

Vertragsgestaltung

Moes

2. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-80115-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Schriftenreihe
der Juristischen Schulung
Band 210



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Vertragsgestaltung

von

Dr. Christoph Moes LL. M. (Harvard)

Notar in Augsburg

Honorarprofessor an der Universität Augsburg

2. Auflage 2024


beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG





beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck.de

ISBN 978 3 406 80115 0

ISBN E-Book 978 3 406 80116 7

© 2024 Verlag C.H.Beck oHG

Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH

Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza

Satz und Umschlag: Druckerei C.H.Beck, Nördlingen



chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Alle urheberrechtlichen Nutzungsrechte bleiben vorbehalten.
Der Verlag behält sich auch das Recht vor, Vervielfältigungen dieses Werkes
zum Zwecke des Text and Data Mining vorzunehmen.

Vorwort zur 2. Auflage

Das Buch wurde für die 2. Auflage auf den aktuellen Rechtsstand gebracht und vor allem im Hinblick auf Problemstellungen der Digitalisierung um einige Abschnitte erweitert. Kritik und Anregungen werden dankbar entgegengenommen unter: moes@notare-moritzplatz4.de

Augsburg, im Juni 2024

Christoph Moes

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Das vorliegende Lehrbuch ist nicht mehr und nicht weniger als der Versuch, den Stoff des Vertragsrechts aus der *ex ante*-Perspektive der Vertragsjuristen darzustellen anstatt aus der *ex post*-Perspektive der Richter- und Prozessanwaltschaft, der sich die klassische Juristenausbildung ebenso wie die juristische Methodenlehre nahezu ausschließlich verschrieben haben. Die dort etablierten didaktischen und methodischen Ansätze sind für die *ex ante*-Perspektive nur eingeschränkt verwendbar. Denn *ex ante* ist der Blick nicht zuerst auf die Gesetzesnorm zu richten, sondern auf die durch einen Vertrag zu lösende ökonomische Problemstellung. Erst wenn diese verstanden ist, muss sich der Vertragsjurist fragen, was das dispositive Recht zu ihrer Lösung beitragen kann und inwiefern das zwingende Recht dieser Lösung Grenzen setzt.

Der Vertragsgestaltung liegt ebenso wie dem Lösen von Fällen aus der *ex post*-Perspektive eine allgemeine Methode zugrunde. Deren Darstellung ist eines der Hauptanliegen dieses Buches. Dabei geht es um die Durchdringung der allgemeinen Struktur von Verträgen und die Anwendung dieses Strukturwissens auf beliebige Vertragstypen. (...)

Das Buch ist aus einer langjährigen Vorlesung an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg hervorgegangen. Auch die freundlichen Reaktionen auf zwei methodisch orientierte Beiträge zu Fragestellungen der Vertragsgestaltung (*Moes ZfPW* 2017, 201 sowie *Letzmaier/Moes FamRZ* 2018, 1553) haben mich ermutigt, die Vertragsgestaltung in einem Lehrbuch darzustellen.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. *Michael Stürner* (Universität Konstanz). Er hat die außerordentliche Mühe auf sich genommen, das ganze Manuskript zu lesen und ausführlich zu kritisieren. Viele weitere Anregungen zu einzelnen Kapiteln verdanke ich Herrn RA Dr. *Mathias Kuckein* (Siemens Legal & Compliance, München). Für verbleibende Fehler liegt die Verantwortung ausschließlich bei mir. (...) Schlussendlich sei meiner Ehefrau gedankt, die das Anfertigen des Manuskripts mit einer Geduld ertragen hat, die weit über das von § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB geforderte Maß hinausgeht.

Augsburg, im August 2019

Christoph Moes



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXVII
1. Teil. Methodische Grundlagen der Vertragsgestaltung	1
§ 1 Die Perspektive der Vertragsgestaltung	1
§ 2 Die Struktur von Austauschverträgen	16
§ 3 Vertragsfreiheit und Vertragstypen	35
§ 4 Vertragsfreiheit, zwingendes Recht und Regulierung	42
§ 5 Techniken der Vertragsgestaltung	60
2. Teil. Anbahnung und Abschluss von Austauschverträgen	69
§ 6 Anbahnung des Vertrags	69
§ 7 Vorverträge	76
§ 8 Abschluss des Vertrags	79
3. Teil. Die Gestaltung von Austauschverträgen	93
§ 9 Die Gestaltung der vertragstypischen Leistung	93
§ 10 Das Gegenleistungsverhältnis	103
§ 11 Die Gestaltung der Geldleistung	111
§ 12 Die Vertragsparteien	118
§ 13 Vertragsvollzug	125
§ 14 Vorsorge gegen Vorleistungsrisiken	133
§ 15 Vorsorge gegen Leistungsstörungen	148
§ 16 Vorsorge gegen Störungen der Vertragswirksamkeit	158
§ 17 Vorsorge gegen Vertragslücken	164
§ 18 Änderung und Beendigung bestehender Vertragsverhältnisse	169
§ 19 Multiple und mehrpolige Vertragsverhältnisse	178
4. Teil. Die Gestaltung von unentgeltlichen Verträgen	197
§ 20 Strukturfragen unentgeltlicher Verträge	197
§ 21 Regelungsbedarf bei unentgeltlichen Verträgen	203
5. Teil. Die Gestaltung von Gesellschaftsverträgen	207
§ 22 Die Struktur von Gesellschaftsverträgen	207
§ 23 Vertragstypen im Gesellschaftsrecht	222
§ 24 Zwingendes Recht und Gesellschaftsverträge	227

6. Teil. Vertragsgestaltung im Familien- und Erbrecht	229
§ 25 Vorbemerkung	229
§ 26 Familienrechtliche Verträge	232
§ 27 Erbrechtliche Verträge	241
7. Teil. Querschnittsbereiche der Vertragsgestaltung	257
§ 28 Vertragsgestaltung und Streitbeilegung	257
§ 29 Vertragsgestaltung und internationale Sachverhalte	260
§ 30 Vertragsgestaltung und Steuerrecht	265
§ 31 Vertragsgestaltung unter Beteiligung von Hoheitsträgern	267
Sachverzeichnis	277



beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur	XXVII
1. Teil. Methodische Grundlagen der Vertragsgestaltung	1
§ 1 Die Perspektive der Vertragsgestaltung	1
I. Vertragsjuristen und Dezisionsjuristen	1
II. Verträge und Transaktionen	3
1. Verträge in der Gesetzessystematik des BGB	3
2. Verträge als Transaktionen	4
a) Schuldrechtliche und dingliche Verträge, einseitige Rechtsgeschäfte	4
b) Gesellschaftsverträge	5
c) Familien- und Erbrecht	5
d) Öffentliches Recht	5
e) Multiple und mehrpolige Vertragsverhältnisse	6
f) Begriff des „Vertragsrechts“	6
III. Die Gliederung von Transaktionen	6
1. Die Entwicklung der Gliederungsstruktur von Transaktionen	6
2. Zeitliche Dimension: Vertragsphasen	7
3. Inhaltliche Dimension: Vertragstext	9
a) Vertragsmuster als Algorithmen der Vertragsgestaltung	9
b) Gesetzessystematik und Gliederung von Vertragstexten	10
4. Funktionen des Vertragsrechts für die Vertragsgestaltung	10
a) Auffangregelungscharakter des dispositiven Vertragsrechts	11
b) Zwingendes Vertragsrecht als Grenze der Vertragsgestaltung	11
IV. Die Klassifizierung von Verträgen	12
1. Wozu klassifiziert man Verträge?	12
a) Gesetzliche und dogmatische Klassifizierungen	12
b) Ökonomisch orientierte Klassifizierungen	13
2. Austauschverträge, unentgeltliche Verträge und Gesellschaftsverträge	13
V. Aufbau des Buches	15
§ 2 Die Struktur von Austauschverträgen	16
I. Allgemeiner Aufbau von Austauschverträgen	16
1. Essentialia negotii und fakultative Bestandteile	16
2. Allgemeine Gliederung von Austauschverträgen	17

II. Veräußerungs-, Überlassungs- und Dienstleistungsverträge	17
1. Veräußerungs- und Überlassungsverträge	18
a) Definition des Leistungsgegenstandes	20
b) Rechtsnachfolge und Sukzessionschutz	20
2. Veräußerungs- und Überlassungsverträge bei immateriellen Vermögens- gegenständen	21
a) Nichtrivalität im Konsum und Nichtausschließbarkeit	21
b) Immaterialgüterrechte	22
c) Sonstige immaterielle Vermögensgegenstände	24
d) Verteilung von Nutzungsbefugnissen und Überwachung	24
3. Dienstleistungsverträge	25
4. Mischverträge	26
III. Einfache und komplexe Austauschverträge	26
1. Komplexitätsanreicherung bei Austauschverträgen	26
2. Komplexität des Leistungsgegenstandes	27
a) Bestimmtheitsproblem	27
b) Überwachungsproblem	29
3. Vorleistungsproblematik	30
4. Langfristige Verträge	30
a) Dauerschuldverhältnisse	30
b) Langfristigkeit durch Folgeleistungen	32
c) Langfristigkeit bei absolut kurzer Zeitspanne	32
d) Komplexitätsreduzierung durch Langfristigkeit: implizite Verträge	33
5. Vertragsspezifische Investitionen	33
6. Methodische Handhabung der Komplexitätsanreicherung	35
§ 3 Vertragsfreiheit und Vertragstypen	35
I. Typenfreiheit und Typenzwang bei Austauschverträgen und unentgeltlichen Verträgen	35
1. Typenfreiheit im Schuldrecht	35
2. Trennungs- und Abstraktionsprinzip; Typenzwang	36
II. Gesetzliche Vertragstypen bei Austauschverträgen und unentgeltlichen Ver- trägen	37
1. Gesetzliche Vertragstypen	38
2. Atypische Verträge	39
a) Dogmatik atypischer Verträge	39
b) Atypische Verträge in der Vertragsgestaltung	40
3. Gesetzliche und vertragsgestalterische Typen	41
a) Vertragsklassen und gesetzliche Vertragstypen	41
b) Vertragsgestalterische Typen: Vertragsmuster	41
c) Textbausteine	42
§ 4 Vertragsfreiheit, zwingendes Recht und Regulierung	42
I. Vorbemerkungen	42
1. Fremdbindung und Selbstbindung	42

2. Gewährleistung und Eingriff	43
3. Zwecke des zwingenden Vertragsrechts	44
a) Schutz Dritter und der Allgemeinheit	44
b) Gestörte Vertragsparität	45
c) Kernbereiche der Privatautonomie	45
II. Zwingendes Recht und Methodik der Vertragsgestaltung	46
1. Rechtsquellen des dispositiven und zwingenden Vertragsrechts	46
a) BGB und weitere Privatrechtsgesetze	46
b) Öffentliches Recht und Regulierungsrecht	47
c) Nationales und EU-Recht	48
d) Rechtsquellenstruktur und Gliederungsstruktur von Verträgen	49
2. Strukturfragen der Beachtung zwingenden Rechts in der Vertragsgestaltung	50
a) Spezialtatbestände und Generalklauseln	50
b) Grenzen der Vertragsabschlussfreiheit: Kontrahierungszwänge	51
c) Prozedurale Grenzen der Vertragsfreiheit	51
d) Materielle Grenzen der Vertragsfreiheit	52
3. Vermeidung und Umgehung zwingenden Rechts	53
a) Allgemeines	53
b) Gestaltungsvarianten	54
III. Wichtige Normkomplexe des zwingenden Vertragsrechts	55
1. AGB-Recht	55
a) Allgemeines	55
b) Leitbildcharakter typischer und atypischer Verträge nach § 307 Abs. 2 BGB	56
2. Verbraucherschutzrecht	57
a) Verbraucherschutzrecht im engeren Sinne	57
b) Funktionelles Verbraucherschutzrecht	58
3. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	58
a) Materielle Grenzen des AGG für die Vertragsfreiheit	59
b) Prozedurale Grenzen des AGG für die Vertragsfreiheit	59
4. Datenschutzrecht (DSGVO, BDSG)	59
a) Datenschutzkonforme Vertragsabwicklung	59
b) Personenbezogene Daten und sonstiges Vertragsrecht	60
§ 5 Techniken der Vertragsgestaltung	60
I. Vertragsdokument und sonstige Dokumente	60
1. Vertragsdokument	60
2. Sonstige Dokumente	61
II. Individual- und Formularverträge	62
1. Individualverträge	62
2. Formularverträge	62
III. Vertragsmuster und Vertragsgeneratoren	63
1. Die Mustersammlung des Vertragsjuristen	63
2. Muster von Verbänden und Normsetzungsgremien	64

3. Vertragsgeneratoren; Legal Tech; KI-Anwendungen	64
4. Vertragsqualität und Kosten-Nutzen-Verhältnis	64
IV. Dokumentation des Vertragsverhältnisses	65
1. Funktionen der Vertragsdokumentation	65
2. Vertragsmanagement	66
V. Nebengebiete der Vertragsgestaltung	66
1. Wirtschaftliche Beratung	66
2. Verhandlungsmanagement	67
2. Teil. Anbahnung und Abschluss von Austauschverträgen	69
§ 6 Anbahnung des Vertrags	69
I. Grenzen zulässiger Informationsverwertung und Personalisierungsschutz ...	69
1. Datenschutzrecht: Scoring, Profiling, automatisierte Entscheidung	70
2. Sonstige Grenzen der Informationsverwertung	71
II. Vorvertragliche Informations- und Beratungspflichten	71
1. Vorvertragliche Informationspflichten	71
a) Rechtsquellen von Informationspflichten	72
b) Gegenstand von Informationspflichten	73
c) Vertragsgestalterische Handhabung	73
2. Von der Informationspflicht zur Beratungspflicht	74
III. Compliance; regulierungsrechtliche Prüfroutinen vor Vertragsschluss	74
§ 7 Vorverträge	76
I. Allgemeines	76
II. Optionsgestaltungen	76
1. Die Interessenslage bei Optionsgestaltungen	76
2. Technische Umsetzung von Optionsgestaltungen	77
a) Sofortige Wirksamkeit mit Rücktrittsrecht	77
b) Aufgeschobene Wirksamkeit mit Herbeiführungsmechanismus	78
c) Optionsgestaltungen und Vorkaufsrechte	79
3. AGB-Kontrolle bei Optionsgestaltungen	79
§ 8 Abschluss des Vertrags	79
I. Einigung	80
1. Anforderungen an die Einigung	80
a) Abschlusskonstellationen	80
b) Besondere Regeln für die Einigung	81
2. Vereinbarungen über den Vertragsabschluss	81
3. Vertragsinhalt und vorvertragliche Kommunikation	82
II. Formvorschriften	83
1. Formvorschriften und Vollständigkeit	84
a) Einhaltung der Formalia	84
b) Kongruenz von Form und tatsächlichem Vertragsinhalt	84

2. Vereinbarungen über die Form	85
a) Beurkundungsabrede und Schriftformklauseln	85
b) Zwingendes Recht	85
III. Stellvertretung	86
1. Nachweis gesetzlicher Vertretungsmacht	86
2. Gestaltung und Überprüfung von Vollmachten	86
a) Die Gestaltung von Vollmachten	86
b) Die Überprüfung von Vollmachten	87
3. Vertretung ohne Vertretungsmacht	88
IV. Zustimmung- und Genehmigungserfordernisse	88
1. Privatrechtliche Zustimmungen	88
a) Zustimmung zum schuldrechtlichen Vertrag	89
b) Zustimmung zu den Vollzugshandlungen	89
2. Öffentlich-rechtliche Genehmigungen	90
3. Ausbleiben von Zustimmungen und Genehmigungen	90
3. Teil. Die Gestaltung von Austauschverträgen	93
§ 9 Die Gestaltung der vertragstypischen Leistung	93
I. Bestimmung des Leistungsgegenstandes	94
1. Leistungsbeschreibung und Bestimmtheit	94
a) Bestimmtheitsgrad und Leistungsstörungenrecht	94
b) AGB-Recht	94
c) Verbraucherschutzrecht	95
2. Leistungsbeschreibung und Qualitätsstandards	96
a) Gesetzlich vorgegebene Standards	96
b) Marktstandards und abweichende Vereinbarung	96
3. Leistungsbeschreibung und vorvertragliche Kommunikation	97
4. Leistungsbestimmung nach Vertragsschluss	97
5. Verwendungszweckbindungen	98
a) Verwendungszweckbindungen bei Sachen	98
b) Verwendungszweckbindungen bei immateriellen Vermögensgegenständen	99
II. Modalitäten der Leistungserbringung	100
1. Leistungsort und Leistungszeit	100
2. Nebenleistungspflichten des Schuldners	100
3. Obliegenheiten und Nebenpflichten des Gläubigers	101
4. Leistungserbringung durch Dritte	101
a) Persönliche Leistungsverpflichtung	102
b) Einschaltung von Erfüllungsgehilfen	102
5. Zwingendes Recht	102
§ 10 Das Gegenleistungsverhältnis	103
I. Geldleistung und sonstige Gegenleistungen	104
1. Geldleistung	104

2. Sonstige Gegenleistungen	104
a) Daten als Gegenleistung	104
b) Finanzdienstleistungen und Finanzinstrumente	105
II. Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung	105
1. Gegenseitiger Vertrag (Synallagma)	105
2. Konditionale Verknüpfung	106
3. Kausale Verknüpfung	107
III. Äquivalenzverhältnis und Preisregulierung	107
1. Regulierung von Ausgangspreisen	107
a) Preisregulierung der Höhe nach	108
b) Antidiskriminierungspreise	108
c) Regulierungstechniken	109
2. Äquivalenzverhältnis und AGB-Recht	109
a) Kontrollfreiheit des Äquivalenzverhältnisses	109
b) Mittelbare Äquivalenzkontrolle	110
c) Das Preisargument	110
3. Äquivalenzverhältnis und Verbraucherschutzrecht	110
§ 11 Die Gestaltung der Geldleistung	111
I. Bestimmung des Leistungsgegenstandes	111
1. Entgelt, Steuern und sonstige Abgaben	111
2. Transparenz der Preisgestaltung	111
a) Aufschlüsselung des Gesamtpreises	111
b) Preisstrategien	112
c) AGB-Recht	113
d) Verbraucherschutzrecht und Preisangabenverordnung (PAngV)	113
3. Preisanpassungsklauseln	114
a) Komplexe Leistungsgegenstände	114
b) Langfristige Verträge	114
c) Zwingendes Recht: AGB-Recht und PrKG	116
II. Modalitäten der Leistungserbringung	116
1. Vereinbarungen zum Zahlungszeitpunkt	116
a) Kreditierungsabreden	116
b) Vorausleistungsabreden	117
2. Vereinbarungen zum Zahlungsmittel	117
§ 12 Die Vertragsparteien	118
I. Identifizierung der Vertragsparteien	118
1. Auftreten unter einer Marke	118
2. Vertragspartner bei Vermittlungs-, Vertriebs- und Aufspaltungskonstellationen	118
II. Rechtsnachfolge einer Vertragspartei	119
1. Vertragsübernahme durch Dritten	119
a) Vertragsübernahme durch dreiseitigen Vertrag	119

b) Vertragsübernahme durch Übertragungsrecht	119
c) Change of Control	121
2. Abtretung und Schuldübernahme	121
a) Abtretung	121
b) Schuldübernahme	122
III. Gläubiger- und Schuldnermehrheiten im Vertrag	123
1. Personenmehrheiten auf einer Vertragsseite und mehrpolige Vertragsverhältnisse	123
2. Gestaltungsmöglichkeiten auf Gläubiger- und Schuldnerseite	123
3. Personenmehrheiten bei der vertragstypischen Leistung	124
4. Personenmehrheiten bei der Geldleistung	125
§ 13 Vertragsvollzug	125
I. Der wirksame Vertrag als Vollzugsvoraussetzung	125
1. Die finale Vertragsbindung	125
2. Widerrufsrechte nach Verbraucherschutzrecht	126
a) Herbeiführung des Fristablaufs	127
b) Beseitigung des Widerrufsrechts zum Zwecke sofortigen Vollzugs	127
3. Vorläufiger Vollzug von Verträgen	127
II. Kommunikation im Vertragsvollzug	128
1. Mitteilungs- und Informationspflichten nach Vertragsabschluss	128
2. Kommunikation der Vertragsparteien; Vollzugsvollmachten	129
III. Vorsorge gegen Vertragsstörungen	130
1. Vertragsstörungen aus Sicht der Devisionsjuristen	130
2. Vorsorgeperspektive der Vertragsjuristen	131
a) Vorsorgemaßnahmen bis zum Vertragsabschluss	132
b) Vorsorge für einen störungsfreien Vertragsvollzug	132
c) Vertragliche Regelungen für den Fall des Auftretens von Vertragsstörungen	132
d) Grenzen der Vorsorgemaßnahmen	132
§ 14 Vorsorge gegen Vorleistungsrisiken	133
I. Das Vorleistungsproblem	133
1. Die drei Vorleistungsrisiken	133
2. Zug-um-Zug-Leistung nach § 320 BGB	134
3. Die vier Methoden der Vorleistungssicherung	135
II. Konstruktion der Gleichzeitigkeit des Leistungsaustausches	136
1. Bedingung von Verfügungsgeschäften	136
a) Kauf beweglicher Sachen (Eigentumsvorbehalt)	137
b) Rechtskauf	138
2. Gleichzeitige Eintragung in Register	139
3. Smart Contracts und Blockchains	139
4. Closing beim Unternehmenskauf	140

III. Stückelung des Leistungsaustausches	140
1. Langfristige Verträge	140
2. Verträge über komplexe Leistungsgegenstände	141
IV. Stellung von Sicherheiten	142
1. Real- und Personalsicherheiten	142
a) Realsicherheiten	142
b) Personalsicherheiten	143
2. Sicherung vertragspezifischer Investitionen	143
V. Einschaltung von Treuhändern	144
1. Echter Treuhänder	144
2. Sonstige treuhänderische Tätigkeit	145
VI. Grundregeln der Auswahl von Sicherungsinstrumenten	145
1. Sicherungsgrad und Transaktionskosten	146
2. Sicherungsinteresse und Vertrauen	146
VII. Zwingendes Recht	147
1. Vorleistungssicherung und AGB-Recht	147
2. Vorleistungssicherung und Verbraucherschutzrecht	148
§ 15 Vorsorge gegen Leistungsstörungen	148
I. Präventionsebene	148
1. Informationsasymmetrie nach Vertragsschluss	149
2. Überwachungs- und Weisungsrechte	149
3. Auskunfts- und Rechenschaftspflichten	150
4. Versicherungen	150
II. Anspruchsebene	151
1. Das Leistungsstörungsrecht aus Sicht des Vertragsjuristen	151
a) Tatbestände des Leistungsstörungsrechts	151
b) Reichweite der Rechtsfolgen	152
2. Systematik der Gestaltungen und zwingendes Recht	153
a) Vollständiger Ausschluss von Sekundärleistungsansprüchen	153
b) Anknüpfungspunkte für die Modifizierung von Sekundärleistungsansprüchen	153
c) Zwingendes Recht	153
III. Beschränkung von Sekundärleistungsansprüchen	154
1. Vertragstypische Leistung	154
a) Beschränkung der Mängelgewährleistung	154
b) Beschränkung des Haftungsmaßstabs und des Umfangs von Schadensersatzansprüchen	154
c) Flucht in die Leistungsbeschreibung bei AGB-Verträgen?	155
d) Erschwerung der Geltendmachung	155
e) Beweislastregeln	155
2. Geldleistung	156
IV. Erweiterung von Sekundärleistungsansprüchen	156
1. Vertragstypische Leistung	156
a) Garantien	156

b) Pauschaler Schadensersatz und Vertragsstrafen	157
c) Stellung zusätzlicher Sicherheiten	157
2. Geldleistung	157
§ 16 Vorsorge gegen Störungen der Vertragswirksamkeit	158
I. Wirksamkeitsstörungen aus der ex post-Perspektive	158
1. Unwirksamkeit und Vertragsphasen	158
2. Unwirksamkeit des gesamten Vertrags oder einzelner Teile	159
II. Vorsorge gegen Wirksamkeitsstörungen	160
1. Vorsorge bis zum Vertragsschluss	160
a) Risiko der Gesamtnirksamkeit	160
b) Risiko der Unwirksamkeit einzelner Klauseln	161
2. Vorsorge für die Vollzugsphase	161
3. Risiko der Gesamtnirksamkeit: salvatorische Klauseln	161
4. Risiko der Unwirksamkeit einzelner Klauseln	163
§ 17 Vorsorge gegen Vertragslücken	164
I. Der unvollständige Vertrag	164
1. Lücken im Vertrag	164
2. Lücken und Risikosphären	164
3. Treu und Glauben, ergänzende Vertragsauslegung und Störung der Geschäftsgrundlage	165
II. Vorsorge gegen Vertragslücken	165
1. Transaktionsspezifität potentieller Vertragslücken	165
2. Veränderung typischer Risikosphären	166
3. Regelungstechniken	167
a) Risikozuweisung	167
b) Verhandlungs- und Eskalationsklauseln	168
§ 18 Änderung und Beendigung bestehender Vertragsverhältnisse	169
I. Einseitige Gestaltungsrechte	169
1. Freie Lösungsrechte	169
a) Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen	170
b) Kündigung bei komplexem Leistungsgegenstand	171
c) Freies Rücktrittsrecht als Vermarktungsstrategie	171
2. Einseitige Inhaltsänderungsrechte	172
a) Anpassung bei Bestehen eines ordentlichen Kündigungsrechts	172
b) Anpassung ohne Bestehen eines ordentlichen Kündigungsrechts	173
3. Abgabe, Zugang und Form einseitiger Erklärungen	173
II. Änderung und Beendigung durch Vertrag	173
1. Einvernehmliche Änderung und Aufhebung	174
a) Lektüre des Ausgangsvertrags und Vollzugsstand	174
b) Vertragsänderung durch Nachtrag oder Neufassung	174
c) Aufhebung des Vertrags	175

2. Streitbeilegung durch Vertrag	175
a) Sicherung der Durchsetzung vertraglicher Ansprüche	175
b) Streitbeilegung durch Vergleich	176
c) Einvernehmlicher Verzicht auf Rechtspositionen und zwingendes Recht	177
3. Formvorschriften	178
§ 19 Multiple und mehrpolige Vertragsverhältnisse	178
I. Multiple Vertragsverhältnisse	179
1. Grundregel: „stehen und fallen“	179
2. Vertragsurkunde und Formvorschriften bei Aufspaltung und Verbindung	180
3. Aufspaltung in mehrere Verträge trotz Sachzusammenhangs	181
a) Kombination aus Veräußerungsvertrag und anderen Verträgen	181
b) Aufspaltung und zwingendes Recht	182
4. Vertragliche Verbindung von Leistungen ohne Sachzusammenhang	182
a) Verbindung durch Design und Bundling	182
b) Kopplungsgeschäfte	183
II. Mehrpolige Vertragsverhältnisse	184
1. Vertragsverbund durch Gestaltung	184
a) Problemstellung	184
b) Wirksamkeitsverknüpfung	186
c) Äquivalenzverknüpfung	187
d) Vertragsstörungsverknüpfung	187
e) Grenzen des zwingenden Rechts	187
2. Zwangsverbund durch zwingendes Recht	187
a) Vermarktung von Paketleistungen	188
b) Zwangsverbund bei Vertriebskonstellationen	189
c) Zwangsverbund bei Lieferketten	190
3. Verträge zugunsten Dritter	190
a) Echte und unechte Verträge zugunsten Dritter	190
b) Allgemeiner Gestaltungsbedarf	191
c) Anweisung und Ermächtigung zur Leistung an Dritte	191
4. Die Stellung von Sicherheiten für die Verbindlichkeiten Dritter	192
5. Mehrseitige Verträge als eigene Vertragsklasse?	193
4. Teil. Die Gestaltung von unentgeltlichen Verträgen	197
§ 20 Strukturfragen unentgeltlicher Verträge	197
I. Das Gesetzesrecht der unentgeltlichen Verträge	197
II. Vertragszwecke des Leistenden beim unentgeltlichen Vertrag	198
1. Rechtlich irrelevante Zwecke	199
2. Rechtlich relevante Zwecke und Gegenleistungen	199
3. Exkurs: Zusatzzwecke im Austauschvertrag	200
4. Vermögensnachfolge und Erbrecht	200
III. (Un-)Entgeltlichkeit als ökonomische und als rechtsdogmatische Kategorie	201
IV. Die Geschäftsgrundlage bei unentgeltlichen Verträgen	202

§ 21 Regelungsbedarf bei unentgeltlichen Verträgen	203
I. Besonderheiten gegenüber Austauschverträgen	203
1. Vorsorge gegen Vorleistungsrisiken	203
2. Vorsorge gegen Leistungsstörungen	204
3. Vorsorge gegen Störungen der Vertragswirksamkeit	204
4. Die Gestaltung der Geschäftsgrundlagenproblematik	204
II. Gliederungsstruktur unentgeltlicher Verträge	205
5. Teil. Die Gestaltung von Gesellschaftsverträgen	207
§ 22 Die Struktur von Gesellschaftsverträgen	207
I. Vom Austauschvertrag zum Gesellschaftsvertrag	207
1. Der gemeinsame Zweck	207
2. Unternehmensfinanzierung: Eigen- und Fremdkapital	208
3. Durch Eigenkapital ausgelöster Regelungsbedarf	209
a) Gesellschaftszweck; Verwaltungs- und Kontrollrechte	210
b) Vermögensrechtliche Mitgliedschaftsrechte	210
II. Die Organisationsstruktur von Gesellschaften	211
1. Innen- und Außenverhältnis bei Gesellschaften	211
a) Innen- und Außengesellschaft vs. Innen- und Außenverhältnis	211
b) Innengesellschaft an der Schnittstelle von Austausch- und Gesellschafts- vertrag	212
2. Rechtsfähigkeit der Außengesellschaft	212
3. Haftungsstruktur bei Personen- und Kapitalgesellschaften	213
a) Haftung und Risiko bei unternehmerischer Tätigkeit	214
b) Haftungsbeschränkung bei Gesellschaften im Außenverhältnis	214
c) Einpersonen-Kapitalgesellschaften	216
4. Gläubiger- und Schuldnermehrheiten, Rechtsgemeinschaften und Gesell- schaften	216
III. Gesellschaftsverträge als langfristige Verträge	217
1. Laufende Willensbildung der Gesellschafter	217
2. Änderungen des Gesellschaftsvertrags	218
3. Treuepflicht	218
4. Auflösung, Liquidation und Beendigung der Gesellschaft	219
IV. Änderungen im Gesellschafterbestand	220
1. Austritt und Eintritt	220
2. Gesellschaftsanteile als Gegenstand von Austauschverträgen und unentgelt- lichen Verträgen	220
V. Allgemeine Gliederung von Gesellschaftsverträgen	221
§ 23 Vertragstypen im Gesellschaftsrecht	222
I. Typenzwang bei Gesellschaftsverträgen	222
II. Die Vertypung von Gesellschaftsverträgen	223
1. Rechtsformwahlfreiheit	223
2. Kapitalistische Personengesellschaft und kapitallose Kapitalgesellschaften .	224
a) Kapitalistische Personengesellschaften	224
b) Kapitallose Kapitalgesellschaften	225

3. Kombinationsgestaltungen bei Gesellschaftsverträgen	225
a) Strukturierung von Beteiligungsverhältnissen	225
b) Kombination von Gesellschaftsvertrag und Austauschvertrag	226
§ 24 Zwingendes Recht und Gesellschaftsverträge	227
I. Zwingendes Recht und Außenverhältnis	227
II. Zwingendes Recht und Innenverhältnis	227
6. Teil. Vertragsgestaltung im Familien- und Erbrecht	229
§ 25 Vorbemerkung	229
I. Austauschverträge, unentgeltliche Verträge und Gesellschaftsverträge im Familien- und Erbrecht	229
II. Zwingendes Recht bei familien- und erbrechtlichen Verträgen	230
1. Vertragliche und gesetzliche Schuldverhältnisse	230
2. Spezifische Zwecke zwingenden Rechts im Familien- und Erbrecht	231
§ 26 Familienrechtliche Verträge	232
I. Ehe und Eheverträge	232
1. Die Ehe als zweistufiger Vertrag	232
2. Die Ehe als Innengesellschaft	233
a) Zugewinngemeinschaft	233
b) Versorgungsausgleich	234
c) Ehegattenunterhalt	234
d) Ehevermögensrecht und nichtvermögensrechtliche Folgen der Ehe	235
3. Die Gestaltung von Eheverträgen	235
a) Inhalts- und Ausübungskontrolle	235
b) Vereinbarungen bei vorsorgenden Eheverträgen	237
c) Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen	237
II. Familienrechtliche Verträge im nichtvermögensrechtlichen Bereich	238
1. Koordinierung im nichtvermögensrechtlichen Bereich durch Vertrag	238
a) Übereinstimmende Willenserklärungen als Verträge	238
b) Konditionale Verknüpfung mit vermögensrechtlichen Positionen	239
2. Kinderwunschverträge	240
§ 27 Erbrechtliche Verträge	241
I. Allgemeines zur Vertragsgestaltung im Erbrecht	241
1. Vertragsklassen und erbrechtliche Sonderdogmatik	241
2. Trennungs- und Abstraktionsprinzip und Verfügung von Todes wegen ..	241
3. Testierfreiheit und zwingendes Recht	242
a) Testierfähigkeit und Vertragsdisparität	242
b) Testierfreiheit und vertragliche Bindung	243
c) Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht	244
II. Die Gestaltung von Testamenten	244
1. Allgemeines zur Gestaltung von Testamenten	244
a) Testamente als Transaktionen	244
b) Errichtung des Testaments	245

2. Erbeinsetzung	245
a) Erben und Ersatzerben	246
b) Bedingte Erbeinsetzung; Vor- und Nacherbschaft	246
3. Vermächtnis	247
a) Dogmatische Konstruktion	247
b) Gestaltungsgrundsätze	247
c) Vertragsgestaltung durch Vermächtnisse	248
4. Auflage	248
5. Testamentsvollstreckung	249
6. Abänderung und Widerruf von Testamenten	249
III. Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente	250
1. Vertragliche Bindung durch gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge	250
2. Erbverträge als Austauschverträge und unentgeltliche Verträge	251
a) Erbverträge auf Gegenseitigkeit und einseitige Erbverträge	251
b) Erbverträge mit Begünstigung Dritter	252
3. Sonstige Verträge auf den Todesfall	253
a) Schenkungsversprechen von Todes wegen	253
b) Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall	254
IV. Vermögensnachfolge zu Lebzeiten und von Todes wegen	254
1. Lebzeitige Zuwendungen und Pflichtteilsansprüche	254
2. Lebzeitige Zuwendung und Gleichbehandlung von Abkömmlingen	255
V. Verträge über erbrechtliche Positionen nach dem Erbanfall	256
7. Teil. Querschnittsbereiche der Vertragsgestaltung	257
§ 28 Vertragsgestaltung und Streitbeilegung	257
I. Außergerichtliche Streitbeilegung	257
1. Schiedsgutachterklauseln	258
2. Schiedsvereinbarungen	258
II. Gerichtliche Streitbeilegung	259
§ 29 Vertragsgestaltung und internationale Sachverhalte	260
I. Ausländische Anknüpfungspunkte ohne unmittelbare IPR-/IZVR-Relevanz	260
1. Ausländische Vertragspartei	260
2. Ausländische Leistungsorte und ausländische Belegenheit von Leistungsgegenständen	261
3. Fremdsprachige Verträge	261
II. Internationales Privatrecht	262
1. Die Anwendbarkeit ausländischen Rechts	262
2. Die Rechtswahlvereinbarung	263
III. Vertragliche Vereinbarungen im Internationalen Zivilverfahrensrecht	264
§ 30 Vertragsgestaltung und Steuerrecht	265
I. Anreize zur steuerrechtsgetriebenen Vertragsgestaltung	265
II. Legale und illegale Steuergestaltungen	265
1. Funktionsprinzip der Steuergestaltung	266
2. Steuerliche Anerkennungsfähigkeit legaler Gestaltungen	267

§ 31 Vertragsgestaltung unter Beteiligung von Hoheitsträgern	267
I. Strukturprinzipien bei Verträgen mit Hoheitsträgern	268
1. Hoheitsträger und Vertragsfreiheit	268
2. Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verträge	269
a) Verträge als Handlungsinstrument von Hoheitsträgern	269
b) Vom Verwaltungsakt zum öffentlich-rechtlichen Vertrag	269
c) Vom ungebundenen zum grundrechtsgebundenen privatrechtlichen Vertrag	270
II. Anbahnung und Abschluss von Verträgen mit Hoheitsträgern	271
1. Auswahl des Vertragspartners durch den Hoheitsträger	271
a) Hoheitsträger auf der Angebotsseite	271
b) Hoheitsträger auf der Nachfrageseite	271
2. Vertretungsberechtigtes Organ bei Hoheitsträgern	272
3. Spezifische öffentlich-rechtliche Handlungsbeschränkungen	272
III. Öffentlich-rechtliche Verträge	272
1. Arten öffentlich-rechtlicher Verträge	272
2. Leistungsgegenstände öffentlich-rechtlicher Verträge	273
3. Dogmatik öffentlich-rechtlicher Verträge	274
4. Gerichtliche Kontrolldichte bei öffentlich-rechtlichen Verträgen	274
Sachverzeichnis	277