

**Hinweise zur Fertigung der
Kautelarklausur im Zivilrecht
von RA Pascal Lippert
Version 1/2016**

I. Hintergründe und Inhalt der Kautelarklausur

Anwaltliche Tätigkeit beschränkt sich nicht allein auf den prozessualen Bereich. Schon immer gehörte es zu den Aufgaben der Anwaltschaft, Verträge zu gestalten und rechtliche Beziehungen der Mandanten so auszugestalten, dass Risiken minimiert und ein Interessenausgleich geschaffen wird. Dieser Bereich anwaltlicher Tätigkeit wird auch als Kautelarjurisprudenz bezeichnet. Das lateinische Nomen „cautela“ bedeutet „Vorsicht“. Das entsprechende Verb dazu lautet „cavere“ und bedeutet entsprechend „sich vorsehen, sich hüten, in Acht nehmen vor, etwas sichern“. Die Kautelarklausur soll nunmehr entsprechende Fähigkeiten im Examen abprüfen. Dazu erhält der Prüfling einen Aktenauszug, der die erforderlichen Informationen enthält. Wie auch in der Praxis geschuldet soll der Mandant eine fundierte Analyse der Rechtslage und in der Regel einen an seinen Interessen orientierten Lösungsvorschlag erhalten. Die in der Ausbildung erarbeiteten Fähigkeiten sollen wie auch in den prozessualen Klausuren in der Kautelarklausur in Form einer strukturierten Darstellung nachgewiesen werden. Daher reicht es nicht aus, lediglich Klauseln zu entwerfen oder vorgelegte Klauseln zu ergänzen oder zu ändern. Vielmehr liegt ein Schwerpunkt auch in der Bewertung der Rechtslage sowie einer Absicherung der Interessen des Mandanten im Hinblick auf eine mögliche prozessuale Auseinandersetzung auf Basis der empfohlenen Regelungen. Daher sollte die Beweislastverteilung genauso Berücksichtigung finden wie eine Sicherung von Beweismitteln.

Bei der Bearbeitung der Kautelarklausur können folgende Schritte für den Ablauf der Bearbeitung und den Aufbau herangezogen werden:

- Mandanten verstehen, Akte auswerten
- Ziele der Parteien herausarbeiten, Erfassen der Rechtslage, Zuordnung zu Typen
- Erstellung eines materiellen Vermerks unter Berücksichtigung prozessualer Aspekte im Falle einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung
- Ausarbeitung einzelner Klauseln (häufig), ganzen Vertrages (wahrscheinlich selten) oder auch einseitiger Erklärungen (z.B. Anfechtung oder Testament)
- Vermittlung der Rechtslage in einem gesonderten Mandantenschreiben (Option)

Die Anforderungen an die inhaltliche Gestaltung von Verträgen auch im Bereich der Anwaltschaft lassen sich aus § 17 BeurkG entnehmen. Die Vorschrift richtet sich zwar an Notare enthält jedoch Anhaltspunkte für einen Maßstab:

(1) Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er

darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

(2) Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken.

Welche konkreten Gestaltungen erwartet werden, kann nicht abschließend beschrieben werden. Dazu sind die möglichen zu bearbeitenden Sachverhalte zu vielseitig. Insbesondere Bereiche dürften jedoch vorbehaltlich konkreter Beschränkungen in der JAO zu erwarten sein:

- Typenverträge des BGB
- Ratenzahlungsvereinbarungen
- Vergleiche
- Gesellschaftsverträge oder Vereinssatzungen
- Allgemeine Geschäftsbedingungen
- Rücktritt, Kündigung, Anerkenntnis, Verzicht oder Abmahnung
- Vollmachten
- Testament

II. Qualitätsmerkmale von Verträgen oder Klauseln

Der oft verwendete Begriff Vertragswerk macht deutlich, dass Vereinbarungen eine gewisse Qualität innewohnen sollte. „Werk“ sollte also wie „Uhrwerk“ oder „Kunstwerk“ verstanden werden. Folgende Aspekte, deren Aufzählung sicher noch ergänzt werden könnte, prägen die Qualität einer Vereinbarung.

1. Bestimmtheit und Transparenz

Die Parteien eines Vertrages aber auch der Empfänger einer einseitigen Willenserklärung werden schon rein psychologisch besser miteinander umgehen können, wenn Rechte und Pflichten, auszulösende Rechtsfolgen oder auch konkrete Lasten genau beschrieben sind. Der Inhalt muss in der Praxis umsetzbar sein. Die Parteien müssen wissen, woran sie sind. Bei der Ausarbeitung von Verträgen gilt es auch zu berücksichtigen, dass Verträge so verständlich gestaltet sind, dass nicht nur Volljuristen diese verstehen, dennoch aber eine größtmögliche Rechtssicherheit herrscht. Leicht verständliche und hinsichtlich der Regelungen transparente Verträge erfordern eine gute Struktur und eine sprachliche Präzision. In der Klausur sollte

nicht versucht werden, durch komplizierte Formulierungen einseitig die Interessen nur des Mandanten bis hin zur Maximalforderung durchzusetzen. Der Vermerk dient auch dazu das rechtlich mögliche vom strategisch sinnvollen abzugrenzen. Eine verdeckte Übervorteilung des Vertragspartners, wie sie in der Praxis leider häufig versucht wird, stellt im Examen kein Qualitätsmerkmal dar.

Folgende Aspekte unterstützen die Stringenz und Verständlichkeit von Verträgen:

a) Souveräner Umgang mit der Fachsprache

Es mag wünschenswert sein, dass Verträge auch umgangssprachlich gestaltet werden können, damit sie auch für den Laien verständlich sind. Durch den Rückgriff auf eine präzise Fachsprache werden jedoch Unsicherheiten vermieden. Trotz der Verwendung notwendiger Fachbegriffe, sollte der Vertrag aber verständlich bleiben. Fachbegriffe sind daher nur zu verwenden, wenn dies notwendig ist. Wenn es geschieht, dann ist Sorgfalt geboten. Beispiel: Jemand ist nicht „durch den Kauf“ Eigentümer geworden sondern durch eine „Veräußerung“ oder „aufgrund einer Verfügung“.

Ein Vertrag sollte das Gesetz voraussetzen und darauf Bezug nehmen. Aus diesem Grund wird fast durchgehend empfohlen, grundsätzlich keine wörtlichen Gesetzeszitate in Verträge aufzunehmen (vgl. Langenfeld in "Grundlagen der Vertragsgestaltung", 2. Auflage, 3 Kap., Rn 25). An Normen und Rechtsfolgen anzuknüpfen und diese aufzugreifen und zu konkretisieren und zu modifizieren ist hingegen notwendig.

b) Systematische Textgestaltung

Es ist eine logische und fachgerechte Reihenfolge der Regelungsinhalte zu wählen. Es sollte darauf geachtet werden, dass Verweisungen innerhalb eines Vertrages nur nach oben, nicht aber nach unten erfolgen. Die Verwendung derselben Begrifflichkeiten ist sicherzustellen. Dies gilt auch für die Beschreibung des Sachverhaltes (also nicht an einer Stelle „Auto“, und an anderer Stelle „Kraftfahrzeug“ schreiben). In den Paragraphen sollte jeweils nur der in der Überschrift in Bezug genommene Inhalt geregelt werden. Regelungen sollten sinnvoll auf Absätze verteilt werden.

c) Präzise Formulierungen

Rechtliche Verpflichtungen sind eindeutig festzulegen. Dies kann mit Formulierungen wie diesen geschehen:

„... ist verpflichtet ...“, „muss“, „hat zu“ oder „darf nicht“.

Stets ist jedoch auch zu bedenken, was geschieht, wenn dem Ge- oder Verbot nicht nachgekommen wird. In diesem Zusammenhang ist vor Automatismen zu warnen. Auflösende Bedingungen können eine Vertragsbeziehung schnell total zerstören. Es sollte daher eher ein Kündigungsrecht für eine Seite statt einer „automatisierten“ Kündigung oder gar eine Unwirksamkeit als Rechtsfolge erwogen werden.

Unbedingt zu vermeiden sind unklare oder unscharfe Formulierungen oder Bezugnahmen wie „soll“, „erklärt sich bereit“, „erforderlichenfalls“, „wird sich bemühen“, „diesbezüglich“ o.ä. Dies gilt auch für Formulierungen im Passiv wie: "Es wird angestrebt ..." oder Füllwörter wie "hauptsächlich" oder "allgemein". Entsprechende Formulierungen können nur dann sinnvoll sein, wenn eben gerade keine durchsetzbare Position sondern nur ein Signal gesetzt werden soll. Letzteres mag in der Praxis vielleicht einmal sinnvoll sein, in der Klausur sollte klaren und justitiablen Aussagen der Vorzug gegeben werden.

Präzise sollte auch mit dem Trennungsprinzip umgegangen werden. So ist zwischen einer Verpflichtung und einer Verfügung zu differenzieren. Durch die Formulierung: „Hiermit tritt A den Anspruch an B ab“ - um ganz genau zu sein mit folgender Ergänzung „und B nimmt die Abtretung an.“ wird sichergestellt, dass nicht eine Verpflichtung errichtet, sondern vielmehr eine Verfügung geregelt werden soll. Unbedingt ist aber darauf zu achten, dass ein entsprechender Rechtsgrund dem Vertrag zu entnehmen ist, damit die geregelte Verfügung nicht kondiziert werden kann.

2. Störfallprognose und Störfallvorsorge

Der Kautelarjurist sollte stets durchspielen, welche Probleme bei der Durchführung eines Vertrages auftreten können. Es ist entsprechend eine Störfallprognose und eine dann daran ausgerichtete Störfallvorsorge notwendig. Bei auf eine lange Geschäftsbeziehung angelegten Verträgen wie Dauerschuldverhältnissen ist eine Störfallvorsorge in der Regel von größerer Bedeutung als bei kurzfristigen Kontakten. Es sollte aber stets ein Blick darauf verwendet werden, welche Probleme auftreten können. Die sprachliche Umschreibung, dass Verträge „gelebt“ werden, weist auf Vielseitigkeit aber auch Unberechenbarkeit hin. Daher sollten typische Probleme antizipiert und durch entsprechende Regelungen aufgefangen werden. Dabei ist stets zu berücksichtigen, dass Verträge stets Konsensualität voraussetzen. So sollten Haftungsbeschränkungen so ausgestaltet werden, dass die Interessen beider Seiten Berücksichtigung finden. Das Erkennen und Beschränken von Haftungsrisiken ist essentiell. Es sollte jedoch nicht reflexartig stets ein völliger Haftungsausschluss allein zugunsten des Mandanten vorgeschlagen werden. Häufig wird dies zudem durch gesetzliche Regelungen verhindert.

Wer sich als knallharter Interessenvertreter sieht, sollte das Gebot des „sichersten Weges“ berücksichtigen. Lange Zeit war bei Eheverträgen der manchmal als „klassischer Dreisprung“ bezeichnete Ausschluss von nachehelichen Unterhalt, Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich beliebt. Nach einer entsprechenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts waren diese Gestaltungen plötzlich nicht mehr belastbar also im Zweifel unwirksam und differenziertere Gestaltungen wurden notwendig. Es gehört daher auch zu den Pflichten des anwaltlichen Vertragsgestalters, sich anbahnende Rechtsprechungsänderungen vorzusehen. Der Blick des Kautelarjuristen ist in die Zukunft gerichtet. Zunächst sind also mögliche Störfälle in der Sphäre der Vertragsparteien aber auch solche, die durch sich anbahnende Rechtsprechungs- oder Gesetzesänderungen ergeben können, zu berücksichtigen.

So kann stets überlegt werden:

- Was geschieht eigentlich, wenn eine Seite die versprochene Leistung gar nicht erbringt? Sind die gesetzlichen Regelungen z.B. § 275 BGB interessengerecht? Kann Streit über das Eingreifen der vorgesehenen Normen entstehen?
- Welche Handhabe hat eine Seite, wenn die Leistung mangelhaft ist? Sollten gesetzliche Rechte angepasst werden? Handlungsvorgaben für den Fall der Uneindeutigkeit des Verantwortlichen z.B. bei mehreren Dienstleistern gemacht werden?
- Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn zu spät geleistet wird? Woran orientiert sich überhaupt, eine "zu späte" Leistung? Was kann dagegen unternommen werden? Liegt ein Fixgeschäft vor? Ist die Vereinbarung einer Vertragsstrafe sachgerecht und darstellbar?
- Wie kann das Risiko abgesichert werden, dass der Vertragspartner taktiert und böswillig agiert, um der anderen Seite zu schaden?
- Was geschieht, wenn Leistung und Gegenleistung in ein Missverhältnis geraten (Äquivalenzstörung)? Gibt es gesetzliche Regelungen? Ist die Rechtsprechung eindeutig?
- Wie soll kompensiert werden, dass einer Seite zusätzlicher Aufwand entsteht, ohne den die Leistung nicht vertragsgerecht erbracht werden kann?
- Was geschieht bei Eingriffen von dritter Seite insbesondere behördlichen Maßnahmen?

- Wie ist ein Insolvenzrisiko einer Partei auszugleichen? Sollte eine Versicherungsklausel erwogen werden?
- Kann der Vertrag bei Tod oder Veränderung der persönlichen Verhältnisse einer Seite interessengerecht fortgeführt werden? Soll ein Rücktritt oder eine Kündigung vorgesehen werden? Ist eine Einziehung von Gesellschaftsanteilen mit einer Abfindung vorzusehen?

Es sollte jeweils zunächst überlegt werden, was das Gesetz für eine Lösung vorsieht und ob diese modifiziert oder ergänzt werden sollte.

III. Klausurtypen und Vorgaben

Klausurtypen und Vorgaben können vielfältig sein. Es kommt daher auf den jeweiligen Einzelfall an, wie vorzugehen ist.

1. Klausurtypen

Die rechtsgestaltenden Klausuren sind wie auch die übrigen Anwaltsklausuren der Praxis nachempfunden und bestehen daher aus einem Aktenauszug. Es können in einer Klausur unterschiedliche Phasen anwaltlicher Einschaltung simuliert werden. So kann ein Einstieg der Vorbereitungsphase gewählt werden. Dann sind Gestaltungsalternativen zu erörtern, eine Beratung vorzunehmen und entsprechend einzelne Gestaltungen oder Klauseln vorzuschlagen. Die Überprüfung eines vorgelegten Vertrages erfordert genauso eine rechtliche Bewertung und Analyse der Sachziele des Mandanten, um Ergänzungen oder Modifikationen vorschlagen zu können. Schließlich könnte der Mandant auch einen Entwurf eines konkreten Vertrages verlangen, der zunächst rechtlich zu skizzieren und dann auszuarbeiten ist.

Dabei sind unterschiedliche Ausgestaltungen möglich:

- es liegt eine Akte vor, bei der Aspekte streitig sind und nunmehr nach Bewertung der Rechtslage in einem Vermerk ein entsprechender Vergleichsvorschlag unterbreitet werden soll. Als Ausgang einer streitigen Akte kann natürlich auch die Empfehlung einer Kündigung sowie die Ausarbeitung derselben stehen. Denkbar ist z.B. auch die Geltendmachung von Minderungs- und Schadensersatzansprüchen, die Geltendmachung oder Abwehr von Unterlassungsansprüchen, aber auch die Aufrechnung als Abwehr von Ansprüchen.

- möchte der Mandant unter der Angabe konkreterer Sachziele jedoch die Fertigung von Vertragstexten oder Erklärungen, um von ihm mitgeteilten Konstellationen kompetent begegnen zu können, wird ebenfalls eine Bewertung der Rechtslage zu erfolgen haben. Dann wird es auch darum gehen, Vor- und Nachteile verschiedener Alternativen darzustellen und am Ende einen Text auszufertigen, der die empfohlenen Umstände berücksichtigt. Es kann sich dabei um Vertragsentwürfe, aber auch Sicherungsklauseln, rechtliche Anweisungen aber auch Vollmachten oder klassische Vertragsbedingungen handeln. Ebenfalls kann das Fertigen von Satzungen, Gesellschaftsverträgen oder Testamenten Inhalt einer solchen Klausur sein.

- nicht immer wird es um das Entwerfen umfangreicher Vertragswerke gehen, sondern auch um die Bewertung vorgelegter Verträge. Auch hier wird eine Bewertung der Rechtslage und entsprechende Modifikationen und Gegenentwürfe von Klauseln oder auch Erklärungen notwendig sein.

- Teil der anwaltlichen Praxis kann auch die Beratung zur Rechtsformwahl für eine geschäftliche Tätigkeit oder die Vermögensverwaltung einer Familie sein. Auch die Aufnahme neuer Gesellschafter kann verlangt werden. Es kann dann Teil des Mandantenbegehrens sein, Beratung zu den zur Verfügung stehenden Alternativen zu bekommen. Daneben kann dann der Entwurf einer bestimmten Klausel treten. Z.B. könnten dies vom Gesetz abweichende Vertretungsverhältnisse bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein.

Wichtig dürfte sein, dass vorbehaltlich eines ausdrücklich abweichenden Bearbeitungs-vermerks stets im Rahmen eines materiellen Vermerks die Rechtslage, ob der Sachverhalt streitig ist oder nicht, in einer an Vorschriften orientierten Darstellung ähnlich dem sonst geschuldeten „materiellen Gutachten“ bewertet wird. Für den Korrektor wird es darauf ankommen, welche Überlegungen dem dann gefertigten Schreiben, Vertragsentwürfen oder einseitigen Erklärungen zugrundeliegen. Stets wird wie bei der Betrachtung prozessualer Erfolgsaussichten eine Risikobewertung zu erfolgen haben.

2. Vorgaben und Inhalte

Neben dem allgemeinen Bearbeitungsvermerk sind unterschiedliche Vorgaben aus dem Aktenauszug möglich. Folgende Anliegen werden jedenfalls in der Praxis häufig an die Anwaltschaft herangetragen und können deshalb auch die Richtung in Klausuren vorgeben:

- Klare Vorgaben: „Entwerfen Sie ...“
- Unklare Vorgaben: „Ich möchte ..., was soll ich tun?“, „Wie komme ich da raus?“

- Der Gegner schreibt. Der Mandant fragt: "Wie soll ich reagieren?"
- Entwurf des Gegners: „Finden sie Fallstricke und entwerfen sie mal was.“
- Beratung zu fiktiven oder zukünftigen Gestaltungen: „Was ist, wenn ich nicht mehr bin?“, „Wie könnte ich mein Unternehmen umgestalten, damit ich oder wir nicht mehr oder nur beschränkt haften, weniger Steuern bezahlen müssen, unsere Anteile besser vererben oder übertragen können.“

Was sollte in der Klausur berücksichtigt werden?

- Mandantenbegehren (wenn angezeigt, dann kurz)
- Vermerk an Zielvorgaben, Anspruchsgrundlagen, Risiken oder an Rechtsgebieten orientiert
- Vorhandenes Kommentieren, Änderungsvorschläge begründen
- bei Fehlen von Aspekten, Sinnvolles vorschlagen
- Probleme antizipieren

IV. Prinzipien der Vertragsgestaltung

Der Aufbau von Verträgen folgt vertrauten Prinzipien, die sich auch beim Aufbau von Gesetzen wiederfinden. Selbstverständlich handelt es sich bei der Gesetzgebung um ein spezielles Metier. Dennoch ist eine grobe Orientierung daran hilfreich.

Folgende Aufbauprinzipien und Elemente sollten daher genutzt bzw. berücksichtigt werden:

- Regelungen vom Allgemeinen zum Besonderen
- Klammerprinzip (bei umfangreichen Verträgen kann durchaus ein Vorschalten von Aspekten sinnvoll sein) auf jeden Fall gilt: ... nur nach oben, nie aber nach unten verweisen ...
- Bewährt für den Aufbau: Präambel, Vertragsgegenstand, Leistung und Gegenleistung, Nebenpflichten, Gewährleistung bzw. Mängelrechte, Haftung, Kündigung, Sonstiges, salvatorische Klausel und Schlussbestimmungen
- Berücksichtigung des Abstraktionsprinzips

- Klarstellung von zweiseitigen Rechtsgeschäften ("A tritt die Forderung an B ab. B nimmt die Abtretung an.")

Welche Hintergründe die grundlegend andere strukturelle Herangehensweise bei der Vertragsgestaltung in Deutschland im Vergleich zur USA hat, erläutert Döser in NJW 2000, 1451 in sehr ansprechender Weise.

Eine besondere Aufmerksamkeit ist dem Rubrum zu widmen. Dabei sollte schon im Vermerk zuvor klargestellt werden, wer Vertragspartei oder Adressat von einseitigen Rechtsgeschäften sein soll. Ganz besonderes sorgfältig sind auch die Vertretungsverhältnisse zu behandeln.

Das BGB selbst enthält Prinzipien und Ge- und Verbote, die bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen sind:

- BGB gilt „unterhalb“ des Textes, so dass nicht „alles“ geregelt werden muss.
- Verträge sind auszulegen (§ 133 und 157 BGB). Entsprechend sollten wichtige Aspekte so genau geregelt sein, dass eben auch keine Auslegung mehr notwendig ist. In die Präambel können Aspekte aufgenommen werden, die eine notwendige Auslegung vereinfachen.
- Es ist nach disponiblen und nicht disponiblen Recht zu differenzieren. Stets sollte daher im Vermerk erläutert werden, was tatsächlich frei bestimmt werden kann. Z.B. sind Haftungsbeschränkungen möglich. Auch kann der Haftungsmaßstab geändert werden, wobei in allgemeinen Geschäftsbedingungen andere Grenzen gelten als in Individualverträgen. Es gibt aber absolute Grenzen. So kann die Haftung für vorsätzliche Pflichtverletzungen nicht abbedungen werden (vgl. § 276 Abs. 3 BGB).
- Gesetzliche Verbote und die Gefahr eines Dissens beachten.
- AGB-Vorgaben

IV. Praktisches Training

Wie erfolgt das Erarbeiten von Verträgen in der Praxis? Bei der Vertragsgestaltung werden häufig kommentierte Formulare herangezogen. Um seine Fähigkeiten als Vertrags(-)gestalter zu entwickeln, sollten die Kommentare und Hinweise gesichtet werden. Viele häufig verwendeten Klauseln sind Reaktionen auf Rechtsprechung oder typische Probleme, die in der Natur der Sache liegen. Es ist aber von einer

ungeprüften Übernahme von Vorlagen dringend abzuraten. Die Vorlagen und Formulare sollten stets kritisch geprüft werden. Das Reproduzieren von Standardklauseln ist auch nicht Prüfungskriterium, stets wird die Reflektion der Rechtslage einen Schwerpunkt bilden. Daher sollte zwar eine Beschäftigung mit typischen Konstellationen erfolgen, ein Auswendiglernen von Klauseln ist hingegen nicht anzuraten. Stets sind die Umsetzungen der gefundenen Ergebnisse in verschiedener Form also entsprechender sprachlicher Form möglich. Es gibt nie nur diese eine mögliche Formulierung. Auch die Analyse fremder Vertragsentwürfe z.B. während der Station sollte bei kritischem Umgang mittelfristig zu einer souveräneren Vertragsgestaltung führen. Folgende Hilfsmittel dürften daher in der Praxis zu einer kompetenten Vertragsgestaltung führen:

- Einsatz von Formularbüchern
- Rückgriff auf eigene oder fremde Verträge
- Eigene systematisierte Vorlagen
- Verwendung und Modifikation etablierter Vertragswerke wie VOB/B oder EVB-IT
- IT-Expertensysteme (derzeit wohl noch Science-Fiction)
- Freies Ausformulieren

V. Sprachliche Anforderungen

Wer Verträge gestaltet, wird stets auf die eigenen sprachlichen Fähigkeiten angewiesen sein. Der Umgang mit Fachsprache verleitet dazu, eigene Defizite nicht mehr zu erkennen. Es lohnt daher eine kritische Betrachtung von Sprache im juristischen Bereich. Von Seiten der Verwaltung sind entsprechende Vorstöße gemacht worden. So soll die Verständlichkeit der dem Bürger gegenüber verwendeten Sprache erhöht werden. Dies gilt auch für den anwaltlichen Bereich und auch für Verträge, die „gelebt“ werden müssen.

Zur „Bürgernahe Verwaltungssprache“ findet sich hier im Internet etwas:

<http://www.buerokratieabbau.brandenburg.de/sixcms/detail.php/%20469815>

Einige Beispiele sollen verdeutlichen, wie mehr Verständlichkeit befördert werden kann:

Substantive verdrängen Verben

- **statt** „Mitteilung machen“ **besser** „mitteilen“
- **statt** „zur Auszahlung bringen“ **besser** „auszahlen“

- **statt** „einer Prüfung unterziehen“ **besser** „prüfen“
- **statt** „Folge leisten“ **besser** „befolgen“
- **statt** „in Erinnerung bringen“ **besser** „erinnern“

Umgang mit Adverbien

- **statt** „die probeweise Einführung“ **besser** „probeweise einführen“
- **statt** „leihweise überlassen“ **besser** „verleihen“

Wie schon zuvor angedeutet ist Vertragsgestaltung auch Rechtsetzung. Welche Anforderungen sprachlich bei der Gesetzgebung eingehalten werden sollten, hat das Bundesministerium der Justiz im **Rechtsförmlichkeitshandbuch** (hdr.bmj.de/page_b.1.index.html) festgelegt.

Folgende sprachlichen Vorgaben finden sich dort, die auch bei der Vertragsgestaltung nützlich sind:

Klassische Regeln der sprachlichen Ausgestaltung

- Überprüfen Sie Wortwahl und Satzbau!
- Verwenden Sie kurze Sätze!
- Ein Gedanke – ein Satz! Kernaussagen an den Anfang!
- Möglichst nur ein Hauptsatz und nicht mehr als ein Nebensatz!
- Hauptgedanken in den Hauptsatz!
- Bevorzugen Sie Verben! Vermeiden Sie Substantive!
- Vermeiden Sie Attributketten, vor allem umfangreiche Partizipialkonstruktionen! Verwenden Sie stattdessen Relativsätze!
- Vermeiden Sie das Passiv, verwenden Sie das Aktiv!

Keine „Wortungetüme“ (Rn beziehen sich auf das Rechtsförmlichkeitshandbuch)

Rn 77 statt „Einkommenserzielungsabsicht“ besser „Absicht, Einkommen zu erzielen“.

Aufzählung

Rn 93 Die Verknüpfungen „und/oder“ und „bzw.“ sind zu unbestimmt und deshalb nicht zu verwenden. Kommt es nicht darauf an, ob tatbestandliche Voraussetzungen gemeinsam oder einzeln vorliegen oder Rechtsfolgen nur einzeln oder auch gemeinsam eintreten sollen, sollte das auch nachvollziehbar ausgedrückt werden.

Beispiel: § 3 Absatz 1 der Anlage 2 zu § 21 Luftverkehrs-Ordnung:

*Die folgenden, entweder **gemeinsam oder einzeln** gegebenen Signale bedeuten, dass ein Luftfahrzeug sich in einer schwierigen Lage befindet, die es zur Landung zwingt, jedoch keine sofortige Hilfeleistung erfordert: 1. wiederholtes Ein- und Ausschalten der Landescheinwerfer; 2. wiederholtes Ein- und Ausschalten der Positionslichter ...*

Einsatz von „und“, „sowie“ und Aufzählungen

Die einzelnen Glieder einer Aufzählung können auch durch Kommas voneinander getrennt werden. In diesem Fall steht vor dem letzten Aufzählungsglied „und“ oder „sowie“, um den kumulativen Charakter der Aufzählung eindeutig zu machen. Kommt das Wort „und“ schon innerhalb mehrteiliger Aufzählungsglieder vor, wird das letzte Glied der Aufzählung mit „sowie“ angeschlossen. Ausnahme: bei Nummerierung ist kein "und" erforderlich. Besonders wichtig hierbei ist es, Sätze oder Satzteile abzuschließen, bevor die Aufzählung beginnt.

Schachtelsätze vermeiden !

Rn 97 Ein Satz sollte nach Möglichkeit nur eine Aussage enthalten. Schachtelsätze, die aus einem Hauptsatz und mehreren Nebensätzen bestehen, sollten in mehrere Hauptsätze oder kürzere Satzgefüge aufgelöst werden.

Statt: Das Übergangsgeld wird für die Zeit, die der Beamte das Amt, aus dem er entlassen worden ist, innehatte, mindestens für die Dauer von sechs Monaten, längstens für die Dauer von drei Jahren, gewährt.

Besser: Das Übergangsgeld wird nach der Entlassung für die Zeit gewährt, die der Beamte oder die Beamtin das letzte Amt innehatte. Sie beträgt mindestens sechs Monate, längstens drei Jahre.

Keine Substantivketten

Rn 98 Sätze dürfen nicht mit zu vielen Satzgliedern überfrachtet werden. Häufig werden solche Sätze über Genitiv- oder Substantivketten ausgebaut. Diese sollten umformuliert werden.

Beispiele: Statt: ..., dass die Möglichkeit des Eintritts des Versicherungsfalls schon ausgeschlossen ist.

Besser: ..., dass der Versicherungsfall nicht mehr eintreten kann.

Statt: Die Pflegedienste haben mit Einverständnis der pflegebedürftigen Person der zuständigen Pflegekasse die bei dem Pflegeeinsatz gewonnenen Erkenntnisse zur Qualität der Pflegesituation und zur Notwendigkeit einer Verbesserung mitzuteilen.

Besser: Die Pflegedienste haben die zuständige Pflegekasse nach dem Pflegeeinsatz über die Qualität der häuslichen Pflege und über notwendige Verbesserungen zu unterrichten. Die Pflegebedürftigen müssen hiermit einverstanden sein.

Wann Aktiv, wann Passiv ?

Rn 104 Je nachdem, ob das Prädikat im Aktiv oder im Passiv steht, werden die Handelnden oder der „Handlungsgegenstand“ hervorgehoben. Es sollte daher aktivisch formuliert werden, wenn es aus Gründen der Rechtssicherheit notwendig ist, klarzustellen, wer gehandelt hat oder wer handeln soll. Ebenfalls sollte aktivisch formuliert werden, wenn sonst der Hinweis auf den Handelnden mit „von“, „durch“ oder „seitens“ angeschlossen würde und komplizierte oder mehrdeutige Satzkonstruktionen entstünden.

Geschlechtsneutralität

Rn 115 -116 Keine "Sparschreibung" (= BinnenI) sondern geschlechtsneutrale Personenbezeichnungen, die nichts über das natürliche Geschlecht der bezeichneten Person oder Personen aussagen, verwirklichen die Forderung nach sprachlicher Gleichbehandlung von Männern und Frauen am besten. Sie sollten bevorzugt verwendet werden, um generische Maskulina zu ersetzen. Hier bieten sich folgende Bezeichnungen an: Zusammensetzungen und Formulierungen mit geschlechtsneutralen Wörtern wie „**Person**“, „**Mitglied**“, „**Hilfe**“, „**Kraft**“, „**Seite**“, „**Teil**“, „**Leute**“ („eine andere Person“ statt „ein anderer“, „Vertrauensperson“ statt „Vertrauensmann“, „Ratsmitglied“ statt „Ratsherr“, „Haushaltshilfe“ statt „Putzfrau“, „Teilzeitkraft“ statt „Mitarbeiter in Teilzeit“), geschlechtsneutrale Substantive, von denen keine weibliche Form abgeleitet werden kann, wie „Mensch“, „Opfer“,

„Vormund“ und Zusammensetzungen auf „-ling“ („Prüfling“, „Flüchtling“), geschlechtsneutrale Formen von Pronomen („alle“, „diejenigen“, „niemand“), Gruppen-, Sach- und Vorgangsbezeichnungen, etwa Zusammensetzungen auf „schaft“, „-personal“ oder Ausdrücke wie „Dekanat“, „Geschäftsleitung“, „Präsidium“, „Vorsitz“, „Vertretung“, Pluralformen von substantivierten Adjektiven („Angehörige“, „Sachverständige“, „Deutsche“, „Minderjährige“) und Partizipien („Heranwachsende“, „Angestellte“, „Beschäftigte“, „Versicherte“), wenn eine Personengruppe benannt werden soll.

Einsatz von Zahlen

Rn 125 -126 Bei der Schreibweise von Zahlen ist Folgendes zu beachten:

Eine Ziffer ist ein Zeichen für eine Zahl. Es gibt zehn arabische Ziffern (0 bis 9) und sieben römische Ziffern (I, V, X, L, C, D, M). Die Zahl 15 besteht also aus den arabischen Ziffern 1 und 5, die Zahl IX aus den römischen Ziffern I und X. Zahlen bis einschließlich zwölf werden, wenn sie als Grund- und Ordnungszahlen verwendet werden, grundsätzlich in Wörtern, die Zahlen ab 13 aufwärts grundsätzlich in Ziffern ausgedrückt.

Auch: Der Preis beträgt € 4.500,00 (in Worten Euro viertausendfünfhundert).

Umgang mit Fristen

Rn 149 - 150 Eine Frist ist ein abgegrenzter, also bestimmter oder bestimmbarer Zeitraum. Fristen werden grundsätzlich nach ganzen Tagen berechnet. Fristbeginn ist der Anfang eines Kalendertages um Mitternacht (0 Uhr), Fristende der Schluss eines Kalendertages um Mitternacht (24 Uhr). Bei Fristen, die nach Wochen, Monaten oder Jahren berechnet werden, ist oft unsicher, wie das Ablaufdatum zu ermitteln ist. Daher sollte stets klargestellt werden, was gemeint ist. Klar sind Bezugnahmen auf Kalenderwochen, -monate, -jahre. So hat zwar z. B. eine Woche stets sieben Tage; ist aber die Kalenderwoche als Frist bestimmt, beginnt die Frist erst mit dem nächsten Montag, 0 Uhr, und endet am darauf folgenden Sonntag, 24 Uhr. Eindeutig ist, wenn zum Fristbeginn und -ende ein bestimmtes Datum nach den vorstehenden Empfehlungen angegeben wird.

▪ Beispiele: Vom 1. Januar 1995 **bis zum Ablauf des** 10. Juni 1995 bestimmt sich die Miete nach der Ersten und der Zweiten Grundmietenverordnung ... Vom 11. Juni 1995 an bis zum 31. August 2001 kann der Vermieter eine Erhöhung dieser Miete ... verlangen.

Abweichende Beweislast kenntlich machen !

Rn 86 Beweislast: Schon die sprachliche Gestaltung soll erkennen lassen, wer die Darlegungs- und Beweislast zu tragen hat. Ein Konditionalsatz, der mit „wenn nicht“, „soweit nicht“, „sofern nicht“ und „solange nicht“ beginnt, enthält eine Ausnahmeregelung.

- Beispiele: "es sei denn, dass ..." in § 932 Abs. 1 BGB, „dies gilt nicht“ in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB

Unterschied von „Wenn“ und „Soweit“ !

Rn 89 Die Konjunktionen „wenn“, „falls“, „soweit“ und „sofern“ leiten Bedingungssätze ein, jedoch mit folgendem Unterschied: „Wenn“ und „falls“ drücken eine uneingeschränkte oder absolute Bedingung aus; sie schließen die Rechtsfolge ganz aus oder lassen sie ganz zu. Werden dagegen die einschränkenden Konjunktionen „soweit“, „sofern“ und „solange“ gebraucht, eröffnet die Bedingung einen Spielraum. Die Rechtsfolge gilt nur in dem durch die Regelung festgelegten Umfang. „Soweit“ und „sofern“ sollten immer durch „in dem Maß, wie“ ersetzbar sein.

Werden dagegen die einschränkenden Konjunktionen „soweit“, „sofern“ und „solange“ gebraucht, eröffnet die Bedingung einen Spielraum. Die Rechtsfolge gilt nur in dem durch die Regelung festgelegten Umfang. „Soweit“ und „sofern“ sollten immer durch „in dem Maß, wie“ ersetzbar sein.

VI. Strategische Aspekte am Beispiel des Gewährleistungsausschlusses

Interessen der Parteien können in einem Vertrag auf unterschiedliche Weise verfolgt werden. Nicht immer ist eine strikte Regelung wie ein Haftungsausschluss der einzige Weg, Haftungsrisiken zu minimieren. Einen alternativen Weg der Haftungsminimierung zu gehen, kann auch den Vorteil haben, die andere Seite nicht zu verunsichern und dennoch sein Ziel zu erreichen. Auch sind strikte Regelungen nicht immer belastbar. Folgende Konstellation soll eine Vorgehensweise zeigen, die das Interesse an einem kontrollierbaren Risiko für den Verkäufer oder auch Werkunternehmer berücksichtigt.

Langenfeld erläutert in "Grundlagen der Vertragsgestaltung" 2. Auflage, 4. Kapitel ab Rn 34 die Möglichkeit eines indirekten Haftungsausschlusses. Der Ansatz basiert auf dem subjektiv-objektiven Fehlerbegriffs des § 434 BGB. Danach ist eine Beschaffenheitsvereinbarung vorrangiger Maßstab für die Feststellung eines Mangels. Die Soll-beschaffenheit ist damit nicht zunächst objektiv zu bestimmen. Vielmehr sperrt eine von den Parteien eben subjektiv getroffene Beschaffenheitsvereinbarung objektive Kriterien, wie der Wortlaut des § 434 BGB zeigt. Schreiben die Parteien in den Vertrag Eigenschaften in den Vertrag, den die Kaufsache haben soll, wird der Spielraum für objektive Kriterien immer kleiner.

Ersatzweise kann auch der Zweck, dem der Erwerb dienen soll aufgenommen werden. Werden Mängel also fehlende Eigenschaften oder Dysfunktionalitäten zudem ausdrücklich im Vertrag aufgezählt, können diese Umstände wegen § 442 Abs. 1 S. 1 BGB aufgrund vorbestellender Kenntnis nicht mehr geltend gemacht werden. Umgekehrt kann ein umfassender Haftungsausschluss fehlende Eigenschaften, die aber Teil einer Beschaffenheitsvereinbarung sind, nicht erfassen (vgl. BGH [lexetius.com/2006,3834](https://www.lexetius.com/2006,3834)). Der strategische Vorteil einer an diesen Aspekten orientierten Gestaltung liegt darin, dass die Angriffsfläche gering gehalten wird. Ein totaler Haftungsausschluss, der oft nicht akzeptiert wird, kann so nicht erreicht, aber jedenfalls Unsicherheiten können eliminiert werden.

Das Beschreiben des Vertragsgegenstandes mit seinen Stärken und Schwächen muss aber nicht als strategisches Moment nur einer Seite angesehen werden. Vielmehr vermag die beschriebene Vorgehensweise auch Konflikte durch Transparenz bereinigen.

VII. AGB-Regelungen in der Vertragsgestaltung

Häufig sind bei der Beratung im Zusammenhang mit Verträgen die Vorschriften der §§ 305 ff BGB von Bedeutung. Wünscht der Mandant Klauseln, die er regelmäßig nutzen möchte, sind die Privatautonomie und damit die Freiräume bei der Gestaltung stark eingeschränkt. Dies verstärkt sich besonders, wenn auf der einen Seite ein Unternehmer auf der anderen aber ein Verbraucher beteiligt ist. Ist der Berater auf der Seite der Partei, der Vertragsbedingungen gestellt werde, ist die Beratung ebenfalls essentiell. Im zweiten Staatsexamen handelt es sich für die Aufgabenstellung einer Kautelarklausur um einen dankbaren Bereich, weil von entsprechenden Vorkenntnissen ausgegangen werden kann. Die Materie ist zudem einer großen Dynamik unterworfen. Die praktische Relevanz ist gewaltig. Aus diesem Grund sollten zumindest die "großen" Themenbereiche beherrscht werden. Hier kann allerdings nur im Ansatz auf Aspekte eingegangen werden.

1. Wann liegen AGB vor?

Zentrales Moment ist die Vorformulierung zur Mehrfachverwendung. Maßgebend auch die Art, wie die Klauseln formuliert worden sind. Es sind dabei nach der Rechtsprechung auch Grundsätze des Anscheinsbeweises heranzuziehen:

BGH NJW 2004, 502 (503) = [lexetius.com/2003,3137](https://www.lexetius.com/2003,3137):

aa) Aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Bauvertrag verwendeten Bedingungen kann sich ein von dem Verwender *zu widerlegender Anschein* dafür ergeben, dass sie zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden sind (BGHZ 118, 229 [238] = NJW 1992, 2160). Das kann zum Beispiel der Fall sein,

wenn der Vertrag zahlreiche formelhafte Klauseln enthält und nicht auf die individuelle Vertragssituation abgestimmt ist. Das hat der Senat für den Bauträgervertrag ausgeführt. Es gilt gleichermaßen für den Bauvertrag.

- bb) Die Vertragsklauseln sind allem Anschein nach für eine Mehrfachverwendung vorformuliert. Sie bestehen aus einer Vielzahl von *formelhaften Wendungen zur Regelung der typischen konfliktgefährdeten Sachverhalte*. Sie enthalten fast ausschließlich den Auftragnehmer belastende Regelungen. ... (vgl. BGHZ 144, 242 = NJW 2000, 2988 = NZBau 2000, 375 = BauR 2000, 1182 [1185] = ZfBR 2000, 472).“

2. Voraussetzungen für eine Individualvereinbarung

Häufig ist der Fall, dass eine Seite zunächst einen auch zur Mehrfachverwendung vorformulierten Entwurf vorgelegt hat. Wenn die Parteien sich dann aber über Änderungen ausgetauscht haben, stellt sich die Frage, ob nunmehr eine Individualvereinbarung vorliegt. Dabei geht es um die Abgrenzung zwischen schlichten Verhandeln und eben einem Aushandeln.

BGH NJW 2013, 856 - "bring-or-pay-Klausel" = lexetius.com/2012,5761

"Nach der Rechtsprechung des BGH erfordert Aushandeln gem. § 305 I 3 BGB mehr als Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen AGB enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt, also die den wesentlichen Inhalt der gesetzlichen Regelung ändernden oder ergänzenden Bestimmungen, inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (BGHZ 153, 311 [321] = NJW 2003, 1805; BGH, NJW 1998, 3488 = BauR 1998, 1094 [1095] = ZfBR 1998, 308; NJW 1997, 135 = BauR 1997, 123 [124] = ZfBR 1997, 33). Er muss sich also deutlich und ernsthaft zur gewünschten Änderung einzelner Klauseln bereit erklären. In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann eine Vertragsklausel auch dann als Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt (BGHZ 153, 311 [321] = NJW 2003, 1805; BGHZ 143, 103 [104, 112] = NJW 2000, 1110)."

3. Unwirksamkeit von Teilregelungen sog. Blue Pencil Test

Der "Blue Pencil Test" umschreibt den Umgang der Rechtsprechung mit Regelungen, die in Teilen aufgrund des Verstoßes gegen AGB-Regelungen

unwirksam sind. Es stellt sich dann die Frage, wie mit den verbleibenden Regelungen umzugehen ist. Jedenfalls kann aus dem Komplex als Handlungsempfehlung abgeleitet werden, Regelungen in abgetrennten Sätzen zu fassen und nicht in Schachtelsätzen miteinander zu verknüpfen. Auch sollte schlicht darauf geachtet werden, dass schlüssige Regelungen übrig bleiben, wenn dann einzelne Sätze wegfallen.

Die Rechtsprechung zum "Blue Pencil Test" ist allerdings recht komplex und lässt sich nicht so einfach auf nur eine einzelne Handlungsempfehlung herunterbrachten.

Die Grundsätze formuliert die Rechtsprechung wie folgt:

BGH NJW 1989, 2315 (2316):

„Der Senat schließt sich vielmehr der vom VIII. Zivilsenat des BGH vertretenen Auffassung an, nach der inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen in AGB auch dann Gegenstand einer gesonderter Wirksamkeitsprüfung sein können, wenn sie in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang mit anderen, unwirksamen Regelungen stehen (vgl. BGH, NJW 1982, 178 (181); 2311 (2312 f.); 1984, 2687 (2688); 1985, 320 (325); NJW 1988, 198 = LM § 278 BGB Nr. 102 = WM 1987, 1338 (1340)). Dieselbe Auffassung vertritt der III. Zivilsenat des BGH (NJW 1984, 2816 (2817); 1988, 2106 (2107)). Nur wenn der als unwirksam anzusehende Rest im Gesamtgefüge des Vertrages nicht mehr sinnvoll, insbesondere wenn der als unwirksam beanstandete Klauselteil von so einschneidender Bedeutung ist, dass von einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung gesprochen werden muss, ergreift die Unwirksamkeit der Teilklausel die Gesamtklausel (BGH, NJW 1984, 2816 (2817)).“

Um die Komplexität zu zeigen, hier eine Wertung, nach der auch die Regelung in unterschiedlichen Klauseln(,) nicht immer zu einem Bestehen des "Blue Pencil Tests" führt.

BGH Urteil v. 13.1.2010 – VIII ZR 48/09, NZM 2010, 157 = lexetius.com/2010,84

„Im Rahmen einer Klauselkontrolle kann eine Formulklausel, die mehrere sachliche, nur formal verbundene Regelungen enthält und sich aus ihrem Wortlaut heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich und gegenständlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen lässt, mit ihrem zulässigen Teil aufrechterhalten werden. Diese Teilbarkeit ist aber nicht gegeben, wenn die Schönheitsreparaturen inhaltlich konkretisiert werden. Konkretisierungen der Schönheitsreparaturverpflichtung hinsichtlich ihres gegenständlichen und zeitlichen Umfangs sowie ihrer Ausführungsart sind inhaltlich derart eng mit der Verpflichtung selbst verknüpft, dass diese bei einer Beschränkung der Unwirksamkeit auf die

unzulässige Ausführungsmodalität inhaltlich umgestaltet und mit einem anderen Inhalt aufrechterhalten würde. Bei einer dem Mieter auferlegten Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen handelt es sich um eine einheitliche Rechtspflicht, die sich nicht in Einzelmaßnahmen oder Einzelaspekte aufspalten lässt; deren Ausgestaltung durch den Mietvertrag ist vielmehr insgesamt zu bewerten. Stellt sich diese Verpflichtung aufgrund unzulässiger Ausgestaltung - sei es hinsichtlich der zeitlichen Modalitäten, der Ausführungsart oder des gegenständlichen Umfangs - in ihrer Gesamtheit als übermäßig dar, hat dies die Unwirksamkeit der Vorkaufklausel insgesamt zur Folge, und zwar unabhängig davon, ob die Verpflichtung als solche und ihre unzulässige inhaltliche Ausgestaltung in einer oder in zwei sprachlich voneinander unabhängigen Klauseln enthalten sind (BGH v. 18.6.2008 - VIII ZR 224/07, NZM 2008, 605, Tz. 20; BGH v. 23.9.2009 - VIII ZR 344/08, NZM 2009, 903, Tz. 10).“

4. Umgang mit dem Verbot geltungserhaltender Reduktion

Das Verbot der geltungserhaltenen Reduktion darf nicht als argumentative Keule benutzt werden. Gerade wenn dem Gegner in der Praxis zweifelhaft Klauseln vorgelegt werden, können diese nicht ohne nähere Betrachtung als unwirksam angesehen werden, wenn eine Auslegung möglich erscheint. Ob das Verbot der geltungserhaltenen Reduktion greift ist im Rahmen einer gestuften Prüfung festzustellen:

Grundsatz: Eine Auslegung einer an sich unwirksamen Klausel ist mit dem Ziel untersagt, sie inhaltlich so zurückzuschneiden, dass sie (gerade noch) als wirksam behandeln werden kann.

Erste Stufe: Ist eine Klausel unwirksam, dann ist zunächst nach dem insoweit eingreifenden dispositiven Recht zu fragen, um die entstandene Lücke zu füllen.

Zweite Stufe: Steht Gesetzesrecht nicht zur Verfügung, ist auf eine ergänzende Vertragsauslegung nach den §§ 133, 157 BGB zurückzugreifen. Erst auf dieser Ebene schlägt das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion durch.

Die Rechtsprechung formuliert dies wie folgt:

BGH NJW 2012, 2501 (2503) = lexetius.com/2012,1283:

„Ist eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, *sind vorrangig die gesetzlichen Vorschriften als eine konkrete Ersatzregelung in Betracht zu ziehen* (vgl. § 306 II BGB). *Nur wenn solche nicht zur Verfügung stehen*, stellt sich die Frage, ob der *ersatzlose Wegfall einer unwirksamen Klausel eine sachgerechte Lösung darstellt*. Scheiden beide

Möglichkeiten aus, ist zu prüfen, ob durch eine *ergänzende Vertragsauslegung eine interessengerechte Lösung gefunden werden kann* (vgl. BGH, NJW 2012, 222 = VersR 2011, 1524 Rdnr. 17 und NJW 2005, 3559 [3564]; BGHZ 164, 297 = BeckRS 2005, 12707).

...

Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktionen wird erst relevant, wenn die durch die Unwirksamkeit einer Klausel entstandene Vertragslücke nicht – wie im vorliegenden Fall – gem. § 306 II BGB durch den Rückgriff auf gesetzliche Regelungen geschlossen werden kann, sondern es einer (ergänzenden) Vertragsauslegung bedarf (vgl. BGH, NJW 2012, 222 = VersR 2011, 1524 Rdnr. 20; BGHZ 96, 18 [26] = NJW 1986, 1610).“

Der BGH nimmt das Verbot der geltungserhaltenen Reduktion bei zu hohen Vertragsstrafen an:

BGH NJW 2016, 1230 (1233) = lexetius.com/2016,138:

"Bei dieser Beurteilung ist zwar nicht nur auf eine erleichterte Schadloshaltung des Gläubigers abzustellen. Vielmehr muss die Vertragsstrafe den Schuldner auch als Druckmittel anhalten, seine Leistung ordnungsgemäß zu erbringen (stRspr; BGHZ 63, 256 [259] = NJW 1975, 163; BGH, NJW 1998, 2600; NJW 2000, 2106 [unter II 2 b <1>]; jew. mwN). In der gegebenen Fallgestaltung muss sie namentlich geeignet sein, den Vertragspartner des Verwenders von einem Verstoß gegen die unter Nr. 6.2 S. 2 des Liefervertrags ausbedungene Unterlassungspflicht abzuhalten (vgl. BGH, NJW 2014, 2180 Rn. 17). Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Vertragsstrafenschuldner in einer Fallgestaltung wie der vorliegenden Art nicht in besonderem Maße schutzwürdig ist. Auch mag die Auffassung der Revisionserwiderung zutreffen, dass Vertragsverstöße nur schwer aufzudecken sind.

[37] Jedoch ist angesichts des erheblich differierenden Umfangs der Arzneimittel-lieferungen ein Pauschalbetrag von 50.000 Euro je Auftrag ohne jegliche Abstufung nach dem Gewicht des Vertragsverstoßes trotz der gebotenen Abschreckungswirkung unverhältnismäßig hoch. Nach den Feststellungen des BerGer. lag der Warenwert zahlreicher Geschäfte ganz erheblich unter diesem Betrag. Dass es sich dabei um außergewöhnliche, bei Vertragsabschluss nicht zu erwartende Ausnahmefälle gehandelt hätte, hat das BerGer. nicht festgestellt; abweichendes Vorbringen zeigt die Revisionserwiderung nicht auf. Auf diese Weise kann die Vertragsstrafenabrede – ihrem eigentlichen Sinn widersprechend – dazu missbraucht werden, dem Klauselverwender einen nicht gerechtfertigten Gewinn zu verschaffen (vgl. BT-Drs. 7/3919, 30; Senat, NJW 1997, 3233 [unter II 2] mwN).

[38] Danach ist die streitgegenständliche Klausel nach § 307 I BGB insgesamt unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion findet nicht statt (zu unangemessenen formularvertraglichen Vertragsstrafenregelungen s. BGHZ 153,

311 [324] = NJW 2003, 1805; BGH, NJW-RR 2003, 1056 [unter II 3 g] = NJW 2003, 3049 Ls.; NJW-RR 1998, 1508 [unter I 2 c]; jew. mwN).

Auch das hilft nicht: „ ... soweit gesetzlich zulässig“

BGH NJW-RR 2003, 51:

"Die Formulierung "*soweit gesetzlich zulässig*" lässt nicht erkennen, welche Ansprüche ausgeschlossen sein sollen und welche nicht. Könnte der Klauselverwender mit einer derartigen Einschränkung alle unzulässigen Klauseln vor Unwirksamkeit bewahren, so wäre das Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG ohne Sinn. Das gilt unter Kaufleuten ebenso wie im nichtkaufmännischen Verkehr. Solche Klauseln sind deshalb vom Bundesgerichtshof wiederholt für unwirksam erklärt worden (BGHZ 93, 29, 48; BGH, Urt. v. 12. 10. 1995 - I ZR 172/93, NJW 1996, 1407, 1408)."

5. Einseitige Rechtsgeschäfte können auch einer AGB-Kontrolle unterfallen

An sich werden von den §§ 305 ff BGB nur "Vertragsbedingungen" erfasst. Die Vorschriften werden jedoch von der Rechtsprechung extensiv angewendet, wenn sich z.B. Gefahren für Rechtsgüter anderer ergeben können, wie BGH NJW 2011, 139 (141) = lexetius.com/2010,3539 zeigt:

"Allerdings stellen allgemeine Bestimmungen, die der Verwender bei eigenen einseitigen Rechtsgeschäften – wie hier bei einem Preisausschreiben (Auslobung) – trifft, grundsätzlich keine nach §§ 305 ff BGB kontrollfähigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB dar, weil der Verwender hier regelmäßig nicht fremde, sondern ausschließlich eigene rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht in Anspruch nimmt (s. Palandt/Grüneberg aaO § 305 Rn. 7; MünchKommBGB/Basedow, 5. Aufl., § 305 Rn. 11; Staudinger/Schlosser, BGB [2006], § 305 Rn. 10; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 305 BGB Rn. 18). Dies gilt bei der Veranstaltung eines Reit- und Springturniers etwa für die in der Ausschreibung aufgestellten Regeln für den äußeren Ablauf des Turniers (insbesondere: für das "sportliche Regelwerk", das indes einer Kontrolle nach § 242 BGB und damit mittelbar auch einer Überprüfung nach den Wertungsmaßstäben der §§ 305 ff BGB zugänglich ist; s. dazu BGH, Urteil vom 28. November 1994 – II ZR 11/94, BGHZ 128, 93, 101 ff).

Anders verhält es sich jedoch, soweit es um vorformulierte und vom Veranstalter vorgegebene Ausschlüsse oder sonstige Beschränkungen der Haftung für Verletzungen von Rechtsgütern der Teilnehmer (oder in den Schutzbereich

einbezogener sonstiger Dritter) geht. Die verwendeten allgemeinen Bestimmungen betreffen hierbei nämlich nicht lediglich die Regelung der "eigenen Verhältnisse" des Verwenders (Veranstalters), sondern greifen auf die geschützten Rechtspositionen Dritter über und sind deshalb auch der Kontrolle nach §§ 305 ff BGB unterworfen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 1999 – IV ZR 324/97, NJW 1999, 1633, 1635 für Vollmachtsbeschränkungen)."

Ein Regel-Ausnahmeverhältnis wie es der BGH begründet, gilt es zu erläutern und den Prüfungsmaßstab entsprechen bei einer Gestaltung zu berücksichtigen.

6. Vorsicht ist bei Salvatorischen Klauseln geboten

Am Ende der meisten Verträge werden salvatorische Klauseln aufgenommen. Diese lauten häufig wie folgt oder ähnlich:

"Sollten Bestimmungen dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen und/oder des Vertrages unwirksam sein oder werden, so berührt dies die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht. Vielmehr gilt anstelle jeder unwirksamen Bestimmung eine dem Zweck der Vereinbarung entsprechende oder zumindest nahekommende Ersatzbestimmung, wie sie die Parteien zur Erreichung des gleichen wirtschaftlichen Ergebnisses vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Bestimmung gekannt hätten. Entsprechendes gilt für Unvollständigkeiten."

Häufig sind auch Regelungen, die eine Einschränkung aufnehmen sollen, die mit der Formulierung „soweit gesetzlich zulässig“ umschrieben wird. Darin wird jedoch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot gesehen (vgl. Basedow, MüKo, § 306 Rn 30).

Der Vertragsgestalter sollte solche Klauseln nicht ungeprüft verwenden. Die Rechtsfolgen auch im Falle der Wirksamkeit einer Ersetzungsklausel sind komplex. BGH NJW 2003, 347 = lexetius.com/2002,2447 hält im Falle des Eingreifens einer Ersetzungsklausel eine gestufte Prüfung für erforderlich:

"Die weit verbreiteten, in der Regel standardmäßig verwendeten salvatorischen Erhaltens- und Ersetzungsklauseln besagen danach – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – nicht, daß die von dem Nichtigkeitsgrund nicht unmittelbar erfaßten Teile des Geschäfts unter allen Umständen – begrenzt allein durch den ordre public – als wirksam behandelt werden sollen. Sie enthalten vielmehr nur eine Bestimmung über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der bei § 139 BGB stets vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten oder aber den Rest hätten gelten lassen. Während bei Fehlen einer salvatorischen Erhaltensklausel die Vertragspartei, welche das teilnichtige Geschäft aufrechterhalten will, darlegungs- und beweispflichtig ist, trifft die entsprechende Pflicht, wenn – wie im hier zu entscheidenden Fall – eine solche

Klausel vereinbart ist, denjenigen, der den ganzen Vertrag verwerfen will. Nur bei diesem Verständnis salvatorischer Vertragsklauseln erhält der Gesichtspunkt die ihm zukommende Beachtung, daß es auf die Bedeutung der nichtigen Bestimmung für den ganzen Vertrag ankommt, ob dieser auch ohne dieselbe noch eine sinnvolle und ausgewogene Regelung der beiderseitigen Interessen enthält und deswegen anzunehmen ist, er solle nach dem übereinstimmenden Willen beider Beteiligten auch ohne die nichtige Bestimmung wirksam sein."

Als nach AGB-Regelungen unwirksam werden insbesondere vorformulierte Ersetzungs-verpflichtungen angesehen, nach denen sich die Parteien verpflichten, eine für unwirksam erklärte Klausel durch eine Regelung zu ersetzen, die dem wirtschaftlichen Sinn der ursprünglichen Bestimmung möglichst nahe kommt. Der BGH leitet daraus eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders ab. Die Regelung ziele darauf ab, die für den Fall der Unwirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung im Gesetz vorgesehene Geltung des dispositiven Rechts zu verdrängen (vgl. BGH NJW 2002, 894 = lexetius.com/2001,1918).

Ersatz-AGB werden ebenfalls als unwirksam angesehen. Vertragsbestimmungen, die der Verwender nur für den Fall in den Vertrag einbezieht, dass andere Klauseln für unwirksam erklärt werden, sollen ebenfalls intransparent und damit unwirksam sein. Dies gilt nicht nur für umfangreiche Regelungen mit subsidiärer Geltung, sondern auch für einzelne Ersatzklauseln. Sich mit Regelungskaskaden stets an den Grenzen des rechtlich Möglichen zu bewegen, soll unterbunden werden (vgl. Basedow in MüKo § 306 Rn 30).

Schließlich ist auch zu bedenken, ob eine Teilwirksamkeit oder eine Anpassung überhaupt gewollt ist. Im Rahmen der Beratung bzw. bei den Erwägungen in einer Klausur sollte dies zuvor erwogen werden. Unreflektiert sollte auch eine salvatorische Klausel nicht verwendet werden (vgl. dazu auch Langenfeld, "Grundlagen der Vertragsgestaltung", 4. Kapitel, § 8 Rn 65).

VIII. Klassische Gestaltungen, die man kennen sollte

Folgende Gestaltungen sollten bekannt sein. Sie zu analysieren und sich an möglichen Umsetzungen zu versuchen und diese dann mit den vorhandenen Standards abzugleichen, ist zu empfehlen.

1. Haftungsbeschränkung innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs der § 305 ff BGB

Häufig möchte eine Partei die eigene Haftung beschränken. Dies kann durch eine Beschränkung des Verschuldensgrades erfolgen (z.B. negativ durch "Haftung nur für

grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz"). Aber auch Haftungshöchstsummen können Ansatzpunkt sein. Auch eine Differenzierung von wesentlichen und nicht wesentlichen Vertragspflichten wird oft vorgenommen, obwohl dies in der Abgrenzung wie auch beim Verschuldensgrades Schwierigkeiten bereiten kann. Im Bereich der § 305 ff BGB treten gesetzliche Beschränkungen insbesondere bei Körperschäden hinzu. Oft werden auch asymmetrische Beschränkungen vorgesehen, wonach nur eine Seite beschränkt haften soll.

2. Vertragsstrafenregelungen und modifizierter Hamburger Brauch

Vertragsstrafenregelungen werden häufig in Verträge aufgenommen. Zu beachten ist neben § 339 BGB, dass in AGB der BGH die Höhe auf einen Bruchteil der Vergütung beschränkt, wenn Timelines "gerissen" werden (vgl. BGH [lexetius.com/2012,5991](https://www.lexetius.com/2012,5991)). Ursprünglich für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes entwickelt, wird häufig bei der Verletzung von Unterlassungsverträgen zur Ausräumung der Wiederholungsgefahr der sogenannte "modifizierte Hamburger Brauch" vereinbart. Dabei erhält die Partei, zugunsten derer die Vertragsstrafe vereinbart wurde, ein Bestimmungsrecht hinsichtlich der Höhe. Dem zuständigen Gericht soll dann ein Überprüfungsrecht zukommen. Thema bei Vertragsstrafen ist zudem, ob der Verstoß verschuldet sein muss.

3. Sicherung von Forderungen

Klassische Regelungen sind der Eigentumsvorbehalt zB. als verlängerter Eigentumsvorbehalt mit Verarbeitungsklausel. Dann die Sicherungsübereignung, die stets Regelungen enthalten muss, was geschehen soll, wenn der Sicherungszweck entfällt (Pflicht zur Rückübereignung oder Rückfall). Die stille Zession ist ebenfalls eine beliebte Gestaltung genauso wie die Globalzession. Bei der stillen Zession sind Regelungen zu empfehlen, wann eine Offenlegung erfolgen darf. Bei der Globalzession muss die Rechtsprechung des BGH zur Kollision mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt bei Lieferanten des Sicherungsgebers berücksichtigt werden. Auch die Bürgschaft ist immer noch eine Sicherheit, die oft verlangt wird.

4. Berliner Testament mit Jastrowscher Formel und Wechselbezüglichkeit

Eheleute können ein gemeinschaftliches Testament (vgl. § 2267 BGB) in Form der als "Berliner Testament" bekannten Gestaltung errichten. Die Einsetzung des länger lebenden Ehegatten als Alleinerben, stellt dabei eine Enterbung der Abkömmlinge im ersten Erbgang dar. Die Abkömmlinge können daher, wenn ein Elternteil verstorben ist, den Pflichtteil geltend machen. Daran können sie durch die Gestaltung nicht gehindert werden. Der Berliner Amtsgerichtsrat Hermann Jastrow schlug 1904 daher in einem Aufsatz vor, mit der nach ihm benannten Gestaltung die Geltendmachung des Pflichtteils unattraktiv zu machen. So sollte derjenige Abkömmling, der beim

ersten Erbgang den Pflichtteil geltend macht, beim zweiten Erbgang auflösend bedingt ebenfalls enterbt werden. So bliebe ihm zwei Mal nur ein Pflichtteilsanspruch. Daneben können noch aufschiebend bedingte Geldvermächtnisse zugunsten anderer Abkömmlinge angeordnet werden, um die sich ergebenden Nachteile zu verstärken. Wichtig ist beim Berliner Testament auch ohne Jastrowsche Klausel die Wechselbezüglichkeit der getroffenen Verfügung. Es wird vermutet, dass nach dem ersten Erbfall eine Änderung der Verfügung für den zweiten Erbfall nicht mehr möglich sein soll. Die in § 2270 BGB geregelte Wechselbezüglichkeit der getroffenen Verfügungen ist jedoch dispositiv. Schließlich gilt es, die steuerrechtlichen Auswirkungen beim Berliner Testament zumindest in groben Zügen zu kennen. Die Einsetzung von Abkömmlingen erst beim zweiten Erbgang kann zu einer höheren Steuerlast führen, da Freibeträge ungenutzt bleiben. Auch wenn in Klausuren nicht die Ausarbeitung eines Testaments gefordert wird, so kann doch Beratung auch im Zusammenhang mit einem vorgelegten Testament gefördert werden. Daher ist eine entsprechende Auseinandersetzung mit diesen Gestaltungen zu empfehlen.

5. Ratenzahlungsvereinbarung

Ratenzahlungsvereinbarungen sind äußerst praxisrelevant und sollten daher beherrscht werden. Dabei ist stets eine Störfallvorsorge nötig. Was soll also geschehen, wenn Raten nicht, nicht pünktlich oder nicht vollständig bezahlt werden? Der Mandant ist dann auch darüber zu beraten, was geschieht, wenn er "zurückgetreten" ist und dann dennoch weitere Zahlungen annimmt. Auch kann eine solche Vereinbarung durch eine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Schuldners aufschiebend bedingt werden. Dann sind auch Regelungen zum Einsatz des Titels aufzunehmen.

6. Nutzungsrechte und Lizenzen

Von zunehmender Bedeutung ist auch geistiges Eigentum und gewerbliche Schutzrechte. Diese werden auf dinglicher Ebene nach den Vorschriften über die Abtretung nach § 398 BGB eingeräumt und damit erstmals zur Entstehung gebracht oder falls sie bereits bestehen, übertragen. Es ist beim Urheberrecht § 29 UrhG zu beachten, wonach das Urheberrecht selbst außer durch Gesamtrechtsnachfolge - also Erbschaft - nicht übertragen werden kann. § 31 UrhG regelt daher das wirtschaftliche Pendant zur nicht möglichen Übertragung vom Urheber an den ersten Erwerber: Ein Nutzungsrecht am geistigen Werk wird eingeräumt. Ist dies erstmalig durch den Urheber geschehen, kann der Erwerber - soweit vereinbart - dieses Nutzungsrecht weiterübertragen. Ähnliches gilt für Leistungsschutzrechte z.B. von ausübenden Künstlern an Aufzeichnungen ihrer Darbietungen. Das Wort Lizenz wird häufig auch im Urheberrecht verwendet, gehört aber terminologisch in das Patentrecht. Wichtig bei der Beratung ist es, klarzustellen, dass geistiges Eigentum nicht gutgläubig erworben werden kann. Die §§ 398ff BGB regeln anders als bei den

spezielleren §§ 929 ff BGB keinen gutgläubigen Erwerb. Daher können - das dürfte absolut unstrittig sein - grundsätzlich¹ weder Forderungen noch Rechte gutgläubig erworben werden. Aus diesem Grund werden häufig Regelungen getroffen, die die Verpflichtung des Verfügenden zum Nacherwerb vom eigentlichen Rechteinhaber für einen solchen Fall regeln.

7. Vergütungsvereinbarungen

Vergütungsvereinbarungen sind in unterschiedlichen Konstellationen meist im Bereich von Dienst- oder Werkverträgen notwendig. Dabei gilt es, die Vorgaben des Gesetzes zu modifizieren oder Vergütungsordnungen zugunsten individueller Regelungen außer Kraft zu setzen. Beim Werkvertrag wird die Vergütung nach § 640 BGB erst mit Abnahme des Werkes fällig. Dies ist häufig nicht interessengerecht. Möchte der Werkunternehmer nach dem Fortschritt seiner Leistung bezahlt werden, muss dies ausdrücklich vereinbart werden. Zugunsten des Bestellers sind Sicherheitseinbehalte gängig. Im Bereich von Dienstverträgen können Stundensätze vereinbart werden. Dabei sollte eine entsprechende Erfassung und Dokumentation vorgesehen werden, damit Streit über den Umfang vermieden wird. Vergütungsvereinbarungen im Anwaltsbereich enthalten entsprechende Gestaltungen, die Regelungen des RVG z.B. im prozessualen Bereich oder bei reiner Beratung berücksichtigen müssen. Auch das Erfolgshonorar nach § 4a RVG erfordert eine entsprechende Ausgestaltung zumindest in Textform. Im Rahmen einer Beratung zu Verträgen muss auch erläutert werden können, wie die Vergütung zu bestimmen ist, wenn eine Vereinbarung fehlt (vgl. § 612 BGB, wonach eine Taxe oder in Ermangelung einer solchen die übliche Vergütung geschuldet wird).

8. Options- und Neuverhandlungsklauseln

Häufig wünschen Parteien von Dauerschuldverhältnissen die Möglichkeit einer Ausdehnung oder einer Verlängerung des Vertragsverhältnisses nach Ablauf der zunächst vereinbarten Vertragslaufzeit. Häufig möchte ein Vermieter sich hinsichtlich der dann bei Veränderung oder Verlängerung des Vertrages noch nicht festlegen. Es soll dann über die Anpassung der Miete verhandelt werden. Bei solchen Gestaltungen stellt sich dann stets die Frage, was geschieht, wenn keine Einigung über die neuen Bedingungen zustande kommt. Soll eine solche Klausel gestaltet werden, sollte die Lösung praktikabel sein. Es kann auf einen Index Bezug genommen werden. Soll ein Sachverständiger herangezogen werden, wird die Kostentragung berücksichtigt werden müssen. Fehlt eine Störfallvorsorge und die vorhandene Klausel enthält eine Lücke, könnte ein Dissens vorliegen oder aber der

¹) als Ausnahme kann § 1138 BGB angesehen werden, obwohl es dort streng genommen um den Erwerb der forderungsentkleideten Hypothek geht. Sind Rechte verbrieft und folgt die Übertragung sachenrechtlich, ist ein gutgläubiger Erwerb daher im Ausnahmefall möglich. Es gelten dann aber die §§ 929, 932 ff BGB.

Marktpreis könnte unter Anrufung eines Gerichts zu ermitteln sein. Die Rechtsprechung zum Umgang mit entsprechenden Klauseln ist vielfältig.

9. Aufrechnungsklauseln

Eine Aufrechnung auszuschließen oder zumindest zu beschränken, wird häufig in Verträge aufgenommen. Dabei ist § 309 Nr. 3 BGB zu berücksichtigen, wonach ein Aufrechnungsausschluss bei unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen ausgeschlossen ist. Das Verbot der Verwendung in AGB gilt auch im unternehmerischen Bereich (vgl. BGH NJW 2007, 3421 = lexetius.com/2007,1944). Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass das Merkmal des "Bestreitens" nicht jede Zurückweisung erfasst, sondern ein substantiiertes Entgegenreten. Klauseln wie "Kasse gegen Dokumente" oder "cash on delivery" sind daher ebenfalls problematisch geworden, weil sie ein Aufrechnungsverbot enthalten sollen (vgl. BGH NJW 1985, 550). Es werden auch stillschweigende Aufrechnungsverbote angenommen, so dass Klauseln auch die Möglichkeit von Aufrechnungen bewahren können. § 391 BGB regelt in einem engeren Bereich sogar eine entsprechende Vermutung.

10. Vollmachten

Die Gestaltung von Vollmachten kann sehr vielfältig sein. Eine Auseinandersetzung mit verschiedenen Anwendungsfeldern ist daher zu empfehlen. Einige Besonderheiten sind zu beachten. Z.B. regelt § 167 II BGB, dass die Vollmacht nicht die Form des in Bezug genommenen Vertretergeschäftes haben muss. Dabei ist aber im Bereich von Immobiliengeschäften § 29 GBO zu beachten, wonach für die Eintragungen ins Grundbuch ein Urkundennachweis durch öffentliche Urkunden notwendig ist. Eine einfachschriftliche Vollmacht für ein Immobiliengeschäft ist zwar wirksam aber ineffektiv in Bezug auf den Vollzug der zu schließenden Verträge. Von großer Bedeutung ist seit einigen Jahren auch die Vorsorgevollmacht, die eingreifen soll, wenn der Vollmachtgeber aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr oder zwischenzeitlich selbst rechtsgeschäftlich handeln kann. Diese ist von der Patientenverfügung (vgl. § 1901a BGB) zu unterscheiden, welche eine vorweggenommene Einwilligung oder eben Verweigerung einer solchen für medizinische Eingriffe und lebensverlängernde Maßnahmen regelt. Bei der Beratung im Zusammenhang mit Vollmachten ist darauf zu achten, dass eine Vollmacht selten isoliert erteilt wird. Es kann ein Dienstvertrag oder ein Auftragsverhältnis zugrunde liegen. Zu beachten ist auch die Abhängigkeit des Bestehens einer Vollmacht vom Grundverhältnis nach § 168 BGB.