
Carsten Kunkel

Vertragsgestaltung

Eine methodisch-didaktische
Einführung



Springer

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

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	Methodik der Vertragsgestaltung	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

4	Struktur und Technik der Vertragsgestaltung	99
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 Verhandeln	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

5	Einzelne Elemente der Vertragsgestaltung	165
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	Ausformulierte Fälle nebst Musterlösungen	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
Literatur		279