

Vertragsgestaltung

Studiengang: Wirtschaftsrecht – Business Law (LL.B.)

1. Teil

Prof. Dr. Caspar Behme

I. Perspektive und Methodik der Vertragsgestaltung - Agenda

- 1. Dezisionsjurist vs. Kautelarjurist
- 2. Vertragsgestaltung – Was ist das?
- 3. Was „leistet“ Vertragsgestaltung?
- 4. Was „leistet“ Vertragsgestaltung nicht?
- 5. Freiheit und Grenzen der Vertragsgestaltung
- 6. Methodische Vorgehensweise

1. Dezisionsjurist vs. Kautelarjurist (1)

Begriffe:

- **Dezision:** Substantiv, feminin - gesetzliche Entscheidung einer einzelnen strittigen Frage; lateinisch
- **Kautel:** Substantiv, feminin - [vertraglicher] Vorbehalt; Absicherung, Sicherheitsvorkehrung; von: spätlateinisch cautela = Schutz, Sicherstellung
- **Kautelarjurisprudenz:** Teilgebiet der Rechtswissenschaft, das sich mit der Gestaltung von Verträgen (als Mittel zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten) befasst

(jeweils *Duden*)

1. Dezisionsjurist vs. Kautelarjurist (2)

Dezisionsjurist	Kautelarjurist
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Arbeitet an ex-post Sachverhalten = Tätigkeit hat retrospektiven Charakter</i> • <i>Anwendung der Gesetze auf die Entscheidung eines vorgegebenen Falles: Streitentscheidung</i> • <i>Lückenproblem: Gesetz hat keine Regelung für den zu entscheidenden Sachverhalt</i> • <i>Problem des Wertewandels: gesetzliche Regelung wird nicht mehr für angemessen gehalten</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>arbeitet an ex-ante Sachverhalten = Tätigkeit ist in die Zukunft gerichtet</i> • <i>Gestaltung des Sachverhaltes und des anwend-baren (dispositiven) Rechts als Interessenvertreter: Streitvermeidung und Streitkanalisation</i> • <i>Prognoseproblem: Schwierigkeiten bei der Erfas-sung und Beurteilung der zukünftigen Entwicklung</i> • <i>Auswahlproblem: Schwierigkeiten bei der Wahl geeigneter und inhaltlich ausreichender Kautelen</i>

2. Vertragsgestaltung – Was ist das?

Vertragsgestaltung ist

- „eine zeit- und zukunftsgerichte Gestaltung von privaten Lebensverhältnissen mit den Mitteln und in den Grenzen des Rechts“ (*Rehbinder*)
- „zukunftsorientiert, gestaltend und ein kreativer Prozess“ (*Aderhold/Koch/Lenkaitis*)
- ein Verfahren, in dem der Kautelarjurist leistet durch
 - Informationsgewinnung
 - Beratung
 - Belehrung über Rechtsfolgen und Gefahren
 - Verhandlungsführung oder Verhandlungsvermittlung
 - Formulierung von Entwurf und Vertrag
 - Hilfe beim Vertragsvollzug und der Abwicklung

3. Was „leistet“ Vertragsgestaltung? (1)

Vertragsgestaltung dient der Umsetzung der Sachziele, indem ein Lebenssachverhalt vertragsrechtlich „abgesichert, verändert, herbeigeführt oder verhindert wird“

(Aderhold/Koch/Lenkaitis, m.w.N.)

3. Was „leistet“ Vertragsgestaltung? (2)

- Veränderung des Ist-Zustands (gesetzliche oder vertragliche Rechtslage) hin zu einem Soll-Zustand (Herbeiführen oder Verhindern bestimmter Rechtsfolgen)
- Offene Fragen werden vor Vertragsabschluss geklärt und in den Vertragsverhandlungen berücksichtigt
- Konflikte werden vor Vertragsabschluss besprochen, Lösungswege werden verhandelt und vertraglich vereinbart
- Streitvermeidung/effiziente, erfolgreiche und kostengünstige Streitlösung
- (Wirtschaftlich) erfolgreiche Vertragsabwicklung setzt eine auf die konkrete Situation zugeschnittene Vertragsgestaltung voraus
- Ein guter Vertrag liegt vor, wenn er Lösungen für Probleme vorhält, die nach Vertragsabschluss auftreten

4. Was „leistet“ Vertragsgestaltung nicht?

- Vertragsgestaltung
 - macht die professionelle und sorgfältige Vertragsabwicklung nicht überflüssig
 - ersetzt nicht die kaufmännische Kalkulation und technische Vorbereitung einer Auftragsabwicklung (berücksichtigt diese aber im Vorfeld)

5. Freiheit und Grenzen der Vertragsgestaltung (1)

- **Grundsatz der Vertragsfreiheit:** Jedermann darf seine privaten Rechtsgeschäfte nach seinem Willen frei gestalten; setzt sich zusammen aus Gestaltungsfreiheit und Abschlussfreiheit
- **Abschlussfreiheit:** Jedermann steht frei, ob und mit wem er einen Vertrag abschließen will
- **Ausnahmen:**
 - **Kontrahierungszwang:** z.B. Energieversorgungsunternehmen, Öffentliche Verkehrsbetriebe, Kfz-Haftpflichtversicherung
 - **Kontrahierungsverbote:** Bsp.: Jugendarbeitsschutzgesetz

5. Freiheit und Grenzen der Vertragsgestaltung (2)

- **Inhaltsfreiheit und Gestaltungsfreiheit:** Bei dem Abschluss eines Vertrags steht es jedermann frei, was vereinbart wird
- **Rechtsnormen des BGB sind grds. dispositiv.**
 - Leitbild des „vollständigen Vertrags“
 - Dispositives Recht ermöglicht den Abschluss unvollständiger Verträge und führt so zu einer Senkung von Transaktionskosten.
- **Ausnahmen:**
 - § 134 BGB – Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot
 - § 138 BGB – Sittenwidriges Rechtsgeschäft
 - §§ 305 ff. BGB – Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen
 - zwingende Normen, z.B. im Verbraucherschutzrecht, Arbeitsrecht, Mietrecht

5. Freiheit und Grenzen der Vertragsgestaltung (3)

- **Formfreiheit:** Grundsätzlich besteht keine Pflicht, eine bestimmte Form zu wahren
- **Ausnahmen:**
 - Gesetzliche Formvorschriften (z.B. §§ 311 b, 518, 766, 780, 781 BGB)
 - dienen Beweis Zwecken und dem Schutz vor Übereilung

6. Methodische Vorgehensweise (1)

Unterschiedliche Modelle:

Rehbinder S. 7 ff.	Heussen S. 72 ff.
<ol style="list-style-type: none"> 1. Informationsgewinnung 2. Vertragskonzipierung 3. Rechtsanwendung 4. Belehrung und Beratung 5. Verhandlungen 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Situation analysieren 2. Verantwortung festlegen 3. Ziele, Alternativen und Auffangpositionen definieren 4. Mittel und Wege finden 5. Prioritäten festlegen 6. Zeitrahmen festlegen 7. Mit dem Vertragspartner verhandeln 8. Risiken und Chancen bewerten 9. Lösungen suchen 10. Entscheiden 11. Durchführen 12. Kontrollieren

6. Methodische Vorgehensweise (2)

Unterschiedliche Modelle:

Rittershaus/Teichmann S. 35	Junker/Kamanabrou S. 5 Rn. 12
<ol style="list-style-type: none"> 1. Erste Kontaktaufnahme zwischen Mandant und Anwalt 2. Ausführliches Beratungsgespräch 3. Erstellen eines Vertragsentwurfs 4. Vertragsverhandlungen mit der anderen Partei 5. Formulieren des endgültigen Vertragstextes 6. Unterzeichnung des Vertrages 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Informationsgewinnung 2. Rohentwurf des Vertrages 3. (Hypothetische) Rechtsanwendung) 4. Anwendung von Gestaltungskriterien 5. Bewältigung von Zielkonflikten 6. Vertragsverhandlungen 7. Belehrung und Beratung 8. Erstellung der Vertragsurkunde

6. Methodische Vorgehensweise (3)

Hier vorgeschlagene Vorgehensweise (vgl. sich insb. an *Aderhold/Koch/Lenkaitis*):

- a) Informationsermittlung
- b) Formulierung der Rechtsziele
- c) Ermittlung des Gestaltungsbedarfs
- d) Erarbeitung von Gestaltungsoptionen
- e) Auswahl der Gestaltung (Kriterien)
- f) Vertragsentwurf
- g) Vertragsverhandlungen
- h) Ausfertigung des Vertrags

6. Methodische Vorgehensweise (4)

a) Informationsermittlung

- Ermittlung des Sachverhalts
 - bildet das „Fundament“ der Vertragsgestaltung (*Aderhold/Koch/Lenkaitis*)
 - auch soziale und wirtschaftliche Hintergründe können wichtig sein
- Ermittlung der Sachziele
 - Sachziel ↔ Rechtsziel
 - Sachziel: Das Anliegen des Mandanten (z.B. wirtschaftliche Interessen)
 - Rechtsziel: „Für die Erreichung des Sachziels muss ein rechtlicher Weg gefunden werden, der zu einem bestimmten rechtlichen Zustand führt“ (*Aderhold/Koch/Lenkaitis*)
 - Ermittlung durch: Gespräche, Ortsbesichtigung, Grundbucheinsicht (§ 21, Abs. 1 S. 1 BeurkG), Bonitätsauskunft einholen

6. Methodische Vorgehensweise (5)

b) Formulierung der Rechtsziele

- Überleitung der Sachziele in rechtliche Kategorien
- Beispiel: Auftraggeber hat relatives Recht oder ein absolutes Recht (z.B. Eigentum)

6. Methodische Vorgehensweise (6)

c) Ermittlung des Gestaltungsbedarfs

- Vergleich von Ist- und Sollzustand (materiell-rechtliche Prüfung)
- Nur wenn die Gesetzeslage nicht dem Rechtsziel entspricht, besteht Gestaltungsbedarf
- Beispiele (*Aderhold/Koch/Lenkaitis*, S. 49 f.)

6. Methodische Vorgehensweise (7)

d) Erarbeitung von Gestaltungsoptionen (1)

- Fragen:
 - Welche Tatbestandsvoraussetzungen sind erforderlich, um die mit der Gestaltung verbundene Rechtsfolge herbeizuführen?
 - Welche Tatbestandsvoraussetzungen sind nach dem bekannten Sachverhalt bereits erfüllt?
 - Welche Tatbestandsvoraussetzungen sind noch nicht erfüllt? Können sie durch die Gestaltung herbeigeführt werden?

6. Methodische Vorgehensweise (8)

d) Erarbeitung von Gestaltungsoptionen (2)

- Erfüllungsplanung:
 - Regelungsgegenstände, die der Verwirklichung der Sachziele der Parteien dienen, etwa der Herstellung eines Werks als Gegenleistung für die Zahlung einer Vergütung
 - Kontrollfrage: Gehört das Geplante (wahrscheinlich) zur erfolgreichen Abwicklung des Vertrages.
 - Beispiele: Leistungszeit, -ort

6. Methodische Vorgehensweise (9)

d) Erarbeitung von Gestaltungsoptionen (3)

- Risikoplanung:
 - Regelungsgegenstände, die der Vermeidung von Verlusten (Kosten) bei nicht ordnungsgemäßer Abwicklung des Vertrages dienen (Risikovermeidungsziele)
 - Beispiel: Haftung
 - Kontrollfrage: Wird der Vertrag (voraussichtlich) erfolgreich abgewickelt werden, ohne dass es eines Rückgriffs auf die in Frage stehende – geregelte – Materie bedarf? (Wenn ja, dann Risikoplanung)
 - Abgrenzung nicht immer einfach, manche Regelungen dienen beiden Zwecken; z.B. Vertragsstrafe

6. Methodische Vorgehensweise (10)

e) Auswahl der Gestaltung (Kriterien)

- Im Falle mehrerer Optionen zur Erreichung des Sachziels ist eine Auswahl erforderlich
- Die Optionen sind dem Auftraggeber mit Vor- und Nachteilen darzustellen
- Unterscheidung zwischen Primärzielen (worauf kommt es dem Auftraggeber vorrangig an) und Sekundärzielen (was wäre gut, ist aber nicht zwingend)
- Rechtssicherheit ist wichtiges Gebot!

6. Methodische Vorgehensweise (11)

f) Vertragsentwurf

- Notwendige Vorüberlegungen: Vertragspartner, Formerfordernisse, Vertragssprache und Rechtswahl, Auflistung von Rechten und Pflichten beider Vertragspartner, Einfluss bzw. Auswirkungen des Verhaltens Dritter auf den Vertrag, Möglichkeiten der Absicherungen von Leistungspflichten, Haftungsrisiken
- Verhandlung: Interessengerechte Lösung der Divergenzen in Bezug auf Vertragsentwürfe
- Vertragsabschluss: Der endgültige Vertragsschluss sollte erst getroffen werden, wenn beide Vertragsparteien den ausgehandelten Inhalt anhand ihrer Interessen überprüft und bestätigt haben. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen des vollständig ausgearbeiteten Vertragsentwurfs.

6. Methodische Vorgehensweise (12)

g) Vertragsverhandlungen

- Verhandlung: Interessengerechte Lösung der Divergenzen in Bezug auf Vertragsentwürfe
- Empfehlung: Arbeiten Sie im Gespräch mit Fragen, argumentieren Sie vom Interesse her, nicht vom Standpunkt.

6. Methodische Vorgehensweise (13)

h) Ausfertigung des Vertrags

- Auf Basis des Entwurfs und der Ergebnisse der Verhandlungen wird die Endfassung des Vertrags ausfertigt.
- Vertragsabschluss: Der endgültige Vertragsschluss sollte erst getroffen werden, wenn beide Vertragsparteien den ausgehandelten Inhalt anhand ihrer Interessen überprüft und bestätigt haben.

Nachlese

- *Aderhold/Koch/Lenkaitis, Vertragsgestaltung, S. 21 – 79*

Ausblick

II. Vertragsgestaltungstechniken

II. Vertragsgestaltungstechniken - Agenda

- 1. Vertragssprache
- 2. Vertragsinhalt
- 3. Vertragsstruktur
- 4. Vertragsaufbau
- 5. „Vertragscontrolling“