

Saarbrücker Studien zum Privat- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Johann Paul Bauer, Michael Martinek
und Helmut Rößmann

Band 72

Britta Wagner

Haftungsrisiken aus Liquiditätszusagen und Patronatserklärungen in der Unternehmenskrise



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

1. Kapitel: Einführende Betrachtung

§ 1 Untersuchungsgegenstand

I. Harte Patronatserklärungen

Harte Patronatserklärungen sind in der Konzernpraxis weit verbreitet und werden als „atypische“ Sicherheiten oder „Ersatzsicherheiten“ bezeichnet.¹ So oder so ähnlich beginnt beinahe jeder Aufsatz, jede Dissertation oder sonstige Abhandlung zu Patronatserklärungen. Dabei ist diese Bezeichnung insofern nicht mehr zutreffend, da sich die Patronatserklärung in ihren verschiedenen Ausprägungsformen neben der gesetzlich normierten Bürgschaft und den durch die Rechtsprechung entwickelten Personalsicherheiten Schuldbeitritt und Garantie seit den Sechzigerjahren fest etabliert hat und von den entsprechenden Verkehrskreisen anerkannt ist. Andererseits ist die Bezeichnung als „atypisch“ insofern stimmig, als Patronatserklärungen zwar verkehrstypisch sind, aber im Gegensatz zu den kodifizierten und den in der Rechtsprechung herausgebildeten Kreditsicherheiten die Anforderungen, wie leichte Verwertbarkeit und Verkehrsfähigkeit, die an eine bankübliche Sicherheit gestellt werden, nicht in Gänze erfüllen. Dennoch wird der Patronatserklärung in ihrer bedeutendsten Ausprägung *als harte auf Kapitalausstattung gerichtete Erklärung* in Bankenkreisen ein praktischer Sicherungswert zuerkannt. In dogmatischer Hinsicht wird sie von der herrschenden Ansicht als Kreditsicherungsart und Vertrag „sui generis“ eingeordnet.²

-
- 1 Gerth, Atypische Kreditsicherheiten, S. 1 ff.; Fleischer, WM 1999, 666; Habersack, ZIP 1996, 257; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Band II, § 98 Rn. 1; ders., in: Lutter, Handbuch der Konzernfinanzierung, 1998, § 17.77-17.83; Obermüller, Ersatzsicherheiten im Kreditgeschäft, Rn. 1 ff.; Pesch, WM 1998, 1609; Wittig, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, 1.97, Rn. 4 /2855 ff.
 - 2 Gerth, Atypische Kreditsicherheiten, S. 147; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 64 V 1c; Lwowski, Recht der Kreditsicherung, Rn. 465; Michalski, WM 1994, 1229, 1239; Mosch, Patronatserklärungen, S. 133; MünchKomm/Habersack, vor § 765 Rn. 50; Obermüller, ZGR 1975, 1, 9, 27; Schneider, ZIP 1989, 619, 621; Stecher, Harte Patronatserklärungen, S. 75; Staudinger/Horn (1997), Vorbem zu §§ 765 Rn. 405; Wittig, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, 1.97, Rn. 4/2873 ff.

Die Patronatserklärung ist eine Vertragsbeziehung in einem Dreiecksverhältnis, bestehend aus einem Kreditnehmer, einem Kreditgeber, meist einer Bank und einem Patron als Sicherungsgeber. Das Kreditinstitut gewährt einem Hauptschuldner ein Darlehen und fordert dafür eine Drittsicherheit. Als Kreditsicherheit wird dann ein Patronatsvertrag zwischen dem Patron und der Bank abgeschlossen. Diese eben beschriebene Konstellation ist typisch für die Abgabe einer Patronatserklärung. Allerdings muss es sich nicht um einen Darlehensvertrag handeln, sondern es kommt auch jegliches anderes Hauptschuldverhältnis in Betracht. Der Sicherungsnehmer muss auch keine Bank sein, sondern es kann sich genauso gut um einen Lieferanten etc. des Hauptschuldners handeln.

Die Besonderheit besteht darin, dass sich die Patronatserklärung gegenüber den traditionellen Personalsicherheiten einen gewissen Kompromisscharakter und Spielraum bewahrt hat und es ist nicht zuletzt diese Grauzone, die der Patronatserklärung ihr Überleben gesichert hat. Sie begünstigt tendenziell den Sicherungsgeber und intendiert damit eine starke oder zumindest gleichwertige Verhandlungsposition des Patrons.³

Es gibt aus Gründen der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit – im Gegensatz zum sachenrechtlichen Numerus clausus bei den Realsicherheiten – eine unüberschaubare Anzahl unterschiedlicher auf Unterstützung des Hauptschuldners allgemein ausgerichtete oder mit Kapitalausstattungsversprechen versehene Erklärungen des Sicherungsgebers, die sich hinsichtlich Reichweite, Ausgestaltung und Rechtsverbindlichkeit unterscheiden. Das Spektrum reicht von *reinen good-will-Erklärungen*, so genannten weichen Patronatserklärungen bis hin zu den harten, *bürgschaftsähnlichen Erklärungen*.⁴ Patronatserklärung ist in der Tat ein Sammelbegriff, der auf den ersten Blick nichts über den sich dahinter verbergenden Sicherungswert aussagt. Den verschiedenen Patronatserklärungen gemeinsam ist, dass der Sicherungsgeber (Patron) durch das auf Unterstützung gerichtete Versprechen oder durch das In-Aussicht-Stellen eines bestimmten Verhaltens die Kreditvergabe an den Hauptschuldner absichert, die Aussichten auf Rückzahlung des Kredits verbessert und somit die Finanzierung des Hauptschuldners durch Fremdkapital erst ermöglicht. Versprochen werden also zur Förderung der Kreditwürdigkeit Maßnahmen oder Unterlassungen.⁵

Ausgerichtet an dem Grad der Rechtsverbindlichkeit unterscheidet man *harte und weiche Patronatserklärungen*. Bei *weichen Erklärungen* signalisiert der

3 Vgl. dazu ausführlich Kapitel 2 § 1 III, S. 53.

4 Bordt, WPg 1975, 285; Fleischer, WM 1999, 666,667; Lwowski, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 441; Schaffland, BB 1977, 1021.

5 Empfehlungen des Hauptfachausschusses der Wirtschaftsprüfer in Deutschland, WpG 1976, 528 ff.

Mutterkonzern dem Schuldner, dass das Tochterunternehmen seine Verbindlichkeiten erfüllen wird. Die Muttergesellschaft übernimmt aber keine rechtlich durchsetzbare Einstandspflicht.⁶ Man kann vielmehr von einer moralischen Verpflichtung sprechen.⁷ *Harte Patronatserklärungen* umfassen hingegen rechtlich durchsetzbare Liquiditätsausstattungsverpflichtungen der Muttergesellschaft.

Typisch für die Patronatserklärung ist darüber hinaus ihre *Beteiligtenstruktur*, d.h. die Person des Patrons und die des protegierten Unternehmens. Patronatserklärungen dienen vordringlich der Besicherung von Krediten einer Gesellschaft oder von Krediten im Konzernverbund. Sie können daher neben anderen Sicherungsformen, wie z.B. einem Organschaftsrevers,⁸ als so genannte „geborene“ Konzernsicherungsvereinbarungen bezeichnet werden.⁹ Da in einem Konzern die einzelnen Konzernunternehmen zwar wirtschaftlich gesehen eine Einheit bilden, aber aus rechtlicher Sicht selbständig sind, ist die an ein Tochterunternehmen einen Kredit gewährende Bank an der Bestellung einer Sicherheit durch die wirtschaftlich leistungsstärkere Muttergesellschaft interessiert. Eine direkte Verlustübernahme durch die Muttergesellschaft findet nur im Vertragskonzern über die Gläubigerschutzvorschriften (§§ 302 ff. AktG in direkter bzw. analoger Anwendung) statt.

Patronatserklärungen sind vor allem im faktischen Konzern von Bedeutung und werden auch von Kommunen für ihre Eigengesellschaften als Sicherungsmittel eingesetzt.¹⁰ Ein weiterer typischer Anwendungsbereich bildet der gesellschaftsrechtliche Kontext: Ein Allein- oder Mehrheitsgesellschafter gibt gegenüber der kreditgebenden Bank eine Patronatserklärung ab, um einen Anspruch des Sicherungsnehmers gegenüber der Gesellschaft des Patrons, einer AG oder GmbH, zu sichern.¹¹

II. Liquiditätszusagen

Charakteristisch für Liquiditätszusagen ist, dass es sich nicht um eine Dreiecks-konstellation handelt und somit nicht um einen Vertrag zwischen dem Patron

6 Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 1621; MünchKomm/Habersack, Vor § 765 Rn. 54.

7 BGH NJW 1992, 2093.

8 Vgl. dazu Kapitel 2 § 1 II S. 45.

9 Merkel, in: Lutter, Handbuch der Konzernfinanzierung, § 17 Rn. 17.76.

10 OLG Dresden NVwZ 2001, 836; LG Berlin WM 2000, 1060 mit Anm. Gerth WuB I F 1c – 2.2000; Malaton, NVwZ 2000, 135.

11 Aus diesem Grund wird in der Folgezeit bezüglich des Patrons von der Muttergesellschaft/Gesellschafter und hinsichtlich des protegierten Unternehmens von der Gesellschaft bzw. der (Tochter-)gesellschaft gesprochen.

und einem Gläubiger des Hauptschuldners, sondern um ein auf Finanzausstattung gerichtetes Versprechen zwischen dem Versprechenden (meist Gesellschafter oder Muttergesellschaft) und dem protegierten Unternehmen. Als Liquiditätszusagen werden im Folgenden die von einer konkreten Kreditsicherung abgekoppelten Erklärungen, die als allgemeines Finanzierungsinstrument oder mit Sanierungszweck zur Abwendung der Überschuldung eines Unternehmens abgegeben werden, bezeichnet.¹² Dabei ist die vom Versprechenden im Rahmen der Liquiditätszusage zu erbringende Hauptleistungspflicht, das protegierte Unternehmen mit Liquidität zu versorgen, so dass es seine Verbindlichkeiten gegenüber seinen Gläubigern erfüllen kann, mit der maßgeblichen Einstandspflicht einer zur Kreditsicherung in der Dreieckskonstellations harten auf Kapitalausstattung gerichteten Patronatserklärung identisch. Dieser Gesichtspunkt ist letztlich auch der Grund dafür, dass in Literatur und Rechtsprechung eine Vielzahl von Begrifflichkeiten wie konzerninterne Patronatserklärungen,¹³ Liquiditätsgarantien,¹⁴ Liquiditätshilfegarantien¹⁵ und Liquiditätszusagen Verwendung finden, hinter denen sich unterschiedliche Konstellationen verbergen.¹⁶

Liquiditätszusagen sind jedenfalls keinesfalls mit Patronatserklärungen gleichzusetzen.¹⁷ Bei den Liquiditätszusagen lassen sich zwei Grundformen unterscheiden. Die eine Erklärungsform kann typischerweise als darlehensvertragsähnlich, die andere Erklärungsform als verlorener Zuschuss qualifiziert werden.¹⁸

Abzugrenzen sind Liquiditätszusagen darüber hinaus nicht nur von den externen in der Dreieckskonstellations zur Kreditsicherung eingesetzten Patronatserklärungen, sondern auch von den internen Patronatserklärungen. Die in dieser Abhandlung als interne Patronatserklärungen bezeichneten Erklärungen sind Erklärungen zwischen dem Versprechenden und dem Protegé.¹⁹ Sie entsprechen hinsichtlich der Vertragspartner somit den Liquiditätszusagen.²⁰ Allerdings wird die Erklärung des Versprechenden gegenüber dem protegierten Unternehmen darüber hinaus einem Dritten, meist einem Kreditgeber/Bank angezeigt. Folglich korrespondieren die internen Patronatserklärungen, was den Sicherungszweck anbelangt, mit den externen Patronatserklärungen und fungieren als Kreditsicherheiten.

12 In Kapitel 3 § 2 S. 98 werden die unterschiedlichen Begriffe sowie verschiedene Formen von Liquiditätszusagen und deren Rechtsnatur erörtert,

13 Gerth, Atypische Kreditsicherheiten, S. 271.

14 Wittig, in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, 1.97 Rn. 4/2910 ff.

15 Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Rn. 6.494.

16 Vgl. ausführlich Kapitel 3 § 2 S. 98.

17 Vgl. zur rechtsgeschäftlichen Qualifizierung, Kapitel 3 § 4 III, S. 110.

18 Vgl. zur rechtsgeschäftlichen Qualifizierung, Kapitel 3 § 4 III, S. 110.

19 Vgl. zur Abgrenzung Kapitel 3 § 2 und § 3, S. 98.

20 Der Begriff „interne Erklärungen“ wird in dieser Abhandlung als Oberbegriff für „Liquiditätszusagen“ und „interne Patronatserklärungen“ verwendet.

§ 2 Ziel und Schwerpunkte der Abhandlung

Ziel dieser Arbeit soll es einerseits sein, die Haftungs- und Ausfallrisiken, die sich bei der Patronatserklärung für den Patron bzw. Tochtergläubiger und bei der Liquiditätszusage für den Versprechenden bzw. die (Tochter-)gesellschaft ergeben, aufzuzeigen.

Dabei waren externe Patronatserklärungen zwar bereits Gegenstand einiger Monographien. So haben sich die ersten Abhandlungen Ende der 70er bis Mitte der 80er Jahre vor allem mit der Erfassung der unterschiedlichen Erklärungstexte und mit der rechtsgeschäftlichen Qualifizierung der Patronatserklärung beschäftigt.²¹ Die jüngeren Arbeiten hingegen setzen meist einen thematischen Schwerpunkt,²² wie z.B. die ausschließliche Betrachtung von weichen Patronatserklärungen,²³ Patronatserklärungen in ausländischen Rechtsordnungen,²⁴ Patronatserklärung ad incertas personas²⁵ oder Wirksamkeit und Inhaltskontrolle harter Patronatserklärungen.²⁶ Thematisch breiter angelegt sind die Habilitationsschrift von Koch²⁷ sowie die Arbeiten von Wolf²⁸ und La Corte.²⁹

Was den die klassische, harte Patronatserklärung betreffenden Teil der hier vorliegenden Untersuchung angeht, werden schwerpunktmäßig zwei Themenkreise behandelt, die in den vorhandenen Abhandlungen noch nicht in gebotennem Umfang diskutiert worden sind. Zum einen werden die Lösungsmöglichkeiten des Patrons von der Patronatserklärung – dabei liegt der Fokus vor allem auf der Kündigung – ausführlich erörtert. Zweiter Schwerpunkt sind die Haftungs- und Ausfallrisiken, die sich aus Patronatserklärungen für den Patron und die Gläubiger in der Unternehmenskrise vor und nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ergeben. Erläutert werden aber nicht nur die Risiken, sondern auch die

21 Stecher, „Harte“ Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme (1978); Altenburger, Die Patronatserklärungen als „unechte Personalsicherheiten“ (1979); Seiler, Die Patronatserklärung im internationalen Wirtschaftsverkehr (1981); Kohout, Patronatserklärungen (1984); Hoffmann, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht (1989).

22 Eine allgemeinere Abhandlung hingegen von: Hantke, Die Besicherung von Konzernkrediten über so genannte Ausstattungsverpflichtungen und andere Patronatserklärungen (2004).

23 Fried, Die weiche Patronatserklärung (1998).

24 Horn, Patronatserklärungen im common law und im deutschen Recht (1999).

25 Thiekötter, Die Patronatserklärung ad incertas personas (1998).

26 Schnellecke, Wirksamkeit und Inhaltskontrolle harter Patronatserklärungen, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (2005).

27 J.Koch, Die Patronatserklärung (2005).

28 C.Wolf, Die Patronatserklärung (2005).

29 La Corte, Die harte Patronatserklärung Zugleich ein Plädoyer für eine geänderte Anlassrechtssprechung (2005).

Chancen, d.h. der Einsatz von externen Patronatserklärungen als Sanierungsinstrument in der Unternehmenskrise.

Neben der klassischen, harten Patronatserklärung steht im Zentrum dieser Arbeit die Liquiditätszusage, die bisher in der Literatur nur vereinzelt erörtert worden ist.³⁰ Dabei wird als Ansatzpunkt eine Abgrenzung zur klassischen, externen Patronatserklärung gewählt. Die Liquiditätszusage wird im Hinblick auf ihre rechtsgeschäftliche Einordnung beschrieben. Darüber hinaus werden auch für sie die Kündigungsmöglichkeiten angesprochen, sowie die Haftungs- und Ausfallrisiken in der Unternehmenskrise und in der Insolvenz erläutert. Die Bedeutung der Liquiditätszusage im Wirtschaftsverkehr und die Notwendigkeit ihrer rechtsgeschäftlichen Qualifizierung, aus der sich das für die Liquiditätszusage anwendbare Regelungsregime ergibt, resultiert aus den in jüngerer Zeit dazu ergangenen Entscheidungen.³¹

Bilden zwar externe Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen den Schwerpunkt der hier vorliegenden Untersuchung, wird aber soweit sich Unterschiede ergeben, z.B. bei den Ansprüchen der Tochtergläubiger aus abgetretenem Recht³² oder der Kündbarkeit,³³ auf Besonderheiten der internen Patronatserklärungen eingegangen.

Ziel dieser Arbeit soll es vor allem sein, die aus Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen resultierenden Haftungsrisiken zu analysieren.

Häufig hat ein Dreizeiler oder eine harmlose Erklärung eine enorme Wirkung, was die Sportgate-Entscheidung³⁴ und eine im Fokus dieser Entscheidung stehende Verlustdeckungs- und Liquiditätszusage des früheren Tennisprofis Boris Becker gezeigt hat:

“To whom it may concern: I hereby undertake vis-à-vis S. AG both to immediately compensate any losses that may occur during the course of the business up to an amount of 1,5 million Euro by means of appropriate measures as well as to ascertain the supply of the company with liquid funds for this period, so that the company shall be in a position to meet its financial obligations at any time. The present declaration shall be governed by the laws of the Federal Republic of Germany.”³⁵

30 Gerth, Atypische Kreditsicherheiten (1980); Forsbach, Liquiditätszusagen des GmbH-Gesellschafters (2000); M. Rüßmann, Harte Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen (2006), wobei die Liquiditätszusagen nur eine marginale Rolle spielen; Wiedemann/Hermanns, ZIP 1994, 997 ff.

31 OLG Celle OLG Celle 2001, 39; LG München II, ZInso 2004, 626; OLG München, ZInso 2004, 1040 ff.; BGH WM 2006, 1202, 1203; BGH NJW 2010, 3442-3445.

32 Vgl. Kapitel 3 § 5 II, S. 144.

33 Vgl. Kapitel 4 § 4 II, S. 227.

34 BGH WM 2006, 1202, 1203.

35 Die vom Kläger vorgelegte und im Urteil (BGH WM 2006, 1202, 1203) erwähnte Übersetzung lautet:

An diejenigen, die es angeht:

Eine solche Erklärung, die im engeren Sinne aus zwei unterschiedlichen Erklärungsstatbeständen – einer Verlustdeckungszusage bis zur Höhe von 1,5 Millionen Euro und einer Ausstattungsverpflichtung – besteht, hatte Boris Becker als Minderheitsgesellschafter der Sportgate AG i.G. übernommen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Sportgate AG i.G. hat der Insolvenzverwalter Becker auf Zahlung von 1,5 Millionen Euro aus der Verlustdeckungszusage in Anspruch genommen und die Ausstattungsverpflichtung eingefordert.

Möglicherweise kann aber auch durch eine Patronatserklärung/Liquiditätszusage in einer Krisensituation die Insolvenz abgewendet werden. In Betracht kommt ein Einsatz als Sanierungsinstrument.

Ist es dann erst zur Insolvenz des protegierten Tochterunternehmens gekommen, stellen sich weitere Fragen. In dieser Situation versuchen Insolvenzverwalter und Gläubiger auf den Patron/Versprechenden Zugriff zu nehmen. Die Erfolgsaussichten für eine solche Inanspruchnahme sind in Schrifttum und Rechtsprechung noch nicht abschließend diskutiert bzw. entschieden.

§ 3 Gang der Untersuchung

Im Anschluss an die „Einführende Betrachtung“ in *Kapitel 1* (S. 23-35) werden mit Hinblick auf die Haftungsrisiken des Patrons und die Ausfallrisiken der Gläubiger in *Kapitel 2* (S. 37-93) die Grundzüge klassischer, harter auf Kapitalausstattung gerichteter Patronatserklärungen erläutert. Dabei wird der Frage, welche Motivation hinter der Abgabe harter, externer Patronatserklärungen steht, nachgegangen. Darüber hinaus werden die harten, externen Patronatserklärungen von anderen Formen von Patronatserklärungen und Ausstattungsversprechen sowie von anderen Personalsicherheiten abgegrenzt. Der Fokus ist in diesem Kontext auf Unterschiede und Gemeinsamkeiten im Hinblick auf den Bürgschaftsvertrag gerichtet – beispielsweise was die Akzessorietät angeht. Abschließend werden in Kurzform die Unwirksamkeitsgründe für klassische, harte Patronatserklärungen resümiert.

Schwerpunkt von *Kapitel 3* (S. 95-153) ist die Bestimmung der Rechtsnatur interner – an die Gesellschaft gerichteter – Erklärungen. Dabei werden Erklärungen, die Gegenstand aktueller Entscheidungen waren, analysiert. Mit Hilfe der

Ich verpflichte mich hiermit gegenüber der S. AG i.G. sowohl unverzüglich jegliche Verluste, die während des Geschäftsganges eintreten, bis zu einer Summe von 1,5 Millionen Euro mittels geeigneter Maßnahmen auszugleichen, als auch die Versorgung der Gesellschaft in dieser Zeit mit flüssigen Mitteln sicher zu stellen, so dass die Gesellschaft jederzeit ihren finanziellen Verpflichtungen nachkommen kann. Diese Erklärung soll dem Recht der Bundesrepublik Deutschland unterfallen.

Rechtsnatur wird das Anwendung findende Regelungsregime erläutert, welches wiederum eine maßgebliche Rolle für Haftungs- bzw. Ausfallrisiken spielt. Ein ausführlicher Abschnitt ist der Haftung des Versprechenden aus der Liquiditätszusage gewidmet.

Das 4. *Kapitel* (S.155-229) beschäftigt sich mit den Möglichkeiten des Patrons/Versprechenden, sein Haftungsrisiko durch eine ordentliche bzw. eine außerordentliche Kündigung zu limitieren. In einem ersten Schritt wird von den im Hinblick auf die Bürgschaft geltenden Prinzipien ausgehend die Problematik untersucht, unter welchen Voraussetzungen es sich bei der externen Patronatserklärung um ein Dauerschuldverhältnis handelt. Danach wird die ordentliche und die außerordentliche Kündbarkeit von Bürgschaften erörtert und überprüft, inwieweit diese Ergebnisse auf die externe Patronatserklärung übertragen werden können. Im Hinblick auf die Kündigungsgründe für die außerordentliche Kündigung beschränkt sich die Darstellung auf die für die Bürgschaft/Patronatserklärung wesentlichen Kündigungsgründe: die wesentliche Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners und die Beteiligungsaufgabe bzw. das Ausscheiden des Bürgen/Patrons aus der Gesellschaft.

Die Untersuchung ist, da es sich dabei um den Ausgangspunkt der Betrachtung handelt, gleichzeitig ein Beitrag zur Kündigung der Bürgschaft.

Ein weiterer Abschnitt³⁶ von Kapitel 4 beschäftigt sich mit der Kündbarkeit von Liquiditätszusagen, d.h. mit der Kündbarkeit von Liquiditätszusagen mit Darlehenscharakter und der Kündigung von als verlorene Zuschüsse zu charakterisierende Liquiditätszusagen sowie der Kündbarkeit von internen Patronatserklärungen.

Im Fokus von *Kapitel 5* (S. 231-325) stehen die Auswirkungen von Krise und Insolvenz der protegierten Gesellschaft auf externe Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen. In einem ersten Schritt werden etwaige Sperrmechanismen hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeiten untersucht. Als Kündigungssperren kommen dabei Eigenkapitalersatzvorschriften, Zweckbindung der abgegebenen Erklärung und Treuepflichten des Gesellschafters in Frage. Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen können aus der Perspektive des Patrons/Versprechenden aber nicht nur als Risiko, sondern auch als Chance begriffen werden. Dazu wird untersucht, inwieweit Liquiditätszusagen und Patronatserklärungen in der Krise als Sanierungsinstrument eingesetzt werden können. Abschließend wird dezidiert erörtert, welche Ansprüche Sicherungsnehmer, Insolvenzverwalter sowie Gläubiger des protegierten Unternehmens in Krise und Insolvenz gegenüber dem Patron bzw. dem Versprechenden geltend machen können.

36 Vgl. Kapitel 4 § 4, S. 214.

In *Kapitel 6* (S. 327-336) werden nach einem kurzen Schlusswort die wichtigsten Feststellungen der Kapitel 2-5 noch einmal thesenartig zusammengefasst.

§ 4 Bedeutung von Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen im Wirtschaftsverkehr

Die Frage nach Bedeutung und Verbreitung von Patronatserklärungen im Wirtschaftsverkehr ist eine Art „Gretchenfrage“, die von vielen Autoren und Verfassern, die sich in Aufsätzen, Abhandlungen und Dissertationen mit der Problematik befasst haben, gestellt worden ist.

Am Anfang steht der Fragende vor der Problematik: Wer ist eigentlich der adäquate Adressat für die Frage nach Bedeutung und Verbreitung von Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen? Alle diejenigen, die dieser Frage nachgegangen sind – die Verfasserin dieser Untersuchung eingeschlossen – haben, was die als Kreditsicherheiten dienenden harten Patronatserklärungen angeht – ihre Anfragen überwiegend an Banken³⁷ und an große DAX notierte Unternehmen³⁸ gerichtet.

Breit angelegte Umfragen wurden zuletzt von *Koch*³⁹ zu externen harten und weichen Patronatserklärungen sowie von *La Corte*⁴⁰ in Form von allgemeinen Fragen zur Patronatserklärung, zur Ausstattungserklärung, zum Aufkommen, etwaigen Zweifelsfragen, zu ihrer konkreten Ausgestaltung sowie zum Prozedere des Vertragsschlusses durchgeführt.⁴¹ Dabei wurde in der Umfrage von *La Corte* erstmals auch nach internen Erklärungen gefragt.

37 *J.Koch* (*J.Koch*, Die harte Patronatserklärung, S. 64, Fn. 257) weist daraufhin, dass in früheren Arbeiten ausschließlich auf Informationen von Großbanken zurückgegriffen worden ist; *Fried*, Die weiche Patronatserklärung, S. 67; *Hoffmann*, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht, S. 37; *Mosch*, Patronatserklärungen, S. 16; *Köhler*, WM 1978, 1338 ff.

38 *J.Koch*, Die Patronatserklärung, S. 7; *La Corte*, Die harte Patronatserklärung, S. 40.

39 *J.Koch* hat insgesamt 85 Fragebögen an 50 Unternehmen, 20 Banken und 15 Rechtsanwaltskanzleien versandt, um die Motivation für die Abgabe von Patronatserklärungen zu eruieren. Davon haben 22 Unternehmen, 7 Banken und 4 Kanzleien die Fragen beantwortet. Dabei gaben 7 der Unternehmen an, Patronatserklärungen würden in ihrem Konzern bei der Kreditsicherung für (Tochter-)gesellschaften „eine große Rolle spielen“. Weitere 13 Unternehmen gaben an, dass sie als ergänzende Form zu anderen klassischen Personalsicherheiten genutzt würden.

40 *La Corte*, Die harte Patronatserklärung, S. 40 Fn. 1.

41 *La Corte* hat im Sommer 2004 sämtliche im DAX 30, M-DAX und Tec-DAX gelisteten 110 Unternehmen sowie Bankenverbände, ausgewählte Kreditinstitute und einige Gesellschaften mit beschränkter Haftung angeschrieben. Sie hat insgesamt 37 ausgefüllte Fragebögen von Unternehmen/Instituten zurückerhalten. Die Auswertung hat ergeben, dass 20 von 37 Unternehmen/Kreditinstituten gelegentlich mit Patronatserklärungen arbeiten. Dabei haben vor allem Banken angegeben, dass Patronatserklärungen im Kreditgeschäft häufig als Alternativvorschlag einer Konzernobergesellschaft gegenüber dem Wunsch des Kreditgebers nach einer klassischen Si-

Die Anfragen für die hier vorliegende Arbeit richteten sich an 50 Kreditinstitute und bezogen sich auf statistische Erhebungen über die von diesen bei der Vergabe von Unternehmenskrediten hereingenommenen Sicherheiten sowie den Stellenwert, der Patronatserklärungen beigemessen wird. Darüber hinaus wurden die jeweils zehn umsatzstärksten deutschen Industrie-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen⁴² nach der Verwendung von Patronatserklärungen zur Kreditsicherung ihrer (Tochter-)gesellschaften sowie zum Einsatz von internen Erklärungen, abgekoppelt von einer konkreten Kreditvergabe, befragt. Von den angeschriebenen 50 Banken haben 19 Banken, von den 30 Unternehmen haben 12 Unternehmen geantwortet. Davon hat die Hälfte zur Verwendung Angaben gemacht. Die andere Hälfte hat aus Vertraulichkeitsgründen keine Auskünfte verteilt. Dabei haben alle, die sich zum Einsatz von Patronatserklärungen geäußert haben, bestätigt, dass externe Patronatserklärungen bei der Kreditsicherung eine Rolle spielen. Es handele sich um „alltägliche“, „weit verbreitete“, „häufig eingesetzte“ Kreditsicherheiten.

Ziel einer solchen Befragung konnte es natürlich nicht sein, ein repräsentatives Meinungsbild einzuholen, sondern ein Stimmungsbild zu erlangen sowie mit Unternehmensvertretern in Kontakt zu kommen und über die in der Praxis auftretenden Probleme zu sprechen.

Repräsentatives Zahlenmaterial zur Verbreitung von Patronatserklärungen und Liquiditätszusagen liegt aus mannigfachen Gründen auch bei den Umfragen von *J.Koch, La Corte* etc. nicht vor.

So decken sich auch die Erfahrungen der Verfasserin der vorliegenden Arbeit mit den Erfahrungen der Mehrzahl der anderen Autoren, dass vor allem Banken aber auch Unternehmen, auf konkrete Fragen nach Häufigkeit der Verwendung bzw. Hereinnahme etc. zurückhaltend reagieren. Es wurde in einigen Fällen darauf verwiesen, dass entweder keine entsprechenden statistischen Zahlen erfasst werden oder aus Sicherheits- sowie Vertraulichkeitsgründen keine Auskünfte erteilt würden. Häufig wurde darauf Bezug genommen, dass es sich um geschäftspolitisch sensible, unternehmensinterne Daten („Selected-Disclosure-Thematik“) handeln würde, die auch für weitere Anfragegruppen wie Ratingfirmen und Analysten interessant seien, und zu denen daher keine dezidierten Angaben gemacht werden könnten. Noch zurückhaltender reagierten die angeschriebenen Unternehmensver-

cherheit vorkommen. Interessant ist daneben die Einschätzung der Unternehmensvertreter/Bankenvertreter zum Sicherheitswert einer Ausstattungserklärung: Das Meinungsbild ist insofern uneinheitlich. So haben 15 Befragte angegeben, der Sicherungswert einer Patronatserklärung korrespondiere mit demjenigen der Bürgschaft. 14 Teilnehmer bevorzugen klassische Sicherheiten mit Direktzugriff. 7 Unternehmen haben geäußert, auch interne Erklärungen einzusetzen.

42 Die Unternehmen wurden ausgehend von einem in einem Artikel der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 5. Juni 2005 veröffentlichten Ranking ausgewählt.

treter, auf Fragen zu Liquiditätszusagen außerhalb eines Kreditsicherungskontextes, d.h. zum Einsatz von internen Erklärungen als allgemeines Finanzierungsinstrument/Sanierungsinstrument. Liquiditätszusagen würden laut der befragten Unternehmen nur vereinzelt abgegeben⁴³ und spielten eher eine untergeordnete Rolle, da auf andere Konzernfinanzierungsstrukturen zurückgegriffen werde.

Während der Bearbeitung der Thematik hat sich der Eindruck verfestigt, dass diese Antworten mit der Größe der befragten Unternehmen bzw. Konzerne zusammenhängen.⁴⁴ Bestätigt wird diese These durch die Aussagen von *Bigus/Langer/Schiereck*,⁴⁵ die in ihrem Aufsatz einen Überblick über den Stand der empirischen Forschung zur Kreditbesicherung geben und auf Arbeiten verweisen, in denen festgestellt worden ist, dass insbesondere kleine Handwerks- und Dienstleistungsbetriebe mit 10 bis 100 Beschäftigten ihre Bankkredite aus dem Privatvermögen, beispielsweise mit Bürgschaften und sonstigen Personalsicherheiten absichern.⁴⁶ Darüber hinaus wird darauf verwiesen, dass bei größeren Unternehmen in Deutschland die Sicherung über Haftungszusagen der Gesellschafter (sprich Liquiditätszusagen) eher die Ausnahme darstellt.⁴⁷

Daneben muss davon ausgegangen werden – was auch von einigen Unternehmensvertretern angedeutet worden ist –, dass es sich insbesondere bei Liquiditätszusagen als Sanierungsinstrumente um einen geschäftspolitisch sensiblen Bereich handelt, über den noch weniger Informationen nach außen dringen sollen, als zu Kreditsicherheiten.⁴⁸

43 Die Verwendung von Liquiditätszusagen in dem hier verstandenen Sinne wurde bei meiner Umfrage lediglich von 2 Unternehmensvertretern bestätigt. Dies deckt sich auch mit den von *La Corte* ermittelten Zahlen. Von 37 Fragebögen im Rücklauf hatten 7 Unternehmen angegeben, dass sie auch interne Erklärungen einsetzen.

44 Sowohl *La Corte* (Fragebögen an alle im DAX 30, M-DAX und Tec-DAX gelisteten Unternehmen) als auch die Verfasserin der hier vorliegenden Arbeit (30 umsatzstärksten Unternehmen aus Industrie, Handel und Dienstleistungssektor) hatten „große“ Unternehmen bzw. Konzerne und keine mittelständischen Unternehmen um Auskünfte gebeten.

45 Bigus/Langer/Schiereck, ZBB 2004, 465, 473.

46 In diese Richtung gehen auch die Schlussfolgerungen von *Meyer/Hermes* (GmbHR 2005, 807, 813) die in ihrer Befragung, der Frage nachgehen, inwieweit die GmbH ein Schutzschild in der Insolvenz darstellt. Dort haben über zwei Drittel der befragten Gesellschafter angegeben, dass einige wichtige, private Vermögensgegenstände oder das gesamte Privatvermögen verloren gegangen sind. Zurückzuführen ist dies vor allem darauf, dass zu Kreditsicherungszwecken 20 % der Befragten ihr Privatgrundstück belastet haben und 25 % der Befragten Bürgschaften/oder andere Personalsicherheiten abgegeben haben.

47 Bigus/Langer/Schiereck, ZBB 2004, 465, 473.

48 Möglicherweise hätte eine Befragung von Kanzleien mit Schwerpunkt Unternehmensberatung/Sanierung und von Insolvenzverwaltern – immer deren Auskunftsbereitschaft vorausgesetzt – weitere Erkenntnisse zur Verwendung von Liquiditätszusagen mit Sanierungsfunktion gebracht.

Ferner ist auch an branchenspezifische Besonderheiten zu denken: In der Versicherungswirtschaft etwa spielen interne Erklärungen gegenüber (Tochter-)gesellschaften im Rahmen des Ratings von Versicherungskonzernen eine Rolle.⁴⁹ Ratings sind nichts anderes als Bewertungen, welche die Fähigkeiten eines Unternehmens beschreiben, den momentanen und zukünftigen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Sie dienen den Versicherungsnehmern, den Maklern, Investoren, Rück- bzw. Erstversicherern und Aufsichtsbehörden dazu, die Wettbewerber zu sondieren und ihren Informationsbedarf zu decken.⁵⁰ Dabei werden interne Erklärungen, durch die die Konzernmutter ihre Unterstützung für die (Tochter-)gesellschaften zum Ausdruck bringt, von Rating-Agenturen vorausgesetzt, damit eine (Tochter-)gesellschaft als strategisch wichtige (Tochter-)gesellschaft eingeordnet und ihr das Konzern-Rating zugeteilt werden kann.

Ein Indiz für die Verbreitung und die sich in der Praxis stellenden Probleme ist natürlich auch das, was in der Rechtsprechung und Literatur zu dem Themenkreis „ankommt“. Herangezogen werden können dabei einige in den letzten Jahren zu Liquiditätszusagen ergangenen Entscheidungen der Obergerichte.⁵¹ Auffällig ist daneben die Entwicklung, was juristische Publikationen zu diesem Thema angeht. Hier kann konstatiert werden, dass Praktiker, die im Bereich Unternehmensberatung, Sanierung, Insolvenzverfahren tätig sind, in den letzten Jahren verstärkt Liquiditätszusagen und sich um diese rankende Praxisprobleme in Aufsätzen thematisiert haben.⁵² Demnach spielt die Frage von Haftungsrisiken beispielsweise auch im Kontext von Unternehmenskäufen eine Rolle. Sie beschäftigt den Käufer eines Unternehmens, wenn die Zielgesellschaft gegenüber Tochterunternehmen Patronatserklärungen abgegeben hat und wird im Rahmen von Due-Diligence-Prüfungen bei Unternehmenskäufen von Konzerngesellschaften unter dem Gesichtspunkt, inwieweit solche Risiken durch Beendigung der Patronatserklärung eingeschränkt werden können, thematisiert.⁵³

Auch die gesamtwirtschaftliche Entwicklung beeinflusst die Hereinnahme von Kreditsicherheiten und den Bedarf an Konsolidierungsmaßnahmen allgemein. *Bigus/Langer/Schiereck*⁵⁴ weisen daraufhin, dass umso mehr Kreditsicherheiten

49 *Nguyen*, VW 2006, 357 f. Diesen Verwendungsbereich erläuterte ein Unternehmensvertreter eines großen deutschen Versicherungskonzerns der Verfasserin der hier vorliegenden Arbeit im persönlichen Gespräch.

50 *Nguyen*, VW 2006, 357, 359.

51 OLG Celle OLGR Celle 2001, 39; LG München II, ZInso 2004, 626; OLG München, ZInso 2004, 1040 ff.; BGH WM 2006, 1202, 1203; BGH NJW 2010, 3442-3445.

52 *Küpper/Heinze*, Die „harte“ Patronatserklärung in der Insolvenz, ZInso 2006, 913-918; *Mirow*, Der Konzern 2006, S. 112-121; *Tetzlaff*, Patronatserklärungen – ein unkalkulierbare Haftungsrisiko für den Patron, ZInso 2008, 337-347.

53 v. *Rosenberg/Kruse*, BB 2003, 641 ff.

54 *Bigus/Langer/Schiereck*, ZBB 2004, 465, 470.

eingesetzt und gefordert werden, je schlechter die wirtschaftliche Lage ist. In Krisenzeiten spielen natürlich für die Unternehmen auch Sanierungsinstrumente, wie z.B. Liquiditätszusagen eine größere Rolle. Gleichzeitig drängt sich die Frage nach Haftungsrisiko/Haftungsbegrenzung noch stärker auf und die neuralgischen Punkte im Hinblick auf Liquiditätszusagen treten noch deutlicher zu Tage. Kommt es schließlich zur Insolvenz, sind Insolvenzverwalter⁵⁵ häufig mit solchen Erklärungen konfrontiert und prüfen, ob Ansprüche der Insolvenzmasse gegenüber dem Patron/Versprechenden bestehen. Dabei liegen diese Ansprüche nicht zwangsläufig auf der Hand, sondern sind auf Erklärungen bzw. die entsprechenden Verträge zu stützen, die unter Umständen zum Zeitpunkt der Einleitung eines Insolvenzverfahrens nicht mehr existent sind, da sie aufgehoben oder Haftungsverflechtungen anderweitig unterbunden worden sind.

55 Tetzlaff, ZInsO 2008, 337.