

Inhalt

Vorwort zur zweiten Auflage	5
Aus dem Vorwort zur ersten Auflage	6

TEIL I: METHODIK UND STRUKTUR DER VERTRAGSGESTALTUNG

§ 1 Einleitung	19
I. Vertragsgestaltung in der universitären Lehre	21
II. Anliegen und Inhalt der Darstellung	22
§ 2 Vertragsgestaltung und Vertragsgestalter	24
I. Gegenstand der Vertragsgestaltung	24
1. Entwurf und Umsetzung von Verträgen	24
2. Prüfung von Verträgen	24
3. Prüfung der Rechtslage in einem bestehenden Vertragsverhältnis	25
4. Rechtsgeschäftsgestaltung	25
II. Vertragsgestaltung im Vergleich zur richterlichen Tätigkeit	26
1. Rechtskenntnis und -anwendung als gemeinsamer Ausgangspunkt	26
2. Besondere Charakteristika der Vertragsgestaltung	26
a) Zukunftsgerichtete Perspektive	26
b) Zweckprogramm	27
c) Sachverhalts- und Sachzielermittlung	28
III. Berufsbilder des Vertragsgestalters	28
1. Anwaltliche Vertragsgestaltung	28
2. Prozessführung	29
3. Notarielle Vertragsgestaltung	29
4. Vertragsgestaltung durch den Unternehmensjuristen	29
§ 3 Leitlinien der Vertragsgestaltung	31
I. Zweckorientierung und Interessenwahrnehmung	31
II. Informationspflicht	31
III. Rechtskenntnis und -anwendung	32
IV. Gebot des sichersten Wegs	33
V. Zukunftstauglichkeit	34
VI. Wirtschaftliches Verständnis und Denken	36
VII. Belehrung und Beratung	37
1. Belehrung	38
2. Beratung	38
3. Stadien	38
§ 4 Methodische Vorgehensweise	40
I. Informationsermittlung	40
1. Ermittlung des Sachverhalts	40
a) Zielfokussierung	41
b) Rechtliche Rahmenbedingungen	41
c) Soziale und wirtschaftliche Hintergründe	42
d) Sachverhaltsumgestaltung	42

2.	Ermittlung der Sachziele	42
a)	Unterscheidung von Sach- und Rechtsziel	42
b)	Konkretisierung des Sachziels	43
c)	Hintergründe	44
3.	Art und Weise der Informationsermittlung	45
a)	Mandantengespräch	45
aa)	Die Kunst des Zuhörens	45
bb)	Bewertung und gezieltes Nachfragen	46
cc)	Struktur	47
dd)	Verständlichkeit	47
b)	Weitere Informationsquellen	48
II.	Formulierung der Rechtsziele	48
III.	Ermittlung des Gestaltungsbedarfs	49
1.	Vergleich von Ist- und Soll-Zustand	49
2.	Umfassende Prüfung der Rechtslage	51
3.	Zweckmäßigkeit	51
IV.	Erarbeitung von Gestaltungsoptionen	52
1.	Ermittlung der dem Rechtsziel entsprechenden Gestaltungsoptionen	52
2.	Vertragskonzipierung	53
a)	Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Risikoplanung	53
b)	Erfüllungsplanung	54
aa)	Regelungen zur Verwirklichung der Sachziele	54
bb)	Auflösung von Zielkonflikten	55
cc)	Gestaltungsfreiheit	56
dd)	Gesetzliche Vorgaben	57
c)	Risikoplanung	57
aa)	Konfliktgefahren	57
bb)	Sicherungs- und Sanktionsmechanismen zur Konflikt- vermeidung und -lösung	57
cc)	Geltendmachung der Nichterfüllung	58
dd)	Konfliktlösungsmechanismen	58
3.	Vorsorge gegen Unsicherheiten	59
4.	Vertragstypen und -muster	60
a)	Entwicklung von Vertragstypen	60
b)	Umgang mit Vertragstypen	61
c)	Regelungstypen	62
d)	Vertragsmuster	62
V.	Kriterien zur Auswahl einer Gestaltung	63
1.	Primär- und Sekundärziele	64
2.	Rechtssicherheit	64
§ 5	Der Weg zum Vertrag	65
I.	Der erste Vertragsentwurf	65
II.	Vertragsverhandlungen	65
1.	Möglichkeit und Notwendigkeit	65
2.	Die Rolle des Vertragsgestalters in Verhandlungen	66
3.	Die Vertragsverhandlung im Einzelnen	67
a)	Verhandlungsplanung und -struktur	67
b)	Verhandlungsstil und -atmosphäre	67

c) Verhandlungstypen	67
d) Verhandlungsmacht	68
e) Verhandlungsspielraum	68
f) Verhandlungsstrategien	69
aa) Grundkonzepte	69
bb) Insbesondere: Das Harvard-Konzept	70
(1) Trennung von Sach- und Beziehungsebene	70
(2) Verhandlung ausgerichtet an Interessen anstelle von Positionen	70
(3) Entwicklung einer Lösung zum beiderseitigen Vorteil	71
(4) Anwendung objektiver Entscheidungskriterien	71
(5) Entwicklung der besten Alternative zur Übereinkunft	71
g) Instrumente der Einflussnahme	71
aa) „Fuß-in-die-Tür“-Technik	72
bb) „Tür-ins-Gesicht“-Technik	73
III. Gesamtschau	73
§ 6 Vertragstechnik	75
I. Vertragssprache	75
II. Vertragsinhalt	75
III. Vertragsstruktur	77
IV. Vertragsaufbau	77
V. Vertragsabschluss	79
§ 7 Vertragscontrolling	80

TEIL 2: EINFÜHRUNG IN DIE PRAXIS DER VERTRAGSGESTALTUNG

§ 8 Vertragsgestaltung im Kaufrecht	81
I. Überblick	81
II. Kauf einer beweglichen Sache	81
1. Vorbereitende Überlegungen	82
a) Ist der Sachverhalt hinreichend klar?	82
b) Ist die Gestaltungsaufgabe eindeutig fixiert?	82
c) Wie ist die Interessenlage der Vertragsbeteiligten?	82
2. Entwicklung der Gestaltung	83
a) Einordnung der vertragsrechtlich zu regelnden Themen	83
b) Die Stoffsammlung	83
aa) Zwingender Inhalt von Verträgen	83
bb) Empfehlenswerter Inhalt von Verträgen	84
cc) Allgemeine Vertragsklauseln	84
dd) Die Präambel bzw Vorbemerkung	84
ee) Die Vollständigkeit	85
c) Der materiellrechtliche Inhalt	85
aa) Unproblematische Regelungen	86
bb) Übernahme gesetzlicher Regelungen	86
cc) Ausgestaltung problematischer Themenbereiche	86
d) Die Gliederung des Vertrags	86

e)	Die Formulierung des Vertrags	86
f)	Checkliste: Arbeitsschritte der Vertragsgestaltung	87
g)	Checkliste: Überlegungen zu den Vertragsthemen	88
3.	Die Person des Vertragsgestalters	88
a)	Der Interessenvertreter des Käufers	88
b)	Der Interessenvertreter des Verkäufers	89
c)	Der Rechtsberater für beide Parteien	89
4.	Hilfsmittel für die Ermittlung der Gegenleistung (2. Variante)	89
5.	Die Grenzen der Vertragsgestaltung	90
a)	§§ 134, 138 BGB	91
b)	§ 242 BGB	91
c)	§§ 305–310 BGB (Allgemeine Geschäftsbedingungen)	91
6.	Musterlösung: ausformulierter Kaufvertrag über die Veräußerung eines gebrauchten Kraftfahrzeugs	91
7.	Lösung der 3. Variante	93
a)	AGB-rechtliche Regelungen der §§ 305 ff BGB	93
b)	Verbrauchsgüterkauf	93
III.	Kauf einer Immobilie	93
1.	Einführende Hinweise	94
2.	Basiswissen zu Immobilienverträgen	94
a)	Zum Grundbuch	94
b)	Zur Finanzierung	95
c)	Das Grundbuch als Sicherungsmittel	95
3.	Vorbereitende Überlegungen	96
4.	Entwicklung der Gestaltung	97
a)	Erstellung des Vertragsentwurfs	97
aa)	Heranziehung von Formularbüchern	97
bb)	Struktur von Grundstückskaufverträgen	97
b)	Zur Zusatzüberlegung	98
aa)	Vertragsgestaltung und Steuerrecht	98
bb)	Die Einkunftsarten des EStG	99
cc)	Vorsicht bei steuermotivierten Verträgen	99
dd)	Steuerliche Auswirkungen des Immobilienerwerbs	100
c)	Zur Sachverhaltsalternative	100
aa)	Zur Rechtsnatur des Bauträgervertrags	100
bb)	Die Baubeschreibung	101
cc)	Das Wohnungseigentum, die Teilungserklärung und die Abgeschlossenheitsbescheinigung	101
dd)	Die Makler- und Bauträgerverordnung	102
ee)	Ergebnis	103
IV.	Kauf einer Anwaltspraxis	103
1.	Zu den „internen“ Vereinbarungen	104
2.	Entwicklung der Gestaltung	104
a)	Praxiskaufvertrag	104
aa)	Der Verkäufer der Anwaltspraxis	104
bb)	Zum Gegenstand des Praxiskaufvertrags	105
cc)	Die Forderungen des verstorbenen Rechtsanwalts	106
dd)	Die Dauerschuldverhältnisse	106

ee) Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz	106
b) Exkurs: Ermittlung eines angemessenen Kaufpreises/Unternehmenswertes	107
c) Gestaltungsmöglichkeiten beim Praxiskauf einer Rechtsanwalts-GmbH	108
aa) share deal oder asset deal	108
bb) Die due diligence	109
cc) Zum Ablauf eines Unternehmenskaufs/Transaktionsverfahrens	110
dd) Wahl des Kaufmodells	111
§ 9 Vertragsgestaltung im Schenkungsrecht	113
I. Überblick	113
II. Schenkungen unter Eheleuten	113
1. Einführende Hinweise	113
2. Vorbereitende Überlegungen	114
3. Exkurs: Die unbenannten („ehebedingten“) Zuwendungen	114
4. Die rechtlichen Rahmenbedingungen	115
a) Anfechtungsrecht	115
b) Steuerrecht	115
5. Entwicklung der Gestaltung	116
a) Erstellung des Vertragsentwurfs	116
b) Lösungsvorschlag	116
6. Exkurs: Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht	116
§ 10 Vertragsgestaltung im Mietrecht	118
I. Überblick	118
II. Mietvertrag über Wohnraum	118
1. Vorbereitende Überlegungen	118
2. Entwicklung der Gestaltung	119
a) Mietsicherheit und Mietanpassungsklausel	119
b) Erstellung des Vertragsentwurfs	119
III. Mietvertrag über Büroräume in einer noch zu errichtenden Immobilie	120
1. Anwalt in eigener Sache	120
2. Entwicklung der Gestaltung	121
a) Mietgegenstand	121
b) Mietzins	122
c) Laufzeit	122
d) Fertigstellungsrisiko und Fertigstellungsfrist	122
e) Betriebskosten/Nebenkosten	122
f) Sonstige Regelungen	123
g) Erstellung des Vertragsentwurfs	123
§ 11 Vertragsgestaltung im Dienst- und Arbeitsvertragsrecht	124
I. Überblick	124
II. Der Geschäftsführeranstellungsvertrag	124
1. Einführende Hinweise	124
2. Vorbereitende Überlegungen	125

3. Entwicklung der Gestaltung	125
a) Erstellung des Vertragsentwurfs	125
aa) Die Vertretung der Gesellschaft	125
bb) Die Aufgaben des Geschäftsführers	126
cc) Die Vergütung des Geschäftsführers	126
(1) Die Festvergütung	126
(2) Die variable Vergütung	127
(3) Sonstige Nebenleistungen, insbesondere Versicherungen	127
dd) Die Dauer des Anstellungsvertrags	127
ee) Das Wettbewerbsverbot	128
b) Die Gliederung des Anstellungsvertrags	128
c) Zur Sachverhaltsvariante	129
III. Der Dienstvertrag (für freie Mitarbeiter)	130
1. Einführende Hinweise	130
2. Vorbereitende Überlegungen	131
3. Entwicklung der Gestaltung	131
a) Erstellung des Vertragsentwurfs	131
b) Zur Sachverhaltsvariante	132
§ 12 Vertragsgestaltung im Maklerrecht	134
I. Überblick	134
II. Der Maklervertrag	134
1. Einführende Hinweise	134
2. Vorbereitende Überlegungen	135
3. Erstellung des Vertragsentwurfs	135
§ 13 Vertragsgestaltung im Leasingrecht	138
I. Überblick	138
II. Der Leasingvertrag über Mobilien	138
1. Einführende Hinweise	139
a) Leasing als Alternative zum Kauf	139
b) Die steuerrechtliche Behandlung des Leasings	139
c) Das sale and lease back-Verfahren	140
2. Vorbereitende Überlegungen	140
3. Erstellung einer Gliederung für den Vertragsentwurf	140
a) Der konkrete Vertragstext	140
b) Allgemeine Leasingbedingungen	141
§ 14 Vertragsgestaltung im Franchising	142
I. Überblick	142
II. Franchising oder Filialisierung	142
1. Einführende Hinweise	142
2. Die Beratungssituation	143
a) Zur Managementkapazität	143
b) Zur Finanzierung	143
aa) Eigenkapital	144
bb) Mezzaninkapital	144
cc) Fremdkapital	144

c) Exkurs: Die Kreditvergabe	144
aa) Die Sicherheiten	145
bb) Basel II	145
cc) Bonität und Rating	146
3. Franchising als Alternative zur Filialisierung	146
4. Das Franchise-System	147
a) Der Merkmalskatalog	147
b) Die Gliederung eines Franchisevertrags	148
§ 15 Vertragsgestaltung im Sachenrecht	149
I. Überblick	149
II. Miteigentum, Vormerkung, Hypothek, Grundschuld, Sicherungsübereignung, Dienstbarkeit	149
1. Vorbereitende Überlegungen	150
2. Entwicklung der Gestaltung	150
a) Rechtsverhältnis zwischen Steffi und Mark (Miteigentümergeinschaft/Grundstücksgesellschaft)	151
aa) Regelungsmöglichkeiten	151
bb) Bruchteilsgemeinschaft/Miteigentum	152
(1) Gleiche Anteile und gemeinschaftliche Verwaltung	152
(2) Verfügungsmöglichkeit und Vorkaufsrecht	152
(3) Lasten- und Kostentragung	153
(4) Aufhebung der Gemeinschaft	153
(5) Ergebnis	154
b) Rechtsverhältnis zum Verkäufer des Hausgrundstücks (Vormerkung)	154
aa) Risiken durch Vorbelastungen	155
(1) Grundpfandrechte und deren Ablösung	155
(2) Grundbuchkosten	155
bb) Risiken durch nachvertragliche Umstände	156
(1) Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung	156
(2) Praktische Abwicklung des Grundstückskaufvertrags	157
(3) Ergebnis	157
c) Rechtsverhältnis zum Nachbarn (Grunddienstbarkeit)	158
aa) Interessenlage	158
bb) Grenzen schuldrechtlicher Bindung	158
cc) Grunddienstbarkeit	159
(1) Unterschiede zwischen „allgemeiner“ Grunddienstbarkeit und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit	159
(2) Auswahl und Entwicklung der Gestaltung	160
(3) Ergebnis	162
d) Rechtsverhältnisse zur Bank (Grundpfandrechte, Sicherungsübereignung)	162
aa) Sicherungsgrundschuld	162
(1) Vergleich mit Hypothek	162
(2) Differenzierung der Rechtsverhältnisse	164
(3) Risiken nach Übertragung der Sicherungsgrundschuld und ihre Vermeidung	164
(4) Ausgestaltung des Sicherungsvertrags	165

bb) Sicherungsübereignung	165
cc) Ergebnis	167
3. Zusammenhang der verschiedenen Regelungen	168
III. Erbbaurecht	170
1. Vorbereitende Überlegungen	171
2. Entwicklung der Gestaltung	171
a) Mietvertrag	171
aa) Sicherung der Dauerhaftigkeit	171
bb) Sicherung vor Vermögensverfall des Vermieters	171
cc) Besicherung im Rahmen der Finanzierung	172
dd) Ergebnis	172
b) Erbbaurecht	172
aa) Wesen und Vorteile des Erbbaurechts	172
bb) Ergebnis	174
§ 16 Vertragsgestaltung im Vereinsrecht	176
I. Überblick	176
II. Vereinsgründung	176
1. Vorbereitende Überlegungen	177
2. Entwicklung der Gestaltung	177
a) Rechtliche Struktur des Vereins	177
aa) Abgrenzung des Idealvereins von einem wirtschaftlichen Verein	177
bb) Persönliche Haftung	178
cc) Gründung	178
dd) Eintragung	179
ee) Vereinsname	179
ff) Mitgliederwechsel	179
gg) Finanzierung	179
hh) Gemeinnützigkeit	180
ii) Bildung des Vorstands und Aufgabenverteilung	180
jj) Satzungsänderungen	180
kk) Ergebnis	181
b) Realisierbarkeit der Vereinsziele	181
c) Gründungsvorbereitungen	182
d) Gründungsversammlung	183
e) Gründungsprotokoll	183
f) Vereinssatzung	184
§ 17 Vertragsgestaltung im Gesellschaftsrecht	186
I. Überblick	186
II. Die Gründung einer Anwaltsgesellschaft	186
1. Vorbereitende Überlegungen	186
2. Erstellung der Themenliste	187
a) Zur Grundstruktur von Gesellschaftsverträgen	187
aa) Vertragliche Grundlagen	187
bb) Innere Ordnung und Vertretung der Gesellschaft	187
cc) Strukturänderungen der Gesellschaft	187
dd) Allgemeine Bestimmungen/Sonderregelungen	188

b)	Themenliste/Aufbauschema für Gesellschaftsverträge	188
c)	Beantwortung der Ausgangsfrage	188
3.	Weiterführung des Falls	189
a)	Einführende Hinweise	189
b)	Exkurs: Anwaltliche Vergütungssysteme	189
c)	Die Gliederung des Gesellschaftsvertrag einer Anwalts-GbR	190
d)	Der Gesellschaftsvertrag einer Anwalts-GmbH	191
aa)	Die gesetzlichen Vorgaben	191
bb)	Die wesentlichen Merkmale einer Rechtsanwalts-GmbH	192
e)	Die Partnerschaftsgesellschaft	192
III.	Die Gründung einer gewerblich tätigen Gesellschaft	193
1.	Einführende Hinweise	193
2.	Grundsatzüberlegungen	194
a)	Die Gründung einer neuen Gesellschaft	194
b)	Die Rechtsformwahl	195
c)	Thematische Schwerpunkte bei der Gestaltung von Gesellschafts- verträgen	196
aa)	Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers/der Geschäfts- führer	196
bb)	Kompetenzabgrenzung zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung	196
cc)	Gewinnverteilung/Entnahmen	197
dd)	Beschlussmehrheiten	197
ee)	Fehlerhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen	197
ff)	Abfindungsregelungen	198
gg)	Wettbewerbsvereinbarungen	199
hh)	Schiedsgerichtsvereinbarung	199
3.	Die konkrete Entscheidung	199
a)	Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften	199
b)	Wahl der GmbH & Co. KG	199
4.	Die juristische Umsetzung der Geschäftsidee	200
a)	Die Gründung der GmbH & Co. KG	200
b)	Die Beteiligung der Kinder	202
c)	Exkurs: Zum Handelsregister	203
d)	Der Kauf des Patents	203
e)	Die Überlassung des Patents an die NewCo zur Nutzung	204
f)	Der Werkvertrag über die Herstellung der Snackautomaten	204
g)	Abschluss weiterer notwendiger Verträge	205
5.	Abschlussüberlegung	205
§ 18	Vertragsgestaltung im Recht der Eheverträge	206
I.	Überblick	206
II.	Der Ehevertrag junger Eheleute	206
1.	Einführende Hinweise	207
2.	Vorbereitende Überlegungen	207
a)	Rechtslage vor der Heirat	207
b)	Rechtslage nach der Heirat	208
aa)	Das Familienrecht	208
bb)	Das Erbrecht	208

c) Gestaltungsüberlegungen	209
aa) Zum Güterstand	209
bb) Zum Versorgungsausgleich	209
cc) Zum nahehelichen Unterhalt	210
dd) Zum Erbrecht	210
3. Erstellung des Ehevertragsentwurfs	210
§ 19 Vertragsgestaltung im Erbrecht	213
I. Überblick	213
II. Das erbrechtliche Beratungsgespräch	213
1. Einführende Hinweise	213
a) Zur Privaterbfolge	214
b) Die Testierfreiheit	214
c) Die Familienerbfolge	214
d) Die unabdingbaren Rechtsinstitute des Erbrechts	214
aa) Das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession)	214
bb) Der erbrechtliche Formen- und Typenzwang	215
cc) Das Pflichtteilsrecht	215
2. Vorbereitende Überlegungen	215
3. Der erbrechtliche Fragenkatalog	215
a) Klärung der persönlichen Verhältnisse des potenziellen Erblassers	215
aa) Persönliche Daten	215
bb) Status des potenziellen Erblassers	216
cc) Struktur des aktuellen und möglicherweise zu vererbenden Vermögens	216
dd) Liquides und sonstiges Vermögen	216
b) Die gesetzliche Erbfolge	216
c) Bindung des Erblassers an frühere, anderweitige letztwillige Ver- fügungen	216
d) Gestaltungsziel des Erblassers	217
e) Berücksichtigung steuerlicher Faktoren	217
III. Das gemeinschaftliche Testament	218
1. Einführende Hinweise	218
a) Gesetzliche Instrumente der Testamentsgestaltung	219
b) Formen letztwilliger Verfügungen	219
c) Einzeltestament, Ehegattentestament, Erbvertrag	219
d) Einheitslösung oder Trennungslösung	219
2. Vorbereitende Überlegungen	220
3. Entwicklung der Gestaltung	221
a) Strukturen der einzelnen Testamentselemente	221
b) Der Textvorschlag	221
4. Exkurs: Kosten eines notariellen Testaments/eines notariellen Erb- vertrags	223
IV. Das Unternehmertestament	224
1. Einführende Hinweise	224
2. Vorbereitende Überlegungen	224
a) Notwendigkeit des Unternehmertestaments	224
b) Begrenzter Empfehlungskatalog	224

c) Zu berücksichtigende Störfaktoren	225
d) Herausarbeiten von Zielen und Zielkonflikten	225
3. Umsetzungsmaßnahmen	225
a) Frühzeitige begleitende Vorsorge	225
b) Vorsorgemaßnahmen	226
c) Keine Selbstbindung des Unternehmers	226
d) Testamentsvollstreckung	226
e) Drittbestimmung des Unternehmensnachfolgers	226
4. Entwicklung der Gestaltung	226
a) Erbeinsetzung	226
b) Wertmäßiger Ausgleich	227
§ 20 Vertragsgestaltung mit AGB	229
I. Überblick	229
II. Entwurf von AGB für ein Dienstleistungsunternehmen	230
1. Vorbereitende Überlegungen	231
2. Entwicklung der AGB	231
a) Bestehen eines Regelungsbedürfnisses	231
aa) Bestimmung des Vertragstyps	232
bb) Ermittlung eines Regelungsbedarfs	232
cc) Disponibilität der gesetzlichen Regelung	233
dd) Ergebnis im Beispielfall	233
b) Realisierbarkeit der Regelungsziele	234
aa) Anwendungsbereich und Prüfungsumfang der AGB-Kontrolle	234
bb) Inhaltskontrolle	234
(1) Regelungsziel Nr. 2	234
(2) Regelungsziel Nr. 3	235
(3) Regelungsziel Nr. 4	236
(4) Regelungsziel Nr. 5	238
(5) Regelungsziel Nr. 6	239
(6) Gesamtergebnis der Inhaltskontrolle	240
c) Formulierung der Regelungsziele	241
d) Ausgestaltung der Einbeziehung	241
aa) Hinweis auf die AGB	242
bb) Möglichkeit der Kenntnisnahme	242
cc) Einbeziehung im kaufmännischen Geschäftsverkehr	242
dd) Ergebnis	243
Schrifttum	245
Stichwortverzeichnis	253