

Betriebs Berater



21 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

23.5.2016 | 71. Jg.
Seiten 1217–1280

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. iur. Swen Bäuml, StB/Wirtschaftsjurist
Die Steuergesetzgebung der Großen Koalition

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Mark C. Hilgard, RA
Der Freistellungsanspruch beim Unternehmenskauf | 1218

STEUERRECHT

Christian Schoppe, StB, und **Carolin Reichel**, StBin
Vertreterbetriebsstätten ab 2017 | 1245

Dr. Stefan Rogge, RA/StB
Die Anforderungen an eine Mitunternehmerstellung im Rahmen einer
Freiberuflerpraxis | 1252

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Michael Deubert, WP/StB, und **Dr. Stefan Lewe**, WP/StB
Beurteilung der Gleichwertigkeit von Drittstaaten-Konzernabschlüssen nach
§ 292 HGB am Beispiel der Swiss GAAP FER | 1260

ARBEITSRECHT

Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR, und **Alicia Helle**
Tests mit Tücke – Arbeitsrechtliche Anforderungen an Social Engineering Tests | 1269

Dr. Mark C. Hilgard, RA*

Der Freistellungsanspruch beim Unternehmenskauf

Klauseln, mit denen Freistellungsansprüche geregelt werden sollen, sind ein fester Bestandteil von Unternehmenskaufverträgen, und zwar sowohl national als auch international. Gerade bei grenzüberschreitenden Sachverhalten kann die Vereinbarung von Freistellungsansprüchen zu ungeahnten Überraschungen führen. Streitigkeiten im Zusammenhang mit Unternehmenskaufverträgen werden nur selten vor staatlichen Gerichten, sondern meist vor Schiedsgerichten ausgetragen. Da Schiedsverfahren vertraulich sind, finden Schiedsurteile nur in Ausnahmefällen Eingang in entsprechende Veröffentlichungen. Es ist somit nicht verwunderlich, dass (schiedsgerichtliche) Rechtsprechung zum Freistellungsanspruch beim Unternehmenskauf kaum existiert. Auch ein Blick in die einschlägige Literatur zeigt schnell, dass eine vertiefte Beschäftigung mit dem Thema „Freistellungsanspruch“ nur selten anzutreffen ist. Diese Lücke soll mit dem Beitrag geschlossen werden.

I. Einleitung

Unternehmenskäufe bieten vielfältige Risiken, die es angemessen zwischen Käufer und Verkäufer zu verteilen gilt. Ein gebräuchliches Mittel der Risikoverteilung sind sog. Freistellungsklauseln. Sie werden aus den verschiedensten Gründen gewählt und decken die unterschiedlichsten Fallgestaltungen ab. Kurz gesagt will sich der Gläubiger durch eine Freistellungsklausel gegen bestimmte Risiken „versichern“, die ihm bereits bekannt sind, bei denen ihm jedoch unklar ist, ob und in welcher Höhe sie sich jemals realisieren werden.

Wie wir alle wissen, stellt man nur allzu häufig nach Eintritt eines Schadensfalles fest, dass das vermeintlich gut versicherte Risiko vom Umfang der Versicherung leider gar nicht gedeckt ist, da die Versicherungsbedingungen bei näherem Hinsehen genau dieses Risiko gar nicht oder nicht hinreichend erfassen. Was liegt also näher, als sich gegen das befürchtete Risiko durch eine maßgeschneiderte Freistellungsklausel passgenau abzusichern? Aus diesem Grund werden Freistellungsklauseln besonders häufig bei Unternehmenskäufen eingesetzt, wo große Risiken und der Bedarf an flexiblen Lösungen zusammentreffen. In der M&A-Praxis sind sie insbesondere bei geplanten Steuerfreistellungen, beim Schutz vor Umweltrisiken („Altlasten“) und als Protektion gegen die Rückforderung öffentlicher Beihilfen anzutreffen. Aber auch Fallkonstellationen, in denen Strafzahlungen öffentlicher Behörden (deutsche oder US-Kartellbehörden, EPA etc.) drohen, sind zunehmend häufiger und daher ebenfalls Gegenstand von Absicherungswünschen.

Trotz der enormen praktischen Bedeutung von Freistellungsvereinbarungen liegen die rechtlichen Rahmenbedingungen in vielerlei Hinsicht noch im Dunklen. Insbesondere besteht keine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu Freistellungsvereinbarungen. Die zentrale Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Befreiungsanspruch, § 257 BGB, deckt weite Teile des praktisch bedeutsamen Unterneh-

menskaufs gerade nicht ab.¹ Die Parteien sind daher darauf angewiesen, in ihren Verträgen selbst rechtssichere und zweckmäßige Freistellungsvereinbarungen zu formulieren. Dies ist insbesondere für den Käufer eines Unternehmens von nicht zu unterschätzender Relevanz. In seiner Person treffen in einem möglichen späteren Konfliktfall die gegenläufigen Interessen des Drittgläubigers² und des Verkäufers aufeinander. Er sitzt dann „zwischen den Stühlen“, ist einerseits dem Anspruch des Drittgläubigers ausgesetzt, andererseits einem Verkäufer, der sich häufig mit allen Mitteln dagegen wehren wird, den Drittgläubiger befriedigen zu müssen.

Der Beitrag zeigt vor diesem Hintergrund die Chancen und Risiken einer Freistellung bei Unternehmenskäufen aus Sicht des Unternehmensanwalts auf und beleuchtet die verschiedenen Gestaltungsoptionen der Parteien.

II. Terminologie

1. Vielfalt an Bezeichnungen

Die Unsicherheiten, die im Zusammenhang mit Freistellungsvereinbarungen bestehen, lassen sich zum Teil bereits auf die in der Praxis nicht immer einheitliche Terminologie zurückführen. Dies beginnt damit, dass Freistellungsansprüche sowohl im Englischen als auch im Deutschen oftmals unterschiedlich bezeichnet werden.

Daran, dass die Terminologie eines Unternehmenskaufs selbst dann stark durch Anglizismen geprägt ist, wenn der Kaufvertrag in deutscher Sprache abgeschlossen wird, hat man sich im Laufe der Zeit bereits gewöhnt. Dies gilt nicht nur für Asset Deal oder Share Deal, Signing Date oder Closing Date, sondern für eine Vielzahl von Situationen, in denen ein passendes deutsches Wort überhaupt nicht verfügbar zu sein scheint.³ Ganz auf dieser Linie wimmelt es auch im hier besprochenen Bereich der Freistellung von Anglizismen wie „hold free and harmless“, „obligation to indemnify“ oder „compensation for loss“ (oder muss es „compensation against loss“ heißen?). Ist „Indemnity“ dasselbe wie „Indemnification“?

Aber auch in der deutschen Sprache ist nicht immer absolut klar, was genau gemeint ist. Bedeutet Freistellung das gleiche wie Befreiung? Welche der im Englischen unterschiedenen Ansprüche beinhaltet das

* Der Autor dankt seinen Kollegen *Armineh Gharibian*, *Nadine Haubner*, LL.M., sowie *Mark Czarnecki*, *Steffen Lindemann* und *Daniel Wicklein* für ihre hilfreiche Mitarbeit bei der Erstellung des Beitrags. Neben seinem Team dankt der Verfasser auch den zahlreichen Kollegen, die mit ihm in unzähligen Verfahren M&A-Fragen entweder anwaltlich kontrovers diskutiert oder als Mitschiedsrichter in Schiedsverfahren zu entscheiden hatten. Der umfangreiche Erfahrungsaustausch hat wesentlich zur vorliegenden Ausarbeitung beigetragen.

1 S. dazu näher unter Abschnitt III. 1.

2 Zur Terminologie vgl. Abschnitt II.

3 Sehr plastisch etwa *Bruse* in seiner Dinner Speech zum Lehrbeauftragten-Essen am 17.4.2007 im Zwei-Löwen-Klub („M&A oder der Niedergang der deutschen Sprache im Transaktionsprozess“), einsehbar unter www.pplaw.com/sites/default/files/publications/2007/08/mb-2007-m-untergang.pdf (Abruf: 2.10.2015).

Recht nach § 257 BGB, „Befreiung von einer Verbindlichkeit“ zu verlangen?⁴ Und was bedeutet es konkret, wenn der Vertrag davon spricht, eine Partei sei von Ansprüchen „freizustellen“? Soll sichergestellt werden, dass eine Partei keinen Nachteil erleiden soll? Und in welcher Form hat diese Nachteilsabwendung zu erfolgen?

Gleichzeitig kommt dem Begriff der „Freistellung“ mehr als nur eine Bedeutung zu.⁵ So haben die EU-Freistellungsverordnungen nur wenig mit dem hier interessierenden Freistellungsanspruch beim Unternehmenskauf gemein.⁶ Auch im Steuerrecht wird der Begriff der Freistellung verwendet, bezeichnet dort allerdings etwa eine Methode zur Vermeidung unerwünschter internationaler Doppelbesteuerung.⁷

2. Die hier verwendeten Bezeichnungen

Zur erleichterten Lesbarkeit wird in diesem Beitrag der zur Schadloshaltung Verpflichtete, Entschädigungsverpflichtete bzw. Freistellungsschuldner (im Englischen: „Indemnitor“) als „*Verpflichteter*“ bezeichnet.

Der zur Schadloshaltung Berechtigte, Entschädigungsberechtigte, Freistellungsgläubiger (im Englischen: „Indemnified Party“ oder „Indemnitee“) wird in diesem Beitrag als „*Berechtigter*“ bezeichnet.

Soweit es um Freistellung von dem Anspruch eines Dritten („*Drittgläubiger*“) geht, wird diese Forderung als „*Anspruch eines Dritten*“ bezeichnet.

Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass es gerade bei Konzerngesellschaften mehrere Berechtigte geben kann. Hat eine Tochtergesellschaft des gekauften Unternehmens Subventionen erhalten, die potentiell zurück zu gewähren sind, so ist es keineswegs ausgemacht, dass eine Freistellung genau dieser Tochtergesellschaft zu Gute kommen muss. Denn vielleicht hat der Käufer gerade im Hinblick auf diese Subvention einen höheren Kaufpreis an den Verpflichteten (Verkäufer) gezahlt. Dann ist er der Geschädigte. Wirtschaftlich betroffen sein können daher beide. Genau dies ist der Grund, warum in vielen Unternehmenskaufverträgen entweder der direkt „betroffenen“ Gesellschaft oder „irgendeiner“ Konzerngesellschaft ein Recht auf Freistellung eingeräumt wird. Im gewählten Beispiel könnte man sogar die Frage stellen, ob nicht beide Konzerngesellschaften als Berechtigte in Frage kommen. Deutlich wird dies auch bei einer Freistellung für Steuern: Verspricht der Verkäufer eines Unternehmens, einen Käufer von allen Steuerverbindlichkeiten der Veranlagungszeiträume bis zum Wirksamkeitsstichtag freizustellen, welche gegen irgendwelche Konzerngesellschaften wegen Garantieverletzungen entstehen, dann fließt eine solche Freistellung eben nicht der betroffenen Konzerngesellschaft, sondern (allein) dem Käufer zu.⁸

III. Praktische Relevanz vertraglicher Freistellungsvereinbarungen

In der Praxis des Unternehmenskaufs besteht ein enormes Bedürfnis danach, Freistellungsvereinbarungen maßgeschneidert zu vereinbaren. „Maßgeschneidert“ müssen sie bereits deswegen sein, weil die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen die im Rahmen des Unternehmenskaufs interessierende Freistellung des Käufers von Risiken des Kaufobjekts gar nicht betreffen (vgl. nachfolgend 1.).

Spezielle vertragliche Regelungen zur Gewährleistung werden häufig erforderlich, weil der Käufer sich nicht auf die gesetzlichen Mängelgewährleistungsrechte verlassen kann oder will (vgl. nachfolgend 2.). Die dafür oft verwendete Gewährleistung in Form von Garantien ist

jedoch nicht in allen Fällen geeignet (vgl. nachfolgend 3.). Daraus ergeben sich einige typische Anwendungsfälle für Freistellungsverpflichtungen (vgl. nachfolgend 4.).

1. Abgrenzung zum gesetzlichen Befreiungsanspruch (§ 257 BGB)

Ein gesetzlicher „Befreiungsanspruch“ findet sich in § 257 BGB: „*Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.*“

Befreiung kann hier also von „Aufwendungen“ verlangt werden, die in § 256 BGB vorausgesetzt, aber nicht definiert werden. Da als Aufwendung nur eine freiwillige Aufopferung von Vermögenswerten *im Interesse eines Anderen* verstanden wird,⁹ liegt auf der Hand, dass der gesetzliche „Befreiungsanspruch“ und die zu ihm vorliegende Literatur und Rechtsprechung für einen Unternehmenskauf nur bedingt herangezogen werden kann. Weder Verkäufer noch Käufer eines Unternehmens handeln fremdnützig.

Daneben findet sich in § 108 VVG eine Bestimmung zum Freistellungsanspruch im Versicherungsrecht,¹⁰ die sich jedoch auf eine Regelung zu Verfügungen über den Freistellungsanspruch beschränkt. Für den Spezialfall der Arbeitnehmerhaftung bei gefahrgeneigter Arbeit hat die Rechtsprechung zudem einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber entwickelt.¹¹

2. Gründe für vertragliche Freistellungsansprüche

Zur Absicherung des Käufers gegen aus dem Unternehmenskauf resultierende Risiken wird häufig auf maßgeschneiderte vertragliche Vereinbarungen zurückgegriffen. Das gesetzliche Gewährleistungsregime spielt demgegenüber allenfalls eine Nebenrolle. Zum einen entspricht gerade bei internationalen Transaktionen ein Rückgriff auf die gesetzlichen Vorgaben eines bestimmten nationalen Rechts häufig nicht den Bedürfnissen der Parteien (a), zum anderen erweist sich das gesetzliche Haftungsregime des BGB auf dem Gebiet des Unternehmenskaufs in vielen Fällen als unzureichend (b).

4 Zur Tendenz, Anglizismen in deutschen Gerichtsverfahren zu verwenden vgl. schon Hilgard, BB 2014, 1219 und BB-Online BBL2014-1219-1 sowie <http://betriebs-berater.ruw.de/wirtschaftsrecht/standpunkte/Englisch-als-Gerichtssprache-auf-die-Ausgestaltung-des-Verfahrens-kommt-es-an-22986> (Abruf: 4.5.2016); Hilgard, BB 2010, 2969; Hilgard, unter www.amcham.de/fileadmin/user_upload/user_upload_alt/Policy/Corporate_Law/101111_POP_Englisch_als_Gerichtssprache.pdf (Abruf: 4.5.2016).

5 Macht man sich einmal klar, dass es durchaus unterschiedliche Auswirkungen hat, ob man es jemandem freistellt (und ihm damit die Entscheidung oder die Wahl überlässt), ob man jemanden freistellt (und ihn damit z. B. beurlaubt oder dispensiert), oder ob man jemanden von etwas freistellt (nur dies ist Gegenstand der vorliegenden Ausarbeitung), so wird deutlich, dass ein sehr sorgfältiger Umgang mit der deutschen Sprache erforderlich ist, um auch genau das zum Ausdruck zu bringen, was gewollt ist.

6 Mit den EU-Gruppenfreistellungsverordnungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV, beispielsweise für Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, entscheidet die Europäische Kommission, Gruppen von verbotenen Maßnahmen vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV auszunehmen. Folgerichtig spricht die englische Version der Verordnung von „block exemption“.

7 Vogel/Wassermeyer u. a., Freistellung im internationalen Steuerrecht, 1995, S. 1.

8 Vgl. hierzu näher Abschnitt VI. 1.

9 BGH, 27.6.1960 – VII ZR 101/59, NJW 1960, 1568, 1569; BGH, 12.10.1972 – VII ZR 51/72, BGHZ 59, 328, 329 f.; Krüger, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2013, BGB § 256, Rn. 2.

10 Der Freistellungsanspruch des Versicherten gegen seinen Versicherer: § 108 VVG: „(1) Verfügungen des Versicherungsnehmers über den Freistellungsanspruch gegen den Versicherer sind dem Dritten gegenüber unwirksam. Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gleich. (2) Die Abtretung des Freistellungsanspruchs an den Dritten kann nicht durch Allgemeine Versicherungsbedingungen ausgeschlossen werden.“

11 S. dazu etwa Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 14. Aufl. 2011, § 53, Rn. 73.

a) Internationale Verträge

Unabhängig davon, ob es sich bei den Vertragsparteien um deutsche Unternehmen handelt oder ob sie aus unterschiedlichen Staaten stammen, werden Unternehmenskaufverträge oftmals in englischer Sprache verfasst¹² und ein von den gesetzlichen Regelungen unabhängiges Gewährleistungsregime vereinbart.¹³

Hinter dieser Entwicklung stehen in erster Linie wirtschaftliche Motive. So erwarten ausländische Kaufinteressenten, dass die Verträge auf Englisch verhandelt und verfasst werden.¹⁴ Auch ist Englisch häufig Unternehmenssprache in den finanzierenden Investmentbanken, die üblicherweise über die Ergebnisse der Due Diligence und den Stand der Verhandlungen informiert werden.¹⁵ Die vertragliche Regelung der Gewährleistung ermöglicht dann die Verwendung einer beiden Seiten vertrauten Terminologie, die bei Anwendung des BGB jedenfalls für den anglophil agierenden Part nicht gewährleistet wäre.

b) Unzureichende gesetzliche Gewährleistung

Doch auch inhaltlich entspricht die gesetzliche Gewährleistung häufig nicht den Bedürfnissen der Parteien beim Unternehmenskauf.¹⁶ So sind schon die Voraussetzungen der Mängelgewährleistungsrechte beim Unternehmenskauf nur schwer zu handhaben, und auch auf Rechtsfolgenseite können etwa die Umsetzung des Rücktritts oder die Berechnung des Schadensersatzes Komplikationen bereiten.

Denn trotz der Regelung des § 453 Abs. 1 S. 1 BGB, dessen Einführung 2002 der Diskussion um die Anwendbarkeit des Mängelgewährleistungsrechts auf den Unternehmenskauf ein Ende setzte,¹⁷ ist das im Gesetz niedergelegte Recht mit der Vielzahl von Rechtsbeziehungen, die im Rahmen eines Unternehmenskaufs berücksichtigt werden müssen, überfordert.¹⁸

aa) Vorliegen eines Mangels – Asset Deal und Share Deal

Grundsätzlich kann ein Unternehmenskauf entweder durch eine Übertragung der Gesamtheit der Wirtschaftsgüter des Unternehmens, d.h. der zum Unternehmen gehörenden Sachen und Rechte (Asset Deal), oder im Wege des Anteils- bzw. Beteiligungserwerbs (Share Deal) erfolgen.¹⁹ In beiden Fällen finden nach § 453 Abs. 1 BGB die Vorschriften über den Kauf von Sachen Anwendung.²⁰ Die Geltendmachung von Mängelrechten kann jedoch jeweils an besondere Voraussetzungen geknüpft sein.

Beim Asset Deal kann sich die Mangelhaftigkeit sowohl aus Mängeln des Unternehmens in seiner Gesamtheit als auch bezüglich einzelner das Unternehmen ausmachender Sachen und Rechte ergeben.²¹ Mängel an einzelnen Gegenständen führen allerdings nicht zwangsläufig zu einem Mangel des gesamten Unternehmens;²² sie sind vielmehr nur beachtlich, wenn sie auf das Unternehmen im Ganzen durchschlagen, indem sie beispielsweise seine Marktstellung gefährden.²³ Der Käufer kann Rechte wegen bestimmter einzelner Mängel daher nur unter erschwerten Voraussetzungen geltend machen.

Bei einem Share Deal können die erworbenen Beteiligungsrechte mit Rechtsmängeln behaftet sein, beispielsweise mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch, für die der Verkäufer haftet.²⁴ Für Mängel des Unternehmens, das von der Gesellschaft betrieben wird, an der der Käufer Beteiligungsrechte erworben hat, haftet der Verkäufer dagegen nicht ohne weiteres.²⁵ Eine Haftung wird aber jedenfalls bejaht, wenn der Erwerber sämtliche oder zumindest den wesentlichen Anteil der Beteiligungsrechte an der Zielgesellschaft erworben hat²⁶ und allenfalls Zwerganteile bei dem Veräußerer verbleiben oder an Dritte ver-

äußert werden²⁷ (Beteiligungskauf vs. Unternehmenskauf). Die Frage, ab welchem Schwellenwert es sich nicht mehr um einen bloßen Beteiligungskauf, sondern um einen Unternehmenskauf handelt, bei dem der Verkäufer auch für Mängel des Unternehmens und nicht nur für Mängel der Beteiligungsrechte haftet, ist in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt.²⁸ Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass kein Unternehmenskauf vorliegt, wenn der Share Deal weniger als 95 % der Beteiligungsrechte an der Zielgesellschaft erfasst.²⁹ In den Fällen einer geringeren Beteiligung läuft der Käufer also Gefahr, dass der Kauf als bloßer Beteiligungskauf qualifiziert wird, der Verkäufer also nur für Mängel der Beteiligungsrechte und nicht für Mängel des Unternehmens haftet.

Nach den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften des BGB kann sich daher bereits das Vorliegen eines Mangels beim Unternehmenskauf im Einzelfall als durchaus problematisch darstellen.

bb) Rechte des Käufers beim Unternehmenskauf nur schwer realisierbar

Doch selbst wenn dem Käufer der Nachweis eines Mangels gelingt, kann die Durchsetzung der einzelnen Gewährleistungsrechte jeweils unterschiedliche Schwierigkeiten bereiten.

Der Nacherfüllungsanspruch nach §§ 437 Nr. 1, 439 BGB gewährt dem Käufer nach seiner Wahl einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache. Jedoch wird die Beseitigung eines gesamterheblichen Mangels eines Unternehmens in der Regel kaum oder nur unter erheblichem Zeit- und Kostenaufwand möglich sein; die Lieferung eines mangelfreien Unterneh-

12 *Duys/Henrich*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil XVI, Rn. 1. und vorstehend II. 1.

13 *Bisle*, DStR 2013, 364.

14 *Duys/Henrich*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil XVI, Rn. 2.

15 *Duys/Henrich*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil XVI, Rn. 2.

16 *Bisle*, DStR 2013, 364; *Duys/Henrich*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil XVI, Rn. 4; *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 1; *van Kann*, Praxishandbuch Unternehmenskauf, 2009, S. 101.

17 Vgl. *Bisle*, DStR 2013, 364; s. auch *Faust*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher OK-BGB, 2014, § 453, Rn. 26 m. w. N.; BT-Drs. 14/6040 vom 14.5.2001, 242.

18 *Duys/Henrich*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil XVI, Rn. 4f.

19 *Picot*, in: *Picot* (Hrsg.), Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, Rn. 97 ff.

20 Bei einem Asset Deal handelt es sich um einen Kauf eines sonstigen Gegenstandes im Sinne des § 453 Abs. 1 BGB. Der Share Deal stellt grundsätzlich einen Rechtskauf im Sinne des § 453 Abs. 1 BGB dar.

21 *Duys/Henrich*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil XVI, Rn. 105.

22 BGH, 7.1.1970 – I ZR 99/68, BB 1970, 861, NJW 1970, 556.

23 OLG Köln, 29.1.2009 – I-12 U 20/08, DB 2009, 2259, 2260; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2015, Einleitung vor § 1, Rn. 46; *Rödter/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 9, Rn. 55; s. auch *Faust*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher OK-BGB, 2014, § 453, Rn. 27; *Semler*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 192.

24 *Semler*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 193.

25 *Faust*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher OK-BGB, 2014, § 453, Rn. 32; *Semler*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 194.

26 BGH, 24.11.1982 – VIII ZR 263/81, BGHZ 85, 367, 370; BGH, 25.3.1998 – VIII ZR 185/96, BGHZ 138, 195, 200, BB 1998, 1171; *Faust*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher OK-BGB, 2014, § 453, Rn. 32; *Semler*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 194.

27 BGH, 27.2.1970 – I ZR 103/68, MittBayNot 1970, 175; BGH, 27.2.1970 – I ZR 103/68, BB 1970, 819, WM 1970, 819, juris-Rn. 34f.; *Faust*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher OK-BGB, 2014, § 453, Rn. 32; *Semler*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 195.

28 Vgl. zur Frage, ab welcher Beteiligungsquote der (Rechte-)Kauf von Gesellschaftsanteilen den Kauf des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens beinhaltet und als Sachkauf zu werten ist *Picot*, in: *Picot* (Hrsg.), Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, Rn. 100 m. w. N.; *Semler*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 196.

29 *Semler*, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 196.

mens ist aufgrund der Einzigartigkeit des Unternehmens gar nicht möglich.³⁰ Der Anspruch kommt daher eher in Betracht, wenn etwa das Zielunternehmen nicht über bestimmte gewerbliche Schutzrechte oder Konzessionen verfügt, ein Fehlbestand des Inventars gegeben ist, oder das vertraglich vereinbarte oder vorausgesetzte Eigenkapital fehlt.³¹

Ist die Nacherfüllung erfolglos, unmöglich, unzumutbar, unverhältnismäßig oder wird sie vom Verkäufer verweigert, kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten oder den Kaufpreis mindern. Die Rückgängigmachung eines Unternehmenskaufs im Wege des Rücktritts kommt aufgrund praktischer Schwierigkeiten jedoch nur selten in Betracht.³² So erfährt das Zielunternehmen bei einem Unternehmenskauf fortlaufend Änderungen, wie beispielsweise die Veräußerung von Wirtschaftsgütern oder Unternehmensteilen oder die Eingehung neuer Verpflichtungen.³³ Auch die Minderung des Kaufpreises stellt den Käufer vor Schwierigkeiten, da ein Mangel des Unternehmens schwierig zu bewerten und insofern der konkrete Minderungsbetrag schwer zu beziffern ist.³⁴

Schließlich gibt § 437 Nr. 3 BGB dem Käufer einen Anspruch auf Schadensersatz. Dieser leidet jedoch gleichfalls unter der Schwierigkeit der angemessenen Bezifferung. Zudem eröffnet die grundsätzliche Verschuldensabhängigkeit des Schadensersatzes häufig ein weites Feld der Diskussion.

Aufgrund dieser Unzulänglichkeiten des gesetzlichen Gewährleistungsregimes wird das gesetzliche Mängelgewährleistungsrecht in der Praxis des Unternehmenskaufs regelmäßig – soweit es dispositiv ist – abbedungen und durch individuell verhandelte, auf das jeweilige Unternehmen zugeschnittene Parteivereinbarungen ersetzt.

3. Abgrenzung zu Garantien

Ein gebräuchliches Mittel zur Modifizierung oder Ergänzung der gesetzlichen Gewährleistung beim Unternehmenskauf sind vom Verkäufer gegenüber dem Käufer abgegebene Garantien in Bezug auf das Zielunternehmen („Representations and Warranties“).³⁵ Da die Vertragsparteien zugleich regelmäßig das gesetzliche Gewährleistungsrecht ausschließen, müssen sie die Rechtsfolgen von Garantieverletzungen in Unternehmenskaufverträgen passgenau, individuell und detailliert regeln.³⁶ Freistellungsverpflichtungen können dabei im Einzelfall den Parteiinteressen besser gerecht werden.

a) Ausgestaltung von Garantien

Mit dem Freistellungsanspruch teilen sich Garantien ihre grundsätzliche Flexibilität. So können sich Garantien etwa auf die Beschaffenheit der Sache (Beschaffheitsgarantie) oder darauf beziehen, dass die Sache für eine bestimmte Dauer eine bestimmte Beschaffenheit hat (Haltbarkeitsgarantie), ja letztlich auf alle gegenwärtigen oder zukünftigen Umstände des Kaufgegenstandes.³⁷ Sie können auf den objektiven Umstand (objektive Garantien)³⁸ oder allein auf die Kenntnislage der Parteien (subjektive Garantien)³⁹ abstellen. Weiterhin können Garantien danach unterschieden werden, ob sie für das Bestehen eines Zustands oder Eintreten eines Ereignisses (positive Garantie)⁴⁰ oder gerade für deren Nichtbestehen oder Nichteintritt (negative Garantie)⁴¹ gegeben werden.

b) Typische Anwendungsfälle

Die vertraglichen Garantien unterscheiden sich beim Asset Deal und beim Share Deal. Beim Asset Deal bilden Vermögensgegenstände, Ver-

bindlichkeiten, Verträge sowie Arbeitsverhältnisse den Schwerpunkt; demgegenüber beziehen die vertraglichen Garantien beim Share Deal den Rechtsträger, mithin die Gesellschaft, die das Unternehmen betreibt, mit ein.⁴² Aus diesem Grund werden beim Share Deal – insbesondere bei Kapitalgesellschaften – vertragliche Garantien abgeschlossen, die den Bestand und die rechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft betreffen, wie beispielsweise das Fehlen von Insolvenzgründen.⁴³

Letztlich hängt der Umfang der vertraglichen Garantien vom Einzelfall ab und richtet sich oft danach, ob der Käufer eine Due Diligence in dem Unternehmen durchgeführt und welche Erkenntnisse er aus dieser gezogen hat.⁴⁴

c) Garantien können Unzulänglichkeiten der gesetzlichen Gewährleistung teilen

Trotz aller detaillierten Regelung im Vertrag kann die Geltendmachung von Garantien in der Praxis ähnlich problematisch sein wie das gesetzliche Gewährleistungsrecht, da die Umsetzung einer Garantieverpflichtung letztlich wieder auf die Instrumente der gesetzlichen Gewährleistung verweist.

In vielen Unternehmenskaufverträgen wird dem Verkäufer zunächst das Recht zur Nachbesserung innerhalb einer bestimmten Frist eingeräumt,⁴⁵ wenngleich Nachbesserungen selten vorgenommen werden.⁴⁶ Scheitert die Nachbesserung, ist sie aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich oder erfolgt sie nicht fristgemäß, hat der Verkäufer üblicherweise Schadensersatz zu leisten oder es kommt eine Minderung des Kaufpreises in Betracht.⁴⁷ Da die Höhe von Minderung oder Schadensersatz gegebenenfalls nur schwer beziffert werden kann, teilen Garantien letztlich vielfach die Unzulänglichkeiten des gesetzlichen Gewährleistungsregimes (s. o. Abschnitt III. 2. a).

d) Unterschied zu Freistellungen

Trotz einiger praktischer Gemeinsamkeiten sind Garantie und Freistellungsanspruch wesensverschieden.

So ist etwa die Freistellungsverpflichtung zwar wie eine vertragliche Garantie verschuldensunabhängig. Im Unterschied zu einer Garantie steht dem Käufer allerdings – grundsätzlich – kein Erfüllungsan-

30 Picot, Handbuch Mergers & Acquisitions, 5. Aufl. 2012, S. 328.

31 Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 206.

32 So auch Bisle, DStR 2013, 365.

33 Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 208.

34 Bisle, DStR 2013, 365.

35 Vgl. dazu ebenso Hilgard, BB 2010, 2912 ff.; Hilgard, GoingPublic Sonderausgabe „Kapitalmarktrecht 2010“, 104 ff.; Hilgard, Finanzplatz 2010 (4), 22 ff.; Hilgard, DB 2007, 559 ff.

36 Bisle, DStR 2013, 366; Hilgard, ZIP 2005, 1813 ff.; Hilgard, BB 2004, 1233 ff.; Hilgard, MDR 2002, 678 ff.

37 Picot, Handbuch Mergers & Acquisitions, 5. Aufl. 2012, S. 330.

38 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 28; Hilgard, BB 2013, 963 ff.

39 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 30; Hilgard, BB 2013, 963 ff.

40 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 34 f.; Hilgard, BB 2013, 963 ff.

41 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 34 f.

42 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 16.

43 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 16.

44 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 18; Hilgard, BB 2013, 963 ff.

45 Bisle, DStR 2013, 366; Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 52.

46 Mellert, BB 2011, 1667, 1668; s. auch oben zum gesetzlichen Nacherfüllungsanspruch unter III.2. bb).

47 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 52.

spruch gegen den Verkäufer und infolgedessen auch kein Anspruch auf Nacherfüllung zu.⁴⁸ Der Käufer hat bei der Freistellung nur einen Anspruch darauf, mit bestimmten Risiken nicht belastet zu werden; der Verkäufer soll also die mit den Risiken verbundenen finanziellen Belastungen tragen.⁴⁹

Der Käufer hat weiterhin den Vorteil, dass ein Schadensnachweis nicht erforderlich ist, sondern die Darlegung des den Freistellungsanspruch auslösenden Ereignisses genügt.⁵⁰ Für den Fall einer Umweltfreistellung bedeutet dies beispielsweise, dass der Käufer seinen Schaden nicht darlegen und beweisen muss, sondern lediglich die Inanspruchnahme durch die zuständige öffentliche Stelle.⁵¹ Außerdem hat der Berechtigte gegen den Verpflichteten einen Anspruch auf Sicherheitsleistung (§ 257 S. 2 BGB).⁵²

Auch bietet die Freistellung einen größeren Schutzzumfang. Sie beschränkt sich nicht darauf, den Berechtigten von tatsächlich bestehenden Drittforderungen – in unserer Terminologie den Anspruch eines Dritten – schadlos zu halten. Dieser kann vom Verpflichteten darüber hinausgehend auch den Ersatz der für die Abwehr von Drittforderungen anfallenden Kosten verlangen, die sich als unbegründet herausstellen.⁵³

Schließlich kann die Freistellungsverpflichtung auch aus Sicht des Verkäufers interessant sein, denn er trägt nicht das mit der Garantie verbundene Risiko, sich wegen (bedingt) vorsätzlicher Falschaussage haftbar, ggf. sogar strafbar zu machen.⁵⁴

4. Typische Anwendungsfälle vertraglicher Freistellungsansprüche

Oftmals betreffen die vertraglichen Freistellungen Risiken, die dem Käufer im Zuge einer Due Diligence bekannt geworden sind, deren Höhe aber im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch unbekannt ist.⁵⁵ Dies sind typischerweise Risiken, die mit bestimmten Schulden oder Verträgen, Umweltrisiken oder Rechtsstreitigkeiten der Zielgesellschaft verbunden sind.⁵⁶ Aufgrund dieser Unklarheit sind die entsprechenden Sachverhalte einer fixen Garantie nicht zugänglich.⁵⁷

a) Steuerfreistellung

aa) Allgemein

Häufiger Anwendungsfall ist die Freistellung von Steuerverbindlichkeiten, die sich auf Veranlagungszeiträume vor dem Vollzugstag beziehen und bis zum Vollzugstag noch nicht bezahlt worden sind.⁵⁸ Hintergrund ist, dass bei jedem Unternehmen zu jedem Zeitpunkt „offene“ Steuerbescheide existieren, also solche, die noch nicht abschließend im Rahmen von steuerlichen Außenprüfungen geprüft und bestandkräftig geworden sind.⁵⁹ Dadurch trägt jedes Unternehmen das Risiko in sich, dass im Rahmen der Überprüfung der Veranlagung durch die Betriebsprüfung zu einem späteren Zeitpunkt Mehrsteuern festgesetzt werden.⁶⁰ Eine Steuerfreistellungsklausel sichert den Käufer gegen die in künftigen Betriebsprüfungen aufgedeckten Mehrsteuern ab und erlegt die diesbezügliche Zahlungspflicht dem Verkäufer auf.⁶¹

bb) Beispielklausel

Beispielhaft kann eine Klausel zur Freistellung von Steuerrisiken wie folgt aussehen:⁶²

„Die Gesellschaft hat sämtliche bis zum dinglichen Übertragungstichtag fälligen Steuern, öffentlichen Abgaben oder Gebühren, steuerlichen Nebenleistungen, Steuervorauszahlungen, Steuerhaftungsbeträge und

Bußgelder, einschließlich sämtlicher Steuern im Sinne von § 3 AO, sowie Sozialversicherungsbeiträge (nachfolgend zusammen „Steuern“) fristgerecht und vollständig bezahlt oder einbehalten und abgeführt. Die Gesellschaft verpflichtet sich, bis zum dinglichen Übertragungstichtag fällig werdende Steuern vollständig zu bezahlen oder einzubehalten und abzuführen. Sofern sich die vorgenannten Angaben als unrichtig herausstellen, wird der Verkäufer den Käufer oder, nach Wahl des Käufers, die Gesellschaft von sämtlichen daraus entstehenden Schäden freistellen. (...)“⁶³

b) Umweltrisiken

aa) Allgemein

Ein weiterer häufiger Anwendungsfall von Freistellungsverpflichtungen bei einem Unternehmenskauf sind Umweltrisiken („Altlasten“) des zu erwerbenden Unternehmens. Insbesondere bei Unternehmen des produzierenden Gewerbes mit langer Unternehmensgeschichte kommen mögliche Umweltbelastungen der Betriebsgrundstücke des Unternehmens in Betracht.⁶⁴ Die daraus folgenden finanziellen Belastungen können enorm sein und sind manchmal sogar überhaupt nicht absehbar. Ein Käufer, der diese Risiken nicht in den von ihm gebotenen Kaufpreis für das Unternehmen „einpreisen“ will, tut mit hin gut daran, diese sozusagen „vor die Klammer“ zu ziehen und in einer Freistellungsklausel zu adressieren.

Oft betreffen Freistellungsverpflichtungen im Zusammenhang mit Umweltrisiken auch öffentlich-rechtliche Ansprüche.⁶⁵ Der weite Kreis der Sanierungsverantwortlichen, die von der zuständigen Behörde in Anspruch genommen werden können, erfordert dann eine genaue Abgrenzung der Verantwortlichkeiten beim Erwerb von Anteilen einer Gesellschaft mit (eigenem oder gemietetem) Grundbe-

48 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 13, 62.

49 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 13.

50 Lips, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 3, Rn. 245.

51 Von Schorlemer, in: Lorz/Pfisterer/Gerber (Hrsg.), Beck'sches Formularhandbuch GmbH-Recht, 2010, D. III. (Unternehmenskaufvertrag über GmbH-Geschäftsanteile), Rn. 34.

52 Hier wird ausnahmsweise auch bei vertraglichen Freistellungsansprüchen auf § 257 BGB zurückgegriffen, vgl. BGH, 11.4.1984 – VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151, 2153; Krüger, in: MünchKommBGB, 6. Aufl. 2013, BGB § 257, Rn. 2; Beckmann, in: Staudinger, BGB, 2014, § 453, Rn. 125; Lips, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 3, Rn. 245.

53 S. dazu noch sogleich IV. 2.

54 Haberstock, in: Birk (Hrsg.), Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners, 2008, S. 29, 43.

55 Duys/Henrich, in: Hölter (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil XVI, Rn. 155; Hilgard, BB 2013, 963 ff.

56 Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf – Unternehmensverkauf, 2003, § 10, Rn. 18.

57 Haberstock, in: Birk (Hrsg.), Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners, 2008, S. 29, 44.

58 Duys/Henrich, in: Hölter (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil XVI, Rn. 156; vgl. zu Steuerfreistellungen auch Eilers/Beutel, IStR 2010, 564 ff.

59 Haberstock, in: Birk (Hrsg.), Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners, 2008, S. 29, 44.

60 Haberstock, in: Birk (Hrsg.), Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners, 2008, S. 29, 44.

61 Seidel, in: Knott/Mielke (Hrsg.), Unternehmenskauf, 4. Aufl. 2011, Rn. 1017.

62 Diese und die folgenden Klauseln sind Beispiele aus der Praxis, die der Illustration dienen. Sie sind nicht als Musterklauseln zu verstehen.

63 Musterklausel angelehnt an von Schorlemer, in: Lorz/Pfisterer/Gerber (Hrsg.), Beck'sches Formularhandbuch GmbH-Recht, 2010, D. III. (Unternehmenskaufvertrag über GmbH-Geschäftsanteile); weitere Beispiele bei Knott/Mellert, in: Knott/Mielke (Hrsg.), Unternehmenskauf, 4. Aufl. 2011, Rn. 1023.

64 Duys/Henrich, in: Hölter (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil XVI, Rn. 156; Haberstock, in: Birk (Hrsg.), Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners, 2008, S. 29, 44.

65 Haberstock, in: Birk (Hrsg.), Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners, 2008, S. 29, 44.

sitz.⁶⁶ So bestimmt etwa § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG, dass nicht nur der Verursacher einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast sowie dessen Gesamtrechtsnachfolger, sondern auch der Grundstückseigentümer und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück zur Sanierung verpflichtet sind. Gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG ist zudem zur Sanierung verpflichtet, wer aus handelsrechtlichem oder gesellschaftsrechtlichem Rechtsgrund für eine juristische Person einzustehen hat, der ein Grundstück, das mit einer schädlichen Bodenveränderung oder einer Altlast belastet ist, gehört. Durch diese Regelung soll auf die Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze zur Durchgriffshaftung auf die Umwelthaftung verwiesen werden.⁶⁷

bb) Beispielklausel

Beispielhaft für die Freistellung von Sanierungskosten aufgrund einer Inanspruchnahme nach dem BBodSchG könnte etwa die folgende Klausel verwendet werden:

„Der Verkäufer stellt den Käufer, die nach § 4 Abs. 3 S. 4 BBodSchG verantwortlichen Personen oder nach Wahl des Käufers die Gesellschaft (jeweils die „sanierungsverantwortlichen Person“) von allen Aufwendungen frei, die der sanierungsverantwortlichen Person im Zusammenhang mit einer Untersuchung, Abwehr oder Sanierung von Altlasten oder schädlichen Bodenveränderungen am Betriebsgrundstück entstehen. Dies gilt nicht für Anordnungen zur Vorsorge gemäß § 7 BBodSchG.“⁶⁸

c) Rückforderung öffentlicher Beihilfen

Einen dritten Anwendungsfall von Freistellungsvereinbarungen bildet die Rückforderung öffentlicher Beihilfen, die rechtswidrig gewährt wurden (etwa wegen Verstoßes gegen europäisches Recht).⁶⁹ Als Rückforderungsschuldner kommt nicht nur der ursprüngliche Beihilfeempfänger in Betracht, sondern auch ein Dritter, der von dem beihilfebegünstigten Unternehmen Vermögensgegenstände erworben hat.⁷⁰ Da öffentliche Beihilfen einen großen Umfang haben können und Einwendungen gegen ihre Rückforderung nur in begrenztem Umfang möglich sind, ist eine Absicherung gegen eine spätere Inanspruchnahme sinnvoll.⁷¹ Insofern empfiehlt sich für den Käufer etwa die Aufnahme einer Klausel in den Unternehmenskaufvertrag, in der der Veräußerer verspricht, dass keine Beihilferückforderung besteht und bei deren Verletzung er verpflichtet ist, den Erwerber bzw. das erworbene Unternehmen von einer Rückforderung freizustellen.⁷²

d) Sonstige Streitige Rechtsfragen aus Due Diligence-Sachverhalten

Daneben sind noch in vielen anderen Bereichen Freistellungen denkbar. Nennenswert sind hier insbesondere die im Rahmen einer Due Diligence ermittelten Risikobereiche wie Produkthaftung, Firmenfortführung (§ 25 Abs. 1 S. 1 HBG) und Pensionsverbindlichkeiten.⁷³ Freistellungsfähige Gefahren können sich aber etwa auch aus drohenden Bußgeldern und Strafzahlungen wegen im In- und Ausland begangener Ordnungswidrigkeiten ergeben. Alle Sachverhalte, die eine Rolle für den Wert (insbesondere die Risiken) eines Unternehmens spielen und deren abschließende Bewertung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags nicht möglich (oder: nicht gewollt) ist, eignen sich nicht für eine Garantie, jedoch für eine Freistellung. Damit vermeidet der Verkäufer auch, dass er bei unklaren Sachverhalten möglicherweise wegen Arglist ohne eine Möglichkeit der Haftungsbeschränkung in Anspruch genommen wird.⁷⁴

IV. Inhalt des Freistellungsanspruchs

Freistellungsvereinbarungen sehen üblicherweise schlicht vor, dass der Verpflichtete den Berechtigten von etwaigen Ansprüchen Dritter „freistellt“.

Diese knappe Formulierung beinhaltet typischerweise zwei voneinander zu unterscheidende Pflichten. Zum einen ist damit eine Verpflichtung zur Befreiung des Berechtigten von *begründeten Forderungen* Dritter verbunden. Nach der Rechtsprechung des BGH umfasst die vertragliche Verpflichtung zur „Freistellung“ jedoch darüber hinaus auch die Verpflichtung, *unbegründete Forderungen* Dritter abzuwehren.⁷⁵ Dieses weite Pflichtenprogramm trägt damit der misslichen Lage des Berechtigten Rechnung, der dieser sich ansonsten im Spannungsfeld der gegenläufigen Interessen von Drittgläubiger und Verpflichtetem ausgesetzt sähe. In diesem Sinne soll der Berechtigte eines Freistellungsanspruchs nach dessen Sinn und Zweck typischerweise jeglichen Risikos einer Inanspruchnahme durch Dritte enthoben werden und insbesondere nicht der Gefahr ausgesetzt sein, wegen einer begründeten Forderung Dritter mit einer Klage überzogen zu werden oder in Fehleinschätzung der Sach- und Rechtslage eine unbegründete Forderung zu erfüllen.⁷⁶ Verpflichtete sich ein Verkäufer, als Folge der Freistellung für einen Sachverhalt die alleinige Haftung gegenüber dem Drittgläubiger zu übernehmen, so könne dies nichts anderes bedeuten, als dass die Auseinandersetzung mit Ansprüchen Dritter wegen des Sachverhaltes allein Sache des Verkäufers sei und der Berechtigte aus einem solchen Streit herausgehalten werden solle.⁷⁷

Im Folgenden sollen wesentliche Fragstellungen bei der Abwehr- (IV. 1.) und der Befreiungsverpflichtung (IV. 2.) erläutert werden. Beiden gemeinsam ist, dass es einen Ausgleichsanspruch nach erfolgter Freistellung in der Regel nicht gibt (IV. 3.). Anschließend wird die für Freistellungsverpflichtungen in Unternehmenskaufverträgen in der Regel maßgebliche anglo-amerikanische Terminologie beleuchtet (IV. 4.).

1. Die Abwehr von Forderungen

Wie gezeigt, stellt die Pflicht zur Forderungsabwehr einen wesentlichen Bestandteil der Verpflichtung zur Freistellung dar. Sie ergibt sich aus der entsprechenden Freistellungsvereinbarung selbst, ohne dass die Parteien dies ausdrücklich klarstellen müssten. Wichtige Elemente des Abwehranspruchs sind die Informationspflichten zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem (vgl. nachfolgend unter a) und die Frage, welche Partei die Kontrolle über die Verteidigung im Falle von Rechtsstreitigkeiten hat (vgl. nachfolgend unter b). Weitere Punkte sind das Eintrittsrecht des Verpflichteten (vgl. nachfolgend unter c) und die Frage, ob auch von Anwaltskosten freizustellen ist (vgl. nachfolgend unter d).

66 Knott, in: Knott/Mielke (Hrsg.), Unternehmenskauf, 4. Aufl. 2011, Rn. 1013.

67 Knott, in: Knott/Mielke (Hrsg.), Unternehmenskauf, 4. Aufl. 2011, Rn. 1011.

68 Knott, in: Knott/Mielke (Hrsg.), Unternehmenskauf, 4. Aufl. 2011, Rn. 701 ff.

69 Vgl. z. B. Cremer, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 108 AEUV, Rn. 26 ff.; Kreße, EuZW 2008, 394 ff.

70 Verse/Wurmnest, ZHR 167 (2003) 403, 404.

71 Verse/Wurmnest, ZHR 167 (2003) 403, 405.

72 Verse/Wurmnest, ZHR 167 (2003) 403, 430.

73 Liekefett, DB 2005, 2398.

74 Hierzu instruktiv Haberstock, in: Birk (Hrsg.), Transaktionen, Vermögen, Pro Bono, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P+P Pöllath + Partners, 2008, S. 30, 43 f.

75 BGH, 24.6.1970 – VIII ZR 268/67, BB 1970, 1072, NJW 1970, 1594; BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382; BGH, 15.10.2007 – II ZR 136/06, BB 2007, 2702, NJW-RR 2008, 256.

76 BGH, 24.6.1970 – VIII ZR 268/67, BB 1970, 1072, NJW 1970, 1594, 1595; BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382; BGH, 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, NJW-RR 2011, 479.

77 BGH, 24.6.1970 – VIII ZR 268/67, BB 1970, 1072, NJW 1970, 1594, 1595.

a) Informationspflichten

Bei der Abwehr von Forderungen besorgt der Verpflichtete ein Geschäft des Berechtigten. Dabei kommt der wechselseitigen Information und Kooperation eine besondere Bedeutung zu.

aa) Pflichten des Berechtigten

Hier stellt sich zunächst die Frage, ob der Berechtigte eine Informationspflicht gegenüber dem Verpflichteten in Bezug auf eine Forderung des Drittgläubigers hat, und wenn ja, zu welchem Zeitpunkt er den Verpflichteten von der Forderung des Drittgläubigers in Kenntnis setzen muss. Reicht es beispielsweise aus, wenn er den Verpflichteten erst über die Inanspruchnahme in Kenntnis setzt, nachdem bereits ein Zahlungsurteil ergangen ist?

Grundsätzlich muss dem Verpflichteten die Gelegenheit gegeben werden, seiner Freistellungsverpflichtung durch Verhandlungen mit dem Drittgläubiger nachzukommen.⁷⁸ Denn für den Freistellungsanspruch ist es gerade typisch, dass der Verpflichtete auch die gegen den Berechtigten erhobenen unbegründeten Ansprüche abwehren soll.⁷⁹

Der Berechtigte sollte daher den Verpflichteten möglichst frühzeitig von einem Zahlungsverlangen des Drittgläubigers in Kenntnis setzen. Er muss den Verpflichteten auch über sämtliche Umstände hinsichtlich seines Verhältnisses zu dem Drittgläubiger in Kenntnis setzen, die für das Vorgehen und die Entscheidung des Verpflichteten von Bedeutung sind, es sei denn, dass ihm die Offenlegung dieser Umstände nicht zuzumuten ist.⁸⁰ Dem Verpflichteten muss außerdem eine angemessene Frist gegeben werden, seiner Freistellungsverpflichtung durch Verhandlungen mit dem Drittgläubiger nachzukommen.⁸¹ Insbesondere muss er Gelegenheit haben, sich über die Begründetheit oder Unbegründetheit des Anspruchs des Drittgläubigers und über seine Verhandlungsposition Klarheit zu verschaffen, die Verhandlung mit dem Drittgläubiger zu führen und abzuschließen, und den Berechtigten hierüber in Kenntnis setzen.⁸² Kommt der Berechtigte diesen Pflichten nicht nach, setzt er sich seinerseits möglichen Gegenforderungen aus, zudem verschlechtert er seine Rechtsposition für den Fall, dass der Verpflichtete seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Da Informations- und Prüfungsmöglichkeiten des Freistellungsgläubigers nicht eindeutig sind, sollten diese vertraglich festgelegt werden.

Eine Regelung der Informations- und Kooperationspflichten des Berechtigten im Unternehmenskaufvertrag könnte in der Praxis etwa wie folgt aussehen:

„The Indemnitee shall ensure that the Indemnitor (i) is provided with all materials, information and assistance relevant in relation to the Third Party Claim including all communications between the Indemnitee or any Group Company and the third party raising the Third Party Claim, (ii) is given reasonable opportunity prior to any measures to remedy the Third Party Claim to comment or discuss with the Indemnitee any measures which the Indemnitee proposes to take or to omit in connection with a Third Party Claim, and (iii) in particular, the Indemnitor shall be given an opportunity to comment on, participate in, and review any reports on tax audits, disputes or appeals or other measures and shall receive without undue delay copies of all relevant tax assessment notices and other notices or audit reports of any authority.

To the extent the Indemnitor depends on the cooperation of the Indemnitee or any Group Company, the Indemnitee shall procure, to the extent legally possible for the Indemnitee, at the request of the Indemnitor, that all steps the Indemnitor may reasonably request from the Indemnitee in that respect are taken.“⁸³

bb) Pflichten des Verpflichteten

Neben dem Berechtigten wird auch dem Verpflichteten regelmäßig vertraglich eine Pflicht zur Kooperation nach Treu und Glauben im Hinblick auf die Abwehr der Drittforderung auferlegt. Danach obliegt es beiden Seiten, die Verteidigung gegen die Drittforderung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in gemeinsamer Kooperation zu koordinieren.

„The Indemnitor and the Indemnitee shall cooperate in good faith to coordinate the defence.“⁸⁴

Eine solche Regelung stellt die Parteien bzw. in erster Linie den Berechtigten allerdings vor größere Schwierigkeiten, da er naturgemäß andere Interessen verfolgt und an einer möglichst zügigen Erledigung der Drittforderung, notfalls im Wege einer gütlichen Einigung mit dem Drittgläubiger, interessiert ist. Dahingegen hat der Verpflichtete ein Interesse daran, die Drittforderung nicht zu erfüllen und die Berechtigung des Anspruchs des Drittgläubigers in einer gerichtlichen Auseinandersetzung zu klären.

Im Hinblick auf eine gütliche Einigung mit dem anspruchstellenden Drittgläubiger kann der Unternehmenskaufvertrag daher auch weiter gefasst werden und die Kooperationspflicht der Parteien auf die vergleichsweise Einigung mit dem Drittgläubiger ausgedehnt werden.

Naturgemäß kommt es bezüglich dieser beidseitigen Koordinierungs- und Kooperationspflichten sowie zu den Pflichten im Einzelnen zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien. Während der Berechtigte verlangt, dass der Verpflichtete bei der Abwehr seine unter Umständen bestehenden wirtschaftlichen Interessen, etwa im Rahmen einer weiteren wirtschaftlichen Zusammenarbeit mit dem Drittgläubiger oder dem Wohlwollen von Regulierungsbehörden, bezüglich der weiteren wirtschaftlichen Betätigung des Berechtigten berücksichtigt, wird der Verpflichtete diese Interessen zum Anlass nehmen, etwaige Verhandlungsgespräche des Berechtigten mit dem Drittgläubiger allein aus diesen Erwägungen heraus motiviert darzustellen und aus diesem Grund die Freistellung abzulehnen.

Fraglich ist daher, ob die Treuepflicht dem Verpflichteten auferlegt, bei der Abwehr die Interessen des Berechtigten im Allgemeinen und seine wirtschaftlichen Belange im Besonderen zu berücksichtigen. Dies wird wohl im Einzelfall und nach Würdigung der jeweiligen Umstände zu beurteilen sein. Unterhält der Berechtigte beispielsweise jahrelang geschäftliche Beziehungen zu dem anspruchstellenden Drittgläubiger und verliert er diese allein aufgrund der erhobenen Ansprüche, die der Verpflichtete nicht zu befriedigen gewillt ist, liegt die Annahme einer entsprechenden Pflicht zur Rücksichtnahme nahe. Grundsätzlich wird der Verpflichtete jedoch bei Vereinbarung einer Kooperationspflicht nach Treu und Glauben die Verteidigung nicht führen dürfen, ohne auf die Interessen des Berechtigten gebührend Rücksicht zu nehmen und sich dabei „redlich“ zu verhalten, d. h. nicht sämtliche vom Berechtigten vorgeschlagene Maßnahmen abzulehnen.

b) Wer bestimmt, wie die Abwehr erfolgen soll?

Mitunter regeln Freistellungsverpflichtungen ausdrücklich, wie die Abwehr von Forderungen Dritter zu erfolgen hat. So hatte die Frei-

78 BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382.

79 S. nur BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382.

80 BGH, 7.3.1983 – II ZR 82/82, NJW 1983, 1729, 1730.

81 BGH, 7.3.1983 – II ZR 82/82, NJW 1983, 1729, 1730.

82 BGH, 7.3.1983 – II ZR 82/82, NJW 1983, 1729, 1730.

83 Bsp. aus der Vertragspraxis.

84 Bsp. aus der Vertragspraxis.

stellungserklärung der beklagten Lieferantin von Türscharnieren in einem vom BGH entschiedenen Fall folgenden Inhalt:

„Hiermit bestätigen wir Ihnen gerne, dass wir Sie im Hinblick auf einen möglichen Rechtsstreit und Schadensersatzforderungen der Firma T. wegen der von uns gelieferten Scharniere von jeglichen Ansprüchen der Firma T. freistellen, wobei natürlich Voraussetzung ist, dass Anerkenntnisse oder Zahlungen nur mit unserer Zustimmung erfolgen und ein mögliches Gerichtsverfahren unter unserer Regie läuft. Hierbei gehen wir davon aus, dass Sie nur unter Abstimmung mit uns eigene Anwälte bestellen, grundsätzlich dies aber über unsere Anwälte abgewickelt wird.“⁸⁵

Die Freistellungsverpflichtung sah in diesem Fall also vor, dass ein Gerichtsverfahren „unter der Regie“ des Verpflichteten und grundsätzlich über dessen Anwälte „abgewickelt“ wird. In dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Inhaber der Schutzrechte an dem Scharnier Klage gegen den italienischen Vertragshändler des Berechtigten erhoben. Der italienische Vertragshändler hatte dem Berechtigten daraufhin den Streit verkündet. Nachdem der Berechtigte den Verpflichteten von dem Rechtsstreit in Kenntnis gesetzt hatte, nahm der Verpflichtete von einer Beteiligung an dem Rechtsstreit Abstand. Der Berechtigte verklagte den Verpflichteten sodann auf Schadensersatz. Der BGH entschied, dass der Verpflichtete dem Berechtigten aus § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet war, da er eine Beteiligung an dem Rechtsstreit abgelehnt hatte und hierdurch seiner Abwehrrpflicht aus der Freistellungsverpflichtung nicht nachgekommen war. Die Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz umfasste die Aufwendungen, die dem Berechtigten dadurch entstanden waren, dass er sich anstelle des zur Anspruchsabwehr verpflichteten Beklagten unmittelbar und auf eigene Kosten an der Prozessführung beteiligen musste und mit den Prozesskosten des italienischen Vertragshändlers belastet wurde.⁸⁶

In einem anderen vom BGH entschiedenen Fall sah die Freistellungsverpflichtung vor, dass der Verpflichtete „die alleinige Haftung Dritten gegenüber wegen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte“ übernahm.⁸⁷ Hier verstand der BGH die Verpflichtung des Verkäufers, die „alleinige“ Haftung Dritten gegenüber zu übernehmen dahingehend, dass die Auseinandersetzung mit Ansprüchen Dritter wegen der Verletzung gewerblicher Schutzrechte allein Sache des Verkäufers sei und die beklagte Bundesrepublik Deutschland in einen Streit nicht mit hineingezogen werden sollte.⁸⁸ Es sollte also Sache des zur Freistellung verpflichteten Verkäufers sein, dafür Sorge zu tragen, dass der Berechtigte nicht von Dritten, egal ob berechtigt oder nicht, in Anspruch genommen wurde.⁸⁹

Aus beiden Entscheidungen wird deutlich, dass es grundsätzlich dem Verpflichteten obliegt, zu bestimmen, wie die Abwehr von Ansprüchen Dritter erfolgen soll. Dies liegt darin begründet, dass die Freistellungsverpflichtung auch eine Abwehrrpflicht enthält.⁹⁰ Wenn der Verpflichtete Ansprüche Dritter abwehren soll, muss er auch die Freiheit haben zu bestimmen, wie er sich mit solchen Ansprüchen auseinandersetzt.⁹¹

Etwas anderes gilt, wenn die Parteien vertraglich vereinbart haben, dass die Freistellungsverpflichtung keine Abwehrrpflicht enthält. Dann obliegt die Ausgestaltung der Abwehr von Ansprüchen Dritter dem Berechtigten. Dieser Fall dürfte in der Praxis allerdings relativ selten vorkommen. Hat der Verpflichtete eine Abwehrrpflicht, weil nichts Gegenteiliges von den Parteien vereinbart wurde, und kommt er dieser Pflicht nicht nach, wird der Berechtigte üblicherweise selbst versu-

chen, die Forderung des Drittgläubigers abzuwehren. Wie er sich mit dem Drittgläubiger auseinandersetzt und die Abwehr gestaltet, bleibt ihm dann selbstverständlich selbst überlassen. In einem solchen Fall hat der Verpflichtete dem Berechtigten allerdings bei Verletzung der Freistellungsverpflichtung Schadensersatz zu leisten.⁹²

c) Eintrittsrecht des Verpflichteten?

Steht der Berechtigte bereits in Verhandlungen mit dem Drittgläubiger, hat der Verpflichtete aufgrund seiner Abwehrrpflicht grundsätzlich ein Eintrittsrecht. Der Verpflichtete muss auch hier die Gelegenheit haben, die Abwehr nach seiner Vorstellung durchzuführen. Er kann daher frei entscheiden, wie er sich mit den Ansprüchen des Drittgläubigers auseinandersetzt.⁹³ Hierunter fällt auch die Entscheidung, ob er sich überhaupt mit den Ansprüchen des Drittgläubigers auseinandersetzen möchte.⁹⁴

Etwas anderes gilt, wenn die Parteien vereinbart haben, dass die Freistellungsverpflichtung keine Abwehrrpflicht enthält. In einem solchen Fall obliegt die Abwehr unbegründeter Ansprüche allein dem Berechtigten, so dass ein Eintrittsrecht des Verpflichteten grundsätzlich nicht besteht. Unter Umständen ist es in einem solchen Fall sinnvoll, dass der Berechtigte dem Verpflichteten die Möglichkeit zur Abwehr der Forderung des Drittgläubigers gibt, sofern der Verpflichtete hierzu gewillt ist. Das kommt beispielsweise in Betracht, wenn davon auszugehen ist, dass der Verpflichtete aufgrund besserer Kenntnis des Sachverhalts eine unbegründete Forderung des Drittgläubigers schneller und effizienter abwehren kann.

d) Freistellung von Anwalts- und Verfahrenskosten

Ob und in welchem Verhältnis Anwaltskosten von einer Partei getragen werden müssen, bestimmt das Gericht oder Schiedsgericht – meist nach dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen im Verfahren. Die nachfolgende Darstellung beschäftigt sich nicht mit dieser generellen Erstattungspflicht, sondern mit der Frage nach der Höhe erstattungsfähiger Anwaltskosten.

aa) Höhe der erstattungsfähigen Anwaltskosten

Anwaltskosten des Berechtigten sind ohne Weiteres ersatzfähig, solange vereinbart wird, dass die Verteidigung von dem Berechtigten voll auf Kosten des Verpflichteten durchgeführt wird.⁹⁵ Ist dies entgegen der üblichen Praxis nicht geregelt, so kann vor allem bei rein nationalen Sachverhalten Streit darüber entstehen, bis zu welcher Höhe Anwaltskosten ersatzfähig sind, insbesondere, ob deren Höhe auf den Gebührensatz nach RVG beschränkt ist.

In der Praxis dürfte dies selten zum Streitfall werden, da der Verpflichtete schon aus Eigeninteresse an einer möglichst effektiven Rechtsverteidigung interessiert ist und daher bestrebt sein wird, sich möglichst frühzeitig an der Organisation der Verteidigung zu beteiligen. Ansonsten ist der Umfang des Ersatzanspruchs Auslegungsfrage.

85 BGH, 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1745, NJW-RR 2011, 479, juris-Rn. 2.

86 BGH, 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1745, NJW-RR 2011, 479, juris-Rn. 14.

87 BGH, 24.6.1970 – VIII ZR 268/67, BB 1970, 1072, NJW 1970, 1594, 1595.

88 BGH, 24.6.1970 – VIII ZR 268/67, BB 1970, 1072, NJW 1970, 1594, 1595.

89 BGH, 24.6.1970 – VIII ZR 268/67, BB 1970, 1072, NJW 1970, 1594, 1595.

90 Vgl. nur BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382.

91 Vgl. Ayad/Schnell, BB-Komm. zu BGH, 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1747.

92 S. dazu nachfolgend unter V.

93 Vgl. Ayad/Schnell, BB-Komm. zu BGH, 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1747.

94 Vgl. Ayad/Schnell, BB-Komm. zu BGH, 15.12.2010 – VIII ZR 86/09, BB 2011, 1747.

95 Anderenfalls gehören sie zu den nicht ersatzfähigen internen Kosten, dazu sogleich unter IV. 2. b) aa).

Typischerweise müssen die erforderlichen Kosten ersetzt werden, so dass der Berechtigte, der deutsche Anwälte einschaltet, nach RVG berechnete Anwaltskosten erstattet verlangen kann. Wenn über dem RVG-Satz liegende Anwaltskosten als „erforderlich“ angesehen werden sollen, muss der Berechtigte dies belegen; einen Anhaltspunkt hierfür kann die Berechnung der Anwaltskosten bei Abschluss des Unternehmenskaufvertrags geben, der die Freistellungsklausel enthält. Wurden dort Anwaltskosten nicht nach RVG, sondern nach Stundensätzen vergütet, so dürfte schon dies ein Indiz für die Erforderlichkeit von Anwaltskosten auf Stundenbasis auch für die Verteidigung des Berechtigten sein. Sie dürften dann als notwendige Verteidigungskosten vom Freistellungsanspruch umfasst und erstattungsfähig sein.

bb) Höhe der erstattungsfähigen Anwaltskosten in Schiedsverfahren

Nach § 35.1 DIS-SchO sind solche Kosten der Parteien durch die unterlegene Partei zu tragen, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Ausschlaggebend ist das Merkmal der Notwendigkeit der Kosten. Diesbezüglich sind eine alleinige Anwendung der zu § 91 ZPO entwickelten Grundsätze wie der ausschließliche Rückgriff auf das RVG im Schiedsverfahren so wenig angezeigt wie zweckmäßig, obwohl der Wortlaut der Normen § 91 ZPO, § 1057 ZPO und § 35 DIS-SchO vergleichbar ist.

Die Erstattungsfähigkeit der Anwaltsgebühren beschränkt sich in Schiedsverfahren nicht auf die Höhe der gesetzlichen Gebühren des RVG.⁹⁶ „Notwendig“ im Sinne des § 35.1 DIS-SchO darf zudem nicht mit „möglichst billig“ gleichgesetzt werden. Notwendig sind solche Anwaltskosten, die eine vernünftige, geschäftlich versierte Partei für die anwaltliche Betreuung im Schiedsgerichtsverfahren ausgeben würde.⁹⁷ *Trittmann*⁹⁸ bezeichnet es unter Verweis auf die Rechtsprechung als „geklärt“, dass auch bei Schiedsverfahren mit Schiedsort in Deutschland Stundenhonorare von Anwälten grundsätzlich erstattungsfähig sind.⁹⁹

Die Abbedingung des § 22 Abs. 2 RVG in einer Honorarvereinbarung führt also nicht automatisch dazu, dass Kosten als nicht notwendig angesehen werden müssten. Die vergleichend herangezogenen Honorare der ersten und zweiten Instanz berechnet nach RVG und begrenzt durch § 22 Abs. 2 RVG tragen den besonderen Anforderungen eines Schiedsverfahrens nicht ausreichend Rechnung. Sinn und Zweck der Verfahrensgebühr ist es, die gesamte Tätigkeit des Rechtsanwalts abzugelten, die dieser außerhalb der mündlichen Verhandlung erbringt, und zwar vom Beginn des ihm erteilten Auftrages an bis zum Abschluss der Instanz. Zum einen ist es mit Hinblick auf die Komplexität des Schiedsverfahrens und eventuell auch den Gegenstandswert gerechtfertigt, über die Kappungsgrenze hinausgehende Gebühren zu berechnen. Zum andern überzeugt durch die sich zum ordentlichen Gerichtsverfahren mit Instanzenzug ergebenden Unterschiede das Argument für die Kappungsgrenze aus der Gesetzesbegründung zu § 22 Abs. 2 RVG, das mit der Prozessführung verbundene Kostenrisiko für die Parteien in Verfahren mit hohen Streitwerten auf ein angemessenes Maß zurückzuführen, in Schiedsverfahren nicht.

Ein Zeithonorar, welches erheblich über den nach dem RVG (mit Kappungsgrenze) ermittelten Sätzen läge, kann also ohne Weiteres üblich und erstattungsfähig sein. Insofern begrenzen die Regelungen des RVG nicht die Höhe erstattungsfähiger Kosten. Es kann daher durchaus sachgerecht sein.

Es kann bei einer Ex-ante-Betrachtung (und eine solche ist bei einer vor Einleitung eines Schiedsverfahrens abgeschlossenen Honorarver-

einbarung vorzunehmen), durchaus sachgerecht sein, bei einem Schiedsverfahren die Verfahrensgebühr des RVG mit einem (erhöhten) Faktor 1,6 wie in einer Berufungsinstanz vor einem ordentlichen Gericht zu berechnen, da der Anwalt im Schiedsverfahren keine Kompensationsmöglichkeiten durch weitere Instanzen hat.

cc) Freistellung von Verfahrenskosten

Daneben fallen bei dem Berechtigten womöglich auch Verfahrenskosten (des Gerichts oder Schiedsgerichts) an, von denen er ebenfalls freizustellen ist. Diese umfassen jedenfalls in Schiedsverfahren die Gebühren der Schiedsinstitution, das Honorar der Schiedsrichter und deren Auslagen und weitere Verfahrenskosten, etwa durch die mündliche Verhandlung oder Beweisaufnahme (Sachverständigengebühren, Raummiete etc.) entstehende Kosten. Ob die Kosten eines Sekretärs des Schiedsgerichts dazu gehören, ist im Einzelfall zu entscheiden.

In der Praxis wird häufig ebenfalls darum gestritten, ob interne Kosten der Partei (etwa: Zeitaufwand von Inhouse-Counseln bzw. Syndikusanwälten) ebenfalls zu erstatten – oder im vorliegenden Kontext – freizustellen – sind. Während dies für Verfahren vor ordentlichen Gerichten ausgeschlossen da vom „allgemeinen Prozessaufwand“ bzw. als „sowieso“-Kosten umfasst ist, befindet sich die Diskussion dieser Frage vor Schiedsverfahren noch im Fluss.¹⁰⁰

2. Die Befreiungsverpflichtung

Der Freistellungsanspruch ist darauf gerichtet, dass der Verpflichtete den Berechtigten so stellt, wie dieser ohne die Inanspruchnahme durch den Drittgläubiger stehen würde.¹⁰¹ Solange der Berechtigte die Forderung des Drittgläubigers nicht erfüllt hat, ist der Anspruch auf Freistellung von der Verbindlichkeit gerichtet und nicht auf Zahlung (weder an den Berechtigten noch an den Drittgläubiger).¹⁰² Die Befreiung von der Verbindlichkeit ist für den Berechtigten auch vorteilhafter, als diese selbst zu tilgen und anschließend Erstattung von dem Verpflichteten zu verlangen, da er so kein eigenes Vermögen für die Tilgung der Verbindlichkeit aufwenden muss und ihm Kosten und Mühen einer Zahlungsanweisung an den Drittgläubiger erspart bleiben.¹⁰³ Unbegründete Forderungen sind ebenfalls durch den Verpflichteten abzuwehren. Wie von begründeten Forderungen freizustellen ist, kann der Verpflichtete grundsätzlich frei wählen (vgl. nachfolgend unter a). Die Höhe des Freistellungsanspruchs richtet sich dabei wesentlich nach der vertraglichen Vereinbarung, wobei typische „interne“ Kosten in der Regel nicht erfasst sind (vgl. nachfolgend unter b).

a) Freistellung von begründeter Forderung des Drittgläubigers

Ist die Forderung des Drittgläubigers begründet, muss der Verpflichtete sie beseitigen. Es steht ihm hierbei grundsätzlich frei, wie er die

96 Ebenso *Risse*, *SchiedsVZ* 2012, 5, 10. Ausführlich dazu *Trittmann*, *ZVGRWiss* 114 (2015), 469 ff. m. w. N. Restriktiv dagegen *Lachmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3. Aufl. 2008, Rn. 1944 f.

97 *Risse*, *SchiedsVZ* 2012, 5, 10.

98 *Trittmann*, *ZVGRWiss* 114 (2015), 469, 470 m. w. N.

99 Vgl. dazu ebenfalls von *Bernuth*, *SchiedsVZ* 2013, 212 ff.

100 Vgl. *Trittmann*, *ZVGRWiss* 114 (2015), 469, 483 m. w. N. *Trittmann* empfiehlt, solche Kosten als erstattungsfähig anzusehen, welche die zur Erstattung verpflichtete Partei selbst angemeldet hat.

101 BGH, 11.4.1984 – VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151, 2152; BGH, 5.4.1989 – IVb ZR 35/88, NJW 1989, 1920, 1922.

102 *Görmer*, *JuS* 2009, 7.

103 *Görmer*, *JuS* 2009, 7.

Freistellung bewirkt.¹⁰⁴ Dies kann beispielsweise durch Leistung an den Drittgläubiger (§ 267 Abs. 1 S. 1 BGB) oder befreiende Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB) erfolgen.¹⁰⁵ Eine Zahlung des zur Tilgung der Verbindlichkeit notwendigen Betrags an den Berechtigten stellt eine Schuldänderung dar, so dass hierfür die Zustimmung des Berechtigten erforderlich ist.¹⁰⁶ Anders als in Fällen von § 257 S. 1 BGB, die auf einem Auftrags- bzw. Kommissionsverhältnis beruhen,¹⁰⁷ darf der Verpflichtete also grundsätzlich nicht direkt an den Berechtigten zahlen. Umgekehrt darf auch der Berechtigte nur dann Zahlung von Geld anstatt Freistellung verlangen, wenn die Parteien dies vertraglich vereinbart haben.¹⁰⁸

Wer die Beweislast dafür trägt, ob die Forderung des Drittgläubigers begründet ist oder nicht, richtet sich nach dem Wortlaut der Freistellungsvereinbarung. Schweigt diese hierzu, so folgt aus der Natur und dem Zweck der Freistellungsklausel, dass bei einer Inanspruchnahme des Berechtigten durch den Drittgläubiger die Beweislast dafür, dass die Inanspruchnahme nicht oder nicht in dieser Höhe gerechtfertigt war, ausschließlich den Verpflichteten trifft. Leistet der Berechtigte aufgrund seiner Inanspruchnahme durch den Drittgläubiger Zahlungen an diesen, so reicht es nicht aus, dass der Berechtigte Grund und Höhe der Inanspruchnahme bestreitet. Vielmehr obliegt es sodann ihm, detailliert nachzuweisen, dass die Forderung des Drittgläubigers nicht begründet war. Wenn und soweit er selbst allerdings trotz Aufforderung durch den Berechtigten an der Abwehr einer unbegründeten Forderung nicht mitgewirkt und ein eventuell bestehendes eigenes Eintrittsrecht nicht ausgeübt hat, dürfte ihm die Berufung auf angeblich unbegründete Ansprüche verwehrt sein.

b) Höhe des Freistellungsanspruchs

aa) Keine Freistellung von internem Aufwand

Anhand des in diesem Abschnitt skizzierten Ablaufs wird ersichtlich, dass dem Berechtigten zur Erfüllung seiner Informationspflichten, gegebenenfalls auch für andere Mitwirkungsleistungen Kosten entstehen. Diese sind ohne entsprechende vertragliche Regelung nicht vom Verpflichteten zu tragen, da sie der Erfüllung der eigenen Verpflichtungen des Berechtigten dienen. Aus dem Zweck des Freistellungsanspruchs, eine Abwehr der Drittforderung zu gewährleisten, soll sich grundsätzlich gerade keine Zahlungspflicht an den Berechtigten ergeben.

bb) Keine Freistellung von Wertminderungen und Folgekosten, inkl. entgangenem Gewinn

Als rein interne Vorgänge sind Wertminderungen des Kaufobjektes anzusehen. Diese sind von dem nach außen gerichteten Freistellungsanspruch nicht erfasst. Gleichfalls sind auch Folgekosten, die sich nicht als Ansprüche von Drittgläubigern darstellen, nicht zu übernehmen. Dies gilt insbesondere für entgangenen Gewinn. Davon unbeschadet bleibt die Möglichkeit, den Ersatz dieser Posten auf anderer Grundlage zu verlangen.

cc) Vorteilsausgleich

Nicht selten ist der Berechtigte zwar Drittforderungen ausgesetzt, hat aber neben dem Freistellungsanspruch gleichzeitig aufgrund dieser Drittforderungen weitere Ansprüche gegen Dritte. Dies kann beispielsweise bei Ansprüchen gegen Versicherungen der Fall sein. Dann ist fraglich, wie sich diese auf den Freistellungsanspruch auswirken.

Nach h.M. sind die Regelungen zum Vorteilsausgleich auch auf den Freistellungsanspruch entsprechend anwendbar.¹⁰⁹ In dieser Hinsicht für den vertraglichen Freistellungsanspruch nichtssagend ist jedoch die häufig zitierte Entscheidung des BGH vom 17.12.1954. Deren Leitsatz lautet auszugsweise:

*„führt die Bestellung der Hypothek (...) zu einem Vorteil für den [Berechtigten], so mindert dieser den Umfang seiner Aufwendung und ist er auf den Befreiungsanspruch im Wege der Vorteilsausgleichung anzuzurechnen“.*¹¹⁰

Dieser Fall behandelte einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 670 BGB, der im Wege der Freistellung nach § 257 BGB zu erfüllen war. Dass § 254 BGB bei § 670 BGB Anwendung findet, ist unbestritten.¹¹¹ Für den Inhalt eines vertraglichen Freistellungsanspruchs, der auf die Abwehr der Ansprüche Dritter ohne Rücksicht auf das Innenverhältnis abzielt, ist damit jedoch keine Aussage verbunden.

dd) Mitverschulden

Situationen, in denen der Verpflichtete gegenüber dem Berechtigten den Einwand des Mitverschuldens hinsichtlich der Drittforderung geltend machen könnte, dürften selten sein. Die beim Unternehmenskauf typischerweise abgedeckten Risiken umfassen ja gerade solche aus der Zeit vor dem Übergang der Verantwortung auf den Käufer. Denkbar sind Konstellationen, in denen dem verkauften Unternehmen Forderungen gegen den Käufer zustehen, die das verkaufende Mutterunternehmen nun nicht mehr geltend machen kann:

Automobilzulieferer K liefert fehlerhafte Bauteile zur Abgasreinigung an einen Automobilhersteller H, die dieser unzureichend prüft. In der Folge erwirbt der Automobilzulieferer K den Automobilhersteller H und lässt sich von der Muttergesellschaft V von Verbindlichkeiten bzw. drohenden Strafzahlungen wegen Verletzung von Umweltvorschriften durch H freistellen. Nach Vollzug des Kaufvertrages machen Behörden in der Tat berechnete Forderungen gegen H geltend, für die der Käufer K Freistellung von dem Verkäufer V verlangt. Muss V die K im Außenverhältnis vollständig freistellen?

Auch hier liegt der Rückgriff auf die Rechtslage zum Schadensersatz nahe, wo mit § 254 BGB ein bewährtes Regelungssystem zur Bewältigung eines etwaigen Mitverschuldens bereitsteht. Nach dieser Vorschrift wird das Mitverschulden – ggf. anteilig – auf den Umfang des Schadensersatzanspruchs angerechnet. Entsprechend der Argumentation zum Vorteilsausgleich sollte auch hier auf die Grundsätze zu Schadensersatzansprüchen zurückgegriffen werden. Zwar beeinträchtigt eine Einschränkung des Freistellungsanspruchs, die eine Prüfung des Innenverhältnisses der Parteien voraussetzt, den Zweck der Freistellung als einem effektiven Schutzschild. Eine Berücksichtigung des Mitverschuldens trägt jedoch den berechtigten Interessen des Verpflichteten Rechnung, nicht für Fehlverhalten des Berechtigten aufkommen zu müssen.

¹⁰⁴ S. oben VI. 2. b).

¹⁰⁵ BGH, 11.4.1984 – VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151, 2152.

¹⁰⁶ S. dazu *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 257, Rn. 2.

¹⁰⁷ BGH, 8.10.1964 – II ZR 132/64, BB 1964, 1400, NJW 1965, 249, 251; *Görmer*, JuS 2009, 7, 9 m. w. N.

¹⁰⁸ Bei gesetzlicher Freistellung auch im Falle einer gesetzlichen „Sonderregelung“ (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB) oder im Falle einer besonderen Interessenlage bei einem Werkvertrag; vgl. dazu auch *Görmer*, JuS 2009, 7, 9 m. w. N.

¹⁰⁹ BAG, 24.8.1983 – 7 AZR 670/79, DB 1983, 2781 f., BAGE 43, 246; *Krüger*, in: Münch-KommBGB, 6. Aufl. 2013, BGB § 257, Rn. 10; *Lorenz*, in: BeckOK BGB, Stand: Dezember 2015, BGB § 257, Rn. 9.

¹¹⁰ BGH, 17.12.1954 – V ZR 77/53, BeckRS 1954, 31375378.

¹¹¹ *Fischer*, in: BeckOK BGB, Stand: Dezember 2015, BGB § 670, Rn. 25 m. w. N.

ee) Freistellung von Gesamtschulden

Keine Bedeutung hat es demgegenüber, wenn der Verpflichtete und der Berechtigte nach außen gleichermaßen als Gesamtschuldner voll für eine Forderung haften. In diesem Fall ist der Verpflichtete ohnehin zur vollständigen Zahlung verpflichtet. Eine Freistellungsvereinbarung wird dann regelmäßig die Lastentragung im Innenverhältnis einseitig zu Lasten des Verpflichteten regeln.

ff) Umfassende Freistellung/Entschädigung auch ohne Vorsatz des Verpflichteten

Es wurde bereits aufgezeigt, dass ein Freistellungsanspruch nicht den für eine Garantie evtl. vereinbarten Begrenzungen (Cap, Maximalbetrag, Haftungsobergrenze, Deckel oder Deckelungsbetrag, Haftungsbeschränkungsklausel¹¹²) unterliegt. Sofern die Parteien daher für eine Freistellung keine eigene, spezielle Haftungsbeschränkung vereinbart haben, kommt es für die Freistellungsverpflichtung nicht darauf an, ob das Handeln (welches überhaupt?) des Verpflichteten als fahrlässig oder vorsätzlich zu qualifizieren ist. Hier zeigt sich ein entscheidender Unterschied zur Garantie: *Garantiert* der Verpflichtete etwa, dass kein Rechtsstreit gegen das verkaufte Unternehmen anhängig ist, kann es für seine evtl. Haftung und deren Höhe darauf ankommen, ob er von der Unrichtigkeit seiner Garantie wusste (nur dann würde eine vereinbarte Haftungsbeschränkung [Cap] wegen § 444 BGB [Vorsatz] durchbrochen¹¹³). Bei einer Freistellungsverpflichtung kommt es hingegen auf Wissen und Vorsatz nicht an: Sie gilt unbeschränkt, solange sie nicht explizit vertraglichen Schranken unterworfen wird. Dies wird insbesondere bei Umweltrisiken häufig der Fall sein. So ist etwa eine Beschränkung auf nach dem BBodSchG notwendige Kosten üblich, um eine „Luxussanierung“ durch den Käufer zu verhindern.¹¹⁴ Auch ansonsten sind derartige einschränkende Klauseln zu empfehlen.

3. Kein allgemeiner Ausgleichsanspruch

Im Zusammenhang mit Mitverschulden und Gesamtschulden¹¹⁵ wurde dargelegt, dass der Verpflichtete im Einzelfall einen Erstattungsanspruch gegen den Berechtigten haben kann. Ein genereller Erstattungsanspruch, nach dem sich der Verpflichtete im Innenverhältnis von seiner nach außen bestehenden Freistellungsverpflichtung schadlos halten könnte, besteht hingegen nicht. Dies würde dem Zweck der Freistellungsverpflichtung, den Berechtigten auch im Ergebnis von etwaigen Ansprüchen Dritter fernzuhalten, entgegenstehen. Für begründete Forderungen hat der Verpflichtete daher auch im Verhältnis zum Berechtigten einzustehen, ebenso wie er die Kosten der Abwehr unberechtigter Forderungen zu tragen hat.

4. Die Terminologie im (anglo-)amerikanischen Rechtsraum

Für die soeben dargestellten Ausprägungen des Freistellungsanspruchs findet sich in den typischerweise englischsprachigen Unternehmenskaufverträgen eine bestimmte Terminologie: mal spricht der Vertragswortlaut von einer „obligation to indemnify“, mal von einer „obligation to defend“. Gelegentlich erscheint auch der Begriff einer „obligation to hold harmless“. Häufig werden diese Formulierungen kombiniert.

a) „Indemnify“ und „Defend“

Hinter der sprachlichen Vielfalt im anglo-amerikanischen Rechtsraum verbergen sich tatsächlich auch unterschiedliche Ansprüche.

Die „obligation to indemnify“ beschreibt die Pflicht, den Berechtigten von Ansprüchen Dritter freizustellen.¹¹⁶ Demgegenüber erfasst die „obligation to defend“ davon unabhängig die Verpflichtung zur Übernahme der Kosten der Rechtsverteidigung.¹¹⁷ Damit entsteht die „obligation to defend“ früher als die „obligation to indemnify“, nämlich bereits, wenn ein Dritter einen Anspruch gegen den Berechtigten geltend macht.¹¹⁸

Ob die „obligation to indemnify“ auch eine Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der Rechtsverteidigung beinhaltet, wenn der entsprechende Vertrag keine „obligation to defend“ enthält, wird in den USA nicht einheitlich beurteilt. Für Kalifornien folgt aus § 2778 Abs. 3 California Civil Code, dass die Freistellungsverpflichtung auch die Kosten einer angemessenen Rechtsverteidigung erfasst, die dem Berechtigten im guten Glauben entstanden sind.¹¹⁹ Sofern ein Unternehmenskaufvertrag deutschem Recht unterliegt, aber auf Englisch formuliert ist, empfiehlt es sich, die „obligation to defend“ aus Klarstellungsgründen in den Vertrag aufzunehmen.

b) Die „obligation to hold harmless“ – nur scheinbar ein Freistellungsanspruch

In einer Vielzahl von Unternehmenskaufverträgen findet sich die Formulierung

„*Seller shall indemnify and hold harmless Purchaser.*“

Der Käufer eines Unternehmens kann sich hier in falscher Sicherheit wiegen, denn es ist durchaus unklar, was hiermit genau gemeint ist. Man könnte die Klausel einerseits als umfassende Haftungsregelung verstehen, die dem Verkäufer sehr weitreichende Freistellungs- und Schadensersatzverpflichtungen auferlegt.¹²⁰ In der US-amerikanischen Rechtsprechung werden die Begriffe „to indemnify“ und „to hold harmless“ teilweise als Synonyme verstanden. In diesem Fall wäre eine Verwendung beider Begriffe in einem Unternehmenskaufvertrag überflüssig.¹²¹ Zwei neuere Entscheidungen indizieren allerdings, dass die beiden Begriffe nicht dieselbe Bedeutung haben und daher voneinander abgegrenzt werden müssen.¹²²

Das kalifornische Berufungsgericht führte in der Entscheidung *Queen Villas Homeowners Ass'n v. TCB Property Mgmt.* aus, das aus einer „obligation to indemnify“ resultierende Recht sei offensiv, da es dem Berechtigten einen Freistellungsanspruch gegen den Verpflichteten gebe. Demgegenüber handele es sich bei dem aus einer „obligation to hold harmless“ resultierenden Recht um ein völlig anders gerichtetes, defensives Recht, nämlich das Recht, von einem Anspruch des Verpflichteten verschont zu bleiben.

112 Hilgard, BB 2004, 1233 ff.

113 Hilgard, BB 2004, 1233 ff.; Hilgard, BB 2013, 963 ff.

114 Knott/Seidel, in: Knott/Mielke (Hrsg.), Unternehmenskauf, 4. Aufl. 2011, Rn. 1014.

115 Vorstehend unter VI. 2. b) ee).

116 Mitunter werden Freistellungsansprüche, eigentlich „Indemnities“, auch als „Indemnifications“ bezeichnet. Da dieser Begriff im angelsächsischen Rechtsraum sowohl für Freistellungen als auch für den Schadensersatz bei der Verletzung von Gewährleistungen verwendet wird, sollte der Begriff aus Klarstellungsgründen in dem Unternehmenskaufvertrag definiert werden (vgl. Kästle/Oberbracht, Unternehmenskauf – Share Purchase Agreement, 2. Aufl. 2010, S. 245).

117 Vgl. Chemical Leaman Tank Lines, Inc. v. Aetna Casualty and Surety Co., 177 F.3d 210, 223, Tz. 17 (3d Cir. 1999): „A duty to defend obligates the insurer to pay the costs incurred preparing for and defending a lawsuit brought against the policyholder.“ Brocato, The Transactional Lawyer, October 2011, S. 1.

118 Brocato, The Transactional Lawyer, October 2011, S. 1.

119 Im Wortlaut: „An indemnity against claims, or demands, or liability, expressly, or in other equivalent terms, embraces the costs of defense against such claims, demands, or liability incurred in good faith, and in the exercise of a reasonable discretion [...]“

120 Vgl. Engelhardt, in: Solmecke/Taeger/Feldmann (Hrsg.), Mobile Apps, 2013, S. 102.

121 Brocato, The Transactional Lawyer, October 2011, S. 1.

122 Brocato, The Transactional Lawyer, October 2011, S. 1.

Im Wortlaut:

„Indemnify‘ is an offensive right – a sword – allowing an indemnitee to seek indemnification. ‚Hold harmless‘ is defensive: The right not to be bothered by the other party itself seeking indemnification.“¹²³

Diese Differenzierung scheint auch der Ansicht des Delaware Court of Chancery in der Entscheidung *Majkowski v. American Imaging Mgmt. Services, LLC*¹²⁴ zu entsprechen.

Der Hauptunterschied zwischen den beiden Verpflichtungen liegt demnach in ihrer Schutzrichtung. Die „obligation to indemnify“ betrifft Ansprüche Dritter gegen den Berechtigten, während die „obligation to hold harmless“ den Berechtigten vor Ansprüchen des Verpflichteten schützen soll.¹²⁵

Wenn also ein Unternehmenskaufvertrag eine „indemnify and hold harmless“-Klausel zugunsten des Käufers enthält, so muss der Verkäufer den Käufer umfassend freistellen, kann aber selbst keine Ansprüche gegen den Käufer geltend machen.¹²⁶ Damit ist die „obligation to hold harmless“ für sich genommen letztlich kein Freistellungsanspruch.

V. Rechtsfolgen einer Verletzung der Freistellungspflicht

1. Die Problemlage

Auf den ersten Blick erscheint es verwunderlich, nach den Rechtsfolgen einer Verletzung der Freistellungspflicht zu fragen. Es scheint auf der Hand zu liegen, dass der Berechtigte auch nach Eintritt der Freistellungsverpflichtung Anspruch darauf hat, so gestellt zu werden, als ob ihn der Verpflichtete rechtzeitig freigestellt hätte. Wandelt sich der Freistellungsanspruch dann also in einen Schadensersatzanspruch?

Der Berechtigte findet sich in einer unangenehmen Lage, wenn der Verpflichtete sich entweder weigert, seiner Verpflichtung Genüge zu tun, oder dem Berechtigten bei dessen Abwehr „in die Suppe spuckt“. Der Berechtigte sitzt in dieser Situation „zwischen zwei Stühlen“: Einerseits ist er an einer möglichst vollständigen Abwehr der von einem Drittgläubiger erhobenen Ansprüche interessiert, andererseits zeigt der Verpflichtete keine Bereitschaft, für diese Ansprüche geradzustehen, weil er sie für unbegründet hält („Lass Dich doch verklagen, Du wirst schon sehen ...“).

Die auf den ersten Blick naheliegende Lösung, dann doch die Streitigkeit zwischen dem anspruchstellenden Drittgläubiger und dem Verpflichteten direkt austragen zu lassen und den Berechtigten „außen vor“ zu lassen, scheidet meist aus, da der Berechtigte im Außenverhältnis verpflichtet bleibt: Eine Behörde geht gegen das Unternehmen vor, welches die Umwelt verschmutzt hat, und nicht gegen den Verkäufer des Unternehmens, der dem Käufer eine Freistellung gewährt hat. Eine Behörde geht gegen das Unternehmen vor, welches Steuern unzutreffend deklariert hat, und nicht gegen den Verkäufer des Unternehmens, der dem Käufer eine Freistellung gewährt hat. Das Finanzamt fordert die Vorlage von Unterlagen beim Käufer an, die der Verkäufer im SPA als vertraulich zu behandeln gekennzeichnet hat, wodurch dem Käufer die Herausgabe untersagt bleibt.

Andererseits kann der Berechtigte nicht einfach selbst tätig werden. Befriedigt er den Anspruch des Drittgläubigers oder erreicht einen Vergleich, setzt er sich dem Vorwurf des Verpflichteten aus, er habe eine nicht bestehende Verpflichtung anerkannt oder befriedigt, und in einer solchen Situation sei der Verpflichtete seinerseits nicht mehr zur Freistellung verpflichtet („Warum sollte ich eine (angeblich) unbe-

gründete Forderung begleichen, die der Berechtigte zu meinen Lasten anerkannt hat?“).

Schließlich kann es dem Berechtigten auch zum Nachteil gereichen, wenn er sich von dem Drittgläubiger verklagen lässt. Nicht immer ist dieser Nachteil unmittelbar zu greifen oder pekuniär bewertbar („Wir stehen mit dem Berechtigten jetzt seit Jahren in guter Geschäftsbeziehung; wenn ich ihn jetzt vor Gericht verklagen muss, bringt dieser letzte Tropfen das Fass zum Überlaufen und bedeutet das Ende unserer Geschäftsbeziehung“; „Wenn der Berechtigte die in Frage stehende Umweltverschmutzung nicht beseitigt, schaut sich unsere Behörde den Betrieb noch einmal genauer an; da scheint ja doch mehr als gedacht im Argen zu liegen“).

2. Übergang des Freistellungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch

Die Lösung des Problems ergibt sich erneut daraus, dass der Verpflichtete nicht nur berechtigte Forderungen erfüllen, sondern auch unberechtigte abwehren muss. Er muss in jedem Fall tätig werden und den Berechtigten vor einer Auseinandersetzung bewahren. Kommt der Verpflichtete diesen Anforderungen nicht nach, begeht er eine Pflichtverletzung, die zugunsten des Berechtigten einen Schadensersatzanspruch begründet. Hält der Berechtigte auch die weiteren Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches ein, so ist er in der komfortablen Position, Schadensersatz in voller Höhe der Drittforderung fordern zu können (a). Nur wenn dies nicht der Fall ist, kommt es darauf an, ob die Forderung ursprünglich begründet war oder nicht (b).

a) Vollständiger Schadensersatz unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB

Wird der Verpflichtete nicht tätig, so verletzt er jedenfalls seine vertragliche Pflicht zur Abwehr unbegründeter Forderungen. Unter den Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 1, 3, 281 BGB entsteht daraus zugunsten des Berechtigten ein Schadensersatzanspruch.¹²⁷ Der Berechtigte muss dem Verpflichteten gemäß § 281 BGB allerdings (in der Regel) zunächst eine angemessene Frist zur Erfüllung seiner Freistellungsverpflichtung (also beispielsweise in Gestalt der Abwehr einer unbegründeten Forderung)¹²⁸ setzen. Zudem ist es erforderlich, dass der Berechtigte auch seinen eigenen Informationspflichten nachkommt, um den Verpflichteten überhaupt in die Lage zu versetzen, tätig zu werden.¹²⁹ Der zu ersetzende Schaden bemisst sich dann allein nach der geleisteten Zahlung an den Drittgläubiger; darauf, diese sei zu hoch gewesen, kann sich der Verpflichtete nun nicht mehr berufen.¹³⁰ Gleichmaßen kommt es nicht mehr darauf an, ob die Forderung begründet oder unbegründet war:

„Denn eine Verletzung der Freistellungsverpflichtung führt nicht dazu, dass der Freizustellende auf seine Gefahr zu prüfen hat, ob die Ansprüche des Drittgläubigers zu Recht bestehen.“¹³¹

Der Berechtigte darf also erfüllen und den vollen Betrag vom Verpflichteten zurückfordern. Ausnahmen dürften allenfalls unter dem

123 56 Cal. Rptr. 3d 528, 534 (Cal. Dist. Ct. App. 2007).

124 913 A.2d 572, 592 Fn. 55 (Del. Ch.Ct.2006).

125 *Brocato*, *The Transactional Lawyer*, October 2011, S. 1.

126 Vgl. *Engelhardt*, in: *Solmecke/Taege/Feldmann* (Hrsg.), *Mobile Apps*, 2013, S. 103.

127 BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382.

128 S. dazu näher oben Abschnitt IV. 1. a) bb).

129 S. dazu bereits oben Abschnitt IV. 1. a) aa).

130 BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382.

131 BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382

Gesichtspunkt von Treu und Glauben angezeigt sein, etwa wenn der Berechtigte eine evident nicht bestehende Drittforderung erfüllt.

b) Im Übrigen Differenzierung nach Begründetheit der Forderung

Hat der Berechtigte dem Verpflichteten keine angemessene Frist gesetzt und hat er deswegen die Voraussetzungen des vertraglichen Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 ff. BGB nicht eingehalten, so kommen Aufwendungsersatz- oder Bereicherungsansprüche wegen berechtigter oder unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht (§§ 683, 667 BGB oder §§ 684, 812 BGB).¹³² In dieser Situation trifft den Berechtigten jedoch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Zahlung an den Drittgläubiger allgemein und auch der Höhe nach gerechtfertigt war.¹³³ Ein Regress beim Verpflichteten dürfte sich daher in aller Regel als weitaus schwieriger darstellen.

c) Höhe des Zahlungsanspruchs

Auf den ersten Blick scheint es einfach, die Höhe des Zahlungsanspruchs zu bestimmen. In der Praxis erweist sich dies allerdings häufig als weitaus komplexer als angenommen, weil

- ein Unternehmen nicht statisch ist, sondern sich konstant weiterentwickelt (Beispiel: Berechnung von Steuerschäden bei einem Unternehmen, welches mehrfach hintereinander verschmolzen und in einzelne Teile aufgeteilt wurde, die wiederum an verschiedene Käufer verkauft und in den Geschäftsbetrieb integriert wurden),
- der Zustand, der bei Fälligkeit des Anspruchs gegeben war, evtl. nicht mehr wiederherstellbar ist (Beispiel: Gesetzesänderung vereitelt Rückbau),
- bestimmte Faktoren sich so verändert haben, dass eine Berechnung praktisch nicht mehr durchführbar oder ein Vergleich des Zustands mit oder ohne Freistellung schlicht faktisch nicht mehr möglich ist (Beispiel: belastetes Grundstück wird überflutet oder brennt ab; andere Faktoren führen zur Insolvenz oder zur Liquidation des Unternehmens).

Letztendlich landet man also auch hier bei den allgemeinen Problemen des Schadensersatzes („Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“). Diesen hypothetischen Zustand zu (re)konstruieren, stellt in der Praxis oftmals ein durchaus anspruchsvolles Unterfangen dar.¹³⁴

VI. Weitere materiellrechtliche Fragestellungen

1. Berechtigter innerhalb einer Unternehmensgruppe

Schwierigkeiten kann zuweilen die Frage danach bereiten, wer genau durch den Verpflichteten freizustellen ist. Neben dem Käufer des Unternehmens kommen hierbei die veräußerte Zielgesellschaft oder aber eine andere sog. Gruppengesellschaft aus der veräußerten Unternehmensgruppe in Betracht (vgl. nachfolgend unter a). Diese Frage kann sich davon unterscheiden, welche Gesellschaft den Freistellungsanspruch tatsächlich geltend machen kann (vgl. nachfolgend unter b).

a) Nutznießer des Anspruchs

Idealerweise wird der Berechtigte bereits in der vertraglichen Regelung des Freistellungsanspruchs bestimmt. Gebräuchlich sind etwa Regelungen dahingehend, dass der Verpflichtete den Käufer *oder* die Gruppengesellschaften von Schäden freistellt:

„The seller shall indemnify and hold harmless the Purchaser or any Group Company from any costs (including fines), expenses (including reasonable attorney fees), liabilities, damages or any other losses in connection with (...)“¹³⁵

Bei dieser Regelung kann demnach diejenige Gesellschaft Freistellung beanspruchen, welche von den drohenden Risiken betroffen ist.

In Abwesenheit einer expliziten Regelung sollte eine Freistellungsvereinbarung, die mit einer Gruppengesellschaft abgeschlossen worden ist, typischerweise dahingehend ausgelegt werden, dass diejenige Gesellschaft zur Freistellung berechtigt ist, welche von den freigestellten Risiken unmittelbar betroffen ist und bei der aufgrund eines bestimmten Sachverhalts ein Schaden droht oder bereits entstanden ist. Besteht das Risiko beispielsweise in einem Verstoß gegen Umweltgesetze, dürfte der Freistellungsanspruch derjenigen Gruppengesellschaft zustehen, welche Adressatin des behördlichen Bescheides mit angedrohten Zwangsgeldern, Bußgeldern oder Auflagen zur Beseitigung der Umweltschäden ist.

Vorsicht ist geboten, wenn die Parteien es ins Ermessen des Käufers stellen, statt der Freistellung des Käufers die Freistellung einer Gruppengesellschaft zu verlangen, etwa mit folgender Klausel:

„Seller shall indemnify and hold harmless the Purchaser, Purchaser’s Guarantor or, at the Purchaser’s own and free discretion, any of the Group Companies from and against all losses incurred in connection with (...)“¹³⁶

Verlangt eine Gruppengesellschaft danach Freistellung, so muss sie nachweisen, dass der Käufer das ihm zustehende Ermessen ausgeübt und die klagende Gruppengesellschaft als Anspruchsteller ausgewählt hat. Andernfalls fehlt die Berechtigung der Gruppengesellschaft zur Geltendmachung des Freistellungsanspruchs. Dennoch kann eine solche Klausel sinnvoll sein, um Risiken umfassend abzusichern.

b) Zur Geltendmachung des Anspruchs Berechtigter

Unabhängig davon, wer von der Freistellung letztlich profitiert, kann fraglich sein, welche Gesellschaft den Freistellungsanspruch geltend machen kann.

Regelt der Vertrag diese Frage nicht ausdrücklich, so ist die Klausel zur Freistellungsverpflichtung auszulegen. In der Regel wird entsprechend § 329 BGB das Parteiinteresse darauf gerichtet sein, dass nur der jeweilige Vertragspartner den Anspruch geltend machen kann. In diesem Fall des sog. unechten Vertrags zugunsten Dritter wird der Käufer daher in einer gerichtlichen Auseinandersetzung Freistellung der betreffenden Gruppengesellschaft verlangen.

Selbstverständlich kann dies auch ausdrücklich festgehalten werden, etwa mit folgender Klausel:

„Wherever under the agreement any party other than the Purchaser is to be indemnified, such other parties, in particular the Group Companies, shall not have any claims for indemnification against the relevant Party (kein echter Vertrag zugunsten Dritter), but only the respective other Party shall be entitled to claim the damages incurred by such third party.“¹³⁷

¹³² BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382.

¹³³ BGH, 19.4.2002 – V ZR 3/01, NJW 2002, 2382; hinsichtlich der Darlegungslast abweichend aber *Görmer*, JuS 2009, 7, 9.

¹³⁴ Vgl. dazu etwa *Hilgard*, BB 2013, 937 ff. sowie *Hilgard*, ZIP 2005, 1813 ff.

¹³⁵ Bsp. aus der Vertragspraxis.

¹³⁶ Bsp. aus der Vertragspraxis.

¹³⁷ Bsp. aus der Vertragspraxis.

Auf Seiten des Berechtigten können sich Folgefragen nach der steuerlichen Behandlung des Freistellungsanspruchs bzw. geleisteter Zahlungen des Verpflichteten auf den Freistellungsanspruch stellen. Insbesondere kann unklar sein, welcher Gesellschaft die Zahlung endgültig wirtschaftlich zu Gute kommen soll. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich eine klare und einheitliche Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten der Freistellung im Unternehmenskaufvertrag.

Umgekehrt ist natürlich auch eine Vereinbarung möglich, nach der die Gruppengesellschaft ein eigenes Forderungsrecht hat. Auch in diesem Fall empfiehlt es sich jedoch, dies zur Vermeidung von späteren Auslegungsstreitigkeiten ausdrücklich im Vertrag zu vereinbaren.

2. Absicherung von Freistellungsansprüchen

Schwierig kann es werden, wenn der Berechtigte sich dagegen absichern möchte, dass der Verpflichtete seiner Freistellungspflicht nicht nachkommt.

Zwar ist es wie bei Garantieansprüchen möglich, zukünftige Leistungen durch Einbehalt eines Teils des Kaufpreises, durch Hinterlegung eines Sperrbetrages auf einem Treuhandkonto (Escrow Account) oder durch eine Bankgarantie abzusichern. Insbesondere ist nach h.M. § 257 S. 2 BGB analog auch für den vertraglichen Freistellungsanspruch anwendbar, so dass der Berechtigte von dem Verpflichteten auch bereits vor Fälligkeit der Drittforderung Sicherheitsleistung verlangen kann.¹³⁸ Diese Techniken teilen dann jedoch auch die Probleme der Garantien, insbesondere hinsichtlich der Bezifferung möglicher zukünftiger Forderungen.

3. Fälligkeit

Nicht nur in diesem Zusammenhang kann die Frage Bedeutung erlangen, wann der Freistellungsanspruch fällig ist, also ab wann tatsächlich Freistellung oder Sicherheitsleistung verlangt werden kann. Dies ist umstritten.

a) Fälligkeit des gesetzlichen Freistellungsanspruchs nach § 257 BGB

Für den gesetzlichen Freistellungsanspruch aus § 257 BGB hat der BGH in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1984 entschieden, dass dieser sofort fällig ist.¹³⁹ Dies folge aus der Vorschrift des § 257 Abs. 2 BGB, welche den Freistellungsschuldner berechtige, statt Freistellung zunächst Sicherheit zu leisten, wenn die Drittforderung noch nicht fällig ist. Die Vorschrift setze daher voraus, dass der Freistellungsanspruch bereits vor Fälligkeit der Drittforderung fällig werde.¹⁴⁰ Nach einhelliger Meinung setzt die Vorschrift daher die sofortige Fälligkeit des Freistellungsanspruchs selbst bei erst künftiger Fälligkeit der Drittforderung immanent voraus.¹⁴¹

b) Fälligkeit des vertraglichen Freistellungsanspruchs

Die vorstehenden Grundsätze gelten nach dem BGH jedoch nicht zwingend für vertragliche Freistellungsansprüche, wie sie in Unternehmenskaufverträgen regelmäßig vereinbart und vorliegend behandelt werden.

Bei Unternehmenskaufverträgen stehen sich nämlich die Interessen der Beteiligten hinsichtlich der Fälligkeit einer vereinbarten Freistellung diametral entgegen, wenn potentielle Forderungen Dritter erst künftig fällig werden oder sogar ihr Entstehen und ihre Höhe noch ungewiss sind: Der Berechtigte hat regelmäßig ein Interesse daran, sofort auch von erst später entstehenden Forderungen entlastet zu wer-

den, um künftige Streitigkeiten über Bestand der Drittforderung und Umfang der Freistellung zu vermeiden. Vor allem will der Berechtigte auf diese Weise das Insolvenzrisiko des Verpflichteten ausräumen. Dagegen ist der Verpflichtete daran interessiert, seine liquiden Mittel zu erhalten und nicht vor Eintritt des Risikos Zahlungen oder Sicherheit leisten zu müssen.¹⁴²

Vor diesem Hintergrund ist nach dem BGH zur Bestimmung der Fälligkeit eines vereinbarten Freistellungsanspruchs eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls notwendig. Hierbei zu berücksichtigende Umstände sind die Rechtsnatur der Drittforderung sowie Anlass und wirtschaftlicher Hintergrund der Freistellungsverpflichtung. Vorrangig sind dabei die Dispositionen der Parteien, die nach dem Grundsatz des § 271 Abs. 1 BGB auch für die Freistellungsverpflichtung eine individuelle Fälligkeitsregelung treffen können.¹⁴³

aa) Vereinbarung der Fälligkeit durch die Parteien

Die Parteien können zum einen vereinbaren, dass der Berechtigte vom Verpflichteten verlangen kann, *sofort* ab Vertragsschluss von den eventuell sich als Drittforderung realisierenden Risiken – also dem Anspruch des Drittgläubigers – freigestellt zu werden.¹⁴⁴

Eine solche Regelung hat für den Verpflichteten den Nachteil, dass dieser entsprechend der Regelung zum gesetzlichen Freistellungsanspruch in § 257 S. 2 BGB gezwungen sein könnte, ab Vertragsschluss und damit noch vor Geltendmachung einer etwaigen Drittforderung Sicherheit zu leisten. Im Ergebnis kann dies bedeuten, dass der Verpflichtete für einen sehr langen Zeitraum Mittel binden müsste.¹⁴⁵

Für den Berechtigten kann die sofortige Fälligkeit in den Fällen nachteilig sein, in denen mit der Fälligkeit zugleich der Lauf der Verjährungsfrist beginnt. Dann besteht nämlich die Gefahr, dass der Freistellungsanspruch bereits verjährt, bevor die Drittforderung überhaupt entstanden ist.¹⁴⁶ Wie noch zu zeigen sein wird, sollte der Berechtigte daher die Problematik der Verjährung im Blick behalten, wenn er mit dem Verpflichteten eine Vereinbarung über die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs trifft.

Alternativ können die Parteien auch vereinbaren, dass der Berechtigte zu einem *späteren Zeitpunkt* Freistellung verlangen kann. Denkbar ist hier eine Anknüpfung an die Fälligkeit der Drittforderung oder an den Zeitpunkt der Mitteilung der Drittforderung an den Verpflichteten durch den Berechtigten.¹⁴⁷ In diesen Fällen tritt die Fälligkeit erst mit der Realisierung des durch die Freistellung abgesicherten Risikos ein.

Grundsätzlich ist ein früher Beginn der Fälligkeit des Freistellungsanspruchs jedoch für den Berechtigten vorteilhaft, da er ein Interesse daran hat, dass der Verpflichtete auch später entstehende, aber bereits angedrohte oder unberechtigte Forderungen abwehrt.¹⁴⁸ Wie oben bereits dargestellt,¹⁴⁹ erfasst der Anspruch auf Freistellung regelmäßig

138 Beckmann, in: Staudinger, BGB, 2014, § 453, Rn. 125.

139 BGH, 11.4.1984 – VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151, 2152 f.

140 Zahn, ZfBR 2007, 627, 629.

141 Liekefett, DB 2005, 2398, 2399.

142 Liekefett, DB 2005, 2398, 2400.

143 BGH, 11.4.1984 – VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151, 2152 f.

144 Link, BB 2012, 856, 859.

145 Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 93.

146 Link, BB 2012, 856, 859. S. hierzu auch unter VI. 6.

147 Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Auflage 2015, Teil VII, Rn. 93.

148 Liekefett, DB 2005, 2398, 2400; Link, BB 2012, 856, 859.

149 S. oben unter IV.

auch die Abwehr von unberechtigten Forderungen Dritter. Würde die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs jedoch an die Fälligkeit der Drittforderung anknüpfen, könnte der Berechtigte seinen Anspruch mangels Fälligkeit der unberechtigten Drittforderung gar nicht geltend machen.¹⁵⁰

Daher erscheint eine vertragliche Regelung, nach der die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs von der Mitteilung der Inanspruchnahme des Berechtigten an den Verpflichteten abhängt, als interessengerecht für beide Seiten. Eine solche Regelung hätte für den Berechtigten den Vorteil, dass dieser den Eintritt der Fälligkeit lenken könnte. Für den Verpflichteten würde dies bedeuten, dass er nicht schon ab Vertragsabschluss Sicherheit für etwaige Drittforderungen leisten müsste.

bb) Sofortige Fälligkeit nach § 271 BGB bei fehlender Parteivereinbarung

Fehlt es an einer Vereinbarung der Fälligkeit durch die Parteien und ist diese auch sonst nicht im Wege der Vertragsauslegung zu ermitteln, ist von § 271 Abs. 1 BGB auszugehen, so dass Freistellungsansprüche in Unternehmenskaufverträgen im Zweifel gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig werden.¹⁵¹ Da eine Verpflichtung zur vorzeitigen Sicherheitsleistung¹⁵² regelmäßig nicht von den Parteien gewollt ist, ist eine vertragliche Regelung der Fälligkeit dringend anzuraten.

4. Abtretbarkeit

Beim Freistellungsanspruch handelt es sich um einen sog. „höchstpersönlichen“ und nur dem Berechtigten gegenüber erfüllbaren Anspruch. Gemäß § 399 BGB kann der Freistellungsanspruch damit nicht abgetreten werden, da die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann.¹⁵³ Damit ist eine Abtretung des Freistellungsanspruchs grundsätzlich unwirksam.

Die Abtretung ist nach der Rechtsprechung jedoch ausnahmsweise wirksam, wenn sie an den Drittgläubiger derjenigen Forderung erfolgt, von der freizustellen ist.¹⁵⁴ Diese Ausnahme wird damit begründet, dass dem Drittgläubiger, der ein eigenes Interesse an der Leistung hat, durch die Abtretung ein Umweg über den freigestellten Berechtigten erspart werde, um die Leistung zu erhalten.¹⁵⁵ In diesem Fall wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch gegen den Verpflichteten um.¹⁵⁶

In Konsequenz ist der Freistellungsanspruch wegen § 851 Abs. 1 ZPO von anderen als von dem Drittgläubiger auch nicht pfändbar.¹⁵⁷

5. Aufrechenbarkeit

Im Hinblick auf das Verfügungsrecht der Parteien ist weiterhin fraglich, ob diese uneingeschränkt mit oder gegen einen Freistellungsanspruch aufrechnen können.

Nach überwiegender Auffassung scheidet eine Aufrechnung aus, da es an der Gleichartigkeit der Ansprüche auf Freistellung auf der einen und dem Leistungs- oder Verpflichtungsbegehren auf der anderen Seite fehlt.¹⁵⁸ Nach § 387 BGB ist es jedoch Voraussetzung für eine wirksame Aufrechnung, dass beide Ansprüche denselben Gegenstand haben.

Dies gilt freilich nicht mehr, wenn sich der Freistellungsanspruch nach dem soeben Gesagten durch Abtretung an den Drittgläubiger in einen Zahlungsanspruch gewandelt hat. Dann ist die Gleichartigkeit im Verhältnis zu einem Zahlungsanspruch des Verpflichteten gegen den Drittgläubiger zu bejahen, so dass beide Parteien durchaus aufrechnen können.¹⁵⁹

6. Verjährung

Von erheblicher Bedeutung ist die Frage der Verjährung des Freistellungsanspruchs. Aus Sicht des Berechtigten entscheidet sie darüber, bis zu welchem Zeitpunkt er Freistellung verlangen kann, bevor sein Anspruch wegen Eintritts der Verjährung ausgeschlossen ist. Auch für den Verpflichteten spielt die Frage nach der Verjährung eine große Rolle, da diesem an einer Begrenzung des Inanspruchnahmerisikos und damit einhergehender frühzeitiger Rechtssicherheit liegt.

a) Dauer der Verjährung

Haben die Parteien keine individuelle Verjährungsfrist für den Freistellungsanspruch vereinbart, beträgt diese gemäß § 195 BGB grundsätzlich drei Jahre. Zu beachten ist jedoch auch die Verjährungshöchstfrist gemäß § 199 Abs. 4 BGB, nach der Ansprüche jedenfalls zehn Jahre nach ihrer Entstehung verjähren.

b) Verjährungsbeginn

Entscheidend ist sodann die Frage, wann die dreijährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt.

Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch „entstanden“ ist und der Gläubiger von den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Maßgeblich ist damit der Zeitpunkt des Entstehens des Anspruchs, also der Zeitpunkt, in dem er erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden kann. Grundsätzlich entsteht ein Anspruch im Sinne des § 199 BGB daher erst im Zeitpunkt seiner Fälligkeit.¹⁶⁰ Diese Aussage bedarf allerdings in einigen Punkten der Präzisierung.

aa) Gesetzlicher Freistellungsanspruch

Bereits oben wurde dargestellt, dass der gesetzliche Freistellungsanspruch aus § 257 BGB sofort fällig ist, das heißt mit Abschluss der Freistellungsverpflichtung. Dies gilt unabhängig davon, ob die Drittforderung ihrerseits fällig ist oder nicht. Eine rigorose Anwendung des § 195 BGB wäre daher für den Berechtigten ungünstig: Er würde riskieren, dass in bestimmten Fällen der Freistellungsanspruch (drei Jahre nach seiner Entstehung) verjährt ist, bevor eine Drittforderung gegen ihn überhaupt entstehen bzw. fällig werden konnte. Um dies zu verhindern, hat der BGH entschieden, dass für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist des Freistellungsanspruchs im Sinne von § 199 Abs. 1 BGB nicht auf den Schluss des Jahres abzustellen ist, in dem der Freistellungsanspruch fällig geworden ist, sondern auf den

150 Bittner, in: Staudinger, BGB, 2009, § 257, Rn. 26.

151 Knott/Mielke, Unternehmenskauf, 3. Aufl. 2008, Rn. 1385; Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, Teil VII, Rn. 93; Zahn, ZfBR 2007, 627, 629.

152 Analog § 257 S. 2 BGB, s. dazu oben VI. 2.

153 Zahn, ZfBR 2007, 627, 628.

154 BGH, 22.3.2011 – II ZR 271/08, NJW 2011, 2351, Rn. 14; BGH, 12.3.1993 – V ZR 69/92, NJW 1993, 2232; OLG Koblenz, 25.6.2003 – 7 U 1034/01, NJW-RR 2004, 668.

155 BGH, 12.3.1993 – V ZR 69/92, NJW 1993, 2232 m. w. N.

156 BGH, 22.3.2011 – II ZR 271/08, NJW 2011, 2351, Rn. 14; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 399, Rn. 4.

157 Zur Behandlung des Freistellungsanspruchs in der Insolvenz des Berechtigten s. u. VII. 6.

158 BGH, 22.1.1954 – I ZR 34/53, BGHZ 12, 136 f., NJW 1957, 1514; BGH, 14.1.1999 – IX ZR 208/97, NJW 1999, 1182; BGH, 14.7.2005 – IX ZR 142/02, NJW 2005, 3285; Bischoff, ZfP 2007, 237, 244.

159 Vgl. Grüneberg, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 387, Rn. 10.

160 BGH, 12.2.1970 – VII ZR 168/67, BGHZ 53, 222, 225; BGH, 19.12.1990 – VIII ARZ 5/90, BGHZ 113, 188, 193; Grothe, in: MünchKommBGB, Bd. 1, 7. Aufl. 2015, § 199, Rn. 4; Erlenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 199, Rn. 3.

Schluss des Jahres, in dem die Drittforderung fällig wurde.¹⁶¹ Damit hat der BGH es bei der sofortigen Fälligkeit des Freistellungsanspruchs belassen und lediglich den Verjährungsbeginn aus Billigkeitsgründen nach hinten verschoben.¹⁶²

bb) Rechtslage beim vertraglichen Freistellungsanspruch

Die für den gesetzlichen Freistellungsanspruch entwickelten Grundsätze sind jedoch sinnvollerweise nur dann auf den vertraglichen Freistellungsanspruch übertragbar, wenn dieser von vornherein auf Freistellung von einem bestimmten Drittanspruch beschränkt war. Ansonsten bestünde die Möglichkeit, dass der Freistellungsanspruch ewig gilt. Dies würde jedoch in erheblichem Maße dem Interesse des Verpflichteten entgegenstehen, jedenfalls ab einem gewissen (nicht allzu fernem) Zeitpunkt Rechtssicherheit darüber zu haben, ob er mit einer Inanspruchnahme rechnen muss oder nicht.

Gleichzeitig ist jedoch weiterhin auf das zuvor beschriebene Interesse des Berechtigten Rücksicht zu nehmen, seinen Freistellungsanspruch nicht aufgrund der regulären Verjährung zu verlieren,¹⁶³ bevor überhaupt eine Inanspruchnahme durch einen Drittgläubiger droht. Gerade der vertraglich vereinbarte Freistellungsanspruch bezieht sich nämlich regelmäßig auf künftige Forderungen, bei denen noch nicht sicher ist, ob und in welcher Höhe sie entstehen.¹⁶⁴

Weder die Rechtsprechung noch die Literatur haben bisher verlässliche und befriedigende Lösungen dieses Interessenkonfliktes angeboten. So haben einige Oberlandesgerichte im Wege der Vertragsauslegung die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs – und damit auch dessen Verjährungsbeginn – bis zur Inanspruchnahme des Freistellungsgläubigers durch den Drittgläubiger hinausgeschoben.¹⁶⁵ Diesen Ansatz hat der BGH bislang jedoch noch nicht bestätigt.

Auch in der Literatur wird vertreten, die Vertragsauslegung ergebe regelmäßig, dass der Freistellungsanspruch erst mit Fälligkeit der Drittforderung fällig werde.¹⁶⁶ Teilweise wird sogar angenommen, der Freistellungsanspruch sei im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend um die Fälligkeit der zugrunde liegenden Drittforderung bedingt, insbesondere wenn noch nicht feststehe, ob und wann sich das Risiko, von dem freizustellen ist, realisieren werde. Nach diesen Lösungen beginnt die Verjährungsfrist daher frühestens mit der Fälligkeit der Drittforderung zu laufen.¹⁶⁷

Vor diesem Hintergrund ist es den Parteien dringend anzuraten, die Frage der Verjährung des Freistellungsanspruchs ausdrücklich zu vereinbaren. Bereits oben wurde in Bezug auf die Fälligkeit aufgezeigt, dass die Parteien etwa eine sofortige Fälligkeit oder eine an die Drittforderung anknüpfende Fälligkeit vereinbaren können.¹⁶⁸ Zur Vermeidung von Unsicherheiten sollten in diesem Zusammenhang zugleich Beginn und Dauer der Verjährung geregelt werden. In bestimmten Fällen ist dies beinahe zwingend: So ist etwa die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren für Steuerschäden zu kurz, da Betriebsprüfungsergebnisse oft erst zu einem späteren Zeitpunkt feststehen.¹⁶⁹

Im Folgenden sollen einige der in der Praxis typischen Verjährungsvereinbarungen näher beleuchtet werden.

(1) Verjährungsbeginn zum Closing bzw. Signing

Üblicherweise wird an den Vollzugstag und damit das sog. Closing angeknüpft, alternativ kann jedoch auch auf das Datum des Vertragschlusses (das sog. Signing) oder den Stichtag der Transaktion abgestellt werden.¹⁷⁰ Wenn eine entsprechende Verjährungsklausel wie folgt lautet:

„*The Indemnification Claim pursuant to this Clause (...) shall be time-barred (...) years after the Closing Date.*“¹⁷¹,

liegt hierin jedoch keine Regelung des Verjährungsbeginns, sondern eine Regelung des Verjährungsendes.¹⁷²

Findet sich im Vertrag keine explizite Regelung des Verjährungsbeginns und unterliegt dieser deutschem Recht, so gilt für den Verjährungsbeginn die Regelung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, wonach die Verjährung am *Ende* des Jahres der Entstehung des Anspruchs – oft also dem Jahresende des Jahres in das das Closing oder die Kenntniserlangung fällt – beginnt.

Das Ende der Verjährungsfrist dagegen wird im Unternehmenskaufvertrag fast immer geregelt.¹⁷³

(2) Verjährung in Abhängigkeit von Fälligkeit oder Verjährung der Drittforderung bzw. Kenntnis/Mitteilung der Drittforderung

Die Parteien haben des Weiteren die Möglichkeit, den Beginn der Verjährung an die Drittforderung anzuknüpfen. Möglich ist dabei insbesondere eine Regelung in Abhängigkeit von Fälligkeit oder Verjährung der Drittforderung.

Denkbar ist zudem eine Vereinbarung dahingehend, dass die Verjährung mit der *Kenntnis* des Berechtigten von der Drittforderung oder aber mit seiner *Mitteilung* an den Verpflichteten über die Inanspruchnahme durch den Drittgläubiger beginnt:

„*Any Indemnification Claim pursuant to this Clause (...) shall be time-barred upon expiration of a period of (...) year(s) after the Purchaser has become aware of the facts giving rise to a claim.*“¹⁷⁴

Um dabei eine uferlose Verjährungsfrist zu verhindern, könnte der Verjährungsbeginn in Abhängigkeit der Kenntnis des Käufers mit folgendem Zusatz eingeschränkt werden:

„*Any Indemnification Claim pursuant to this Clause (...) shall be time-barred upon expiration of a period of (...) year(s) after the Purchaser has become aware of the facts giving rise to a claim, provided that any such Indemnification Claim of which the Seller has not been notified pursuant to Clause (...) by the (...) anniversary of the Closing Date shall be excluded.*“¹⁷⁵

Durch die Anknüpfung der Verjährung an Kenntnis von bzw. Mitteilung der Drittforderung kann vermieden werden, dass der Freistellungsanspruch verjährt, bevor sich die Risiken in Form einer Inanspruchnahme durch den Drittgläubiger realisiert haben. Der Nachteil der vorstehenden Regelungen besteht darin, dass die Verjährung des einheitlichen Freistellungsanspruchs zu unterschiedlichen Zeitpunk-

161 BGH, 22.3.2011 – II ZR 224/08, BB 2011, 1807; BGH, 5.5.2010 – III ZR 209/09, NJW 2010, 2197, 2199.

162 Link, BB 2012, 856, 857.

163 Auch der vertragliche Freistellungsanspruch wird ja nach der Rechtsprechung des BGH im Einklang mit § 271 Abs. 1 BGB grundsätzlich sofort fällig; s. dazu bereits oben VI. 5. b) bb).

164 Link, BB 2012, 856, 858.

165 OLG Karlsruhe, 30.6.2009 – 17 U 401/08, NZG 2010, 151; OLG Koblenz, 6 U 1353/07 – 1353/07, WM 2009, 939; OLG Köln, 21.8.2008 – 18 U 63/08, NZG 2009, 543; Link, BB 2012, 856, 858.

166 Link, BB 2012, 856, 858.

167 Jagersberger, NZG 2010, 136, 138.

168 S. o. unter VI. 3. b) aa).

169 Seidel, in: Knott/Mielke (Hrsg.), Unternehmenskauf, 4. Aufl. 2011, Rn. 1023. Vgl. dazu auch Hilgard, Verjährung und Aufrechnung beim Unternehmenskauf, BB 2012, 852 ff.

170 Link, BB 2012, 856, 859.

171 Bsp. aus der Vertragspraxis.

172 Dies wird in der Vertragspraxis leider oft übersehen.

173 So auch im Bsp. oben Fn. 171.

174 Bsp. aus der Vertragspraxis.

175 Bsp. aus der Vertragspraxis.

ten eintritt, je nachdem, von welchem Anspruch freigestellt werden soll. Der Verpflichtete hat jedoch ein Interesse an einer klaren Regelung des Zeitpunktes, ab dem er nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Diesem Interesse kann durch Einführung einer Höchstfrist ab einem festen Zeitpunkt Rechnung getragen werden.¹⁷⁶

Eine Anknüpfung an Fälligkeit oder Verjährung der Drittforderung birgt das Risiko, dass mangels Fälligkeit oder Verjährung einer unberechtigten Drittforderung die Abwehr einer solchen Forderung von der Regelung nicht erfasst wird. Andererseits führt eine Regelung in Abhängigkeit von der Kenntnis des Berechtigten regelmäßig zu Darlegungs- und Beweisschwierigkeiten für den Verpflichteten, welcher sich auf die Einrede der Verjährung beruft, ohne zu wissen, wann der Berechtigte relevante Kenntnis erlangt hat.

Empfehlenswert ist daher eine Regelung, nach welcher für den Verjährungsbeginn auf den Zeitpunkt abgestellt wird, zu dem der Berechtigte den Verpflichteten über seine Inanspruchnahme durch den Drittgläubiger informiert. Um dem Berechtigten dabei die Möglichkeit des Hinauszögerns zu nehmen, kann dieser verpflichtet werden, die Mitteilung unverzüglich oder innerhalb einer bestimmten Frist zu machen.¹⁷⁷

Eine solche Verjährungsregelung könnte wie folgt lauten:

„The Purchaser shall without undue delay (unverzüglich), and in no case later than (30) business days after the Indemnitee or the Group Company affected becomes aware of the Third Party Claim give written notice of the Third Party Claim to the Indemnitor and, to the extent then reasonably possible, state the circumstances of the Third Party Claim in detail, and set forth the estimated amount of damages. Any Indemnification Claim of the Purchaser or any Group Company pursuant to this Clause (...) shall be time-barred upon expiration of (...) year(s) after receipt of the notification pursuant to Sentence 1 of this Clause by the Seller, but no later than (...) after the Closing Date.“¹⁷⁸

(3) Verjährungsbeginn mit Bestandskraft eines behördlichen Bescheids

In Fällen, in denen der Berechtigte einer behördlichen Forderung ausgesetzt ist, bietet es sich an, die Verjährungsfrist an die Bestandskraft eines öffentlich-rechtlichen Bescheides anzuknüpfen. Dies gilt insbesondere für Steuerfreistellungen, für welche die folgende Verjährungsregelung getroffen werden könnte:

„Any Indemnification Claim of the Purchaser pursuant to this Clause (...) shall be time-barred (...) months following the date on which the tax assessments issued by the tax authorities have become final and binding (formell bestandskräftig).“¹⁷⁹

VII. Prozessuale Fragestellungen

1. Darlegungs- und Beweislast im Prozess

Bereits oben wurde dargelegt, dass einer der zentralen Vorteile von Freistellungsklauseln für den Käufer der Umstand ist, dass er keinen Schaden nachweisen muss; vielmehr genügt die Darlegung des den Freistellungsanspruch auslösenden Ereignisses.¹⁸⁰ Der Käufer als Berechtigter muss daher beispielsweise im Fall einer Umweltfreistellung nicht den Schaden darlegen und beweisen, sondern lediglich die Inanspruchnahme durch die zuständige öffentliche Stelle.¹⁸¹

Befriedigt der Berechtigte den Anspruch des Drittgläubigers, nachdem er dem Verpflichteten erfolglos Gelegenheit gegeben hatte, die Freistellungsverpflichtung zu erfüllen, reduziert sich die Darlegungs- und Beweislast des Berechtigten hinsichtlich des Schadensersatzan-

spruchs. In diesem Fall kann sich der Verpflichtete nicht mehr darauf berufen, dass der Berechtigte den Drittgläubiger zu Unrecht befriedigt habe.¹⁸² Eine Verletzung der Freistellungsverpflichtung soll nämlich nicht dazu führen, dass der Berechtigte auf seine Gefahr prüfen muss, ob der Anspruch des Drittgläubigers besteht.¹⁸³

2. Möglichkeit einer Streitverkündung gegenüber dem Freistellungsschuldner

a) Verfahren vor staatlichen Gerichten

Üblicherweise nimmt der Drittgläubiger den Berechtigten gerichtlich in Anspruch. Wenn dieser dann dem Verpflichteten den Streit verkündet, handelt es sich um eine Streitverkündung in Form der „Schadloshaltung“ nach § 72 Abs. 1 2. Alt. ZPO. Eine andere Konstellation stellt der Freistellungsprozess dar, bei dem der Berechtigte den Verpflichteten in Anspruch nimmt. Hier stellt sich die Frage, ob der Berechtigte dem Drittgläubiger wirksam den Streit verkünden kann. Kann also beispielsweise der Käufer eines Unternehmens, das gegen Umweltgesetze verstoßen hat, der Behörde den Streit erklären, die dem Unternehmen Bußgelder und Sanierungsmaßnahmen auferlegt hat? Nach § 72 Abs. 1 ZPO ist eine Streitverkündung zulässig, wenn eine Partei glaubt, sie habe für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Drittgläubiger oder wenn sie den Anspruch eines Drittgläubiger besorgt. In obigem Beispielfall kommen Ansprüche des Käufers auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen die Behörde nicht in Betracht. Der Berechtigte besorgt zwar einen Anspruch eines Drittgläubigers (§ 72 Abs. 1 3. Alt. ZPO), allerdings geschieht dies nicht für den Fall des für den Berechtigten ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits mit dem Verpflichteten, sondern unabhängig hiervon.¹⁸⁴ Nach zutreffender Ansicht muss eine Streitverkündung aber in analoger Anwendung des § 72 Abs. 1 3. Alt. ZPO auch in einem solchen Fall zulässig sein.¹⁸⁵ Andernfalls wäre der Berechtigte der Gefahr ausgesetzt, dass die Frage, ob der Drittgläubiger einen Anspruch gegen den Berechtigten hat, in zwei Prozessen unterschiedlich beantwortet wird.¹⁸⁶ Da eine Streitverkündung auch gegenüber einer Behörde möglich ist, kann der Käufer im vorliegenden Beispielfall daher nach § 72 Abs. 1 3. Alt. ZPO der Umweltbehörde den Streit verkünden.¹⁸⁷

b) Schiedsverfahren

Wie schon eingangs dargestellt wurde, vereinbaren die Parteien bei einem Unternehmenskauf meist eine Schiedsklausel, die die Zuständigkeit staatlicher Gerichte für Rechtsstreitigkeiten ausschließt.¹⁸⁸ Hier

176 Link, BB 2012, 856, 860.

177 S. o. unter VI. 2. b).

178 Bsp. aus der Vertragspraxis.

179 Bsp. aus der Vertragspraxis.

180 Lippes, in: Hettler/Stratz/Hörtnagl, Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2013, § 3, Rn. 245.

181 Von Schorlemer, in: Lorz/Pfisterer/Gerber (Hrsg.), Beck'sches Formularhandbuch GmbH-Recht, 2010, D. III. (Unternehmenskaufvertrag über GmbH-Geschäftsanteile), Rn. 34.

182 S. nur BGH, 24.6.1970 – VIII ZR 268/67, BB 1970, 1072, NJW 1970, 1594, 1595 f.; Zahn, ZfBR 2007, 627, 631.

183 BGH, 24.6.1970 – VIII ZR 268/67, BB 1970, 1072, NJW 1970, 1594, 1595.

184 So auch Zahn, ZfBR 2007, 627, 632.

185 Zahn, ZfBR 2007, 627, 632 unter Verweis auf Kniffka, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl. 2004, 18. Teil, Rn. 7.

186 Zahn, ZfBR 2007, 627, 632.

187 Zur rechtswegübergreifenden Interventionswirkung einer Streitverkündung bei einem Folgeprozess vor Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit vgl. BSG, 13.9.2011 – B 1 KR 4/11 R, NJW 2012, 956.

188 Es gibt zahlreiche Gründe, die für die Vereinbarung einer Schiedsklausel sprechen. Einer davon ist die Vertraulichkeit des gesamten Verfahrens, vgl. dazu etwa Hilgard, BB 2015, 1091 ff.

stellt sich die Frage, ob eine Streitverkündung auch in einem Schiedsverfahren möglich ist. Die Regelungen des 10. Buches der ZPO, die auf schiedsrichterliche Verfahren anzuwenden sind, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt (§ 1025 Abs. 1 ZPO), beinhalten keine Vorschriften über eine Streitverkündung. Es findet sich auch kein Verweis auf die §§ 72 ff. ZPO, so dass eine direkte Anwendung der Regelungen auf Schiedsverfahren ausscheidet. In Betracht kommt eine analoge Anwendung der §§ 72 ff. ZPO. Gegen eine solche Anwendbarkeit spricht, dass dem Drittgläubiger durch eine Streitverkündung im Schiedsverfahren der gesetzliche Richter entzogen würde¹⁸⁹ und er an die Entscheidung eines Schiedsgerichts gebunden wäre, auf dessen Zusammensetzung er keinen Einfluss hatte.¹⁹⁰ Außerdem würde eine Streitverkündung im Schiedsverfahren dessen Vertraulichkeit¹⁹¹ konterkarieren, da dem Streitverkündungsempfänger als einem dem Schiedsverfahren außenstehenden Dritten mit der Streitverkündungsschrift die Existenz des Schiedsverfahrens, die Schiedsparteien sowie der Streitgegenstand bekannt würden.¹⁹² Aus diesem Grund kommt eine analoge Anwendung der §§ 72 ff. ZPO auf Schiedsverfahren nicht in Betracht und findet sich auch nicht in institutionellen Schiedsordnungen – etwa der Schiedsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS). Gleiches gilt für eine Vereinbarung der Schiedsparteien nach § 1042 Abs. 3 ZPO oder eine Bestimmung des Schiedsgerichts nach § 1042 Abs. 4 ZPO, mit der die Anwendung der §§ 72 ff. ZPO im Schiedsverfahren generell vereinbart bzw. angeordnet würde.¹⁹³ Demgegenüber wird der Beitritt eines Dritten in einem Schiedsverfahren für zulässig erachtet, wenn er unter Beteiligung des Dritten vertraglich vereinbart wurde und sowohl der Prozessgegner als auch die Schiedsrichter zustimmen.¹⁹⁴

3. Keine Klageänderung bei Umstellung von Freistellung auf Zahlung

Eine Klage auf Freistellung kann ohne Weiteres auf Zahlung umgestellt werden. Dabei handelt es sich um eine nach § 264 Nr. 3 ZPO privilegierte Klageänderung.¹⁹⁵

4. Verteidigungsmöglichkeiten des Verpflichteten

Wie oben dargelegt,¹⁹⁶ muss der Berechtigte im Bestreitensfalle das Bestehen des Anspruchs des Drittgläubigers beweisen. Außerdem kann der Verpflichtete vorbringen, der Berechtigte könne Einreden gegen den von dem Drittgläubiger geltend gemachten Anspruch erheben, die die Durchsetzbarkeit des Anspruchs dauerhaft beseitigen würden.¹⁹⁷

5. Abschluss eines Vergleichs

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass der Drittgläubiger und der Berechtigte einen Vergleich schließen. So kann es beispielsweise zu Vergleichsverhandlungen zwischen dem Käufer und der Umweltbehörde kommen, in deren Folge ein Vergleich geschlossen wird, mit dem sich der Käufer verpflichtet, bestimmte Maßnahmen im Unternehmen umzusetzen, um Verstöße gegen Umweltgesetze zukünftig zu vermeiden. Regelmäßig wird der Käufer versuchen, den Verkäufer in solche Vergleichsverhandlungen einzubeziehen und der Verkäufer sich unter Verweis auf das Nichtbestehen einer Freistellungsverpflichtung gar nicht oder kaum an den Verhandlungen beteiligen. Schließen der Käufer und der Drittgläubiger einen Vergleich, der beispielsweise den Einbau bestimmter Anlagen zur Verbesserung des Umweltschutzes vorsieht, wird der Käufer die hierdurch entstehenden Kosten sowie die Anwaltskosten, die im Rahmen der Vergleichsverhandlungen an-

gefallen sind, von dem Verkäufer ersetzt verlangen. Hier stellt sich die Frage, ob die dem Käufer entstandenen und zusätzlich auch die zukünftig erst noch entstehenden Kosten von dem Verkäufer aufgrund der Freistellungsverpflichtung zu ersetzen sind. So mag der Verkäufer argumentieren, der Einbau bestimmter Filter sei zwar aufgrund behördlicher Auflagen notwendig geworden, profitieren würde allerdings vor allem der Käufer durch die „Investition in die Zukunft“, und hierfür könne er den Freistellungsverpflichteten ja kaum in Anspruch nehmen. In der Tat stellt es ein kaum zu unterschätzendes Konfliktpotential dar, wenn eine Behörde kurz vor dem Unternehmenskauf Auflagen erlässt, die vom damaligen Unternehmensinhaber durch (preisgünstige) vorübergehende Maßnahmen hätten erfüllt werden können, vom Nachfolger aber durch nachhaltige Investitionen auch zukunftsicher erfüllt werden sollen („Goldene Lösung“). Ist hier eine Aufteilung der Investitionskosten in die jeweilige Dauer der Nutzung (Zeitraum bis zum Stichtag vs. Zeitraum nach dem Stichtag) sinnvoll oder muss der Freistellungsverpflichtete die gesamten Kosten tragen, da er ja hierfür die Ursache gesetzt hat? Dem Verfasser sind Fallgestaltungen bekannt, in denen solche Fragestellungen Kosten im zwei- bis dreistelligen Millionenbereich betreffen. Hier sollte man sich vor allzu oberflächlichen Vertragsregelungen hüten.

Erfahrungsgemäß wird in Unternehmenskaufverträgen der Abschluss eines Vergleichs und der Ersatz von Kosten im Zusammenhang mit einem solchen Vergleich nur selten im Detail geregelt. Die praktische Erfahrung zeigt allerdings, dass konkrete Regelungen hierzu getroffen werden sollten, um das sich daraus ergebende enorme Konfliktpotential zu vermeiden.

Dabei genügt es typischerweise noch nicht, wenn Käufer und Verkäufer sich in dem Unternehmenskaufvertrag – wie häufig zu beobachten – lediglich dazu verpflichten, in gutem Glauben bei einem Vergleich bezüglich einer Drittforderung zusammenzuarbeiten; sollte eine solche Zusammenarbeit nicht erfolgen, werden die Rechte des Käufers in Übereinstimmung mit den Prinzipien der §§ 249 ff. BGB beschränkt:

*„Purchaser and Seller agree to cooperate in good faith regarding any monetary settlement of a claim of any Third Party; any failure to cooperate on any such settlement shall limit or mitigate Purchaser's rights under this First Addendum in accordance with the principles contained in Section 249 et seq. BGB.“*¹⁹⁸

Wie aber sieht eine Kooperation bei Vergleichsverhandlungen aus? Der Berechtigte sitzt zwischen zwei Stühlen. In seiner Person treffen die gegenläufigen Interessen von Drittgläubiger und Verpflichtetem aufeinander. Ob ein Gericht oder Schiedsgericht seiner Argumentation folgen wird, ist oft bei den Vergleichsverhandlungen noch in keiner Weise absehbar.

Eine andere beispielhafte Klausel in einem Unternehmenskaufvertrag sieht vor, dass ein Vergleich nicht ohne vorherige, schriftliche Einwilligung des Verkäufers geschlossen werden soll:

189 Zur Ablehnung eines Richters im Schiedsverfahren vgl. Hilgard, BB 2015, 456 ff.

190 Elsing, SchiedsVZ 2008, 88, 91.

191 Vgl. dazu Hilgard, BB 2015, 1091 ff.

192 Elsing, SchiedsVZ 2008, 88, 91 f.

193 So auch Elsing, SchiedsVZ 2008, 88, 92.

194 Elsing, SchiedsVZ 2008, 88, 92 f. m. w. N. Die Zustimmung der Schiedsrichter wird für erforderlich erachtet, da diese durch den Schiedsvertrag nur gegenüber den Parteien verpflichtet sind und der Fall einer Nebenintervention im Schiedsauftrag, so ein solcher formuliert wurde, regelmäßig nicht vorgesehen sein wird.

195 RGZ 139, 315, 322; Greger, in: Zöller, ZPO, 2003, § 264, Rn. 5.

196 S. o. unter VII. 1.

197 Zahn, ZfBR 2007, 627, 632.

198 Bsp. aus der Vertragspraxis.

„Without the Purchaser’s prior written approval (which shall not unreasonably be withheld), the Seller shall not compromise, dispose or settle any Third Party Claim or assume any liability in connection with any Third Party Claim.

If the Seller does not assume the Defense of such Third Party Claim, the Purchaser may defend the Third Party Claim; in such case the Seller is entitled to attend the defense of the Third Party Claim. Without the Seller’s prior written approval (which shall not unreasonably be withheld), the Purchaser shall not compromise, dispose or settle any Third Party Claim or assume any liability in connection with any Third Party Claim.

If and to the extent a claim under Section (...) exists, all reasonable costs and expenses incurred by the Purchaser within the scope of the defense of the Third Party Claim, if any, shall be borne by the Seller; if and to the extent a claim under Section (...) does not exist, all costs and expenses incurred by the Seller within the scope of the defense of the Third Party Claim, if any, shall be borne by the Purchaser.“¹⁹⁹

Die „Musik“ liegt hier in dem unscheinbaren Wörtchen „reasonable“, welches im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses, erst recht allerdings bei einer retrospektiven Betrachtung durchaus nach allen Seiten hin interpretiert werden kann.

Relativ klar ist dagegen bei einer derartigen Regelung der Umfang des Freistellungsanspruchs des Berechtigten: Er umfasst bei einer solchen Regelung die Anwaltskosten, die durch den Vergleich und die Vergleichsverhandlungen entstanden sind, da diese zur Ermittlung des Umfangs des Anspruchs des Drittgläubigers erforderlich geworden sind.

Schließlich ist das Schicksal eines ohne die erforderliche Zustimmung des Verpflichteten geschlossenen Vergleichs problematisch. Grundsätzlich ist ein Vergleich immer nichtig, wenn er eine Regelung zu Lasten Dritter, also in diesem Fall zu Lasten des Verpflichteten, enthält. Kraft Gesetz eintretende nachteilige Rechtsfolgen für Dritte sind der Privatrechtsordnung in der Regel ebenso fremd wie Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäfte zu Lasten Dritter.²⁰⁰ Die Belastung des Verpflichteten liegt hier in der Freistellung von Ansprüchen und Kosten, die aus dem Vergleich folgen. Demnach wäre ein ohne die erforderliche Zustimmung des Verpflichteten geschlossener Vergleich nichtig.

Es muss allerdings berücksichtigt werden, dass der Verpflichtete meist die Möglichkeit hat, an dem Vergleich mitzuwirken. Gleichwohl wird die Mitwirkung oftmals unterlassen oder aus taktischen Erwägungen verweigert.²⁰¹ Diese blockierende Stellung und der daraus folgende Zwang für den Berechtigten, einen Prozess gegen den Verpflichteten zu führen, widerspricht dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben. In einem solchen Fall fordert der Verpflichtete durch sein eigenes Handeln heraus, dass sich der Freistellungsanspruch um die Kosten des Vergleichs, einschließlich der Kosten für die anwaltliche Beratung im Vorfeld des Vergleichsabschlusses, erhöht. Daher wird man in einem solchen Fall nicht von einer Nichtigkeit des Vergleichs ausgehen können. Ansonsten hätte der Verpflichtete den Ausgang der Einigung mit dem Drittgläubiger stets in der Hand.

6. Der Freistellungsanspruch in der Insolvenz

Wird der Berechtigte insolvent, so wandelt sich der Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch um.²⁰² Dieser fällt dann in die Insolvenzmasse. Eine Besserstellung des Drittgläubigers gegenüber Gläubigern eines Zahlungsanspruchs ist nicht gerechtfertigt.²⁰³

Wird der Verpflichtete insolvent, so wird der Freistellungsanspruch als nicht auf Geld gerichteter Anspruch nach § 45 S. 1 InsO behandelt.²⁰⁴ Das Insolvenzrisiko dürfte in vielen Fällen nicht hoch genug

bewertet werden. Was ist ein Freistellungsanspruch noch wert, wenn der Verpflichtete sich in die Insolvenz flüchtet oder seiner Verpflichtungen durch Umstrukturierung zu entledigen sucht?

VIII. Fazit

1. In der Praxis des Unternehmenskaufs kann ein vertraglich vereinbarter Freistellungsanspruch ein nützliches Instrument sein, um schwer zu quantifizierende Risiken angemessen abzusichern. Dieser vertragliche Freistellungsanspruch hat mit dem gesetzlichen „Befreiungsanspruch“ nach § 257 BGB nur wenig gemein. Typische Anwendungsfälle sind finanzielle Belastungen, die mit bestimmten Schulden oder Verträgen, mit Umweltrisiken oder mit laufenden Rechtsstreitigkeiten der Zielgesellschaft verbunden sind (s. o. III. 4.).

2. Vertragliche Regelungen wie Freistellungsansprüche und Garantien sind erforderlich, da das gesetzliche Gewährleistungsrecht den Interessen der Vertragsparteien bei einem Unternehmenskauf nicht voll gerecht wird. Die häufig verwendeten Garantien sind jedoch für nicht quantifizierbare Risiken weniger gut geeignet als Freistellungsansprüche. Zudem ist der Verkäufer beim Freistellungsanspruch keinem Erfüllungsanspruch und infolgedessen auch keinem Anspruch auf Nacherfüllung ausgesetzt (s. o. III. 3.).

3. Die deutsche Verpflichtung zur „Freistellung“ umfasst typischerweise die in englischsprachigen Unternehmenskaufverträgen enthaltenen Formulierungen der „obligation to indemnify“, also die Pflicht, den Berechtigten von Ansprüchen Dritter freizustellen, sowie der „obligation to defend“, also die Kosten der Rechtsverteidigung zu übernehmen (s. o. IV. 4.). Da somit zu der Freistellung auch die Verpflichtung gehört, unbegründete Ansprüche Dritter abzuwehren, kommt es für das Eintreten der Verpflichtung nicht auf das tatsächliche Bestehen der Drittforderung an, ebensowenig auf Wissen oder Vorsatz des Verpflichteten in Bezug auf bestimmte Umstände (s. o. IV. 2.). Gleichzeitig folgt aus dem Zweck der Freistellungsverpflichtung, dass der Verpflichtete nach erfolgreicher Abwehr von Forderungen Dritter grundsätzlich keinen Erstattungsanspruch gegen den Berechtigten hat, was in der englischen Terminologie häufig als „obligation to hold harmless“ beschrieben wird.

4. Solange der Berechtigte die Forderung des Drittgläubigers nicht erfüllt hat, ist der Anspruch auf die Freistellung des Berechtigten von der Verbindlichkeit gerichtet, nicht dagegen auf Zahlung eines Geldbetrages an den Berechtigten. Er kann allerdings im Einzelfall in einen Zahlungsanspruch übergehen, wenn die Voraussetzungen des Schadensersatzes statt der Leistung vorliegen und der Berechtigte die Verbindlichkeit gegenüber dem Drittschuldner selbst erfüllt (s. o. V. 2.). Aufgrund dieser besonderen Natur des Freistellungsanspruchs kann er grundsätzlich nicht abgetreten werden, wobei als Ausnahme die Abtretung an den Drittgläubiger der Forderung, von der freizustellen

199 Bsp. aus der Vertragspraxis.

200 Marburger, in: Staudinger, BGB, 2015 § 779, Rn. 62.

201 Nicht selten anzutreffen in der Praxis ist der Fall, dass der Freistellungsverpflichtete zwar an den Verhandlungen teilnimmt, aber als „stilles Mäuschen“ nur zuhört und die Argumente des Verhandlungsführers des Freistellungsgläubigers sammelt, warum in der jeweiligen Situation ein Vergleichsabschluss überhaupt nicht in Frage komme. Schließlich wird sich der Freistellungsberechtigte zur Erzielung eines guten Vergleichs argumentativ gegenüber seinem Verhandlungspartner genau dieser Argumente bedienen (die ihm dann später der Freistellungsverpflichtete entgegenhalten wird).

202 BGH, 16.9.1993 – IX ZR 255/92, NJW 1994, 49, 50 f. mit ausführlicher Diskussion.

203 BGH, 16.9.1993 – IX ZR 255/92, NJW 1994, 49, 50 f.

204 BGH, 14.7.2005 – IX ZR 142/02, NJW 2005, 3285, 3286; Lorenz, in: BeckOK BGB, § 257, Rn. 10; Bitter, Münchner Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2014, InsO § 45, Rn. 8.

ist, wirksam ist. Eine Aufrechnung scheidet dagegen nach überwiegender Auffassung aus (s. o. VI. 4. und 5.).

5. Abseits dieser durch die Rechtsprechung etablierten allgemeinen Grundsätze sollten zahlreiche Detailfragen im Zusammenhang mit einem Freistellungsanspruch durch ausdrückliche vertragliche Regelungen näher definiert werden. So sollten die Parteien etwa eine Vereinbarung über die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs treffen, um die gesetzlich nach § 271 Abs. 1 BGB vorgesehene und für die Parteien oft nicht vorteilhafte sofortige Fälligkeit zu vermeiden (s. o. VI. 2.). Auch die für die „gemeinsame“ Abwehr von Drittforderungen erforderliche Kooperation sollte vertraglich präziser umschrieben sein. Zudem sollten die Parteien eine Regelung zu Beginn und Dauer der Verjährung treffen. Möglich sind insofern die Vereinbarung einer datumsabhängigen Verjährung, einer Verjährung in Abhängigkeit von Fälligkeit oder Verjährung der Drittforderung bzw. Kenntnis oder Mitteilung der Drittforderung. In Fällen, in denen der Berechtigte einer behördlichen Forderung ausgesetzt ist, bietet es sich an, die Verjährungsfrist an die Bestandskraft eines öffentlich-rechtlichen Bescheides zu knüpfen (s. o. VI. 6.).

6. Um Konfliktpotential zu vermeiden, sollten in Unternehmenskaufverträgen schließlich Einzelheiten in Bezug auf den Abschluss eines Vergleichs geregelt werden. Dies betrifft in erster Linie die Abgrenzung von Zuständigkeiten bei den Vergleichsverhandlungen und beim Vergleichsschluss sowie den Ersatz von Kosten im Zusammenhang mit einem solchen Vergleich. Haben die Parteien zu diesen Fragen keine individuellen Regelungen getroffen, so ist ein zwischen Berech-

tigtem und Drittgläubiger geschlossener Vergleich grundsätzlich nicht als nichtig anzusehen. Es widerspricht nämlich dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der Berechtigte dem Verpflichteten die Möglichkeit zur Mitwirkung an dem Vergleich erfolglos angeboten und der Verpflichtete den Berechtigten zum Führen eines Prozesses gegen ihn gezwungen hat (s. o. VII. 5.).

7. Es bleibt festzuhalten, dass Freistellungsansprüche für die Parteien eines Unternehmenskaufvertrages nicht von der Hand zu weisende Vorteile bieten, die Parteien aber gleichzeitig gut beraten sind, in ihrem Vertrag individuelle Regelungen für zahlreiche damit im Zusammenhang stehende Einzelfragen vorzusehen. Nur so können sie sicherstellen, dass bei späteren möglichen Konflikten sachgerechte und aus Sicht beider Parteien ausgewogene Regelungen zum Tragen kommen. Ansonsten besteht insbesondere für den Freistellungsberechtigten die Gefahr, sich „zwischen den Stühlen“ wiederzufinden und zwischen den gegenläufigen Interessen von Drittgläubiger und Verpflichtetem aufgerieben zu werden.

Dr. Mark C. Hilgard, RA, ist Partner im Frankfurter Büro von Mayer Brown LLP. Er leitet die deutsche Praxisgruppe Litigation & Arbitration. Daneben bilden Entwurf und Verhandlung von Unternehmenskaufverträgen seit Jahrzehnten den Schwerpunkt seiner anwaltlichen Tätigkeit.



BGH: Konnexität von Grundgeschäft und Gegengeschäft bei Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen

BGH, Urteil vom 22.3.2016 – XI ZR 425/14

ECLI:DE:BGH:2016:220316UXIZR425.14.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2016-1237-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

LEITSATZ

Zu den Voraussetzungen der Konnexität von Grundgeschäft und Gegengeschäft bei Abschluss von Zinssatz-Swap-Verträgen (Fortführung von Senatsurteilen vom 22. März 2011 XI ZR 33/10, BGHZ 189, 13 Rn. 26 [BB 2011, 1674 m. BB-Komm. Lange] und vom 28. April 2015 XI ZR 378/13, BGHZ 205, 117 Rn. 42 [[BB 2015, 1866 m. BB-Komm. Harter, RdF-Entscheidungsreport Scholl, RdF 2015, 253]]).

BGB §§ 311, 320ff., 280 Abs. 1

SACHVERHALT

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung und Feststellung nach Abschluss von Swap-Verträgen in Anspruch.

Die Klägerin, eine Gemeinde in Nordrhein-Westfalen mit rund 16.000 Einwohnern, stand mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (künftig einheitlich: Beklagte), einer Landesbank, in ständiger Geschäftsbeziehung. Am 5. September 2005 schlossen die Parteien einen „Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte“ (künftig: Rahmenvertrag). Auf der Grundlage dieses Rahmenvertrags einigten sich die Parteien auf verschiedene Zinssatz-Swap-Verträge, von denen drei Gegenstand des Rechtsstreits sind.

So vereinbarten die Parteien am 9. November 2006 einen „Kündbaren Zahler-Swap“ mit der Nr. 4 D und einem Bezugsbetrag von 3.779.573,89 €. Der „Kündbare Zahler-Swap“ sollte eine Laufzeit vom 30. Januar 2014 bis zum 30. Juli 2032 haben. Die Klägerin verpflichtete sich zur Zahlung eines festen Zinses von 6,44% p.a. Die Beklagte übernahm die Zahlung eines Zinses in Höhe des 3-Monats-Euribors und sicherte sich ein einmaliges Kündigungsrecht zum 22. Januar 2014. Die Klägerin erlangte bislang aus dem Vertrag 36.973,48 €. Sie selbst leistete keine Zahlungen an die Beklagte.

Am 12. März 2008 einigten sich die Parteien auf einen „Digitalen Zinsumfeld-Swap“ mit der Nr. 2 D und einem Bezugsbetrag von 3 Mio. €. Der „Digitale Zinsumfeld-Swap“ sollte eine Laufzeit vom 15. März 2008 bis zum 15. März 2018 haben. Die Klägerin schuldete zunächst einen festen und sodann einen Zins von entweder 2,25% p.a. oder 6,95% p.a., wobei die Zahlungspflicht davon abhing, ob eine „Digitalbedingung“ erfüllt war. Die Beklagte verpflichtete sich zur Zahlung eines festen Zinses in Höhe von 3% p.a. Zugleich mit dem Abschluss des Zinssatz-Swap-Geschäfts einigten sich die Parteien darauf, einen „Digitalen Differenz-Stufen-Swap“ aufzulösen. Sie kamen überein, die Klägerin müsse eine Restschuld in Höhe von 157.000 € aus dem „Digitalen Differenz-Stufen-Swap“ nicht begleichen. Sie berücksichtigten diesen Umstand bei der Gestaltung der Vertragsposition der Beklagten im Rahmen des „Digitalen Zinsumfeld-Swaps“. Die Klägerin erlangte bislang aus dem „Digitalen Zinsumfeld-Swap“ Zahlungen in Höhe von 45.000 €, während sie an die Beklagte ins-