

Inhaltsverzeichnis

Verzeichnis der Formulierungsbeispiele	XVI
Abgekürzt zitierte Literatur	XVII
Überblick über den Gang der Darstellung	XXI

1. Teil. Die Methode der Kautelarjurisprudenz

1. Kapitel. Definition und Ziele

I. Definitionen	
1. Dezisionsjurisprudenz – Kautelarjurisprudenz	1
2. Notwendigkeit und Ziele einer Methodenlehre der Kautelarjurisprudenz	2
II. Der Stand der juristischen Methodenlehre	2
1. Von der Begriffsjurisprudenz über die Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz	2
2. Die Wertfrage als zentrales methodologisches Problem	3
3. Topik	5
a) Grundzüge	5
b) Kritik	6
c) Topik und Kautelarjurisprudenz	7
aa) Beispiel einer topischen Diskussion: Die Eigentumsvormerkung	7
bb) Beispiel der Systematisierung durch Topik: Kaufvertragsbaustein über die Tra- gung von Erschließungsbeiträgen im Grundstückskaufvertrag	9
d) Kritik	12
4. Rhetorik und Argumentationslehre	12
a) Rhetorik als Sprachkunst	12
b) Rhetorische Techniken	14
aa) Sachverhaltsermittlung durch Strukturdenken	14
bb) Analyse von Argumentationsstrukturen	15
cc) Lösungsdurchsetzung durch Normalfallargumentation	16
5. Typologik	16
a) Grundzüge der Typologik	16
aa) Entwicklung	16
bb) Typus als Denkform des Allgemeinen	17
cc) Analoges Denken	17
dd) Wertende Zuordnung	17
b) Kriterien typologischen Denkens am Beispiel kautelarjuristischer Gestaltungen	18
aa) Vom Lebenstypus zum Regelungstypus	18
bb) Von der Fallgruppe zum Vertragstypus	18
cc) Der Einsatz des Komparativs: „Je mehr – desto mehr“	19
dd) Abgestufte Typen zwischen sich ausschließenden Gesetzesbegriffen nach dem Vertragszweck	20
ee) Vertragszweck und Natur der Sache	21
ff) Ganzheitlichkeit und Heterogenität des Typus	22
gg) Falsifizierbarkeit und Offenheit der Vertragstypen	22
hh) Orientierung an Vertragstypen und Vorverständnis	23
c) Typisierung durch Fallgruppenbildung	24

2. Kapitel. Grundlegung einer Methode der Kautelarjurisprudenz

I. Vertragsgestaltung nach Fallgruppen und Vertragstypen	24
1. Notwendigkeit der Orientierung an Vertragstypen	24
2. Funktionen der kautelarjuristischen Vertragstypenlehre	25
a) Kautelarjuristisches Vorverständnis	25
b) Strukturierung der Verhandlung	26
c) Denken in Alternativen	26
d) Gesamtschau heterogener Regelungsbereiche	26
e) Der Vertrags- oder Regelungstyp als Zielpunkt der hermeneutischen Spirale	26
f) Vermeidung von Etikettenschwindel und Umgehungsgeschäften	27
g) Haftungsvermeidung durch Orientierung an Vertrags- und Regelungstypen	27
3. Vertragstyp – Rechtsgeschäftstyp – Regelungstyp	27

Inhaltsverzeichnis

a) Vertragstyp – Rechtsgeschäftstyp	27
b) Vertragstyp – Regelungstyp	27
4. Von der Fallgruppenbildung zum Vertragstyp	29
5. Charakteristika des kautelarjuristischen Vertragstyps	30
a) Konkretheit	30
b) Einheitlichkeit und Querlaufen	30
c) Abstufbarkeit	31
d) Verhältnis zum Gesetz	31
e) Zweckbestimmtheit	32
f) Wertbezogenheit	32
6. Bildung, Legitimierung und Kontrolle von Vertragstypen	32
7. Vertragstypenlehre und Systemgedanke	33
a) Vertragstypenlehre als „offenes System“	33
b) Rechtsfolgenermittlung durch wertende Zuordnung	34
8. Zum Arbeiten mit Vertragstypen	35
 II. Kautelarjuristische Hermeneutik	35
1. Willensermittlung als hermeneutisches Problem	35
a) Grenzen der Willensermittlung	35
b) Von der Willensermittlung zur Willensbildung	35
2. Frage und Antwort	36
a) Die Bedeutung richtigen Fragens	36
b) Zuhören können	37
c) Gezieltes Fragen, Strukturdenken	37
d) Interaktion und Kooperation	37
3. Die Sprache der Verhandlung	38
a) Umgangssprache – Schriftsprache – Fachsprache	38
b) Der Kautelarjurist als Dolmetscher	38
4. Gezieltes Verhandeln	39
5. Willenssteuerung durch den Vertragsjuristen?	40
 III. Legitimation durch Verfahren: Das Beurkundungsgesetz	40
1. Inhaltsbestimmung der Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars durch die Haftungsrechtsprechung	40
2. Grundzüge der Prüfungs- und Belehrungspflichten nach §§ 17 ff. BeurkG	42
3. Prüfungs- und Belehrungspflichten bei Beurkundungen	43
a) § 17 BeurkG	43
b) Unverzichtbarkeit und Erforderlichkeit der Belehrung	43
c) Belehrung und Beratung	44
4. Rechtsprechungsgrundsätze zu Prüfung und Belehrung	44
5. Grenzen der Prüfungs- und Belehrungspflichten	45
6. Der Konflikt der Beratungs- und Warnpflichten mit der Unparteilichkeitspflicht des Notars	45
7. Notwendige Anerkennung eines notariellen Beurteilungsspielraums	46
8. Vertragstypik und Unparteilichkeit	48
 IV. Hinweise zur Technik der Vertragsgestaltung	49
1. Die Sprache des Vertrages	49
a) Gebrauch der Fachsprache	49
b) Fachsprache und Allgemeinverständlichkeit	49
c) Verbesserung der Fachsprache	50
2. Gesetzeszitat oder Gesetzesbezug?	50
3. Der Aufbau des Vertrages	52
a) Dogmatische und gesetzliche Vorgaben	52
b) Vertragstypenbezogener Aufbau	52
c) Degrressiver Aufbau	52
d) Praktische Handhabbarkeit, Parallelität von Verhandlungs- und Urkundenstruktur	53
4. Das Arbeiten mit Textbausteinen und Textbausteinkombinationen	53
a) Qualitätssprung durch Textverarbeitung	53
b) Differenzierung, Kummelierung oder Systematisierung von Textbausteinen	54

Inhaltsverzeichnis

5. Die Planung von komplexen Gestaltungen	56
6. Zum Gebrauch von Formularbüchern und Checklisten	56
V. Zielkonflikte der Vertragsgestaltung	57
1. Sachgerechtigkeit und Zeitdruck	57
2. Sachgerechtigkeit und Haftungsvermeidung	58
3. Sachgerechtigkeit und Kostengünstigkeit	58
4. Sachgerechtigkeit und Steuergünstigkeit	59
a) Steuergünstige Vertragsgestaltung	60
b) Steuerliche Motive haben Nachrang	61
c) Mißbrauch zivilrechtlicher Gestaltungen zur Steuerersparnis	61
5. Sachgerechtigkeit und Textverarbeitung	62
6. Sachgerechtigkeit und Vertragsumfang	63
7. Sachgerechtigkeit und Risiko: Der sichere Weg	63
 <i>3. Kapitel. Auf dem Weg zur Vertragsgerechtigkeit</i>	
I. Vertragsgerechtigkeit als Aufgabe	64
1. Vertragsgerechtigkeit als Aufgabe des Gesetzgebers und Richters	64
2. Vertragsgerechtigkeit als Aufgabe des Kautelarjuristen – Interessenvertretung und Interessenausgleich	65
II. Grundfragen einer Vertragslehre	66
1. Der Vertragsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs	66
2. Die Lehre von den Vertragstypen als Vertragslehre	67
3. Stufen der inhaltlichen Vertragsgerechtigkeit	68
a) Die Gerechtigkeit der Gesamtregelung	68
b) Preisgerechtigkeit beim Austauschvertrag	68
c) Gerechter Interessenausgleich bei den vertraglichen Nebenrechten und Nebenpflichten	68
4. Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit	69
a) Der Primat der Vertragsfreiheit	69
b) Vertragsfreiheit als Richtigkeitsgewähr oder Richtigkeitschance?	70
c) Mißbrauch als Schranke der Vertragsfreiheit	70
III. Vertragsgerechtigkeit durch Richterspruch?	71
1. Richterliche Inhaltskontrolle nach dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	71
a) Rechtfertigung einer Inhaltskontrolle	71
b) Vorformulierung, nicht Rechtsmißbrauch als gesetzliche Voraussetzung der Inhaltskontrolle	72
c) Der Verwendungsbegriff	73
d) Zum Aushandeln	74
e) Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung	75
f) Gefahren der Inhaltskontrolle nach §§ 8 ff. AGBG	76
g) Keine Inhaltskontrolle bei vertraglichen Hauptpflichten, § 8 AGBG	76
h) Zur Inhaltskontrolle außergesetzlicher Vertragstypen nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG	78
2. Richterliche Inhaltskontrolle außerhalb des AGB-Gesetzes	79
a) Die Rechtsprechung des VII. ZS BGH zum Gewährleistungsausschluß bei Individualverträgen über neuerrichtete Gebäude	79
aa) Entwicklung von Fällen und Begründungen	79
bb) Die Grundsätze der Rechtsprechung des VII. ZS BGH	81
cc) Kritik der Anknüpfungspunkte der Rechtsprechung des VII. ZS BGH	82
dd) Zur Notwendigkeit dieser Inhaltskontrolle	85
ee) Ausübungskontrolle statt Inhaltskontrolle bei Individualverträgen	87
b) Sonstige Ansätze zur Inhaltskontrolle von Individualverträgen	88
aa) Scheidungsfolgenrecht	88
bb) Gesellschaftsrecht	88
IV. Vertragsgerechtigkeit durch Orientierung an Vertrags- und Regelungstypen	88
1. Vertragsgerechtigkeit als Interessenausgleich	88

Inhaltsverzeichnis

2. Vertragstypenlehre als inhaltsbezogene Vertragslehre	89
3. Vertragstypenlehre und Äquivalenzprinzip	89
4. Vertragstypenlehre und Sachrichtigkeit	89
5. Vertragstypenlehre und Rechtssicherheit	90
6. Vertragstypenlehre und Einzelfallgerechtigkeit	90
7. Vertragstypenlehre und herrschende Wertvorstellungen	90
8. Vertragstypenlehre und Verfahren	90
2. Teil. Kautelarjuristische Vertragstypen	
<i>1. Kapitel. Der Stand der kautelarjuristischen Vertragstypenbildung</i>	
<i>2. Kapitel. Kaufverträge</i>	
I. Grundsätze	92
1. Der Vertragstypus Kauf, Typenunterscheidung	92
2. Struktur und Vertragsaufbau	93
3. Gesetzliche Vorgaben durch BGB und AGB-Gesetz	93
a) Sachkauf und Rechtskauf	94
b) Stückkauf und Gattungskauf	94
c) Rechtsmängelhaftung und Sachmängelhaftung	94
d) Die Rechte des Käufers bei Rechtsmängeln	95
e) Die Rechte des Käufers bei Sachmängeln	95
aa) Der subjektive Fehlerbegriff	96
bb) Zugesicherte Eigenschaften	96
cc) Garantie	97
dd) Arglistiges Verschweigen eines Mangels	97
ee) Wandlung und Minderung	98
ff) Verjährung nach § 477 BGB	98
gg) Freizeichnungsklauseln	99
f) Trennungs- und Abstraktionsprinzip	100
g) Gefahrtragung	100
h) Käuferpflichten	101
aa) Kaufpreiszahlung	101
bb) Abnahmepflicht, sonstige Nebenpflichten	102
i) Der Handelskauf	102
II. Kauf beweglicher Sachen	102
1. Vertragstypen	102
2. Regelungsschwerpunkte der einzelnen Vertragstypen	103
a) Neue Sache – gebrauchte Sache	103
b) Kauf unter Eigentumsvorbehalt	104
aa) Bedeutung, Zulässigkeit	104
bb) Rechte des Verkäufers	105
cc) Rechte des Käufers	106
c) Der Abzahlungskauf	106
d) Der fremdfinanzierte Abzahlungskauf	107
e) Kauf im Bereich neuer Technologien	108
III. Kauf von Rechten	109
1. Vertragstypen	109
2. Regelungsschwerpunkte	110
IV. Der Grundstückskauf	111
1. Vertragstypen und deren Regelungsschwerpunkte	111
2. Regelungstypen	113
3. Die Struktur des Grundstückskaufs	113
4. Beispiel: Finanzierter Kauf eines belasteten Altbaugrundstücks	114
a) § 1: Beschrieb und Lastenfreistellung des Kaufobjekts	114
b) § 2: Kaufabrede, Kaufpreis	114
c) § 3: Zahlungsmodalitäten, Finanzierung	114
d) § 4: Auflassungsvormerkung, Auflassung	114

Inhaltsverzeichnis

e) § 5: Genehmigungen, Vorkaufsrechte	115
f) § 6: Besitzübergang, Gewährleistung	115
g) Die weiteren Bestimmungen	115
V. Der Kauf von Unternehmen, Beteiligungen und freiberuflichen Praxen	119
1. Vertragstypen	119
2. Einzelne Regelungsschwerpunkte	120
a) Formvorschriften, Wirksamkeitszusammenhang	120
b) Probleme des Kaufgegenstandes	121
c) Gewährleistung, Zusicherungen, Garantien	121
d) Weitere Regelungsprobleme	122
VI. Der Erbteils- und Erbschaftskauf	124
<i>3. Kapitel. Zuwendungsverträge</i>	
I. Grundsätze	124
1. Bereich der Zuwendungsverträge, Vertragstypen	124
2. Gesetzliche Vorgaben durch das Schenkungsrecht	125
3. Die Struktur der Zuwendungsverträge	126
II. Die Schenkung	126
1. Vertragstyp, Vertragszweck	126
2. Vertragsgestaltung	127
III. Die Ausstattung	127
1. Vertragstyp	127
2. Rechtsfolgen	127
3. Vertragsgestaltung	127
IV. Die vorweggenommene Erbfolge	128
1. Vertragszweck, Vertragstypen	128
2. Abgrenzung zur Schenkung, Rechtsfolgenzuordnung	128
3. Schwerpunkte der Vertragsgestaltung	129
V. Der Verpfändungsvertrag	131
VI. Die ehebedingte „unbenannte“ Zuwendung	132
1. Vertragstyp	132
2. Rechtliche Einordnung und Rechtsfolgen der ehebedingten unbenannten Zuwendung	132
3. Regelungsschwerpunkte	133
<i>4. Kapitel. Herstellungsverträge</i>	
I. Grundsätze	134
1. Bereich der Herstellungsverträge, Vertragstypen	134
2. Das Werkvertragsrecht des BGB als gesetzliche Vorgabe	134
a) Hauptflichten	134
b) Abnahme	135
c) Sicherungsrechte des Unternehmers, Kündigungsrecht	135
d) Rechtsmängelhaftung	135
e) Sachmängelhaftung	135
f) Abweichende Vereinbarungen	136
3. Die Struktur der Herstellungsverträge	136
II. Handwerkliche Reparaturverträge, Reinigungsverträge	137
III. Bauverträge	137
1. Vertragstypen	137
2. Regelungsschwerpunkte	137
a) Gewährleistung	137
b) Zahlungsplan	138
c) Beurkundungsfragen	138
d) Leistungsbeschreibung	138

Inhaltsverzeichnis

IV. Anlagenverträge	139
V. Architekten- und Ingenieurverträge	139
1. Vertragszweck und spezielle Vorgaben	139
2. Regelungsschwerpunkte	139
VI. Gutachterverträge	140
VII. Beförderungsverträge	140
VIII. Reiseverträge	140
1. Vertragstyp, gesetzliche Regelung	140
2. Praxis	141
IX. Verlags- und Aufführungsverträge	141
1. Vertragstypen	141
2. Regelungsschwerpunkte	142
<i>5. Kapitel. Gebrauchsüberlassungsverträge</i>	
I. Grundsätze	142
1. Bereich der Gebrauchsüberlassungsverträge, Vertragstypen	142
2. Bedeutung, Regelungsschwerpunkte	142
3. Das Miet- und Pachtrecht des BGB als gesetzliche Vorgabe	143
II. Wohnraummiete	144
III. Geschäftsraummiete	145
IV. Grundstückspacht	145
V. Unternehmenspacht	146
1. Vertragstypen	146
2. Regelungsschwerpunkte	146
VI. Beherbergungs-, Heim- und Patientenaufnahmeverträge	146
1. Vertragstypen	146
2. Regelungsschwerpunkte	147
VII. Automatenverträge	147
VIII. Leasingverträge	148
1. Das Finanzierungsleasing als Grundtypus	148
2. Das Operating-Leasing	149
3. Schwerpunkte der Vertragsgestaltung	150
IX. Lizenzverträge, Know-how-Verträge	150
X. EDV-Nutzungsverträge	151
<i>6. Kapitel. Dienst- und Arbeitsverträge</i>	
I. Grundlage	151
1. Bereich der Dienst- und Arbeitsverträge	151
2. Das Dienstvertragsrecht des BGB als gesetzliche Vorgabe	152
II. Einzelne Vertragstypen	152
1. Arztrecht	152
2. Anwaltsvertrag, Anwaltsberatungsvertrag	152
3. Hausverwaltervertrag	152
4. Dienstverträge freier Mitarbeiter	152
5. Arbeitsverträge	152
III. Maklervertrag, Werbevertrag	153
<i>7. Kapitel. Vertriebsverträge</i>	
I. Grundsätze	153

Inhaltsverzeichnis

1. Bereich der Vertriebsverträge, Vertragstypen	153
2. Gesetzliche Vorgaben	154
3. Schwerpunkte der Vertragsgestaltung	154
II. Handelsvertreterverträge	155
III. Vertragshändlerverträge	155
IV. Kommissionsverträge	155
V. Reisevertreterverträge	156
VI. Franchise-Verträge	156
VII. Kartellverträge	157

8. Kapitel. Kredit- und Kreditsicherungsverträge

I. Grundsätze	157
1. Vertragsbereich, Vertragstypen	157
2. Gesetzliche Vorgaben	158
II. Kreditverträge	158
III. Kreditsicherungsverträge	159

9. Kapitel. Erbbauvertrag, Wohnungseigentum

I. Vertragsbereich	159
II. Erbbauverträge	160
1. Anwendungsbereich und Vertragstypen	160
2. Gesetzliche Vorgaben durch die Erbbaurechtsverordnung	160
3. Grundsätze der Vertragsgestaltung	162
a) Vertragsgegenstand	162
b) Eigentümererbaurecht	162
c) Gesamterbaurecht	162
d) Nachbarerbaurecht	163
e) Untererbaurecht	163
f) Wohnungserbbaurecht	164
g) Schuldrechtlicher und dinglicher Vertragsinhalt	164
h) Verfügungsbeschränkungen	165
i) Vorkaufsrechte	166
k) Ankaufsverpflichtung	167
l) Erbbauzins	167
m) Wertsicherung des Erbbauzinses	168
n) Eintragungsfragen	168
o) Die Erbbauzinsreallast in der Zwangsversteigerung	169
III. Wohnungseigentum	170
1. Anwendungsformen und Vertragstypen	170
2. Gesetzliche Vorgaben durch das Wohnungseigentumsgesetz	171
3. Vertragsgestaltung	172
a) Miteigentumsanteile	172
b) Nutzungsbestimmungen	172
c) Gebrauchsregelungen	172
d) Kraftfahrzeugstellplätze	172
e) Veräußerungsbeschränkungen	173
f) Verteilung von Lasten und Kosten	173
g) Mehrhausanlagen, gemischtgenutzte Anlagen	173
h) Stimmrechte	173
i) Doppelhausanlagen	173

10. Kapitel. Eheverträge, Scheidungsverträge, Verträge der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

I. Eheverträge	173
----------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

1. Gesetzliche Vorgaben, Ehetypen	173
2. Ehevertragsgestaltungen nach Ehetypen	176
II. Scheidungsverträge	178
1. Gesetzliche Vorgaben	178
2. Typen der Scheidungsvereinbarung	179
III. Partnerschaftsverträge der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	181
1. Typen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Entwicklung der Rechtsprechung	181
2. Zusammenfassung der Abwicklungsgrundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung	185
3. Die Gestaltung des Partnerschaftsvertrages	186
 <i>11. Kapitel. Testamente und Erbverträge, Erbverzichts- und Pflichtteilsverzichtsverträge, Erbschaftsregelungsverträge</i>	
I. Testamente und Erbverträge	187
1. Gesetzliche Vorgaben	187
a) Formvorschriften und Bindung	187
b) Die gesetzliche Erbfolge	188
c) Sachgerechter Einsatz des erbrechtlichen Instrumentariums	189
2. Typen letztwilliger Verfügungen	190
a) Das Ehegattentestament und der Ehegattenerbvertrag	190
b) Das Geschiedenen testament	193
c) Das Unternehmertestament	193
d) Testamente zugunsten Überschuldeter	194
e) Testamente zugunsten behinderter Kinder	195
f) Der Erbvertrag der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	195
g) Entgeltlicher Erbvertrag mit Verfügungsunterlassungsverpflichtung	196
II. Erbverzichts- und Pflichtteilsverzichtsverträge	197
1. Gesetzliche Vorgaben	197
2. Kautelarjuristische Einsatzmöglichkeiten	197
III. Erbschaftsregelungsverträge	198
 <i>12. Kapitel. Gesellschaftsverträge, Kooperationsverträge</i>	
I. Gesetzliche Typen	198
1. Überblick, Grundsätze	198
2. Beispiel eines personalistischen Gesellschaftstypus: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts	199
a) Grundsätze	199
b) Typen und Erscheinungsformen der GbR	200
c) Die Gesellschafter der GbR	200
d) Mitgliedschaft und Gesellschaftsanteil	201
e) Beiträge und Einlagen der Gesellschafter	201
f) Kündigungsrechte und Fortsetzungsklauseln	201
g) Abfindung ausscheidender Gesellschafter	203
h) Geschäftsführung, Vertretung, Grundsatz der Selbstorganschaft	204
i) Einstimmigkeitsgrundsatz, Bestimmtheitsgrundsatz, Abspaltungsverbot	204
k) Gesellschafterwechsel, Verfügung über die Mitgliedschaft	205
l) Vererbungssperre, Vererbungsregelungen	206
m) Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung	208
3. Beispiel eines kapitalistischen Gesellschaftstypus: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	211
a) Grundsätze	211
b) Typen und Erscheinungsformen der GmbH	211
c) Gesetzliche Mindestfordernisse, kautelarjuristische Ergänzungen	212
d) Kapitalerbringung	212
e) Die Gesellschafter der GmbH	214
f) Geschäftsführung und Vertretung	214

Inhaltsverzeichnis

g) Ergebnisverwendung bei der GmbH	215
h) Abtretungs- und Belastungsbeschränkungen	216
i) Vorkaufs- und Ankaufsrechte	216
k) Vererbungsbeschränkungen	217
l) Kündigung und Austritt eines Gesellschafters	217
m) Ausschließung eines Gesellschafters, Einziehung	218
n) Abfindung ausscheidender Gesellschafter	219
II. Kautelarjuristische Gesellschaftsvertragstypen	224
1. Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht	224
2. Modifizierung, Verformung und Vermischung gesetzlicher Gesellschaftstypen	225
3. Übergreifende Regelungsprobleme	226
4. Beispiel einer kautelarjuristischen Typenvermischung: Die Kapitalgesellschaft & Co. ..	226
a) Grundsätze	226
b) Die GmbH & Co., KG	227
c) Die Stiftung & Co.	228
5. Weitere kautelarjuristische Gestaltungen im Unternehmensbereich	229
Stichwortverzeichnis	231