

NOMOSSTUDIUM

Koch | Kruse | Wiese

# Vertragsgestaltung

5. Auflage



Nomos

NOMOSSTUDIUM

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

RAuN Dr. Cornelius Kruse, LL.M.  
Aulinger Rechtsanwälte Notare, Bochum

RAuN Dr. Matthias Wiese  
Aderhold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Dortmund

# Vertragsgestaltung

5. Auflage



**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 978-3-7560-0248-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-3771-5 (ePDF)

5. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## Vorwort zur fünften Auflage

Eine kluge und vorausschauende Vertragsgestaltung kann eine stabilisierende Wirkung in unsicheren Zeiten entfalten. Dieser Befund hat sich seit dem Erscheinen der vierten Auflage mehr denn je bestätigt und uns veranlasst, eine fünfte Auflage dieses Lehrbuchs herauszubringen. Der methodische Ansatz, die Ziele und die Zielgruppen bleiben unverändert. 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 mit stetem Praxisbezug auf die berufliche Tätigkeit vorbereitet werden. Dies entspricht der immer stärker werdenden Integration der anwaltlichen Perspektive in die juristische Ausbildung.

Die aktuellen Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden eingearbeitet. Neben den notwendigen Aktualisierungen haben wir inhaltliche Neuerungen in unser Werk aufgenommen, die von der Gestaltungspraxis zu berücksichtigen sind. Besonders hervorzuheben ist der neue Abschnitt über die Vertragsgestaltung im IT-Recht.

Änderungen sind eingetreten bei den Herausgebern und Autoren. Von der ersten bis zur vierten Auflage haben *Lutz Aderhold* und *Karlheinz Lenkaitis* die praxisorientierte Einführung in die Vertragsgestaltung bearbeitet. Sie haben freilich nicht nur diese Teile geschrieben und immer weiter verfeinert, sondern das Werk auch mit aus der Taufe gehoben. Ganz maßgeblich waren sie an der Konzeption beteiligt. Ihnen sei dafür ganz herzlich gedankt!

Die Neuauflage ist auf dem Stand vom 1.10.2023. Wir freuen uns auch zur fünften Auflage über Kritik, Anregungen und Hinweise zur Verbesserung, die uns unter

Prof. Dr. *Raphael Koch*, LL.M. (Cambridge), EMBA  
Juristische Fakultät der Universität Augsburg  
Universitätsstraße 24, 86159 Augsburg  
raphael.koch@jura.uni-augsburg.de  
Dr. *Cornelius Kruse*, LL.M., AULINGER Rechtsanwälte  
Josef-Neuberger-Str. 4, 44787 Bochum  
cornelius.kruse@aulinger.eu  
Dr. *Matthias Wiese*, Aderhold Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Westfalendamm 87, 44141 Dortmund  
m.wiese@aderhold-legal.de  
erreichen.

Augsburg/Bochum/Dortmund, im Oktober 2023

*Raphael Koch*

*Cornelius Kruse*

*Matthias Wiese*

## 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

<b>Vorwort zur fünften Auflage</b>	5
------------------------------------	---

<b>Aus dem Vorwort zur ersten Auflage</b>	6
---	---

## Teil 1: Methodik und Struktur der Vertragsgestaltung

---

<b>§ 1 Einleitung</b>	19
I. Vertragsgestaltung in der universitären Lehre	21
II. Anliegen und Inhalt der Darstellung	22
<b>§ 2 Vertragsgestaltung und Vertragsgestalter</b>	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
5. Abgrenzung zum Vertragscontrolling	26
II. Vertragsgestaltung im Vergleich zur richterlichen Tätigkeit	26
1. Rechtskenntnis und -anwendung als gemeinsamer Ausgangspunkt	26
2. Besondere Charakteristika der Vertragsgestaltung	27
a) Zukunftsgerichtete Perspektive	27
b) Zweckprogramm	27
c) Sachverhalts- und Sachzielermittlung	28
III. Berufsbilder des Vertragsgestalters	28
1. Anwaltliche Vertragsgestaltung	29
2. Prozessführung	29
3. Notarielle Vertragsgestaltung	29
4. Vertragsgestaltung durch den Unternehmensjuristen	30
<b>§ 3 Leitlinien der Vertragsgestaltung</b>	31
I. Zweckorientierung und Interessenwahrnehmung	31
II. Informationspflicht	31
III. Rechtskenntnis und -anwendung	32
IV. Gebot des sichersten Wegs	33
V. Zukunftstauglichkeit	35
VI. Wirtschaftliches Verständnis und Denken	36
VII. Belehrung und Beratung	38
1. Belehrung	38
2. Beratung	38
3. Stadien	39
<b>§ 4 Methodische Vorgehensweise</b>	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	44
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 Konflikt- vermeidung und -lösung	57
cc) Geltendmachung der Nichterfüllung	58
dd) Konfliktlösungsmechanismen	58
3. Vorsorge gegen Unsicherheiten	60
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	64
1. Primär- und Sekundärziele	64
2. Rechtssicherheit	64
<b>§ 5 Der Weg zum Vertrag</b>	<b>66</b>
I. Der erste Vertragsentwurf	66
II. Vertragsverhandlungen	67
1. Möglichkeit und Notwendigkeit	67
2. Die Rolle des Vertragsgestalters in Verhandlungen	67
3. Die Vertragsverhandlung im Einzelnen	68
a) Verhandlungsplanung und -struktur	68

b) Verhandlungsstil und -atmosphäre	68
c) Verhandlungstypen	69
d) Verhandlungsmacht	69
e) Verhandlungsspielraum	70
f) Verhandlungsstrategien	70
aa) Grundkonzepte	70
bb) Insbesondere: Das Harvard-Konzept	71
(1) Trennung von Sach- und Beziehungsebene	71
(2) Verhandlung ausgerichtet an Interessen anstelle von Positionen	71
(3) Entwicklung einer Lösung zum beiderseitigen Vorteil	72
(4) Anwendung objektiver Entscheidungskriterien	72
(5) Entwicklung der besten Alternative zur Übereinkunft	72
g) Instrumente der Einflussnahme	73
aa) „Fuß-in-die-Tür“-Technik	73
bb) „Tür-ins-Gesicht“-Technik	74
III. Gesamtschau	75
<b>§ 6 Vertragstechnik</b>	76
I. Vertragssprache	76
II. Vertragsinhalt	76
III. Vertragsstruktur	78
IV. Vertragsaufbau	78
V. Vertragsabschluss	80

Teil 2: Einführung in die Praxis der Vertragsgestaltung

---

<b>§ 7 Vertragsgestaltung im Kaufrecht/Arbeitsschritte für die Vertragsgestaltung im Allgemeinen</b>	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	85
ee) Die Vollständigkeit	85
c) Der materiellrechtliche Inhalt	86
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	87
f)	Checkliste: Arbeitsschritte der Vertragsgestaltung	87
g)	Checkliste: Überlegungen zu den Vertragsthemen	88
3.	Die Person des Vertragsgestalters	88
a)	Der Interessenvertreter des Käufers	89
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	92
7.	Lösung der 3. Variante	93
a)	AGB-rechtliche Regelungen der §§ 305 ff. BGB	93
b)	Verbrauchsgüterkauf	93
8.	Der Ausschluss einer Mängelhaftung im Verbrauchsgüterkauf (Lösung der 4. Variante).	94
a)	§ 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB	94
b)	§ 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB	94
c)	Lösung der Variante 4	95
III.	Kauf einer Immobilie	95
1.	Einführende Hinweise	95
2.	Basiswissen zu Immobilienverträgen	96
a)	Zum Grundbuch	96
b)	Zur Finanzierung	97
c)	Das Grundbuch als Sicherungsmittel	97
3.	Vorbereitende Überlegungen	98
4.	Entwicklung der Gestaltung	99
a)	Erstellung des Vertragsentwurfs	99
aa)	Heranziehung von Formularbüchern	99
bb)	Struktur von Grundstückskaufverträgen	99
b)	Zur Zusatzüberlegung	100
aa)	Vertragsgestaltung und Steuerrecht	100
bb)	Die Einkunftsarten des EStG	100
cc)	Vorsicht bei steuermotivierten Verträgen	101
dd)	Steuerliche Auswirkungen des Immobilienerwerbs	101
c)	Zur Sachverhaltsalternative	102
aa)	Zur Rechtsnatur des Bauträgervertrags	102
bb)	Die Baubeschreibung	103
cc)	Das Wohnungseigentum, die Teilungserklärung und die Abgeschlossenheitsbescheinigung	103
dd)	Die Makler- und Bauträgerverordnung	105
ee)	Ergebnis	105
IV.	Kauf einer Anwaltspraxis	106
1.	Zu den „internen“ Vereinbarungen	106

2.	Entwicklung der Gestaltung	106
a)	Praxiskaufvertrag	106
aa)	Der Verkäufer der Anwaltspraxis	106
bb)	Zum Gegenstand des Praxiskaufvertrags	107
cc)	Die Forderungen des verstorbenen Rechtsanwalts	108
dd)	Die Dauerschuldverhältnisse	108
ee)	Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz	109
b)	Exkurs: Ermittlung eines angemessenen Kaufpreises/Unternehmenswertes	109
c)	Gestaltungsmöglichkeiten beim Praxiskauf einer Rechtsanwalts-GmbH	110
aa)	share deal oder asset deal	110
bb)	Die due diligence	112
cc)	Zum Ablauf eines Unternehmenskaufs/Transaktionsverfahrens	113
dd)	Wahl des Kaufmodells	114
<b>§ 8</b>	<b>Vertragsgestaltung im Schenkungsrecht</b>	<b>115</b>
I.	Überblick	115
II.	Schenkungen unter Eheleuten	115
1.	Einführende Hinweise	115
2.	Vorbereitende Überlegungen	116
3.	Exkurs: Die unbenannten („ehebedingten“) Zuwendungen	116
4.	Die rechtlichen Rahmenbedingungen	117
a)	Anfechtungsrecht	117
b)	Steuerrecht	117
5.	Entwicklung der Gestaltung	118
a)	Erstellung des Vertragsentwurfs	118
b)	Lösungsvorschlag	118
6.	Exkurs: Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht	118
<b>§ 9</b>	<b>Vertragsgestaltung im Mietrecht</b>	<b>120</b>
I.	Überblick	120
II.	Mietvertrag über Wohnraum	120
1.	Vorbereitende Überlegungen	120
2.	Entwicklung der Gestaltung	121
a)	Mietsicherheit und Mietanpassungsklausel	121
b)	Erstellung des Vertragsentwurfs	121
III.	Mietvertrag über Büroräume in einer noch zu errichtenden Immobilie	122
1.	Anwalt in eigener Sache	122
2.	Entwicklung der Gestaltung	123
a)	Mietgegenstand	123
b)	Mietzins	123
c)	Laufzeit	124
d)	Fertigstellungsrisiko und Fertigstellungsfrist	124
e)	Betriebskosten/Nebenkosten	124
f)	Sonstige Regelungen	124
g)	Erstellung des Vertragsentwurfs	125

<b>§ 10 Vertragsgestaltung im Dienst- und Arbeitsvertragsrecht</b>	126
I. Überblick	126
II. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag	126
1. Einführende Hinweise	126
2. Vorbereitende Überlegungen	127
3. Entwicklung der Gestaltung	127
a) Erstellung des Vertragsentwurfs	127
aa) Die Vertretung der Gesellschaft	127
bb) Die Aufgaben des Geschäftsführers	128
cc) Die Vergütung des Geschäftsführers	128
(1) Die Festvergütung	128
(2) Die variable Vergütung	129
(3) Sonstige Nebenleistungen, insbesondere Versicherungen	129
dd) Die Dauer des Anstellungsvertrags	129
ee) Das Wettbewerbsverbot	130
b) Die Gliederung des Anstellungsvertrags	130
c) Zur Sachverhaltsvariante	131
III. Der Dienstvertrag (für freie Mitarbeiter)	132
1. Einführende Hinweise	132
2. Vorbereitende Überlegungen	133
3. Entwicklung der Gestaltung	133
a) Erstellung des Vertragsentwurfs	133
b) Zur Sachverhaltsvariante	134
<b>§ 11 Vertragsgestaltung im Werkvertragsrecht</b>	136
I. Überblick	136
II. Der Bauvertrag nach BGB	137
1. Vorbereitende Überlegungen	137
2. Entwicklung der Gestaltung	139
a) Schlüsselfertig-Vertrag	139
b) Bauvertrag mit Einzelvergaben	141
c) Zahlungsabwicklung	142
d) Gewährleistung	143
e) Absicherung der Vertragsparteien	144
aa) Termingerechte Fertigstellung	144
bb) Vermögensverfall des Bauunternehmers	145
cc) Vermögensverfall des Bestellers	145
3. Gliederung Bauvertrag	147
<b>§ 12 Vertragsgestaltung im IT-Recht</b>	149
I. Überblick	149
II. Der Softwareerstellungsvertrag	150
1. Einführende Hinweise	150
2. Entwicklung der Gestaltung	151
a) Präambel	152
b) Hauptleistungspflichten	152
aa) Planungsphase	152
bb) Umsetzungsphase	153
cc) Änderungsverlangen	153

dd) Rechtseinräumung	154
ee) Überlassung des Quellcodes	155
c) Nebenleistungspflichten	155
d) Gewährleistung und Haftung	155
e) Beendigung	156
f) Schlussbestimmungen	156
3. Erstellung eines Vertragsentwurfs	157
<b>§ 13 Vertragsgestaltung im Maklerrecht</b>	<b>158</b>
I. Überblick	158
II. Der Maklervertrag	158
1. Einführende Hinweise	158
2. Vorbereitende Überlegungen	159
3. Erstellung des Vertragsentwurfs	160
<b>§ 14 Vertragsgestaltung im Leasingrecht</b>	<b>162</b>
I. Überblick	162
II. Der Leasingvertrag über Mobilien	162
1. Einführende Hinweise	163
a) Leasing als Alternative zum Kauf	163
b) Die steuerrechtliche Behandlung des Leasings	163
c) Das sale and lease back-Verfahren	164
2. Vorbereitende Überlegungen	164
3. Erstellung einer Gliederung für den Vertragsentwurf	164
a) Der konkrete Vertragstext	164
b) Allgemeine Leasingbedingungen	165
<b>§ 15 Vertragsgestaltung im Franchising</b>	<b>166</b>
I. Überblick	166
II. Franchising oder Filialisierung	166
1. Einführende Hinweise	166
2. Die Beratungssituation	167
a) Zur Managementkapazität	167
b) Zur Finanzierung	167
aa) Eigenkapital	168
bb) Mezzaninkapital	168
cc) Fremdkapital	168
c) Exkurs: Die Kreditvergabe	168
aa) Die Sicherheiten	169
bb) Basel II	169
cc) Bonität und Rating	170
3. Franchising als Alternative zur Filialisierung	170
4. Das Franchise-System	171
a) Der Merkmalskatalog	171
b) Die Gliederung eines Franchisevertrags	172
<b>§ 16 Vertragsgestaltung im Sachenrecht</b>	<b>173</b>
I. Überblick	173

II. Miteigentum, Vormerkung, Hypothek, Grundschuld, Sicherungsübereignung, Dienstbarkeit	173
1. Vorbereitende Überlegungen	174
2. Entwicklung der Gestaltung	174
a) Rechtsverhältnis zwischen Steffi und Mark (Miteigentümergeinschaft/Grundstücksgesellschaft)	175
aa) Regelungsmöglichkeiten	175
bb) Bruchteilsgemeinschaft/Miteigentum	176
(1) Gleiche Anteile und gemeinschaftliche Verwaltung	176
(2) Verfügungsmöglichkeit und Vorkaufsrecht	177
(3) Lasten- und Kostentragung	177
(4) Aufhebung der Gemeinschaft	177
(5) Ergebnis	178
b) Rechtsverhältnis zum Verkäufer des Hausgrundstücks (Vormerkung)	178
aa) Risiken durch Vorbelastungen	179
(1) Grundpfandrechte und deren Ablösung	179
(2) Grundbuchkosten	180
bb) Risiken durch nachvertragliche Umstände	180
(1) Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung	180
(2) Praktische Abwicklung des Grundstückskaufvertrags	181
(3) Ergebnis	181
c) Rechtsverhältnis zum Nachbarn (Grunddienstbarkeit)	182
aa) Interessenlage	182
bb) Grenzen schuldrechtlicher Bindung	183
cc) Grunddienstbarkeit	183
(1) Unterschiede zwischen „allgemeiner“ Grunddienstbarkeit und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit	183
(2) Auswahl und Entwicklung der Gestaltung	184
(3) Ergebnis	186
d) Rechtsverhältnisse zur Bank (Grundpfandrechte, Sicherungsübereignung)	186
aa) Sicherungsgrundschuld	186
(1) Vergleich mit Hypothek	187
(2) Differenzierung der Rechtsverhältnisse	188
(3) Risiken nach Übertragung der Sicherungsgrundschuld und ihre Vermeidung	188
(4) Ausgestaltung des Sicherungsvertrags	189
bb) Sicherungsübereignung	189
cc) Ergebnis	191
3. Zusammenhang der verschiedenen Regelungen	192
III. Erbbaurecht	194
1. Vorbereitende Überlegungen	194
2. Entwicklung der Gestaltung	195
a) Mietvertrag	195
aa) Sicherung der Dauerhaftigkeit	195
bb) Sicherung vor Vermögensverfall des Vermieters	195
cc) Besicherung im Rahmen der Finanzierung	196

dd) Ergebnis	196
b) Erbbaurecht	196
aa) Wesen und Vorteile des Erbbaurechts	196
bb) Ergebnis	198
<b>§ 17 Vertragsgestaltung im Vereinsrecht</b>	<b>199</b>
I. Überblick	199
II. Vereinsgründung	199
1. Vorbereitende Überlegungen	200
2. Entwicklung der Gestaltung	200
a) Rechtliche Struktur des Vereins	200
aa) Abgrenzung des Idealvereins von einem wirtschaftlichen Verein	200
bb) Persönliche Haftung	201
cc) Gründung	202
dd) Eintragung	202
ee) Vereinsname	202
ff) Mitgliederwechsel	202
gg) Finanzierung	203
hh) Gemeinnützigkeit	203
ii) Bildung des Vorstands und Aufgabenverteilung	203
jj) Satzungsänderungen	204
kk) Ergebnis	204
b) Realisierbarkeit der Vereinsziele	204
c) Gründungsvorbereitungen	205
d) Gründungsversammlung	206
e) Gründungsprotokoll	207
f) Vereinssatzung	208
<b>§ 18 Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht</b>	<b>209</b>
I. Überblick	209
II. Die Gründung einer Anwaltsgesellschaft	209
1. Vorbereitende Überlegungen	209
2. Erstellung der Themenliste	210
a) Zur Grundstruktur von Gesellschaftsverträgen	210
aa) Vertragliche Grundlagen	210
bb) Innere Ordnung und Vertretung der Gesellschaft	210
cc) Strukturänderungen der Gesellschaft	210
dd) Allgemeine Bestimmungen/Sonderregelungen	211
b) Themenliste/Aufbauschema für Gesellschaftsverträge	211
c) Beantwortung der Ausgangsfrage	211
3. Weiterführung des Falls	212
a) Einführende Hinweise	212
b) Exkurs: Anwaltliche Vergütungssysteme	212
c) Die Gliederung des Gesellschaftsvertrags einer Anwalts-GbR	213
d) Der Gesellschaftsvertrag einer Anwalts-GmbH	214
aa) Die gesetzlichen Vorgaben	214
bb) Die wesentlichen Merkmale einer Rechtsanwalts-GmbH	215
e) Die Partnerschaftsgesellschaft	215

III. Die Gründung einer gewerblich tätigen Gesellschaft	216
1. Einführende Hinweise	216
2. Grundsatzüberlegungen	217
a) Die Gründung einer neuen Gesellschaft	217
b) Die Rechtsformwahl	218
c) Thematische Schwerpunkte bei der Gestaltung von Gesellschafts- verträgen	219
aa) Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers/der Geschäftsführer	219
bb) Kompetenzabgrenzung zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung	219
cc) Gewinnverteilung/Entnahmen	220
dd) Beschlussmehrheiten	220
ee) Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen	221
ff) Abfindungsregelungen	221
gg) Wettbewerbsvereinbarungen	222
hh) Schiedsgerichtsvereinbarung	222
3. Die konkrete Entscheidung	222
a) Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften	222
b) Wahl der GmbH & Co. KG	223
4. Die juristische Umsetzung der Geschäftsidee	223
a) Die Gründung der GmbH & Co. KG	223
b) Die Beteiligung der Kinder	225
c) Exkurs: Zum Handelsregister und zum Gesellschaftsregister	226
d) Der Kauf des Patents	227
e) Die Überlassung des Patents an die NewCo zur Nutzung	227
f) Der Werkvertrag über die Herstellung der Snackautomaten	228
g) Abschluss weiterer notwendiger Verträge	228
5. Abschlussüberlegung	228
<b>§ 19 Vertragsgestaltung im Recht der Eheverträge</b>	230
I. Überblick	230
II. Der Ehevertrag junger Eheleute	230
1. Einführende Hinweise	231
2. Vorbereitende Überlegungen	231
a) Rechtslage vor der Heirat	231
b) Rechtslage nach der Heirat	232
aa) Das Familienrecht	232
bb) Das Erbrecht	232
c) Gestaltungsüberlegungen	232
aa) Zum Güterstand	233
bb) Zum Versorgungsausgleich	233
cc) Zum nachehelichen Unterhalt	234
dd) Zum Erbrecht	234
3. Erstellung des Ehevertragsentwurfs	234
<b>§ 20 Vertragsgestaltung im Erbrecht</b>	237
I. Überblick	237

II. Das erbrechtliche Beratungsgespräch	237
1. Einführende Hinweise	237
a) Zur Privaterbfolge	238
b) Die Testierfreiheit	238
c) Die Familienerbfolge	238
d) Die unabdingbaren Rechtsinstitute des Erbrechts	238
aa) Das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession)	238
bb) Der erbrechtliche Formen- und Typenzwang	239
cc) Das Pflichtteilsrecht	239
2. Vorbereitende Überlegungen	239
3. Der erbrechtliche Fragenkatalog	239
a) Klärung der persönlichen Verhältnisse des potenziellen Erblassers	239
aa) Persönliche Daten	240
bb) Status des potenziellen Erblassers	240
cc) Struktur des aktuellen und möglicherweise zu vererbenden Vermögens	240
dd) Liquides und sonstiges Vermögen	240
b) Die gesetzliche Erbfolge	240
c) Bindung des Erblassers an frühere, anderweitige letztwillige Ver- fügungen	241
d) Gestaltungsziel des Erblassers	241
e) Berücksichtigung steuerlicher Faktoren	241
III. Das gemeinschaftliche Testament	243
1. Einführende Hinweise	243
a) Gesetzliche Instrumente der Testamentsgestaltung	243
b) Formen letztwilliger Verfügungen	243
c) Einzeltestament, Ehegattentestament, Erbvertrag	243
d) Einheitslösung oder Trennungslösung	244
2. Vorbereitende Überlegungen	244
3. Entwicklung der Gestaltung	245
a) Strukturen der einzelnen Testamentelemente	245
b) Der Textvorschlag	246
4. Exkurs: Kosten eines notariellen Testaments/eines notariellen Erbver- trags	247
IV. Das Unternehmertestament	248
1. Einführende Hinweise	248
2. Vorbereitende Überlegungen	248
a) Notwendigkeit des Unternehmertestaments	249
b) Begrenzter Empfehlungskatalog	249
c) Zu berücksichtigende Störfaktoren	249
d) Herausarbeiten von Zielen und Zielkonflikten	250
3. Umsetzungsmaßnahmen	250
a) Frühzeitige begleitende Vorsorge	250
b) Vorsorgemaßnahmen	250
c) Keine Selbstbindung des Unternehmers	250
d) Testamentsvollstreckung	250
e) Drittbestimmung des Unternehmensnachfolgers	250



4. Entwicklung der Gestaltung	251
a) Erbinsetzung	251
b) Wertmäßiger Ausgleich	252
<b>§ 21 Vertragsgestaltung mit AGB</b>	<b>253</b>
I. Überblick	253
II. Entwurf von AGB für ein Dienstleistungsunternehmen	254
1. Vorbereitende Überlegungen	255
2. Entwicklung der AGB	255
a) Bestehen eines Regelungsbedürfnisses	255
aa) Bestimmung des Vertragstyps	256
bb) Ermittlung eines Regelungsbedarfs	256
cc) Disponibilität der gesetzlichen Regelung	257
dd) Ergebnis im Beispielsfall	257
b) Realisierbarkeit der Regelungsziele	258
aa) Anwendungsbereich und Prüfungsumfang der AGB-Kontrolle	258
bb) Inhaltskontrolle	258
(1) Regelungsziel Nr. 2	258
(2) Regelungsziel Nr. 3	259
(3) Regelungsziel Nr. 4	260
(4) Regelungsziel Nr. 5	262
(5) Regelungsziel Nr. 6	263
(6) Gesamtergebnis der Inhaltskontrolle	264
c) Formulierung der Regelungsziele	265
d) Ausgestaltung der Einbeziehung	265
aa) Hinweis auf die AGB	266
bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme	266
cc) Einbeziehung im kaufmännischen Geschäftsverkehr	266
dd) Ergebnis	267
<b>Schrifttum (Stand August 2023)</b>	<b>269</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b>	<b>279</b>

## Bearbeiterverzeichnis

Es haben bearbeitet

§§ 1 bis 6: Raphael Koch

§§ 7 bis 10, 13 bis 15, 18 bis 20: Cornelius Kruse

§§ 11, 12, 16, 17, 21: Matthias Wiese

# 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.“<sup>1</sup>

### § 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.<sup>2</sup> Gelernt und angewandt wird als juristische Methodenlehre vor allem die Subsumtion, d.h. die Anwendung der Gesetze auf den Lebenssachverhalt.<sup>3</sup> Die Tätigkeit des Richters, der die ihm vorgelegten Fälle entscheidet, entspricht dieser Arbeitsweise und wird allgemein als Dezisionsjurisprudenz<sup>4</sup> bezeichnet. 1

Unter Vertragsgestaltung (Kautelarjurisprudenz)<sup>5</sup> 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“.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 2

Die Vertragsgestaltung dient der Umsetzung der (wirtschaftlichen) Sachziele des Mandanten, indem ein Lebenssachverhalt rechtlich (vertraglich) abgesichert, verändert, herbeigeführt oder verhindert wird.<sup>8</sup> Zugleich erfüllt sie eine Streitvermeidende Funkti- 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 Neuner, BGB AT, § 39 Rn. 5; Reh binder, 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 Groh, in: Weber, Rechtswörterbuch, Stichwort „Kautelarjurisprudenz“. Zur Kautelarjurisprudenz im römischen Recht siehe Flume DNotZ 1969, Sonderheft zum 18. Deutschen Notartag, 30 ff.

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

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

8 Schmittat, Vertragsgestaltung, Rn. 17; siehe auch Moes, Vertragsgestaltung, Rn. 7 ff., der Verträge in diesem Zusammenhang ganz allgemein als Transaktionen einordnet.

on, die gegenüber einer Streitleistung durch ein gerichtliches Verfahren Vorteile bietet.<sup>9</sup> In einem streitigen Verfahren werden in der Regel Emotionen ausgelöst, die nicht nur bestehende 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.<sup>10</sup>

#### 4 ► „Das Paradoxon des Protagoras“<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> Gegebenenfalls hätte verabredet werden können, dass der Schüler nach einem gewissen Zeitraum einen bestimmten Betrag selbst dann zahlen muss, wenn er keine

---

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

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/Petersen*, 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).

Fälle übernimmt. Eine präzise Vereinbarung hätte somit dazu beitragen können, dass beide Parteien ihre Ziele erreichen. ◀

### I. Vertragsgestaltung in der universitären Lehre

Von den in der Ausbildung befindlichen Juristen wurde die Rechtsgestaltung früher kaum einmal verlangt.<sup>14</sup> 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 sich die Fähigkeit zu konstruktiv-gestalterischen Überlegungen aneignen. 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 aufgearbeitet und untermauert – vermittelt werden. Die Universität ist der Ort für die Vermittlung einer reflektierten Denkweise und Arbeitsmethodik.<sup>15</sup>

So verstanden bedeutet die universitäre Lehre der Vertragsgestaltung nicht den Verzicht auf Wissenschaftlichkeit,<sup>16</sup> 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 vereinigen.<sup>17</sup>

Die rechtsberatende Praxis hat folgerichtig Eingang in das DRiG und die Juristenausbildungsgesetze der Länder gefunden.<sup>18</sup> § 5a Abs. 3 S. 1 Hs. 2 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, Gesprächsfüh-

---

14 *Medicus/Petersen*, 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.

rung, 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 und Vorgehensweise zu konfrontieren.<sup>19</sup> Die rechtsberatende Praxis soll Teil der staatlichen und universitären Prüfungen sein (§ 5d Abs. 1 S. 1 Hs. 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 auseinandersetzen hat, sind andere als diejenigen, die sich dem Richter oder dem forensisch tätigen Anwalt stellen.<sup>20</sup> Aus den Besonderheiten ergibt sich die Notwendigkeit einer eigenständigen Methodik,<sup>21</sup> 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 Vertrags-

---

19 BT-Drs. 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.

sprache zu erlernen. Schließlich werden einige Verträge in Gliederungsform skizziert, um einen Überblick über die vertragsrechtlich zu regelnden Themen zu geben.

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 erforderlicher Bestandteil unserer Rechtsordnung. Er wird notwendig – und damit vorhergehend sein Entwurf –, wenn eine Rechtsposition abgesichert oder verändert, ein Anspruch herbeigeführt oder verhindert werden soll.<sup>1</sup> Der Vertragsgestalter schafft im Rahmen der Vertragsfreiheit ein privates Regelungssystem für die Parteien.<sup>2</sup>

#### ► 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.<sup>3</sup> 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). ◀

- 3 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

- 4 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 berücksichtigten 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

---

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); siehe auch OLG Hamm RNotZ 2013, 49 (51 f.).

Sinne einer Vertragskonzipierung vergleichbar sind; keinesfalls handelt es sich lediglich um eine „Richtigkeitsprüfung“.<sup>4</sup>

### 3. Prüfung der Rechtslage in einem bestehenden Vertragsverhältnis

Neben dieser gestalterischen Tätigkeit kann der Anwalt mit der Prüfung der Rechtslage beauftragt sein. 5

#### ► 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.<sup>5</sup> Diese 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.<sup>6</sup> ◀

### 4. Rechtsgeschäftsgestaltung

Die Vertragsgestaltung im engeren Sinne bezieht sich auf das zweiseitige Rechtsgeschäft. Gestaltungsbedarf kann allerdings ebenso bei individuellen oder kollektiven Rechtsgeschäften bestehen,<sup>7</sup> zB bei einem Testament, Erlass einer Satzung, Entwurf von Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>8</sup> (die später einmal Vertragsbestandteil werden sollen, siehe § 305 Abs. 2 BGB), einer Kündigung oder einer Anfechtung. 6

#### ► 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 Kauf-

---

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

5 Grüneberg, in: Grüneberg, § 281 Rn. 18 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. 5 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 Rehbindler, 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.; siehe auch das Fallbeispiel von Schrader JuS 2010, 326 (330 ff.).



preiszahlung. 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. ◀

## 5. Abgrenzung zum Vertragscontrolling

- 7 Nicht im engeren Sinne zur Vertragsgestaltung gehört das Vertragscontrolling. Unter Controlling versteht man in der Betriebswirtschaftslehre eine Unternehmenssteuerung, welche durch die Koordination von Planung, Kontrolle sowie Informationsversorgung die Führungsfähigkeit von Organisationen zu verbessern hilft.<sup>9</sup> Daraus abgeleitet bedeutet Vertragscontrolling, dass nach Vertragsabschluss alle Wirksamkeitsvoraussetzungen bis zum letzten Ablauf einer Gewährleistungsfrist zu kontrollieren sind.<sup>10</sup> Es wird somit eine Übersicht angelegt, in der die Wirksamkeitsvoraussetzungen sowie die aus dem Vertrag folgenden Rechte und Pflichten aufgenommen werden. Anhand dieser Übersicht erfolgt eine Überwachung, eventuell die Vornahme von Aufforderungen, Mahnungen oder Rügen. Das Vertragscontrolling soll die ordnungsgemäße Vertragsdurchführung sicherstellen bzw. einen Überblick verschaffen, ob die mit dem Vertrag verfolgten Ziele erreicht werden.

## II. Vertragsgestaltung im Vergleich zur richterlichen Tätigkeit

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

### 1. Rechtskenntnis und -anwendung als gemeinsamer Ausgangspunkt

- 9 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.

#### ► 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.<sup>11</sup> 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). ◀

---

<sup>9</sup> Horváth/Gleich/Seiter, Controlling, S. 24 ff. (siehe S. 13 ff. zur Schwierigkeit der Definition).

<sup>10</sup> Heussen/Pischel, in: Heussen/Pischel, Handbuch Vertragsverhandlung, Teil 2 Kap. 2.5 Rn. 1 ff.

<sup>11</sup> 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.

### ► 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

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.<sup>12</sup> Diese Situation kann verglichen werden mit dem Lauf eines Films des 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*).<sup>13</sup>

10

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.<sup>14</sup> 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.<sup>15</sup>

11

### ► 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

12

12 *Rehbinder*, Vertragsgestaltung, S. 1; *Kanzleiter*, NJW 1995, 905.

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

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

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

arbeitet der Vertragsgestalter ergebnisorientiert, indem er mit den rechtlichen Regeln und in ihren Grenzen versucht, das Sachziel des Mandanten zu verwirklichen.

- 13 *Luhmann* hat die Handlungen von Personen Entscheidungsprogrammen zugeordnet, wobei er zwischen dem sog. Konditional- und dem sog. Zweckprogramm unterscheidet.<sup>16</sup> 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 über Umwege. Das Ergebnis dieses Zweckprogramms ist damit nicht – wie etwa bei einem Konditionalprogramm – logische Konsequenz von Voraussetzungen.<sup>17</sup>

### c) Sachverhalts- und Sachzielermittlung

- 14 Der Zivilrichter legt der Rechtsfindung entsprechend dem Verhandlungsgrundsatz den von den Parteien vorgetragene(n) Tatsachenvortrag zugrunde.<sup>18</sup> Unter Umständen versucht er durch eine Beweiserhebung den streitigen Tatsachenvortrag zu klären, wenn zumindest eine Partei dies beantragt.<sup>19</sup> Dem Vertragsgestalter werden die notwendigen Informationen nicht „mundgerecht serviert“, sondern er muss sie von seinem (juristisch regelmäßig nicht ausgebildeten) Mandanten erfragen.
- 15 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

- 16 Als Gestalter von Verträgen werden Notare und Anwälte tätig,<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> Die Rolle des Vertragsgestalters bestimmt in der Regel seine genaue Aufgabe und somit den Inhalt des Gestaltungsvorschlags.

---

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

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

18 BVerfG NJW 1995, 40; BGH NJW 1998, 156 (159); ausführlich dazu *Rauscher*, in: MünchKommZPO, Einl. Rn. 353 ff.; *Saenger*, in: HK-ZPO, Einf. Rn. 66 ff.

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

20 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.

21 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.

### 1. Anwaltliche Vertragsgestaltung

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<sup>22</sup> muss er gleichwohl die Akzeptanzfähigkeit der Gestaltung für den Vertragspartner beachten, weil nur mit dessen Einverständnis der Vertrag zustande kommt.<sup>23</sup> Nicht selten muss er vergleichbar einem Notar unparteiisch sein, weil er für mehrere Parteien einen Vertrag ausarbeitet, zB bei der Gestaltung eines Gesellschaftsvertrags.<sup>24</sup>

17

### 2. Prozessführung

Der Anwalt kann im Rahmen der Prozessführung mit der Vertragsgestaltung in Berührung kommen, etwa wenn es um die Gestaltung von gerichtlichen Vergleichen geht. Bei außergerichtlichen Vergleichen, durch die ein Prozess verhindert wird, kommt dem Anwalt häufig die Rolle des Vertragsgestalters zu. Im Gegensatz zu herkömmlichen Verträgen ist indes nicht eine in die Zukunft gerichtete Gestaltung maßgeblich, sondern eine abschließende Entscheidung vergangener Sachverhalte.<sup>25</sup> Selbstverständlich kann der Streit einen Gestaltungsbedarf für die Zukunft aufzeigen. Um einen weiteren Konflikt mit dem Geschäftspartner vorsorglich zu vermeiden, bedarf es einer gestalterischen Lösung.

18

### 3. Notarielle Vertragsgestaltung

Der Notar wird in der Regel dort tätig, wo das Gesetz aus Gründen der Belehrung und Beratung die notarielle Beurkundung vorschreibt.<sup>26</sup> Es ist insbesondere der Gesetzgeber, der dem Notar Mandanten akquiriert.<sup>27</sup> Weil Verträge, die der notariellen Beurkundung bedürfen, oftmals durch Anwälte vorbereitet werden, kann seine Tätigkeit auf die rechtliche Überprüfung von Verträgen und die Beurkundung begrenzt sein. Aufgrund der Mitwirkung des Notars an der Bildung des rechtsgeschäftlichen Willens bestehen zwar Gestaltungsmöglichkeiten,<sup>28</sup> jedoch sind sie beschränkt. Bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben ist der Notar zur Neutralität verpflichtet, und zwar unabhängig davon, ob er von beiden Parteien oder nur einer Partei beauftragt wurde (§§ 1, 14 Abs. 1 S. 2 BNotO). Er muss darauf achten, unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht zu benachteiligen (§ 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG). Ähnlich einem Anwalt wird der Notar tätig, wenn es sich nicht nur um gestaltende, sondern um eine weiter-

19

---

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

23 *Rittershaus/Teichmann*, in: FS Spiegelberger, S. 1457, 1462; *Schmittat*, Vertragsgestaltung, Rn. 53; *Kamannabrou/Wiefeld*, Vertragsgestaltung, § 1 Rn. 17; zur Beeinflussung eines Gestaltungsvorschlags durch die Frage, wessen Interessen der Vertragsgestalter wahrzunehmen hat, siehe § 3 Rn. 2.

24 *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Kap. 2 Rn. 3.

25 *Rittershaus/Teichmann*, in: FS Spiegelberger, S. 1457, 1460; *dies.*, Vertragsgestaltung, Rn. 32.

26 *Reithmann*, in: *Reithmann/Albrecht*, Handbuch, Rn. 155: Sicherung der Rechtsbelehrung als wichtigste Aufgabe der Beurkundung.

27 *Rittershaus/Teichmann*, in: FS Spiegelberger, S. 1457, 1461.

28 *Schollen*, DNotZ 1969, Sonderheft zum 18. Deutschen Notartag, 51 ff.