

§ 1 Einführung

I. Gegenstand der Untersuchung

A. Ausgangslage

Die vertragliche Grundlage von Verbänden liegt an der Schnittstelle von Vertragsrecht und Verbandsrecht, damit im Grenzgebiet von „allgemeinem“ Zivilrecht und Sonderprivatrecht.¹ Sie weist eine Doppelnatur auf.² Sie ist zum einen organisationsrechtliche Grundlage für den in weiterer Folge entstehenden Verband und zum anderen schuldrechtliche Gründungsvereinbarung zwischen den Vertragsparteien. Die organisationsrechtliche Seite ist verbandsrechtlich geprägt und in den einzelnen Verbandsgesetzen detailliert geregelt. Der wesentliche Inhalt der Verbandsgesetze ist es gerade, Regelungen für die Organisation und die Handlungsfähigkeit von Verbänden zu schaffen.³ Demgegenüber ist die im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit stehende schuldrechtliche Seite vertragsrechtlich determiniert.⁴ Für damit zusammenhängende Fragen, wie etwa für den Abschluss und die Wirksamkeit des Vertrags, enthalten die Verbandsgesetze in der Regel keine Vorgaben, zum Teil berühren verbandsrechtliche Bestimmungen das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien nur mittelbar. Auf einschlägige Fragen sind nach dem Grundsatz der subsidiären Anwendbarkeit des Zivilrechts⁵ daher grundsätzlich dieselben Regeln wie auf sonstige Schuldverträge anzuwenden.

Ob die Vorschriften des (Allgemeinen) Vertragsrechts⁶ zur Anwendung auf das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien geeignet sind, erscheint aber zweifelhaft. Sie

- 1 Allg zu den Kriterien der Einordnung als Sonderprivatrecht *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 426 f.
- 2 Siehe statt aller *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 1/68; *Ulmer/Löbbe in Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG I³ § 2 Rz 4; vgl auch *Kalss in Riesenhuber*, Selbstverantwortung 359 (366).
- 3 Vgl *Grunewald*, Gesellschaftsrecht¹⁰ Rz 2.
- 4 Sämtliche Verbände, auch die Körperschaften, basieren auf Verträgen, siehe nur *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht² Rz 3; *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2020, 229 (233); *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 1/68. Anders noch die von *Gierke'sche* Normentheorie, die in der Satzung von Körperschaften das auf einem sozialen Gesamtkontakt beruhende objektive Lebensgesetz eines Verbands erblickt. Vgl *von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Band I 150, 486. Anders auch *U. Torggler*, GES 2011, 57 (63); *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht Rz 67 f, der den Verbandsvertrag bei den Körperschaften ab der Eintragung in das Firmenbuch vorrangig als Organisationsvertrag qualifiziert und diese von den Personengesellschaften deutlich abgrenzt.
- 5 Zu diesem Grundsatz siehe nur *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 431 f.
- 6 Als „Allgemeines Vertragsrecht“ werden in der Folge jene Regelungen verstanden, die für sämtliche Verträge gelten, wie insbesondere die Vorschriften über den Abschluss und die Wirksamkeit des Vertrags. Es ist vom „Besonderen Vertragsrecht“ zu unterscheiden, das

sind nämlich auf zweiseitige Zielschuldverhältnisse zugeschnitten. Paradigma ist der Kaufvertrag.⁷ Das Vertragsrecht geht damit von einem Vertrag aus, der zumindest in sechs Punkten wesentlich von Verbandsverträgen abweicht: Verbandsverträge sind *erstens* Dauerschuldverhältnisse.⁸ Sie enden nicht durch einmalige Leistungserbringung.⁹ Auf solche Rechtsverhältnisse geht das Allgemeine Vertragsrecht nicht ein.¹⁰ *Zweitens* haben Verbandsverträge häufig mehr als zwei Parteien.¹¹ Das Vertragsrecht sieht keine speziellen Lösungen für Rechtsfragen vor, die bei mehrpersonalen Vertragsabschlüssen entstehen können. Die einzigen Regelungen des ABGB über mehrseitige Verträge, jene zur GesbR, gehen auf wesentliche Fragen der schuldrechtlichen Seite, insbesondere auf das Zustandekommen des Vertrags, nicht ein. Verbandsverträge sind *drittens* keine Verträge des Interessengegensatzes, sondern der Interessengemeinschaft.¹² Die Parteiinteressen verlaufen nicht gegenläufig, sondern sie weisen in die gleiche Richtung. Dementsprechend kommt es nicht zum Austausch, sondern zur Bündelung von Leistungen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks.¹³ Damit hängt *viertens* zusammen, dass Verbandsverträge nicht als entgeltlich oder unentgeltlich, sondern als entgeltfremd qualifiziert werden.¹⁴ Sie sind *fünftens* komplexe, nämlich verbandskonstituierende Verträge.¹⁵ Auf der Grundlage des Vertrags entsteht ein Gebilde, das die Rechtsordnung für rechtsfähig erklärt und das

Bestimmungen für bestimmte Vertragsarten, zB den Kaufvertrag oder den Verwahrungsvertrag, vorsieht. Das (Allgemeine) Vertragsrecht wird in der Lehrbuchliteratur zunehmend als eigenständige Materie ausgewiesen, siehe etwa *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ V; für Deutschland siehe *Kötz*, Vertragsrecht² VI.

- 7 Vgl zum deutschen BGB *Wiedemann*, ZGR 1996, 286 (286); siehe auch *Mülberr* in FS Westermann 491 (492); *Weller*, Vertragstreue 199; zum europäischen Schuldrecht vgl *Baldus*, RW 2013, 448 (450 f). Ähnlich verhält es sich im US-amerikanischen Vertragsrecht, siehe *Eisenberg*, Foundational Principles 733.
- 8 Siehe nur *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht² Rz 3.
- 9 Zum umstrittenen Bedeutungsgehalt dieses Begriffs siehe *W. Doralt*, Langzeitverträge 7 ff; *A. Weber*, Der wichtige Grund 11 ff. Zu einer Übersicht verschiedener Definitionen von Dauerschuldverhältnissen und der Abgrenzung von Zielschuldverhältnissen siehe *Jickeli*, Der langfristige Vertrag 20 ff; siehe auch *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 859 (Stand 1. 11. 2014) Rz 51.
- 10 Vgl *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² § 859, 27: „mangelnde Berücksichtigung der Besonderheiten von Dauerschuldverhältnissen (...) im Gesetze“; *Kietz*, JBl 2004, 626 (631); zum deutschen Zivilrecht auch *Mülberr* in FS Westermann 491 (492). Vgl auch *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 859 (Stand 1. 11. 2014) Rz 38.
- 11 Siehe nur *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht² Rz 4.
- 12 Siehe etwa *Fleischer* in *MünchKommHGB*⁵ § 105 Rz 103; *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 240; *C. Schäfer* in *Habersack/C. Schäfer*, OHG² § 105 Rz 138; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II: Personengesellschaften 91 f; vgl auch die Einteilung von Verträgen nach der Interessenlage bei *Würdinger*, Gesellschaften I 9 ff (Interessengegensatz, Interessengemeinschaft, Interessenwahrung).
- 13 Siehe etwa *Geibel*, Treuhandrecht 119; *Kalss* in *Riesenhuber*, Selbstverantwortung 359 (361); *Schauer* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 21 (29); zum Zuschnitt des Vertragsrechts auf Austauschverhältnisse vgl *Walch*, Subsidiäre Anwendbarkeit 99.
- 14 Siehe etwa *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁻⁰⁶ § 917 (Stand 1. 8. 2019) Rz 19; *Schauer* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 21 (29).
- 15 Siehe etwa *Habersack* in FS Canaris II 813 (814 f). Gleichsinnig kann auch vom organisa-

selbstständig im Rechtsverkehr auftritt.¹⁶ *Sechstens* sind Verbandsverträge aufgrund der genannten Charakteristika unvollständig im Sinne der Neuen Institutionenökonomik.¹⁷ Die Parteien können nicht für sämtliche Entwicklungen vertraglich vorsorgen. Sie beschränken sich daher darauf, einen recht offenen Rahmen für die zukünftige Kooperation zu vereinbaren. Damit gehen Interessen- und Gefahrenlagen einher, die bei punktuellen Austauschverträgen nicht bestehen.¹⁸

Dass die Heranziehung vertragsrechtlicher Vorgaben wegen der genannten Charakteristika unpassend sein kann, ist vereinzelt anerkannt. So sind etwa Gründungsmängel bei bestimmten Verbandsverträgen nicht nach den Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften des ABGB geltend zu machen, sondern mit eigenständigen verbandsrechtlichen Lösungen zu behandeln.¹⁹ Verschiedene Entwicklungen legen aber nahe, dass die Charakteristika des Verbandsvertrags weitere Abweichungen von der Heranziehung vertragsrechtlicher Normen erforderlich machen. So scheint die Privatautonomie der Vertragsparteien im Hinblick auf die Frage, ob sie ihr Rechtsverhältnis entgeltlich oder unentgeltlich ausgestalten wollen, bei Verbandsverträgen nach einer aktuellen Entscheidung des OGH²⁰ weitergehend als bei Schuldverträgen eingeschränkt zu sein. Der Privatautonomie wird im Verbandsrecht damit offenbar eine vom Vertragsrecht abweichende, geringere Bedeutung beigemessen.²¹ Impulse für eine Differenzierung zwischen Verbands- und Schuldverträgen könnten insbesondere auch in jüngeren sozialwissenschaftlichen Entwicklungen liegen: Deren Erkenntnisse sprechen dafür, dass Menschen beim Treffen von Entscheidungen systematisch fehlerhaft handeln. Dabei spielt der Faktor Zeit ebenso eine erhebliche Rolle wie die Komplexität der Entscheidung. Die Bedeutung für den Abschluss von Verbandsverträgen ist evident:²² Da solche Verträge komplex und damit rational und kognitiv herausfordernd sind, ist zu vermuten, dass Parteien hier tendenziell fehlerhafter handeln als etwa beim Abschluss eines alltäglichen Kaufvertrags. Es stellt sich die Frage, ob diese Erkenntnisse rechtsdogmatische oder zumindest rechtspolitische Konsequenzen haben.

tionsrechtlichen Charakter gesprochen werden. Zum Begriff und zu weiteren Synonymen siehe etwa *Fleischer*, NZG 2021, 949 (954).

- 16 Dieses Charakteristikum unterscheidet die Verbandsverträge auch von „bloßen“ Gesellschaftsverträgen, auf deren Grundlage kein Rechtsträger entsteht; insbesondere von jenen der GesbR. Dieser Unterschied ist der Grund dafür, dass das GesbR-Recht zumindest im Hinblick auf die organisationsrechtliche Ebene nur bedingt geeignet erscheint, als Allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts zu fungieren. Zur Absicht, mit dem GesbR-Recht einen Allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts zu schaffen, siehe ErläutRV 270 BgNR 25. GP 8 (zum GesbR-RG). Skeptisch zur Erreichung dieses Ziels (auf der Basis des Novellentwurfes) *Schauer*, ZGR 2014, 143 (152 ff).
- 17 Siehe etwa *Cziupka* in GedS Unberath 51 (54); *Fleischer*, ZHR 168 (2004) 673 (683).
- 18 Grundlegend *Williamson*, *The Journal of Law & Economics* 22 (1979) 233 (233 ff); siehe auch *Grundmann*, *RabelsZ* 86 (2022) 364 (389 f).
- 19 Siehe S 264 ff.
- 20 OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 96/20s.
- 21 Siehe dazu S 323 ff.
- 22 Vgl bereits *Eisenberg*, *Columbia Law Review* 89 (1989) 1461 (1465).

B. Fragestellung

Diese Ausgangslage lässt es lohnend erscheinen, sich für die schuldrechtliche Seite des Verbandsvertrags näher mit dem Verhältnis von Allgemeinem Vertragsrecht und Verbandsrecht zu befassen: Können Rechtsfragen, die beim Abschluss des Verbandsvertrags zwischen den Vertragsparteien auftreten, nach vertragsrechtlichen Grundsätzen gelöst werden oder sind wegen der zahlreichen Besonderheiten abweichende verbandsvertragliche Lösungen – und wenn ja, woraus – zu entwickeln? Dabei geht es einerseits um den Abschluss, die Wirksamkeit und die Folgen der Unwirksamkeit des Verbandsvertrags; also um „formale“ Fragen des Vertragsschlusses. Andererseits geht es darum, ob die Ausgestaltung des Vertragsinhalts im Verhältnis zum Vertragsrecht abweichenden Gestaltungsgrenzen unterliegt; also um die „inhaltliche“ Seite des Verbandsvertrags.

Die Auseinandersetzung verspricht mehrfachen Gewinn. Das gilt zunächst schon deswegen, weil es an einer umfassenden Untersuchung der schuldrechtlichen Seite des Verbandsvertrags bis dato fehlt.²³ Die Analyse verschiedener Fragen des Vertragsschlusses und der inhaltlichen Ausgestaltung erlaubt einen Blick darauf, wie die verbandsvertraglichen Charakteristika wirken. Die dadurch gewonnenen Erkenntnisse können abstrahiert und zur Lösung weiterer einschlägiger Probleme herangezogen werden. Die Arbeit entwickelt damit ein System zur Beantwortung verbandsvertraglicher Rechtsfragen.

Das trägt gleichzeitig zur systematischen Durchdringung des Vertragsrechts und des Verbandsrechts bei. Das nützt nicht nur bei der Heranziehung vertragsrechtlicher Normen auf den Verbandsvertrag, sondern auch in umgekehrter Richtung, weil Regelungen des Verbandsrechts in bestimmten Bereichen auf Schuldverträge wirken.²⁴ Die Erkenntnisse können auch bei Schuldverträgen fruchtbar gemacht werden, die eines oder mehrere Merkmale des Verbandsvertrags aufweisen und insofern vom Leitbild des Allgemeinen Vertragsrechts abweichen.

Schließlich nützt die Untersuchung auch mit bloßem Fokus auf Verbandsverträge. Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften, Genossenschaften und Idealvereine weichen organisationsrechtlich zum Teil deutlich voneinander ab. Die Analyse zeigt, ob sich auch die schuldrechtliche Seite dieser Verbandsverträge unterscheidet oder ob hier einheitliche Grundwertungen bestehen.

23 Die verbandsrechtliche Doktrin beschäftigt sich vorwiegend mit der organisationsrechtlichen Seite des Verbandsvertrags, insbesondere mit dem Zusammenspiel der Organe und mit Fragen, die an der Rechtsfähigkeit des Verbands anknüpfen; siehe *Bachmann*, Private Ordnung 262. In anderen Rechtsordnungen liegt der Fokus noch stärker auf der organisationsrechtlichen Seite; siehe *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II: Personengesellschaften 91 f mwN.

24 Die Zivilrechtsdogmatik zieht (unter anderem) verbandsrechtliche Normen heran, um Grundsätze des Allgemeinen Vertragsrechts zu entwickeln. Beispiele sind etwa die Kündigungsrechte oder der Umgang mit Wurzelmängeln in Dauerschuldverhältnissen.

C. Eingrenzung und Abgrenzung

Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit sind „Verbandsverträge“. Das sind jene Gesellschaftsverträge, die auf eine Errichtung und Gründung eines Rechtsträgers abzielen.²⁵ Die Analyse bezieht so die vertraglichen Grundlagen der AG, der GmbH, der OG, der KG, der Genossenschaft und des Idealvereins mit ein.²⁶ Jene Gesellschaftsverträge, auf deren Grundlage kein Rechtsträger entsteht, bei denen also die Gesellschafter selbst Bezugspunkte der gesellschaftlich begründeten Rechte und Pflichten bleiben, werden nicht behandelt.²⁷ Ausgespart bleiben damit die stille Gesellschaft sowie die GesbR²⁸ samt jüngerer Erscheinungsformen solcher Gesellschaften.²⁹ Bei den Verbandsverträgen interessiert nur die schuldrechtliche Seite, die das (horizontale) Verhältnis zwischen den Parteien regelt. Nicht behandelt wird die organisationsrechtliche Seite,³⁰ die das (vertikale) Verhältnis der Vertragsparteien zum rechtsfähigen Verband bestimmt.³¹ Weitgehend ausgeklammert bleiben daher jene Aspekte, die sich mit der Rechtspersönlichkeit des Verbands und dem Zusammenspiel der Organe des Verbands beschäftigen. Diese werden in Gestalt des verbands-

²⁵ Vgl. auch U. Torggler, Gesellschaftsrecht Rz 59.

²⁶ Ausgespart bleiben Sonderformen dieser Verbandsarten, wie etwa der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Nicht behandelt werden auch die in der österreichischen Praxis zahlenmäßig bedeutungslosen (vgl. Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht² Rz 24) supranationalen Verbände. Zum Stichtag 31. 12. 2020 gab es in Österreich insgesamt 37 SE (bei 1276 AG), 3 SCE (bei 1705 Genossenschaften) und 25 EWIV (bei 21.499 Offenen Gesellschaften); vgl. Haybäck, PSR 2021, 58 (58).

²⁷ Solche Gesellschaftsverträge unterscheiden sich von Verbandsverträgen deutlich schon dadurch, dass sie kein verbandskonstituierendes Element aufweisen. Die Unterschiede sind auch im Ausland anerkannt: So werden etwa in einer aktuellen schweizerischen Schrift (Thouvenin, Kooperationsvertrag 431 ff und passim) die „einfachen Gesellschaften“ auf dem Kontinuum zwischen (Schuld-)Verträgen (im Duktus der Schrift: „Verträge“) auf der einen Seite und Verbandsverträgen (im Duktus der Schrift: „Gesellschaften“) auf der anderen Seite gemeinsam mit den titelgebenden „Kooperationsverträgen“ als dritte Kategorie in der Mitte verortet. Es handle sich dabei um lediglich schuldrechtliche Abreden, bei denen die Vertragsparteien ein gemeinsames Ziel verfolgen. Einen gegenläufigen Trend hat die GbR in Deutschland hinter sich: Ihr wurde entgegen dem Konzept des BGB rechtsfortbildend Rechtsfähigkeit zuerkannt; zur Entwicklung siehe Wedemmann in Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten 491 (492 ff). Die vertragliche Grundlage der GbR ist daher nicht mehr „bloßer“ Gesellschaftsvertrag, sondern Verbandsvertrag; sie ist – um im Bild zu bleiben – von der Mitte des Kontinuums zu seinem Endpunkt gewandert.

²⁸ Da das verbandskonstituierende Element des Verbandsvertrags aber nur vereinzelt wirkt, gelten viele Aussagen für die GesbR entsprechend. Für die Übertragbarkeit der Ergebnisse spricht auch der Umstand, dass das GesbR-Recht im Zuge des GesbR-Reformgesetzes an das OG-Recht angepasst wurde; zu letzterem siehe Artmann in Klang, ABGB³ § 1175 Rz 6.

²⁹ Zu denken ist etwa an die Decentralized Autonomous Organization (DAO). Diese wird verbreitet als GesbR qualifiziert; vgl. Hennemann, Interaktion und Partizipation 185 ff; Mann, NZG 2017, 1014 (1017); Spindler, ZGR 2018, 17 (51); Teichmann, ZfPW 2019, 247 (269).

³⁰ Siehe nur K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ 1 f; Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 1/68.

³¹ Vgl. Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler in Kraakman et al., Anatomy³ 17.

konstituierenden Charakters des Verbandsvertrags nur insoweit berücksichtigt, als sie auf die vertragliche Ebene zwischen den Mitgliedern durchschlagen.

Der Fokus auf die vertragliche Grundlage und das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien bedingt überdies, dass Ein-Personen-Verbände aus der Betrachtung ausgeklammert werden. Dasselbe gilt für börsennotierte Verbände. Denn hier treten die Interessengemeinschaft und die Mitgliedschaft im verbandsrechtlichen Sinn in den Hintergrund; der Beteiligte ist als Anleger tendenziell eine nutzenmaximierende Partei in einer zweipersonalen Austauschbeziehung mit dem Verband.³² Solche Verbände sind Kapitalsammelbecken und weichen funktional grundlegend von nicht börsennotierten Verbänden ab. Diese Besonderheiten stehen der hier intendierten verbandsübergreifenden Betrachtung entgegen, weil sie für die meisten Verbandsarten mangels Börsegängigkeit der Mitgliedschaft keine Bedeutung erlangen können. Die Ausklammerung ist auch deswegen gerechtfertigt, weil die Bedeutung des Verbandsvertrags bei börsennotierten Verbänden in den Hintergrund tritt.

Im zeitlichen Längsschnitt des Verbandslebens konzentriert sich die vorliegende Arbeit auf einen einzigen Zeitpunkt, nämlich den Abschluss des Verbandsvertrags, also die Errichtung des Verbands. Für diesen wird untersucht, welche rechtlichen Gestaltungsparameter auf das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien wirken. Rechtliche Fragen, die vor oder nach diesem Zeitpunkt auftreten, interessieren nicht. Sowohl die Vertragsanbahnung als auch die Vertragsabwicklung bleiben grundsätzlich außen vor. Ereignisse, die sich vor oder nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses ereignen, werden nur insofern berücksichtigt, als sie auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor- oder rückwirken.³³ Aber auch für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist eine Einschränkung zu machen: Da *Schickmair*³⁴ in jüngster Vergangenheit eine Monografie zum Kontrahierungszwang vorgelegt hat, bleibt die Frage ausgeklammert, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Einschränkung der Abschlussfreiheit gerechtfertigt ist.³⁵

Die Fokussierung auf den Vertragsschluss rechtfertigt, dass der Begriff „Vertragspartei“ recht weit verwendet wird. Die begriffliche Unterscheidung zwischen Vertragsparteien und Mitgliedern in Abhängigkeit davon, ob diese an einer rechtsfähigen oder nicht rechtsfähigen Gesellschaft beteiligt sind, wird nicht nachvollzogen.³⁶ Denn einerseits werden die Vertragsparteien regelmäßig erst mit der Eintragung des Verbandsvertrags in das Firmenbuch zu Mitgliedern. Andererseits unterstreicht die Verwendung des Begriffs „Vertragspartei“ die Nähe des Verbandsrechts zum Vertragsrecht auch terminologisch.

32 *Merkt*, ZfPW 2018, 300 (318 ff); *Mülbert*, Aktiengesellschaft 54 ff.

33 Siehe etwa zur Auslegung der Willenserklärungen beim Abschluss des Vertrags S 223 ff, zur Anpassung und Änderung der verbandsvertraglichen Vorgaben S 394 ff.

34 Kontrahierungszwang (2020).

35 Dazu etwa *F. Bydlinski*, AcP 180 (1980) 1 (1 ff); *Zöllner* in FS Bydlinski 517 (517 ff).

36 Zu dieser Unterscheidung siehe *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 48; siehe auch *Merkt*, ZfPW 2018, 300 (302).

II. Methoden der Untersuchung

Die untersuchte Fragestellung ist vorwiegend rechtsdogmatischer Natur (Abschnitt A). Sie eignet sich aber in besonderem Maß zur Berücksichtigung außerrechtlicher Einsichten. Das steht im Einklang mit der jüngeren vertrags- und verbandsrechtlichen Forschung, die rechtliche Fragestellungen verbreitet auch ökonomisch analysiert³⁷ und überdies immer öfter Erkenntnisse der Verhaltensforschung rezipiert.³⁸ Die vorliegende Untersuchung zieht daher ökonomische Einsichten (Abschnitt B) und verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse (Abschnitt C) bei der Arbeit mit dem geltenden Recht heran und sorgt so für eine ganzheitlichere Sicht auf Lösungswege.³⁹

A. Rechtsdogmatik

Die Grundausrichtung der vorliegenden Arbeit ist rechtsdogmatisch. Im Mittelpunkt steht die Analyse und die Lösung von Rechtsfragen des Verbandsvertrags nach Maßgabe des geltenden Rechts. Rechtliche Probleme sind im Rahmen und in Einklang jener Systeme zu lösen, in die sie eingebettet sind. Im Ausgangspunkt stehen dabei die beiden Systeme des Vertragsrechts und des Verbandsrechts, die jeweils eine bestimmte formale Anordnung der Rechtsnormen aufweisen (äußeres System)⁴⁰ und eine auf wenigen tragenden Prinzipien fußende rational fassbare und folgerichtige Ordnung bilden (inneres System)⁴¹ und die damit die Systemanforderungen erfüllen. Da der Verbandsvertrag an der Schnittstelle von Vertrags- und Verbandsrecht liegt, ist zu untersuchen, welche Rechtsprinzipien und welches System beim Abschluss des Verbandsvertrags wie wirken.

Daneben trägt die Arbeit zur Institutionenbildung im Verbandsrecht bei.⁴² Sie untersucht Rechtsfragen nicht isoliert für eine bestimmte Verbandsart, sondern übergreifend für Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften, Genossenschaften und

37 Siehe etwa *Cheffins*, Cambridge Law Journal 63 (2004) 456 (496); *Fleischer* in *Engel/Schön*, Proprium der Rechtswissenschaft 50 (64, 75); zum Siegeszug der ökonomischen Analyse im US-amerikanischen Recht siehe etwa *Cooter/Ulen*, Law and Economics⁶ 1 ff; zu einem informativen Überblick über die Entwicklung der Economic Analysis of Law-Forschung in den USA siehe *Posner*, Journal of Economic Literature 44 (2006) 405 (406 ff).

38 Siehe etwa *Eidenmüller*, JZ 2007, 487 (491).

39 Ganz generell gilt die Berücksichtigung solcher außerrechtlicher Einsichten nicht nur im Rahmen der Rechtspolitik, sondern auch der Rechtsdogmatik als eine der schwierigsten, aber vordringlichsten Aufgaben der Rechtswissenschaft; siehe *Fleischer* in *Engel/Schön*, Proprium der Rechtswissenschaft 50 (76).

40 Zum Beispiel die Stellung von Rechtsnormen in eigenen Gesetzen, die Einteilung in einzelne Bücher oder Gesetzesabschnitte oder auch die Stellung einer Anordnung in einer konkreten Norm; vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien 5.

41 *Canaris*, Systemdenken 46 ff; *Riesenhuber*, System und Prinzipien 6.

42 Zur Institutionenbildung als Aufgabe im Verbandsrecht siehe *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 53; diesen Ansatz als Programm übernehmend etwa *Milbert*, AcP 214 (2014) 188 (233); *Tröger/Happ*, NZG 2021, 133 (133); siehe auch *Fleischer* in *Engel/Schön*, Proprium der Rechtswissenschaft 50 (58); *Habersack* in FS Canaris II 813 (834 f).

Idealvereine.⁴³ Durch diese Perspektive wird der Plan des Gesetzgebers bei einzelnen Regelungsbereichen erkennbar. Das nützt de lege lata, weil Gestaltungsspielräume und Gestaltungsgrenzen beim Verfassen des Verbandsvertrags deutlich werden. Das hilft aber auch de lege ferenda, wenn allfällige Inkonsistenzen im geltenden Recht nicht durch Interpretation beseitigt werden können.⁴⁴ Die verbandsübergreifende Perspektive vermeidet argumentative Verkürzungen, die daraus entstehen, dass etwa nur Personen- und Kapitalgesellschaften in den Blick genommen werden. Diese übergreifende Perspektive und die damit einhergehende Herausarbeitung der Gemeinsamkeiten der Verbände ist aufgrund der Rechtsquellenzersplitterung, der unterschiedlichen Regelungsdichte der Verbandsarten sowie des unterschiedlichen Alters der Verbandsgesetze eine vornehmliche Aufgabe der Verbandsrechtswissenschaft.⁴⁵

Die Arbeit trägt durch ihren Fokus auf die Charakteristika des Verbandsvertrags überdies zur rechtsdogmatischen Durchdringung jener Schuldverträge bei, die eines oder mehrere dieser Charakteristika aufweisen. Die Untersuchung zeigt, welche Rechtsprinzipien bei den einzelnen Merkmalen wirken und wie der Gesetzgeber auf die dabei auftretenden Interessenkonflikte bei Verbandsverträgen reagiert. Diese Erkenntnisse können etwa für mehrseitige, auf lange Zeit ausgelegte oder unvollständige Rechtsverhältnisse fruchtbar gemacht werden.

Mit dieser Ausrichtung gehen die allgemeinen Vorzüge rechtsdogmatischer Erkenntnis einher.⁴⁶ Maßgebliche Wertungen und Grundprinzipien des Verbandsvertragsrechts müssen nicht für den jeweiligen Einzelfall neu ermittelt werden. Das ökonomisiert die juristische Entscheidungsfindung⁴⁷ und sichert eine gleichförmige Entscheidungspraxis der Gerichte. Das Wissen um das System hilft, systemwidrige Akte der Gerichte, aber auch des Gesetzgebers zu identifizieren und – im Bereich des Möglichen – zu korrigieren. Die rechtsdogmatische Analyse stellt damit die Systemrationalität einzelner Lösungen, aber auch der Regel und Rechtsatzbildung insgesamt sicher.⁴⁸ Sie fördert die Rechtssicherheit und die Rechtsklarheit⁴⁹ und damit

43 Das hat überdies den Vorteil, dass wesentliche Rechtsfragen des Genossenschafts- und des Vereinsrechts intensiver in den Blick genommen werden. Diese fristen in der Literatur ein Schattendasein. Das gilt nicht nur für Österreich: Selbst im Besonderen Teil des großen Gesellschaftsrecht-Lehrbuchs von *Karsten Schmidt* wird die Genossenschaft in der 4. Auflage aus 2002 auf 20 Seiten (von 1000 Seiten) behandelt.

44 Trotz der vornehmlich rechtsdogmatischen Ausrichtung der Arbeit werden Lösungen des geltenden Rechts daher an passender Stelle als Ausgangspunkt herangezogen, um praktikable und de lege ferenda empfehlenswerte Lösungen zu ermitteln. Das erfolgt insbesondere dort, wo die rechtsdogmatische Analyse systemwidrige Regelungen hervorbringt. Ist eine Korrektur im Wege der Rechtsfortbildung nicht möglich, ist der Gesetzgeber gefordert. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik spielen insofern eng zusammen.

45 Vgl für Deutschland *Mülbert*, AcP 214 (2014) 188 (219, 233).

46 Zu den Aufgaben von Rechtsdogmatik *F. Bydlinski*, AcP 188 (1988) 447 (477); *Canaris*, Systemdenken 86 ff; *Esser*, AcP 172 (1972) 97 (97 ff).

47 *Ernst* in *Engel/Schön*, Proprium der Rechtswissenschaft 3 (42).

48 Zur besonderen Bedeutung der Systemrationalität im Privatrecht siehe *Grigoleit* in *Jestadt/Lepsius*, Rechtswissenschaftstheorie 51 (66 f).

49 Vgl *Esser*, AcP 172 (1972) 97 (103 ff); siehe auch *R. Stürner*, JZ 2012, 10 (10 f).

zwei fundamentale Anforderungen an das Recht, die gerade im Wirtschaftsprivatrecht besondere Bedeutung haben.⁵⁰

B. Rechtsökonomik

Die vorliegende Arbeit bedient sich auch ökonomischer Erkenntnisse. Die Ökonomik ist eine sozialwissenschaftliche Methode, die menschliches Verhalten erklären soll.⁵¹ Sie kann auf rechtliche Fragen übertragen werden und widmet sich dann der Beschreibung, Erklärung und Prognose menschlichen Verhaltens im Hinblick auf das Recht.⁵² Der ökonomischen Analyse des Rechts geht es nicht darum zu ermitteln, ob eine Rechtsregel zur Lösung von Konflikten taugt,⁵³ sondern um die Steuerung von Verhalten. Sie vermittelt ein Modell, mit dem das zukünftige Verhalten der Rechtsunterworfenen (annäherungsweise) bestimmt werden kann.⁵⁴ Das ist etwa dann von Bedeutung, wenn neue Rechtsregeln eingeführt oder die Folgen einer gerichtlichen Entscheidung prognostiziert werden sollen.⁵⁵

Als nicht-rechtliche Erkenntnisse dürfen ökonomische Einsichten nicht unreflektiert auf rechtliche Fragestellungen übertragen werden. Ihre Berücksichtigung ist nur möglich, wenn die methodischen Rahmenbedingungen des Rechts dies zulassen. Restriktionen bestehen gerade im Verhältnis zur Rechtsdogmatik. Hier begegnet im Ausgangspunkt scheinbar eine Unvereinbarkeit: Die positive⁵⁶ ökonomische Analyse beschreibt, wie etwas in der Wirklichkeit *ist*. Sie zeigt etwa, wie Menschen auf eine bestimmte Rechtsnorm tatsächlich reagieren. Demgegenüber ermittelt die Rechtsdogmatik, wie etwas nach einer Rechtsnorm *sein soll*. Die Berücksichtigung der Wirklichkeit erfolgt bei der Arbeit mit dem geltenden Recht nicht bei der Auslegung der Rechtsnorm, sondern erst bei der Subsumtion.⁵⁷ Dieser Umstand steht der Berücksichtigung der ökonomischen Erkenntnisse aber nicht entgegen.⁵⁸ Denn einerseits wird die Trennung zwischen positiver und normativer Ebene tatsächlich nicht so scharf durchgehalten. Auch normative Konzepte beruhen auf tatsächlichen Annahmen. Andererseits weisen bestimmte Auslegungsmethoden einen starken Realitätsbezug auf.⁵⁹

50 Vgl. U. Torggler, JBl 2011, 762 (764f). Zur Bedeutung der Rechtssicherheit im Verbandsrecht siehe nur U. Torggler, Gesellschaftsrecht Rz 32; vgl. auch Fleischer, ZHR 170 (2015) 404 (451).

51 Fleischer/Schmolke/Zimmer in Fleischer/Zimmer, Verhaltensökonomie 9 (32); Lüdemann in Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker, Recht und Verhalten 7 (15).

52 Zu den theoretischen Prämissen siehe S 14ff.

53 Insofern unterscheidet sie sich vom deontologisch geprägten Rechtsdenken des Kontinentaleuropäers: Aus einem solchen Blickwinkel interessiert, ob eine Regelung intrinsisch nach bestimmten Wertungsgesichtspunkten gut oder schlecht ist. Es geht demgegenüber nicht darum, welche Folgen die Regelung nach sich zieht. Siehe Lieder, Rechtsgeschäftliche Sukzession 50.

54 Vgl. Petersen/Towfigh in Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden² Rz 6; vgl. auch Eidenmüller, JZ 2001, 1041 (1042).

55 Vgl. Eidenmüller, Effizienz⁴ 4.

56 Zur (weitgehend abgelehnten) normativen ökonomischen Analyse siehe S 15.

57 Vgl. auch Möllers, Methodenlehre³ § 4 Rz 9f.

58 Petersen/Towfigh in Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden² Rz 18.

59 Petersen/Towfigh in Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden² Rz 18.

Dieser letzte Punkt leitet zu Einbeziehungsmöglichkeiten rechtsökonomischer Erkenntnisse über: Die Realität spielt gerade bei der im Rahmen der Auslegung häufig im Vordergrund stehenden⁶⁰ teleologischen Interpretation eine große Rolle.⁶¹ Die Erkenntnisse können hier zwar nicht helfen, den Zweck einer Norm zu identifizieren, weil es sich dabei um eine normative Frage handelt. Steht aber fest, dass eine Norm auf Effizienz abzielt oder dass dem Zweck ökonomische Erwägungen zugrunde liegen,⁶² kann durch die ökonomische Analyse jene Auslegungsvariante identifiziert werden, die dem Zweck der Vorschrift am besten entspricht.⁶³ Daneben können ökonomische Einsichten bei der Ausfüllung von Generalklauseln oder unbestimmten Rechtsbegriffen herangezogen werden.⁶⁴

Die Berücksichtigung unterliegt aber verschiedenen Grenzen: Liegen die Voraussetzungen für den Einbezug vor, ist die ökonomisch sinnvollste Alternative bei der Wahl mehrerer Alternativen nicht unbedingt vorrangig. So könnten etwa Gesichtspunkte der Rechtsethik für eine andere Variante sprechen. In diesem Fall sind – wie bei der „normalen“ Auslegung – die unterschiedlichen Varianten und die ihnen zugrunde liegenden Wertungen abzuwägen.⁶⁵ Eine absolute Grenze verläuft dort, wo sich der Gesetzgeber gegen Effizienzerwägungen entschieden hat. Verfolgt er mit einer Regelung etwa einen verteilungspolitischen Zweck, darf dies nicht zugunsten von Effizienzerwägungen ignoriert werden.⁶⁶ Es steht dem Gesetzgeber frei, andere Ziele als die ökonomische Effizienz zu verfolgen. Darüber darf sich der Rechtsanwender nicht hinwegsetzen.⁶⁷

60 Zu dieser Einschätzung siehe etwa *Alexy*, Juristische Argumentation 19, 259 f; *Grigoleit* in FS Canaris II 241 (247); siehe auch *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (7).

61 Siehe etwa *Grundmann*, AcP 198 (1998) 457 (468, insbesondere FN 39); *van Aaken* in *WuR*, Wirtschaftliche Betrachtungsweise 1 (14); *van Aaken* in *Jestadt/Lepsius*, Rechtswissenschaftstheorie 79 (92); *Zickgraf*, ZfPW 2021, 482 (494 ff); siehe auch *Grigoleit* in FS Canaris II 241 (268); *Lüdemann* in *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker*, Recht und Verhalten 7 (45); *Wagner* in *Dreier*, Rechtswissenschaft als Beruf 67 (174); vgl überdies *Mülbert*, AcP 214 (2014) 188 (207).

62 Vgl *Mülbert*, AcP 214 (2014) 188 (207). Zielt etwa eine Regelung des Vertragsrechts auf eine effiziente Allokation von Ressourcen ab, sind ökonomische Effizienzgesichtspunkte bei der Interpretation zu berücksichtigen. Vgl *Eidenmüller*, JZ 2001, 1041 (1046); *Petersen/Towfigh* in *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden² Rz 19.

63 Siehe etwa *Eidenmüller*, Effizienz⁴ 452 f; *Grundmann*, *RabelsZ* 61 (1997) 423 (434 ff); *Taupitz*, AcP 196 (1996) 114 (127).

64 *Grundmann*, *RabelsZ* 61 (1997) 423 (443); *Horn*, AcP 176 (1976) 307 (320 ff); *Kübler* in FS Steindorff 687 (690 ff); *Möllers*, Methodenlehre³ § 5 Rz 135; *Ott/H.-B. Schäfer*, JZ 1988, 213 (214, 216 f); *Taupitz*, AcP 196 (1996) 114 (136); *Wagner*, AcP 206 (2006) 352 (424 ff); vgl auch *van Aaken* in *Jestadt/Lepsius*, Rechtswissenschaftstheorie 79 (92 f); aA *Eidenmüller*, Effizienz⁴ 426 ff, 454 ff, 486 f.

65 *Fleischer*, Informationsasymmetrie 231; *Grundmann*, *RabelsZ* 61 (1997) 423 (443).

66 *Kübler* in FS Steindorff 687 (698); *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften 37; siehe auch *Leenen* in Symposium Wieacker 108 (109).

67 Vgl *Fleischer* in *Engel/Schön*, Proprium der Rechtswissenschaft 50 (76); *Wagner* in FS Canaris II 281 (313).