



Philipp Verenkotte

Patronatserklärungen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung

Eine Untersuchung unter besonderer
Berücksichtigung der Rechtsfolgen in der
Insolvenz der Tochtergesellschaft sowie der
Kündigungsmöglichkeiten für den Patron

Einleitung

I. Problemstellung

Patronatserklärungen sind in der heutigen Konzernpraxis weit verbreitet. Sie finden sowohl als Kreditsicherheit als auch als konzernpolitische Stütze für eine finanziell angeschlagene Tochtergesellschaft Verwendung. Doch so bekannt der Begriff „Patronatserklärung“ auch ist, so unscharf sind die rechtlichen Konstruktionen und die damit verbundenen Rechtsfolgen, die mit diesen Erklärungen einhergehen.

So ist zunächst zu klären, was unter einer Patronatserklärung zu verstehen ist und welche Rechtsnatur welche Erklärungsart aufweist. Wie hat sich die Patronatserklärung entwickelt? Was genau ist eine „harte“ Patronatserklärung und was ist unter einer „weichen“ Erklärung zu verstehen? Wann spricht man von einer „internen“ Patronatserklärung?

Ebenso gilt es zu beleuchten, welche Rechtsfolgen eine Patronatserklärung auslöst. Hier bestehen erhebliche Unterschiede sowohl zwischen weichen und harten als auch zwischen internen und externen Erklärungstypen. Wer kann bei normalem Geschäftsgang welche Leistung vom Patron fordern? Welche Arten von weichen Patronatserklärungen gibt es? Lösen diese weichen Erklärungen überhaupt Primärleistungspflichten aus? Wenn ja, wie sind diese gestaltet? Macht ein Patron sich im Insolvenzfall der Tochtergesellschaft schadensersatzpflichtig oder bleibt seine Verpflichtung aus dem Patronatsvertrag bestehen? Insbesondere in dieser Fallkonstellation ist die Rechtslage nicht eindeutig geklärt und bedarf der Diskussion.

Weiterhin stellt sich die Frage, inwieweit eine Patronatserklärung dazu geeignet ist, eine drohende Zahlungsunfähigkeit auf der einen Seite und eine drohende oder bereits bestehende Überschuldung der begünstigten Tochtergesellschaft auf der anderen Seite zu vermeiden oder gar zu beseitigen. Bei dieser Problematik – die vorwiegend bei der harten internen Patronatserklärung auftaucht – wird insbesondere auf den durch das Finanzmarkstabilisierungsgesetz (FMStG) geänderten Überschuldungsbegriff einzugehen sein.

Schwer umstritten ist zuletzt die Frage nach der Möglichkeit einer Kündigung oder sonstigen Beendigung der Patronatserklärung durch den Patron. Ist eine

Beendigung überhaupt möglich? Wie beeinflusst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Tochter die Beendigungsmöglichkeiten? Besonders schwierig gestaltet sich der Fall, wenn der Patron seine Erklärung kurz vor der Insolvenz der Tochter gekündigt hat. Ist diese Kündigung rechtswirksam? Bis zu welchem Zeitpunkt wäre sie es noch? Nach alter Rechtslage boten sich hier Parallelbetrachtungen zum Eigenkapitalersatzrecht (§§ 32a, 32b GmbHG a.F.) an, die an das Merkmal „Krise der Gesellschaft“ anknüpften. Jedoch ist das Eigenkapitalersatzrecht in seiner ursprünglichen Form durch das am 1.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) abgeschafft worden und mit ihm das Merkmal „Krise der Gesellschaft“. Bieten sich dennoch etwaige Parallelen zu der Rechtsprechung des BGH zum so genannten Finanzplankredit an?

Viele der genannten Probleme haben insbesondere durch die Entscheidung des BGH vom 20.9.2010 („STAR 21“) neuen Schwung erhalten. In diesem Urteil nimmt der BGH zu Fragen der Kündbarkeit und der Tauglichkeit einer (internen) Patronatserklärung als Sanierungsinstrument Stellung. Diese Entscheidung wird ebenfalls ausführlich zu diskutieren sein.

Ziel dieser Arbeit ist es, die oben genannten Probleme darzustellen und sie einer rechtlich einwandfreien Lösung zuzuführen, die sowohl den Interessen des Patrons als auch den Bedürfnissen der begünstigten Gesellschaft und deren Gläubiger hinreichend Rechnung trägt.

II. Gang der Untersuchung

In einem ersten Schritt gilt es darzustellen, wie die Patronatserklärung als Rechtsinstitut entstand und welche begrifflichen Schwierigkeiten mit der Verwendung des Terminus „Patronatserklärung“ einhergehen. Hierbei wird darzulegen sein, welche Arten von Patronatserklärungen es gibt, wann sie Rechtswirkung entfalten, wie eine Abgrenzung der „harten“ von den „weichen“ Erklärungstypen vorzunehmen ist und wann sie als „interne“ oder „externe“ Erklärungen zu klassifizieren sind.

Anschließend sollen die Rechtsnatur und die Rechtsfolgen der externen Patronatserklärungen diskutiert werden. Hier ist eine Differenzierung zwischen weichen und harten Erklärungstypen angebracht. Hinsichtlich der harten externen Patronatserklärung sind zunächst die Rechtsfolgen während des normalen Geschäftsgangs und anschließend in Krise und Insolvenz der Tochtergesellschaft zu beleuchten. In Bezug auf die weichen Erklärungstypen ist zunächst eine Unterscheidung nach den verschiedenen Erscheinungsformen dieser Erklärungsart

vorzunehmen. Hierbei soll jeweils ein Blick auf die Primär- und Sekundärleistungspflichten des Patrons geworfen werden.

Im Anschluss daran ist die interne Patronatserklärung näher zu beleuchten. Zunächst soll die – reichlich umstrittene – Rechtsnatur dieser Vereinbarung geklärt werden, anschließend deren Rechtsfolgen. Auch hier ist zwischen den Rechtsfolgen während des regulären Geschäftsgangs und den rechtlichen Auswirkungen von Krise und Insolvenz der Tochtergesellschaft zu differenzieren. Insbesondere sei hier das Augenmerk auf die Frage gerichtet, ob die interne Patronatserklärung eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Tochtergesellschaft vermeiden, wenn nicht gar beseitigen kann.

In einem darauf folgenden Schritt sollen die Möglichkeiten der Mutter diskutiert werden, sich von einer rechtswirksamen – internen oder externen – Patronatserklärung zu lösen. Hierbei sind zunächst die grundsätzlich bestehenden Beendigungsmöglichkeiten einer Patronatserklärung zu nennen, wobei diese Betrachtung nach interner und externer Erklärung getrennt zu erfolgen hat. Anschließend sind die Beendigungsmöglichkeiten im Krisenfall der Tochtergesellschaft und deren Insolvenz zu beleuchten. An dieser Stelle wird detailliert auf die „STAR-21“-Entscheidung des BGH einzugehen sein. Ebenso sind dort die Fragen zu diskutieren, inwieweit die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts und des Finanzplankredits relevant für eine etwaige Kündigung der Muttergesellschaft sind, oder inwiefern eine Beendigung möglicherweise der Insolvenzanfechtung unterliegt.

Die gewonnenen Erkenntnisse werden abschließend in einer Schlussbetrachtung zusammengefasst, wobei die Ergebnisse der Untersuchung in Thesen zusammengestellt werden sollen.

§ 1 Entstehung der Patronatserklärung – Erfassung eines unscharfen Begriffs

I. Entstehung und Verbreitung der Patronatserklärung in der deutschen Rechtspraxis

Ursprünglich ist die Patronatserklärung ein Produkt der deutschen Kautelarpraxis Ende der 60er Jahre des 20. Jahrhunderts. Damals diente sie der Umgehung einer Steuerpflicht für herkömmliche Kreditsicherungsmittel aus § 3 Abs. 2 Kapitalverkehrssteuergesetz (KVStG)¹. Obwohl die Finanzverwaltung diese Regelung schon bald auf die Patronatserklärung ausweitete und schließlich das Gesetz wenige Jahre später mit Wirkung zum 1.1.1972 aufgehoben wurde², verbreitete sich die Patronatserklärung weiter.³ Zunächst waren es erneut Umgehungsmotive, die für eine Beibehaltung dieses Kreditsicherungsmittels sorgten: Durch die Verwendung einer Patronatserklärung sollte die Bilanzierungspflicht für Kreditsicherungsmittel des § 151 Abs. 5 AktG 1965 umgangen werden. Doch auch nachdem das Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW) 1976 den wirtschaftlich relevantesten Fall der Patronatserklärung – die so genannte „harte externe Patronatserklärung“ – als vermerkungspflichtig einstufte⁴ und ihr somit scheinbar erneut die Daseinsberechtigung entzog, fand die Patronatserklärung in der Rechtspraxis eine stetig wachsende Verbreitung.

Eine exakte Bestandsaufnahme der heutigen Verbreitung von Patronatserklärungen im deutschen Wirtschaftsleben erweist sich allerdings als äußerst schwierig. Zwar wurden immer wieder Versuche unternommen, konkrete Zahlen über die Verbreitung von Patronatserklärungen zu ermitteln,⁵ diese fanden ihre Grenzen

1 Eingeführt durch Gesetz 16.10.1934 (RGBl. I S. 1058).

2 Durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Kapitalverkehrssteuergesetzes vom 23.1.1971 (BGBl. I. S. 2134).

3 Ausführlich zu dieser Entwicklung *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 33 ff.

4 *IdW (Hauptfachausschuss)*, WPg 1976, 528, 530, 534 f.

5 Insbesondere zu verweisen ist auf die Untersuchungen von *Köhler*, WM 1978, 1338; *Hoffmann*, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht (1989), S. 37; *Michalski*, WM 1994, 1229 (1230); *Fried*, Die weiche Patronatserklärung (1998), S. 67; *Koch*, Die Patronatserklärung (2005), S. 65; *La Corte*, Die harte

jedoch regelmäßig in der geringen Auskunftsbereitschaft der Großbanken, die als Erklärungsempfänger eines derart gestalteten Kreditsicherungsmittels primär in Betracht kamen. Aus heutiger Sicht tritt erschwerend hinzu, dass die Patronatserklärung (insbesondere die harte) sich bereits soweit im unternehmerischen Handel etabliert hat, dass sie vermehrt auch direkt gegenüber zukünftigen Geschäftspartnern abgegeben wird.⁶ Somit hat sich nicht nur ihr Anwendungsbereich erweitert, auch die sowieso nur spärlich vorgetragenen Informationen der Großbanken lassen kein eindeutiges Bild über die Verbreitung der Patronatserklärung mehr zu.

Folglich lässt sich der genaue Bestand nur schätzen – Einigkeit herrscht aber insoweit, als die Bedeutung der Patronatserklärung im heutigen Wirtschaftsleben „kaum zu überschätzen“⁷ ist. Schon Ende der 90er Jahre bemerkte *Fleischer* einen „enormen Bedeutungsaufschwung“⁸ der Patronatserklärung und *Wittig* stufte sie als Sicherungsmittel gar als „so alltäglich“ ein, „daß man geneigt [sei], sie zu den klassischen bankmäßigen Sicherheiten zu zählen“⁹.

Die wenigen verlässlichen Zahlen verdeutlichen diese Einschätzung: Die 1998 von *Fried* durchgeführte Untersuchung ergab, dass bei einzelnen Kreditinstituten bis zu ca. 20% aller Kredite mit Patronatserklärungen abgesichert seien.¹⁰ Die z.Zt. aktuellste Untersuchung von *Koch*, der für seine Nachforschungen sowohl Banken als auch Großunternehmen und Kanzleien um Informationen über ihre Erfahrung mit Patronatserklärungen bat,¹¹ ergab, dass auf Unternehmensseite von 22 auskunftsbereiten Unternehmen nur zwei noch nie eine Patronatserklärung gegenüber einer ihrer Tochtergesellschaften abgegeben hatten. Bei sieben von ihnen spielte die Patronatserklärung für die Kreditsicherung der Tochterunternehmen sogar „eine große Rolle“.¹² Auch die Rückmeldungen seitens der Anwaltskanzleien attestierte der Patronatserklärung einheitlich „eine erhebliche Bedeutung in der Kreditsicherungspraxis“.¹³ Allerdings gaben die befragten Großbanken auch bei dieser Untersuchung nur sehr zurückhaltend Auskunft darüber, wie viele Kredite tatsächlich von Patronatserklärungen gesichert sind. Lediglich drei Banken waren

Patronatserklärung (2006), S. 40 ff., und *Wagner*, Haftungsrisiken aus Liquiditätszusagen und Patronatserklärungen in der Unternehmenskrise (2011), S. 31 ff.

6 Ausführlich dazu *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 68 ff. mwN.

7 *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 4.

8 *Fleischer*, ZHR 163 (1999), 461 (467).

9 *Wittig* in: Hellner/Steuer, Bankrecht und Bankpraxis, Bd. 2, Rn. 4/2850.

10 *Fried*, Die weiche Patronatserklärung, S. 67.

11 *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 7.

12 *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 65.

13 *Koch*, Die Patronatserklärung, aaO.

bereit, Auskunft über den prozentualen Anteil der gesicherten Kredite zu geben. Nach deren Bericht seien ungefähr 5–10% des gewerblichen Kreditvolumens durch Patronatserklärungen abgesichert.¹⁴

Die enorme Bedeutung der Patronatserklärung im aktuellen Wirtschaftsleben wird allerdings anhand der Auskünfte über die gesicherten Kreditvolumina erneut deutlich: Hatte Ende der 70er Jahre *Mosch* noch eine durchschnittliche Kreditsumme von über 2 Mio. DM ermittelt¹⁵ und berichtete *Hoffmann* 1989 von Patronatserklärungen mit gesicherten Krediten in Höhe von bis zu 100 Mio. DM¹⁶, so scheinen sich diese Werte der oben angeführten Untersuchung von *Koch*¹⁷ nach noch weiter nach oben verschoben zu haben. So berichteten sowohl Unternehmen und Kanzleien als auch die Banken von gesicherten Krediten im „zweistelligen Millionenbereich“, eine Bank und zwei Unternehmen gar von „Sicherungsvolumina in Milliardenhöhe“, so dass *Koch* eine ungefähre Durchschnittshöhe eines durch Patronatserklärung gesicherten Kredites von 10–50 Mio. Euro ermittelt.¹⁸ Diese Einschätzung ist sicherlich insoweit zu relativieren, als *Koch* bei seiner Untersuchung lediglich Großunternehmen in seine Umfrage einbezog, so dass – worauf *Koch* auch richtigerweise selbst verweist¹⁹ – insbesondere bei kleineren, regionalen Unternehmen und Kreditinstituten auch Patronatserklärungen mit weit niedrigerer Sicherungssumme verbreitet sind.

Dennoch belegen die oben angeführten Zahlen und Erkenntnisse die weite Verbreitung der Patronatserklärung im deutschen Wirtschaftsraum und ihre enorme Bedeutung für die Rechtspraxis.

II. Begriffliche Schwierigkeiten

So gängig der Begriff „Patronatserklärung“ im deutschen Wirtschaftsrecht mittlerweile ist, so schwer ist er dennoch exakt zu fassen. Hinter diesem Begriff steckt kein fest definiertes Sicherungs- oder Sanierungsmittel, wie etwa die gesetzlich festgeschriebene Bürgschaft oder Garantie, sondern eine Vielzahl von Erklärungen einer Muttergesellschaft über ihre wie auch immer geartete

14 *Koch*, Die Patronatserklärung, aaO.

15 *Mosch*, Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften, S. 16.

16 *Hoffmann*, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht, S. 36.

17 *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 7.

18 *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 69.

19 *Koch*, Die Patronatserklärung, aaO.

Absicht, eine ihrer Tochtergesellschaften finanziell zu unterstützen. Eine genaue Definition ist schon deshalb nicht möglich, weil die unter den Begriff „Patronatserklärung“ fallenden Maßnahmen der Mutter sowohl reine Absichtserklärungen (mit sog. „good-will“-Charakter)²⁰ als auch rechtsverbindliche Ausstattungsverpflichtungen umfassen. Das Ausmaß der begrifflichen Flexibilität wird an den oft nicht ohne Resignation vorgetragenen Einschätzungen im Schrifttum deutlich, hinter dem Begriff der Patronatserklärung verberge sich ein „wucherndes Randwerk von Erklärungen“²¹, ein „rechtlich diffuser, deskriptiver Sammelbegriff für eine Vielzahl inhaltlich unterschiedlichster Erklärungen“²² aufgrund deren Fülle und Wandelbarkeit des Begriffs ein erschöpfender Überblick nicht mehr möglich sei.²³

Die wohl treffendste und mit am häufigsten zitierte Umschreibung der Patronatserklärung stammt von *Rümker* aus dem Jahre 1974. Ihr – wie allen anderen Versuchen – ist zu Eigen, dass sie die Schwierigkeit, mit der der Begriff zu fassen ist, deutlich formuliert:

„Der Terminus „Patronatserklärung“ ist ein Sammelbegriff für eine Reihe von Erklärungen, deren juristische Bandbreite von Mitteilungen mit „good-will“-Charakter bis zur Verpflichtung mit garantieähnlichem Inhalt reicht.“²⁴

Die Wurzel dieses Problems liegt in der oben dargestellten Entstehungsgeschichte der Patronatserklärung. Sie stellt kein gesetzlich normiertes Kreditsicherungsmittel dar,²⁵ sondern ist ein Produkt der deutschen Anwaltschaft der späten 60er Jahre. In Form der internen Patronatserklärung ist sogar sehr

20 Allgemein verwendeter Begriff, zuerst wohl bei *Rümker*, WM 1974, 990, aktuell vgl. z.B. *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 19.

21 *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 4.

22 *Wolf*, IPRax 2000, 477.

23 Vgl. *Hoffmann*, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht, S. 2, 13 f.

24 *Rümker*, WM 1974, 990. Exakt auch so *Fischer* in: *Lwowski/Fischer/Langenbucher*, Das Recht der Kreditsicherung, § 9 Rn. 235 mwN.

25 Außen vor bleibt bei dieser Betrachtung die Definition einer Patronatserklärung als „eine Willenserklärung, die das Institut verpflichtet, die Erfüllung der Verbindlichkeiten eines anderen Unternehmens sicherzustellen“ in § 1 Abs. 4 der Verordnung über die Erfassung, Bemessung, Gewichtung und Anzeige von Krediten im Bereich der Großkredit- und Millionenkreditvorschriften des Gesetzes über das Kreditwesen (Großkredit- und Millionenkreditverordnung) vom 29.12.1997 (BGBl. I S. 3418), die zum einen nur für bankaufsichtsrechtliche Bedürfnisse zugeschnitten ist und zum anderen die rechtstatsächliche Verwendung bei Weitem verfehlt.

zweifelhaft, ob dieser Erklärungstyp überhaupt als Kreditsicherungsmittel zu qualifizieren ist. Die Patronatserklärung stellt also auch keinen festen Rechtsbegriff dar.²⁶ Somit lässt sich auch nur aus Sicht der Praxis, also anhand der tatsächlichen Verwendung des Begriffs „Patronatserklärung“ ein Eindruck davon gewinnen, welche Unterschiede und welche Gemeinsamkeiten die Vielzahl von Erklärungen aufweisen, die üblicherweise als Patronatserklärung genannt werden.

1. Typische Formulierungsmuster

Im Laufe der Jahrzehnte haben sich einige standardisierte Formulierungsmuster bei der Verwendung von Patronatserklärungen gebildet. Nichts desto trotz lassen sich alle verschiedenen Erklärungsmuster mittlerweile nicht mehr überschauen.²⁷ Zwar gab es zahlreiche Versuche alle verschiedenen Erklärungsmuster zahlenmäßig zu erfassen; *Gerth* erfasste 1978 die damals 11 häufigsten Erklärungen²⁸, *Mosch* zählte im selben Jahr 22 unterschiedliche Patronatserklärungen²⁹. Der letzte Versuch, die unterschiedlichen Patronatserklärungen zahlenmäßig zu erfassen, erfolgte im Jahr 1998 von *Fried*, der 36 Grundtypen auflistete. Jedoch musste auch er ausdrücklich darauf hinweisen, dass Abwandlungen einzelner Erklärungstypen nicht berücksichtigt seien.³⁰

Die folgenden Beispiele sollen somit nur einen ersten, groben Überblick über die verschiedenen Erklärungsmöglichkeiten verschaffen – oft werden Teile eines Erklärungstyps mit Teilen eines anderen kombiniert, ergänzt oder ausgetauscht, so dass auf diese Weise wieder neue Erklärungen entstehen.³¹

a. Die harte Patronatserklärung

Im Folgenden soll zunächst auf die so genannte „harte“ Patronatserklärung eingegangen werden – unter der die wohl herrschende Meinung in Literatur und

26 *Maier-Reimer/Etzbach*, NJW 2011, 1110.

27 So auch *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 15 mwN.

28 *Gerth*, Atypische Kreditsicherheiten, S. 31 ff.

29 *Mosch*, Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften, S. 8 ff. Zwar führt er 26 Nummern auf, verweist jedoch darauf, dass es sich bei Nr. 19–22 um keine Patronatserklärungen im eigentlichen Sinne handelt.

30 *Fried*, Die weiche Patronatserklärung, S. 31.

31 Dazu auch *Koch*, Die Patronatserklärung, S. 14 (insb. Fn. 16, 17).