs. 2 S. 2 InsO ein Rangrücktritt nebst vorinsolvenzlicher Zahlungssperre vereinbart worden ist (sog. „qualifizierter Nachrang“) und diese Vereinbarung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger (These 8) ausgestaltet ist.

11. Zahlungsunfähigkeit. Der auf die Verteilung im Insolvenzverfahren bezogene Nachrang (§ 39 InsO) hat keinen Einfluss auf die Zahlungs(un)fähigkeit. Nur die (ggf. zusätzliche) Vereinbarung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre hindert die Berücksichtigung einer Forderung im Liquiditätsstatus zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit (*Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005 ff.).

VI. Insolvenzvermeidung durch Patronatsvereinbarung

12. Überschuldung. Bei der Überschuldungsvermeidung durch Patronatsvereinbarungen ist in doppelter Weise zu differenzieren: Einmal zwischen der Verhinderung einer bilanziellen Überschuldung (zu Liquidationswerten) und der Begründung einer positiven Fortführungsprognose und sodann für beide Tatbestände zwischen interner und externer Patronatsvereinbarung:

a) Vermeidung bilanzieller Überschuldung durch interne Patronatsvereinbarung. Eine rechnerische Überschuldung kann durch Aktivierung des (Zahlungs-)Anspruchs aus einer internen Patronatsvereinbarung vermieden werden, wenn (1) der Anspruch werthaltig ist, (2) er im Umfang auf die Differenz zwischen allen – nicht nur den fälligen – Passiva und den zu Liquidationswerten angesetzten Aktiva gerichtet ist, (3) er im Insolvenzfall wirksam bleiben soll, (4) die Vereinbarung nicht mit gänzlicher Enthaltungswirkung gekündigt/aufgehoben werden kann, (5) der Patron auf seinen Rückzahlungsanspruch verzichtet oder hierfür einen sog. „qualifizierten Nachrang“ (These 10) erklärt und (6) die ganze Vereinbarung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger (These 8) ausgestaltet ist.

b) Vermeidung bilanzieller Überschuldung durch externe Patronatsvereinbarung. Eine rechnerische Überschuldung kann durch eine rein externe Patronatsvereinbarung nicht vermieden werden (BGH v. 19.5.2011 – IX ZR 9/10, ZIP 2011, 1111, Rn. 22). Verpflichtet sich jedoch der Patron im Verhältnis zum Protegé zur primären Leistung, verzichtet er auf seinen Regressanspruch oder

erklärt er hierfür einen sog. „qualifizierten Nachrang“ (These 8), kann der Freistellungsanspruch gegen den Patron – soweit werthaltig – im Überschuldungsstatus aktiviert werden (vgl. BGH v. 9.2.1987 – II ZR 104/86, NJW 1987, 1697), wenn die das Innenverhältnis zwischen Patron und Protegé betreffende Vereinbarung im Insolvenzfall wirksam bleiben soll, sie nicht mit gänzlicher Enthaftungswirkung gekündigt/aufgehoben werden kann und als Vertrag zugunsten aller Gläubiger (These 8) ausgestaltet ist.

c) Positive Fortführungsprognose aufgrund interner Patronatsvereinbarung. Der aufgrund einer internen Patronatsvereinbarung zu erwartende Zufluss von Zahlungsmitteln von Seiten des Patrons an den Protegé kann Grundlage einer – die Überschuldung rechtlich ausschließenden – positiven Fortführungsprognose sein, wenn der Rückzahlungsanspruch ausgeschlossen oder langfristig gestundet wird und dadurch die Zahlungsfähigkeit im gesamten Prognosezeitraum (von etwa zwei Jahren) nach vernünftigem wirtschaftlichen Ermessen gesichert erscheint. Bei einer jederzeit kündbaren, allein auf die Phase einer ergebnisoffenen Prüfung der Sanierungsfähigkeit beschränkten Liquiditätszusage („Star 21“) ist dies nicht der Fall.

d) Positive Fortführungsprognose aufgrund externer Patronatsvereinbarung. Für den aufgrund einer externen Patronatsvereinbarung zu erwartenden Zahlungsfluss gelten prinzipiell dieselben Grundsätze, wobei die Wahrscheinlichkeit einer – stets zulässigen – Direktzahlung des Patrons an den/die durch das Patronat geschützten Gläubiger zunimmt, je geringer dessen/deren (fällige) Forderung/en im Verhältnis zu sämtlichen (fälligen) Forderungen ist. Im Gegenzug ist die langfristige Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Zahlung des Patrons im Umfang der patronierten Ansprüche erhöht, weil sich die Gläubiger im Zweifel nicht auf eine rückwirkende Aufhebung der Patronatsvereinbarung einlassen.

13. Zahlungsunfähigkeit. Für die Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit durch interne und externe Patronatsvereinbarungen gelten – abgesehen vom deutlich kürzeren, auf drei Wochen begrenzten Prognosezeitraum – prinzipiell dieselben Grundsätze wie bei der Fortführungsprognose. Soweit der BGH eine *externe* Patronatsvereinbarung als „für sich genommen“ ungeeignet erklärt und für jede Art von Patronatsvereinbarung gefordert hat, dass der Patron – falls dem Protegé kein ungehinderter Zugriff auf die Mittel eröffnet wird – der Ausstattungsverpflichtung *tatsächlich* nachkommt (BGH v. 19.5.2011 – IX ZR 9/10, ZIP 2011, 1111, Rn. 21 f.), soll damit keine unterschiedliche Behandlung je nach Forderungsschuldner eingeführt, sondern nur ausgedrückt werden, dass es für die Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit nicht auf die *Existenz* eines Anspruchs, sondern die *tatsächlich* zu erwartenden Zahlungsströme ankommt. Deshalb hindert auch eine Kündigungsfrist von über drei Wochen nicht notwendig die Zahlungsunfähigkeit. Umgekehrt ist die Vereinbarung einer sehr kurzfristigen, insbesondere außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit zumindest in Krisenzeiten ein deutliches Indiz gegen die tatsächliche Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit.

VII. Auslegung unklarer Rangrücktritte und Patronatsvereinbarungen

14. Verhinderung eines „Rosinenpickens“. Die Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung ist davon abhängig, dass sich der vertraglichen Abrede hinreichend deutlich die Erfüllung aller jeweiligen, o.g. Anforderungen entnehmen lässt, um ein opportunistisches Verhalten des Patrons zu vermeiden, nämlich die (Offenhaltung der) Behauptung einer weitergehenden Verpflichtung bei drohenden Sanktionen wegen Insolvenzverschleppung und die Behauptung einer begrenzten Verpflichtung bei Inanspruchnahme auf Vertragserfüllung.

15. Privatautonomie und (fehlende) Insolvenzvermeidung. Eine begrenzte vertragliche Verpflichtung, welche insolvenzvermeidend wirken soll, aber die dafür nötigen Voraussetzungen nicht erfüllt, ist widersprüchlich. Bei ihrer Auslegung kommt dem erklärten Verpflichtungsumfang im Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Zweck grundsätzlich der Vorrang zu. Insbesondere im Vertrag klar benannte Höchstbeträge, zeitliche Befristungen, eingeräumte Kündigungsrechte oder ein Ausschluss der Drittwirkung i.S.v. § 328 BGB können nicht mit dem Hinweis auf eine dann nicht erreichbare Insolvenzvermeidung überwunden werden.

VIII. Wirksamkeit von Rangrücktritten und Durchsetzungssperren, insbes. in AGB

16. Rangrücktritt und Einlagengeschäft. Ein Rangrücktritt i.S.v. § 39 Abs. 2 InsO und eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre sind nicht nur erforderlich, um eine Forderung gem. § 19 Abs. 2 S. 2 InsO im Überschuldungsstatus unberücksichtigt zu lassen (These 10), sondern – nach Ansicht der BaFin und h.M. – zudem beim Einwerben von nicht verbrieftem Fremdkapital beim (Anleger-)Publikum zur Vermeidung eines erlaubnispflichtigen Einlagengeschäfts nach dem KWG.

17. Vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre und AGB-Recht. Eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre ist jedoch bei fehlender zeitlicher Limitierung zumindest gegenüber Nichtgesellschaftern in AGB kaum wirksam vereinbar (§ 305c Abs. 1, § 307 BGB). Hybride Finanzierungsinstrumente wie Genussrechte, Nachrangdarlehen etc. sind daher unabhängig von der Anwendung des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO auf gesellschaftsfremde Dritte in der Überschuldungsbilanz zu passivieren. Ferner ist bei fehlender Verbriefung der Tatbestand des erlaubnispflichtigen Bankgeschäfts erfüllt. Schreitet die BaFin konsequent ein, erledigt sich der im Anschluss an die Prokon-Insolvenz von der Politik formulierte Regulierungsbedarf für jenen Teil des „grauen Kapitalmarkts“ (Kleinanleger-schutzgesetz).

18. Rangrücktritt und AGB-Recht. Die Vereinbarung eines isolierten Nachrangs im Sinne einer nur auf das Insolvenzverfahren bezogenen Verteilungsregel (§ 39 Abs. 2 InsO) ist AGB-rechtlich weniger problematisch. Allerdings ist die AGB-Kontrolle nicht schon von vornherein gemäß § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossen.