NomosStudium

Aderhold | Koch | Lenkaitis

Vertragsgestaltung

3. Auflage

Nomos

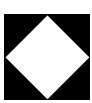
NomosStudium

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 „Rechtgestaltung 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 (Miteigentümergemeinschaft/Grundstücksgesellschaft) 162
aa) Regelungsmöglichkeiten 162
bb) Bruchteilsgemeinschaft/Miteigentum 163
(1) Gleiche Anteile und gemeinschaftliche Verwaltung 163
(2) Verfügungsmöglichkeit 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 Gesellschaftsverträgen 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 Verfügungen 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) Erbeinsetzung 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 Beispielsfall 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

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 Dezisionsjurisprudenz[4] bezeichnet. 1

Unter Vertragsgestaltung (Kautelarjurisprudenz)[5] versteht man demgegenüber die rechtliche Beratung. Es handelt sich um „eine zeit- und zukunftsgerechte 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] 2

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 Streitlösung durch ein gerichtliches Verfahren Vorteile bietet.[9] In einem streitigen Verfahren werden in der Regel Emotionen ausgelöst, die nicht nur be- 3

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 *Zawar* 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] 5

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 Rechts*wissenschaft* 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] 6

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 7

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 Standardlehrangebot.

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 auseinanderzusetzen 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. 10

§ 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 Beweiszwecken) 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. 6

▶ **Beispiel:** 7

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 Geschäftsbedingungen[8] (die später einmal Vertragsbestandteil werden sollen, siehe § 305 Abs. 2 BGB), einer Kündigung oder einer Anfechtung. 8

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; *Zawar* JuS 1992, 134; zum Verständnis des Begriffs der Vertragsgestaltung im weiteren Sinne siehe *Rehbinder* 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 AGBG) *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 *Rehbinder*, 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] Insoweit 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] 15

▶ **Beispiel:** 16

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. 17

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 18

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 Mandanten[20] 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.