

**Inhaltsverzeichnis**

**1 Das Wichtigste zu diesem Buch vorweg** ..... 1

1.1 Anliegen dieses Buches ..... 1

1.2 Das Arbeiten mit diesem Buch ..... 2

1.3 Zielgruppe ..... 2

**2 Grundlagen der Vertragsgestaltung** ..... 5

2.1 Begriffsbestimmungen ..... 5

2.1.1 „Kautelarjurisprudenz“ ..... 5

2.1.2 „Rechtsgestaltung“ ..... 6

2.1.3 „Vertragsgestaltung“ ..... 7

2.2 Vertragsgestaltung in der Lehre ..... 7

2.2.1 Traditionelle Ausbildung zur Staatsprüfung („Volljurist“) ... 7

2.2.2 Besonderheiten der Ausbildung im Bachelor-/  
Mastersystem und die Rolle der Fachhochschulen  
(„Wirtschaftsjurist“) ..... 10

2.3 Praktische Bedeutung der Vertragsgestaltung – Berufsbild  
des Vertragsjuristen ..... 11

2.3.1 Überblick ..... 12

2.3.2 Auswirkungen der gewählten Ausbildung auf  
die spätere Berufsausübung ..... 12

2.3.3 Vertragsgestaltung durch den Rechtsanwalt ..... 13

2.3.4 Vertragsgestaltung durch den Notar ..... 15

2.3.5 Vertragsgestaltung durch andere beratende Juristen,  
insbesondere Unternehmens- und Verwaltungsjuristen ..... 19

2.3.6 Vertragsgestaltung durch den Richter ..... 22

2.4 Charakteristika der Vertragsgestaltung ..... 22

2.4.1 Dezisionsjurisprudenz ..... 23

2.4.2 Vertragsgestaltung ..... 23

2.4.3 Gemeinsamkeiten von Dezisions-  
und Kautelarjurisprudenz ..... 24

2.4.4 Unterschiede und Abgrenzung ..... 25

2.4.4.1 Funktionale Unterscheidung ..... 25

2.4.4.2 Unterschiedliche zeitliche Perspektive ..... 25

2.4.4.3 Konditional- und Zweckprogramm –  
systemischer Unterschied ..... 27

IX

2.4.4.4	Konditional- und Zweckprogramm – Einzelheiten .....	29
2.4.4.5	Unterschiedliche Stellung im Rechtssystem .....	32
2.4.5	Zielkonflikte .....	32
2.4.6	Zusammenfassender Überblick .....	33
2.5	Juristische und betriebswirtschaftliche Grundlagen .....	34
2.5.1	Verfassungsrechtliche Verankerung .....	35
2.5.2	Einzelne Elemente der Vertragsfreiheit .....	36
2.5.2.1	Abschlussfreiheit .....	36
2.5.2.2	Formfreiheit .....	37
2.5.2.3	Inhaltliche Gestaltungsfreiheit .....	38
2.5.3	Überblick über die rechtlichen Grenzen der Vertragsgestaltung .....	40
2.5.4	Betriebswirtschaftliche Grundlagen .....	41
2.5.4.1	Relevanz für die Vertragsgestaltung .....	41
2.5.4.2	Vertragsgestaltung als zielgerichtete Entscheidungsfindung .....	42
2.5.4.3	Betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre .....	43
3	<b>Methodik der Vertragsgestaltung</b> .....	47
3.1	Einführung – Erfordernis einer einheitlichen Vorgehensweise .....	47
3.2	Überblick über die Kardinalpflichten der Vertragsgestaltung .....	49
3.2.1	Zweckverwirklichung .....	49
3.2.2	Interessenwahrnehmung und Konfliktvermeidung .....	50
3.2.3	Informationsermittlung .....	51
3.2.4	Beurteilung von Rechtsfragen: Rechtsbeständigkeit, insbesondere „Grundsatz des sichersten Weges“ .....	52
3.2.5	Zukunftstauglichkeit und Flexibilität .....	54
3.3	Nebenpflichten der Vertragsgestaltung .....	57
3.3.1	Wirtschaftliches Denken .....	57
3.3.2	Kostengünstigkeit der Gestaltung .....	57
3.3.3	Praktikabilität .....	57
3.4	Rechtliche Belehrung und Beratung .....	58
3.5	Überblick über die methodische Vorgehensweise .....	59
3.5.1	Ableitung einer (vorläufigen) Struktur der Vertragsgestaltung aufgrund der bis hierher gewonnenen Erkenntnisse .....	59
3.5.2	Zusammenfassender Überblick über die Grundschritte der Vertragsgestaltung („Prüfungsschema“) .....	60
3.6	Methodische Vorgehensweise im Einzelnen .....	62
3.6.1	Vertragsgestaltung – ein dynamischer Prozess .....	62
3.6.2	Ermittlung des Regelungsziels .....	63
3.6.2.1	Ermittlung der Sachziele, Abgrenzung zu Rechtszielen .....	63
3.6.2.2	Bedeutung der Informationsgewinnung .....	64

3.6.2.3	Art und Weise der Informationsermittlung . . . . .	65
3.6.2.3.1	Informationsquellen . . . . .	65
3.6.2.3.2	Überblick über Inhalt und Struktur . . . . .	66
3.6.2.3.3	Zielfokussierung . . . . .	66
3.6.2.3.4	Das Mandantengespräch . . . . .	68
3.6.2.3.5	Typische Fehlerquellen . . . . .	72
3.6.2.4	Transformation in Rechtsziele . . . . .	73
3.6.2.5	Übungsfall zur Informationsgewinnung . . . . .	73
3.6.3	Feststellung des Regelungsbedarfs . . . . .	76
3.6.3.1	Abgleich des Ist-Zustandes mit dem Soll-Zustand . . . . .	76
3.6.3.2	Ermittlung der rechtlichen Ausgangssituation . . . . .	77
3.6.3.3	Zwischenergebnis zum Regelungsbedarf . . . . .	77
3.6.3.4	Zweckmäßigkeitserwägungen . . . . .	78
3.6.3.5	Präzisierung der Zielvorgabe . . . . .	78
3.6.4	Umsetzung des Regelungsbedarfs – Ermittlung von Gestaltungsoptionen . . . . .	79
3.6.4.1	Eignung und Voraussetzungen von Gestaltungsoptionen – hypothetische Rechtsanwendung . . . . .	79
3.6.4.2	Abgrenzung von Erfüllungs- und Risikoplanung . . . . .	80
3.6.4.3	Erfüllungsplanung (Zweckverwirklichung) . . . . .	81
3.6.4.3.1	Generelle Eignung zur Verwirklichung der Sachziele . . . . .	81
3.6.4.3.2	Absolute und relative Gestaltungshindernisse . . . . .	82
3.6.4.3.3	Sachverhaltsgestaltung . . . . .	83
3.6.4.3.4	Rechtliche Vertragsgestaltungsgrenzen . . . . .	83
3.6.4.4	Risikoplanung (Störfallvorsorge) . . . . .	86
3.6.4.4.1	Ermittlung regelungsbedürftiger Punkte – Herangehensweise . . . . .	86
3.6.4.4.2	Methodische Hilfsmittel . . . . .	87
3.6.4.4.3	Allgemeine und spezielle Konfliktfelder . . . . .	87
3.6.4.4.4	Sicherung und Sanktion . . . . .	88
3.6.4.4.5	Flexibilität (insbesondere Anpassungsklauseln) . . . . .	88
3.6.4.4.6	Konfliktlösung . . . . .	89
3.6.4.4.7	Änderung der Sachverhaltsumstände . . . . .	90
3.6.4.4.8	Vorsorge gegen Unsicherheiten (Erhaltungs- und Ersetzungsklauseln) . . . . .	90
3.6.4.4.9	Praxisbeispiele . . . . .	90
3.6.4.4.10	Übungsfall zur Risikoplanung (Flexibilität: Anpassungsklausel) . . . . .	91
3.6.4.5	Ziel- und Interessenkonflikte (Risikomatrix) . . . . .	94
3.6.4.6	Auswahl einer Gestaltung . . . . .	96
3.6.5	Ausformulierung der Gestaltung . . . . .	96

<b>4</b>	<b>Struktur und Technik der Vertragsgestaltung</b>	<b>99</b>
4.1	Vertragstechnik	99
4.1.1	Vertragsinhalt	100
4.1.2	Vertragsstruktur und -aufbau	101
4.1.2.1	Notwendigkeit der Strukturierung	101
4.1.2.2	Übliche Formen der Gliederung	102
4.1.2.3	Typischer Vertragsaufbau	104
4.1.2.4	Praxisbeispiel des Aufbaus eines Austauschvertrages	106
4.1.3	Vertragssprache	107
4.2	Hilfsmittel der Vertragsgestaltung	109
4.2.1	Umgang mit Vertragsmustern	109
4.2.1.1	Standardisierte Sachverhalts- und Vertragstypen sowie Regelungstypen, Bausteine und Vertragsmuster	109
4.2.1.2	Über Einsatzmöglichkeiten und praktischen Nutzen	112
4.2.1.2.1	Zeitersparnis – Gewähr für effizientes und rationales Arbeiten	112
4.2.1.2.2	Exkurs: Vertragsmustersammlungen	113
4.2.1.2.3	Interessenausgleich	114
4.2.1.2.4	Checklistenfunktion	115
4.2.1.2.5	Akzeptanz und Konsensvermittlung	115
4.2.1.2.6	Richtigkeitsgewähr und Haftungsvermeidung	116
4.2.1.3	Über mögliche Gefahren des Einsatzes von Vertragsmustern	116
4.2.1.3.1	Reflexion und individueller Zuschnitt	116
4.2.1.3.2	Exkurs – AGB-rechtliche Probleme bei der Verwendung von Vertragsmustern	117
4.2.1.4	Gesetzliche Musterverträge	129
4.2.1.5	Beispiel eines kautelarjuristischen Vertragsmusters und Praxistipp	130
4.2.2	Umgang mit Checklisten	133
4.2.2.1	Praktischer Nutzen	133
4.2.2.2	Beispiele und Vertiefungshinweise	134
4.2.3	Übersicht über das praktische Vorgehen in der Vertragsgestaltung (Arbeitsschritte)	136
4.3	Vertragsgenese – Der Weg vom Vertragsentwurf bis hin zur Durchführung	137
4.3.1	Erster Vertragsentwurf	137
4.3.2	Vertragsverhandlung	138
4.3.2.1	Über die Rolle des Vertragsjuristen	139
4.3.2.2	Möglichkeit und Notwendigkeit einer Verhandlungssituation	140

4.3.2.3	Der (äußere) Rahmen von Vertragsverhandlungen .....	140
4.3.2.3.1	Planung und Struktur .....	141
4.3.2.3.2	Atmosphäre und Kultur des gemeinsamen Handelns .....	143
4.3.2.3.3	Geheimhaltung vertraulicher Informationen .....	143
4.3.2.4	Verhandlungs(grund)typen .....	144
4.3.2.5	Verhandlungsspielraum und Verhandlungspositionen .....	148
4.3.2.5.1	Verhandlungsspielraum .....	148
4.3.2.5.2	Verhandlungsmacht .....	150
4.3.2.6	Verhandlungstechniken und Verhandlungsstrategien .....	150
4.3.2.6.1	Manipulationstechniken – (exemplarische) Instrumente der Einflussnahme .....	151
4.3.2.6.2	Verhandlungsstrategie .....	154
4.3.2.7	Gesamtschau über mögliche Probleme und Lösungen .....	158
4.3.2.7.1	Mögliche Probleme .....	158
4.3.2.7.2	Scheitern von Vertragsverhandlungen ...	160
4.3.2.7.3	Lösungsmöglichkeit: Mediation .....	161
4.3.3	Vertragsausfertigung .....	161
4.3.4	Vertragsdurchführung, insbesondere Vertragscontrolling ...	162
<b>5</b>	<b>Einzelne Elemente der Vertragsgestaltung .....</b>	<b>165</b>
5.1	Einführung und Hinweise zur Nutzung eines (selbst erstellten) Baukastensystems .....	165
5.2	Überblick über wichtige (Einzel-)Instrumente der Vertragsgestaltung .....	166
5.2.1	Präambel .....	167
5.2.2	Definitionen .....	169
5.2.3	Rechtstechnische Verknüpfungen: Bedingung, Befristung, Option und Rücktrittsvorbehalt .....	170
5.2.3.1	Bedingung, Befristung .....	171
5.2.3.1.1	Bedingung .....	171
5.2.3.1.2	Befristung .....	173
5.2.3.2	Option .....	173
5.2.3.3	Rücktrittsvorbehalt .....	176
5.2.3.4	Übungsfall „Ja, aber nur unter der Bedingung, dass ...“ .....	177
5.2.4	Vertragsdauer und Kündigung .....	182
5.2.5	Ausschlussfrist .....	183
5.2.6	Sicherungsmechanismen .....	184

5.2.6.1	Wertsicherungsklausel . . . . .	186
5.2.6.2	Verzugszins . . . . .	187
5.2.6.3	Vertragsstrafe . . . . .	188
5.2.7	Garantieversprechen und Beschaffenheitsvereinbarungen . . .	191
5.2.8	Zugang und Zustellung . . . . .	194
5.2.9	Beweislastvereinbarungen . . . . .	195
5.2.10	Schiedsgutachterklausel . . . . .	196
5.2.11	Schieds(gerichts)vereinbarung . . . . .	198
5.2.12	Rechtswahl . . . . .	201
5.2.13	Gerichtsstandsvereinbarungen . . . . .	204
5.2.14	Weitere Schlussklauseln . . . . .	206
5.2.14.1	Formvereinbarungen, insbesondere Schriftformklausel . . . . .	206
5.2.14.2	Salvatorische Klausel . . . . .	206
5.2.15	Anlagen . . . . .	208
5.3	Weitere typische Konstellationen in der Vertragsgestaltung . . . . .	210
5.3.1	Einseitig verpflichtender Vorvertrag . . . . .	210
5.3.2	Einräumung von Vorrechten . . . . .	210
5.3.3	Erstreckung vertraglicher Rechte und Pflichten auf Dritte . . .	211
5.3.3.1	Allgemeine Problemlage . . . . .	211
5.3.3.2	Bindungswirkung im Zuge der „Verdinglichung“ . . . . .	212
5.3.3.3	Bindungswirkung auf schuldrechtlicher Basis – insbesondere Rechtsnachfolgeklauseln . . .	213
5.3.3.3.1	Schuldübernahme. . . . .	214
5.3.3.3.2	Vertragsübernahme. . . . .	214
5.3.3.4	Erstreckung von Rechten auf Dritte, insbesonde- re Abtretung und Vertrag zugunsten Dritter . . . . .	215
5.3.3.5	Abschließendes Beispiel . . . . .	216
5.3.4	Vertretung und Vollmacht . . . . .	218
6	<b>Ausformulierte Fälle nebst Musterlösungen . . . . .</b>	221
6.1	Kaufvertragsentwurf über eine bewegliche Sache („Der blaue Smart“) . . . . .	222
6.1.1	Vorüberlegungen . . . . .	223
6.1.2	Regelungsziel . . . . .	225
6.1.3	Regelungsbedarf . . . . .	229
6.1.4	Umsetzung des Regelungsbedarfs – Erfüllungs- und Risikoplanung . . . . .	230
6.1.5	Das Vorgehen im Einzelnen – Der Weg zum fertigen Vertrag . . . . .	231
6.1.5.1	Gliederung des Vertragswerkes . . . . .	231
6.1.5.2	Erfüllungsplanung – „Unproblematische“ Regelungen, insbesondere notwendiger Mindestinhalt . . . . .	232

6.1.5.2.1	Käuferin .....	232
6.1.5.2.2	Kaufgegenstand .....	233
6.1.5.2.3	„Zug-um-Zug-Abwicklung“ .....	234
6.1.5.2.4	Schriftform .....	234
6.1.5.3	Risikoplanung – Gestaltungsmöglichkeiten problematischer Bereiche .....	235
6.1.5.3.1	Mängelhaftung .....	235
6.1.5.3.2	Zum Haftungsmaßstab der Mängelhaftung im Einzelnen .....	237
6.1.5.4	Übernahme gesetzlicher (klarstellender) Regelungen .....	238
6.1.5.4.1	Zubehör .....	239
6.1.5.4.2	Pflichten nach FZV .....	239
6.1.6	Musterlösung zum Fall „Der blaue Smart“ .....	239
6.1.7	Hinweise zur Abwandlung (Verbrauchsgüterkauf und AGB-Recht) .....	242
6.2	Entwurf eines Gesellschaftsvertrags („Vier Freunde sollt Ihr sein, aber bitte haftungsbeschränkt“) .....	243
6.2.1	Vorüberlegungen .....	248
6.2.1.1	Grundsätzliches .....	248
6.2.1.2	Exkurs – Übersicht über die Kriterien der Rechtsformwahl .....	249
6.2.1.3	Exkurs – Grundstruktur von Gesellschaftsverträgen .....	252
6.2.2	Regelungsziel .....	253
6.2.3	Regelungsbedarf .....	258
6.2.4	Umsetzung des Regelungsbedarfs – Erfüllungs- und Risikoplanung .....	259
6.2.5	Vorgehen im Einzelnen – Der Weg zum fertigen Vertrag ...	261
6.2.6	Musterlösung zum Fall „Vier Freunde sollt ihr sein, aber bitte haftungsbeschränkt“ .....	261
6.2.6.1	Mantelurkunde .....	262
6.2.6.1.1	Gründung .....	263
6.2.6.1.2	Gesellschafterversammlung .....	263
6.2.6.1.3	Hinweise .....	265
6.2.6.1.4	Kosten .....	265
6.2.6.1.5	Abschriften .....	266
6.2.6.2	Anlage (Gesellschaftsvertrag) .....	266
6.2.6.3	Handelsregisteranmeldung .....	274
6.2.6.4	Gesellschafterliste .....	276

<b>Literatur .....</b>	<b>279</b>
------------------------	------------