

## Regulierung durch EU-Beihilfenrecht in der Finanz- und Staatsschuldenkrise

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), Bonn, und  
Rechtsanwalt Dr. Ulrich Soltész, Brüssel\*

### I. Die Rechtsgrundlagen EU-beihilfenrechtlicher Regulierungsmaßnahmen

Die Europäische Kommission beschränkt sich in der Finanz- und Staatsschuldenkrise im Bankensektor im Rahmen der Beihilfekontrolle nach Artikel 107 f. AEUV nicht auf die Aufrechterhaltung eines chancengleichen, funktionsfähigen Wettbewerbs, sondern gestaltet aufgrund von Beihilfegenehmigungen die zukünftigen Rahmenbedingungen für die Bankenlandschaft, insbesondere mittels sog. „Zusagenpakete“. Diese proaktiven Maßnahmen - und der hiermit einhergehende Paradigmenwechsel - finden ihr rechtliches Fundament allen voran in dem Genehmigungstatbestand des Artikel 107 Abs. 3 lit. b AEUV („Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats“) und der Verfahrensermächtigung nach Artikel 7 Abs. 4 VO 659/1999<sup>1</sup>, wonach Positiventscheidungen mit verhaltensbezogenen und strukturellen Bedingungen und Auflagen verbunden werden können. Das EU-Beihilfenrecht leistet damit einen Beitrag zur Bewältigung der Finanz- und Staatsschuldenkrise.

Im Zuge der Finanz- und Staatsschuldenkrise hat die Europäische Kommission sechs Mitteilungen erlassen, die die Voraussetzungen für die Prüfung von Bankenbeihilfen, und somit gleichzeitig die inhaltliche Reichweite der möglicherweise aufzuerlegenden Nebenbestimmungen, näher konkretisieren. Im Wesentlichen sind dies: die erste Bankenmitteilung<sup>2</sup>, die Rekapitalisierungsmitteilung<sup>3</sup>, die Impaired-Asset-Mitteilung<sup>4</sup> und die Umstrukturierungsmitteilung<sup>5</sup>. Hinzu treten die Verlängerungsmitteilungen vom Dezember 2010<sup>6</sup> sowie vom Dezember 2011<sup>7</sup>, mit denen das ursprünglich bis Ende 2010 befristete Krisenregime weiter verlängert und im Hinblick auf die „Sovereign debt crisis“ modifiziert wurde.

Das EU-beihilfenrechtliche Prüfungsprogramm gründet danach auf drei Grundsätzen:

(1) Die langfristige Lebensfähigkeit der notleidenden Bank muss im Rahmen eines Umstrukturierungsplanes sichergestellt werden („Viability“);

(2) Das begünstigte Unternehmen und seine Anteilseigner müssen einen erheblichen „Eigenbeitrag“ leisten („Burden Sharing“);

(3) Zur Kompensation der mit einer Beihilfe verbundenen Wettbewerbsverzerrung muss das Unternehmen zusätzliche „Ausgleichsmaßnahmen“ ergreifen („Competition“).

Diese drei Grundsätze waren bereits in den allgemeinen (sektorenübergreifenden, horizontalen) „R&U-Leitlinien“<sup>8</sup> der Kommission aus dem Jahr 2004 enthalten und wurden durch die aufgeführten Mitteilungen an die erhöhten Herausforderungen der Krise ange-

passt. Die Auflagen und Bedingungen, die von der Europäischen Kommission im Rahmen eines konkret-individuellen Zusagenpaketes auferlegt werden, sind ihrem Umfang nach struktureller Natur und/oder Verhaltensbeschränkungen. Bei den strukturellen Zusagen handelt es sich in der Regel um die Veräußerung von Geschäftsbereichen, Tochtergesellschaften, Kundenportfolios, die Schließung oder Veräußerung von Niederlassungen, womit vor allem der Marktzutritt von Wettbewerbern sowie grenzübergreifende Tätigkeiten gefördert werden sollen<sup>9</sup>. Die Umstrukturierungsmitteilung nennt weiterhin als mögliche Inhalte bspw. „Werbeverbote“, das Verbot der „Unterbietung“ von Wettbewerbern<sup>10</sup>, Expansionsbeschränkungen<sup>11</sup> und das Verbot der Akquisition von Wettbewerbern<sup>12</sup>. Das „Non-price leadership Commitment“ verbietet es den staatlich unterstützten Banken, Produkte zu günstigeren Konditionen anzubieten als ihre Wettbewerber<sup>13</sup>. Vor allem bei den Verhaltenszusagen ist die Kommission überaus kreativ. So hat sie teilweise eine Verpflichtung zur Einhaltung einer Mindestrentabilität<sup>14</sup> eingefordert. Im Fall Bank of Ireland musste der Beihilfempfänger seinen aktuellen und potentiellen Wettbewer-

\* Ulrich Soltész ist Partner einer Rechtsanwaltskanzlei. Für die vielfältigen Anregungen zu diesem Kurzbeitrag danken die Autoren den Teilnehmern des First Round Table on State Aid Law Regulation of Financial Markets and Institutions, der erstmals am 19.10.2012 unter der Schirmherrschaft von Gleiss Lutz und dem Zentrum für Europäische Integrationsforschung in Bonn zusammengetreten ist.

<sup>1</sup> Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22.3.1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, Amtsblatt Nr. L 83 vom 27.3.1999, S. 1-9.

<sup>2</sup> Mitteilung der Kommission - Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise, Amtsblatt Nr. C 270 vom 25.10.2008, S. 8-14.

<sup>3</sup> Mitteilung der Kommission - Die Rekapitalisierung von Finanzinstituten in der derzeitigen Finanzkrise: Beschränkung der Hilfen auf das erforderliche Minimum und Vorkehrungen gegen unverhältnismäßige Wettbewerbsverzerrungen, Amtsblatt Nr. C 10 vom 15.1.2009, S. 2-10 (Rekapitalisierungsmitteilung).

<sup>4</sup> Mitteilung der Kommission über die Behandlung wertgeminderter Aktiva im Bankensektor der Gemeinschaft, Amtsblatt Nr. C 72 vom 26.3.2009, S. 1-22 (Impaired-Asset-Mitteilung).

<sup>5</sup> Mitteilung der Kommission über die Wiederherstellung der Rentabilität und die Bewertung von Umstrukturierungsmaßnahmen im Finanzsektor im Rahmen der derzeitigen Krise gemäß den Beihilfavorschriften, Amtsblatt Nr. C 195 vom 19.8.2009, S. 9-20 (Umstrukturierungsmitteilung).

<sup>6</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der Finanzkrise ab dem 1.1.2011, Amtsblatt Nr. C 329 vom 7.12.2010, S. 7-10.

<sup>7</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise ab dem 1.1.2012, Amtsblatt Nr. C 356 vom 6.12.2011, S. 7-10.

<sup>8</sup> Mitteilung der Kommission - Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten, Amtsblatt Nr. C 244 vom 1.10.2004, S. 2-17.

<sup>9</sup> Rdn. 35 der Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>10</sup> Rdn. 37 und 44 der Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>11</sup> Rdn. 36 der Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>12</sup> Rdn. 40 f. der Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>13</sup> Entscheidung der Kommission v. 18.11.2009, C 10/2009, Rdn. 84 - ING.

<sup>14</sup> Entscheidung der Kommission v. 5.4.2012, SA.26674 - ABN AMRO.

bern den Marktzugang erleichtern, was u.a. ein „customer mobility package“ (Unterstützung der Wettbewerber bei der Werbung) sowie die Verbesserung des Zugangs zum Geldautomatennetzwerk umfasste<sup>15</sup>. Diese Ausgleichsmaßnahmen dienen in der Vorstellung der Kommission zur Kompensation der mit der Beihilfe verbundenen Wettbewerbsverzerrungen<sup>16</sup>.

Die überwiegenden Maßnahmen der Europäischen Kommission zielen auf die Reduzierung der Geschäftstätigkeit ab<sup>17</sup>. Zu Beginn der Finanzkrise verlangte die Europäische Kommission noch regelmäßig eine Reduzierung der Bilanzsumme von rd. 50 %<sup>18</sup>; mittlerweile hat sie die Reduzierung der Geschäftstätigkeit um mehr als 80 %<sup>19</sup> bzw. die Zerschlagung von Instituten durchgesetzt<sup>20</sup>.

Im Rahmen des „Burden Sharings“ verlangt die Europäische Kommission, zur Begrenzung etwaiger Wettbewerbsbeschränkungen und zur Vermeidung moralischer Risiken, einen Eigenbeitrag der Begünstigten zu den Umstrukturierungskosten<sup>21</sup>. Die Europäische Kommission verhängt dann im Rahmen einer Positiventscheidung für einen gewissen Zeitraum ein Verbot von Dividendenzahlungen und - im Hinblick auf hybride Kapitalinstrumente - auch ein Zins- und Kuponzahlungsverbot, soweit die Banken rechtlich nicht zur Zahlung verpflichtet sind<sup>22</sup>.

## II. Sieben Thesen zu den Schwerpunkten und offenen Flanken der EU-beihilfenrechtlichen Regulierungspraxis

### 1. Angemessener Paradigmenwechsel in unterschiedlichen Phasen der Finanz- und Staatsschuldenkrise

Die Praxis der Europäischen Kommission zur Genehmigung von Beihilfen in der Finanz- und Staatsschuldenkrise hat in den letzten vier Jahren eine Evolution erfahren. Dies betrifft zunächst die Zielsetzung der Beihilfemaßnahmen. Während es in den ersten Jahren der Finanzkrise vor allem um die Rettung von Banken mittels Zurverfügungstellung von Liquidität und Stärkung der Kapitalbasis ging, liegt der Fokus mittlerweile auf anderen Maßnahmen, die der dauerhaften Wiederherstellung der Lebensfähigkeit oder der Abwicklung (Liquidation) nicht überlebender Banken dienen (insbes. Impaired Assets Schemes bzw. „Bad Banks“).

### 2. Formulierungsprärogative für Zusagen beim Beihilfeempfänger

Die Kommission hat auch ihre „Zusagenpraxis“ verfeinert und weiterentwickelt. Die Zusagenpakete bestehen nicht mehr zwingend aus umfangreichen „Veräußerungscommitments“ (Divestments), da sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen geändert haben. Wie die Erfahrung der Kommission zeigt, ist es nicht einfach, zugesagte Divestments im derzeitigen Marktumfeld durchzuführen. Die Kommission hat sich jedoch beim Monitoring von Veräußerungszusagen flexibel gezeigt und war grundsätzlich bereit, solche Veräußerungszusagen bei Angebot einer Ersatzzusage anzupassen bzw. zu modifizieren<sup>23</sup>. Aus Sicht der Kommission liegt die Formulierungsprärogative für Zusagen beim Beihilfeempfänger, der auch selbst beurteilen kann, ob die von ihm angebotenen Zusagen letztendlich durchführbar sind.

### 3. Mehr marktübliche Flexibilität für strukturierte Bietverfahren (Veräußerungsverfahren)

Aus Sicht der begleitenden Investmentbanken gestaltet sich die Umsetzung der Zusagenpakete, insbesondere der Verkauf von Tochtergesellschaften oder Geschäftsbereichen, schwierig. Ein besonderes Hindernis ist hierbei die Forderung der Kommission nach einem offenen, transparenten, bedingungs- und diskriminierungsfreien Bietverfahren, was nach den Vorgaben der Rechtsprechung (Bank Burgenland<sup>24</sup>) in hohem Maße formalisiert ist. Dieser hohe Grad an Formalisierung ist grundsätzlich nicht vom „Private Vendor Test“ geboten und führt nicht zwingend zu einer Maximierung des zu erzielenden Kaufpreises. Ein „echter“ an der Preismaximierung interessierter „Private Vendor“ führt regelmäßig allenfalls ein strukturiertes, keineswegs offenes Bietverfahren durch und bedient sich dabei regelmäßig der Insider-Dienste einer Investmentbank oder anderer Agenturen, welche potentielle Bieter direkt ansprechen und auch selektiv mit diesen verhandeln. Das Dogma des offenen, transparenten, bedingungs- und diskriminierungsfreien Bietverfahrens erweist sich gerade in Bezug auf das Ziel der Preismaximierung nicht selten als marktfremd. Die Anforderungen an das Bieterverfahren sollten daher flexibler gehandhabt werden, um die Umsetzung der Zusagenpakete nicht unnötig zu erschweren.

### 4. Marktüblichere Beurteilung der Durchführbarkeit eines Verkaufs an den Meistbietenden (Transaktionszuverlässigkeit von Bietern)

Das Urteil des EuG zu den EU-beihilferechtlichen Privatisierungsanforderungen im Fall der Bank Burgenland<sup>25</sup> (die auch bei Verkäufen von Tochtergesellschaften oder Geschäftsbereichen durch beihilfengestützte Institute gelten) unterstreicht neben dem Grad an Formalisierungen von Veräußerungsverfahren auch das Primat des Höchstgebotes. Da die Veräußerungsverfahren gegenwärtig auf ein schwieriges Marktumfeld treffen und der potentielle Bieterkreis dadurch und auch aufgrund von Akquisitionsbeschränkungen beihilfengestützter Institute beschränkt ist, setzt sich der Kreis der Meistbietenden häufig aus Bietern aus Drittstaaten zusammen, deren regulatorische Zuverlässigkeit bzw. Transaktionszuverlässigkeit nicht immer zweifelsfrei beurteilt werden kann. Den Gesichtspunkt der „Nicht-Durchführbarkeit“ eines Verkaufs an den Meistbietenden wenden Kommission und EuG dabei allerdings sehr restriktiv an. Darüber hinaus unterstreicht das EuG im Urteil Bank Burgenland unter Ziffer 158, dass nicht unter normalen Marktbedingungen eingegangene Verpflichtungen (z.B. aus rechtmäßigen früheren Beihilfemaßnahmen) außer Betracht zu bleiben haben: „Infolgedessen ergibt sich (...) der Schluss, dass in Anbe-

<sup>15</sup> Entscheidung der Kommission v. 15.7.2012, N 546/2009 - Bank of Ireland.

<sup>16</sup> Rdn. 8 der Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>17</sup> Soltész, WuW 2010, 743, 748.

<sup>18</sup> Entscheidung der Kommission v. 12.5.2009, C 43/2008, Rdn. 34 - WestLB.

<sup>19</sup> Entscheidung der Kommission v. 18.7.2011, SA.28264 - Hypo Real Estate.

<sup>20</sup> Entscheidung der Kommission v. 21.12.2011, SA.29510 - WestLB II.

<sup>21</sup> Rdn. 22 ff. der Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>22</sup> Rdn. 26 der Umstrukturierungsmitteilung.

<sup>23</sup> Entscheidung der Kommission v. 30.3.2012, SA.34539 Änderung Umstrukturierungsplan Commerzbank.

<sup>24</sup> Urteil des EuG vom 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 und T-281/08.

<sup>25</sup> Urteil des EuG vom 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 und T-281/08.

tracht der oben dargestellten Merkmale der Regelung der Ausfallhaftung diese nicht unter normalen Marktbedingungen eingegangen wurde und daher bei der Würdigung des Verhaltens dieser Behörden am Maßstab des Kriteriums des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers nicht berücksichtigt werden kann.“ Diese EU-beihilferechtlichen Sollbruchstellen eines Veräußerungsverfahrens legen auch die zivilprozessrechtlichen Angriffsstellen für unterlegene Bieter offen, die gegen ein vermeintlich beihilferechtlich fehlerhaftes Veräußerungsverfahren nach dem prozessualen Muster der Stufenklage, wie sie der BGH<sup>26</sup> zum „Private Enforcement“ des EU-Beihilfenrechts zugelassen hat, vorgehen können.

### 5. Asymmetrien in der Kommissionspraxis zum „Burden Sharing“

Die Kommissionspraxis legt besonderen Wert auf den „Eigenbeitrag“, der vom Beihilfeempfänger bzw. dessen Anteilseignern zu den Umstrukturierungskosten erbracht werden muss. Ein Schwerpunkt liegt hierbei auf der Frage, auf welche Weise Hybridgläubiger in die Lastenverteilung („Burden Sharing“) einbezogen werden können. Ein typisches Beispiel für die Lastenverteilungspraxis stellt die am 25.7.2012 von der Kommission genehmigte Umstrukturierungsbeihilfe für die NORD/LB dar<sup>27</sup>. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass der von Deutschland übermittelte Umstrukturierungsplan die Rentabilität der Bank gewährleistet, dass die beihilfegewährenden staatlichen Einrichtungen eine angemessene Vergütung erhalten und dass die Bank die staatliche Unterstützung in den nächsten Jahren zur Stärkung ihrer Kapitalausstattung einsetzt, indem sie den Anteilseignern keine Dividenden zahlt und keine Unternehmenskäufe tätigt. Darüber hinaus trägt die NORD/LB durch Veräußerung rentabler Tochtergesellschaften und durch ein Programm zur Kostenoptimierung in angemessener Weise zu den Kosten der Umstrukturierung bei. Die von den Anteilseignern erlittene Verwässerung nach der Rekapitalisierung sowie ein Dividenden- und Hybridkapitalbedienungsverbot während der Umstrukturierungsphase tragen ebenfalls zu einer Lastenverteilung der Umstrukturierungskosten bei. Ferner begrenzen eine Verringerung der Konzernbilanzsumme um 15 % bis 2016 gegenüber Ende 2011, Beschränkungen einiger Geschäftsaktivitäten, Veräußerungen von nicht zum Kerngeschäft gehörenden Tochtergesellschaften und Verhaltenszusagen die durch die Beihilfe verursachten Wettbewerbsverzerrungen. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um ein wohl austariertes Maßnahmenpaket, um die beihilfeinduzierten Wettbewerbsverzerrungen auf ein Mindestmaß zu beschränken. Allerdings scheint die Praxis im Fall NORD/LB großzügiger zu sein, als sich der Genehmigungsentscheidung der Kommission vom 25.7.2012 entnehmen lässt, wenn nämlich einen Tag zuvor, am 24.7.2012, im Vertrag über die stille Gesellschafterbeteiligung die Akzessorietätsklausel gestrichen wurde, welche Zahlungen auf T1 Kupons für den Fall eines Dividendenverbotes (wie nach der Kommissionsentscheidung vom 25.7.2012) ausgeschlossen hatte. Mit der Aufhebung der akzessorischen Ausschüttungsverbotsklausel können nun Zahlungen auf T1 Kupons während der Umstrukturierungsphase geleistet werden, auch wenn das Dividendenverbot eingreift. Dadurch wird zum einen das Burden Sharing zugunsten von Hybridgläubigern erheblich gelockert und damit die regulato-

rische Konsequenz der Genehmigungsentscheidung aufgeweicht. Zum anderen tritt im Fall der NORD/LB eine (typische) regulatorische Asymmetrie zwischen den verschiedenen, nach der Umstrukturierungsphase wieder dividendenberechtigten Anteilseignern zu Tage: Wenn die Dividenden nach der Umstrukturierungsphase wieder gleichmäßig an alle Anteilseignern geleistet werden, erhalten diejenigen Anteilseigner die ungleich weniger (im Fall der NORD/LB: die Sparkassen als Anteilseigner von 38 % am Eigenkapital mit einem Umstrukturierungsneubeitrag von weniger als 7 %) als die staatlichen Anteilseigner (die Länder Niedersachsen und Sachsen-Anhalt) an Umstrukturierungslasten geleistet haben, einen disproportionalen Ertragsanteil am Umstrukturierungserfolg (in der Ratio von 38% ihres Eigenkapitalanteils), obwohl sie weniger als 7 % der Umstrukturierungslasten getragen haben. Hier sollte im Rahmen der EU-Beihilfekontrolle ein regulatorisches Modell zur Symmetrie zwischen den jeweiligen von den Anteilseignern getragenen Umstrukturierungslasten und ihrem späteren Dividendenanteil an dem Umstrukturierungserfolg entwickelt und eingeführt werden.

### 6. Ausreichende demokratische Legitimation der Beihilfekontrolle

Aus Sicht einiger Kritiker der Kommissionspraxis verfügt das Beihilfeverfahren in Brüssel, das ausschließlich von einem Exekutivorgan betrieben wird, nicht über die notwendige demokratische Legitimation. Es wird jedoch allgemein anerkannt, dass die Generaldirektion Wettbewerb zweifellos ein regulatorisches „Vakuum“ gefüllt hat und der Gesetzgeber bisher diese Lücke noch nicht geschlossen hat. Auf jeden Fall ist die nach den Gründungsverträgen zur Beihilfekontrolle eingesetzte Kommission aufgrund der Ratifikationsgesetze der mitgliedstaatlichen Parlamente ausreichend demokratisch legitimiert.

### 7. Die Causa Spanien entwickelt sich zum Déjà Vu

Der Finanzsektor in Spanien bietet Anlass zur Besorgnis. Es lassen sich gegenwärtig erstaunliche Parallelen zu der Entwicklung des deutschen Bankenmarkts in den Jahren 2008 und 2009 erkennen. Die bisher praktizierten beihilferechtlichen Lösungsansätze sollten für die Marktspezifika der Causa Spanien justiert werden.

### III. Fazit

Die Europäische Kommission hat in der Finanz- und Staatsschuldenkrise durch ihre Generaldirektion Wettbewerb zweifellos eine insgesamt hervorragende Arbeit geleistet. Sie hat das in supranationaler Hinsicht auf den Finanzmärkten bestehende regulatorische Va-

<sup>26</sup> BGH, Urteile vom 10.2.2011 (I ZR 213/08 - Flughafen Lübeck und BGH WM 2011, 999 - Flughafen Frankfurt-Hahn); auf der ersten Klagestufe kann dann ein Auskunftsanspruch unterlegener Bieter gegen den staatlichen Veräußerer nach § 4 Nr. 11 UWG, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV bestehen, der auf die Angabe substantiiertes Gründe gerichtet ist, dass sich der staatliche Veräußerer wie ein Private Vendor verhalten hat.

<sup>27</sup> Im Beihilfenregister der Kommission unter der Nummer SA.34381 registriert; IP/12/838.

kuum dort ausgefüllt, wo ihr das EU-Beihilferecht die primärrechtlichen Einzelbefugnisse (Artikel 107 Abs. 3 lit. b, Artikel 108 Abs. 2 und 3 AEUV) sowie die sekundärrechtlichen Verfahrensinstrumente, insbesondere in Form von verhaltensbezogenen und strukturellen Genehmigungsaufgaben (Artikel 7 Abs. 4 VO 659/1999), zur Seite stellt. Solange der EU-Gesetzgeber diese su-

pranationalen Lücken nicht ausreichend geschlossen hat bzw. ein praktisch wirksamer Vollzug nicht greift, muss den Krisenfolgen weiterhin auch durch die EU-Beihilfekontrolle der Kommission pragmatisch begegnet werden, selbst um den Preis des - demokratiekritischen - Eindrucks, es handele sich manchmal um „instant law“.

## Bürgschaft und Verjährung

### - Zur Reichweite der Durchsetzungsakzessorietät im Bürgschaftsrecht -\*

Von Dr. Klaus Ulrich Schmolke, LL.M. (NYU), Hamburg

#### I. Thema

Das Thema „Bürgschaft und Verjährung“ lässt sich mit Fug und Recht als „Dauerbrenner“ bezeichnen. So hatte bereits das Reichsgericht im Jahre 1919 über Fragen des Verzichts auf die Einrede der verjährten Hauptschuld nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB zu entscheiden<sup>1</sup>. Seither haben sich immer wieder Kontroversen an bürgschaftsrechtlichen Verjährungsfragen entzündet<sup>2</sup>. Wer glaubte, die Diskussion würde sich nach der Neuordnung des Verjährungsrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts<sup>3</sup> erledigen, sieht sich getäuscht<sup>4</sup>. Einer solchen Befriedung steht nicht zuletzt eine höchstrichterliche Rechtsprechung entgegen, die für einige hoch relevante Verjährungsfragen des Bürgschaftsrechts wenig überzeugende Antworten bereit hält. Sie bietet Anlass einen „frischen Blick“ auf das Thema zu werfen. Im Zentrum der Debatte steht dabei seit längerem die Frage, ob sich der bereits verklagte (oder gar schon rechtskräftig verurteilte) selbstschuldnerisch haftende Bürge nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB erfolgreich auf die erst nach Rechtshängigkeit der Bürgschaftsforderung eingetretene Verjährung der Hauptschuld berufen kann. Ihre Beantwortung bildet daher auch den Kern der folgenden Untersuchung.

#### II. Meinungsstand

Die Diskussion um die Reichweite der Durchsetzungsakzessorietät nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft ist gekennzeichnet durch eine inzwischen gut dreißigjährige ständige Rechtsprechung des BGH. Diese sieht sich freilich einer immer wieder aufflammenden Kritik aus dem Schrifttum ausgesetzt, die nicht zuletzt durch die ebenso gefestigte, gleichwohl abweichende Rechtsprechung zur persönlichen Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB (analog) befeuert wird.

#### 1. Die Rechtsprechung der verschiedenen BGH-Senate

Der VIII. Zivilsenat legte in seiner Entscheidung vom 12.3.1980 die Grundposition der weiteren bürgschaftsrechtlichen BGH-Rechtsprechung fest<sup>5</sup>. Danach kann sich der Bürge, dem die Einrede der Vorausklage nicht zusteht, gegenüber dem Gläubiger auf die Verjährung der Hauptschuld auch dann berufen, wenn diese erst

nach Erhebung der Bürgschaftsklage eintritt<sup>6</sup>. Das Gericht begründet seinen Standpunkt im Wesentlichen mit dem in § 767 BGB zum Ausdruck kommenden Akzessorietätsprinzip, wonach „der Bürge nicht weitergehend haften soll als der Hauptschuldner“. Aus Wortlaut und Sinn der Regelung der selbstschuldnerischen Bürgschaft in § 773 BGB ergebe sich nichts anderes. Die Vorschrift verlange insbesondere nicht, dass der Gläubiger die Bürgschaftsforderung auch dann ohne Hauptschuldklage durchsetzen kann, wenn diese nicht der Vorbereitung der Zwangsvollstreckung diene, sondern andere Rechtswirkungen wie die Unterbrechung der Verjährung gegen den Hauptschuldner herbeiführen soll<sup>7</sup>. Dem Gläubiger sei es vielmehr „zumutbar, wenn er den Ablauf der Verjährungsfrist für die Hauptforderung im Auge behalten und notfalls rechtzeitig durch Klage unterbrechen“ müsse. Zusätzliche Kosten entständen ihm nicht, weil der Bürge für sie gem. § 767 Abs. 2 BGB hafte. Wolle der Bürge diese Kosten vermeiden, etwa weil sein Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner gänzlich aussichtslos sei, so könne er dies durch den Verzicht auf die Verjährungseinrede erreichen<sup>8</sup>. Diese Rechtsprechung wurde später vom IX. Zivilsenat bestätigt<sup>9</sup>.

Demgegenüber haben der II. und der X. Zivilsenat für die persönliche Haftung des Gesellschafter nach § 128 HGB anders entschieden: Habe der Gläubiger die Verjährungsfrist gegenüber dem Gesellschafter rechtzeitig unterbrochen, könne dieser nicht einwenden, die Forderung gegen die Gesellschaft sei inzwischen verjährt<sup>10</sup>. Zwar könne der in Anspruch genommene Gesellschafter

\* Der folgende Beitrag ist eine erweiterte und überarbeitete Fassung eines am 11.6.2012 in Marburg gehaltenen Vortrags.

<sup>1</sup> S. für eine frühe Entscheidung zum BGB etwa RG, Urt. v. 30. April 1919 - VI 30/19, WarnRspr. 1919, Nr. 166 zu Fragen des Verzichts auf die Einrede der verjährten Hauptschuld nach § 768 Abs. 1 Satz 1 BGB; dazu auch RGZ 153, 338, 345 f.

<sup>2</sup> Hier sei nur beispielhaft auf den prominenten Beitrag von P. Bydliński, ZIP 1989, 953 verwiesen.

<sup>3</sup> BGBl. 2001, I S. 3138.

<sup>4</sup> S. hier nur Iversen, Die Akzessorietät als Zurechnungsmodell des Bürgschaftsrechts, 2009, insb. S. 69 ff. sowie den Vorschlag für eine analoge Anwendung der §§ 210 f. BGB bei Bolten, ZGS 2006, 140 ff.; ferner die N. im weiteren Text.

<sup>5</sup> BGHZ 76, 222 = WM 1980, 545.

<sup>6</sup> BGHZ 76, 222 = WM 1980, 545 (S. a). Nach Leitsatz b) verliert der Bürge dieses Recht nicht, wenn aufgrund eines gegen den Hauptschuldner ergehenden rechtskräftigen Urteils gegen diesen eine neue 30-jährige Verjährungsfrist in Lauf gesetzt wird.

<sup>7</sup> S. zum Ganzen BGHZ 76, 222, 226 = WM 1980, 545.

<sup>8</sup> S. BGHZ 76, 222, 227 = WM 1980, 545.

<sup>9</sup> BGH WM 1990, 1643 = NJW 1990, 2754, 2755.

<sup>10</sup> BGHZ 104, 76 = WM 1988, 971 = WuB II E. § 129 HGB 1.88 Stütze; zuvor bereits BGH WM 1981, 875 = NJW 1981, 2579. Entsprechendes gilt nach h.L. auch für die Mithaftung der Hauptgesellschaft nach § 322 AktG, s. nur Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 322 Rdn. 9.