

NOMOSSTUDIUM

Aderhold | Koch | Lenkaitis

Vertragsgestaltung

3. Auflage



Nomos

NOMOSSTUDIUM

Lutz Aderhold | Raphael Koch | Karlheinz Lenkaitis

Vertragsgestaltung

3. Auflage

Prof. Dr. Lutz Aderhold, Rechtsanwalt und Notar, Dortmund

Prof. Dr. Raphael Koch, LL.M. (Cambridge), EMBA, Universität Augsburg

Prof. Dr. Karlheinz Lenkaitis, Rechtsanwalt und Notar, Bochum



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3854-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-8177-3 (ePDF)

3. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur dritten Auflage

Die Rückmeldungen zur zweiten Auflage und die immer stärkere Integration der anwaltlichen Perspektive sowohl im Studium als auch im Referendariat haben uns ermutigt, eine dritte Auflage dieses Lehrbuchs zur Vertragsgestaltung vorzulegen. Nicht geändert haben sich im Laufe der Zeit die Gründe für eine Neuauflage sowie der methodische Ansatz, die Ziele und die Zielgruppen.

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur entwickeln sich weiter und müssen vom Vertragsgestalter berücksichtigt werden. Dementsprechend haben wir die Neuerungen, auf die in der Gestaltungspraxis zu reagieren ist, auch in unser Werk eingepflegt. Über die notwendige Aktualisierung hinaus ist der Inhalt ergänzt worden. Hinzugekommen ist ein Abschnitt über die Vertragsgestaltung im Werkvertragsrecht. Das Werkvertragsrecht war in den vorherigen Auflagen in einzelnen Konstellationen zwar angesprochen, doch Theorie- und Praxisrelevanz erfordern unseres Erachtens einen eigenen Abschnitt.

Die praxisorientierte Einführung in die Vertragsgestaltung (Teil 2) baut auf der Methodik und Struktur der Vertragsgestaltung, -verhandlung und -technik (Teil 1) auf. Dadurch soll der Leser theoretisch fundiert und praktisch orientiert auf die berufliche Praxis vorbereitet werden. Sowohl Studierende als auch Praktikanten, Referendare und junge Anwälte können von diesem Ansatz profitieren.

Die Neuauflage ist auf dem Stand 31.8.2017. Wir freuen uns auch zur dritten Auflage über Kritik, Anregungen und Hinweise zur Verbesserung, die uns unter

Prof. Dr. *Lutz Aderhold*, Aderhold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Westfalendamm 87, 44141 Dortmund
l.aderhold@aderhold-legal.de

Prof. Dr. *Raphael Koch*, LL.M. (Cambridge), EMBA
Juristische Fakultät der Universität Augsburg
Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg
raphael.koch@jura.uni-augsburg.de

Prof. Dr. *Karlheinz Lenkaitis*, AULINGER Rechtsanwälte
Josef-Neuberger-Str. 4, 44787 Bochum
karlheinz.lenkaitis@aulinger.eu

erreichen.

Dortmund/Augsburg/Bochum, im Oktober 2017

Lutz Aderhold

Raphael Koch

Karlheinz Lenkaitis

Aus dem Vorwort zur ersten Auflage

Die Perspektive der anwaltlichen Beratung hat in die universitäre Juristenausbildung Eingang erhalten und gewinnt weiter an Gewicht. Das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11.7.2002 (in Kraft getreten am 1.7.2003) fordert eine verstärkte und wiederholte Konfrontation der Studierenden mit der anwaltlichen Perspektive.

Zur anwaltlichen Beratung gehört wesentlich die Gestaltung von Verträgen. Das war Anlass, sowohl eine Lehrveranstaltung mit den Inhalten der Vertragsgestaltung an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, eingebettet in den Schwerpunktbereich „Rechtsgestaltung und Streitbeilegung“ anzubieten als auch ein Lehrbuch zu entwickeln, das die Erkenntnisse aus Wissenschaft und Praxis verbindet. Diese Verbindung wird nicht nur in den Tätigkeitsfeldern der Autoren deutlich, sondern auch an der Aufteilung des Buchs. Teil 1, verfasst von *Koch*, behandelt die Methodik und Struktur der Vertragsgestaltung und Teil 2, verfasst von *Aderhold* und *Lenkaitis*, führt in die Praxis der Vertragsgestaltung ein.

Der Vorteil dieses Werks liegt damit in der Verbindung beider Ansätze, weil Vertragsgestaltung einerseits praktische Rechtsanwendung darstellt, andererseits Vertragsgestaltung ohne wissenschaftliche Reflexion nicht anspruchsvoll betrieben werden kann. Vertragsgestaltung baut auf einer selbstständigen Methodik sowie dem Erfahrungswissen der Praxis auf. Erfahrungswissen kann nicht durch die Lektüre eines Lehrbuchs vermittelt werden. Dies bleibt der eigenen beruflichen Praxis vorbehalten. Gleichwohl kann das Buch dazu beitragen, auf die berufliche Praxis als Vertragsgestalter vorzubereiten. Abgerundet wird das Werk durch die Vermittlung der Grundlagen der Vertragsverhandlung und der Grundkonzepte der Vertragstechnik.

Eine Erweiterung des materiellen Lehrstoffs ist mit der Vorlage des Buchs nicht beabsichtigt. Die Erweiterung besteht vielmehr in der Verdeutlichung der Perspektive des gestaltenden Beraters. Kenntnisse der zugrunde liegenden rechtlichen Fragen werden damit nicht vorausgesetzt; es erfolgt insoweit jeweils eine Einführung in das zu erörternde materielle Recht.

Zielgruppe des Buchs sind zum einen die Studierenden in den Anfangssemestern und in den Schwerpunktbereichen, die Vorlesungen zur Vertragsgestaltung besuchen oder sich ohne Vorlesungsanleitung die Grundzüge im Selbststudium erarbeiten möchten. Zum anderen soll das Buch dem Praktikanten, Referendar oder jungen Anwalt als Hilfsmittel dienen.

Inhalt

Vorwort zur dritten Auflage 5

Aus dem Vorwort zur ersten Auflage 6

TEIL 1: METHODIK UND STRUKTUR DER VERTRAGSGESTALTUNG

§ 1 Einleitung	19
I. Vertragsgestaltung in der universitären Lehre	21
II. Anliegen und Inhalt der Darstellung	22
§ 2 Vertragsgestaltung und Vertragsgestalter	24
I. Gegenstand der Vertragsgestaltung	24
1. Entwurf und Umsetzung von Verträgen	24
2. Prüfung von Verträgen	24
3. Prüfung der Rechtslage in einem bestehenden Vertragsverhältnis	25
4. Rechtsgeschäftsgestaltung	25
II. Vertragsgestaltung im Vergleich zur richterlichen Tätigkeit	26
1. Rechtskenntnis und -anwendung als gemeinsamer Ausgangspunkt	26
2. Besondere Charakteristika der Vertragsgestaltung	26
a) Zukunftsgerichtete Perspektive	26
b) Zweckprogramm	27
c) Sachverhalts- und Sachzielermittlung	28
III. Berufsbilder des Vertragsgestalters	28
1. Anwaltliche Vertragsgestaltung	28
2. Prozessführung	29
3. Notarielle Vertragsgestaltung	29
4. Vertragsgestaltung durch den Unternehmensjuristen	29
§ 3 Leitlinien der Vertragsgestaltung	31
I. Zweckorientierung und Interessenwahrnehmung	31
II. Informationspflicht	31
III. Rechtskenntnis und -anwendung	32
IV. Gebot des sichersten Wegs	33
V. Zukunftstauglichkeit	34
VI. Wirtschaftliches Verständnis und Denken	36
VII. Belehrung und Beratung	37
1. Belehrung	38
2. Beratung	38
3. Stadien	38
§ 4 Methodische Vorgehensweise	40
I. Informationsermittlung	40
1. Ermittlung des Sachverhalts	40
a) Zielfokussierung	41
b) Rechtliche Rahmenbedingungen	41
c) Soziale und wirtschaftliche Hintergründe	42
d) Sachverhaltsumgestaltung	42

2.	Ermittlung der Sachziele	42
a)	Unterscheidung von Sach- und Rechtsziel	42
b)	Konkretisierung des Sachziels	43
c)	Hintergründe	44
3.	Art und Weise der Informationsermittlung	45
a)	Mandantengespräch	45
aa)	Die Kunst des Zuhörens	45
bb)	Bewertung und gezieltes Nachfragen	46
cc)	Struktur	47
dd)	Verständlichkeit	47
b)	Weitere Informationsquellen	48
II.	Formulierung der Rechtsziele	48
III.	Ermittlung des Gestaltungsbedarfs	49
1.	Vergleich von Ist- und Soll-Zustand	49
2.	Umfassende Prüfung der Rechtslage	51
3.	Zweckmäßigkeit	51
IV.	Erarbeitung von Gestaltungsoptionen	52
1.	Ermittlung der dem Rechtsziel entsprechenden Gestaltungsoptionen	52
2.	Vertragskonzipierung	53
a)	Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Risikoplanung	53
b)	Erfüllungsplanung	54
aa)	Regelungen zur Verwirklichung der Sachziele	54
bb)	Auflösung von Zielkonflikten	55
cc)	Gestaltungsfreiheit	56
dd)	Gesetzliche Vorgaben	57
c)	Risikoplanung	57
aa)	Konfliktgefahren	57
bb)	Sicherungs- und Sanktionsmechanismen zur Konfliktvermeidung und -lösung	57
cc)	Geltendmachung der Nichterfüllung	58
dd)	Konfliktlösungsmechanismen	58
3.	Vorsorge gegen Unsicherheiten	59
4.	Vertragstypen und -muster	60
a)	Entwicklung von Vertragstypen	60
b)	Umgang mit Vertragstypen	61
c)	Regelungstypen	62
d)	Vertragsmuster	62
V.	Kriterien zur Auswahl einer Gestaltung	63
1.	Primär- und Sekundärziele	64
2.	Rechtssicherheit	64
§ 5	Der Weg zum Vertrag	65
I.	Der erste Vertragsentwurf	65
II.	Vertragsverhandlungen	66
1.	Möglichkeit und Notwendigkeit	66
2.	Die Rolle des Vertragsgestalters in Verhandlungen	66
3.	Die Vertragsverhandlung im Einzelnen	67
a)	Verhandlungsplanung und -struktur	67
b)	Verhandlungsstil und -atmosphäre	67

c)	Verhandlungstypen	68
d)	Verhandlungsmacht	68
e)	Verhandlungsspielraum	69
f)	Verhandlungsstrategien	69
aa)	Grundkonzepte	69
bb)	Insbesondere: Das Harvard-Konzept	70
(1)	Trennung von Sach- und Beziehungsebene	70
(2)	Verhandlung ausgerichtet an Interessen anstelle von Positionen	70
(3)	Entwicklung einer Lösung zum beiderseitigen Vorteil	71
(4)	Anwendung objektiver Entscheidungskriterien	71
(5)	Entwicklung der besten Alternative zur Übereinkunft	71
g)	Instrumente der Einflussnahme	72
aa)	„Fuß-in-die-Tür“-Technik	72
bb)	„Tür-ins-Gesicht“-Technik	73
III.	Gesamtschau	74
§ 6	Vertragstechnik	75
I.	Vertragssprache	75
II.	Vertragsinhalt	75
III.	Vertragsstruktur	77
IV.	Vertragsaufbau	77
V.	Vertragsabschluss	79
§ 7	Vertragscontrolling	80

TEIL 2: EINFÜHRUNG IN DIE PRAXIS DER VERTRAGSGESTALTUNG

§ 8	Vertragsgestaltung im Kaufrecht/Arbeitsschritte für die Vertragsgestaltung im Allgemeinen	81
I.	Überblick	81
II.	Kauf einer beweglichen Sache	81
1.	Vorbereitende Überlegungen	82
a)	Ist der Sachverhalt hinreichend klar?	82
b)	Ist die Gestaltungsaufgabe eindeutig fixiert?	82
c)	Wie ist die Interessenlage der Vertragsbeteiligten?	82
2.	Entwicklung der Gestaltung	83
a)	Einordnung der vertragsrechtlich zu regelnden Themen	83
b)	Die Stoffsammlung	83
aa)	Zwingender Inhalt von Verträgen	83
bb)	Empfehlenswerter Inhalt von Verträgen	84
cc)	Allgemeine Vertragsklauseln	84
dd)	Die Präambel bzw Vorbemerkung	84
ee)	Die Vollständigkeit	85
c)	Der materiellrechtliche Inhalt	85
aa)	Unproblematische Regelungen	86
bb)	Übernahme gesetzlicher Regelungen	86
cc)	Ausgestaltung problematischer Themenbereiche	86

d)	Die Gliederung des Vertrags	86
e)	Die Formulierung des Vertrags	86
f)	Checkliste: Arbeitsschritte der Vertragsgestaltung	87
g)	Checkliste: Überlegungen zu den Vertragsthemen	88
3.	Die Person des Vertragsgestalters	88
a)	Der Interessenvertreter des Käufers	88
b)	Der Interessenvertreter des Verkäufers	89
c)	Der Rechtsberater für beide Parteien	89
4.	Hilfsmittel für die Ermittlung der Gegenleistung (2. Variante)	89
5.	Die Grenzen der Vertragsgestaltung	90
a)	§§ 134, 138 BGB	91
b)	§ 242 BGB	91
c)	§§ 305–310 BGB (Allgemeine Geschäftsbedingungen)	91
6.	Musterlösung: ausformulierter Kaufvertrag über die Veräußerung eines gebrauchten Kraftfahrzeugs	91
7.	Lösung der 3. Variante	93
a)	AGB-rechtliche Regelungen der §§ 305 ff BGB	93
b)	Verbrauchsgüterkauf	93
III.	Kauf einer Immobilie	93
1.	Einführende Hinweise	94
2.	Basiswissen zu Immobilienverträgen	94
a)	Zum Grundbuch	94
b)	Zur Finanzierung	95
c)	Das Grundbuch als Sicherungsmittel	95
3.	Vorbereitende Überlegungen	96
4.	Entwicklung der Gestaltung	97
a)	Erstellung des Vertragsentwurfs	97
aa)	Heranziehung von Formularbüchern	97
bb)	Struktur von Grundstückskaufverträgen	97
b)	Zur Zusatzüberlegung	98
aa)	Vertragsgestaltung und Steuerrecht	98
bb)	Die Einkunftsarten des EStG	99
cc)	Vorsicht bei steuermotivierten Verträgen	99
dd)	Steuerliche Auswirkungen des Immobilienerwerbs	100
c)	Zur Sachverhaltsalternative	100
aa)	Zur Rechtsnatur des Bauträgervertrags	100
bb)	Die Baubeschreibung	101
cc)	Das Wohnungseigentum, die Teilungserklärung und die Abgeschlossenheitsbescheinigung	102
dd)	Die Makler- und Bauträgerverordnung	103
ee)	Ergebnis	103
IV.	Kauf einer Anwaltspraxis	104
1.	Zu den „internen“ Vereinbarungen	104
2.	Entwicklung der Gestaltung	104
a)	Praxiskaufvertrag	104
aa)	Der Verkäufer der Anwaltspraxis	104
bb)	Zum Gegenstand des Praxiskaufvertrags	105
cc)	Die Forderungen des verstorbenen Rechtsanwalts	106

dd) Die Dauerschuldverhältnisse	106
ee) Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz	106
b) Exkurs: Ermittlung eines angemessenen Kaufpreises/Unternehmenswertes	107
c) Gestaltungsmöglichkeiten beim Praxiskauf einer Rechtsanwalts-GmbH	108
aa) share deal oder asset deal	108
bb) Die due diligence	110
cc) Zum Ablauf eines Unternehmenskaufs/Transaktionsverfahrens	110
dd) Wahl des Kaufmodells	111
§ 9 Vertragsgestaltung im Schenkungsrecht	113
I. Überblick	113
II. Schenkungen unter Eheleuten	113
1. Einführende Hinweise	113
2. Vorbereitende Überlegungen	114
3. Exkurs: Die unbenannten („ehebedingten“) Zuwendungen	114
4. Die rechtlichen Rahmenbedingungen	115
a) Anfechtungsrecht	115
b) Steuerrecht	115
5. Entwicklung der Gestaltung	116
a) Erstellung des Vertragsentwurfs	116
b) Lösungsvorschlag	116
6. Exkurs: Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht	116
§ 10 Vertragsgestaltung im Mietrecht	118
I. Überblick	118
II. Mietvertrag über Wohnraum	118
1. Vorbereitende Überlegungen	118
2. Entwicklung der Gestaltung	119
a) Mietsicherheit und Mietanpassungsklausel	119
b) Erstellung des Vertragsentwurfs	119
III. Mietvertrag über Büroräume in einer noch zu errichtenden Immobilie	120
1. Anwalt in eigener Sache	120
2. Entwicklung der Gestaltung	121
a) Mietgegenstand	121
b) Mietzins	121
c) Laufzeit	122
d) Fertigstellungsrisiko und Fertigstellungsfrist	122
e) Betriebskosten/Nebenkosten	122
f) Sonstige Regelungen	122
g) Erstellung des Vertragsentwurfs	123
§ 11 Vertragsgestaltung im Dienst- und Arbeitsvertragsrecht	124
I. Überblick	124
II. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag	124
1. Einführende Hinweise	124
2. Vorbereitende Überlegungen	125

3.	Entwicklung der Gestaltung	125
a)	Erstellung des Vertragsentwurfs	125
aa)	Die Vertretung der Gesellschaft	125
bb)	Die Aufgaben des Geschäftsführers	126
cc)	Die Vergütung des Geschäftsführers	126
(1)	Die Festvergütung	126
(2)	Die variable Vergütung	127
(3)	Sonstige Nebenleistungen, insbesondere Versicherungen	127
dd)	Die Dauer des Anstellungsvertrags	127
ee)	Das Wettbewerbsverbot	128
b)	Die Gliederung des Anstellungsvertrags	128
c)	Zur Sachverhaltsvariante	129
III.	Der Dienstvertrag (für freie Mitarbeiter)	130
1.	Einführende Hinweise	130
2.	Vorbereitende Überlegungen	131
3.	Entwicklung der Gestaltung	131
a)	Erstellung des Vertragsentwurfs	131
b)	Zur Sachverhaltsvariante	132
§ 12	Vertragsgestaltung im Werkvertragsrecht	134
I.	Überblick	134
II.	Der Bauvertrag nach BGB	134
1.	Vorbereitende Überlegungen	135
2.	Entwicklung der Gestaltung	136
a)	Schlüsselfertig-Vertrag	136
b)	Bauvertrag mit Einzelvergaben	137
c)	Zahlungsabwicklung	139
d)	Gewährleistung	140
e)	Absicherung der Vertragsparteien	140
aa)	Termingerechte Fertigstellung	140
bb)	Vermögensverfall des Bauunternehmers	141
cc)	Vermögensverfall des Bestellers	142
3.	Gliederung Bauvertrag	143
§ 13	Vertragsgestaltung im Maklerrecht	145
I.	Überblick	145
II.	Der Maklervertrag	145
1.	Einführende Hinweise	145
2.	Vorbereitende Überlegungen	146
3.	Erstellung des Vertragsentwurfs	146
§ 14	Vertragsgestaltung im Leasingrecht	149
I.	Überblick	149
II.	Der Leasingvertrag über Mobilien	149
1.	Einführende Hinweise	150
a)	Leasing als Alternative zum Kauf	150
b)	Die steuerrechtliche Behandlung des Leasings	150
c)	Das sale and lease back-Verfahren	151
2.	Vorbereitende Überlegungen	151

3.	Erstellung einer Gliederung für den Vertragsentwurf	151
a)	Der konkrete Vertragstext	151
b)	Allgemeine Leasingbedingungen	152
§ 15	Vertragsgestaltung im Franchising	153
I.	Überblick	153
II.	Franchising oder Filialisierung	153
1.	Einführende Hinweise	153
2.	Die Beratungssituation	154
a)	Zur Managementkapazität	154
b)	Zur Finanzierung	154
aa)	Eigenkapital	155
bb)	Mezzaninkapital	155
cc)	Fremdkapital	155
c)	Exkurs: Die Kreditvergabe	155
aa)	Die Sicherheiten	156
bb)	Basel II	156
cc)	Bonität und Rating	157
3.	Franchising als Alternative zur Filialisierung	157
4.	Das Franchise-System	158
a)	Der Merkmalskatalog	158
b)	Die Gliederung eines Franchisevertrags	159
§ 16	Vertragsgestaltung im Sachenrecht	160
I.	Überblick	160
II.	Miteigentum, Vormerkung, Hypothek, Grundschuld, Sicherungsübereignung, Dienstbarkeit	160
1.	Vorbereitende Überlegungen	161
2.	Entwicklung der Gestaltung	161
a)	Rechtsverhältnis zwischen Steffi und Mark (Miteigentümergeinschaft/Grundstücksgesellschaft)	162
aa)	Regelungsmöglichkeiten	162
bb)	Bruchteilsgemeinschaft/Miteigentum	163
(1)	Gleiche Anteile und gemeinschaftliche Verwaltung	163
(2)	Verfügbarmöglichkeit und Vorkaufsrecht	163
(3)	Lasten- und Kostentragung	164
(4)	Aufhebung der Gemeinschaft	164
(5)	Ergebnis	165
b)	Rechtsverhältnis zum Verkäufer des Hausgrundstücks (Vormerkung)	165
aa)	Risiken durch Vorbelastungen	166
(1)	Grundpfandrechte und deren Ablösung	166
(2)	Grundbuchkosten	166
bb)	Risiken durch nachvertragliche Umstände	167
(1)	Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung	167
(2)	Praktische Abwicklung des Grundstückskaufvertrags	168
(3)	Ergebnis	168
c)	Rechtsverhältnis zum Nachbarn (Grunddienstbarkeit)	169
aa)	Interessenlage	169

bb)	Grenzen schuldrechtlicher Bindung	169
cc)	Grunddienstbarkeit	170
(1)	Unterschiede zwischen „allgemeiner“ Grunddienstbarkeit und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit	170
(2)	Auswahl und Entwicklung der Gestaltung	171
(3)	Ergebnis	173
d)	Rechtsverhältnisse zur Bank (Grundpfandrechte, Sicherungsübereignung)	173
aa)	Sicherungsgrundschuld	173
(1)	Vergleich mit Hypothek	173
(2)	Differenzierung der Rechtsverhältnisse	175
(3)	Risiken nach Übertragung der Sicherungsgrundschuld und ihre Vermeidung	175
(4)	Ausgestaltung des Sicherungsvertrags	176
bb)	Sicherungsübereignung	176
cc)	Ergebnis	178
3.	Zusammenhang der verschiedenen Regelungen	179
III.	Erbbaurecht	181
1.	Vorbereitende Überlegungen	182
2.	Entwicklung der Gestaltung	182
a)	Mietvertrag	182
aa)	Sicherung der Dauerhaftigkeit	182
bb)	Sicherung vor Vermögensverfall des Vermieters	182
cc)	Besicherung im Rahmen der Finanzierung	183
dd)	Ergebnis	183
b)	Erbbaurecht	183
aa)	Wesen und Vorteile des Erbbaurechts	183
bb)	Ergebnis	185
§ 17	Vertragsgestaltung im Vereinsrecht	187
I.	Überblick	187
II.	Vereinsgründung	187
1.	Vorbereitende Überlegungen	188
2.	Entwicklung der Gestaltung	188
a)	Rechtliche Struktur des Vereins	188
aa)	Abgrenzung des Idealvereins von einem wirtschaftlichen Verein	188
bb)	Persönliche Haftung	189
cc)	Gründung	189
dd)	Eintragung	190
ee)	Vereinsname	190
ff)	Mitgliederwechsel	190
gg)	Finanzierung	190
hh)	Gemeinnützigkeit	191
ii)	Bildung des Vorstands und Aufgabenverteilung	191
jj)	Satzungsänderungen	191
kk)	Ergebnis	192
b)	Realisierbarkeit der Vereinsziele	192
c)	Gründungsvorbereitungen	193

d) Gründungsversammlung	194
e) Gründungsprotokoll	194
f) Vereinssatzung	195
§ 18 Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht	197
I. Überblick	197
II. Die Gründung einer Anwaltsgesellschaft	197
1. Vorbereitende Überlegungen	197
2. Erstellung der Themenliste	198
a) Zur Grundstruktur von Gesellschaftsverträgen	198
aa) Vertragliche Grundlagen	198
bb) Innere Ordnung und Vertretung der Gesellschaft	198
cc) Strukturänderungen der Gesellschaft	198
dd) Allgemeine Bestimmungen/Sonderregelungen	199
b) Themenliste/Aufbauschema für Gesellschaftsverträge	199
c) Beantwortung der Ausgangsfrage	200
3. Weiterführung des Falls	200
a) Einführende Hinweise	200
b) Exkurs: Anwaltliche Vergütungssysteme	200
c) Die Gliederung des Gesellschaftsvertrags einer Anwalts-GbR	201
d) Der Gesellschaftsvertrag einer Anwalts-GmbH	202
aa) Die gesetzlichen Vorgaben	202
bb) Die wesentlichen Merkmale einer Rechtsanwalts-GmbH	203
e) Die Partnerschaftsgesellschaft	203
III. Die Gründung einer gewerblich tätigen Gesellschaft	204
1. Einführende Hinweise	204
2. Grundsatzüberlegungen	204
a) Die Gründung einer neuen Gesellschaft	204
b) Die Rechtsformwahl	205
c) Thematische Schwerpunkte bei der Gestaltung von Gesellschafts- verträgen	207
aa) Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers/der Geschäftsführer	207
bb) Kompetenzabgrenzung zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung	207
cc) Gewinnverteilung/Entnahmen	207
dd) Beschlussmehrheiten	208
ee) Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen	208
ff) Abfindungsregelungen	209
gg) Wettbewerbsvereinbarungen	209
hh) Schiedsgerichtsvereinbarung	210
3. Die konkrete Entscheidung	210
a) Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften	210
b) Wahl der GmbH & Co. KG	210
4. Die juristische Umsetzung der Geschäftsidee	211
a) Die Gründung der GmbH & Co. KG	211
b) Die Beteiligung der Kinder	213
c) Exkurs: Zum Handelsregister	213
d) Der Kauf des Patents	214

e) Die Überlassung des Patents an die NewCo zur Nutzung	214
f) Der Werkvertrag über die Herstellung der Snackautomaten	215
g) Abschluss weiterer notwendiger Verträge	215
5. Abschlussüberlegung	215
§ 19 Vertragsgestaltung im Recht der Eheverträge	217
I. Überblick	217
II. Der Ehevertrag junger Eheleute	217
1. Einführende Hinweise	218
2. Vorbereitende Überlegungen	218
a) Rechtslage vor der Heirat	218
b) Rechtslage nach der Heirat	219
aa) Das Familienrecht	219
bb) Das Erbrecht	219
c) Gestaltungsüberlegungen	220
aa) Zum Güterstand	220
bb) Zum Versorgungsausgleich	220
cc) Zum nachehelichen Unterhalt	221
dd) Zum Erbrecht	221
3. Erstellung des Ehevertragsentwurfs	221
§ 20 Vertragsgestaltung im Erbrecht	224
I. Überblick	224
II. Das erbrechtliche Beratungsgespräch	224
1. Einführende Hinweise	224
a) Zur Privaterbfolge	225
b) Die Testierfreiheit	225
c) Die Familienerbfolge	225
d) Die unabdingbaren Rechtsinstitute des Erbrechts	225
aa) Das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession)	225
bb) Der erbrechtliche Formen- und Typenzwang	226
cc) Das Pflichtteilsrecht	226
2. Vorbereitende Überlegungen	226
3. Der erbrechtliche Fragenkatalog	226
a) Klärung der persönlichen Verhältnisse des potenziellen Erblassers	226
aa) Persönliche Daten	226
bb) Status des potenziellen Erblassers	227
cc) Struktur des aktuellen und möglicherweise zu vererbenden Vermögens	227
dd) Liquides und sonstiges Vermögen	227
b) Die gesetzliche Erbfolge	227
c) Bindung des Erblassers an frühere, anderweitige letztwillige Ver- fügungen	227
d) Gestaltungsziel des Erblassers	228
e) Berücksichtigung steuerlicher Faktoren	228
III. Das gemeinschaftliche Testament	229
1. Einführende Hinweise	230
a) Gesetzliche Instrumente der Testamentsgestaltung	230

b) Formen letztwilliger Verfügungen	230
c) Einzeltestament, Ehegattentestament, Erbvertrag	230
d) Einheitslösung oder Trennungslösung	231
2. Vorbereitende Überlegungen	231
3. Entwicklung der Gestaltung	232
a) Strukturen der einzelnen Testamentselemente	232
b) Der Textvorschlag	233
4. Exkurs: Kosten eines notariellen Testaments/eines notariellen Erbvertrags	234
IV. Das Unternehmertestament	235
1. Einführende Hinweise	235
2. Vorbereitende Überlegungen	235
a) Notwendigkeit des Unternehmertestaments	235
b) Begrenzter Empfehlungskatalog	236
c) Zu berücksichtigende Störfaktoren	236
d) Herausarbeiten von Zielen und Zielkonflikten	236
3. Umsetzungsmaßnahmen	237
a) Frühzeitige begleitende Vorsorge	237
b) Vorsorgemaßnahmen	237
c) Keine Selbstbindung des Unternehmers	237
d) Testamentsvollstreckung	237
e) Drittbestimmung des Unternehmensnachfolgers	237
4. Entwicklung der Gestaltung	238
a) Erbinsetzung	238
b) Wertmäßiger Ausgleich	238
§ 21 Vertragsgestaltung mit AGB	240
I. Überblick	240
II. Entwurf von AGB für ein Dienstleistungsunternehmen	241
1. Vorbereitende Überlegungen	242
2. Entwicklung der AGB	242
a) Bestehen eines Regelungsbedürfnisses	242
aa) Bestimmung des Vertragstyps	243
bb) Ermittlung eines Regelungsbedarfs	243
cc) Disponibilität der gesetzlichen Regelung	244
dd) Ergebnis im Beispielfall	244
b) Realisierbarkeit der Regelungsziele	245
aa) Anwendungsbereich und Prüfungsumfang der AGB-Kontrolle	245
bb) Inhaltskontrolle	245
(1) Regelungsziel Nr. 2	245
(2) Regelungsziel Nr. 3	246
(3) Regelungsziel Nr. 4	247
(4) Regelungsziel Nr. 5	249
(5) Regelungsziel Nr. 6	250
(6) Gesamtergebnis der Inhaltskontrolle	251
c) Formulierung der Regelungsziele	252
d) Ausgestaltung der Einbeziehung	252
aa) Hinweis auf die AGB	253
bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme	253

Inhalt

cc) Einbeziehung im kaufmännischen Geschäftsverkehr	253
dd) Ergebnis	254
Schrifttum	255
Stichwortverzeichnis	263

Bearbeiterverzeichnis

Es haben bearbeitet

§§ 1 bis 7: Raphael Koch

§ 12, §§ 16 und 17 sowie § 21: Lutz Aderhold

§§ 8 bis 11 , §§ 13 bis 15 sowie §§ 18 bis 20: Karlheinz Lenkaitis

TEIL 1:

METHODIK UND STRUKTUR DER VERTRAGSGESTALTUNG

„Jener (*der streitende Advokat*) ist beglückt durch den Triumph eines Sieges; dieser (*der beratende Anwalt*), wenn seine scheinbar unterkühlte Gedankenarbeit einen Vorschlag, einen Briefentwurf, eine Vertragsfassung, ein Gutachten zustande bringt, deren Inhalte unangreifbar sind oder die zukünftige Linie des Handelns verändern oder die auch nur den komplizierten Stoff harmonisieren und in verständlicher und übersichtlicher Form präsentieren.“¹

§ 1 Einleitung

Aus dem Studium sind es angehende Juristen gewohnt, streitige Fälle zu bearbeiten. Ein Anspruch oder eine Mehrheit von Ansprüchen, die Ableitung subjektiver Rechte oder die Rechtslage ist aufgrund eines feststehenden Sachverhalts zu prüfen.² Gelernt und angewandt wird als juristische Methodenlehre vor allem die Subsumtion, dh die Anwendung der Gesetze auf den Lebenssachverhalt.³ Die Tätigkeit des Richters, der die ihm vorgelegten Fälle entscheidet, entspricht dieser Arbeitsweise und wird allgemein als Dezisionsjurisprudenz⁴ bezeichnet.

Unter Vertragsgestaltung (Kautelarjurisprudenz)⁵ versteht man demgegenüber die rechtliche Beratung. Es handelt sich um „eine zeit- und zukunftsgerichtete Gestaltung von privaten Lebensverhältnissen mit den Mitteln und in den Grenzen des Rechts“.⁶ Anders als die Streitentscheidung ist die Vertragsgestaltung zukunftsorientiert, ein schöpferischer und kreativer Prozess. Es handelt sich um lebendes Recht, welches „*paper law*“ in „*law in action*“ verwandelt, indem es eine Brücke zwischen der Rechtsordnung und dem sozialen Leben baut.⁷

Die Vertragsgestaltung dient der Umsetzung der (wirtschaftlichen) Sachziele des Mandanten, indem ein Lebenssachverhalt rechtlich (vertraglich) abgesichert, verändert, herbeigeführt oder verhindert wird.⁸ Zugleich erfüllt sie eine streitvermeidende Funktion, die gegenüber einer Streitleistung durch ein gerichtliches Verfahren Vorteile bietet.⁹ In einem streitigen Verfahren werden in der Regel Emotionen ausgelöst, die nicht nur be-

1 Franzen, Anwaltskunst, S. 241 f.

2 Medicus/Petersen, BR, Rn 1 ff; kritisch zur Anspruchsmethode Großfeld JZ 1992, 22, 25.

3 Langenfeld, Vertragsgestaltung, Kap. 2 Rn 1; Zawar JuS 1992, 134; ausführlich Haft, Rhetorik, S. 75 ff und S. 153 ff; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 99 ff.

4 Wolf/Neuner, BGB AT, § 39 Rn 5; Rehbinder, Vertragsgestaltung, S. 1.

5 Der Begriff Kautelarjurisprudenz entstammt dem römischen Recht. Kautel (*cautela*) bedeutet Vorbehalt, Absicherung, insbesondere im Vertrag. Heute wird der Begriff weiter verstanden und umfasst neben der Gestaltung von Rechtsbeziehungen durch Verwendung vorformulierter Vereinbarungen allgemein die vertragsgestaltende Tätigkeit; siehe Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort „Kautelarjurisprudenz“. Zur Kautelarjurisprudenz im römischen Recht siehe Flume DNotZ 1969, Sonderheft zum 18. Deutschen Notartag, 30 ff.

6 Grundlegend Rehbinder AcP 174 (1974), 265, 266; siehe auch Medicus, BGB AT, Rn 465 ff.

7 Rehbinder AcP 174 (1974), 265, 301 f; Bockemühl DNotZ 1967, 532, 534; siehe auch Haverkate JuS 1996, 478, 482.

8 Schmittat, Vertragsgestaltung, Rn 17.

9 Medicus, BGB AT, Rn 457 ff (auch zu den Grenzen der Streitvermeidung, etwa bei deliktischen Handlungen); Zankl, Vertragssachen, Rn 2.

stehende persönliche Beziehungen, sondern auch Geschäftsbeziehungen belasten können. Schließlich ist eine kluge Vertragsgestaltung unter ökonomischen Gesichtspunkten sinnvoll, denn durch sie können zeit- und kostenintensive Rechtsstreitigkeiten vermieden werden.¹⁰

4 ► „DAS PARADOXON DES PROTAGORAS“¹¹

Die Vorzüge einer klugen Vertragsgestaltung werden an dem Paradoxon des Protagoras deutlich. Der griechische Rechtsgelehrte *Protagoras* unterrichtete einen armen, jedoch talentierten Schüler ohne Honorar. Als Ausgleich vereinbarten sie, dass der Student, wenn er seine Studien abgeschlossen und seinen ersten Fall gewonnen haben werde, an *Protagoras* einen bestimmten Betrag werde zahlen müssen. Der Student schloss seine Studien ab, übernahm aber keinen Rechtsfall. Nach einiger Zeit verklagte *Protagoras* seinen Schüler wegen des nicht bezahlten Betrags. Vor Gericht argumentierte der Schüler: Wenn ich den Fall gewinne (weil er im Zeitpunkt des Urteils noch keinen Fall gewonnen hatte), muss ich *per definitionem* nicht zahlen (denn: Abweisung der Klage auf Zahlung). Wenn ich den Fall verliere, habe ich meinen ersten Fall noch nicht gewonnen, und ich habe vereinbart, *Protagoras* nicht zu bezahlen, bevor ich nicht meinen ersten Fall gewonnen habe. Ob ich den Fall gewinne oder verliere, ich muss in keinem Fall zahlen. *Protagoras* argumentierte: Wenn mein Schüler den Fall verliert, muss er *per definitionem* zahlen (denn um diese Frage geht es in diesem Prozess). Wenn er den Prozess gewinnt, hat er seinen ersten Fall gewonnen und muss ebenfalls an mich zahlen. Ob ich den Fall gewinne oder verliere, in jedem Fall bekomme ich mein Geld. Wer ist im Recht?

Sowohl die Argumente des Schülers als auch von *Protagoras* leuchten auf den ersten Blick ein. Die Situation erscheint paradox. Wahrscheinlich würde der Richter dem Schüler Recht geben. Zurzeit hat der Schüler noch keinen Fall gewonnen. Erst wenn dieser Fall abgeschlossen ist, hat er dadurch seinen ersten Fall gewonnen. In einem weiteren Prozess würde *Protagoras* seinen Anspruch geltend machen können.¹² Freilich kann man insoweit wiederum fragen, ob es sich als Rechtsmissbrauch darstellt, dass *Protagoras* über den von ihm initiierten Prozess die Voraussetzungen für seinen Anspruch schafft. Vielleicht ist die Vereinbarung dahin gehend auszulegen, dass der Schüler einen Mandanten vertreten muss und für diesen einen Fall gewinnen muss, es hingegen nicht ausreicht, in eigener Sache tätig gewesen zu sein.

Der Streit hätte sich durch eine vorausschauende Vertragsgestaltung vermeiden lassen. Die Parteien hätten eine genaue Vereinbarung über die Rechtsfolgen treffen können, etwa darüber, ob ein erfolgreicher Prozess in eigener Sache ausreichend ist, um die Voraussetzungen des Anspruchs zu begründen. In dem Vertrag hätte darüber hinaus geregelt werden können, ob der Schüler verpflichtet ist, Fälle zu übernehmen. *Protagoras* hätte, wenn der Schüler die Übernahme von Fällen trotzdem ablehnt, einen Anspruch aus Vertragsverletzung geltend machen können.¹³ Gegebenenfalls hätte verabredet werden können, dass der Schüler nach einem gewissen Zeitraum einen bestimmten Betrag selbst dann zahlen muss, wenn er keine Fälle übernimmt. Eine präzise Vereinbarung hätte somit dazu beitragen können, dass beide Parteien ihre Ziele erreichen. ◀

10 Schwarzmann JuS 1972, 79, 80. Ein Prozess kann ebenfalls der zukünftigen Streitvermeidung dienen, indem Rechtsfragen durch den BGH geklärt werden. Ein solches Anliegen verfolgen etwa sog. Musterprozesse; Medicus, BGB AT, Rn 458.

11 Aus Smullyan, Wie heißt dieses Buch?, S. 164 (Rätsel Nr. 250).

12 Die Rechtskraft des ersten Urteils würde einer erneuten Klage nicht entgegenstehen, weil die erste Klage „als zurzeit unbegründet“ abzuweisen wäre; siehe dazu Musielak, in: Musielak/Voit, § 322 Rn 29 und 51.

13 Zavar JuS 1992, 134, 135.

I. Vertragsgestaltung in der universitären Lehre

Von den in der Ausbildung befindlichen Juristen wurde die Rechtsgestaltung früher kaum einmal verlangt.¹⁴ Vorlesungen, Seminare oder Übungen erläuterten die Falllösungstechnik oder vermittelten rechtsdogmatisches und geschichtliches Wissen. Eine Aneignung der für eine Vertragsgestaltung erforderlichen Fähigkeiten erfolgte erst mit Berufseinstieg. Nun ist gegen ein „*learning by doing*“ und die Anleitung durch einen erfahrenen Rechtsanwalt nichts einzuwenden. Gleichwohl sollte die Vorbereitung auf die Herausforderungen des Berufslebens Bestandteil der universitären Lehre sein. Die Vertragsgestaltung spielt in der Praxis eine bedeutende Rolle. Insbesondere im Wirtschaftsrecht tätige Juristen beschäftigen sich täglich mit der Aufgabe, schwierige Sachverhalte einer interessengerechten Lösung durch Vertragsgestaltung zuzuführen. Studierende müssen daher jedenfalls die Grundlagen der Vertragsgestaltung kennen und die Fähigkeit zu konstruktiv-gestalterischen Überlegungen erlernen. Dabei kann es nicht darum gehen, die praktische Art und Weise des Arbeitens als Anwalt (*Wie* arbeitet ein Anwalt?) zu erlernen – dies bleibt richtigerweise dem Referendariat und der Phase des Berufsbeginns überlassen. Eine Eingewöhnungs- und Lernzeit im Referendariat und im Anwaltsberuf soll und kann durch eine anwaltsorientierte universitäre Ausbildung nicht ersetzt werden. Vielmehr müssen im Studium die Grundlagen, die Methodik und die Struktur (*Warum* arbeitet ein Anwalt so?) – wissenschaftlich reflektiert und untermauert – vermittelt werden. Die Universität ist der Ort für die Vermittlung einer reflektierten Denkweise und Arbeitsmethodik.¹⁵

So verstanden bedeutet die universitäre Lehre der Vertragsgestaltung nicht den Verzicht auf Wissenschaftlichkeit,¹⁶ der sie verpflichtet ist. Die anwaltliche Perspektive ist als Bestandteil der *Rechtswissenschaft* zu begreifen und mit wissenschaftlichem Anspruch zu vermitteln. Die Vertrags- bzw Rechtsgestaltung muss immanenter Bestandteil sein, ihre Lehre muss sich an den Maßstäben der rechtswissenschaftlichen Lehre ausrichten und somit positives Wissen mit methodischen Grundsätzen, der Schaffung und Befolgung einer inneren Systematik sowie einer kritischen Grundhaltung vereinen.¹⁷

Die rechtsberatende Praxis hat folgerichtig Eingang in das DRiG und die Juristenausbildungsgesetze der Länder gefunden.¹⁸ § 5a Abs. 3 S. 1 DRiG verlangt in den Inhalten des Studiums neben der rechtsprechenden und verwaltenden Praxis die Berücksichtigung der rechtsberatenden Praxis einschließlich der hierfür erforderlichen Schlüsselqualifikationen. In einem (nicht abschließenden und nur hinsichtlich seiner Zielvorgabe verbindlichen) Katalog werden Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit als Schlüsselqualifikationen genannt. Ziel der Änderung ist es, die Studierenden im Laufe des Studiums wiederholt und nachdrücklich mit der anwaltlichen Perspektive

14 *Medicus*, BGB AT, Rn 460; *Rehbinder AcP* 174 (1974), 265 ff; *Rittershaus/Teichmann*, in: FS Spiegelberger, S. 1457, 1458.

15 *Rehbinder AcP* 174 (1974), 265, 275; *Rittershaus/Teichmann*, in: FS Spiegelberger, S. 1457, 1461; *Zawar JuS* 1994, 545, 546.

16 *Haverkate JuS* 1996, 478, 482; *Rittershaus/Teichmann*, in: FS Spiegelberger, S. 1457 ff.

17 *Berger BRAK-Mitt.* 2005, 169 ff; siehe auch *Zawar JuS* 1994, 545, 546; siehe bereits das Plädoyer für die Kautelarjurisprudenz als Bestandteil der Juristenausbildung von *Schollen DNotZ* 1977, Sonderheft zum 20. Deutschen Notartag, 28 ff.

18 Die Änderungen sind durch das Gesetz zur Reform der Juristenausbildung vom 11.7.2002 beschlossen worden und am 1.7.2003 in Kraft getreten; BGBl. I 2002, S. 2592.

und Vorgehensweise zu konfrontieren.¹⁹ Die rechtsberatende Praxis soll Teil der staatlichen und universitären Prüfungen sein (§ 5d Abs. 1 S. 1 DRiG). Die Universitäten haben auf die Notwendigkeit der Vermittlung vertragsgestalterischer Fähigkeiten reagiert. Veranstaltungen mit dem Schwerpunkt der Vertrags- bzw Rechtsgestaltung gehören mittlerweile zum Standardlehrrangebot.

II. Anliegen und Inhalt der Darstellung

- 8 Die Gestaltung von Recht, insbesondere durch Verträge, ist Gegenstand dieses Buchs. Im Vordergrund steht nicht die Vermittlung des materiellen Rechts, sondern darauf aufbauend die Methodik und das Instrumentarium der Vertragsgestaltung. Die Probleme, mit denen sich der Kautelarjurist auseinandersetzen hat, sind andere als diejenigen, die sich dem Richter oder dem forensisch tätigen Anwalt stellen.²⁰ Aus den Besonderheiten ergibt sich die Notwendigkeit einer eigenständigen Methodik,²¹ die in diesem Buch erläutert werden soll. Die Ausführungen gelten im Grundsatz gleichermaßen für die gestaltende Tätigkeit der Rechtsanwälte, Unternehmensjuristen und Notare. Unterschiede ergeben sich, weil Rechtsanwalt und Unternehmensjurist als Interessenvertreter agieren, während der Notar als unparteiischer Betreuer der Beteiligten handelt.
- 9 Die Darstellung gliedert sich konzeptionell in zwei Teile. In Teil 1 werden die Methodik und Struktur der Vertragsgestaltung behandelt. In Teil 2 werden einzelne Gestaltungssituationen analysiert und Gestaltungsvorschläge unterbreitet. Dabei werden schwerpunktmäßig die in der Rechtspraxis gängigen Vertragstypen besprochen. Anhand der Beispiele werden die notwendigen Kenntnisse vermittelt, um solche typischen Sachverhaltskonstellationen kunstgerecht zu regeln. Konkret geschieht dies anhand von Situationen, die das (fiktive) junge Paar Steffi Klug und Mark Pfiffig aus Münster erlebt. Insoweit wird das Paar auf ihrem Weg durch das Leben begleitet und beraten. Dabei wird immer wieder auf Teil 1 Bezug genommen, um die dort gewonnenen Erkenntnisse in der Problemlösung anzuwenden. Ziel ist es, junge Juristen methodisch zu befähigen, interessengerechte Verträge zu entwerfen und gegebenenfalls zu verhandeln. Die Musterfälle werden durch eine allgemeine Einführung eingeleitet. Sie verfolgt den Zweck, dem jungen Juristen den Hintergrund der Aufgabenstellung zu verdeutlichen. Es erfolgt, soweit das notwendig erscheint, ein Überblick über das entsprechende materielle Recht. Überdies wird zu einzelnen Problemen im Wege eines Exkurses Stellung genommen. Auf ausformulierte Vertragsmuster wird in der Regel verzichtet. Hierfür kann auf die Formularbücher verwiesen werden. Mit ihnen richtig umzugehen, soll der junge Jurist lernen und nach Lektüre dieses Buchs nach Möglichkeit beherrschen. Lediglich einige wenige Vertragstexte werden exemplarisch vorgestellt. Häufig genügt es, einzelne Formulierungen vorzuschlagen, um den Umgang mit der richtigen Vertragssprache zu erlernen. Schließlich werden einige Verträge in Gliederungsform skizziert, um einen Überblick über die vertragsrechtlich zu regelnden Themen zu geben.

¹⁹ BT-Drucks. 14/7176, S. 10.

²⁰ Zwischen Dezisions- und Kautelarjurisprudenz kommt es gleichwohl zu Wechselwirkungen. Die Entscheidung streitiger Fälle erfordert die Auslegung von Verträgen, der Gestalter von Verträgen muss bereits die unter Umständen später notwendige Auslegung des Vertrags bedenken.

²¹ Grundlegend *Rehbinder* AcP 174 (1974), 265, 285; siehe auch *Rittershaus/Teichmann*, Vertragsgestaltung, Rn 107 ff.

Teilweise (vor allem in Teil 2) werden Rechtsmaterien behandelt, die dem Studierenden der unteren oder mittleren Semester nicht bekannt sein müssen. Sie wurden zur exemplarischen Anleitung ausgewählt, weil sich an ihnen die Methode des Vertragsjuristen und die sachgerechte Anwendung seines Instrumentariums besonders veranschaulichen lassen. Der Leser möge sich nicht entmutigen lassen, sofern er eine Aufgabenstellung nicht sogleich materiellrechtlich „lösen“ kann. Er sollte sich nach Lektüre des Sachverhalts anhand des Gesetzestexts, der jeweiligen Einführung in das materielle Recht und eines Kommentars oder Lehrbuchs einen Überblick über die Materie verschaffen – der Lerneffekt wird so am größten sein.

§ 2 Vertragsgestaltung und Vertragsgestalter

I. Gegenstand der Vertragsgestaltung

- 1 Unter dem Begriff der Vertragsgestaltung vereinen sich verschiedene Tätigkeiten, die wiederum vielfach ineinander übergehen. Sie dürfen daher keineswegs als jeweils abgeschlossene Materien betrachtet werden.

1. Entwurf und Umsetzung von Verträgen

- 2 Der Vertragsschluss als Ausübung der Privatautonomie ist wesentlicher und notwendiger Bestandteil unserer Rechtsordnung. Er wird notwendig – und damit vorhergehend sein Entwurf –, wenn eine Rechtsposition abgesichert oder verändert, ein Anspruch herbeigeführt oder verhindert werden soll.¹ Der Vertragsgestalter schafft im Rahmen der Vertragsfreiheit ein privates Regelungssystem für die Parteien.²

3 ► BEISPIEL:

Die Parteien eines Grundstückskaufvertrags können vereinbaren, dass der Käufer eines Grundstücks verpflichtet ist, die Erschließungsbeiträge auch für die Maßnahmen zu tragen, die bis zum Tage des Vertragsschlusses bautechnisch begonnen sind.³ Sie weichen damit von der gesetzlichen Rechtsfolge ab, nach der der Verkäufer diese Beiträge zu tragen hat. Die Möglichkeit einer solchen Vereinbarung ist explizit in § 436 Abs. 1 BGB erwähnt. Eine Vereinbarung, dass der Käufer vorleistungspflichtig ist, bedeutet gleichsam eine vertragliche Gestaltung abweichend von der gesetzlichen Regel des § 320 Abs. 1 S. 1 BGB (Leistung Zug-um-Zug). ◀

- 4 Dem Entwurf eines Vertrags folgt in der Regel das Ver- und Aushandeln der Vereinbarungen, der Abschluss sowie die Durchführung und Kontrolle des Vertrags.

2. Prüfung von Verträgen

- 5 Ein Anwalt kann eingeschaltet werden, um einen ausgehandelten Vertragsentwurf zu prüfen. Eine besondere Schwierigkeit liegt darin, dass der Anwalt im Entwurfsstadium nicht beteiligt war, so dass er keine Kenntnis von der Entstehung der Vereinbarung und den zugrunde liegenden Kompromissen besitzt. Er kann den Vertrag nicht lediglich über dessen Lektüre beurteilen, sondern muss den Sachverhalt und die Ziele ermitteln. Der Anwalt sollte zunächst selbst untersuchen, welche Regelungen zur Erreichung des Sachziels des Mandanten erforderlich sind. Kommt er sodann zu dem Ergebnis, dass die Interessen des Mandanten in dem Vertragswerk nicht vollständig berücksichtigt sind, muss er nach den Gründen fragen. Es kann sich um einen Kompromiss handeln, bei dem die Interessen der anderen Vertragspartei zu berücksichtigen waren. Davon abgesehen hat der Anwalt selbstverständlich zu prüfen, ob der Vertrag vollständig ist und keine inneren Widersprüche aufweist. Insgesamt weist die anwaltliche Vertragsprüfung somit Anforderungen auf, die einer sonstigen Vertragsgestaltung im Sinne

1 Schmittat, Vertragsgestaltung, Rn 1.

2 Insgesamt ist zu berücksichtigen, dass die Verträge des täglichen Lebens ohne Einschaltung eines Anwalts oder Notars geschlossen werden; dies gilt auch für die Verträge, die (häufig zu Beweis Zwecken) schriftlich abgeschlossen werden. Die Vertragsgestaltung durch einen Anwalt oder Notar erfolgt daher – abgesehen von der Einschaltung des Notars in den gesetzlich vorgesehenen Fällen – insbesondere in komplexen Situationen; siehe dazu *Rittershaus/Teichmann*, in: FS Spiegelberger, S. 1457, 1461.

3 Der Berater hat von sich aus auf diese Problematik hinzuweisen; BGH NJW 1994, 2283 f (für den Notar).

einer Vertragskonzipierung vergleichbar sind; keinesfalls handelt es sich lediglich um eine „Richtigkeitsprüfung“.⁴

3. Prüfung der Rechtslage in einem bestehenden Vertragsverhältnis

Neben dieser gestalterischen Tätigkeit kann der Anwalt mit der Prüfung der Rechtslage beauftragt sein.

► BEISPIEL:

Für ein laufendes Vertragsverhältnis soll geklärt werden, ob ein Rücktritt ausgeübt oder eine einvernehmliche Aufhebung des Vertrags erreicht werden kann. Insoweit kann sich für den Mandanten die Frage stellen, ob er von einem Vertrag zurücktreten sollte, obwohl er Schadensersatz geltend machen möchte. Eine Kumulierung von Rücktritt und Schadensersatz ist möglich (§ 325 BGB). Der Mandant ist somit darauf hinzuweisen, dass ein Rücktritt ihm nicht seine Schadensersatzansprüche nimmt. Der Schadensersatz ist in diesem Fall nach der Differenzmethode zu berechnen. Dem Mandanten ist aber auch Folgendes zu verdeutlichen: Tritt er zurück und fordert seine eigene Leistung nach Rücktrittsrecht zurück, kann er dem Schuldner seine Sache nicht „aufzwingen“. Bei bestimmten Geschäften kann es für ihn wirtschaftlich zweckmäßig sein, nicht zurückzutreten, sondern stattdessen Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen (§ 281 BGB) und seinen Schaden nach der Surrogationsmethode zu berechnen. Der Gläubiger kann seine Gegenleistung, die er noch nicht erbracht hat, erbringen (oder auf die Rückforderung der Gegenleistung verzichten) und Ersatz wegen der ausgebliebenen Leistung des Schuldners und etwaiger Folgeschäden verlangen.⁵ Die Möglichkeit kann vorteilhaft sein, wenn er gerade ein Interesse daran hatte, seine Sache „loszuwerden“, etwa weil die Unterhaltskosten hoch sind. Auf die Optionen und Folgen nebst Vor- und Nachteilen ist der Mandant hinzuweisen. Dabei ist auch zu erörtern, ob eine einvernehmliche Aufhebung des Vertrags vorteilhaft und zu erreichen wäre.⁶ ◀

4. Rechtsgeschäftsgestaltung

Die Vertragsgestaltung im engeren Sinne bezieht sich auf das zweiseitige Rechtsgeschäft. Gestaltungsbedarf kann allerdings ebenso bei individuellen oder kollektiven Rechtsgeschäften bestehen,⁷ zB bei einem Testament, Erlass einer Satzung, Entwurf von Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁸ (die später einmal Vertragsbestandteil werden sollen, siehe § 305 Abs. 2 BGB), einer Kündigung oder einer Anfechtung.

4 Schmittat, Vertragsgestaltung, Rn 68; Zankl, Vertragssachen, Rn 29.

5 Grüneberg, in: Palandt, § 281 Rn 20 ff; im Einzelnen sind die dem Gläubiger zur Verfügung stehenden Möglichkeiten umstritten; siehe dazu Emmerich, in: MünchKommBGB, vor § 281 Rn 24 ff; Ernst, in: MünchKommBGB, § 325 Rn 4 ff; Arnold ZGS 2003, 427 ff.

6 Teichmann JuS 2001, 870, 871.

7 Im Verhältnis zu dem Begriff der Vertragsgestaltung ist die Rechtsgeschäftsgestaltung der Oberbegriff. Gleichwohl wird im Folgenden der Begriff der Vertragsgestaltung im Sinne eines *pars pro toto* verwandt. Die Begrifflichkeit hat sich zum einen etabliert, zum anderen bezeichnet sie den wichtigsten Teilbereich der Rechtsgestaltung. Die Probleme der Rechtsgestaltung zeigen sich ganz besonders anhand von Verträgen; Teichmann JuS 2001, 870, 871; Zavar JuS 1992, 134; zum Verständnis des Begriffs der Vertragsgestaltung im weiteren Sinne siehe Rehbinde AcP 174 (1974), 265, 266 f; Schwarzmann JuS 1972, 79, 80; siehe auch Flume DNotZ 1969, Sonderheft zum 18. Deutschen Notartag, 30, 32: Begriff der Vertragsfreiheit als *pars pro toto* für die Freiheit der Rechtsgestaltung.

8 Zur Rechtsgestaltung durch AGB: § 20 Rn 8 ff; ferner (noch auf Grundlage des AGBC) Coester-Waltjen Jura 1999, 104 ff.

9 ► BEISPIEL: ENTWURF ALLGEMEINER GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

Ein Verkäufer kann ein Interesse daran haben, dass das Eigentum an seiner Ware nicht bereits mit der Übergabe auf den Erwerber übergeht, sondern erst bei vollständiger Kaufpreiszahlung. In jedem Einzelfall ausdrücklich einen Eigentumsvorbehalt zu vereinbaren, erscheint nicht effizient. Dem Verkäufer ist daher daran gelegen, ein „Standardregelwerk“ zu erhalten, welches er seinen Lieferungen zugrunde legt. Ihm ist somit die Verwendung Allgemeiner Lieferbedingungen zu empfehlen, die zwischen Verkäufer und Käufer jeweils das „Recht“ bestimmen. Es handelt sich um die Erarbeitung eines Regelwerks für eine Vielzahl von Fällen. ◀

II. Vertragsgestaltung im Vergleich zur richterlichen Tätigkeit

- 10 Die Kennzeichen der Vertragsgestaltung werden deutlich, wenn man sie mit dem Prozess der richterlichen Streitentscheidung vergleicht.

1. Rechtskenntnis und -anwendung als gemeinsamer Ausgangspunkt

- 11 Sowohl die Vertragsgestaltung als auch die richterliche Streitentscheidung erfordern die Kenntnis und Durchdringung der (materiellen und prozessualen) Rechtslage. Die materielle Rechtslage ist Ausgangspunkt der Überlegungen des Vertragsgestalters, denn nur auf deren Basis kann die Notwendigkeit vertraglicher Regelungen sowie die sachgerechte und auf den Einzelfall bezogene Anwendung der Gestaltungsinstrumente bewertet werden.

12 ► BEISPIEL:

Soll eine Forderung nebst Sicherungsgrundschuld übertragen werden, kann dies nur erfolgen, wenn man weiß, dass die Grundschuld aufgrund der fehlenden Akzessorietät nicht durch Abtretung der Forderung (§ 1153 Abs. 1 und § 401 BGB gelten nicht), sondern durch Abtretung der Grundschuld selbst übertragen wird.⁹ Übertragen werden muss daher die Forderung durch Abtretung gem. § 398 S. 1 BGB, die Abtretung der Grundschuld erfolgt im Falle einer Buchgrundschuld durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch (§§ 1154 Abs. 3, 873 Abs. 1 iVm § 1192 Abs. 1 BGB), im Falle einer Briefgrundschuld durch schriftliche Übertragungserklärung und Übergabe des Grundschuldbriefs (§ 1154 Abs. 1 iVm § 1192 Abs. 1 BGB). ◀

13 ► BEISPIEL:

Die Erarbeitung von AGB kann nur gelingen, wenn man beachtet, inwieweit eine Abweichung von gesetzlichen Regelungen formularmäßig erfolgen darf. Dazu bedarf es der Kenntnis der §§ 307 ff BGB und der sie konkretisierenden Rechtsprechung. ◀

2. Besondere Charakteristika der Vertragsgestaltung**a) Zukunftsgerichtete Perspektive**

- 14 Der Richter beurteilt im Rahmen der Streitentscheidung einen abgeschlossenen, in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt, den er nicht mehr beeinflussen kann. Seine Beurteilung ist rückwärts gerichtet, auch wenn die Folgen seiner Entscheidung in der Zukunft wirken.¹⁰ Diese Situation kann verglichen werden mit dem Lauf eines Films des

9 Staudinger, in: HK-BGB, § 1191 Rn 14; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 45 Rn 54 ff; im Einzelnen zur Abtretung der Grundschuld Clemente, Sicherungsgrundschuld, Rn 178 ff.

10 Rehlinger, Vertragsgestaltung, S. 1; Kanzleiter NJW 1995, 905.

Lebens, der an einem bestimmten Augenblick angehalten wird. Der Richter entscheidet über dieses Standbild. Er stellt die Rechtsfolgen des in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts autoritativ fest, indem er das Recht anwendet (*da mihi factum, dabo tibi ius*).¹¹

Für den Vertragsgestalter ist der Sachverhalt lediglich Ausgangspunkt. Die Vertragsgestaltung schaut nach vorne, weil sie gerade in der Zukunft wirken soll. Sie enthält eine Prognose über künftige Entwicklungen und muss Konfliktpotenzial bedenken.¹² Insofern sollte der Vertragsgestalter die möglicherweise entstehenden Rechtsprobleme antizipieren und sie vorsorglich regeln. In Anlehnung an *Flume* kann die Kautelarjurisprudenz mit der typischen Arbeit eines Arztes verglichen werden: Der Anwalt ermittelt Regelungsziele und den Sachverhalt, stellt eine „Diagnose“ und leitet zur Vermeidung von „Krankheiten“ gemeinsam mit dem Mandanten vorsorgende Maßnahmen ein.¹³

► BEISPIEL:

Nach dem Kauf eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks kann zwischen den Parteien Streit über die Zahlungspflicht auftreten. Der Richter hat den Streit anhand des Vertrags und der gesetzlichen Bestimmungen zu entscheiden. Dabei muss er prüfen, ob der Vertrag den besonderen gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen entspricht. Die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks und der schuldrechtliche Vertrag hierüber bedürfen der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (§§ 1, 2 GrdstVG). Der Anwalt oder Notar muss im Rahmen der Vertragsgestaltung ebenfalls die besonderen Erfordernisse berücksichtigen. Daneben muss er gegebenenfalls in der Zukunft liegende Umstände regeln, an die keine der Parteien bislang gedacht hat. So kann es sich empfehlen, eine Regelung darüber zu treffen, wer im Innenverhältnis haftet, wenn sich in der Zukunft Bodenverunreinigungen zeigen. Die Perspektive des Vertragsgestalters ist weiter; er muss zusätzlich diejenigen Aspekte beachten, die zurzeit zwischen den Parteien noch nicht aktuell geworden sind. ◀

b) Zweckprogramm

In der Regel gibt es für den Vertragsgestalter nicht *die* richtige Antwort, sondern alternative Antworten, deren Vor- und Nachteile abzuwägen und dem Mandanten zu verdeutlichen sind. Erforderlich ist ein Denken in Gestaltungsoptionen. Schließlich arbeitet der Vertragsgestalter ergebnisorientiert, indem er mit den rechtlichen Regeln und in ihren Grenzen versucht, das Sachziel des Mandanten zu verwirklichen.

Luhmann hat die Handlungen von Personen Entscheidungsprogrammen zugeordnet, wobei er zwischen dem sog. Konditional- und dem sog. Zweckprogramm unterscheidet.¹⁴ Diese Differenzierung kann auf das Handeln von Richter und Vertragsgestalter übertragen werden. Das Handeln des Richters gleicht dem Ablauf eines Konditionalprogramms („Wenn-Dann-Schema“). Sind die Voraussetzungen eines Tatbestands erfüllt, entscheidet er auf die angeordnete Rechtsfolge. Im Gegensatz dazu folgt der Vertragsgestalter einem Zweckprogramm. Es wird ein bestimmtes Ziel von dem Mandanten (in Zusammenarbeit mit dem Berater) definiert, welches durch Handlungen erreicht werden soll. Dabei können viele Wege zum Ziel führen, manche direkt, manche

11 *Rehbinder*, Vertragsgestaltung, S. 1; *Odersky* DNotZ 1989, Sonderheft zum 23. Deutschen Notartag, 45, 46; *Zawar* JuS 1992, 134.

12 *Rehbinder* AcP 174 (1974), 265, 288; *Jerschke* DNotZ 1989, Sonderheft zum 23. Deutschen Notartag, 21, 31.

13 *Flume* DNotZ 1969, Sonderheft zum 18. Deutschen Notartag, 30, 33: „Diagnose und Therapie“.

14 *Luhmann*, Rechtssystem, S. 24 ff.

über Umwege. Das Ergebnis dieses Zweckprogramms ist damit nicht – wie etwa bei einem Konditionalprogramm – logische Konsequenz von Voraussetzungen.¹⁵

c) Sachverhalts- und Sachzielermittlung

- 19 Der Zivilrichter legt der Rechtsfindung entsprechend dem Verhandlungsgrundsatz den von den Parteien vorgetragenen Tatsachenstoff zugrunde.¹⁶ Unter Umständen versucht er durch eine Beweiserhebung den streitigen Tatsachenvortrag zu klären, wenn zumindest eine Partei dies beantragt.¹⁷ Dem Vertragsgestalter werden die notwendigen Informationen nicht „mundgerecht serviert“, sondern er muss sie von seinem (juristisch regelmäßig nicht ausgebildeten) Mandanten erfragen.
- 20 Der Richter entscheidet über einen bestimmten Antrag (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Er ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was sie nicht beantragt hat (§ 308 Abs. 1 S. 1 ZPO). Der Vertragsgestalter muss zunächst das Sachziel des Mandanten erfragen oder mit ihm gemeinsam konkretisieren.

III. Berufsbilder des Vertragsgestalters

- 21 Als Gestalter von Verträgen werden Notare und Anwälte tätig,¹⁸ wobei bei letzteren wiederum differenziert werden kann zwischen dem Anwalt, der einen Mandanten im Einzelfall berät, und dem Syndikusanwalt, der generell für ein Unternehmen Verträge ausarbeitet und verhandelt.¹⁹ Die Rolle des Vertragsgestalters bestimmt in der Regel seine genaue Aufgabe und somit den Inhalt des Gestaltungsvorschlags.

1. Anwaltliche Vertragsgestaltung

- 22 Der Anwalt wird insbesondere als Gestalter von Verträgen tätig, wenn diese komplexe und komplizierte Regelungsinhalte betreffen und sich eine potenzielle Vertragspartei deshalb für den Rat eines Fachmanns entscheidet. Häufig sind Fälle betroffen, in denen der Anwalt im Vorfeld einer notariellen Beurkundung Verträge vorbereiten und aushandeln soll. Im Gegensatz zum Notar, der gem. § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO zur Unparteilichkeit verpflichtet ist, wird der Anwalt im Interesse seines Mandanten tätig (§ 1 Abs. 3 BORA). Neben der Erfüllung der Wünsche des eigenen Mandanten²⁰ muss er gleichwohl die Akzeptanzfähigkeit der Gestaltung für den Vertragspartner beachten,

15 Zur Übertragung der Entscheidungsprogramme auf die Arbeit von Richter und Anwalt ausführlich *Rittershaus/Teichmann*, Vertragsgestaltung, Rn 154 ff; *Teichmann* JuS 2001, 973 ff.

16 BVerfG NJW 1995, 40; BGH NJW 1998, 156, 159; ausführlich dazu *Rauscher*, in: MünchKommZPO, Einl. Rn 290 ff; *Saenger*, in: Hk-ZPO, Einf. Rn 66 ff.

17 BVerfG NJW 1994, 1210, 1211; ausnahmsweise auch von Amts wegen, siehe etwa § 142 Abs. 1 ZPO.

18 Die Einordnung stellt eine funktionale Differenzierung dar; *Rittershaus/Teichmann*, in: FS Spiegelberger, S. 1457, 1460. Auch der Richter kann eine Funktion als Gestalter wahrnehmen, etwa bei dem Entwurf eines gerichtlichen Vergleichsvorschlags (siehe § 794 Abs. 1 Nr. 1 und § 278 Abs. 6 S. 1 Var. 2 ZPO), wenn er „wie ein Notar“ tätig wird. Der forensisch tätige Anwalt arbeitet wie ein Richter, wobei er neben der Begutachtung des Sachverhalts Zweckmäßigkeitserwägungen anstellt. Der Vertragsgestalter prüft, um die Grundlage seiner Beratung zu ermitteln, zunächst die Rechtslage und wird somit „wie ein Richter“ tätig.

19 Außen vor gelassen werden hier die Besonderheiten der Arbeit des Verwaltungsbeamten, die sich daraus ergeben, dass er in Ausübung hoheitlicher Gewalt an die Verfassung, insbesondere die Grundrechte gebunden ist; siehe *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Kap. 2 Rn 3.

20 Zu Weisungen des Mandanten (aus berufsethischer Sicht) siehe *Heussen* NJW 2014, 1786 ff.