

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt und Patronatserklärung

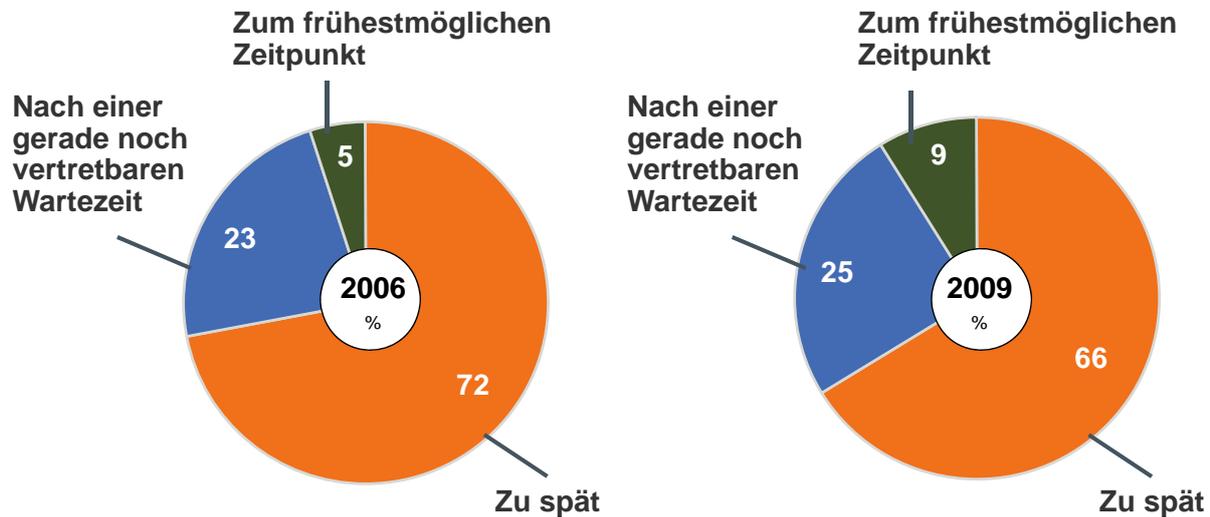
Vortrag auf der ZHR-Tagung
am 14. Januar 2017 in Königstein

www.georg-bitter.de

Gliederung

- I. Anlass für das Thema
- II. Grundlagen zum Nachrang und Patronat
- III. Grundlagen zur Insolvenzvermeidung durch vertragliche
Vorsorge
- IV. Insolvenzvermeidung durch Rangrücktritt und vorinsolvenzliche
Durchsetzungssperre
- V. Insolvenzvermeidung durch Patronatsvereinbarung
- VI. Auslegung unklarer Rangrücktritte und Patronatsvereinbarungen
- VII. Fazit

Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)



1. BGHZ 187, 69 = ZIP 2010, 2092 – „Star 21“

- Fall: interne Patronatserklärung für den Zeitraum einer Prüfung der Sanierungsreife
- Kündigungsmöglichkeit bei Feststellung fehlender Sanierungsfähigkeit
 - ⇒ Aktivierbarkeit der Forderung gegen den Patron für den Zeitraum der Geltung der Patronatserklärung ⇒ Zweckerreichung (Rn. 18)
 - ⇒ Kündigung wirkt selbstverständlich nur *ex nunc* (Rn. 35)

2. BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*

- vorinsolvenzliche Zahlungssperre neben dem Rangrücktritt erforderlich = sog. „qualifizierter Rangrücktritt“ (Rn. 19)
 - ⇒ Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird (Rn. 25)

2. BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*

- verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzreife (Rn. 32)
 - ⇒ Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltlich § 814 BGB (Rn. 27 ff.)
 - ⇒ Anfechtung gemäß § 134 InsO ⇒ Phoenix Kapitaldienst (Rn. 46 ff.)
- keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB (Rn. 35)
 - ⇒ Aufhebung ohne Mitwirkung der Gläubiger nur zulässig, wenn eine Insolvenzreife nicht vorliegt oder beseitigt ist (Rn. 42)
 - ⇒ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 f.: Wirkung des § 19 II 2 InsO nicht erreichbar, falls die Drittwirkung im Vertrag ausgeschlossen wird
 - ⇒ kritisch *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 907 ff. (Vergleich zu „Star 21“)

3. Vergleichende Analyse

- Die Forthaftung für bereits entstandene Unterdeckung im Fall „Star 21“ ist keineswegs „selbstverständlich“.
- Die Forthaftung verhindert die „Spontaninsolvenz“ mit erheblicher Unterdeckung ebenso wie die fehlende Aufhebbarkeit des Nachrangs.
- ⇒ These 1: gleicher Grundgedanke beider Urteile: Insolvenzvorsorge nur bei Unumkehrbarkeit des vertraglichen Gläubigerschutzes

1. Nachrang und vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (These 2)

- Nachrang = Verteilungsregel im eröffneten Verfahren (§ 39 InsO)
 - ⇒ Vergleich zum Rang von Grundpfandrechten (Hypothek, Grundschuld)
- vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre
 - ⇒ keine notwendige Verknüpfung mit dem Nachrang
- Abgrenzung wichtig für
 - ⇒ AGB-Prüfung (§§ 305c I, 307 BGB) ⇒ *Bitter*, ZIP 2015, 345 ff.
 - ⇒ erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft i.S.v. § 1 I 2 Nr. 1 KWG

2. Arten der Patronatserklärung

- a) Weiche (externe) Patronatserklärung (These 3)
 - keine Zahlungspflicht ⇒ keine Insolvenzvermeidung
- b) Harte Patronatserklärung (These 4)
 - vertragliche Ausstattungsverpflichtung = *Patronatsvereinbarung*
 - extern = Kreditsicherheit
 - intern = Finanzierungs-/ Sanierungsinstrument
 - Liquiditäts- und/oder Verlustdeckungszusage
 - aufschiebend bedingtes Darlehen mit Rangrücktritt oder Zahlung à fonds perdu = Verzicht auf Rückforderung

1. Kein Gläubigerschutz durch *Vertragsauslegung* (These 5)

- Wille der Gesellschafter: Verlustdeckungspflicht endet mit Insolvenz
 - ⇒ OLGR Celle 2001, 39; OLG Brandenburg ZIP 2006, 1675;
OLG Schleswig ZIP 2015, 1338
- Vergleich zum Finanzplandarlehen
 - ⇒ grundsätzlich freie Aufhebbarkeit einer im Interesse der Gesellschafter bestehenden Verpflichtung auch in der Krise (a.A. die wohl h.M.)

2. Vermeidung bilanzieller Überschuldung (These 6)

- keine freie Aufhebbarkeit bei im Handelsregister publiziertem Kapital
- „Nachbildung“ der Bindung bei sonstigen *einseitigen* Zahlungszusagen oder der Ausblendung von Verbindlichkeiten durch Rangrücktritt
- Ansätze beim Finanzplankredit
 - ⇒ Eigenkapitalersatz / heute: Gesellschafterdarlehen
 - Sanktion „nomineller Unterkapitalisierung“ = kein Zuführungsgebot
 - heute kein Abzugsverbot mehr
 - ⇒ Analogie zu §§ 19 II, III, 58 GmbHG (BGHZ 142, 116; offen BGHZ 187, 69)
 - ⇒ Analogie zu §§ 30, 31 GmbHG (*Fleischer, Habersack*)
 - ⇒ Vertrag zugunsten Dritter (*Fleischer*)
- Insolvenzantragsunterlassung (*Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335, 344 f.)

3. Insolvenzvermeidung durch Liquiditätszufuhr (These 7)

- Zahlungs(un)fähigkeit i.S.v. § 17 InsO
 - ⇒ Drei-Wochen-Zeitraum (BGHZ 163, 134 = ZIP 2005, 1426)
- Fortführungsprognose i.S.v. § 19 II 1 InsO
 - ⇒ laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr (h.M.)
- Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. § 328 BGB nicht zwingend erforderlich
 - ⇒ Aber: Berücksichtigung fehlender Bindung i.S.v. § 328 BGB im Rahmen des Wahrscheinlichkeitsurteils

1. Überschuldung (These 8)

- sog. „qualifizierter Rangrücktritt“
- Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. These 6

2. Zahlungsunfähigkeit (These 9)

- Nachrang i.S.v. § 39 InsO irrelevant
 - ⇒ Rangrücktritt enthält nicht notwendig eine vorinsolvenzliche Sperre
 - ⇒ Fall Prokon (*Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005 ff.)
- Durchsetzungssperre hindert insolvenzrechtliche „Fälligkeit“

1. Überschuldung (These 10)

a) Vermeidung bilanzieller Überschuldung

- interne Patronatsvereinbarung ⇒ Aktivierung des (Zahlungs-)Anspruchs
 - ⇒ Werthaltigkeit des Anspruchs
 - ⇒ Umfang: Differenz zw. Passiva und Aktiva zu Liquidationswerten
 - ⇒ Wirksamkeit im Insolvenzfall
 - ⇒ keine Möglichkeit der Kündigung/ Aufhebung mit gänzlicher Enthftung
 - ⇒ Verzicht auf Rückzahlungsanspruch oder „qualifizierter Nachrang“
 - ⇒ Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
- externe Patronatsvereinbarung ⇒ Aktivierung des Freistellungsanspruchs in Höhe der Forderungen des/der gesicherten Gläubiger/s

b) Begründung einer positiven Fortführungsprognose ⇒ b.w.

1. Überschuldung (These 10)

b) Begründung einer positiven Fortführungsprognose

- Zahlungszufluss mit Verzicht/langfristiger Stundung der Rückforderung
- interne Patronatsvereinbarung
 - ⇒ Prognose: Zahlungsfähigkeit im ganzen Prognosezeitraum
 - ⇒ fehlte im Fall „Star 21“ wegen völlig offener Sanierungsfähigkeit
- externe Patronatsvereinbarung
 - ⇒ Möglichkeit einer Direktzahlung an den Gläubiger = Begrenzung des Zuflussvolumens
 - ⇒ Wahrscheinlichkeit einer Aufhebung gering

2. Zahlungsunfähigkeit (These 11)

- Zahlungszufluss mit Verzicht auf kurzfristige Rückforderung
 - externe Patronatsvereinbarung „für sich genommen“ ungeeignet / ungehinderter Zugriff auf die Mittel oder tatsächliche Erfüllung der Ausstattungsverpflichtung (BGH ZIP 2011, 111; WM 2013, 1995)
- ⇒ *tatsächlich* zu erwartende Zahlungsströme sind entscheidend, nicht die *Existenz* eines Anspruchs

1. Verhinderung eines „Rosinenpickens“ (These 12)

- ⇒ klare Festlegung des Vertragsinhalts erforderlich, insbes.
- Liquiditätssicherung/Verlustausgleich/Beseitigung der bilanziellen Überschuldung i.S.v. § 19 InsO
 - Verzicht/„qualifizierter“ Nachrang/Stundung des Rückzahlungsanspruchs
 - Fortgeltung in der Insolvenz
 - fehlende Aufhebbarkeit/Kündbarkeit mit gänzlicher Enthftungswirkung
 - Vertrag zugunsten aller Gläubiger (§ 328 BGB)

2. Privatautonomie + (fehlende) Insolvenzvermeidung (These 13)

- ⇒ bei Widersprüchlichkeit Vorrang des erklärten Verpflichtungsumfangs (Höchstbetrag, Frist, Ausschluss des § 328 BGB) vor dem Zweck

1. Insolvenzvermeidung durch vertragliche Vorsorge hat ihren Preis für die Gesellschafter oder Dritte.
2. Die Aussetzung der *gesetzlichen* Insolvenzantragspflicht aus §15a InsO durch *vertragliche* Abreden setzt jedenfalls hinsichtlich der bilanziellen Überschuldung eine Bindung im Interesse aller Gläubiger voraus (§ 328 BGB).
3. Maximale Flexibilität für die Gesellschafter oder Dritte und Sicherheit der Insolvenzvermeidung schließen sich aus.
4. Je klarer die vertragliche Abrede (im Interesse aller Gläubiger) gefasst ist, umso sicherer ist die Insolvenzvermeidung.

© 2017
Prof. Dr. Georg Bitter
Universität Mannheim
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht
Schloss, Westflügel
68131 Mannheim
www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de