

# 1. Allgemeiner Teil

## 1.1. Grundlagen der Vertragsgestaltung (*Ferdinand Kerschner*)

### 1.1.1. Allgemeine Einführung

Vertragsgestaltung ist die ziel- und zukunftsgerichtete Ordnung von Lebensverhältnissen mit Mitteln des Vertragsrechts.<sup>1</sup> Individuelle Rechtsverhältnisse sollen vorausschauend geplant und geformt werden.<sup>2</sup> Die von den Vertragsparteien einvernehmlich gewollten Rechtswirkungen sollen eintreffen, unerwünschte Folgen ausbleiben.

#### 1.1.1.1. Praktische Hinweise

Bestmögliche („optimale“) Vertragsgestaltung als Ziel setzt mehrere **Prämissen** voraus: Die Vertragsverhandler bzw Vertragsverfasser sollen sowohl über wirtschaftliche, allenfalls technische als auch über juristische Kenntnisse verfügen. Bei besonders bedeutsamen Verträgen (zB Unternehmensübertragungen) wird diese interdisziplinäre Aufgabenstellung meist nur von einem Team erfüllt werden können. Noch immer werden in der Praxis Juristen erst zu spät in die Vertragsverhandlungen eingebunden, sodass diese dann oft nur mehr als „Feuerwehr“ und aus der Sicht der anderen Beteiligten destruktiv („Das geht rechtlich so nicht“) wirken.

Vertragsverfasser sollen über einen kritischen Blick, Formulierungsgabe sowie über die Fähigkeit zur Vorausschau auf zukünftige Entwicklungen (Prognosefähigkeit) verfügen. Dafür sind entsprechende (Aus-)Bildung und auch ein Höchstmaß an psychologischem Talent erforderlich. Insbesondere sollte jeder Vertragsverhandler imstande sein, sich in die Interessenlage und (Macht-)Position des anderen Vertragspartners versetzen zu können<sup>3</sup> und Verhandlungsfallen („Fuß-in-der-Tür“-Technik, „Tür-ins-Gesicht“-Technik) zu vermeiden.

Zu warnen ist vor einem „blinden“ Übernehmen von typisierten **Vertragsmustern** bzw Standardverträgen. Diese sollen zwar als Hilfsmittel herangezogen werden und können bzw werden in der Praxis meist brauchbare Grundlagen liefern. **Sie sind aber stets an die konkreten Bedürfnisse anzupassen.** Vertragsmuster sind nur – wie Stahr<sup>4</sup> treffend bemerkt hat – „Konfektionsanzug“, aber kein „Maßanzug“. Vertragsmuster haben zwar meist die wichtige Funktion einer

<sup>1</sup> So etwa *Junker/Kamanabrou*, Vertragsgestaltung<sup>3</sup> (2010) 2; ähnlich *Rehbinder*, AcP 174 (1974) 266.

<sup>2</sup> *Westermann*, AcP 175 (1975) 376.

<sup>3</sup> Zu den verschiedenen Verhandlungstaktiken bzw -strategien etwa *Junker/Kamanabrou*, Vertragsgestaltung<sup>3</sup> (2010) 24 ff; dort auch zu den verschiedenen Vertragstypen (kompetitiv, kooperativ und individualistisch).

<sup>4</sup> ABC der Vertrags- und Testamentsmuster<sup>5</sup> (1986) 9; nunmehr in 8. Auflage *Marent/Preisl/Schneider*, ABC der Vertrags- und Testamentsmuster (2008) 19.

„Checkliste“, damit Wichtiges nicht oder seltener übersehen wird, sie müssen aber an die konkrete Gestaltungsaufgabe adaptiert werden. Dieses Handbuch soll dabei helfen, versteht sich daher als notwendige **Ergänzung** zu den Musterverträgen.<sup>5</sup>

Bezüglich des **Vertragsumfanges** steht der umfassendsten, „perfektionistischen“ Linie die der kurzen, auf das Wesentliche beschränkten Vertragsgestaltung gegenüber. Im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Raum<sup>6</sup> wird in den deutschsprachigen Ländern zu Recht eher der kurzen bzw kürzeren Version der Vorrang gegeben nach dem Motto „Weniger ist mehr“: Aber das Wenige soll klar und verständlich sein. Niemand kann alle nur möglichen Konfliktfälle vorhersehen, (zu) viele Regelungen erzeugen auch eher inhaltliche und formale (Wertungs-)Widersprüche, aber sogar auch mitunter mehr Lücken.

Jeder Vertrag sollte **nach sachlich-logischen Gesichtspunkten aufgebaut** und nach Punkten/Paragraphen oä **gegliedert** sein.

Häufig wird folgender **Aufbau** bevorzugt:

- Überschrift
- Parteien
- Präambel
- Hauptleistungen
- Regeln für Leistungsstörungen
- Nebenbestimmungen, wie
  - Vertragsdauer
  - Formfragen
  - Salvatorische Klauseln
  - Schiedsgerichts- oder Gerichtsstandsvereinbarungen
  - Partei- bzw Rechtswahl (Wahl des anzuwendenden Rechts)

**Überschriften** sind mE – entgegen manch anderen Meinungen<sup>7</sup> – durchaus vor allem für die systematische Auslegung des Vertrages bedeutsam.

**Wichtiges** soll im Vertrag optisch (durch Unterstreichen, Kursiv- oder Fettdruck oä) hervorgehoben werden.

Eine **Präambel** mag entscheidende Aufschlüsse über die von den Parteien verfolgten Vertragszwecke geben.

Ein in der Praxis immer häufiger anzutreffender „**letter of intent**“<sup>8</sup> (LOI) kann juristisch je nach konkretem Inhalt ganz **verschiedene Funktionen** haben.

---

<sup>5</sup> Zu solchen „Musterklauseln“ bzw Musterverträgen aber auch hier unten im Besonderen Teil 2.

<sup>6</sup> Etwa Unternehmensverträge über tausend Seiten; dazu treffend *Stahr* (ABC der Vertrags- und Testamentsmuster<sup>8</sup> [2008] 19): „Wer Normen sät, kann keine Gerechtigkeit ernten.“ Oder frei nach *Stahr*: „Wer Normen sät, wird das Chaos ernten.“

<sup>7</sup> Vgl etwa *Stuart G. Bugg*, Contracts in English (2010) 81.

<sup>8</sup> Vgl etwa näher *Guggenberger* in *Czernich et al* (Hrsg), Vertragsrecht für Unternehmen (2011) 48 f.

Im Allgemeinen versteht man darunter eine **Absichtserklärung**, mit der die Bereitschaft signalisiert wird, mit dem Adressaten einen bereits mehr oder minder stark konkretisierten Vertrag abschließen zu wollen. In seiner klassischen Form ist er **rechtlich unverbindlich**, also auch kein bindendes Angebot, kann aber – etwa bei späterer Aufnahme in den Vertrag – verbindlich werden und dabei auch wieder über die Vertragszwecke Aufschluss geben.

Bei entsprechendem Parteiwillen mag bei einem LOI allenfalls aber auch ein Vorvertrag<sup>9</sup> vorliegen oder – am anderen Ende der Verbindlichkeitsskala – jegliche Haftung im Fall des Abbruches der Verhandlungen<sup>10</sup> ausgeschlossen sein. Oft sollen gerade durch den LOI Unklarheiten über die Rechtswirkungen der Verhandlungen verhindert bzw. beseitigt werden (etwa durch eine Klausel, die Schadenersatzansprüche generell im vorvertraglichen Bereich ausschließen will). Als rechtlich verbindlich können hingegen Geheimhaltungsabreden gewollt sein, die von einem späteren wirksamen Vertragsabschluss unabhängig sind. Oft enthalten LOI auch Checklisten über die Verhandlungspunkte.<sup>11</sup>

Bei Schriftformgebot (aber auch sonst ratsam) bedarf der schriftliche Vertrag der **Unterschrift** der Parteien. Die **Unterzeichnung** hat tatsächlich **unter** dem Vertragstext zu erfolgen. Zusätze bzw. sonstige Ergänzungen unterhalb der Unterschrift sind grundsätzlich rechtlich nicht verbindlich, weil eben von der Unterschrift nicht gedeckt. Sie müssten nochmals unter dem Zusatz unterfertigt werden.

Beim **Abschluss durch Stellvertreter** ist darauf zu achten, dass die Funktion als Stellvertreter deutlich gemacht wird. Am besten wäre daher: „Als Stellvertreter für ...“; im Prokurafall: „ppa“ (per prokura); oder „als Geschäftsführer (Vorstandsdirektor) für ...“ oder „i.V.“ (in Vertretung von) stets in Verbindung mit der konkreten vertretenen Person. Gerade bei „Unternehmensgeflechten“ muss klar sein, mit welcher konkreten Gesellschaft abgeschlossen wird. Wird die Stellvertretung nicht ausreichend offengelegt, besteht die Gefahr der Eigenverpflichtung bzw. Eigenhaftung für den Unterfertigenden.

Besondere Vorsicht ist beim Vertragsabschluss mit Gebietskörperschaften geboten: Statutarische Beschränkungen (etwa der Vertretungsmacht des Bürgermeisters in der Gemeindeordnung: Erforderlichkeit eines Gemeinderatsbeschlusses oder Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde) sind gem §§ 27 bzw 867 ABGB nach völlig zutreffender Judikatur<sup>12</sup> Beschränkungen des Außenverhälts-

---

<sup>9</sup> Dazu näher unten 1.1.9.

<sup>10</sup> Dazu näher 1.1.6.1.

<sup>11</sup> Vgl näher zu den möglichen Inhalten des LOI bei Guggenberger in Czernich et al (Hrsg), Vertragsrecht für Unternehmen (2011) 46 ff, zur Checkliste 49.

<sup>12</sup> Vgl OGH 8 Ob 573/90; 6 Ob 316/00i; 2 Ob 182/01f; 1 Ob 88/03b; 8 Ob 117/04w; 7 Ob 147/05a; 8 Ob 111/07t; 6 Ob 71/07w; 4 Ob 197/07k; 2 Ob 108/10m; 5 Ob 52/11z; RIS-Justiz RS0014717; RS0014664.

nisses. Es ist daher unbedingt ratsam, in den einschlägigen „Statuten“ nachzuprüfen, welche Zustimmungserfordernisse oder Formalakte erforderlich sind.

Höchsten Stellenwert und größte (auch praktische) Bedeutung hat im Vertragsrecht der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“. Verträge sind einzuhalten; auf Verträge muss man sich verlassen können (Vertragstreue!).<sup>13</sup>

Bestimmte Verträge sind zu **vergebühren**.<sup>14</sup> Bei Verletzung der Gebührenpflicht sind allerdings die abgeschlossenen Verträge dennoch zivilrechtlich wirksam.<sup>15</sup>

### 1.1.1.2. Theoretisch-praktische Hinweise

Ein Vertrag muss eingehalten werden, weil er – als **lex contractus** – zwischen den Parteien/Partnern eine **Norm** schafft, die mit staatlichem (gerichtlichem) Zwang durchsetzbar ist. Es kann auf Erfüllung des Vertrages gedrungen werden, bei Vertragsverletzung sind aber auch Schadenersatz- und/oder Bereicherungsansprüche gerichtlich durchsetzbar. Das Instrument des Vertrages ist **somit konstituierendes Element jeder freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung**. Kein Markt etwa würde auf Dauer nach dem Motto „Wir werden schon keinen Richter brauchen“ ausreichend funktionieren. Die Präventivwirkung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit bewirkt mit, dass die weit überwiegende Mehrzahl der Verträge ordnungsgemäß ohne staatliche (gerichtliche) Hilfe erfüllt wird.

Während die Rechtsanwendung ieS oder **Dezisionsjurisprudenz** mit geschehenen Fällen konfrontiert, also retrospektiv ist (ex-post-Entscheidung), ist die **Kautelarjurisprudenz** in die Zukunft gerichtet (ex ante), kann also potentiell zukünftige Konflikte vermeiden helfen (Risikovorsorge).

„Kautelar“ hängt sowohl mit dem lateinischen „cautela“, was Vorsorge, Vorsicht bedeutet, als auch mit „cautio“ zusammen, was Sicherstellung, Sicherheitsleistung heißt. Beim Ersteren geht es um die Absicherung des (bloßen) Vertrauens in den Partner, beim Zweiteren um die besonderen Fälle der Vorsorge für den möglichen Insolvenzfall des Partners. Alles nach dem Motto: „Vertrauen ist gut, Vertrag (Insolvenzvorsorge) ist besser!“

Durch umsichtige Vertragsgestaltung kann oft weit mehr an Rechtsfrieden und Rechtssicherheit bewirkt werden als durch noch so treffende Lösungen bereits aufgetretener Konflikte im Nachhinein.

**Hauptziele** der Vertragsgestaltung sind die **Verwirklichung des Parteiwillens** und die **Konfliktvorsorge**. Der Vertrag soll das Abbild des konkreten Partei-

---

<sup>13</sup> Unter diesem Gesichtspunkt bedenklich OGH 2 Ob 1/12d, wonach das Rückrittsrecht nach § 3 KSchG analog auch für den Fall der einvernehmlichen Auflösung eines Mietvertrags gelten soll.

<sup>14</sup> Vgl das Gebührengesetz 1957, BGBl 1957/267; dazu etwa *Marent/Preisl/Schneider*, ABC der Vertrags- und Testamentsmuster<sup>8</sup> (2008) 436 ff; siehe auch noch unten 2.4.7.

<sup>15</sup> Vgl *Marent/Preisl/Schneider*, ABC der Vertrags- und Testamentsmuster<sup>8</sup> (2008) 23.

willens sein. Meist wird der Vertrag einen Kompromiss dieser (oft) gegenläufigen Interessen enthalten. Die Funktion des Vertragsverfassers entscheidet, ob dieser maßgeblich nur die Interessen einer (seiner) Partei verfolgt (so meist etwa der Rechtsanwalt oder Unternehmensjurist) oder die Interessen beider Parteien zu beachten hat (so vor allem der Notar).<sup>16</sup>

Diese verfolgten **Parteiinteressen müssen erkennbar und nachweisbar** – vor allem natürlich aus dem Vertragstext heraus – sein.<sup>17</sup> Sonst können sie auch nicht qua Auslegung in den Vertrag einfließen.<sup>18</sup>

Wesentliche Vertragslücken und maßgebliche Auslegungsprobleme sind zu vermeiden. Durch **umfassende Information** ist zu erforschen, **welche Konflikte zwischen den Parteien zukünftig entstehen bzw auftreten** können. Welche vorhersehbaren Änderungen sind im Tatsächlichen, aber auch im Rechtlichen (Gesetzes-, aber ebenso Judikaturänderungen<sup>19</sup>) zu beachten?

Zu berücksichtigen sind auch und gerade – wie etwa vor allem bei der Unternehmensnachfolge – **steuerrechtliche Fragen**<sup>20</sup> ebenso wie kosten-, insolvenz-, sozial- und andere öffentlich-rechtliche Aspekte. Manchmal kommt es dabei zu **Zielkonflikten**, etwa zwischen Steuerminderung und zivilrechtlichen Gestaltungs-(Beweis-)erfordernissen. Wer nur Steuern mindern will, kann allenfalls sein eigentliches sachliches Ziel verfehlen.<sup>21</sup>

Zwei **Hauptprobleme der Vertragsgestaltung** haben sich schon abgezeichnet: Einerseits stellt sich das **Prognoseproblem**: Zukünftige Entwicklungen, vor allem Eventualitäten, Störungen bei der Vertragsabwicklung zu erfassen und zu beurteilen, kann sich als sehr schwierig erweisen.<sup>22</sup> Andererseits ist der Vertragsverfasser – besonders wegen des bereits hochkomplexen Vertragsinstrumentariums – oft mit dem **Auswahlproblem** konfrontiert: Welche sind die geeignetsten und inhaltlich passendsten Kautelen, Bausteine bzw Elemente?

Wesentliche Beurteilungsbasis für die Gestaltung ist eine **vollständige Sachverhaltsermittlung** (Informationsgewinnung).<sup>23</sup> Worum geht es? Wer will was?

<sup>16</sup> Ähnlich auch *Junker/Kamanabrou*, Vertragsgestaltung<sup>3</sup> (2010) 20 ff; *Schmittat*, Einführung in die Vertragsgestaltung<sup>3</sup> (2008) 40 ff; *Ulrici*, Fallsammlung zur Rechtsgestaltung (2010) 7 und 21 f; *Aderhold/Koch/Lenkaitis*, Vertragsgestaltung (2013) 31.

<sup>17</sup> Zu den Vertragsauslegungsmethoden näher unten 1.1.3.

<sup>18</sup> Zur großen praktischen Bedeutung von Vertragsverhandlungsprotokollen und sonstigen Vertragsmaterialien vgl. etwa *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 914 Rz 150 ff; siehe auch *Stuart G. Bugg*, Contracts in English (2010) 35.

<sup>19</sup> Solche Judikaturänderungen sind freilich in der Praxis meist schwerer vorherzusehen. Bisweilen werden sie aber in „Vorentscheidungen“ schon „angekündigt“.

<sup>20</sup> Näher zu diesen unten *Schlager/Schlager*, 1.4.

<sup>21</sup> So hat sich die Privatstiftung schon öfter als inadäquates Instrument herausgestellt. Der Stifterwille verselbständigt sich, Pflichtteilsberechtigte beeinträchtigen den Stiftungszweck.

<sup>22</sup> Zu entsprechenden juristischen Instrumenten unten 1.1.7 und 1.1.8, aber auch *Czernich* in *Czernich et al*, Vertragsrecht für Unternehmen (2011) 69 ff.

<sup>23</sup> Vgl dazu etwa auch *Junker/Kamanabrou*, Vertragsgestaltung<sup>3</sup> (2010) 6 ff.

## Methoden der Vertragsgestaltung<sup>24</sup>

Wie sich bei der Dezisionsjurisprudenz Methoden der Rechtsanwendung entwickelt haben bzw vom Gesetzgeber vorgegeben worden sind,<sup>25</sup> so werden in ähnlicher Weise auch Methoden der Vertragsgestaltung vertreten.<sup>26</sup> Wenngleich diesen verschiedenen methodischen Ansätzen keine vergleichbare Bedeutung und Wirkung wie den (gesetzlichen) Auslegungsregeln zukommt, geht es auch hier letztlich um das **Handwerkszeug der Vertragsgestaltung**. Jede Methode arbeitet dabei besondere Schwerpunkte heraus, die im Einzelfall mehr oder weniger einschlägig sind.

Unbestreitbar bedeutsam ist die **Methode der Ermittlung der Vertragszwecke**: Nach diesen ist der konkrete Vertrag auszurichten und danach hat die Vertragsauslegung stattzufinden.<sup>27</sup> In Vertragspräambeln bzw Letter of intents können sie positiviert und konkretisiert werden.

Die **Methode des Typusdenkens** stellt die **Orientierung an objektivierten Vertragstypen** in den Vordergrund der Vertragsgestaltung:<sup>28</sup> Man sucht den nächstgelegenen Vertragstypus, diesem entsprechende Vertragsmuster werden dann nach den individuellen Verhältnissen angepasst. Diese Methode entspricht wohl weitgehend der gelebten Praxis. Oft werden der Interessenlage eine Kombination verschiedener Typen (gemischte Verträge) entsprechen.

Besonders in Deutschland wird auch einer **Methode der Vertragsgerechtigkeit** das Wort geredet.<sup>29</sup> Der Vertrag soll einem gerechten angemessenen Ausgleich der Interessen der Vertragspartner entsprechen. Dieser Methode mag zwar ein neutraler Vertragsverfasser (wie der Notar) verpflichtet sein, sonst sind aber Vertragsverfasser (auch zu Recht) bestrebt, möglichst die eigenen Interessen voranzustellen.<sup>30</sup>

Als sehr ähnlich dem Typusdenken erweist sich die **Methode des topischen Denkens**, die nicht so sehr am Gesamtvertrag ansetzt, sondern versucht, die maßgeblichen konkreten Gesichtspunkte für die Vertragsgestaltung herauszuarbeiten.

---

<sup>24</sup> Dazu auch Welser, Gibt es eine kautelarjuristische Methode?, in Jabloner/Kucska-Stadlmayer/Muzak/Perthold-Stoitzner/Stöger (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode, FS H. Mayer (2011) 813 ff, der einer eigenen Methode der Vertragsgestaltung sehr kritisch gegenübersteht.

<sup>25</sup> Vgl dazu nur Kerschner, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen<sup>5</sup> (2006) 33 ff.

<sup>26</sup> Vgl vor allem Rehbinder, Vertragsgestaltung<sup>2</sup> (1993) 49 ff und Langenfeld, Vertragsgestaltung<sup>2</sup> (1997) 28 ff.

<sup>27</sup> Vgl zur Bedeutung der Vertragszwecke bei der Interpretation Vonkilch in Fenyes/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 914 Rz 175 ff.

<sup>28</sup> Vgl auch Welser, Gibt es eine kautelarjuristische Methode?, in Jabloner ua (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode, FS H. Mayer (2011) 819 f.

<sup>29</sup> Siehe nur Langenfeld, Vertragsgestaltung<sup>2</sup> (1997) 158 f und 192 f, vgl auch nachfolgend FN 39 mwN.

<sup>30</sup> Vgl dazu noch näher unten 1.1.2.

Topoi (griechisch) sind vorgedachte **Argumentationsfiguren, Elemente bzw Bausteine.**<sup>31</sup>

Modern spricht man dabei von **Checklisten**.

**Beispiele:**

*Arten der Sicherung von Forderungen; zB Patronatserklärungen;<sup>32</sup> Instrumente der Risikoverteilung, der besseren Durchsetzung von Forderungen.*

Auch hier orientiert man sich meist an **Realtyphen**. Für die Auswahl der geeigneten Instrumente ist es natürlich notwendig, die Vertragszwecke, den Parteiwillen zu erkennen. Wie bei der Subsumtion lässt auch hier der Vertragsverfasser seinen Blick zwischen Vertragswillen und – stetig mehr konkretisierten – Regelungsmöglichkeiten hin- und herwandern.

**Beispiel:**

*Mietvertrag, der dem MRG unterliegt.*

Der Blick der Vertragsverfasser muss stets zwischen den konkreten Interessen der Vertragspartner und den einzelnen (zwingenden) Regelungen des MRG hin- und herwandern.

### 1.1.2. Privatautonomie und Grenzen

Entscheidendes Fundament der Vertragsgestaltung ist die – wohl auch verfassungsrechtlich abgesicherte – Privatautonomie: Jeder ist grundsätzlich frei, seine privatrechtlichen Rechtsverhältnisse zu anderen durch Verträge zu gestalten. Diese Freiheit bezieht sich zunächst auf das „ob“ eines Vertragsschlusses (Abschlussfreiheit), dann auf den Inhalt und die Form des Vertrages (Inhalts- und Formfreiheit) und schließlich auf die Beendigung der Vertragsbeziehung (Beendigungsfreiheit).<sup>33</sup> Diese Vertragsfreiheit erlaubt daher auch eine grundsätzliche und weitgehende Gestaltungsfreiheit. Die Regulierungssucht des (EU-)Gesetzgebers führt und führt zunehmend freilich zu **zwingenden Grenzen** sowohl beim „ob“ als auch beim **Inhalt** und bei der **Form** von Verträgen.<sup>34</sup> Vor allem auch den Grundfreiheiten des EU-Rechts wird unmittelbare horizontale Drittwirkung zugeschrieben.<sup>35</sup> **Der Vertragsgestalter muss diese Grenzen des zwingenden Rechts**

<sup>31</sup> Siehe auch Welser, Gibt es eine kautelarjuristische Methode?, in Jabloner ua (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode, FS H. Mayer (2011) 819 f.

<sup>32</sup> Das sind Versprechen gegenüber einem Gläubiger, dem Schuldner entsprechende Geldmittel zur Verfügung zu stellen; zB Versprechen der Konzernmutter, wobei meist offen ist, wie die Mittel zur Verfügung gestellt werden.

<sup>33</sup> Zur Vertragsfreiheit näher vor allem F. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 114 ff.

<sup>34</sup> Vgl zu dieser Entwicklung Knapp, Europarecht und Vertragsgestaltung (2011) passim.

<sup>35</sup> Dazu etwa Kerschner, ecolex 2007, 901 ff und 982 ff; zuletzt Perner, EU-Verträge und Privatrecht (Habilitationsschrift) 167 ff; derselbe, Grundfreiheiten, Europäische Grundrechte und Privatrecht, in Leidenmühler et al (Hrsg), Grundfreiheiten – Grundrechte – Europäisches Haftungsrecht (Beiträge zum 11. Österreichischen Europarechtstag 2011 in Linz) 176 ff.

**kennen, da insofern dem Parteiwillen nicht Rechnung getragen werden kann:** Die angestrebten Rechtsfolgen treten nicht ein und können daher zu Fehlplanung und Fehlinvestitionen, allgemein zu enttäuschten Erwartungen führen.

### 1.1.2.1. *Verhältnis Jurist – Techniker/Naturwissenschaftler/Ökonom*

Da das Recht zwingende Grenzen zieht, muss der Jurist oft bei an sich ausverhandelten, (fast) fertigen Vertragsentwürfen einschreiten. Er wirkt dann gegenüber anderen am Vertragsabschluss mitwirkenden Technikern, Naturwissenschaftern bzw Ökonomen meist destruktiv und negativ. Das „Geht rechtlich nicht“ könnte vermieden werden, wenn vor allem der Jurist bereits möglichst früh in die Vertragsverhandlungen miteinbezogen wird.<sup>36</sup> Voraussetzung bester Lösungsqualität beim Vertragsschluss wäre interdisziplinäres Denken und Wirken aller genannten Professionen, was in der Praxis derzeit leider noch immer zu wenig stattfindet.<sup>37</sup> Grundvoraussetzung für solche Lösungsqualitäten wäre eine gemeinsame Terminologie, eine **gemeinsame Sprache** zwischen Ökonomen, Technikern, Naturwissenschaftern und Juristen. Kann man so über den Zaun schauen, mag man auch eher gemeinsam agieren und im Dialog Synopsen finden.

### 1.1.2.2. *Lösung von Sachproblemen/Interessenausgleich*

Betriebswirte sind näher an wirtschaftlichen Zusammenhängen, Techniker und Naturwissenschaftler näher an den technisch-naturwissenschaftlichen Fragen. Mit deren Sachkenntnis sind die Sachlage, die Interessen und Ziele zu ermitteln, der Jurist ist aber wieder näher am Recht: Eine frühzeitige juristische Analyse vermag auch mehrere rechtliche Gestaltungsalternativen zu eröffnen.

#### *Beispiel:*

*Beim „Bodenrisiko“ kann der Jurist entsprechend der Interessenslage verschiedene Altlastenklauseln zur Diskussion stellen.<sup>38</sup> Der Blick aller Akteure muss zwischen Sachlage und Vertragsmöglichkeiten „hin- und herwandern“.*

Wie oben bereits angedeutet, wird vor allem in Deutschland einem Prinzip der „Vertragsgerechtigkeit“ das Wort geredet.<sup>39</sup> Die Vertragsgestalter hätten stets oder zumindest grundsätzlich eine ausgewogene Gestaltung anzustreben. Diese Idealvorstellung ist mE unrealistisch, da jeder Partner – durchaus naheliegenderweise und legitimerweise – versucht, vor allem seine eigenen Interessen durchzu-

<sup>36</sup> So auch Guggenberger in Czernich et al, Vertragsrecht für Unternehmen (2011) 45.

<sup>37</sup> Fächerübergreifende Studien, wie etwa das Masterstudium „Recht und Wirtschaft für TechnikerInnen“ an der JKU Linz können zum besseren gegenseitigen Verständnis beitragen.

<sup>38</sup> Zu möglichen Altlastenklauseln unten im Besonderen Teil 2.1.3.

<sup>39</sup> Vgl Roth/Schubert in Münchener Kommentar zum BGB<sup>6</sup> (2012) § 242 Rz 462 ff; Looschelders/Olsen in Staudinger, BGB<sup>13</sup> (2009) § 242 Rz 460 ff; Bernhard, Beck'sches Notar-Handbuch<sup>5</sup> (2009) Rz 17; Zöllner, Vertragskontrolle und Gerechtigkeit, NZA-Beil 2006, 99 (101 ff); Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000) 392 ff.

setzen. Aber auch im Wirtschaftsleben kann und wird natürlich nicht stets einseitige Interessenverfolgung vorliegen. Zum einen kann dies oft zum Abbruch der Vertragsverhandlungen durch den anderen Teil führen.<sup>40</sup> Zum anderen erlauben dauerhafte Geschäftsbeziehungen nicht oder kaum grobe Verletzungen der sachlichen Interessen des anderen Teils.

Darauf, dass Notare bzw Mediatoren aufgrund ihrer Funktion (Beratung, Belehrung, Vermittlung) primär oder eher am Interessenausgleich orientiert sein müssen, ist bereits oben hingewiesen worden.<sup>41</sup>

### **1.1.2.3. Grenzen der Privatautonomie**

Der Vertrag soll **gesetzeskonform** sein, also nicht gegen **zwingendes Recht** verstossen. Die **Kenntnis des dispositiven Rechts** ist aber ebenso maßgeblich, da erst dadurch der Bedarf bzw die Notwendigkeit an abweichenden Regeln erkennbar wird.<sup>42</sup>

Über dispositives Recht kann eben von den Parteien „disponiert“ werden, es kann modifiziert oder gänzlich abbedungen werden.

**Beispiel:**

*Aus einem Dienstvertrag: „(4): § 1155 ABGB ist auf dieses Dienstverhältnis nicht anwendbar.“*

Zur „Verdrängung“ des dispositiven Rechts genügt aber auch die Vereinbarung einer anderen sachlichen Regelung; die abbedungene Norm muss nicht stets ausdrücklich genannt werden. Freilich können dann bei nicht ausreichender Klarheit Auslegungsprobleme auftreten.

Weicht man einseitig zum Nachteil der anderen Partei zu stark von der dispositiven Rechtslage ab, so kann Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 3 ABGB eintreten.

**Beispiel:**

*Zu starke Verkürzung von Verjährungsfristen; vgl die „Gutscheinentscheidung“ des OGH 7 Ob 22/12d.*

Oberster Grundsatz der Vertragsgestaltung sollte stets die **Verpflichtung auf die Parteiinteressen** sein. Dieser Zweck heiligt aber eben nicht alle Mittel. „Worst case“ ist allerdings bei Verstoß gegen zwingendes Recht „nur“ die **Unwirksamkeit** der gesetzesdisformen Regelung: Sie gilt eben nicht. Meist sehen die gesetzlichen Verbote keine Strafsanktionen vor. Nur ausnahmsweise – aber immerhin – können (Verwaltungs-)Strafsanktionen eintreten.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> So auch Guggenberger in Czernich et al, Vertragsrecht für Unternehmen (2011) 36 ff.

<sup>41</sup> 1.1.1.2.

<sup>42</sup> Vgl schon Junker/Kamanabrou, Vertragsgestaltung<sup>3</sup> (2010) 9; Ulrici, Fallsammlung zur Rechtsgestaltung (2010) 8 f.

<sup>43</sup> Vgl schon die frühere Regelung des § 24 KSchG (Ausstellen eines Ratenbriefes) und nun § 28 Z 4 Verbraucherkreditgesetz (VKrG).