

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