

M&A Alumni Deutschland e.V.

M&A-Rundbrief 12/2003

Liebe M&A-ler,

dies ist der allererste „M&A-Rundbrief“, der notgedrungen noch etwas schlank im Inhalt ist. Wir hoffen, dass sich dies mit den nächsten Ausgaben ändert. Geplant ist ein Erscheinen mindestens 6x im Jahr.

Wir möchten alle bitten, sich an diesem Rundbrief mit Beiträgen zu M&A, Mitteilungen und Tips zu Vortragsveranstaltungen, Stellenangeboten/-gesuchen etc. zu beteiligen.

Der erste M&A-Beitrag ist ein Vorabdruck eines Aufsatzes von Kai zum Thema "Verjährung von vertraglichen Freistellungsansprüchen bei M&A-Transaktionen", der voraussichtlich im Laufe von 2004 in der ZIP erscheinen wird. Beiträge für diesen M&A-Rundbrief kann jede Art von Vermerk sein, der bei der täglichen Arbeit anfällt. Auf die Länge kommt es dabei gar nicht an; zwei Seiten sind oft leichter zu lesen als ein langer Aufsatz.

Wir hoffen, Ihr habt Spaß an der Lektüre!

Euer Vorstand

Christian Langbein
2. Vorsitzender

Christian Storck
2. Vorsitzender und Schatzmeister

Kai Haakon Liekefett
Erster Vorsitzender

Als Fördernde Mitglieder unterstützen den M&A Alumni Deutschland e.V.

candover

HÖLTERS & ELSING
RECHTSANWÄLTE

KPMG

P+P

Linklaters Oppenhoff & Rädler

SHEARMAN & STERLING LLP

Photos von der M&A-Abschlußfeier am 18.10.2003

Nicht nur auf der Internetseite befinden sich viele Photos. Unsere liebe Tina hat ebenfalls 5 CDs voller Bilder, die sie auf Anfrage verschickt:

Tina_Kuhnwaldtgm.de

Veranstaltungstip: Das CENTRAL an der Universität zu Köln

Das CENTRAL widmet sich der Erforschung übernationaler Rechtsprinzipien des transnationalen Wirtschaftsrechts und bietet gleichzeitig ein umfangreiches praxisnahes Veranstaltungsprogramm auf dem Gebiet des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts sowie der für die juristische Praxis notwendigen Schlüsselqualifikationen an. Die Veranstaltungen sind ausgesprochen interessant und preiswert. Der Link zum CENTRAL ist: <http://www.central.uni-koeln.de>. Das Veranstaltungsprogramm befindet sich außerdem als pdf-Datei als Anhang zu der Rundbrief-Email.

Stellengesuch: Stelle als Rechtsanwalt, Justitiar oder Doktorand

Ein sehr Freund hat gerade sein 2. Staatsexamen beendet und ist auf der Suche nach einer Anstellung als Rechtsanwalt, Justitiar oder in Teilzeit als Doktorand.

Er ist 29 Jahre alt, hat beide Staatsexamina mit „befriedigend“ abgeschlossen. An der Universität Osnabrück hat er ferner den „LL.M. Taxation“ im Studiengang Steuerwissenschaften erworben, der von Professor Dr. Mössner unter anderem mit Haarmann Hemmelrath & Partner, der KPMG und Ernst & Young ausgerichtet wird (www.ilm-steuern.de). Er hat ferner ein Praktikum bei Linklaters Oppenhoff & Rädler absolviert sowie Referendarstationen bei anderen wirtschaftsrechtlich ausgerichteten Kanzleien im Insolvenz-, Gesellschafts- und Steuerrecht absolviert. Interesse besteht an jedweder Anstellung im zivilrechtlichen Bereich.

Bei Interesse bitte bei mir melden: Kai Haakon Liekefett, 0179-1058773 oder 0221-9994580. Vielen Dank!

Der M&A-Beitrag

Verjährung von vertraglichen Freistellungsansprüchen bei M&A-Transaktionen

von Kai Haakon Liekefett, EMBA, Dipl.-Jur.

In der kautelarjuristischen M&A-Praxis werden Freistellungsansprüche insbesondere zur Risikoverlagerung in den Bereichen Umweltaltlasten, Steuern (§ 75 Abs. 1 AO), Firmenfortführung beim Asset Deal (§ 25 Abs. 1 S. 1 HGB) und Pensionsverbindlichkeiten verwandt. Der Schuldner eines Freistellungsanspruchs ist verpflichtet, den Befreiungsgläubiger von dem Risiko seiner Inanspruchnahme durch die Drittgläubiger freizustellen, d. h. ihn so zu stellen, wie er ohne die Belastung mit den Drittschulden stehen würde.¹ Hierbei steht es dem Befreiungsschuldner grundsätzlich frei, auf welche Weise er die Befreiung bewirkt; in Betracht kommen etwa Leistung an den Drittgläubiger (§ 267 BGB), befreiende Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB), Abfindung der Drittgläubiger o. ä. Dieser Vermerk befasst sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen vertragliche Freistellungsansprüche verjähren.

1 Verjährungsfrist

Ein Freistellungsanspruch aus M&A-Verträgen verjährt nach § 195 BGB n.F. nach drei Jahren, denn besondere Verjährungsfristen (z.B. §§ 197, 198, 438, 634a BGB) sind nicht einschlägig.²

Auch nach *früherem Recht* galt die - freilich 30-jährige - Regelverjährung (§ 195 BGB a.F.). Ein Freistellungsanspruch war kein Anspruch i.S.d. § 196 Abs. 1 Nr. 1 a.F. („für die Besorgung fremder Geschäfte, mit Einschluss der Auslagen“). Nach dieser Vorschrift verjährten zwar Ansprüche der Kaufleute für die Besorgung fremder Geschäfte mit Einschluß der Auslagen in zwei Jahren. Befreiungsansprüche gehörten aber nicht dazu. Es handelte sich nicht um einen Anspruch „für“ die Besorgung fremder Geschäfte, weil damit nur Vergütungsansprüche jeglicher Art für die Tätigkeit des Geschäftsführers erfaßt wurden. Es geht aber auch nicht um „Auslagen“, denn Auslagen sind schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch Zahlungen (oder sonstige Leistungen), die der Geschäftsführer aus seinem Vermögen für Rechnung des Geschäftsherrn an andere erbringt. Dagegen kann man die Eingehung einer Verbindlichkeit kaum eine Auslage nennen. Der Gesetzgeber unterscheidet auch in § 354 Abs. 2 HGB ausdrücklich zwischen „Auslagen“ und „anderen Aufwendungen“. Wenn aber das BGB in §§ 670, 256, 257 BGB von Aufwendungen spricht, in § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB diesen Begriff gerade nicht verwendet, dann kann schon vom Gesetzeswortlaut her unter Auslagen nicht dasselbe wie unter Aufwendungen verstanden werden.³

¹ Vgl. BGH NJW 1984, 2151 (2152); BGH NJW 1971, 382.

² Vgl. Staudinger/Bittner, BGB, § 257 Rn 20; MüKo/Krüger, BGB, § 257 Rn 12; Bischof, ZIP 1984, 1444 (1447).

³ BGH NJW 1983, 1729; Staudinger/Bittner, BGB, § 257 Rn 20; MüKo/Krüger, BGB, § 257 Rn 12; Bischof, ZIP 1984, 1444 (1447).

2 Beginn der Verjährungsfrist

Das eigentliche Problem der Verjährung von Freistellungsansprüchen ist auch nicht die Bestimmung der Verjährungsfrist, sondern die Festlegung, wann die dreijährige Verjährungsfrist zu laufen *beginnt*.

2.1 Beginn des Fristlaufs mit Fälligkeit

Nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB mit dem Schluß des Jahres, in dem der Befreiungsanspruch „entstanden“ ist. Ein Anspruch ist im Sinne dieser Vorschrift in dem Zeitpunkt entstanden, in dem der Verpflichtete rechtlich auf ein Tun oder Unterlassen (§ 194 BGB) in Anspruch genommen werden kann; in diesem Augenblick beginnt die Verjährung.⁴ Die Verjährung gegen einen Gläubiger kann erst dann zu laufen beginnen, wenn dieser die Möglichkeit zur *Hemmung* der Verjährung durch Rechtsverfolgung hatte (§ 204 BGB n.F.; früher führte dies noch zur Unterbrechung, vgl. § 209 a.F.). Aus diesem Grund ist insoweit auf die *Fälligkeit* abzustellen.⁵ Ausdrücklich ausgesprochen ist dies in den Materialien zum BGB, wo es heißt:

*„Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann (Fälligkeit)“.*⁶

Diesen Fälligkeitsbegriff hat die Kommission für die zweite Lesung durch „Entstehung des Anspruchs“ ersetzt, um Definitionsschwierigkeiten zu vermeiden. Sachlich geändert hat sich dadurch nichts, so daß für den Beginn der Verjährung in aller Regel auf die Fälligkeit abzustellen ist. Als Entstehung des Anspruchs, wie das Gesetz sie begreift, ist mithin der Zeitpunkt anzusehen, in welchem der Anspruch erstmals geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden kann.⁷

2.2 Fälligkeit von vertraglichen Freistellungsansprüchen

Die Fälligkeit des Befreiungsanspruch ist nicht gleichzusetzen mit der Fälligkeit des mit der Freistellung abgesicherten Anspruchs (z.B. aus Altlastenhaftung etc.). Dies führt zu der Folgefrage, wie die Fälligkeit bei vertraglichen Freistellungsansprüchen in M&A-Vertragswerken wie Unternehmenskaufverträgen, Business Combination Agreements oder unwandlungsrechtlichen Verträgen bestimmt wird. Grundsätzlich kommen hierzu zwei Anknüpfungspunkte in Betracht:

⁴ Erstmals RGZ 83, 354 (356).

⁵ Std.Rspr.; zuletzt BGH ZIP 2001, 611 (613). Vgl. Palandt/Heinrichs, § 198 Rn 1; Staudinger/Peters, BGB, § 198 Rn 1; MüKo/Krüger, BGB, § 198 Rn 1 (jeweils zu § 198 S. 1 BGB a.F.).

⁶ Prot. I S. 210.

⁷ Staudinger/Peters, BGB, § 198 Rn 1; MüKo/Krüger, BGB, § 198 Rn 1 (jeweils zu § 198 S. 1 BGB a.F.);

2.2.1 Mögliche Fälligkeitszeitpunkte und ihre Auswirkungen bei M&A-Verträgen

Zum einem könnte der Freistellungsanspruch *sofort bei Vertragsunterzeichnung* fällig sein (vgl. § 271 Abs. 1 BGB). In diesem Fall würden Freistellungsansprüche in M&A-Verträgen drei Jahre ab Kenntnis (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F.), spätestens aber nach zehn Jahren verjähren (vgl. § 199 Abs. 4 BGB n.F.), wenn dies nicht ausdrücklich anders im Vertrag geregelt wird.

Auf der anderen Seite könnte man sich ebenso gut auf den Standpunkt stellen, daß vertragliche Befreiungsansprüche erst mit der Entstehung der freizustellenden Verbindlichkeit fällig werden. In diesem Fall würde für Freistellungsansprüche in M&A-Verträgen der dreijährige Fristlauf des § 195 BGB erst dann beginnen, sobald sich das durch die Freistellung abgesicherte *Risiko tatsächlich realisiert* hat (z.B. gefahrenabwehrrechtliche Inanspruchnahme des Freistellungsnehmers nach § 10 BBodenschG aufgrund von Altlasten, steuerlicher Nachforderungsbescheid des Fiskus nach einer Betriebsprüfung, Geltendmachung von Pensionsansprüchen durch Arbeitnehmer). Im Ergebnis führte dies dazu, dass vertragliche Befreiungsansprüche nicht vor Risikoeintritt verjähren, wenn dies nicht ausdrücklich anders vertraglich geregelt wird. Noch nicht einmal die Höchstfrist von 30 Jahren nach § 202 Abs. 2 BG n.F. wäre einschlägig, da diese ebenfalls auf den Verjährungsbeginn abstellt.

2.2.2 Meinungsstand zur Fälligkeitsbestimmung bei Freistellungsansprüchen

Zur Fälligkeitsbestimmung bei Freistellungsansprüchen existiert ein Urteil des BGH⁸ (zur Freistellung von Pensionsansprüchen beim *Share Deal*) sowie vereinzelte (Kommentar-) Literatur⁹. Gleichwohl erfolgt die Diskussion dieses Problems nicht im Zusammenhang mit der Frage des Verjährungsbeginns von Freistellungsansprüchen, sondern zumeist im Kontext mit dem Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB.

Eine *sofortige Fälligkeit* eines vertraglichen Befreiungsanspruchs ergibt sich nach Auffassung des BGH nicht aus dem Rechtsgedanken der §§ 257 S. 2, 738 Abs. 1 S. 3 und § 775 Abs. 2 BGB. In diesen Vorschriften ist für bestimmte Fälle (Befreiungsansprüche des zum Ersatz von Aufwendungen Berechtigten, des ausscheidenden Gesellschafters und des Bürgen) geregelt, daß der Befreiungsschuldner dann, wenn die freizustellenden Forderungen noch nicht fällig sind, Sicherheit leisten kann.¹⁰ Diese Vorschriften sind nach dem BGH analog auf den vertraglichen Freistellungsanspruch anwendbar.¹¹

⁸ BGH NJW 1984, 2151.

⁹ Staudinger/Bittner, BGB, § 257 Rn 25; MüKo/Krüger, BGB, § 257 Rn 7.

¹⁰ Ob sich hieraus ein allgemeiner Rechtsgedanke dahingehend ableiten läßt, daß diese Regelung für alle *gesetzlichen* Befreiungsansprüche gilt, läßt der BGH dahinstehen. Dahingehend Palandt/Heinrichs, BGB, § 257 Rn 3.

¹¹ BGH NJW 1984, 2151 (2153); Palandt/Heinrichs, BGB, § 257 Rn 3; Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf, Rn 975.

Diese Regelungen setzen die sofortige Fälligkeit des Befreiungsanspruches auch bei erst künftiger Fälligkeit der Drittforderungen immanent voraus.¹² Anders als bei den *gesetzlichen* Befreiungsansprüchen lässt sich diese Schlussfolgerung aber nicht ohne weiteres auf einen *vertraglichen* Befreiungsanspruch (wie Freistellungen in der M&A-Praxis) übertragen¹³, denn wenn die Drittschulden erst künftig fällig werden oder sogar nach Entstehen und Höhe noch ungewiß sind, sind die Interessen der Beteiligten hinsichtlich der Fälligkeit des Befreiungsanspruches zumeist sehr unterschiedlich.¹⁴

Der *Freistellungsgläubiger* (bei M&A zumeist der Erwerber¹⁵) wird regelmäßig daran interessiert sein, sofort auch von später entstehenden Forderungen entlastet zu werden, um künftige Auseinandersetzungen über Bestand und Höhe der Drittforderungen und den Umfang der Freistellungsverpflichtung zu vermeiden und vor allem auch dem Risiko späterer Insolvenz des Befreiungsschuldners zu entgehen.¹⁶ Demgegenüber wird der *Freistellungsschuldner* (bei M&A i.d.R. der Veräußerer¹⁷) bestrebt sein, seine liquiden Mittel zu erhalten und nicht vor Fälligkeit der Drittforderungen (d.h. Risikoeintritt) durch deren Erfüllung, Abfindung oder durch Sicherheitsleistung zu binden.¹⁸

Zur Regelung dieses Interessengegensatzes sind verschiedene Möglichkeiten denkbar, die wiederum von den besonderen Umständen des Einzelfalles wie der Rechtsnatur des abzusichernden Risikos, Anlaß und wirtschaftlichem Hintergrund der Freistellungsverpflichtung abhängen. Die den jeweiligen Umständen angemessene Regelung der Fälligkeitsfrage bleibt nach Auffassung des BGH aus diesen Gründen bei vertraglichen Befreiungsansprüchen, soweit diese sich auf künftige oder ungewisse fällige Forderungen beziehen, der *Disposition der Vertragsparteien* überlassen.¹⁹

In Zweifelsfällen wird es darauf ankommen, ob die Vertragsschließenden Vorstellungen über die Fälligkeit des Befreiungsanspruches (insbesondere die bei sofortiger Fälligkeit auftretenden Schwierigkeiten) entwickelt und zum Gegenstand der Verhandlungen gemacht haben. Ferner sind die Interessen der Parteien am Maßstab von Treu und Glauben gegeneinander abzuwägen (§§ 242, 157 BGB) und zu untersuchen, ob sich aus den gesamten Umständen etwas für die Fälligkeit des Befreiungsanspruchs ergibt.²⁰

¹² BGH NJW 1984, 2151 (2153); Staudinger/Bittner, BGB, § 257 Rn 19.

¹³ Dies verkennen Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf, Rn 975.

¹⁴ BGH NJW 1984, 2151 (2152 f.). Zustimmung: Palandt/Heinrichs, BGB, § 257 Rn 3; Staudinger/Bittner, BGB, § 257 Rn 25; Müko/Krüger, BGB, § 257 Rn 7.

¹⁵ Vgl. Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf, Rn 672 f.

¹⁶ Vgl. BGH NJW 1984, 2151 (2153).

¹⁷ Vgl. Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf, Rn 672 f.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 1984, 2151 (2153); Staudinger/Bittner, BGB, § 257 Rn 25; Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf, Rn 975.

¹⁹ BGH NJW 1984, 2151 (2153).

²⁰ BGH NJW 1984, 2151 (2153).

Erst wenn eine entsprechende Parteivereinbarung *nicht* feststellbar ist und auch den Umständen des Falles keine Lösung der Fälligkeitsfrage zu entnehmen ist, ist nach § 271 Abs. 1 BGB von der *sofortigen* Fälligkeit des Befreiungsanspruches auszugehen.²¹ Die Kommentarliteratur ist dieser Lösung des BGH gefolgt.²²

3 Empfehlungen für die M&A-Vertragspraxis

Die vorstehend nachgezeichnete Rechtslage führt dazu, dass die Verjährungsfrage bei Freistellungen entscheidend davon abhängt, welche Fälligkeitsvereinbarungen die Vertragsparteien treffen. Je nachdem, ob eine sofortige Fälligkeit oder eine spätere Fälligkeit (zusammen mit dem gesicherten Anspruch) vereinbart wird, verjähren vertragliche Befreiungsansprüche drei Jahre nach *Signing* bzw. drei Jahre nach Risikorealisation. In der Praxis können zwischen diesen Zeitpunkten viele Jahre oder gar Jahrzehnte liegen, so dass die Praxisrelevanz auf der Hand liegt.

In der M&A-Praxis wird die vom Gesetz vorausgesetzte Verjährungsfrist und der von der Fälligkeit abhängige Verjährungsfristbeginn i.d.R. nicht weiter unterschieden. Gerade der Zusammenhang von Fälligkeit der Freistellung und dem Verjährungsbeginn wird sich selten bewußt gemacht.²³ Dies kann zu gefährlichen Ergebnissen in der Kautelpraxis führen. Die Handlungsempfehlungen hängen selbstverständlich davon ab, welche Vertragsseite vertreten wird:

3.1 Freistellungsschuldner (i.d.R. Veräußererseite)

Dem Freistellungsschuldner ist zumeist daran gelegen, dass der M&A-Vertrag eine Klausel enthält, nach welcher der Freistellungsanspruch erst zusammen mit dem gesicherten Anspruch fällig wird²⁴, denn ansonsten stünde dem Freistellungsgläubiger analog §§ 257 S.2, 738 Abs. 1 S. 3, 775 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf sofortige Sicherheitsleistung zu.²⁵

Dies kann aufgrund der vorgezeichneten Rechtslage zu extremen Konsequenzen führen, denn dann haftet der Freistellungsgeber *praktisch zeitlich unbegrenzt*. Wenn beispielsweise ein Unternehmenskaufvertrag die Formulierung enthält, dass „der Freistellungsanspruch für die Haftung für Umweltaltlasten nach 7 Jahren verjährt“ und dieses Risiko realisiert sich 25 Jahre nach *Signing*, so verjährt diese Freistellung erst 32 Jahre (25+7) nach der Unterzeichnung des Unternehmenskaufvertrags.

²¹ Vgl. BGH NJW 1984, 2151 (2153).

²² Palandt/Heinrichs, BGB, § 257 Rn 3; Staudinger/Bittner, BGB, § 257 Rn 25; Müko/Krüger, BGB, § 257 Rn 7. Etwas ungenau insoweit Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf, Rn 975.

²³ Diesen Zusammenhang übersehen denn auch Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf, Rn 975 mit ihrer Empfehlung, die Fälligkeit der Freistellung mit dem Fälligkeitszeitpunkt der gesicherten Forderung zusammenzulegen.

²⁴ Dahingehend auch die Empfehlung von Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf, Rn 975; Staudinger/Bittner, BGB, § 257 Rn 25.

²⁵ BGH NJW 1984, 2151 (2153); Palandt/Heinrichs, BGB, § 257 Rn 3; Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf, Rn 975.

Wird die Vertragspartei vertreten, die *Schuldner* der Freistellung ist, so müssen die Risiken kautelarjuristisch aufgefangen werden. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, im Vertragswerk nicht nur die Verjährungsfrist für Freistellungen, sondern auch ausdrücklich den *Beginn* des Verjährungsfristlaufs zu regeln und diesen Fristbeginn deutlich von der *Fälligkeit* des Freistellungsanspruchs unabhängig zu machen.

3.2 Freistellungsgläubiger (i.d.R. Erwerberseite)

Wird die Vertragspartei vertreten, die *Gläubiger* der Freistellung ist, so stellt sich die Lage naturgemäß ganz anders dar. Umgekehrt muß hier sichergestellt werden, dass nicht über eine verfrühte Fälligkeitsstellung des Befreiungsanspruchs der Verjährungsbeginn nach vorne verlegt wird. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, gegenüber der anderen Vertragspartei in der Frage der Fälligkeit nachzugeben (d.h. die Fälligkeit mit der Risiko-realisation zusammenfallen zu lassen), um auf diese Weise den Beginn des Fristlaufs für die Verjährung weit nach hinten verschieben zu können.

Kai Haakon Liefekett