

Willi Fischer
Franziska Brägger

Vertragsgestaltung und Vertragsmanagement

Einführung in die Kautelarjurisprudenz

Allgemeiner Teil

Unter Mitarbeit von

Anna Böhme

Wirtschaftsjuristin FH, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Fachstelle
für Unternehmensrecht

Daniel Brugger

MLaw, ehemaliger Wissenschaftlicher Assistent an der Fachstelle
für Unternehmensrecht

Thomas Tanyeli

Wirtschaftsjurist FH, Wissenschaftlicher Assistent an der Fachstelle
für Unternehmensrecht

Schulthess § 2010

II. Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|------|
| Vorwort | V |
| I. Inhaltsübersicht | VII |
| II. Inhaltsverzeichnis | IX |
| III. Literaturverzeichnis | XVII |
| IV. Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| V. Abbildungsverzeichnis | XXV |
| Einleitung | 1 |
| 1. Kapitel: Vertragsgestaltung im Kontext des geltenden Rechts | 5 |
| § 1 Zukunftsbewältigung als Aufgabe des Rechts | 5 |
| I. Rechtsquellen als Gegenstand der Rechtswissenschaft | 5 |
| II. Bedürfnis nach prospektivem Recht | 6 |
| III. Rechtswissenschaftliche Methoden der Zukunftsbewältigung | 6 |
| § 2 Vertragsgestaltung als prospektive juristische Tätigkeit | 7 |
| I. Begriff | 7 |
| II. Funktion der Vertragsgestaltung | 8 |
| A. Vertragsgestaltung als Instrument zur Verwirklichung der Privatautonomie | 8 |
| B. Vertragsgestaltung als Friedensarbeit | 8 |
| III. Grenzen des prospektiven Rechts kraft Vertragsgestaltung | 9 |
| A. Zwingendes Recht | 9 |
| B. Ungleichgewicht der Parteien | 10 |
| § 3 Materielle Instrumente der Vertragsgestaltung | 10 |
| 2. Kapitel: Verträge im Alltag und ihr Zweck | 13 |
| § 1 Wer macht Verträge? | 13 |
| I. Akteure | 13 |
| | IX |

| | | |
|-------------|--|----|
| II. | Juristisch geschulte Personen | 15 |
| A. | Rolle des Juristen bei der Vertragsgestaltung | 15 |
| B. | Prozessanwalt | 15 |
| C. | Unternehmensjurist | 16 |
| D. | Notar | 16 |
| E. | Vertragsjurist im engeren Sinn | 17 |
| § 2 | Vertrag als Mittel zur Erreichung des Vertragszwecks | 17 |
| I. | Rechtsbeachtlicher Vertragszweck | 17 |
| II. | Zweck von Ziel- und Dauerschuldverhältnis | 18 |
| A. | Begriff | 18 |
| B. | Zweck eines Zielschuldverhältnisses | 18 |
| C. | Zweck eines Dauerschuldverhältnisses | 19 |
| III. | Rechtliche Formulierung des Vertragszwecks | 19 |
| A. | Sachziele als Leitlinie | 19 |
| B. | Unterscheidung von Sach- und Rechtszielen | 20 |
| C. | Ermittlung der Rechtsziele | 20 |
| § 3 | Praktische Schwierigkeiten | 21 |
| I. | Sog. „schlechte“ Verträge | 21 |
| II. | Nichtzustandekommen des Vertrages | 21 |
| III. | Ursachen der Schwierigkeiten | 22 |
| A. | Unzureichende Vertragsplanung | 22 |
| B. | Gescheiterte Verhandlungen | 23 |
| C. | Risikoverteilung | 23 |
| D. | Sprachprobleme | 24 |
| E. | Interkulturelle Missverständnisse | 24 |
| 3. Kapitel: | Elemente der Vertragsgestaltung | 27 |
| § 1 | Etappen der Vertragsgestaltung | 27 |
| § 2 | Vertragsplanung | 28 |
| I. | Begriff | 28 |
| II. | Erfüllungsplanung | 31 |
| A. | Definition | 31 |
| B. | Ermittlung der Sach- und Rechtsziele | 31 |
| C. | Ermittlung der bestehenden Rechtslage | 32 |
| D. | Feststellung des Gestaltungsbedarfs | 32 |
| E. | Ermittlung der Gestaltungsmöglichkeiten | 33 |
| III. | Risikoplanung | 33 |
| A. | Risiko und Vertragsrisiko | 33 |

| | | |
|-----|---|----|
| B. | Risikoplanung als Störfallvorsorge | 34 |
| 1. | Gesetzliche oder richterrechtliche Störfallvorsorge | 35 |
| 2. | Vertragliche Störfallvorsorge | 35 |
| IV. | Informationsermittlung und -übermittlung | 36 |
| A. | Funktion von Informationen | 36 |
| B. | Einholung, Prüfung und Aktualisierung von Informationen | 36 |
| 1. | Einholung der Informationen | 36 |
| 2. | Prüfung und Aktualisierung der Informationen | 37 |
| C. | Übermittlung von Informationen | 38 |
| 1. | Gesetzliche Informationspflicht | 38 |
| 2. | Freiwillige Informationsübermittlung | 39 |
| V. | Planung der Vertragsverhandlung | 39 |
| A. | Klärung der eigenen Situation | 40 |
| B. | Beleuchtung der Situation des Vertragspartners | 40 |
| VI. | Vertragsentwurf | 41 |
| A. | Definition und Abgrenzung | 41 |
| B. | Funktion | 42 |
| C. | Vorgehensweise | 42 |
| 1. | Konzipieren statt korrigieren? | 43 |
| 2. | Alternatives Vorgehen | 43 |
| § 3 | Vertragsverhandlung | 44 |
| I. | Vertragsverhandlung in der schweizerischen Rechtsordnung | 44 |
| A. | Begriff und Funktion der Vertragsverhandlung | 44 |
| 1. | Begriff | 44 |
| 2. | Funktion | 44 |
| B. | Verhandlungsvertrag | 45 |
| C. | Verhandlungspflichten | 46 |
| D. | Haftung aus culpa in contrahendo | 47 |
| II. | Verhandlungstheorien | 47 |
| A. | Juristische Verhandlungstheorien | 48 |
| B. | Sozialwissenschaftliche Verhandlungstheorien | 48 |
| 1. | Spiel- und nutzentheoretische Verhandlungstheorien | 48 |
| 2. | Sozialpsychologische, soziologische und politikwissenschaftliche Verhandlungstheorien | 49 |
| C. | Das Harvard-Konzept | 49 |
| D. | Das rationale Verhandlungsmodell | 50 |

| | |
|---|----|
| E. Fazit | 52 |
| III. Vertragsverhandlung nach dem rationalen Verhandlungsmodell im Besonderen | 53 |
| A. Einleitung | 53 |
| 1. Positionendenken als Problem | 53 |
| 2. Strukturdenken als Lösung | 54 |
| B. Die Phasen der Verhandlung | 54 |
| 1. Eröffnungsphase | 56 |
| 2. Rahmenphase | 56 |
| 3. Themenphase | 57 |
| 4. Informationsphase | 57 |
| 5. Argumentationsphase | 57 |
| 6. Entscheidungsphase | 58 |
| C. Problematische Verhandlungssituationen | 59 |
| 1. Mehrpersonenverhandlungen | 59 |
| 2. Kompetitives Verhalten | 60 |
| 3. Manipulation und unfaires Verhalten | 61 |
| 4. Der Umgang mit Emotionen | 62 |
| 5. Schlechte Rahmenbedingungen | 63 |
| 6. Mächtiger Verhandlungspartner | 64 |
| IV. Vorvertragliche Instrumente | 65 |
| A. Begriff | 65 |
| B. Letter of Intent | 66 |
| C. Punktation | 67 |
| D. Memorandum of Understanding | 68 |
| E. Vorvertrag | 68 |
| F. Rahmenvertrag | 69 |
| G. Third Party Legal Opinion | 69 |
| H. Weitere vorvertragliche Instrumente | 70 |
| 1. Traktat | 70 |
| 2. Protokoll | 71 |
| 3. Absichtserklärung | 71 |
| 4. Optionsvertrag | 71 |
| V. Beendigung der Vertragsverhandlungen | 71 |
| A. Allgemeines | 71 |
| B. Beendigung durch Abbruch der Verhandlungen | 72 |
| C. Beendigung durch Vertragsschluss | 72 |
| § 4 Vertragsdesign | 73 |
| I. Begriff | 73 |
| II. Aufbau, Gliederung und Struktur des Vertrages | 74 |

| | | |
|------|---|----|
| A. | Gesetzliche Vorschriften | 74 |
| B. | Vom Vertragskopf zum Schlussteil | 75 |
| 1. | Vertragskopf | 75 |
| 2. | Präambel | 75 |
| 3. | Hauptteil und Klauseln | 76 |
| 4. | Schlussenteil | 77 |
| C. | Gliederungsmöglichkeiten | 77 |
| 1. | Traditionelle Gliederung des Hauptteiles eines Vertrages | 77 |
| 2. | Ablauforientierte Gliederung | 78 |
| D. | Äusseres Erscheinungsbild | 79 |
| E. | Umfang | 79 |
| III. | Form des Vertrages | 80 |
| A. | Formfreiheit, Formvorschriften und Formvorbehalt | 80 |
| 1. | Gesetzliche Regelung | 80 |
| 2. | Formvorbehalt und dessen Vorteile | 80 |
| B. | Fehlende Systematik der gesetzlichen Formvorschriften | 81 |
| C. | Verletzung der Formvorschrift | 81 |
| IV. | Vertragssprache | 82 |
| A. | Sprachebenen | 82 |
| 1. | Umgangssprache | 82 |
| 2. | Fachsprachen | 83 |
| 2.1. | Fachsprache im Allgemeinen | 83 |
| 2.2. | Juristische Fachsprache im Besonderen | 84 |
| 3. | Zusammenfassung | 85 |
| B. | Fremdsprachen | 85 |
| 1. | Spracheinheit | 85 |
| 2. | Problematik von zwei- oder mehrsprachigen Verträgen | 86 |
| C. | Der Sprachstil | 86 |
| 1. | Neutraler Stil | 87 |
| 2. | Konstruktiver Stil | 87 |
| 3. | Destruktiver Stil | 87 |
| D. | Sprachliche Präzision | 87 |
| V. | Formelle Werkzeuge der Vertragsgestaltung | 88 |
| A. | Umgang mit Werkzeugen | 88 |
| 1. | Gesetzliche Strukturierung als Ausgangspunkt | 88 |
| 2. | Formelle Werkzeuge im Besonderen | 89 |
| B. | Musterverträge | 89 |

| | | |
|-------------|--|-----|
| C. | Musterklauseln | 90 |
| D. | Checklisten | 90 |
| E. | Weitere formelle Werkzeuge | 91 |
| § 5 | Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) als besonderes Element der Vertragsgestaltung | 91 |
| I. | Begriff und Funktion | 91 |
| II. | Übernahme der AGB | 92 |
| III. | Auslegung der AGB | 93 |
| IV. | Missbräuchliche AGB | 93 |
| A. | Begriff | 93 |
| B. | Allgemeiner Rechtsschutz | 93 |
| C. | Besonderer Rechtsschutz | 94 |
| D. | Verhalten gegenüber missbräuchlichen AGB | 94 |
| 4. Kapitel: | Elemente des Vertragsmanagements | 95 |
| § 1 | Einführung | 95 |
| I. | Begriff | 95 |
| II. | Funktion | 95 |
| § 2 | Aspekte des Vertragsmanagements im Einzelnen | 96 |
| I. | Vertragsdurchführung | 96 |
| A. | Begriff | 96 |
| B. | Erfüllung des Vertrages | 97 |
| C. | Der Vertrag in der Krise | 98 |
| 1. | Entstehung einer Krise | 98 |
| 2. | Verhinderung von Krisen | 99 |
| 3. | Verhalten in der Krise | 99 |
| D. | Aufgaben des Vertragsmanagements | 99 |
| 1. | Organisation der Durchführung | 99 |
| 2. | Vertragsanpassung | 100 |
| 3. | Krisenmanagement | 101 |
| 4. | Rückabwicklung des Vertrages | 102 |
| II. | Vertragscontrolling | 102 |
| A. | Begriff und Funktion | 102 |
| B. | Werkzeuge | 102 |
| III. | Vertragsarchivierung | 103 |
| IV. | Einbindung des Vertragsmanagements in ein übergeordnetes Knowledge-Management-System | 105 |
| A. | Begriff | 105 |

| | |
|--|-----|
| B. Vertragsmanagement und Knowledge-Management | 105 |
| Stichwortverzeichnis | 107 |