

# 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 und in den Grenzen 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. Es geht also um einen **kreativen, zukunftsorientierten Schaffungsprozess**.<sup>3</sup> Erfasst sind auch einseitige Rechtsgeschäfte (wie vor allem Testamente), sodass „Rechtsgestaltung“ der korrektere Ausdruck wäre. Entgegen der überragenden praktischen Bedeutung der Vertragsgestaltung für Juristen findet sich eine ausreichend einschlägige universitäre Ausbildung höchstens punktuell bzw am Rande. **Dabei gehört die Vertragsgestaltung sowohl für den Rechtsanwalt als auch für den Notar zum juristischen Alltag.** Das gilt ebenso für den Unternehmens- und Verwaltungsjuristen (Privatwirtschaftsverwaltung). Selbst Richter können – etwa bei Unterbreitung eines Vergleichsvorschlags – damit konfrontiert sein.<sup>4</sup>

#### 1.1.1.1. Praktische Hinweise

Bestmögliche („optimale“) Vertragsgestaltung als Ziel setzt mehrere **Prämissen** voraus: Die Vertragsverhandler bzw Vertragsverfasser sollen sowohl über (betriebs-) 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>5</sup> und Verhandlungsfällen

---

1 So etwa *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung<sup>5</sup> (2019) 2; ähnlich *Rehbinder*, AcP 174 (1974) 266.

2 *Westermann*, AcP 175 (1975) 376.

3 So *Kunkel*, Vertragsgestaltung (2016) 7.

4 Vgl für Deutschland *Kunkel*, Vertragsgestaltung 22.

5 Zu den verschiedenen Verhandlungstaktiken bzw -strategien etwa *Junker/Kamanabrou*, Vertragsgestaltung<sup>5</sup> (2019) 24 ff; dort auch zu den verschiedenen Vertragstypen (kompetitiv, kooperativ und individualistisch); zu letzteren eingehend auch *Kunkel*, Vertragsgestaltung 145 f.

(„Fuß-in-der-Tür“-Technik,<sup>6</sup> „Tür-ins-Gesicht“-Technik,<sup>7</sup> Harvard-Verhandlungsmethode<sup>8</sup>) 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>9</sup> treffend bemerkt hat – „Konfektionsanzug“, aber kein „Maßanzug“. Vertragsmuster haben zwar meist die wichtige Funktion einer „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>10</sup> Diese liefern aber meist eine brauchbare Basis, Gewähr für in der Praxis erprobte kautelarjuristische Ergebnisse. Allein damit verbundene hohe Arbeitseffizienz und rationale Arbeitsweise können aber das „Zuschneiden“ auf den konkreten Fall nicht ersetzen.<sup>11</sup>

Bezüglich des Vertragsumfangs steht der umfassendsten „perfektionistischen“ Linie die der kurzen, auf das Wesentliche beschränkten Vertragsgestaltung gegenüber. Im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Raum<sup>12</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. Auf wörtliche Wiedergabe von reinen Gesetzestexten kann idR getrost verzichtet werden.

Jeder Vertrag sollte **nach sachlich-logischen Gesichtspunkten – mE idR vom Allgemeinen zum Besonderen<sup>13</sup> – aufgebaut** und nach Punkten/Buchstaben/Paragrafen oÄ **gliedert** sein.<sup>14</sup>

---

6 Der Eingangsfrage kann kaum widersprochen werden, dann wird gesteigert.

7 Bei der ersten Frage rechnet man mit Ablehnung, die zweite Frage ist eine (schwächere) Bitte!

8 Dazu etwa *Kunkel*, Vertragsgestaltung 155 f: Sachbezogenes Verhandeln steht im Mittelpunkt der Betrachtungen (was eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte!).

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

10 Zu solchen „Musterklauseln“ bzw Musterverträgen vgl auch unten im Besonderen Teil 2. An solchen meist auch online angebotenen Vertragshandbüchern sei zunächst auf die große Reihe Vertragsrecht und Vertragsgestaltung des Linde-Verlags hingewiesen. Vgl dazu im Detail und weiteren Vertragsmustersammlungen im **Anhang**.

11 So auch *Kunkel*, Vertragsgestaltung 116.

12 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.“

13 Sogenannter „degressiver Aufbau“; vgl *Kunkel*, Vertragsgestaltung 103, der aber eher das Besondere vor dem Allgemeinen regeln will.

14 Vgl auch *Kunkel*, Vertragsgestaltung 101 ff.

Häufig wird folgender **Aufbau** bevorzugt:

- Überschrift („Rubrum“),
- Parteien,
- Präambel (Art Einleitung),
- Allenfalls Definitionen,<sup>15</sup>
- Hauptleistungen, insbesondere auch „Beschaffensvereinbarungen“,
- Regeln für Leistungsstörungen („Störfallvorsorge“), Sicherungsmechanismen wie Eigentumsvorbehalt oder Vertragsstrafe,
- Nebenbestimmungen, wie
  - Vertragsdauer,
  - Formfragen,
  - Allenfalls (zulässige) Beweislastvereinbarungen,
  - Salvatorische Klauseln,
  - Schiedsgerichts- oder Gerichtsstandsvereinbarungen,
  - Partei- bzw Rechtswahl (Wahl des anzuwendenden Rechts).

**Überschriften** sind mE – entgegen manch anderer Meinungen<sup>16</sup> – durchaus vor allem für die systematische Auslegung des Vertrags bedeutsam.

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

Eine **Präambel** mag vor allem bei komplexeren Verträgen entscheidende Aufschlüsse über die Ausgangslage und Entstehungsgeschichte und damit über die von den Parteien verfolgten Vertragszwecke geben.<sup>17</sup>

Ein in der Praxis immer häufiger anzutreffender „**letter of intent**“<sup>18</sup> (LOI) kann juristisch je nach konkretem Inhalt ganz **verschiedene Funktionen** haben. 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>19</sup> vorliegen oder – am anderen Ende der Verbindlichkeitsskala – jegliche Haftung im Fall des Abbruchs der Verhandlungen<sup>20</sup> ausgeschlossen sein. Oft

---

15 Sie können vor allem, aber nicht nur bei umfangreichen Vertragswerken sinnvoll sein, um die Einheitlichkeit der Vertragssprache zu gewährleisten und damit der Rechtssicherheit zu dienen; so auch *Kunkel*, Vertragsgestaltung 169 f.

16 Vgl etwa *Stuart G. Bugg*, *Contracts in English*<sup>4</sup> (2019) 81.

17 Ähnlich *Kunkel*, Vertragsgestaltung 167 f.

18 Vgl etwa näher *Grabenweger* in *Czernich et al* (Hrsg), *Vertragsrecht für Unternehmen*<sup>2</sup> (2019) 49 f.

19 Dazu näher unten 1.1.9.

20 Dazu näher 1.1.6.1.

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 werden hingegen meist **Geheimhaltungsabreden** gewollt sein, die von einem späteren wirksamen Vertragsabschluss unabhängig sind. Oft enthalten LOI auch Checklisten über die Verhandlungspunkte.<sup>21</sup> Wenn Checklisten die typischen Regelungspunkte und -probleme des maßgeblichen Sachverhalts enthalten, erleichtern sie effizientes und rationales Arbeiten.<sup>22</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 nämlich grundsätzlich rechtlich nicht verbindlich, weil eben von der Unterschrift nicht gedeckt. Sie müssten nochmals unter dem Zusatz unterfertigt werden. Die gerichtliche Praxis lässt bei Vordrucken (etwa zum Erfüllungsort) Ausnahmen zu, wenn eine nachträgliche Änderung nicht möglich ist.

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 procuram); 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 für den Unterfertigten die Gefahr der Eigenverpflichtung bzw Eigenhaftung.

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>23</sup> Beschränkungen des Außenverhältnisses. 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>24</sup>

---

21 Vgl näher zu den möglichen Inhalten des LOI bei *Grabenweger in Czernich et al* (Hrsg), Vertragsrecht für Unternehmen<sup>2</sup> (2019) 49 f, zur Checkliste 49.

22 So auch *Kunkel*, Vertragsgestaltung 133 f.

23 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 111/07i; 6 Ob 71/07w; 4 Ob 197/07k; 2 Ob 108/10m; 5 Ob 52/11z; RIS-Justiz RS 0014717; RS 0014664. Siehe nun zu Swapverträgen zuletzt zutreffend OGH 18.8.2022, 10 Ob 18/21a.

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

Bestimmte Verträge sind zu **vergebühren**.<sup>25</sup> Bei Verletzung der Gebührenpflicht sind allerdings die abgeschlossenen Verträge dennoch zivilrechtlich wirksam.<sup>26</sup>

### 1.1.1.2. Theoretisch-praktische Hinweise

Ein Vertrag muss eingehalten werden, weil er – als **lex contractus** – zwischen den Parteien/Partnern eine verbindliche **Norm** schafft, die mit staatlichem (gerichtlichem) Zwang durchsetzbar ist. Es kann auf Erfüllung des Vertrags gedrungen werden, bei Vertragsverletzung sind aber auch Schadenersatz- und/oder Bereicherungsansprüche gerichtlich durchsetzbar. Das Instrument des Vertrags 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 i.e.S. der **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 vor allem für den möglichen Insolvenzfall des Partners. Alles nach dem Motto: „Vertrauen ist gut, Vertrag (Insolvenzvorsorge) ist besser!“ Beide Arten der Jurisprudenz erfordern sorgfältige Durchdringung und Kenntnis der Rechtslage, sie **unterscheiden sich aber funktional**.<sup>27</sup> Zeitliche Dimension und Erkenntnis- und Entscheidungsstruktur sind verschieden. Die Vertragsgestaltung ist – wie erwähnt – zukunftsorientiert, während die Dezisionsjurisprudenz mit vergangenen Sachverhalten konfrontiert wird. Der Richter muss nach einem **Konditionalprogramm** („wenn, dann“) entscheiden, **der Vertragsjurist soll im Sinne seines Mandanten ergebnis- bzw zielorientiert nach einem Zweckprogramm arbeiten**.

Der Richter muss eingehende Informationen aufnehmen und verarbeiten (input-orientiert), während der Vertragsjurist besonders output-orientiert sein muss: Welche Regelung erreicht die vom Mandanten gewünschte Rechtsfolge(n) am besten und wie werden unerwünschte Rechtsfolgen verhindert?<sup>28</sup> Der Mandant gibt das

---

25 Vgl. das Gebührengesetz 1957, BGBl 1957/267; dazu etwa *Marent/Preis/Schneider*, ABC der Vertrags- und Testamentsmuster<sup>8</sup> (2008) 436 ff.; siehe auch noch unten 2.9.7.

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

27 Vgl. *Kunkel*, Vertragsgestaltung 25.

28 Ausführlich dazu *Kunkel*, Vertragsgestaltung 27 ff.

**Sachziel** bzw die **Sachziele** vor, der Vertragsjurist soll die juristischen Wege zu diesem Sachziel finden. Auch der Vertragsjurist hat dabei **die Rechtsprechung der Höchstgerichte** zugrunde zu legen, aber wohl auch die maßgeblichen Lehren des Schrifttums zu beachten. Wählt der Vertragsjurist nicht – wie im Zweifel geboten – den rechtlich sichersten Weg, sondern eine riskante Form, dann muss er den Mandanten darüber aufklären. Will man – wie bei der Dezisionsjurisprudenz – ein „Prüfungsschema“, so kann das von *Kunkel*<sup>29</sup> vorgeschlagene ein **Anhalt** sein:

1. Stufe: Ermittlung des Regelungsziels.
2. Stufe: Feststellung des Regelungsbedarfs.
3. Stufe: Umsetzung des Regelungsbedarfs.
4. Stufe: Ausformulierung der Gestaltung.

Die einzelnen Stufen können natürlich ineinander übergehen und sind auch aufgabenorientiert verschieden. Andere Denkschritte der Vertragsgestaltung<sup>30</sup> können sein:

- Informationsgewinnung,
- Rohentwurf des Vertrags,
- (hypothetische) Rechtsanwendung,
- Anwendung von Gestaltungskriterien,
- Bewältigung von Zivilkonflikten,
- Vertragsverhandlungen,
- Belehrung und Beratung,
- Erstellung der Vertragsurkunde.

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**.<sup>31</sup> Der Vertrag soll das Abbild des konkreten Parteiwillens sein. Meist wird der Vertrag einen Kompromiss dieser (oft) gegenläufigen Interessen enthalten. Die Funktion des Vertragsverfassers entscheidet, ob dieser maßgeblich nur oder überwiegend 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>32</sup> Es ist zwar zutreffend, dass ein Notar auch als Vertreter einer Partei auftreten kann,<sup>33</sup> so kann das aber

---

29 Vertragsgestaltung 60 ff.

30 So *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung<sup>5</sup> (2019) 55.

31 So auch *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung<sup>5</sup> (2019) 4.

32 Ähnlich auch *Kamanabrou*, Vertragsgestaltung<sup>5</sup> (2019) 20 ff; *Schmittat*, Einführung in die Vertragsgestaltung<sup>4</sup> (2019) 40 ff; *Ulrici*, Fallsammlung zur Rechtsgestaltung (2010) 7 und 21 f; *Aderhold/Koch/Lenkaitis*, Vertragsgestaltung<sup>3</sup> (2018) 31; *Kunkel*, Vertragsgestaltung 15 ff (Notar ist neutraler Betreuer aller am Vertragsschluss Beteiligten!).

33 So *Czoklich*, JBl 2015, 339.

mE nichts an seinen grundsätzlichen Pflichten zur beiderseitigen Beratung und Belehrung ändern.

Diese verfolgten **Parteiinteressen müssen erkennbar und nachweisbar** – vor allem natürlich aus dem Vertragstext heraus – sein.<sup>34</sup> Sonst können sie auch nicht qua Auslegung in den Vertrag einfließen.<sup>35</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>36</sup>) zu beachten? Den Vertragsverfasser treffen auch **Pflichten zur Verhinderung von Geldwäsche**.<sup>37</sup>

Zu berücksichtigen sind auch und gerade – wie etwa vor allem bei der Unternehmensnachfolge – **steuerrechtliche Fragen**<sup>38</sup> ebenso wie kosten-, insolvenz-, sozial- und andere öffentlich-rechtliche Aspekte. Manchmal kommt es dabei zu **Zielkonflikten**, etwa zwischen Steuermindern und zivilrechtlichen Gestaltungs-(Beweis-)erfordernissen. Wer nur Steuern mindern will, kann allenfalls sein eigentliches sachliches Ziel verfehlen.<sup>39</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>40</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>41</sup> Worum geht es? Wer will was?

34 Zu den Vertragsauslegungsmethoden näher unten 1.1.3.

35 Zur großen praktischen Bedeutung von Vertragsverhandlungsprotokollen und sonstigen Vertragsmaterialien vgl etwa *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 914 Rz 150 ff; siehe auch *Stuart G. Bugg*, *Contracts in English*<sup>4</sup> (2019) 35.

36 Solche Judikaturänderungen sind freilich in der Praxis meist schwerer vorherzusehen. Bisweilen werden sie aber in „Vorentscheidungen“ schon „angekündigt“, siehe aber oben in FN 23.

37 Vgl näher [https://www.oerak.at/fileadmin/OOERAK/Downloads/Geldwäsche\\_Leitfaden\\_April\\_2017.pdf](https://www.oerak.at/fileadmin/OOERAK/Downloads/Geldwäsche_Leitfaden_April_2017.pdf) (abgerufen am 4.11.2019), zur Umsetzung des BG zur Verhinderung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Vor Vertragsschluss wird auf einem unterfertigten Dokument angegeben ob Geldwäsche vorliegen könnte und bejahendenfalls, wie wahrscheinlich das ist.

38 Näher zu diesen unten *Schlager/Schlager*, 1.4.

39 So hat sich die Privatstiftung schon öfter als inadäquates Instrument herausgestellt. Der Stifterwille verselbständigt sich, Pflichtteilsberechtigte beeinträchtigen den Stiftungszweck.

40 Zu entsprechenden juristischen Instrumenten unten 1.1.7. und 1.1.8., aber auch *Czernich/Uitz* in *Czernich et al*, *Vertragsrecht für Unternehmen*<sup>2</sup> (2019).

41 Vgl dazu etwa auch *Kamanabrou*, *Vertragsgestaltung*<sup>5</sup> (2019) 6 ff.

### Methoden der Vertragsgestaltung<sup>42</sup>

Wie sich bei der Dezisionsjurisprudenz Methoden der Rechtsanwendung entwickelt haben bzw vom Gesetzgeber vorgegeben worden sind,<sup>43</sup> so werden in ähnlicher Weise auch Methoden der Vertragsgestaltung vertreten.<sup>44</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**, wobei idR der Mandant natürlich die wichtigste Informationsquelle ist. Nach diesen Vertragszwecken ist der konkrete Vertrag auszurichten und danach hat die Vertragsauslegung stattzufinden.<sup>45</sup> In Vertragspräambeln bzw letters of intent können sie positiviert und konkretisiert werden.

Die **Methode des Typusdenkens** stellt die **Orientierung an objektivierten Vertragstypen** in den Vordergrund der Vertragsgestaltung:<sup>46</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 konkreten Interessenlage eine Kombination verschiedener Typen (gemischter Verträge) entsprechen.

Besonders in Deutschland wird auch einer **Methode der Vertragsgerechtigkeit** das Wort geredet.<sup>47</sup> Der Vertrag soll einem gerechten angemessenen Ausgleich der Interessen der Vertragspartner entsprechen. Dieser Methode mag zwar meist ein neutraler Vertragsverfasser (wie der Notar) verpflichtet sein, sonst sind aber Vertragsverfasser (auch zu Recht) bestrebt, möglichst die eigenen Interessen (des eigenen Mandanten) voranzustellen.<sup>48</sup>

---

42 Dazu auch *Welser*, Gibt es eine kautelarjuristische Methode? in *Jabloner/Kucsko-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; überaus ausführlich zu einer eigenen Methode der Vertragsgestaltung nun aber etwa *Kunkel*, Vertragsgestaltung 47 ff, wo freilich Redundanzen kaum vermeidbar sind. Vieles ergibt sich allein schon nach dem „gesunden“ juristischen Hausverstand.

43 Vgl dazu *Kerschner*, Wissenschaftliche Arbeitstechnik für Juristen<sup>7</sup> (2022) 28 ff; ausführlichst auch *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> (Klang) §§ 6, 7 ABGB mwN.

44 Vgl vor allem neben *Kunkel*, Vertragsgestaltung 47 ff; *Rehbinder*, Vertragsgestaltung<sup>2</sup> (1993) 49 ff auch *Langenfeld*, Vertragsgestaltung<sup>2</sup> (1997) 28 ff.

45 Vgl zur überragenden Bedeutung der Vertragszwecke bei der Interpretation *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 914 Rz 175 ff.

46 Vgl auch *Welser*, Gibt es eine kautelarjuristische Methode? in *Jabloner* ua (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode, FS H. Mayer (2011) 819 f.

47 Siehe nur *Langenfeld*, Vertragsgestaltung<sup>2</sup> (1997) 158 f und 192 f; vgl auch nachfolgend FN 60 mwN.

48 Vgl dazu noch näher unten 1.1.2.



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. Topoi (griechisch) sind vorgedachte **Argumentationsfiguren, Elemente bzw Bausteine**.<sup>49</sup>

Modern spricht man dabei von **Checklisten**.

---

**Beispiele:**

Arten der Sicherung von Forderungen; zB Patronatserklärungen;<sup>50</sup> Instrumente der Risikoverteilung, der besseren Durchsetzung von Forderungen.

---

Auch hier orientiert man sich meist an **Realtypen**. 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 (vielfach zwingenden) Regelungen des MRG hin- und herwandern.

Vielfach wird die Tätigkeit des Vertragsjuristen in zwei Bereiche unterteilt, einerseits in die **Erfüllungsplanung**, andererseits in die **Risikoplanung**.<sup>51</sup> Bei der Erfüllungsplanung geht es um die störungsfreie Vertragsabwicklung zur Erreichung der ermittelten Regelungsziele, bei der Risikoplanung um Regelungen für den Fall, dass die Vertragserfüllung nicht ordnungsgemäß, sondern mit Störungen erfolgt. Diesen gilt es vorzubeugen bzw überhaupt zu vermeiden; zB durch Anpassungsklauseln und Konfliktlösungsmechanismen (zB durch Mediatoren).<sup>52</sup>

---

49 Siehe auch *Welser*, Gibt es eine kautelarjuristische Methode? in *Jabloner* ua (Hrsg), Vom praktischen Wert der Methode, FS H. Mayer (2011) 819 f.

50 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.

51 Siehe näher *Kunkel*, Vertragsgestaltung 80 ff mwN.

52 Dazu näher unten 1.1.10.1.

### 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 Vertrags (Inhalts- und Formfreiheit) und schließlich auf die Beendigung der Vertragsbeziehung (Beendigungsfreiheit).<sup>53</sup> Diese Vertragsfreiheit erlaubt daher auch eine grundsätzliche und weitgehende Gestaltungsfreiheit. Die Regulierungssucht des (EU-)Gesetzgebers führte und führt zunehmend freilich zu **zwingenden Grenzen** sowohl beim „ob“ als auch beim **Inhalt** und bei der **Form** von Verträgen.<sup>54</sup> Vor allem auch den Grundfreiheiten des EU-Rechts wird unmittelbare horizontale Drittwirkung zugewiesen.<sup>55</sup> **Der Vertragsgestalter muss diese Grenzen des zwingenden Rechts kennen, da insofern dem Parteiwillen nicht Rechnung getragen werden kann:** Die angestrebten Rechtsfolgen treten nicht ein und können daher zu Fehlplanungen 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, Naturwissenschaftlern 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>56</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>57</sup> Grundvoraussetzung für solche Lösungsqualitäten wäre eine gemeinsame Terminologie, eine **gemeinsame Sprache** zwischen Ökonomen, Technikern, Naturwissenschaftlern und Juristen. Kann man so über den Zaun schauen, mag man auch eher gemeinsam agieren und im Dialog Synopsen finden.

---

53 Zur Vertragsfreiheit näher vor allem *F. Bydliński*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 114 ff und *Schickmair*, Kontrahierungszwang (2020).

54 Vgl zu dieser Entwicklung *Knapp*, Europarecht und Vertragsgestaltung (2011) passim.

55 Dazu etwa *Kerschner*, *ecolex* 2007, 901 ff und 982 ff; ausführlich *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.

56 So auch *Guggenberger* in *Czernich* et al, Vertragsrecht für Unternehmen<sup>2</sup> (2019) 45.

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