

## Einleitung

---

Im Rechts- und Wirtschaftsalltag treten häufig Situationen auf, in denen jemand nach außen für (potentielle) Verbindlichkeiten haftet, die damit einhergehende Belastung bzw das Haftungsrisiko im Innenverhältnis jedoch von jemand anderem getragen werden soll. Dieses Ziel wird in solchen Fällen durch eine privatautonome Vereinbarung zwischen den beiden genannten Parteien erreicht.

Dies sei anhand einiger Beispiele verdeutlicht:

1. Beispiel:<sup>1</sup> A und B vereinbaren, dass A als Strohmann die handels- und gewerberechtliche Geschäftsführerfunktion einer GmbH übernimmt, um auf diesem Wege seine Gewerbeberechtigung zur Verfügung zu stellen; eine faktische Ausübung dieser Funktion ist nicht geplant. Im Gegenzug sagt ihm B, der Mehrheitsgesellschafter und handelsrechtlicher Mitgeschäftsführer ist, vertraglich zu, dass A aus seiner Stellung als Geschäftsführer kein Nachteil entstehen soll, er ihn daher aus jeder Inanspruchnahme durch Dritte schad- und klaglos halten werde.

2. Beispiel:<sup>2</sup> A betreibt ein Mobilfunknetz. B räumt A das Recht ein, auf der Dachfläche seines Hauses eine Mobilfunkanlage zu betreiben. Im zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag übernimmt A unter anderem die Pflicht, B bezüglich aller Ansprüche, die sich aus der Errichtung und dem Betrieb der Funkanlage ergeben, schad- und klaglos zu halten und alle Verfahrenskosten zu tragen.

3. Beispiel: A, B und C veräußern ihre Anteile an der D GmbH an E und F. Im Abtretungsvertrag sagen die Veräußerer den Erwerbern zu, für alle Verbindlichkeiten, die zum Übertragungstichtag nicht in der Buchhaltung aufscheinen, zu haften und die Erwerber vollkommen schad- und klaglos zu halten. E und F sagen hingegen zu, die Veräußerer hinsichtlich näher be-

---

1 Das Beispiel folgt dem der E 1 Ob 55/06d ecolex 2006/436 = RdW 2006/696 = GBU 2006/10/03 = AnwBl 2008, 303 zugrunde liegenden Sachverhalt.

2 Vgl den in 5 Ob 217/00y JBl 2001, 317 = RdU 2001/60 (*Kerschner/Wagner*) wiedergegebenen Nutzungsvertrag.

zeichneter Haftungen, die diese für Gesellschaftsverbindlichkeiten übernommen haben, schad- und klaglos zu halten.

Entsprechende Vereinbarungen können in verschiedenstem Kontext auftreten,<sup>3</sup> sie können im Detail auch auf unterschiedliche Weise ausgestaltet sein. Gemein ist ihnen jedoch der Zweck, dass die wirtschaftliche Last von derjenigen Person, die für eine Verbindlichkeit haftet, auf eine andere verschoben werden soll. Wie die Beispiele zeigen, wird in diesem Zusammenhang verbreitet der Begriff der Schad- und Klagloshaltung verwendet, es treten jedoch auch andere Bezeichnungen auf, wie der – vor allem in Deutschland geläufige – Begriff der Freistellung.

Trotz der großen Häufigkeit der beschriebenen Vereinbarungen und ihrer praktischen Bedeutung fehlt in Österreich bisher eine eingehende literarische Auseinandersetzung damit; vor allem der daraus resultierende (Befreiungs-) Anspruch ist kaum untersucht.<sup>4</sup> Zumeist werden Schad- und Klagloshaltungsvereinbarungen als Erfüllungsübernahme nach § 1404 ABGB eingeordnet. Entsprechend findet sich auch bei den Kommentierungen zu dieser Norm<sup>5</sup> und in der dazu ergangenen Rechtsprechung eine punktuelle Auseinandersetzung mit einzelnen Problemen des vertraglich begründeten Befreiungsanspruches,<sup>6</sup> eine systematische Aufarbeitung fehlt jedoch.

Sowohl die weite Verbreitung entsprechender Vereinbarungen als auch die verhältnismäßig große rechtliche Unklarheit, die mit ihnen verbunden ist, sind keineswegs bloß österreichische Phänomene. Auch in Deutschland wird darauf hingewiesen, dass vertragliche Freistellungsvereinbarungen zwar zu den „schillerndsten Klauseln“ internationaler Wirtschaftsverträge gehörten, während sich Parteien über ihre Rechtsnatur und rechtliche Wirkungsweise jedoch nur unzureichend im Klaren seien.<sup>7</sup> Ähnliches wird bis-

---

3 Vgl ausf unten S 14ff.

4 Eine gewisse Ausnahme stellt eine Monografie von *Wolff* aus dem Jahr 1915 (*Wolff*, Belastungsübernahme) dar. Dieses Werk beschäftigt sich ua auch mit einigen der in dieser Arbeit zu behandelnden Fragen.

5 *Ertl* in *Rummel*<sup>3</sup>; *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,01</sup>; *W.Faber* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup>; *Neumayr* in *KBB*<sup>5</sup>; *Thöni* in *Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup>; insbesondere auch die Kommentierung von *Wolff* in *Klang*<sup>2</sup> VI 335ff, die neben seiner Monografie (*Wolff*, Belastungsübernahme) wohl eine der ausführlichsten Befassungen mit dem Thema darstellt.

6 Etwas eingehender untersucht worden sind der Befreiungsanspruch des ausscheidenden OG-Gesellschafters (*Bauerreis* in *FS Demelius* [1973] 293) und der schadenersatzrechtliche Befreiungsanspruch (*Oberhofer*, *ÖJZ* 1995, 180; *G. Kodek*, *Zak* 2015, 204); freilich haben auch diese Abhandlungen jeweils eher punktuellen Charakter.

7 *Ostendorf*, *JZ* 2013, 654 (654); ähnlich *Mayer*, *ZfPW* 2015, 226 (227); vgl bereits *Bischof*, *ZIP* 1984, 1444 (1444): „Die Praxis dagegen bedient sich gerade der ver-

weilen auch für den angloamerikanischen Rechtsraum in Bezug auf *contractual indemnities* konstatiert, die zumindest teilweise als Funktionsäquivalent zu den hier interessierenden Klauseln aufgefasst werden können<sup>8</sup>: „Thousands of indemnity undertakings are given each day. Yet despite this, their legal nature and effect are suprisingly nebulous.“<sup>9</sup>

Zwar liegen auch in Deutschland kaum umfassende Darstellungen zu vertraglichen Freistellungsvereinbarungen vor.<sup>10</sup> Allerdings sind die dort so genannten Befreiungs- bzw Freistellungsansprüche,<sup>11</sup> die oft unabhängig von ihrem Entstehungsgrund als einheitlicher Anspruchstypus begriffen werden<sup>12</sup>, wesentlich umfassender untersucht worden.<sup>13</sup> Trotzdem sind auch hier viele Fragen nach wie vor ungeklärt. Zu erwähnen ist hier vor allem die jüngste Auseinandersetzung mit Befreiungsansprüchen bei von Dritten geltend gemachten Ansprüchen, deren Berechtigung strittig bzw unsicher ist.<sup>14</sup>

Die vorliegende Arbeit möchte die geschilderte Lücke aus Sicht des österreichischen Rechts für einen Teilbereich schließen. Mit ihr soll der Anspruch, der sich aus einer Vereinbarung zur Schad- und Klagloshaltung er-

---

traglichen Übernahme der Freistellungsverpflichtung nicht selten mit großer und durch nichts gerechtfertigter Sorglosigkeit.“

- 8 Vgl im Detail aus deutscher Sicht *Ostendorf*, JZ 2013, 654 (656); vgl zur gebräuchlichen Terminologie in auf Englisch abgefassten Verträgen auch *Hilgard*, BB 2016, 1218 (1228f).
- 9 *Zakrzewski*, Journal of Contract Law 2006, 54; vgl auch *Courtney*, Sydney Law School Research Paper No. 11/41 (2011) 1.
- 10 Allerdings ist zu beobachten, dass das Thema in den letzten Jahren immer mehr Aufmerksamkeit auf sich zieht; vgl etwa *Ostendorf*, JZ 2013, 654; spezifisch aus dem Blickwinkel der M&A-Praxis jüngst *Hilgard*, BB 2016, 1218 sowie *Schütt*, NJW 2016, 980; punktuelle Abhandlungen zu einzelnen Problemfeldern finden sich etwa bei *Liekefett*, DB 2005, 2398; *Link*, BB 2012, 856; ein gewisses Maß an Aufmerksamkeit erfährt auch der in § 10 Nr 6 der VOB/B geregelte gegenseitige Befreiungs- bzw Freistellungsanspruch der Vertragsparteien von Bauverträgen, für welche die Geltung der VOB/B vereinbart ist; hier bestehen vor allem im Detail einige Streitpunkte; vgl etwa *Voit* in *Messerschmidt/Voit*, Privates Baurecht<sup>2</sup> § 10 VOB/B Rz 10f; *Von Rintelen* in *Kapellmann/Messerschmidt* VOB-Kommentar<sup>5</sup> § 10 Rz 55ff; *Zanner* in *Franke/Kemper/Zanner/Grünbagen*, VOB-Kommentar<sup>4</sup> § 10 VOB/B Rz 63ff.
- 11 Zur Terminologie s etwa *Bischoff*, ZZZP 120 (2007) 237; zum Verhältnis der beiden Begriffe zueinander vgl Fn 40.
- 12 Vgl statt vieler *Gerhardt*, Befreiungsanspruch 3.
- 13 ZB *Gerhardt*, Befreiungsanspruch; *Görmer*, Durchsetzung; *Güntner*, Befreiung; *Kretschmer*, Schuldbefreiungsanspruch im Konkurs; *Körner*, Schuldbefreiungsanspruch; *Trinkl*, Rechtsnatur; *Bischof*, ZIP 1984, 1444; *Bischoff*, ZZZP 120 (2007) 237.
- 14 S etwa *Muthorst*, AcP 209 (2009) 212; *Rohlfing*, MDR 2012, 257; *Schweer/Today*, NJW 2013, 2072; zuletzt *Mayer*, ZfPW 2015, 226.

gibt, vor allem mit Blick auf die eben erwähnten Konstellationen untersucht werden, in denen zwar ein unter die Vereinbarung fallender Anspruch von einem Dritten geltend gemacht wurde, die Berechtigung dieses Anspruchs aber (noch) nicht feststeht.<sup>15</sup> Auf der Auslegung derartiger Ansprüche und Fragen ihrer Durchsetzung wird der besondere Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit liegen.

Grundlage für diese Untersuchung werden einige allgemeine Überlegungen sowohl zu Schad- und Klagloshaltungsvereinbarungen als auch zur bisher in Österreich nicht allzu sehr beachteten Kategorie der Befreiungsansprüche an sich bilden.

---

15 Vgl zu dieser Problematik insb unten S 101f.

# I. Gegenstand und Gang der Untersuchung

---

## A. Zum Begriff der Schad- und Klagloshaltung

### 1. „Schad- und Klagloshaltung“ als Begriff der österreichischen Rechtsprache

Auch wenn der Terminus „Schad- und Klagloshaltung“ bzw. „schad- und klaglos halten“ nicht gesetzlich definiert ist,<sup>16</sup> ist er fester Bestandteil der österreichischen Rechtsprache. Seine Verankerung im juristischen Sprachgebrauch zeigt sich nicht zuletzt darin, dass sich der Begriff in mehreren gesetzlichen Bestimmungen findet, die eine entsprechende Verpflichtung vorsehen<sup>17</sup> oder auch bestimmte Voraussetzungen für ihre Begründung aufstellen.<sup>18</sup>

Unter Schad- und Klagloshaltung wird die Verpflichtung verstanden, jemand anderem die Last abzunehmen, die die Haftung für eine Verbindlichkeit in seinem Vermögen bildet. Dass dies jedoch nicht nur im Zuge der bloßen Übernahme einer Ersatzpflicht bzw durch die (spiegelbildliche) Einräumung eines Regressanspruches geschehen soll, ergibt sich bereits aus der Verwendung des Wortes „Klagloshaltung“. Dieses deutet unmissverständlich auf eine Verpflichtung hin, bereits die (erfolgreiche) Inanspruchnahme

---

16 Vgl nunmehr allerdings § 231 ABGB idF KindNamRÄG 2013, dazu sogleich im Text.

17 § 9 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997 (BGBl I 113/1997); § 10 Bundesgesetz über die Auflassung und Übertragung von Bundesstraßen (BGBl I 50/2002); § 11c Bundesgesetz über die Aufgaben und Organisation der Bundes-Wasserstraßenverwaltung – Wasserstraßengesetz (BGBl I 177/2004 idF BGBl I 112/2011); §§ 37 und 38 Bundesimmobiliengesetz (BGBl I 141/2000).

18 Vgl § 231 ABGB idF KindNamRÄG 2013 (BGBl I 15/2013); nach dieser Bestimmung sind Vereinbarungen, wonach sich ein Elternteil dem anderen gegenüber verpflichtet, für den Unterhalt des Kindes allein oder überwiegend aufzukommen und den anderen für den Fall der Inanspruchnahme mit der Unterhaltungspflicht schad- und klaglos zu halten, unwirksam, sofern sie nicht im Rahmen einer umfassenden Regelung der Folgen einer Scheidung vor Gericht geschlossen werden.

des Berechtigten zu verhindern.<sup>19</sup> Entsprechend wird im Schrifttum auch teilweise der auf Haftungsfreistellung gerichtete Befreiungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters einer Personengesellschaft synonym als Anspruch zur „Klaglosstellung“<sup>20</sup> bzw Klag- und Schadloshaltung bezeichnet.<sup>21</sup> Die – primär auf Befreiung von einer Verbindlichkeit gerichtete –<sup>22</sup> Pflicht des Erfüllungsübernehmers nach § 1404 wird damit umschrieben, seinen Vertragspartner „schad- und klaglos“ bzw „klag- und schadlos“ zu halten.<sup>23</sup> Teilweise scheint diese Formulierung nicht nur der Beschreibung des Anspruchsinhaltes zu dienen, sondern auch zur Abgrenzung eines erst bei drohender Inanspruchnahme durchsetzbaren von einem sofort fälligen Befreiungsanspruch.<sup>24</sup>

Allgemein kann also gesagt werden, dass Schad- und Klagloshaltung im österreichischen juristischen Sprachgebrauch<sup>25</sup> im Grunde als Synonym bzw Beschreibung für einen Anspruch auf Befreiung bzw Freistellung von Verbindlichkeiten verwendet wird.<sup>26</sup> Diese Beobachtung ist allerdings inso-

---

19 Vgl nur 3 Ob 162/13i ZfRV-LS 2014/5: „Die Verpflichtung zur ‚Klagloshaltung‘ kann nur dahin verstanden werden, dass der Übernehmer den Schuldner davor zu bewahren hat, dass ihn der Gläubiger belangt.“; s auch 1 Ob 246/15f VbR 2016/105 (*Leupold*).

20 *Bauerreis* in FS Demelius 293 (294 f), insb Fn 3, zur Frage, ob ein Art 7 Z 15 Abs 4 IV. EVHGB (nunmehr § 137 Abs 3 UGB) entsprechender Befreiungsanspruch auch dem ausscheidenden Gesellschafter einer GesBR zusteht (vgl nunmehr § 1203 Abs 3 ABGB idF GesBR-RG).

21 *Wable* in *Klang*<sup>2</sup> V 653, der einen solchen Anspruch des ausgeschiedenen GesBR-Gesellschafters bejaht (vgl bereits Fn 20).

22 S dazu unten S 34ff.

23 1 Ob 605/95 SZ 69/18 = JBl 1996, 402 = *ecolex* 1996, 360; RIS-Justiz RS0097736; *Lukas* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1404 ABGB Rz 10; *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 1404 Rz 23.

24 Vgl *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 1404 ABGB Rz 23; wohl auch *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I<sup>4</sup> §§ 137, 138 Rz 33, die darauf hinweisen, dass der Befreiungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters nach § 137 Abs 3 UGB häufig im Sinne einer „bloßen Verpflichtung zur Schad- und Klagloshaltung“ abbedungen werde; vgl auch 6 Ob 26/97k *ecolex* 1997, 853 (*Zebetner*) = wbl 1997, 307.

25 In Deutschland ist der Ausdruck soweit ersichtlich nicht verbreitet; dort wird von Befreiung oder Freistellung gesprochen; vgl dazu unten S 10.

26 IdS auch 1 Ob 246/15f ÖBA 2016/2272 = VbR 2016/105 (*Leupold*): „Auch im vertraglichen Bereich sind Vereinbarungen über eine Pflicht zur ‚Schad- und Klagloshaltung‘ schon seit jeher üblich und bedeuten inhaltlich nichts anderes als die Verpflichtung einer Vertragspartei, die andere von bestimmten – etwa mit dem Eigentum am Kaufobjekt verbundenen – Lasten und Verbindlichkeiten zu befreien.“

fern einzuschränken, als der Begriff in aller Regel nur im Kontext vertraglich begründeter Ansprüche auftaucht.<sup>27</sup>

Ihre praktische Bedeutung erlangt die Wendung der Schad- und Klagloshaltung daher auch durch ihre verbreitete Verwendung in Verträgen. Häufig finden sich Formulierungen wie A übernehme die Verpflichtung, B „hinsichtlich aller Ansprüche Dritter schad- und klaglos zu halten“ oder A werde einem Dritten gegen B zustehende Forderungen „tilgen und B schad- und klaglos halten“.<sup>28</sup> Freilich bedient sich die Vertragspraxis keiner uniformen Formulierungen. Vertragliche Vereinbarungen, mit denen die hier beschriebenen Ansprüche eingeräumt werden sollen, werden häufig auch auf verschiedene andere Arten umschrieben.<sup>29</sup> Aufgrund seiner praktischen Verbreitung und Geläufigkeit bietet sich dennoch der Begriff der Schad- und Klagloshaltung als generelle Bezeichnung an, weshalb er auch der vorliegenden Arbeit zugrunde zu legen war.

Gerade bei einer gesetzlich nicht definierten Wendung, wie der Schad- und Klagloshaltung, kann aus der Verwendung eines bestimmten Wortlautes in einer vertraglichen Vereinbarung jedoch noch nicht automatisch geschlossen werden, dass immer dieselbe Rechtsfolge, nämlich die Übernahme einer Befreiungspflicht, gewollt war. Die Auslegung vertraglicher Vereinbarungen<sup>30</sup> wird in manchen Fällen ergeben, dass Schad- und Klagloshaltung abweichend vom Wortlaut zwar im Sinne einer wirtschaftlichen Übernahme der Last gemeint ist, welche eine Verbindlichkeit im Vermögen des Haftenden bildet, dass dies jedoch nicht im Wege einer präventiven Anspruchsbefreiung geschehen soll, sondern auf andere Weise, wie insb durch einen nachträglichen Ersatz der zur Anspruchsbefriedigung aufgewendeten Kosten oder durch einen entsprechenden Vorschuss. Diese Rechtsfolge weicht insofern vom Wortlaut ab, als das Wort *Klagloshaltung* wie gezeigt als Ausdruck einer präventiven Befreiungspflicht verstanden werden muss. Die Bezeichnung als Schad- und Klagloshaltung erscheint für solche Vereinbarungen daher auch nicht wirklich zutreffend. Passender erscheint der auf *Wolff* zurückgehende Sammelbegriff der *Belastungsübernahme*, mit dem jede Vereinbarung bezeichnet werden kann, mit der die wirtschaftliche Last einer Verbindlichkeit vom Schuldner auf einen Dritten überwältzt wird.<sup>31</sup>

Mitunter liegt der Verwendung der Phrase „schad- und klaglos halten“ wohl sogar ein noch diffuseres Verständnis zugrunde, und zwar in dem Sin-

---

27 Vgl allerdings auch die Begriffsverwendung in den in Fn 20 und 21 angeführten Nachweisen.

28 S für weitere Beispiele von Klauselformulierungen unten S 13f.

29 Vgl näher S 13f.

30 Vgl dazu unten S 50ff.

31 Vgl dazu unten S 29f.

ne, dass sie schlicht dazu gedacht zu sein scheint, eine möglichst umfassende und strenge Haftung zum Ausdruck zu bringen;<sup>32</sup> etwa in dem Sinne: „Schad- und Klagloshalten wird mehr sein als nur Schadloshalten.“ Dieses weite Verständnis findet teilweise auch eine Entsprechung in der internationalen Vertragspraxis. Die oft als englischsprachige Entsprechung der Freistellung gesehene „indemnity-clauses“ werden nämlich mitunter als Bezeichnung für alle möglichen Arten von Haftungen und nicht nur für die Freistellung von Drittverbindlichkeiten gebraucht.<sup>33</sup>

## 2. Eigenes Begriffsverständnis

### a) Begriff der Schad- und Klagloshaltung

Anknüpfend an die eben getätigten Ausführungen geht die Arbeit von folgendem Begriffsverständnis aus:

Ausgehend vom Wortlaut versteht die Arbeit unter *Schad- und Klagloshaltung* die Verpflichtung, einen anderen von einer Verbindlichkeit zu befreien, ihn also schon von vornherein *vor einer (erfolgreichen) Inanspruchnahme zu bewahren* (wobei er bei trotzdem erfolgter Inanspruchnahme allenfalls nachträglich zu entschädigen ist)<sup>34</sup>.

Oben wurden von dieser Definition abweichende, weitere Fälle erwähnt, die in der Vertragspraxis mitunter als Schad- und Klagloshaltung bezeichnet werden. Nach der hier verwendeten Terminologie sind sie *nicht* von dieser Bezeichnung erfasst.

### b) Bezeichnung der Parteien

Als Partei einer Schad- und Klagloshaltungsvereinbarung steht auf der einen Seite derjenige, der als nach außen hin Haftender aus der Vereinbarung dazu berechtigt sein soll, vom Vertragspartner die Schad- und Klagloshaltung zu verlangen. Auf der anderen Seite steht derjenige, der aufgrund der Vereinbarung die Verpflichtung übernimmt, seinen Vertragspartner vor einer Inanspruchnahme zu bewahren. Auch für diese beiden an der Schad- und Klagloshaltung beteiligten Parteien gilt es für die vorliegende Arbeit einheitliche Bezeichnungen festzulegen.

---

32 Vgl. *Wenger*, RWZ 2000, 196 nach dem der Begriff der Schad- und Klagloshaltung „besonders große Absicherung“ suggeriere.

33 Vgl. etwa den Überblick bei *Courtney*, Sydney Law School Research Paper No. 11/41, 1f; *Ostendorf*, JZ 2013, 654 (656); vgl. für eine daran angelehnte weite Verwendung des Begriffes der Freistellungsvereinbarung *Kästle/Oberpracht*, Unternehmenskauf<sup>2</sup> 244ff.

34 Vgl. zum Problemkomplex der Entschädigung bei trotzdem erfolgter Inanspruchnahme des aus der Schad- und Klagloshaltung Berechtigten unten S 183ff.