



März 2021

Love it, change it or leave it – Finde DEIN RECHT

Haftungen und Freistellungen im deutschen Recht...

INHALT

Seite 2

HAFTUNGEN – STRENGES DEUTSCHES RECHT FÜR STANDARDVERTRÄGE UND AGB

Seite 3

FLEXIBLERE INTERNATIONALE ALTERNATIVEN

- Wann sollten Alternativen international angewendet werden
- Wann sollten Alternativen national angewendet werden

Seite 4

FREISTELLUNGEN – DIE FREISTELLUNG IST KEIN BESTANDTEIL DES DEUTSCHEN RECHTS

- Freistellungsansprüche finden sich oft in den Lieferbedingungen
- Was bedeutet ein "Recht auf Freistellung" rechtlich und welche Folgen hat es?
- Wie man sich verteidigt
- Verschuldenserfordernis und Beweislast

Seite 5

- Verfahren
- Wirksamkeit von Freistellungsregelungen

FREISTELLUNGEN INTERNATIONALE

- Flexiblere internationale Alternativen

SCHLUSSFOLGERUNG

EINLEITUNG

Im deutschen Recht können sinnvolle **Haftungsbeschränkungs-/Haftungsausschlussklauseln bzw. Freistellungsklauseln nur individualvertraglich (und nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen („AGB“) oder Standardverträgen mit vorformulierten Vertragsbedingungen für mehr als zwei Verträge) vereinbart werden.**

Mehr **vertragliche Gestaltungsfreiheit** bieten das CISG (UN-Kaufrecht) oder das **Common Law** bzw. **Schweizer Recht**. Bei grenzüberschreitenden Geschäften bzw. internationalen Verträgen kann es daher eine Option sein, ein anderes Recht als das Deutsche zu wählen. Aber auch bei nationalen Verträgen kann es sich lohnen, in Standardverträgen und AGB ein anderes Recht zu wählen.

Siehe hierzu die sehr hilfreiche 2. Auflage der Veröffentlichung von Martin Rothermel Internationales Kauf-, Liefer- und Vertriebsrecht: Sie enthält kompakte Informationen und Überlegungen zu internationalen Kauf-, Liefer- und Vertriebsverträgen (Rechtswahl und Gerichtsstand bzw. Schiedsgerichtsbarkeit, Deutsches Recht - CISG - Schweizer Recht - Common Law im Vergleich (mit einer sehr hilfreichen Tabellenkalkulation zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden in der Vertragsstruktur mit über 80 Themen), international zwingende Bestimmungen im Vertrieb in über 50 Regionen und Ländern, Eigentumsvorbehaltsregelungen und Gültigkeit von Konsignationsvereinbarungen in über 75 Ländern, Grundlagen des Kartellrechts für vertikale Vereinbarungen in der EU und über zehn weiteren Ländern, Kommentierung der Incoterms®2020). Das Buch enthält auch eine tabellarische Übersicht über Inhalt, Gemeinsamkeiten und Unterschiede von 12 der bekanntesten Schiedsgerichtsordnungen internationaler Schiedsinstitutionen als Alternativen zu staatlichen Gerichten. Darüber hinaus bietet das Buch ein Update zu den Brexit-Folgen und anderen internationalen Freihandelsabkommen, die im Jahr 2020 in großem Umfang unterzeichnet wurden (wodurch die beiden größten Freihandelszonen der Welt geschaffen wurden).



Haftungen

STRENGES DEUTSCHES RECHT FÜR STANDARDVERTRÄGE UND AGB

Wie bereits angedeutet, ist das deutsche Recht und die deutsche Rechtsprechung sehr streng im Hinblick auf **AGB und Standardvereinbarungen** mit vorformulierten Vertragsbedingungen für mehr als zwei Verträge (da diese nach deutschem Recht als AGB gelten, § 305 Abs. 1 BGB). Ein Abweichen vom Gesetz zu Gunsten der Partei, die solche AGB verwendet, ist nahezu ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere auch für Haftungsbeschränkungs- bzw. Haftungsausschlussklauseln.

Im Grunde genommen unterscheiden die deutschen Gerichte nicht wirklich zwischen B2B- und B2C-Verträgen bzw. AGB. Das bedeutet, dass die Kataloge des deutschen AGB-Rechts (§§ 308 und 309 BGB) für unwirksame Klauseln in B2C-AGB über die allgemeine Angemessenheitsprüfung (§ 307 BGB) auf B2B-Verträge übertragen werden. Dies hat - im Hinblick auf Haftungsbeschränkungen oder -ausschlüsse - insbesondere folgende Auswirkungen:

- **Kein Ausschluss der Vorsatzhaftung** - § 276 Abs. 3 BGB, § 202 BGB (Dies ist nach dem Gesetz eindeutig und bedarf keiner Zitierung von Lehrbüchern oder Rechtsprechung).
- **Keine Ausschlüsse für grobe Fahrlässigkeit**; unter grober Fahrlässigkeit wird die Verletzung der gebotenen Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße und die Nichtbeachtung dessen verstanden, was nach den Umständen des Falles jedem hätte einleuchten müssen (Wurmnest, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 8. Auflage 2019, § 309 Nr. 7 Rn. 20). Obwohl § 309 Nr. 7 lit. b BGB in der Regel nur für B2C-Verträge gilt, ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Regelung selbst ein Indiz für eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB ist, sodass solche Klauseln meist auch

in B2B-AGB unwirksam sind (BGH, Urteil vom 19.06.2013, VIII ZR 183/12 = NJW 2014, 211; BGH, Urteil vom 19.09.2007, VIII ZR 141/06 = NJW 2007, 3774; BGH, Urteil vom 19.06.2013, VIII ZR 183/12 = NZV 2014, 120; Wurmnest, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage 2019, § 309 Nr. 7 Rn. 33; Grüneberg, Palandt, 80. Auflage 2021, § 309 Rn. 55; Schwab, JuS 2020, 561).

- **Keine Ausschlüsse für Hilfspersonen**; bei grob fahrlässigem Verhalten von Hilfspersonen hat die deutsche Rechtsprechung früher nach der Art der Hilfspersonen und dem Grad des Verschuldens differenziert. Aufgrund des erwähnten Indizes auf eine unangemessene Benachteiligung, sehen die deutschen Gerichte nunmehr jede Art von Ausschluss für grobe Fahrlässigkeit des Verwenders selbst, seiner gesetzlichen Vertreter, seiner leitenden Angestellten und etwaiger Hilfspersonen als unwirksam an (EuGH, Urteil vom 19.09.2007, VIII ZR 141/06 = NJW 2007, 3774; EuGH, Urteil vom 13.01.2000, III ZR 62/99 = NJW-RR 2000, 998; Grüneberg, Palandt, 80. Auflage 2021, § 309 Rn. 48, 50, 55; Christensen, Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, 12. Auflage 2016, § 309 Nr. 7 Rn. 33, 43, 45).
- **Keine Ausschlüsse für fahrlässige Verletzung von Kardinalpflichten**; ein Ausschluss oder eine Beschränkung wegen der Verletzung wesentlicher Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertrauen darf (Kardinalpflichten), stellen eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners dar (BGH, Urteil vom 15.09.2005, I ZR 58/03 = NJW-RR 2006, 267; OLG Hamburg, Urteil vom 13.01.2011, 6 U 150/09 = BeckRS 2011, 7060; Wurmnest, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage 2019, § 309 Nr. 7

Rn. 20 und Rn. 26; Grüneberg, Palandt, 80. Auflage 2021, § 309 Rn. 50, 55).

- **Keine Beschränkung der vorhersehbaren Schäden bei leicht fahrlässiger Verletzung von Pflichten, die keine Kardinalpflichten sind**; Gerichte hatten häufig Klauseln zu prüfen, in denen die Haftung auf eine bestimmte Summe begrenzt wurde, und entschieden, dass die Wirksamkeit einer kumulativen Haftungsbeschränkung davon abhängt, ob die Höchstsumme ausreicht, um den vertragstypisch vorhersehbaren Schadens abzudecken; dies ist jedoch oft nicht möglich, so dass die Haftungsbeschränkung grundsätzlich auch so erfolgen kann, dass die Haftung auf den typischerweise zu erwartenden Schaden begrenzt wird (BGH, Urteil vom 08.07.2012, VIII ZR 337/11 = NJW 2013, 291; BGH, Urteil vom 14.11.2000, X ZR 211/98 = NJW-RR 2001, 342; Grüneberg, Palandt, 80. Auflage 2021, § 309 Rn. 48, 51, 53).
- **Keine Verkürzung der Verjährung für Pflichtverletzungen, bei denen auch die Haftung in der Höhe nicht begrenzt werden kann**; wo die Haftung nicht eingeschränkt werden kann, kann die Verjährung nicht verkürzt werden (Grüneberg, Palandt, 80. Auflage 2021, § 309 Rn. 45; BGH, Urt. vom 22.09.2015, II ZR 340/14 und 341/15 = DB 2015, 3000).
- **Keine Haftungsbeschränkung für Verletzung von Körper, Leib, Leben und Gesundheit**; im B2B-Geschäft gilt zweifelsfrei § 309 Nr. 7 lit. a BGB (Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht, 12. Auflage 2016, § 309 Nr. 7 Rn. 23; BGH, Urt. vom 19.09.2007, VIII ZR 141/06 = NJW 2007, 3774; LG Saarbrücken, Urt. v. 12.06.2018, 4 O 422/15 = BeckRS 2018, 53432).
- **Kein Ausschluss für bestimmte Schadensarten** – obwohl dies interessant sein könnte und dies häufig in AGB zu lesen ist, können einzelne Schadensarten nicht ausgeschlossen werden (Wurmnest,

- Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 8. Auflage 2019, § 309 Nr. 7 Rn. 29), z.B. mittelbar (BGH, Urteil vom 21.03.2002, VIII ZR 493/00 = NJW 2002, 2470; Wurmnest, Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, 8. Auflage 2019, § 309 Nr. 7 Rn. 23), z.B. nachträglich (BGH, Urteil vom 22.04.1988, 2 U 219/87 = NJW-RR 1988, 1082; BGH, Urteil vom 10.01.2019, III ZR 109/17 = BKR 2020, 39; Wurmnest, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage 2019, § 309 Nr. 7 Rn. 23).
- **Keine Deckelung in Höhe der Haftpflichtversicherung bzw. Verweis auf Haftpflichtversicherung;** obwohl dies in AGB häufig zu lesen ist, kann ein solcher Zusammenhang nicht hergestellt werden, es sei denn, die Summe ist ausreichend, um den vertragstypisch vorhersehbaren Schadens im konkreten Fall abzudecken (BGH, Urteil vom 06.12.1990, I ZR 138/89 = NJW-RR 1991, 570; BGH, Urteil vom 08.07.2012, VIII ZR 337/11 = NJW 2013, 291; Wurmnest, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage 2019, § 309 Nr. 7 Rn. 34).
 - **Keine Haftungsbeschränkung auf einen bestimmten Betrag oder einen bestimmten Prozentsatz;** obwohl dies häufig in AGB zu lesen ist, kann eine solche summenmäßige Begrenzung nicht vorgenommen werden (es sei denn, diese Summe reicht aus, um den vertragstypisch vorhersehbaren Schaden im konkreten Fall abzudecken) (BGH, Urteil vom 08.07.2012, VIII ZR 337/11 = NJW 2013, 291; Wurmnest, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage 2019, § 309 Abs. 7 Rn. 38, 39; Grüneberg, Palandt, 80. Ausgabe 2020, § 309 Rn. 51).
 - **Keine Beschränkung, wenn die Bestimmung unklar oder überraschend ist;** § 305c BGB (Dies ist nach dem Gesetz eindeutig und bedarf keiner Zitierung von Lehrbüchern oder Rechtsprechung).

- **Keine salvatorische Klausel zum Erhalt der Haftungsbeschränkung;** obwohl dies häufig in AGB zu lesen ist, heißt der allgemeine Zulässigkeitsvorbehalt ("*soweit gesetzlich zulässig*") keine unzulässigen Ausschlüsse/Beschränkungen (BGH, Urteil vom 22.09.2015, II ZR 340/14 und 341/15 = DB 2015, 3000).

FLEXIBLERE INTERNATIONALE ALTERNATIVEN

Andere Jurisdiktionen bieten auch bei **Standardverträgen** bzw. **AGB mehr vertragliche Gestaltungsfreiheit**.

Das **Common Law** ist z.B. weniger streng als das deutsche Recht, wenn es um AGB geht, die vom Haftungsregime nach dem Recht von England und Wales abweichen - zumal für internationale Unternehmen der *Unfair Contract Terms Act* (Gesetz über unfaire Vertragsbestimmungen) nicht anwendbar ist (vorausgesetzt, wir haben es hier nicht mit Verbraucherrecht zu tun).

Eine weitere - häufig empfohlene - Alternative könnte das **Schweizer Recht** sein, da das Schweizer Recht keine gesetzliche oder gerichtliche Kontrolle von AGB vorsieht (sofern es sich nicht um Verbraucherprodukte handelt). Das schweizerische Recht mag den Nachteil haben, dass es in Verträgen (egal ob Einzelvertrag oder AGB) nicht möglich ist, die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auszuschließen oder zu reduzieren (während in Deutschland die Schwelle nur für Vorsatz gilt). Aber in allen anderen Fällen, auch in Standardklauseln und AGB, wären mehr Modifikationen möglich als nach deutschem Recht.

Eine weitere, häufig genannte Alternative, ist die Anwendung des **CISG**, des sogenannten **Übereinkommens über den internationalen Warenkauf**, nach seinem Geburtsort das Wiener Übereinkommen genannt – siehe: <https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods>. Das CISG sieht keine Kontrolle von AGB vor - es könnte aber im Einzelfall nationales Recht gelten, welches eine AGB-Kontrolle vorsieht. Dies könnte jedoch zu einem Vergleich

zwischen den Grundprinzipien des CISG und den Bestimmungen des Vertrages führen.

All dies kann - aus Sicht des deutschen Rechts - vorteilhafter im Hinblick auf die Vertragsfreiheit erscheinen als das deutsche Recht selbst.

Wann sollten Alternativen international angewendet werden

Bei Verträgen im **grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr** ist die Wahl eines anderen als des deutschen Rechts für Unternehmer möglich (gemäß der Rom I-Verordnung, 593/2008 vom 17. Juni 2008, anwendbar für alle europäischen Mitgliedsstaaten außer Dänemark).

Wann sollten Alternativen national angewendet werden

Bei sog. **innerstaatlichen Angelegenheiten**, bei denen sich alle für den jeweiligen Sachverhalt relevanten Elemente in einem Land befinden, ist die Rechtswahl eines anderen Landes aufgrund von Art. 3 Abs. 3 und 4 der Rom I-Verordnung nur als materielles Verweisungsrecht zulässig. Es gibt auch **EU-weite innerstaatliche Angelegenheiten**, in denen zwingendes EU-Recht gilt (Artikel 3 Abs. 3 Rom I-Verordnung). Artikel 3 Abs. 3 besagt im Wesentlichen, dass in solchen Fällen nicht vom **zwingenden nationalen Recht** abgewichen werden kann: "*Sind alle anderen Elemente des Sachverhalts zum Zeitpunkt der Rechtswahl in einem anderen Staat als demjenigen belegen, dessen Recht gewählt wurde, so berührt die Rechtswahl der Parteien nicht die Anwendung von Bestimmungen des Rechts dieses anderen Staates, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann.*"

Die Frage ist also, was sind die "*Bestimmungen des Rechts dieses anderen Landes, von denen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden kann*". Mit anderen Worten, was ist hier *ius cogens*?

Dies ist schwer zu bestimmen, da es keinen Katalog im Gesetz und/oder keine eindeutige Rechtsprechung gibt. Bei AGB wird häufig ohne weitere Überlegungen davon ausgegangen,

dass das strenge deutsche Recht der §§ 305 ff BGB als *ius cogens* zu verstehen ist (Magnus, Staudinger, BGB, 2016, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 146; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 01.01.1989, NJW-RR 1989, 1018; Martiny, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 13, 8. Auflage 2021, Rom I-VO Art. 3 Rn. 86-88); weitere Vorschriften, von denen abgewichen werden kann, finden sich in §§ 225, 276 Abs. 3., 312 u. a., 444, 491 u. a., 540, 611a, 651l BGB (wie oben).

Nichtsdestotrotz könnte es sich lohnen, auch für innerstaatliche Angelegenheiten die Wahl einer anderen Rechtsordnung in Betracht zu ziehen, da die überwiegende Mehrheit der strikten Regelungen, die Haftungsausschlüsse verhindern, für B2C und nicht für B2B gelten, sagt das Gesetz selbst. Es ist die deutsche Rechtsprechung, die diese Bestimmungen auf B2B-Verträge anwendet, und es ist nicht sicher, dass diese Rechtsprechung als *ius cogens* verstanden werden muss.

Freistellungen

DIE FREISTELLUNG IST KEIN BESTANDTEIL DES DEUTSCHEN RECHTS

Freistellungsansprüche finden sich oft in den Lieferbedingungen

Sowohl Lieferant als auch Käufer können ein berechtigtes Interesse daran haben, von etwaigen Ansprüchen Dritter freigestellt zu werden, z.B. im Hinblick auf Schutzrechtsverletzungen und daraus resultierende Unterlassungs-/Schadensersatzansprüche, wie der BGH in seinem Urteil vom 15.12.2010 - VIII ZR 86/09 = NJW-RR 2011, 479 f. ausgeführt hat: Der Käufer hat den Lieferanten auf ein bestehendes Schutzrecht hingewiesen - der Lieferant hat die Produkte trotzdem geliefert, aber einen Freistellungsanspruch bei Schutzrechtsverletzungen eingeräumt. Der Schutzrechtsinhaber hat den Käufer und dessen Vertragshändler auf Auskunft, Unterlassung und Schadensersatz verklagt. Nachdem dieser Rechtsstreit ohne Beteiligung des Lieferanten endete, entschied der BGH, dass der Lieferant verpflichtet

gewesen wäre, dem Rechtsstreit beizutreten und den Käufer gegen die Ansprüche zu verteidigen.

Was bedeutet ein "Recht auf Freistellung" rechtlich und welche Folgen hat es?

Nach der herrschenden Rechtsprechung (wobei fast immer nur die vier gleichen Urteile zitiert werden, vor allem die Entscheidung des BGH vom 15. Dezember 2010) besteht das Wesen einer auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage bestehenden Freistellungspflicht nicht nur in der Befriedigung berechtigter Ansprüche, sondern auch in der Verpflichtung zur Abwehr unbegründeter Ansprüche (BGH, Urteil vom 29.11.2013 - LwZR 8/12 mit weiteren Nachweisen in: BGH, Urteil vom 15.12.2010 - NJW-RR 2011, 479 f.; BGH, Urteil vom 24.10.2002 - , NJW 2003, 352 f.; BGH, Urteil vom 19.01.1983 - IVa ZR 116/81, NJW 1983, 1729 f.; BGH, Urteil vom 24.06.1970 - VIII ZR 268/67, NJW 1970, 1594 f.). Je nach Sinn und Zweck der Freistellung soll die freizustellende Partei von dem Risiko befreit werden, entweder einen unberechtigten Anspruch zu befriedigen oder für einen berechtigten Anspruch in Anspruch genommen zu werden (BGH, Urteil vom 19.04.2002 - V ZR 3/01, NJW 2002, 2382). Diese Auffassung wird auch in der Literatur geteilt (instruktiv mit gutem Überblick: Schütt, NJW 2016, 980 ff.; Todorow, Schweer, NJW 2013, 2072 ff. und auch: Rohlfing, MDR 2012, 257 ff.; Görmer, JuS 2009, 7 ff.; Zahn, ZfBR 2007, 627 ff.; Muthorst, AcP 2009, 209 ff.; Wellenhofer-Klein, BB 1999, 1121 f.); auch dann, wenn sie im Wortlaut der Freistellung nicht ausdrücklich erwähnt ist (Ellenberger, Palandt, 80. Auflage 2021, § 157 Rn. 12; Rohlfing, MDR 2012, 257, 258; Bittner/Kolbe, Staudinger, BGB 2020, § 257 Rn. 1 ff.), denn die freizustellende Partei soll von jeglichem Risiko der Inanspruchnahme durch Dritte entlastet werden und nicht dem Risiko ausgesetzt sein, für eine berechnete Forderung in Anspruch genommen zu werden oder eine unberechnete Forderung erfüllen zu müssen und dafür als eigenes Fehlverhalten haftbar gemacht zu werden (BGH

a.a.O., NJW-RR 2011, 479, 480; NJW 2002, 238; BSG, Urteil vom 23.01.2018, B 2 U 3/16 R = NJW 2018, 2149).

Wie man sich verteidigt

Die **Verteidigung** kann durch jede Maßnahme erfolgen, die die freizustellende Partei von der Haftung gegenüber einem Dritten befreit bzw. sie vor einer Inanspruchnahme schützt (BGH, Urteil vom 11.04.1984 - VIII ZR 302/82, NJW 1984, 2151; Krüger, Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 8. Auflage 2019, § 257 Rn. 4 ff. Nach dem BGH (a.a.O., NJW-RR 2011, 479, 480) kann eine Ausnahme von der Einstandspflicht vorliegen, wenn die Situation von der typischen Interessenlage abweicht und ein von der freizustellenden Partei zu tragendes Risiko der Inanspruchnahme durch Dritte letztlich bei ihr verbleiben soll.

Verschuldenserefordernis und Beweislast

Im Hinblick auf das **Verschuldenserefordernis** äußert sich die Rechtsprechung nicht immer eindeutig. Lediglich im Hinblick auf eine vertragliche Freistellung des Lieferanten von der Rechtsmängelhaftung hat der BGH festgestellt, dass der Lieferant verschuldensunabhängig zur Zahlung verpflichtet ist (BGH a.a.O., NJW-RR 2011, 479, 480). Ob eine solche verschuldensunabhängige Haftung auch im umgekehrten Fall gelten soll, bleibt jedoch unklar. Versteht man aber Freistellung konsequent als vertragliche Abwehr- und Freistellungsverpflichtung (wie oben), dann dürfte es auf ein Verschulden nicht ankommen, wenn dieses nicht als Bedingung im Rahmen der Verpflichtung genannt ist. Allenfalls für einen sekundären Schadensersatzanspruch wegen nicht erfüllter Freistellungsverpflichtung (siehe unten) könnte ein Verschulden eine Rolle spielen.

Dementsprechend hat die freizustellende Partei lediglich die Geltendmachung des vertraglich bestimmten **Drittanspruchs darzulegen** und ggf. zu beweisen; es ist dann bereits Sache der freistellenden Partei, den Drittanspruch zu prüfen und zu entscheiden, ob er zu erfüllen oder abzulehnen ist;

zu diesem Zweck hat die freizustellende Partei der freistellenden Partei alle Unterlagen und Informationen zur Verfügung zu stellen, die für ihre Entscheidung von Bedeutung sind (Rohlfing, MDR 2012, 259; BGH wie oben, NJW 1983, 1729 1730).

Verfahren

Die freistellende Partei soll zunächst verpflichtet sein, mit dem **Dritten Verhandlungen** über das Bestehen und die Höhe des gegen die freizustellende Partei geltend gemachten Anspruch aufzunehmen (BGH a.a.O., NJW 2002, 2382; NJW 1983, 1729, 1730; Görmer, JuS 2009, 7, 9). Im Falle einer gerichtlichen Inanspruchnahme muss sich die freistellende Partei wohl **an dem Rechtsstreit beteiligen** und die freizustellende Partei "grundsätzlich entlasten", sonst verletzt sie ihre Freistellungspflicht (BGH a.a.O., NJW-RR 2011, 479, 480; der Schuldner muss zumindest Anwälte stellen oder die Kosten übernehmen - Rohlfing, MDR 2012, 258, 259). In einigen Fällen muss der Schuldner für den Fall des Unterliegens vor Gericht Sicherheit leisten, z. B. durch die Erteilung einer vollstreckbaren Urkunde (Todorow, Schweer, NJW 2013, 2072, 2076).

Stellt die freistellende Partei die freizustellende Partei nicht von berechtigten Ansprüchen frei oder wehrt sie unberechtigte Ansprüche nicht ab, so sind gemäß Rechtsprechung (BGH, NJW-RR 2011, 479, 480; NJW 2002, 2382; NJW 1983, 1729, 1730) und Literatur (Grüneberg, Palandt, 80. Auflage 2021, § 257 Rn. 1; Krüger, Münchener Kommentar zum BGB, Bd.2, 8. Auflage 2019, § 257 Rn. 13; Rohlfing, MDR 2012, 257, 259; Armbrüster, LM H. 9/2002 § 241 BGB Nr. 17; Toussaint, jurisPK-BGB Bd. 2, 9. Auflage 2020, § 257 Rn. 25) die allgemeinen Regeln für Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 S.1, Abs. 2 BGB wegen einer vertraglichen Pflichtverletzung (auch mit dem Erfordernis des Verschuldens) anzuwenden. Voraussetzung ist, dass die freistellende Partei von der Inanspruchnahme durch einen Dritten informiert wurde und ihr alle das Rechtsverhältnis betreffenden Informationen zur Verfügung gestellt wurden. Eine Verletzung

der Freistellungsverpflichtung liegt dann erst nach Ablauf einer im Einzelfall zu bestimmenden angemessenen Frist vor. Ist die freistellende Partei ihrer Freistellungspflicht nach Ablauf der Frist nicht nachgekommen, kann die freizustellende Partei den Anspruch des Dritten - gleichgültig, ob der Anspruch berechtigt ist oder nicht - erfüllen und die an den Dritten geleistete Zahlung oder sonstige Leistung als entstandenen Schaden geltend machen, ohne vorher die Berechtigung des Anspruchs zu prüfen, und für ein eventuelles späteres Regressverfahren ist die freistellende Partei mit der Einrede ausgeschlossen, die freizustellende Partei habe eine den Regressanspruch ausschließende eigenverantwortliche Entscheidung getroffen oder keinen ausreichenden Prozess geführt (BGH Z 190, 7, 26 = NJW 2011, 2719, 2724; FCJ, NJW-RR 2011, 479, 480; NJW 2002, 2382; NJW 1970, 1594, 1595).

Wirksamkeit von Freistellungsregelungen

Haftungsfreistellungsvereinbarungen werden üblicherweise als Klauseln in AGB aufgenommen. Es sollte möglichst genau festgelegt werden, wann der Vertragspartner - auch verschuldensabhängig - für welche Fälle haftet. Die allgemeine, verschuldensunabhängige Verpflichtung zur Freistellung von Ansprüchen Dritter aus Rechten Dritter in AGB ist wohl nach § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam (BGH, Urteil vom 05.10.2005 - VIII ZR 16/05 = BGHZ 164, 196).

FREISTELLUNGEN INTERNATIONALE

Auch andere Jurisdiktionen kennen gesetzliche oder vertragliche Freistellungsansprüche.

Das Pendant zum vertraglichen Freistellungsanspruch im Common Law ist die *contractual indemnity*, welche von einer *guarantee* (vergleichbar mit der Bürgschaft nach deutschem Recht) und der sog. *contribution* (vergleichbar mit dem Gesamtschuldnerausgleich nach deutschem Recht; Civil Liability (Contribution) Act 1978) abzugrenzen

ist. Die contractual indemnity begründet in ihrer traditionellen Form einer „*third party indemnity*“ ebenfalls die Verpflichtung des „*indemnitor*“, den „*indemnitee*“ im Rahmen des tatbestandlichen Anwendungsbereichs der Klausel vor einer Inanspruchnahme durch Dritte zu bewahren. Anders als der Freistellungsanspruch im deutschen Recht führt die contractual indemnity nach den Grundsätzen des Common Law allerdings erst dann zu einem durchsetzbaren Anspruch, wenn der Schaden beim indemnitee tatsächlich eingetreten ist. Zudem umfasst die contractual indemnity nur dann die Verpflichtung zur Abwehr (auch) unbegründeter Ansprüche, wenn die Parteien ausdrücklich eine „*duty to defend*“ vereinbart haben (Sean McChristian, American Bar Association „Indemnity vs. Duty to Defend“; Codamasters Software Co Ltd v Automobile Club de L'Ouest (2009) EWHC 2361).

Die CISG kennt mit Art. 42 eine ausdrückliche Regelung zur Belastung gelieferter Waren mit Schutzrechten Dritter, welcher auch eine Haftung des Verkäufers für unbegründete Ansprüche Dritter begründet, sodass der Verkäufer dem Käufer die Kosten zu erstatten hat, die z.B. durch die Abwehr unbegründeter Ansprüche entstehen (Ostendorf, International Sales Terms, 3rd Edition 2018 A. nos. 46).

Im Schweizer Recht gibt es sog. Schadloshaltungsklauseln, welche den Zweck haben, den Beauftragten von der Haftung für Schäden freizustellen, die er im Rahmen einer bestimmten Tätigkeit bei Dritten verursacht. Solche Klauseln sind grundsätzlich zulässig, wenn sie die allgemeinen Schranken bspw. aus Art. 20 Obligationenrecht („OR“) (widerrechtlicher oder sittenwidriger Inhalt) bzw. Art. 157 OR (unzulässige Bedingungen) berücksichtigen.

Flexiblere internationale Alternativen

Auch für Freistellungsregelungen in **Standardverträgen** bzw. AGB sehen andere nationale Rechtsordnungen mehr **Vertragsfreiheit** als das deutsche Recht vor, (wie oben).

SCHLUSSFOLGERUNG

Egal ob innerstaatliche oder grenzüberschreitende Angelegenheiten, es lohnt sich in jedem Fall zu prüfen, ob

sich die Wahl einer anderen Rechtsordnung anbietet, allein schon deswegen, weil der Rahmen für Haftungsbeschränkungen bzw. -ausschlüsse sowie Freistellungen in AGB nach deut-

schem Recht sehr beschränkt ist. Andere nationale Rechtsordnungen bieten auch bei Standardverträgen bzw. AGB ggf. deutlich mehr vertragliche Gestaltungsfreiheit.

SPRECHEN SIE UNS GERNE AN!

Taylor Wessing

Isartorplatz 8, 80331 München, Tel. +49 (0) 89 21038 0 Fax +49 (0) 89 21038 300

Benrather Str. 15, 40213 Düsseldorf, Tel. +49 (0) 211 8387 0 Fax +49 (0) 211 8387 100

Thurn-und-Taxis-Platz 6, 60313 Frankfurt a.M., Tel. +49 (0) 69 97130 0 Fax +49 (0) 69 97130 100

Ihre Ansprechpartner für Handels- und Vertriebsrecht



Dr. Martin Rothermel
Partner, München
+49 89 21038 121
m.rothermel@taylorwessing.com



Dr. Peter Hofbauer
Partner, München
+49 89 21038 134
p.hofbauer@taylorwessing.com



Dr. Gregor Staechelin
Partner, Frankfurt
+49 69 97130 316
g.staechelin@taylorwessing.com



Dr. jur. Julia Wulf
Partner, Frankfurt
+49 69 97130 155
j.wulf@taylorwessing.com



Dr. Benedikt Rohrßen
Salary Partner, München
+49 89 210 38 204
b.rohrssen@taylorwessing.com



Dr. Michael Kieffer
Salary Partner, München
+49 89 21038 241
m.kieffer@taylorwessing.com



Dr. Sonja Ackermann, M.Jur.
Salary Partner, München
+49 89 21038 129
s.ackermann@taylorwessing.com



Arno Maria Gotting, M.A., LL.M.
Salary Partner, Frankfurt
+49 69 97130 177
a.gotting@taylorwessing.com



Sebastian Rünz, LL.M.
Senior Associate, Düsseldorf
+49 211 8387 278
s.ruenz@taylorwessing.com



Stella Weingärtner, LL.M.
Senior Associate, Frankfurt
+49 69 97130 152
s.weingaertner@taylorwessing.com



Jennifer Pohl
Associate, Düsseldorf
+49 211 8387 205
j.pohl@taylorwessing.com



Michael Wietzorek
Associate, München
+49 89 21038 296
m.wietzorek@taylorwessing.com



Dr. Ulrich Spiegel
Associate, München
+49 89 21038 246
u.spiegel@taylorwessing.com



Giorgia Carandente, LL.M. Eur.
Professional Support Lawyer, München
+49 89 21038 214
g.carandente@taylorwessing.com

DIESER LEITFADEN ENTHÄLT NUR EINE AUSWAHL VON RELEVANTEN INFORMATIONEN ZUM THEMA UND ERSETZT NICHT DIE BERATUNG IM EINZELFALL. FÜR DIE VOLLSTÄNDIGKEIT UND RICHTIGKEIT DER IN DIESEM LEITFADEN ENTHALTENEN INFORMATIONEN WIRD KEINE HAFTUNG ÜBERNOMMEN.

Europe > Middle East > Asia

taylorwessing.com