

Lernziele von Kap. 2

In Kap. 2 sollen Sie sich mit den in den nachfolgenden Kapiteln verwendeten grundlegenden Begriffen sowie den theoretischen Grundlagen der Vertragsgestaltung, die für das Verständnis der Methodik der Vertragsgestaltung notwendig sind, vertraut machen. Daneben sollen Sie die Bedeutung der Vertragsgestaltung in der Lehre und im späteren Berufsleben kennenlernen.

2.1 Begriffsbestimmungen

Der von den drei zentralen bis hierhin bereits gefallen Begriffen „Kautelarjurisprudenz“, „Rechtsgestaltung“ und „Vertragsgestaltung“ für Sie wohl auf Anhieb am wenigsten eingängige Begriff dürfte derjenige der „Kautelarjurisprudenz“ sein. Beginnend mit diesem möchte ich Ihnen nachfolgend zunächst alle drei Begriffe erläutern, so dass Sie bereits am Ende dieses Abschnittes mit der Definition von „Vertragsgestaltung“ eine erste Vorstellung davon haben, was der Vertragsjurist macht und welchen Problemlagen er hierbei ausgesetzt ist.

2.1.1 „Kautelarjurisprudenz“

Der Begriff der „Kautelarjurisprudenz“ entstammt dem römischen Recht und bezeichnet eine juristische Teildisziplin neben der sog. „Dezisionsjurisprudenz“.¹

¹ Vgl. zur Rolle der Kautelarjurisprudenz im römischen Recht: *Flume*, Sonderh. DNotZ zum 18. Dt. Notartag, 1969, 30 ff. Für die Abgrenzung von Kautelar- und Dezisionsjurisprudenz im Einzelnen vgl. nachfolgend Abschn. 2.4.

Die Kautelarjurisprudenz bezeichnet die Formulierung von Vertragsbedingungen („Kautelen“) und beschreibt damit diejenige juristische Tätigkeit, die der vorsorglichen Verhütung rechtlicher Probleme dient.²

Der Begriff leitet sich aus dem Lateinischen wie folgt ab:

Kautel(ar):

Lateinisch: „cautela“ = Schutz, Vorsicht (Schutzmittel)

Lateinisch: „cavere“ (zugehöriges Verb mit identischem Wortstamm) = sich vorsehen, sich hüten, in Acht nehmen vor, sichern

Jurisprudenz:

Lateinisch: „iurisprudentia“ = Rechtswissenschaft; zusammengesetzter Begriff aus:

„iuris“ (Genitiv zu ius) = des Rechts

„prudens“ = klug

Bestreben und Aufgabe der Kautelarjurisprudenz werden somit bereits durch die wörtliche Übersetzung des Begriffes mehr als deutlich: Es sollen mögliche Rechtsprobleme durch den hier belehrenden und beratenden Juristen schon im Vorfeld erkannt und durch entsprechende Sicherungen (beispielsweise durch die Beratung bei der Gestaltung von Verträgen, Planung steuerlicher Vorgänge) ausgeschlossen werden.

2.1.2 „Rechtsgestaltung“

Der Begriff Kautelarjurisprudenz wird synonym zur „Rechtsgestaltung“ und dieser seinerseits großteils synonym zur „Vertragsgestaltung“ verwandt.³ Wenngleich es in diesem Kontext sicher richtiger wäre, den Begriff der Rechtsgestaltung zu verwenden, da von der hiermit bezeichneten Gestaltung auch einseitige Rechtsgeschäfte, wie zum Beispiel die Abfassung eines Testaments, und damit nicht allein zwei- oder mehrseitige konsensuale Rechtsgeschäfte, nämlich Verträge, erfasst sind, so hat sich jedoch in Praxis und Literatur der Begriff der Vertragsgestaltung eingebürgert.⁴ Denn Verträge machen in der Praxis die Mehrzahl der Rechtsgestaltungsaufgaben aus. Gegenüber dem Begriff der „Rechtsgestaltung“ und der „Kautelarjurisprudenz“ soll der Begriff der „Vertragsgestaltung“ im folgenden Kontext als „pars pro toto“⁵ (ein Teil steht für das Ganze) auch leitend bleiben.

² Vgl. *Teichmann*, JuS 2001, 870 sowie weiterführend zum Begriff der Kautelarjurisprudenz *Creifelds*, Rechtswörterbuch, 679.

³ Vgl. dazu auch *Koch*, in: Aderhold/Koch/Lenkaitis, Vertragsgestaltung, 21; *Ulrici*, Rechtsgestaltung, 4; *Teichmann*, JuS 2001, 870, 871, vgl. dazu auch im Folgenden.

⁴ Vgl. *Koch*, in: Aderhold/Koch/Lenkaitis, Vertragsgestaltung, 21 ff.

⁵ Vgl. auch *Teichmann*, JuS 2001, 870, 871; *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 4; *Langenfeld*, JuS 1998, 33, 34; *Zawar*, JuS 1992, 134.

2.1.3 „Vertragsgestaltung“

Die wohl eingängigste Definition von „Vertragsgestaltung“ und zugleich treffendste Beschreibung der Tätigkeit des Vertragsjuristen liefert Reh binder: „Vertragsgestaltung ist die Mithilfe bei einer Entscheidung des Mandanten, d. h. einem Wahlakt unter privatrechtlichen Lösungsalternativen, über die Gestaltung eines Lebensverhältnisses mit den Mitteln und in den Grenzen von Recht. Sie ist zukunftsorientiert (=private Planung). Vorausplanendes Denken und Erfassung zukünftiger Geschehensabläufe sind unverzichtbar, eine Abwägung möglicher Folgen immer erforderlich. Der Vertragsjurist versucht den Willen des Mandanten so in einer rechtsgeschäftlichen Erklärung zum Ausdruck zu bringen, dass erwünschte rechtliche Wirkungen für die Zukunft entstehen und unerwünschte Folgen vermieden werden.“⁶

Mit anderen Worten ist die Vertragsgestaltung ein kreativer zukunftsorientierter Schaffensprozess, bei dem ein dem jeweiligen Sachverhalt entsprechendes und gewünschtes Regelungswerk unter Berücksichtigung möglicher Geschehnisse und Vermeidung etwaiger Probleme zielgerichtet, interessengerecht und rechtskonform kreiert wird.

Bereits an dieser Definition erkennen Sie, dass sich die Vertragsgestaltung ganz gehörig von der Ihnen bislang vermittelten „Juristischen Methodik“, nach der der Richter seine Entscheidung abfasst, unterscheidet.

2.2 Vertragsgestaltung in der Lehre

Welchen Stellenwert die Vertragsgestaltung in der Lehre einnimmt, zeige ich im Folgenden auf.

2.2.1 Traditionelle Ausbildung zur Staatsprüfung („Volljurist“)

Die traditionelle Juristenausbildung ist durch das Deutsche Richtergesetz (DRiG) determiniert. Die klassischen Juristenberufe wie Richter, Staatsanwalt, Notar oder Rechtsanwalt stehen nach wie vor nur dem „Volljuristen“ offen, d. h. demjenigen, der „die Befähigung zum Richteramt erwirbt“. Diese erwirbt nach § 5 Abs. 1 DRiG, „wer ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der ersten Staatsprüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der zweiten („großen“) Staatsprüfung abschließt; die erste Prüfung besteht aus einer universitären Schwerpunktprüfung und einer staatlichen Pflichtfachprüfung“.⁷ Die traditionelle

⁶ Reh binder, AcP 174 (1974), 265, 285.

⁷ Die jeweiligen Voraussetzungen zur Zulassung zu den Staatsprüfungen sind in den landesspezifischen Ausbildungsgesetzen geregelt, die allesamt ein Studium der Rechtswissenschaften, praktische Studienzeiten, bestimmte Studieninhalte sowie das Bestehen einer Zwischenprüfung voraussetzen, vgl. hierzu auch den Überblick bei Vogler, Wirtschaftsjuristische Studiengänge, 47 ff.

Juristenausbildung führt somit nach wie vor – und damit fernab von den durch den Bologna-Prozess in der Studienlandschaft verankerten modularen Bachelor- und Masterstudiengängen⁸ – über den langen und „teils steinigen“ Weg der unter den Kandidaten „gefürchteten“ Staatsprüfungen, auf die sie die Repetitoren mit großem kommerziellen Erfolg seit Jahrzehnten insbesondere in den Bereichen vorbereiten, die in der (universitären und Referendar-)Ausbildung häufig zu kurz kommen.

Seit Inkrafttreten der letzten Reform der Juristenausbildung (Juristenausbildungs-ReformG)⁹ sind mehr als 10 Jahre vergangen.¹⁰ Mit der Änderung des Deutschen Richtergesetzes verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, das Studium der Rechtswissenschaft vom Beruf des Richters als Leitbild der Ausbildung zu lösen und damit praxisnäher, vor allem verstärkt anwaltsorientierter auszurichten¹¹. Dabei sollte vor allem das Berufsbild des Rechtsanwalts für die Ausbildung an Bedeutung gewinnen.¹² Dessen alltägliche Aufgaben umfassen – neben der unzweifelhaft wichtigen forensischen Praxis, d. h. insbesondere seiner Tätigkeit vor Gericht und Behörden – in ganz erheblichem Umfange die vorbeugende rechtsgestaltende Belehrung und Beratung seiner Mandanten¹³, um diesen unter Vermeidung streitiger Auseinandersetzungen das rechtssichere Erreichen ihrer Ziele zu ermöglichen.¹⁴

Dieser Teil der anwaltlichen Tätigkeit lässt sich unter dem – oben bereits dargestellten – Oberbegriff der Kautelarjurisprudenz¹⁵ zusammenfassen, deren wichtigsten Aspekt sicher die Vertragsgestaltung darstellt, d. h. der Entwurf zwei- oder mehrseitiger konsensualer Rechtsgeschäfte.¹⁶ Natürlich finden kautelarjuristische Elemente nicht erst seit dieser letzten Ausbildungsreform Berücksichtigung in Studium und Staatsexamina, vielmehr wurden hierzu bereits zuvor Lehrveranstaltungen

⁸ Vgl. zusammenfassend und zugleich weiterführend zur Diskussion über die Umsetzung des Bologna-Prozesses in der Juristenausbildung *Wackerbarth*, Juristenausbildung m. w. N.

⁹ Vgl. zu Zielen dieser Reform und zum Gesetzgebungsverfahren ausführlich *Däubler*, Verhandeln, 1 ff.

¹⁰ Vgl. Art. 4 des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung vom 11.07.2002, BGBl. I S. 2592, in Kraft getreten am 01.07.2003.

¹¹ Vgl. BT-Drs. 14/7176, S. 10; BT-Drs. 14/8629, S. 1. – Vgl. § 5a Abs. 3 S. 1 DRiG: „rechtsberatende Praxis“.

¹² Vgl. dazu bereits *Teichmann*, JuS 2001, 870 ff.

¹³ Anm.: Als Mandant wird in der Folge einheitlich die vom Vertragsjuristen vertretene Partei bezeichnet.

¹⁴ Vgl. *Däubler*, Verhandeln, 29; *Teichmann*, JuS 2001, 870, 872; *Schippel*, Jura 1999, 57, 58; *Grziwotz*, JuS 1998, 807, 808; *Langenfeld*, JuS 1998, 33 f.

¹⁵ Vgl. statt vieler ausführlich zu dem Begriff der Kautelarjurisprudenz *Schröder*, 57 ff.

¹⁶ Natürlich ist die Kautelarjurisprudenz nicht hierauf beschränkt, erfasst sie doch vielmehr auch einseitige Gestaltungen, wie z. B. Testamente oder Vorsorgevollmachten, vgl. *Langenfeld*, JuS 1998, 33, 34; *Teichmann*, JuS 2001, 870, 871; *Zawar*, JuS 1992, 134. Zur Begriffsbestimmung und Abgrenzung vgl. bereits oben Abschn. 2.1.

gen angeboten und (wenngleich nur sehr vereinzelt) auch kautelarjuristisch angelegte Examensklausuren gestellt¹⁷. Entsprechend der gestiegenen Bedeutung des anwaltlichen Berufsbilds in der Ausbildung finden sich aber auch zunehmend kautelarjuristische Aufgabenstellungen in den Examensklausuren, so dass nunmehr bereits in Vorbereitung auf die „Erste Staatsprüfung“ der „interessierte Seitenblick auf anwaltliche Elemente“ mehr als nur „lobenswert“¹⁸ ist. Es wird für die Studierenden mehr und mehr zur Notwendigkeit, sowohl das methodische Vorgehen als auch die maßgeblichen Grundprinzipien der Vertragsgestaltung bereits für die Vorbereitung zur „Ersten Staatsprüfung“ zu verinnerlichen, um dort überdurchschnittliche Erfolge – schließlich sichern nur diese angesichts der anhaltenden „Juristenschwemme“ eine anspruchsvolle und gut bezahlte juristische Tätigkeit – zu erzielen.

Die Universitäten haben – wenngleich bislang in noch ausbaufähigem Ausmaß und teils auch erst sehr zögerlich – mit dem Angebot von entsprechenden Ergänzungs- oder Schlüsselqualifikationsveranstaltungen zur Vermittlung von Grundkenntnissen der Rechtsgestaltung reagiert, in denen neben den praktischen auch die wissenschaftlichen Aspekte¹⁹ behandelt werden²⁰.

Im Rahmen der „Zweiten Staatsprüfung“ haben kautelarjuristische Aufgabenstellungen zwar eine deutlich längere Tradition, was sich damit erklären lässt, dass ein anwaltsorientierter Ausbildungsabschnitt seit jeher Teil des Rechtsreferendariats ist.²¹ Doch die stärkere Anwaltsorientierung der Juristenausbildung bringt es auch dort neben der nunmehr mindestens neunmonatigen Rechtsanwaltsstation mit sich, dass sich in den Examensklausuren noch häufiger Fallgestaltungen aus Anwaltssicht finden, bei deren Bearbeitung vor allem auch strategische Überlegungen²² anzustellen sind.

¹⁷ Vgl. *Ulrici*, Rechtsgestaltung, 3, dort auch zum Folgenden.

¹⁸ *Teichmann*, JuS 2001, 870.

¹⁹ Vgl. *Berger*, BRAK-Mitt. 2005, 169; der Arbeitsalltag eines Anwalts kann im Detail der praktischen Ausbildung überlassen bleiben, jedoch können und müssen die methodischen Grundlagen, d. h. die Antwort auf die Frage warum er so arbeitet, mit der nötigen gedanklichen Distanz allein an der Hochschule vermittelt und verstanden werden, vgl. *Teichmann*, JuS, 2001, 870; auch *Rehbinder* weist zu Recht darauf hin, dass ein reines „training on the job“ – wie es bisher im Anwaltsberuf weithin üblich ist – den Weg zu einer selbst-reflektierten Arbeitsmethodik von vornherein verbaut, AcP 174 (1974), 265, 275.

²⁰ Vgl. für einen Kurzüberblick der kautelarjuristischen Schwerpunktbereiche sowie die abschließende universitäre Prüfung im rechtsgestaltenden Ausbildungszweig *Ulrici*, Rechtsgestaltung, 3 ff. m. w. N.

²¹ Vgl. *Ulrici*, Rechtsgestaltung, 5, vgl. dort auch zum Folgenden.

²² Hierbei handelt es sich um ein Kernanliegen der Rechtsgestaltung, vgl. dazu im Einzelnen unter Kap. 3.

2.2.2 Besonderheiten der Ausbildung im Bachelor-/Mastersystem und die Rolle der Fachhochschulen („Wirtschaftsjurist“)

In der Hochschullandschaft spiegelt sich eine zunehmende Verrechtlichung des Wirtschaftslebens in neueren Studiengängen, wie insbesondere der wirtschafts- und sozialjuristischen Studiengänge an Fachhochschulen, wieder.²³ Eingehen möchte ich im Folgenden auf die im Kontext der Vertragsgestaltung bedeutsamere Hochschulausbildung zum „Wirtschaftsjuristen“²⁴.

Der Abschluss mit der Bezeichnung „Wirtschaftsjurist“, der sowohl von Universitäten als auch von Fachhochschulen vergeben wird, kann entweder durch die Zusatzqualifikation eines „Volljuristen“ oder aber mit den Abschlüssen Diplom-Wirtschaftsjurist²⁵, Bachelor of Laws (LL.B.) oder Master of Laws (LL.M.) als eigener Hochschulabschluss des Studiengangs Wirtschaftsrecht erworben werden.²⁶ Neben der sich auf das Wirtschaftsrecht konzentrierenden juristischen Ausbildung zeichnet sich der Wirtschaftsjurist durch eine wirtschaftswissenschaftliche Zusatzqualifikation aus. Jedoch besitzt dieser aufgrund seiner Ausbildung keine „Grundqualifikation“ als „Volljurist“. Die wirtschaftsjuristische Hochschulausbildung berechtigt nämlich nicht zur Zulassung zur „Ersten Staatsprüfung“, so dass er in der Folge auch kein Rechtsreferendariat mit der abschließenden „Zweiten Staatsprüfung“ absolvieren kann.²⁷ Demnach kann der Wirtschaftsjurist (LL.B. und LL.M.) allein mit diesem Abschluss auch nicht die klassischen juristischen Berufe wie Richter, Staatsanwalt, Notar oder Rechtsanwalt ergreifen, die die Befähigung zum Richteramt voraussetzen²⁸. Für seine berufspraktische Tätigkeit bestehen die nachfolgend noch weiter ausgeführten Einschränkungen hinsichtlich der Möglichkeit einer „Rechtsberatung“ (vgl. dazu unter Abschn. 2.3).

²³ Vgl. zu den wirtschafts- und sozialjuristischen Studiengängen an Fachhochschulen den Überblick und die erläuternden Ausführungen bei Bundesverband der Wirtschaftsjuristen e. V.

²⁴ Vgl. eingehend zum Fächerkanon wirtschaftsjuristischer Studiengänge *Vogler*, Wirtschaftsjuristische Studiengänge, 40 ff.

²⁵ Anm.: Dieser ist durch den Bologna-Prozess überholt und im Auslaufen begriffen, deswegen wird er hier im Folgenden vernachlässigt.

²⁶ Vgl. eingehend zu den wirtschaftsjuristischen Studiengängen *Vogler*, Wirtschaftsjuristische Studiengänge, 28 ff.

²⁷ Grundsätzlich berechtigt ein im Inland abgeschlossenes Wirtschaftsrechtsstudium derzeit nicht zur Zulassung zur Ersten Juristischen Staatsprüfung. Für Ausnahmen vgl. *Vogler*, Wirtschaftsjuristische Studiengänge, 47. Die jeweiligen Voraussetzungen zur Zulassung zu den Staatsprüfungen sind in den landesspezifischen Ausbildungsgesetzen geregelt, die allesamt ein Studium der Rechtswissenschaften, praktische Studienzeiten, bestimmte Studieninhalte sowie das Bestehen einer Zwischenprüfung voraussetzen; vgl. hierzu auch den Überblick bei *Vogler*, Wirtschaftsjuristische Studiengänge, 47 ff.

²⁸ Anm.: Sieht man von weiteren bestehenden (theoretischen) Möglichkeiten ab, etwa nach § 7 DRiG (Befähigung zum Richteramt als Universitätsprofessor) oder den Zugang zur Anwaltschaft nach § 16, 11, 13 EuRAG, deren Anteil im Promillebereich liegt, vgl. *Vogler*, Wirtschaftsjuristische Studiengänge, 73.

Insbesondere die LL.B.-Studiengänge werden gegenwärtig vor allem an Fachhochschulen angeboten.²⁹ Dort liegt der Fokus selten in der vertieften wissenschaftlichen Vermittlung von materiellen Rechtskenntnissen als vielmehr in der Vermittlung praktischer Kenntnisse und Fertigkeiten für diejenigen Berufsfelder, die mit diesen Abschlüssen besetzt werden können. Dies ist primär die Stellung als „Unternehmensjurist“. Dementsprechend ist der Ausbildungsfokus in gegenüber der universitären Ausbildung wesentlich stärkerem Maße auf die Vermittlung kautelarjuristischer Fertigkeiten gerichtet, die in der dortigen Praxis eher gefordert zu sein scheinen,³⁰ so dass in den letzten Jahren teilweise sogar rein kautelarjuristische Studiengänge entstanden sind.³¹

Die Modularisierung der Studiengänge als ein zentrales Element des Bologna-Prozesses bringt es dabei mit sich, dass das Studium mit Modulen in thematisch und zeitlich in sich geschlossene Lehr- und Lerneinheiten gegliedert ist, die inhaltlich aufeinander aufbauen oder aufeinander verweisen, so dass es beispielsweise Einführungs-, Vertiefungs- oder auch Anwendungsmodule gibt. Dementsprechend findet sich in den Studiengängen zum Wirtschaftsrecht regelmäßig wenigstens ein Lernmodul, das auf die grundlegende Vermittlung kautelarjuristischer Methodenkompetenz ausgerichtet ist.³² Häufig bauen mehrere kautelarjuristische Module, die in ihrer Gesamtheit auf die Vermittlung kautelarjuristischer Methodenkompetenz gerichtet sind, aufeinander auf und vermitteln unter diesem „methodischen Mantel“ unterschiedliche materielle Rechtsgebiete, wie etwa die einzelnen Bücher des BGB oder das Handels- und Gesellschaftsrecht. Sie verstehen sich dann als Vertiefungs- oder auch Anwendungsmodule zum methodisch einführenden Kurs der Vertragsgestaltung.

2.3 Praktische Bedeutung der Vertragsgestaltung – Berufsbild des Vertragsjuristen

Nachdem Sie nunmehr einen Einblick in den Stand der juristischen Ausbildungssituation und die dortige Verortung der Vertragsgestaltung erhalten haben, sollen Sie sich nunmehr der praktischen Bedeutung im späteren Berufsleben bewusst werden.

²⁹ Für einen Überblick vgl. WHV, Masterstudiengänge; WHV, Bachelorstudiengänge sowie Bundesverband der Wirtschaftsjuristen e. V.; vgl. ferner *Vogler*, Wirtschaftsjuristische Studiengänge, 30 m. w. N.: „So erlangten 2010, ohne Berücksichtigung der Bachelor- und Masterabschlüsse, 1146 Studenten einen wirtschaftsrechtlichen Fachhochschulabschluss, gegenüber 123 Studenten, die einen universitären wirtschaftsrechtlichen Abschluss erhielten. Diese Zahl ist kaum überraschend, da alleine die Anzahl der anbietenden Fachhochschulen mit über 30 Anbietern, die Anzahl der Universitäten mit acht Anbietern überwiegt.“

³⁰ Vgl. etwa das Angebot des Studiengangs „Wirtschaft und Recht“ an der TH Wildau (vgl. TH Wildau WR); zum Fächerkanon vgl. auch *Vogler*, Wirtschaftsjuristische Studiengänge, 40 ff.

³¹ Vgl. Bundesverband der Wirtschaftsjuristen e. V.

³² Vgl. etwa das Angebot des Studiengangs Wirtschaft und Recht der TH Wildau, vgl. TH Wildau WR.

2.3.1 Überblick

Wie zuvor unter Abschn. 2.2 bereits gesehen, kann die Kautelarjurisprudenz bereits in Ausbildung und Examina nicht nur in den hierfür typischen Teilgebieten des Zivilrechts praktische Bedeutung gewinnen³³, sondern auch für straf- oder öffentlich-rechtliche Probleme. Dies sollte die Studierenden aber letztlich nicht allzu sehr beunruhigen, schließlich stellt sich die Methode der Rechtsgestaltung unabhängig vom rechtlich betroffenen Themenkomplex einheitlich dar³⁴. Ihre sichere Beherrschung und Anwendung erlauben daher auch in bis dato unbekannten Rechtsgebieten die gewünschten Examenspunkte zu erzielen.

In der heutzutage überwiegenden Praxis juristischer Berufe kommt der Vertragsgestaltung schließlich überragende Bedeutung bei. Zum einen ist der Rechtsalltag im Wesentlichen durch Verträge bestimmt, und dort zunächst durch deren Abschluss und (technische) Abwicklung,³⁵ wohingegen etwa ein streitentscheidender Richter erst dann zum Zuge kommt, wenn in der Vertragsabwicklung Unklarheiten oder Unstimmigkeiten bestehen. So ist insbesondere der im Wirtschaftsrecht tätige Jurist täglich damit beschäftigt, mehr oder minder schwierige Lebenssachverhalte einer interessengerechten und konfliktarmen Lösung zuzuführen³⁶. Zum anderen bietet der juristische Arbeitsmarkt nur wenige rein dezisionsjuristische Stellen bei Gericht und in der Verwaltung³⁷. Der wesentlich größere Teil der Absolventen der Rechtswissenschaften muss dementsprechend (rein oder überwiegend) kautelarjuristisch ausgerichtete Berufe ergreifen.

Zur Veranschaulichung der praktischen Bedeutung der Vertragsgestaltung stelle ich Ihnen unter Abschn. 2.3.3 bis 2.3.6 typische Berufsbilder beziehungsweise Einsatzgebiete des Vertragsjuristen einzelnen vor.

2.3.2 Auswirkungen der gewählten Ausbildung auf die spätere Berufsausübung

Das Berufsbild des Vertragsjuristen ist ganz wesentlich durch das „Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen“ (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG) und die „Bundesrechtsanwaltsordnung“ (BRAO) determiniert.

„Wirtschaftsjuristen“ (LL.B. und LL.M.) der Fachhochschulen und Universitäten werden zwar für eine Tätigkeit als juristische Berater insbesondere kautelarjuristisch ausgebildet. Dieser Tätigkeit dürfen sie aber aufgrund des Rechtsdienstleistungsgesetzes nicht selbstständig, sondern lediglich im Angestelltenverhältnis für ihren jeweiligen Arbeitgeber nachgehen.

³³ Vgl. dazu unter Abschn. 2.2.

³⁴ Vgl. *Ulrici*, Rechtsgestaltung, 4.

³⁵ Vgl. etwa *Richter*, Vertragsrecht, 3 ff.

³⁶ Vgl. *Koch*, in: Aderhold/Koch/Lenkaitis, Vertragsgestaltung, 23.

³⁷ Zum Begriff der Dezisionsjurisprudenz und der Abgrenzung zur Kautelarjurisprudenz vgl. Abschn. 2.4.4.

Das RDG regelt nämlich, wer in Deutschland einer selbständigen beruflichen Tätigkeit im Bereich der (außergerichtlichen) Rechtsberatung, außerhalb der Rechtsanwaltschaft (und dem Notariat)³⁸, tätig sein darf.³⁹ Die allgemeine freiberufliche Rechtsberatung bleibt exklusiv der Rechtsanwaltschaft (und dem Notar) vorbehalten.⁴⁰ Das RDG erlaubt lediglich die Beratung in bestimmten Teilbereichen und nach Feststellung der individuellen Eignung eines Kandidaten.

Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bleibt den „Wirtschaftsjuristen“ mangels Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz gem. § 4 BRAO verwehrt. Damit sind die beruflichen Einsatzfelder der „Wirtschaftsjuristen“ hinsichtlich außergerichtlicher rechtsberatender Tätigkeiten zwar von vornherein beschränkt auf angestellte Tätigkeiten, im Übrigen sind ihre Einsatzmöglichkeiten in der privaten Wirtschaft allerdings durch eine starke Verknüpfung von rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Aufgabenstellungen gekennzeichnet. Entsprechend der interdisziplinären und in der Regel in gegenüber der universitären Ausbildung zum (Voll-)Juristen wesentlich stärkerem Maße praxisbezogenen Ausbildung stellen nicht nur Rechtsabteilungen, sondern vor allem kaufmännische Abteilungen von Unternehmen in den Bereichen Finanzen und Steuern, Industrie, Handel, Dienstleistungen, Banken, Versicherungen, Personal, Beschaffung und Vertrieb mögliche Einsatzgebiete dar.⁴¹ Als Einsatzfelder kommen ferner in Betracht: Kammern, Wirtschaftsverbände, Beratungsgesellschaften (wie etwa Steuer- und große Rechtsberater⁴²), Mediation und Schiedsgerichtswesen sowie die öffentliche Verwaltung. In all diesen Einsatzfeldern können Wirtschaftsjuristen gleichermaßen als Vertragsjuristen zum Einsatz kommen (vgl. dazu unter Abschn. 2.3.5).

2.3.3 Vertragsgestaltung durch den Rechtsanwalt

Dem Rechtsanwalt als „unabhängigem Organ der Rechtspflege“ im Rechtssystem (§ 1 BRAO)⁴³ kommt das umfassende Recht zur Beratung und Vertretung in allen Rechtsangelegenheiten zu (§ 3 BRAO). Die Wahrnehmung dieser Aufgaben setzt einen „unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandan-

³⁸ Entsprechend der Zuweisungen der BnotO, vgl. dazu sogleich in Abschn. 2.3.4.

³⁹ Anm.: Neben dem RDG gibt es nach Gewerbeordnung noch die Möglichkeit einer Erlaubnis zu einer Tätigkeit als Versicherungsberater, die ebenfalls eine allerdings auf den Bereich der Schadensabwicklung eingeschränkte Erlaubnis zur Rechtsberatung zum Gegenstand hat.

⁴⁰ Vgl. § 3 Abs. 1 BRAO: „Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten.“

⁴¹ Vgl. Bundesverband der Wirtschaftsjuristen e. V., dazu auch im Folgenden.

⁴² Dort im zunehmenden Maße als sog. „Project Lawyer“.

⁴³ Auch wenn der Rechtsanwalt anders als der Richter (vgl. Art 97 GG) keine unmittelbar verfassungsrechtliche Verankerung erfährt und die Frage nach der Beanspruchung eines institutionellen Verfassungsrangs umstritten ist (vgl. statt vieler *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 29 ff. zur Rechtsprechung und Literatur zu Art. 12 GG und dem Rechtsberatungs-/dienstleistungsgesetz), so ist sein Anteil an der Verwirklichung des Rechtsstaates kaum unterschätzt (vgl. *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 31.).

ten verpflichteten Rechtsanwalt⁴⁴ voraus.⁴⁵ Ein wesentlicher Teil der anwaltlichen Tätigkeit bezieht sich auf seine nicht forensische Tätigkeit und ist somit durch die Kautelarpraxis geprägt.⁴⁶ Er ist damit der geborene freiberufliche (wie auch angestellte) kautelarjuristische Berater und dort unmittelbar mit der Gestaltung von Verträgen im Mandanteninteresse betraut. Daneben sind aber auch Fälle im Vorfeld von notariellen Beurkundungen von Verträgen oder selbst im Rahmen der Prozessführung bei der Gestaltung von gerichtlichen Vergleichen betroffen, allerdings geht es hier vielmehr um das Aushandeln und Beraten des eigenen Mandanten beim Abschluss von Verträgen, die andere (nachfolgend noch beschriebene) Vertragsjuristen entwerfen.⁴⁷

Wegen ihres exklusiven Auftrags zur freiberuflichen Rechtsberatung und ihrer quantitativen Bedeutung greifen die meisten kautelarjuristischen Aufsätze und Lehrbücher auch allein die anwaltliche Sicht der Vertragsgestaltung auf.⁴⁸ Der Rechtsanwalt ist in dieser Eigenschaft klassischer Interessenvertreter, d. h. er ist auf die bestmögliche Umsetzung der Sachziele des eigenen Mandanten in den Grenzen des Rechts bedacht.⁴⁹

Hierzu nun ein kurzes Beispiel aus der anwaltlichen Vertragspraxis, das seine Stellung als Interessenvertreter unterstreicht:

Beispiel

Ein Rechtsanwalt berät seinen Mandanten beim Kauf eines gebrauchten Kfz und erstellt in diesem Kontext einen Kaufvertrag. Er hat sich hierbei grundsätzlich an die ihm hierfür gesteckten gesetzlichen Regelungen/Grenzen der Vertragsgestaltung zu halten (vgl. hierzu im Einzelnen noch unter Abschn. 2.5.3). Innerhalb dieser Grenzen ist er aber bei der vertraglichen Ausgestaltung allein Interessenvertreter seines Mandanten. So es der Verkäufer aufgrund mangelnder Kenntnis der Marktgegebenheiten⁵⁰ und mangelnder Rechtskenntnis zulässt, nimmt der Anwalt vorliegend (erfolgreich) keine Regelungen zur Mängelhaftung bzgl. der Kaufsache in den Vertragstext auf. Der Vertragstext bleibt kurz und regelt nur die „essentialia negotii“, die Abwicklung erfolgt „Zug um Zug“. In der Folge greifen die gesetzlichen Bestimmungen zum Mängelrecht gem. §§ 434 BGB ff. Tritt nun

⁴⁴ *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 31.

⁴⁵ Dies wird an mehreren Stellen der BRAO, insbesondere aber bei den Grundpflichten des Rechtsanwalts, verankert in § 43a BRAO, etwa in dessen Abs. 4 und dem dort niedergelegten Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen, deutlich.

⁴⁶ Vgl. auch den Überblick über die anwaltliche Tätigkeit in *Rittershaus/Teichmann*, Anwaltliche Vertragsgestaltung, 11 ff.

⁴⁷ Vgl. *Koch*, in: Aderhold/Koch/Lenkaitis, Vertragsgestaltung, 29 f.

⁴⁸ Vgl. dazu eingehend *Teichmann*, JuS 2001, 870, 871 ff. m. w. N.

⁴⁹ Anm.: Der Rechtsanwalt wird im Gegensatz zum nachfolgend beschriebenen Notar (vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) nämlich gem. § 1 Abs. 3 BRAO im Interesse seines Mandanten tätig.

⁵⁰ Vgl. zu genau diesem Fall auch die Erläuterungen in dem abschließenden Übungsfall 1 in Abschn. 6.1 zur Marktüblichkeit bei Gebrauchtwagenkaufverträgen.

Vertragsgestaltung

Eine methodisch-didaktische Einführung

Kunkel, C.

2016, XIX, 286 S. 9 Abb., 8 Abb. in Farbe., Softcover

ISBN: 978-3-662-48430-2