

**Rechtsabteilung und Syndikus
im Mittelstand:
Risikomanagement bei IT-Verträgen**

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Ingo W. Marfording

aus: Saarbrücken

Referent: Professor Dr. Barbara Dauner-Lieb

Korreferent: Professor Dr. Barbara Grunewald

Tag der mündlichen Prüfung: 05. März 2007

Gliederung

1	Gang der Untersuchung.....	1
2	Rechtsabteilung und Syndikus.....	10
2.1	Rechtsabteilung	10
2.1.1	Gesetzgeber	10
2.1.2	Rechtsprechung	13
2.1.3	Literatur.....	15
2.2	Syndikus	20
2.2.1	Gesetzgeber	20
2.2.2	Rechtsprechung	24
2.2.3	Literatur.....	25
2.3	Rechtsabteilung und Syndikus im Mittelstand.....	31
2.3.1	Mittelstand und mittelständische IT-Branche	32
2.3.2	Die Rechtsabteilung im Mittelstand.....	37
2.3.2.1	Arbeitsinhalte einer Rechtsabteilung	39
2.3.2.2	Rollen einer Rechtsabteilung	46
2.3.3	Zwischenergebnis.....	51

2.3.4	Der Syndikus im Mittelstand.....	52
2.3.4.1	Wandel im Verständnis	54
2.3.4.2	Wandel in der Qualifikation	59
2.3.4.3	Wandel in den Aufgaben.....	64
2.3.5	Zusammenfassung.....	69
3	Fokus: Mittelständische IT-Branche.....	71
3.1	Rechtsabteilung und Syndikus – ausgewählte Probleme.....	71
3.1.1	Vertrieb von Standardsoftware.....	76
3.1.2	Erstellung von Individualsoftware	91
3.1.3	Verwendung von Open Source Software	99
3.1.4	Insolvenzrechtliche Probleme beim Softwareeinsatz.....	111
3.1.5	Patente auf computerimplementierte Erfindungen	117
3.1.6	Die Börsennotierung: Grundlage weiterer Aufgaben	130
3.1.6.1	Mittelständische IT-Unternehmen an der Börse	131

3.1.6.2	Auswirkungen am Beispiel des UMAG.....	139
3.2	Ein neues Verständnis: Der Syndikus als Risikomanager.....	149
3.3	Zwischenergebnis.....	158
3.4	Die Frage nach der eigenen Rechtsabteilung	160
3.4.1	Überlegungen zur Gründung einer Rechtsabteilung	163
3.4.2	Die Entscheidung: Gründung einer Rechtsabteilung	174
3.4.2.1	Kosten und Nutzen externer Beratung	180
3.4.2.2	Kosten und Nutzen der eigenen Rechtsabteilung	180
3.4.2.2.1	Kosten der eigenen Rechtsabteilung	180
3.4.2.2.2	Nutzen der eigenen Rechtsabteilung	192
3.4.2.3	Beispiel einer Kosten-Nutzen-Berechnung..	199
3.4.3	Zwischenergebnis.....	223
3.4.4	Die Umsetzung der Entscheidung	225
3.4.4.1	Das ‚Wie‘ – die strukturelle Umsetzung	226

3.4.4.2	Das ‚Was‘ – die inhaltliche Umsetzung	251
3.5	Zusammenfassung	282
4	Risikomanagement im Vertragsrecht.....	287
4.1	Allgemeines Vertragsrecht in der IT-Branche	287
4.2	Typische vertragliche Risiken der IT-Branche	291
4.2.1	Haftungsklausel und Haftungslimitierung	294
4.2.2	Nacherfüllung im Leistungsstörungenrecht	297
4.2.3	Mitwirkungspflichten	306
4.2.4	Change Request-Verfahren	311
4.2.5	Vergütung.....	317
4.3	Parameter für das Vertragsmanagement	323
4.3.1	Endogen begründete Parameter der IT- Branche	326
4.3.2	Exogen begründete Parameter der IT- Branche	332
4.4	Maßnahmen im Vertragsmanagement	337
4.4.1	Vertragsmanagement durch Technik	338
4.4.2	Vertragsmanagement durch Schulungen.....	353

4.4.3	Vertragsmanagement durch Prozessgestaltung.....	361
4.4.4	Vertragsmanagement durch Vertragsverhandlungen.....	383
4.5	Weitergehende Verbesserungsansätze	396
4.5.1	Messbarmachen von Verträgen.....	397
4.5.2	Zertifizierung von Rechtsabteilungen	419
4.5.2.1	Der Grundgedanke	419
4.5.2.2	Das Rechtsabteilungszertifikat.....	427
4.6	Zusammenfassung.....	441
5	Ergebnis und Aussicht	445
6	Abkürzungsverzeichnis.....	i
7	Literaturverzeichnis.....	v

1 Gang der Untersuchung

Die schlagwortartigen Formulierungen und Meinungen gleichen sich oftmals: „*Unternehmensjuristen sind doch nur Bedenkenträger und Umsatzverhinderer!*“. An anderer Stelle werden Unternehmensjuristen als „*Erbsenzähler oder Spielverderber apostrophiert*“¹. Tatsache dürfte sein: in vergleichbarer Form haben es wohl schon die meisten Unternehmensjuristen zu hören bekommen. Und interne Juristen vieler deutscher Unternehmen spüren ein nicht unerhebliches Image-Problem, dem zu Folge sie von den vertriebsorientierten Einheiten in den Unternehmen selten als gleichwertige Partner verstanden werden, sondern eben als Bedenkenträger ein mehr oder minder notwendiges Übel sind². Dies stört den ambitionierten Unternehmensjuristen zunächst nicht, da er selbst doch genau weiß, wie es um die Wahrheit bestellt ist – zumindest: bestellt sein sollte. Warum nur bestellt sein sollte? Stellt sich der Unternehmensjurist die Frage, wie es denn eigentlich konkret bestellt sein sollte, dann merkt er regelmäßig, wie

¹ Schwung, S.: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 186

² Gerber, A. (Hrsg.): Juve Handbuch, 8. Auflage, Köln 2005, S. 30

schwer schon nur die Definition des Begriffs Rechtsabteilung ist. Was ist das für eine Abteilung, in der er beschäftigt ist? Was macht er eigentlich den ganzen Tag, der Unternehmensjurist? Der Unternehmensjurist merkt dann, wie schwierig es ist, über einzelne beschreibende Schlagworte hinaus die strukturelle Integration einer Rechtsabteilung in die seine Rechtsabteilung umgebende Unternehmenswelt zu beschreiben oder gar exakte Arbeitsinhalte und deren Abgrenzung zu bestimmen. Oft wird der Jurist feststellen, dass er auf irgendeine Art und Weise in fast alle Themen des Unternehmens einbezogen wird. Bei einer solchen Arbeitsweise ist aber das Festlegen von Strukturen schwer. Ist der Unternehmensjurist also nur eine Art interne ‚Feuerwehr‘ und ‚Polizei‘ in Personalunion? Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dieser Situation. Sie nähert sich den beiden wesentlichen Fragen an, die sich jeder Unternehmensjurist innerhalb seines Unternehmens stellen sollte: „Wer bin ich, und: was tue ich?“ Diese beiden Fragen zu beantworten, ist wichtig, weil es sonst unmöglich ist, die eigenen Arbeitsgebiete zu beschreiben und in der Folge daraus überhaupt auch bestimmen zu können, was der Mehrwert ist, den der

Unternehmensjurist in seinem Unternehmen und für sein Unternehmen generiert.

Die vorliegende Arbeit besteht neben dieser Einführung (Kapitel 1) aus insgesamt drei Hauptkapiteln (Kapitel 2 – 4) sowie einer Zusammenfassung mit Aussicht (Kapitel 5). Die Systematik der vorliegenden Arbeit ist, ausgehend von einer abstrakten Ebene, mit jedem Kapitel konkrete Anwendungen und Ausführungen zu den Erkenntnissen des vorangegangenen Kapitels zu machen.

Das erste Hauptkapitel (Kapitel 2) schafft die notwendigen Grundlagen, auf denen diese Arbeit aufbaut. Ist die Rede von Syndikus und Rechtsabteilung, so soll zunächst herausgearbeitet werden, was Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur zu den Begriffen Rechtsabteilung und Syndikus sagen. Dieses Kapitel hat abstrakte Definitionen für beide Begriffe zum Ergebnis. Die in diesem Kapitel gefundenen Definitionen werden dann konkretisiert: Gegenstand der weiteren Untersuchungen wird der Mittelstand sein. Dies hat seinen Grund in der besonderen Eigenart, die sich im Mittelstand für die Arbeitsweise von

Rechtsabteilung und Syndikus bei der Vertragserstellung und Vertragsprüfung ergibt. Denn ein mittelständisches Unternehmen wird es sich in aller Regel nicht leisten, mit einem ganzen Stab an jeweils spezialisierten internen und externen juristischen Beratern zu agieren, wie dies bei den finanziell erheblich stärker ausgestatteten Großunternehmen der Fall ist. Der Syndikus wird sich um die ihm übertragenen Aufgaben daher vornehmlich mit sehr begrenzten Ressourcen kümmern müssen. Vor diesem Hintergrund wird das erste Hauptkapitel dann abschließend untersuchen, wie sich das Berufsbild des Syndikus' im Mittelstand heute darstellt, und zwar mit Blick auf das Verständnis dem Syndikus gegenüber im Allgemeinen, aber auch mit Blick auf seine Qualifikationen und die ihm übertragenen Aufgaben im Besonderen.

Im zweiten Hauptkapitel (Kapitel 3) werden die im vorangegangenen Kapitel gefundenen Ergebnisse unter besonderer Beachtung der Eigenarten der mittelständischen IT-Branche vertieft untersucht. Mit der IT-Branche ist nämlich in einer Vielzahl von Fällen der Begriff ‚Mittelstand‘ verbunden. Die mittelständische IT-Branche

ist als Untersuchungsgegenstand auch deswegen interessant, weil es sich hierbei um eine vergleichsweise junge Branche („*New Economy*“) handelt; innerhalb dieser Branche kann beispielsweise noch nicht auf eine umfassende und gefestigte Rechtsprechung zu vielen Fragen zurückgegriffen werden, mit denen sich die Branche auseinandersetzt. Die Fokussierung auf die IT-Branche erfolgt aber auch deswegen, weil es sich um eine allgemein interessante Branche handelt: sie entwickelt sich sehr schnell weiter und verändert sich ständig. Marktschätzungen zufolge verzeichneten die weltweiten IT-Märkte in den Jahren 2004 und 2005 fast zweistellige Wachstumsraten, der deutsche IT-Markt ist dabei nach dem der USA und Japans der weltweit drittgrößte³. Damit handelt es sich vorliegend um die Situationsbeschreibung aus einem hochdynamischen Umfeld, das sich für die Darstellung von Entwicklungspotentialen ideal eignet, da es keine alt eingefahrenen Strukturen gibt. Diese Ausprägung der IT-Branche wird mehrfach Gegenstand von Darstellungen in

³ *BITKOM e.V.* (Hrsg.), *Pohls, A.* (Verf.): Daten zur Informationsgesellschaft, Status quo und Perspektiven Deutschlands im internationalen Vergleich, Edition 2004, S. 28

dieser Arbeit sein. Die vorliegende Arbeit wird untersuchen, inwieweit diese branchentypischen Eigenarten Einfluss auf die Arbeitsweise der Rechtsabteilung und des Syndikus' haben. Dazu werden diverse spezifische Themen dargestellt, wie sie den Arbeitsalltag der Rechtsabteilung und des Syndikus' in der IT-Branche unmittelbar beeinflussen. Dies sind natürlich vor allem Themen, die dem IT-Recht entstammen, aber auch Themen, die losgelöst vom IT-Recht zum Tagesgeschäft gehören. Als Zwischenergebnis wird das im ersten Hauptkapitel festgestellte geänderte Verständnis dem Syndikus gegenüber für die mittelständische IT-Branche konkretisiert werden können. Mit den gewonnenen Erkenntnissen stellt sich dann die Frage, wie ein Unternehmen der mittelständischen IT-Branche zu der Entscheidung kommt, einen Syndikus anzustellen und eine Rechtsabteilung zu gründen. Gegenstand dieser Ausführungen wird die Frage sein, nach welchen Grundlagen und Prinzipien eine Geschäftsführung bei diesen Entscheidungen vorgehen muss. Die vorliegende Arbeit soll hierfür exemplarische Entscheidungshilfen heraus arbeiten. Unter Nutzung dieser Entscheidungshilfen wird abschließend auf zunächst noch abstrakter Ebene

untersucht, wie eine neu gegründete Rechtsabteilung optimal in die Gesamtstruktur eines mittelständischen Unternehmens der IT-Branche integriert werden kann, und welche Aufgaben dem Syndikus unter Nutzung der Ressourcen der Rechtsabteilung durch die Geschäftsleitung übertragen werden sollten.

Ziel des letzten Hauptkapitels (Kapitel 4) wird es sein, sämtliche zuvor gewonnenen Erkenntnisse nunmehr konkret umzusetzen. Hierbei ist zu bedenken, dass sich ein Syndikus mit einer Vielzahl ganz unterschiedlicher Themen beschäftigt, auch in der IT-Branche. Wie zuvor dargestellt, werden nicht nur IT-rechtliche Fragen betreut. Ein Anwenden der zuvor gefundenen Erkenntnisse auf sämtliche Themen wäre nicht sinnvoll, um einzelne Facetten ausreichend zu berücksichtigen. Mit Blick auf den Titel der vorliegenden Arbeit begrenzt sich der Transfer der gefundenen Erkenntnisse daher auf das Vertragsrecht. Dafür werden zunächst einzelne vertragliche Klauseln, wie sie für die IT-Branche typisch sind, untersucht. Es gilt dabei herauszufinden, wie der Syndikus unter Beachtung unterschiedlicher Parameter – insbesondere auch unter

Beachtung der Ressourcen der Rechtsabteilung – mögliche Maßnahmen ergreifen kann, die seiner Aufgabestellung gerecht werden. Hierfür wird die vorliegende Arbeit mögliche Vorschläge anbieten. Die vorzuschlagenden Maßnahmen sollen dabei einerseits so praktikabel sein, dass sie bereits heute und kurzfristig umsetzbar sind. Andererseits sollen aber auch Vorschläge Gegenstand dieser Arbeit sein, die eine gewisse zukunftsweisende Fassung besitzen. Hier geht es zum einen um die Frage, ob IT-Verträge messbar sind und dann in letzter Konsequenz ein automatisiertes Verfahren der Vertragsprüfung denkbar ist. Zum anderen wird die Frage gestellt werden, ob Rechtsabteilungen mehrerer Unternehmen ‚fair‘ miteinander umgehen können, um durch die Verfügbarkeit ausgehandelter standardisierter Vertragswerke einen sich laufend wiederholenden Vertragserstellungsvorgang zu vermeiden.

Was soll nach dem Studium dieser Arbeit als Gesamterkenntnis vorliegen? Beantwortet sollen die Fragen nach Arbeitsweise und Arbeitsinhalten eines Syndikus und der Rechtsabteilung in einem mittelständischen

Unternehmen der IT-Branche sein. Es soll damit auch festgestellt werden, welche Arbeitsinhalte durch das Management eines solchen Unternehmens überhaupt an die Rechtsabteilung übertragen werden sollen. Auch der Weg, wie das Management diese Entscheidung treffen kann, und wie der Syndikus mit den Vorgaben des Managements umgehen sollte, sind gewünschte Erkenntnisse der vorliegenden Arbeit. Für das Vertragsmanagement sollen dem Syndikus darüber hinaus konkrete Maßnahmen vorgeschlagen werden, mit denen eine Steuerung dieses Themas in der Art und Weise möglich wird, wie dies vom Management definiert sein sollte.

2 Rechtsabteilung und Syndikus

2.1 Rechtsabteilung

2.1.1 Gesetzgeber

Was ist das, eine ‚Rechtsabteilung‘? Wie arbeitet sie, wie ist sie strukturiert, wo sind mögliche Verbesserungspotentiale zu identifizieren? Für eine Beantwortung dieser Fragen ist es notwendig, sich zunächst an den Begriff ‚Rechtsabteilung‘ anzunähern. Grundlage für eine rechtswissenschaftliche Arbeit sollte dabei die Frage sein, was der Gesetzgeber hier als Normen vorgegeben hat. Legt man die allgemeingültige Tatsache zugrunde, dass es in vielen deutschen Unternehmen Rechtsabteilungen gibt, so könnte man meinen, dass der Gesetzgeber auch diesbezügliche Normen festgelegt haben sollte. Tatsächlich aber finden sich keine Rechtsnormen, aus denen heraus sich eine eindeutige inhaltliche Angrenzung dieses Begriffes ergibt. Ebenso ist es nicht möglich, aus einer Norm zumindest eine Definition herleiten zu können. Diese Tatsache ist bereits allein deshalb interessant, da viele Wirtschaftsunternehmen regelmäßig ab einem bestimmten

Moment⁴ eine eigene Rechtsabteilung haben; der institutionalisierten eigenen, internen Rechtsberatung in Form einer Rechtsabteilung also innerhalb der Wirtschaft offenbar eine gewisse Bedeutung zukommt⁵. Diese Bedeutung ist auch nicht nur formaler Natur: Unternehmen sehen sich in immer stärker werdenden Maße erheblichen, letztlich allein mit juristischem Fachwissen zu beherrschenden Spezialanforderungen ausgesetzt. Beispielsweise wurden börsennotierte Publikumsgesellschaften in den vergangenen Jahren mit einer Zunahme der sie regulierenden gesetzlichen Vorgaben konfrontiert. Nur exemplarisch und ohne jeden Anspruch auf Vollzähligkeit soll hier beispielsweise auf das 10-Punkte-Programm⁶ der Bundesregierung vom 25.2.2003 verwiesen werden, mit dem eine Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes durch eine ganze Reihe von Gesetzen erreicht werden soll: das Gesetz

⁴ hierzu vertiefend Kapitel 3.4

⁵ *Hartmann* verweist auf eine Umfrage unter den Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes Chemie aus dem Jahre 1988, woraus sich eine Hochrechnung von etwa 4700 deutschen Unternehmensjuristen ergibt, vgl. *Hartmann, M.*: Juristen in der Wirtschaft, München 1990, S. 167

⁶ vgl. www.bmj.bund.de

zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, das Bilanzrechtsreformgesetz, das Abschlussprüferaufsichtsgesetz, das Bilanzkontrollgesetz oder das Anlegerschutzverbesserungsgesetz⁷. Auch für die Zukunft ist eine Abschwächung nicht wirklich zu erwarten. Dabei aber unterlässt es der Gesetzgeber, die für die korrekte Umsetzung innerhalb der Unternehmen notwendigen Rahmenbedingungen für die entsprechende interne Betreuung durch eine eigene Rechtsabteilung klar zu stellen. Dieses Schweigen des Gesetzgebers ist auch insoweit bemerkenswert, als durch das Handelsgesetzbuch für andere durch ein Unternehmen zu leistende interne Aufgaben grundsätzliche Regelungen vorhanden sind. Bereits durch den Erlass des Reichswirtschaftsministeriums von 1937⁸ wurde das Rechnungswesen als Teilbereich der innerbetrieblichen Organisation für die ziffernmäßige Erfassung der betrieblichen Vorgänge identifiziert und verantwortlich gemacht. Die Rechtsabteilung indes war zu

⁷ *Kuthe, T.* in Kuthe T./Rückert, S./Sickinger, M.: Compliance-Handbuch Kapitalmarktrecht, Heidelberg 2004, S. 33 ff.

⁸ *Bierle, K.*: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Band 1: Übersichtsdarstellungen, 9. Aufl., Saarbrücken 2002, S. 299

keinem Zeitpunkt erkennbar Gegenstand von Überlegungen des Gesetzgebers. So ist durch die §§ 238 ff. HGB nicht nur eine Buchführungspflicht als solche normiert; vielmehr wird diese Aufgabenstellung auch durch das HGB präzisiert. Man beachte: es geht an dieser Stelle nicht um die Frage des ‚Ob‘, sondern um die Frage des ‚Wie‘ der innerbetrieblichen Organisation. In fast identische Richtung zielt § 91 Abs. 2 AktG, der die Installation eines geeigneten Risikomanagementsystems normiert⁹, wobei jedoch kein Bezug auf die Rechtsabteilung genommen wird. Nicht einmal die Möglichkeit wird vom Gesetzgeber angesprochen.

2.1.2 Rechtsprechung

Auch eine Untersuchung der Rechtsprechung führt zu keinem anderen Ergebnis: eine anerkannte Definition des Begriffs ‚Rechtsabteilung‘ ist nicht zu finden. Zwar ist der

⁹ obwohl in das GmbHG keine entsprechende Regelung aufgenommen ist, besitzt diese Bestimmung des KonTraG laut Begründung zum Gesetzentwurf eine Ausstrahlungswirkung auch auf die anderen Rechtsformen, so dass für die GmbH je nach Größe und Komplexität ihrer Struktur nichts anderes gilt; vgl. Begr. z. RegE zu § 91 Abs. 2 AktG, BR-DS 872/97, S. 39, abrufbar unter www.parlamentsspiegel.de

Begriff ‚Rechtsabteilung‘ beispielsweise bei einer Schlagwortsuche in der „*Juris-Datenbank*“ durchaus in der Treffer- und Ergebnisliste vertreten. Eine nähere Untersuchung der Ergebnisse zeigt aber, dass sich die Rechtsprechung thematisch ganz überwiegend mit Fragen des Berufs- und Landesrechts auseinandersetzt. Beispielsweise beziehen sich von im Jahre 1990 insgesamt nur 16 einschlägigen Urteilen oder Beschlüssen mit dem Treffer beim Suchbegriff ‚Rechtsabteilung‘ immerhin 12 Ergebnisse auf Fragen des Berufsrechts. Dies sind vornehmlich Fragen der Zulassung zur Anwaltschaft¹⁰ oder des Kostenersatzes¹¹. Nicht anders sieht die Situation im Jahr 1995 aus, in dem bei gerade einmal zehn einschlägigen Treffern wiederum sieben aus den benannten Bereichen stammen; ebenso im Jahr 2004, wobei sich hier allerdings der Schwerpunkt noch konkreter allein zu Fragen des Kostenerstattungsrechts verlagert. Allen Treffern aber ist

¹⁰ beispielsweise: BGH für Anwaltssachen, Beschluss vom 25.03.1991; BGH für Anwaltssachen, Beschluss vom 27.05.1991; OLG Köln, Senat für Notarsachen, Beschluss vom 30.12.1991

¹¹ beispielsweise: LG Landau, Pfalz, 1. Zivilkammer, Beschluss vom 06.12.1991; OLG Koblenz, 14. Zivilsenat, Beschluss vom 22. Oktober 1991

gemein, dass eine Definition des Begriffs ‚Rechtsabteilung‘ nicht erfolgt, sondern die Rechtsabteilung als Institution einfach vorausgesetzt wird.

2.1.3 Literatur

Es bleibt zuletzt nach der Untersuchung von Gesetzgebung und Rechtsprechung ein Blick in die Literatur. Das Ergebnis überrascht nach dem zuvor Gesagten nicht: vertiefende Literatur zu dem Thema Rechtsabteilung gibt es nicht. Wissenschaftliche Untersuchungen über die Art und Weise der Arbeit einer Rechtsabteilung, über Empfehlungen oder gar als Standardwerke der Rechtswissenschaften zu bezeichnende ‚Klassiker‘ sind nicht zu finden. Einige wenige Aufsätze beschäftigen sich vereinzelt mit dem Thema. *Neumann* etwa schrieb 1991 im Anwaltsblatt¹² über die *„Rechtsabteilung im Unternehmen“*. Hierbei handelt es sich um die Widergabe eines Vortrages, den *Neumann* im Rahmen eines Treffens der Arbeitsgemeinschaft der Syndikusanwälte 1991 gehalten hat. Ziel des Vortrages war mit Blick auf die Bemühungen, *„in den jungen Bundesländern eine soziale Marktwirtschaft aufzubauen und*

¹² *Neumann, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in AnwBl. 1991, S. 630-633

*erfolgreich wirken zu lassen [...]*¹³ eine grundsätzliche Beschreibung, nicht eine wissenschaftliche Abhandlung zum Thema Rechtsabteilung. Noch älter, nämlich aus dem Jahre 1987, sind die beiden ebenfalls im Anwaltsblatt publizierten Diskurse von *Schardey* und erneut *Neumann* mit jeweils dem identischen Titel „*Hausanwalt oder Rechtsabteilung*“¹⁴. *Schardeys* primäres Anliegen ist es dabei, aufzuzeigen, „*ob und wo sich weitere Arbeitsbereiche für den Anwalt finden, die heute noch ungenutzt sind*“¹⁵. Es geht in seinem Aufsatz weniger um eine wissenschaftliche Abhandlung über die Rechtsabteilung, als mehr um Möglichkeiten, der freien Anwaltschaft als externem Berater der Unternehmen neue Beratungsfelder aufzuzeigen. *Neumann* beschäftigt sich nach seinem Eingangsplädoyer, bei dem er entgegen dem Titel seines Aufsatzes auf die Formulierung „*Hausanwalt und Rechtsabteilung*“¹⁶ abstellt,

¹³ ebenda, S. 630

¹⁴ *Schardey, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in AnwBl. 1987, S. 401-403; *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in AnwBl. 1987, S. 404-408

¹⁵ *Schardey, J.*, ebenda, S. 401

¹⁶ *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in AnwBl. 1987, S. 404-404

zunächst vornehmlich mit allgemeinen Fragen der Historie und des Ständerechts, bevor er im zweiten Teil seines Aufsatzes im Wesentlichen ebenfalls das Zusammenwirken externer und interner Juristen beschreibt. Er stellt dabei in Grundzügen interessante Aspekte fest, die im Laufe der vorliegenden Arbeit aufgegriffen und vertieft werden sollen. Dennoch: die grundlegenden, hier gestellten Fragen werden von *Neumann* nicht angesprochen oder gar geklärt. Ein Blick in die Literatur anderer Wissenschaften führt auch nicht weiter: *Wöhe*¹⁷ widmet in seinem anerkannten Standardwerk und Lehrbuch zur Allgemeinen Betriebswirtschaftslehre den gesamten zweiten Abschnitt ausdrücklich dem ‚Aufbau des Betriebes‘. Dabei geht er aber weder dort, noch in den folgenden Abschnitten, in denen Produktion, Absatz oder aber das Rechnungswesen ausführlich beschrieben werden, auch nur ansatzweise auf die Existenz einer eigenen Rechtsabteilung ein¹⁸. Auch *Bierle*¹⁹ sieht zwar wiederum das Rechnungswesen

¹⁷ *Wöhe, G.*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 22. Aufl., München 2005

¹⁸ anstelle vieler nur: *Wöhe*, S. 821 ff.

¹⁹ *Bierle*, S. 299

ausdrücklich in den betrieblichen Führungsbereich eingebettet, über eine Rechtsabteilung schweigt aber auch er. Einige wenige rudimentäre Untersuchungen über Rechtsabteilungen stammten aus der Mitte der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts²⁰. Im Jahre 2005 veröffentlichte *Henning*²¹ seine umfassende Studie mit dem Arbeitstitel „*Organisation und Strategie der Rechtsabteilung im Fokus von Qualität und Effizienz*“. Doch trotz des grundsätzlich zum Themenschwerpunkt dieser Untersuchung passenden Eindrucks stellt sich bei einer Lektüre der Arbeit heraus, dass es sich hier zentral um die Sammlung von Kennziffern handelt, die auf Basis von umfangreichen Fragebögen zusammengefasst sind. So werden Aussagen über die Anzahl von Rechtsanwälten je € Umsatz getroffen, die durchschnittlichen Honorarsätze externer Berater verglichen und die Anzahl von

²⁰ *Hartmann, M.*: Juristen in der Wirtschaft, München 1990, S. 36 m.w.N.

²¹ *Henning, M.* in: Otto • Henning & Company, General Counsel Benchmarking-Report, Frankfurt/Main 2005; befragt wurde hier nicht der Mittelstand, sondern die „Fortune 150“ in Deutschland (siehe Seite 2, Kurzbeschreibung der Studie). Die Rücklaufquote der Frageböden lag bei rund einem Drittel (vgl. S. 18 der Studie).

Supportkräften je internen Anwalt aufgegliedert. Erkennbar handelt es sich um einen Benchmarking-Report, wie auch der Unterarbeitstitel festhält. Im Ergebnis bestätigt sich der erste gewonnene Eindruck: das Thema ‚Rechtsabteilung‘ ist bislang nicht Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung gewesen. Zwar gibt es auch einige Zeitschriften, die gerade auch den Juristen in einer Rechtsabteilung ansprechen. Hier ist vom Titel her insbesondere „*Der Syndikus*“ zu erwähnen, der sich als „*Das Magazin für Justiziere und ihre Unternehmen*“ präsentierte. Es handelt sich jedoch letztlich um eine mehr oder minder breit gestreute Sammlung von Anmerkungen und Rezensionen zu aktuellen Urteilen oder aus diesen aktuellen Urteilen abgeleiteten Abhandlungen, geschrieben von für die Veröffentlichung zahlenden Kanzleien. Hand- oder Lehrbücher, die sich von Grund auf mit vorhandenen oder möglichen Strukturen einer Rechtsabteilung in einem Wirtschaftsunternehmen beschäftigen, gibt es nicht. Vom Ergebnis her muss der Begriff ‚Rechtsabteilung‘ von der Literatur als vorausgesetzt betrachtet werden, ohne dass abgrenzbar zu erkennen ist, was denn exakt vorausgesetzt wird. Schon an dieser Stelle wird deutlich, wie sehr sich die im Vorwort getroffene

Darstellung bestätigt: es ist schon unklar, was eine Rechtsabteilung überhaupt ist.

2.2 Syndikus

2.2.1 Gesetzgeber

Nicht anders als im vorangegangenen Kapitel für den Begriff ‚Rechtsabteilung‘ festgestellt, so ist auch der Begriff ‚Syndikus‘ oder ‚Syndikusanwalt‘ durch den Gesetzgeber nicht näher definiert. Sprachwissenschaftlich und historisch leitet sich der Begriff ‚Syndikus‘ wohl von dem griechischem ‚Syndikos‘ ab, auch als ‚Rektor‘ oder ‚Synegoros‘ bezeichnet. Dies waren Rechtsgelehrte, die in der hellinistischen Zeit vor den Volksgerichten plädieren durften²². Dass sich der Gesetzgeber des ‚Syndikus‘ nicht angenommen hat, mag soweit akzeptabel sein, wie man dies als Konsequenz einer angenommenen Eigenverantwortlichkeit von Unternehmen versteht. Danach ist es die freie Entscheidung eines jeden Unternehmens selbst, sich um die (Nicht-)Beachtung von Vorschriften zu sorgen, die das Unternehmen betreffen könnten. Und das Beschäftigen eines eigenen Juristen, eines Syndikus, ist eben nur eine von

²² *Bissel, C.*: Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts und die anwaltliche Unabhängigkeit, Erlangen 1995, S. 15

vielen Möglichkeiten, wie die diesbezügliche Eigenverantwortlichkeit umgesetzt werden kann. Dennoch ist es erstaunlich, dass der Gesetzgeber sich in Sachen der Unternehmensjuristen völlig bedeckt hält. Erstaunlich ist dies nämlich vor allem aus dem folgenden Grunde: für alle übrigen ‚klassischen juristischen Berufsbilder‘²³ hat der Gesetzgeber umfassend Regelwerke erlassen. So liegen neben den entsprechenden Berufsordnungen konkrete Gesetze vor, die dann ihrerseits oft durch eine Vielzahl von Bestimmungen der berufsständischen Vereinigungen ergänzt werden. Für Rechtsanwälte gibt es damit zunächst die Berufsordnung. Das Rechtsberatungsgesetz dient zum Schutz vor fehlerhafter Beratung Rechtssuchender einerseits²⁴, zum Schutz der Juristen andererseits.

²³ also solche, die eine Befähigung zum Richteramt voraussetzen: Richter, Staatsanwalt, Rechtsanwalt, Notar

²⁴ beispielsweise wurde im Zusammenhang mit Beteiligungsmodellen in den 80er Jahren regelmäßig durch das Einschalten von Treuhändern gegen das RBerG verstoßen, was zu einer Unwirksamkeit der erteilten Vollmachten und damit zu umfangreichen Rückabwicklungen der später notleidenden Beteiligungen führte; anstelle vieler: BGH, Urt. v. 14.06.2004, - II ZR 407/02; BGH, Urt. v. 20.04.2004, - XI ZR 171/03 – m.w.N.

Kernaussage des Rechtsberatungsgesetzes ist die Normierung der Erlaubnispflichtigkeit der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten. Es ist danach überhaupt nur einem qualifizierten Personenkreis erlaubt, die Besorgung von Rechtsangelegenheiten Dritter vorzunehmen. Ergänzt und konkretisiert wird das Rechtsberatungsgesetz durch eine Verordnung zur Ausführung des Rechtsberatungsgesetzes. Weiter relevant für Rechtsanwälte ist neben der Bundesrechtsanwaltsordnung das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz. Der Gesetzgeber hat nämlich für die Anwaltschaft nicht nur geregelt, *wie* die Grundlagen der Rechtsberatung ausgestaltet sind, vielmehr ist sogar ausführlich geregelt, *welche Vergütung* der Rechtsanwalt für seine unterschiedlichen Tätigkeiten im Mindesten erhält. Nicht anders ist die Situation für die Notare, die eine eigene Bundesnotarordnung und eine Bundessgebührenordnung für Notare besitzen; die Richter und Staatsanwälte können auf das Richtergesetz zurückgreifen. Für den Syndikus aber gibt es keine einzige entsprechende Regelung. Lediglich durch § 46 BRAO wird normiert, dass ein Rechtsanwalt sich in einem ständigen Dienst- oder ähnlichem Beschäftigungsverhältnis befinden

kann und also seinem Arbeitgeber seine Arbeitszeit und -kraft zur Verfügung stellen muss. Hierunter ist wohl allgemein der ‚Syndikusanwalt‘ zu subsumieren. Durch § 46 BRAO werden aber keine Rahmenbedingungen für das Tätigwerden eines solchen ‚Syndikusanwalts‘ in einer Rechtsabteilung gesetzt, wie es etwa für den „gewöhnlichen“ Anwalt bezüglich dessen Tätigwerden innerhalb einer Kanzlei sehr wohl durch den Gesetzgeber vorgenommen wurde. Es sei an dieser Stelle unter Verweis auf die obige grobe Aufzählung nur einmal an die gesetzliche Vorgabe wegen der Entlohnung des Rechtsanwalts durch die ehemalige BRAGO, jetzt RVG gedacht, oder auf den – allerdings zwischenzeitlich durch das BVerfG aufgehobenen – § 13 BORA verwiesen, der sogar das Erwirken eines Versäumnisurteils gegen einen Kollegen unter bestimmten benannten Voraussetzungen untersagte. Vergleichbares gibt es für den angestellten Juristen, den Syndikus, nicht. Und es ist auch *ausschließlich* § 46 BRAO, der überhaupt Regelungen für den angestellten Rechtsanwalt normiert, und wesentlicher Regelungsgehalt ist insoweit nur, dass zur Wahrung der sich aus § 1 der BRAO ergebenden Unabhängigkeitspflicht des

Rechtsanwalts als neutralem Organ der Rechtspflege der in einem Dienst- oder ähnlichem Beschäftigungsverhältnis stehende Rechtsanwalt für seinen Arbeitgeber nicht tätig werden darf, als das Auftreten vor Gericht oder bei Schiedsgerichten betroffen ist. Eine weitere inhaltliche Ausgestaltung erfährt der Begriff durch den Gesetzgeber nicht. Es wird nicht feststellbar sein, warum der Gesetzgeber ein Handeln nicht für nötig hält. Dies mag an der bereits zuvor erwähnten Eigenverantwortung der Unternehmen liegen, die den Gesetzgeber von der Setzung entsprechender Normen für den Syndikus abhält. Erkennbar ist aber, dass der Gesetzgeber Recht und Rechtsberatung in fast ausschließlichem Maße aus dem Blickwinkel der Rechtsberatung durch Freiberufler und zudem ausgerichtet auf die Prozessführung zu sehen scheint. Der Gesetzgeber hat damit seine Perspektive auf den Rechtsanwalt als das „neutrale Organ der Rechtspflege“ gerichtet, und denkbar ist, dass auf einen Wandel der Rechtswirklichkeit durch den Gesetzgeber noch nicht reagiert wurde.

2.2.2 Rechtsprechung

Korrespondierend zu der oben (Kapitel 2.1.2) getroffenen Feststellung beschäftigt sich die Rechtsprechung auch bei

den Begriffen ‚Syndikusanwalt‘ oder ‚Syndikus‘ in ganz überwiegendem Maße mit Fragen, die einen engen Bezug zum Berufsrecht aufweisen²⁵. Jedenfalls ergeben sich aus der Rechtsprechung keine Leitlinien dafür, wie ein in einem Unternehmen als interner Rechtsberater angestellter Jurist organisatorisch oder arbeitsinhaltlich positioniert sein sollte.

2.2.3 Literatur

Die Literatur hilft auch an dieser Stelle nicht mit Definitionen weiter, es gibt keine. Nach *Hamacher* spricht beim Syndikus vieles für ein diffuses Berufsbild insgesamt²⁶. Untersuchungen über den ‚Syndikusanwalt‘ konzentrieren sich in aller Regel auf Fragen des Berufsrechts, also zu Problemen im Schnittpunkt zwischen der Tätigkeit als Rechtsanwalt und der unselbständigen Anstellung in dem auf Dauer angelegten

²⁵ so anstelle vieler Beispiele etwa in 2004: LSG für das Land NRW, 4. Senat, Urteil vom 19.03.2004; in 2003: BGH, Senat für Anwaltssachen, Beschluss vom 13.01.2003; in 2002: Anwaltsgerichtshof Hamburg, Beschluss vom 03.09.2002

²⁶ *Hamacher, P.*: „Der Syndikusanwalt“ in DAV-Ratgeber für junge Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, 10. Aufl., Berlin 2004, S. 105 ff.

Beschäftigungsverhältnis²⁷. *Quast* beispielsweise vergleicht die Rechtsstellung der Unternehmensjuristen in der Europäischen Union, stellt aber auch bereits eingangs seiner Arbeit fest, dass die Bezeichnungen Syndikus oder Justitiar nicht legaldefiniert sind²⁸. *Hartmann*²⁹ widmet immerhin ein ganzes Kapitel seiner Übersichtsdarstellung zu den juristischen Berufsbildern in der Wirtschaft dem Thema „*Juristen in der Industrie*“, konzentriert sich aber im Wesentlichen auf allgemeiner gehaltene Beschreibungen einzelner Tätigkeitsbereiche wie etwa dem Personalwesen. *Endrös/Waltl*³⁰ stellen in ihren Ausführungen vornehmlich auf den nicht angestellten Rechtsanwalt ab, der als Mandat die Beratung eines Unternehmens übernimmt. Eine Definition des Syndikusbegriffes erfolgt nicht. Wie oben (Kapitel 2.1.3) bereits erläutert, ist dies auch den Aufsätzen von *Schardey* und *Neumann* nicht zu entnehmen. Detaillierte Gedanken verfolgte *Schwung* Mitte der 90er

²⁷ *Huff, M. W.*: „Der Rechtsanwalt und sein „nichtanwaltschaftlicher“ Arbeitgeber“ in NJW, Heft 36/2005, Editorial

²⁸ *Quast, I.*: Die Rechtsstellung des Unternehmensjuristen in der Europäischen Union, Bonn 2001, S. 19, S. 30 f.

²⁹ *Hartmann*, S. 36 ff.

³⁰ *Endrös, A./Waltl, P.*: Der Wirtschaftsanwalt, München 1995, S. 78 ff.

Jahre in seinem im Anwaltsblatt publizierten Aufsatz mit dem Titel „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“³¹. Dabei verweist er aber bereits einleitend darauf, dass seine Ausführungen teilweise bewusst allgemein gehalten sind und „für jeden Inhouse-Dienstleister zutreffen, wie etwa den Berater aus der Corporate-Finance-Abteilung oder den angestellten Versicherungsfachmann.“³² Aufgrund der damals aktuellen Debatte um die Neufassung der §§ 45, 46 BRAO³³ sah dann aber auch *Schwung* eine recht umfassende Notwendigkeit, auf Fragen des Standesrechts einzugehen. Diesen Bezug zu standesrechtlichen Fragen lässt *Schwung* auch erkennen, wenn er den Syndikus als das sich selbständig regende Unternehmensgewissen deutet, das fast abstrakt der „Wahrung des Rechts“ dient³⁴. Eine wissenschaftliche

³¹ *Schwung*, S.: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 182-189

³² *Schwung*, S.: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 182

³³ Neufassung der §§ 45, 46 BRAO vom 02.09.1994, BGBl. I 1994, 2278

³⁴ *Schwung*, S.: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 184

Auseinandersetzung mit dem Thema ‚Syndikus‘ liegt nicht vor. Dabei gilt der Syndikusanwalt grundsätzlich schon früh als anerkannt. *Kalsbach*³⁵ etwa verweist dabei auf die historische Herleitung und führt an: *„Das Institut [sic!] des Syndikus-Anwalts ist entstanden aus der wirtschaftlichen Entwicklung, die eine Anpassung an ihre Situation auch von dem Standpunkt her verlangte, dass es in der Leitung wirtschaftlicher Unternehmungen und Verbände gerade auf die Verwertung und Nutzbarmachung von amtlichen Kenntnissen und Erfahrungen ankommt und zwar in der Weise, dass um der Zuverlässigkeit der Ergebnisse der Bearbeitung ihrer rechtlichen Fragen willen diese Aufgabe Rechtsanwälten anvertraut wird, die ihre Rechtskenntnisse in Verbindung von Struktur und Aufgaben des Unternehmens [...] besser einsetzen können, als wenn sie nur außerhalb stehen würden.“* *Kalsbach* stellt damit zunächst auf das klassische Anwaltsbild in einem Unternehmen ab, und tatsächlich ist die zentrale Frage in seinen Ausführungen die nach der Unabhängigkeit des angestellten Anwalts von seinem Arbeitgeber. Die darüber hinaus aufgeworfene Behauptung, der Syndikusanwalt sei

³⁵ *Kalsbach, W.:* Das Standsrecht des Rechtsanwalts, Köln 1956, S. 50

stets in einer Leitungsfunktion eingesetzt, wird sich heute derart einfach nicht mehr bestätigt finden, denn die Ausgestaltung des Berufsbildes eines Unternehmensjuristen hat sich seit den Ausführungen *Kalsbachs* soweit gewandelt, dass heute bereits eine durchgängig vertretene Ansicht dazu der Literatur nicht mehr zu entnehmen ist. Zwar schreibt etwa das Arbeitsamt ein eigenes Berufsbild „*Syndikus-Anwalt/-Anwältin (Uni)*“ aus³⁶, andere Veröffentlichungen verweisen auf die Notwendigkeit zur Befähigung zum Richteramt, des weiteren darauf, dass Syndikusanwälte eine besonders qualifizierte Gruppe innerhalb der Anwaltschaft darstellen, meist mit überdurchschnittlichen Examina und hoher Promotionsquote³⁷. Leitungsfunktionen oder gar die Zulassung zur Anwaltschaft sind hier schon nicht mehr als Primärqualifikation zu finden. Weniger noch: neben diesen allgemeinen und für die Erläuterung der Arbeitsweise eines Syndikus’ nicht hilfreichen Ausführungen ergeben sich allein schon bei nur der Abgrenzung des Begriffs Syndikus

³⁶ womit sich die Frage stellt, ob es auch einen Syndikus-Anwalt (FH) oder gar (BA) geben mag. Diese Frage beantwortet das Arbeitsamt nicht.

³⁷ <http://www.wiwo.de/>

zu Syndikusanwalt in der entsprechenden Literatur erhebliche Differenzen. *Bissel* spricht in diesem Zusammenhang davon, dass der Syndikus ein geprüfter Rechtskundiger ist, der in einem ständigen Dienstverhältnis steht; durch die Zulassung zur Anwaltschaft wird nach der Auffassung *Bissels* der Syndikus zum Syndikusanwalt³⁸. Die bis zum Erscheinen *Henning's* Benchmark-Reports 2005 über Jahre einzigartige Untersuchung zum „Berufsbild des Syndikusanwalts“ ist die von *Hommerich/Prütting*. Mit ihrer Arbeit haben *Hommerich/Prütting* den Grundstein für die Erforschung des Berufsbildes der Syndikusanwälte gelegt. Aber vergleichbar zum Benchmarking-Report 2005 stellt auch diese Untersuchung im Wesentlichen eine Zusammenstellung von Kennzahlen dar, und so findet man in dem Werk keine Abgrenzung oder Definition des Begriffs Syndikusanwalt. Vielmehr wird schon im Vorwort allgemein formuliert, dass seit jeher der Syndikusanwalt in Deutschland der bei einem Unternehmen oder Verband als Angestellter tätige Rechtsanwalt ist, dem von seinem Arbeitgeber ein Spielraum für eine eigenständige anwaltliche Tätigkeit eingeräumt ist. Dies mag für den

³⁸ *Bissel*, S. 15 f.

Syndikusanwalt stimmen, in der Untersuchung selbst aber sprechen *Hommerich/Prütting* durchgängig und ohne Differenzierung über den Syndikus, den Unternehmenssyndikus und den Syndikusanwalt. *Quast* indes spricht bereits im Titel seiner Untersuchung allgemein vom Unternehmensjuristen, wohingegen *Endrös/Waltl* in ihrem Leitfaden für angehende Juristen allgemein auf den Wirtschaftsjuristen abstellen³⁹. Diese Vielfalt schon nur an Namensbegrifflichkeiten zu dem Thema zeigt, dass eine einheitliche Definition bislang nicht geleistet wurde.

2.3 Rechtsabteilung und Syndikus im Mittelstand

In den vorangegangenen Kapiteln wurde festgestellt, dass eine allgemein gültige Definition für den Begriff ‚Syndikus‘ ebenso wenig wie für den Begriff ‚Rechtsabteilung‘ existiert. Beide Begriffe werden unter der Annahme verwendet, dass die Bedeutung bekannt ist. Mit Blick auf die dargestellte Vielfalt an ähnlichen Begriffen erscheint es aber notwendig, eine klare Abgrenzung zu schaffen. Nachfolgend soll dies für den Fortgang dieser Arbeit geschehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es nicht Ziel ist, eine jedem Ansatz standhaltende Nominaldefinition der

³⁹ *Endrös/Waltl*, S. 78 ff.

beiden Begriffe zu finden. Für den Fortgang der vorliegenden Untersuchung erfolgt vielmehr gemäß dem Titel der Arbeit eine ganz konkrete Fokussierung auf den Mittelstand, und innerhalb des Mittelstandes erneut eine Sub-Fokussierung auf die IT-Branche. Nicht Gegenstand der Betrachtung ist dabei die von der Literatur und Rechtsprechung intensiv diskutierte berufsrechtliche Frage, nämlich, wie es der zur Anwaltschaft zugelassene Syndikusanwalt schaffen kann, sich – kurz formuliert – mittels geeigneter organisatorischer Maßnahmen als Rechtsanwalt *im* Unternehmen und zugleich als Rechtsanwalt *des* Unternehmens zu positionieren⁴⁰.

2.3.1 Mittelstand und mittelständische IT-Branche

Bevor im weiteren Gang der Untersuchung auf die Besonderheiten der Rechtsabteilung und des Syndikus' im Mittelstand eingegangen werden kann, bedarf es einer Erläuterung, was in dieser Arbeit unter Mittelstand überhaupt gemeint ist. Zunächst: der Mittelstand hat eine volkswirtschaftlich unbestritten große Bedeutung. Für die

⁴⁰ dazu *Dolmans, M., Eichler, H., Müller-Ibold, T.*, „Die Sicherung des 'Legal Privilege' im Gemeinschaftsrecht“ in *AnwBl.* 1999, S. 493

Mikro-, klein- und mittelgroßen Unternehmen⁴¹ etwa verweist die Europäische Kommission auf ihren Websites⁴² auf die Tatsache, dass zu dieser Gruppe von Unternehmen annähernd 99% aller Unternehmen in der EU gehören, dass die KMU etwa 65 Millionen Arbeitsplätze bieten und nachgewiesen eine herausragende Rolle für unternehmerische Initiative und Innovation darstellen. Die EU-Kommission hat erstmals am 06. April 1996 eine Definition⁴³ betreffend die kleinen und mittleren Unternehmen verbreitet, die im Überarbeitungsstand 08. Mai 2003 folgende Schwellenwerte aufweist:

Unternehmenskategorie	Zahl der Mitarbeiter	Umsatz	oder	Bilanzsumme
mittelgroß	< 250	= € 50 Millionen		= € 43 Millionen
klein	< 50	= € 10 Millionen		= € 10 Millionen
mikro	< 10	= € 2 Millionen		= € 2 Millionen

⁴¹ auch allgemein als KMU, in neuerer Zeit als Anglizismus auch mit SME für Small and Mid-Sized Enterprises bezeichnet

⁴² abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/index_de.htm

⁴³ aufbauend auf der Empfehlung des Rates 96/280/EG

Abbildung 1: offizielle Tabelle der EU-Kommission

Ähnlich, allein mit abweichenden Schwellenwerten, klassifiziert auch das ‚Institut für Mittelstandsforschung‘ (IfM).

Unternehmensgröße	Zahl der Beschäftigten	Umsatz € / Jahr
Klein	bis 9	=1 € Million
mittel	10 bis 499	1 =50 Millionen
Groß	500 und mehr	< € 50 Millionen

Abbildung 2: Tabelle des IfM (Quelle: IfM, Bonn)

Zugleich weist das IfM aber darauf hin, dass neben der Strukturierung nach reinen Merkmalen wie „Umsatz“ oder „Zahl der Beschäftigten“ auch weitere qualitative Erklärungs- und Beschreibungsmerkmale einzubeziehen sein können: *„In general, other characteristics of the enterprise such as production method or market share could also be used as defining criteria“*.⁴⁴ Eine weitere Einteilung für Unternehmensgrößen, allerdings auf die Kapitalgesellschaften bezogen, lässt sich aus § 267 HGB ablesen, hergeleitet ebenfalls über Grenz- bzw. Schwellenwerte. Es mag für den Gang der Untersuchung

⁴⁴ *Günterberg, B./Kayser, G.: „SME in Germany, Facts and Figures 2004, IfM-Materialien Nr. 161“, Bonn 2004, S. 2*

offen bleiben, bei welchen exakten Schwellenwerten ein Unternehmen den Schritt vom kleinen zum mittelgroßen, vom mittelgroßen zum großen Unternehmen macht. Neben den aufgezeigten harten Faktoren (quantitative Elemente) sind nämlich übereinstimmend mit den Ausführungen des IfM sicherlich weitere als solche zu bezeichnende weiche (qualitative) Faktoren zu berücksichtigen, und hier insbesondere auch solche der Einflussnahmemöglichkeiten eines Unternehmensgründers. Das IfM führt dazu aus⁴⁵:
„The central (qualitative) characteristics of the “Mittelstand“ focuses at the coherence between enterprise (professional office resp.) and owner. This is crucial for the understanding of what “Mittelstand” means.” Dieser Ansatz, nach dem maßgeblich auf die Einflussnahme der Unternehmensgründer abgestellt wird, liegt auch dem GEX⁴⁶ als neuem Mittelstandsindex für so genannte ‚Entrepreneurial Firms‘ am deutschen Börsenmarkt zugrunde. Wesentliches Zugangskriterium zu dem Index ist eine mittelständische Unternehmenskultur: die

⁴⁵ Günterberg, B./Kayser, G., ebenda, S. 1

⁴⁶ Mittelstandsindex der Deutsche Börse AG, im Handel seit Anfang 2005

Unternehmensleitung muss zugleich auch maßgeblicher Miteigentümer sein, weswegen bei den GEX-Unternehmen Vorstände, Aufsichtsratsmitglieder oder deren Familien zwischen 25 und 75 Prozent der Stimmrechte besitzen müssen. Der Börsengang dieser Unternehmen darf nicht länger als zehn Jahre zurück liegen, auch wenn es sich um etablierte Firmen handelt⁴⁷. Wenn nachfolgend vom mittelständischen Unternehmen die Rede ist, dann soll damit unter nur grundsätzlicher Berücksichtigung oben benannter bilanzieller Kennziffern, der Anzahl der Arbeitnehmer oder auch der gewählten Rechtsform stets dasjenige Unternehmen gemeint sein, das eine mittelständische *Unternehmenskultur* besitzt oder bewahrt hat, also auch bei eventuell bestehenden konzernähnlichen Strukturen weiterhin dem Unternehmensgründer unmittelbar oder zumindest mittelbar Möglichkeiten der Einflussnahme lässt, die der Unternehmensgründer auch zur Vorgabe von strategischen und im Einzelfall operativen Entscheidungen nutzt. In der Gruppe der so definierten mittelständischen Unternehmen ist die IT-Branche wiederum in beachtlicher Stärke vertreten, denn die IT-Branche ist in ganz

⁴⁷ Deutsche Börse AG, www.deutsche-boerse.de

besonderem Umfang eine mittelständische Branche⁴⁸. Dies liegt zum einen an dem jungen Durchschnittsalter der gesamten Branche und der damit verknüpften Involvierung der Unternehmensgründer in das Unternehmensgeschehen. Es liegt zum anderen aber auch an der Vielzahl von Neugründungen in den vergangenen Jahren, bei denen viele Unternehmen den Schritt vom Start-Up hin zum mittelständischen Unternehmen geschafft haben⁴⁹.

2.3.2 Die Rechtsabteilung im Mittelstand

Kommen wir zurück zur Rechtsabteilung im Mittelstand. Womit beschäftigt sich eine Rechtsabteilung im Mittelstand, wie ist sie organisiert? Diese Fragen sind zu klären, wenn eine Definition für die Rechtsabteilung in einem mittelständischen Unternehmen gefunden werden soll. Soweit die wenige vorhandene Literatur überhaupt Antworten auf die eingangs gestellten Fragen liefert, sind diese völlig unterschiedlich: vereinzelt wird global

⁴⁸ von den in der IT-Branche deutschlandweit beschäftigten Arbeitnehmern ist fast jeder dritte in einem mittelständischen Unternehmen beschäftigt; vgl. dazu: http://www.bitkom.org/de/themen_gremien/17851_2670.aspx

⁴⁹ *Bindewald, A.* in: Mittelstandsmonitor, Frankfurt/Main 2004, S. 46

behauptet, eine interne Rechtsabteilung decke grundsätzlich sämtlichen Beratungsbedarf eines Unternehmens ab; ausgenommen von dieser globalen Tätigkeit sei allein die steuerliche Beratung⁵⁰. In der Regel wird aber weitaus differenzierter vorgetragen. Die Untersuchungen von *Hommerich/Pritting* und *Henning* zu dem Thema beispielsweise verdeutlichen, dass einerseits zwar die Rechtsabteilungen heute in starkem Umfang in sämtliche unternehmensrelevanten Thematiken beratend eingebunden sind, andererseits nicht aber die Beratung vollständig alleine durchführen. Diese differenzierte Sichtweise spricht gegen die oben benannte global orientierte Darstellung, dass Rechtsabteilungen den gesamten Beratungsbedarf tatsächlich selbst abdecken. Es liegt auch auf der Hand, dass Rechtsabteilungen abhängig von der Branche, innerhalb derer ihr Unternehmen tätig ist, eine Vielzahl unterschiedlicher juristischer Themen abdecken, nämlich insbesondere die für die jeweilige Branche typischen

⁵⁰ *Schardey, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 401; identisch trägt einleitend *Hommerich* vor, der dann in den anschließenden Kapitel jedoch sehr stark differenziert, in: *Hommerich, C./Pritting, H.*: *Das Berufsbild des Syndikusanwalts*, Bonn 1998, S. 57

Schwerpunktthemen. Bei der Frage, was eine Rechtsabteilung ist, muss aber noch stärker zum einen nach *Inhalten*, zum anderen nach *Rollen gefragt werden*, die von der Rechtsabteilung übernommen werden.

2.3.2.1 Arbeitsinhalte einer Rechtsabteilung

Die Arbeitsinhalte einer Rechtsabteilung sind die Aufgaben und Themen, die von ihr wahrgenommen werden. *Kolvenbach*⁵¹ listet umfangreich auf und benennt: *„Eintragungen im Handelsregister; Firmierungen; Verfahrensregeln bei gesetzlich vorgeschriebenen Versammlungen; Festlegung der allgemeinen Geschäftsbedingungen; gerichtliche Durchsetzung von Forderungen; arbeitsrechtliche Fragen; Kartellrecht; Verwaltungsrecht; Steuerrecht; juristische Implikationen von Werbekampagnen; Patente; Schutzmarken und Geschmacksmuster; Lizenz- und Kooperationsvereinbarungen; Beratungsverträge; Versicherungsfragen; zivil- und strafrechtliche Aspekte von Transport- und Verkehrsangelegenheiten;*

⁵¹ *Kolvenbach, W.:* The Company Legal Department: Its Role, Function and Organization, Deventer 1979, S. 86 (vom Verfasser in das Deutsche übersetzt)

Grundstücksrecht; Berichterstattung über Gesetzgebung, Forschung und Rechtsprechung in unternehmensrechtlich relevanten Fragen; Dokumentation über Unternehmensrecht und Vereinbarungen.“ Diese Liste ist sicherlich korrekt, aber dennoch nicht aussagekräftig: letztlich stellt sie nur eine mehr oder minder vollständige Aufzählung der möglichen rechtlich relevanten Tätigkeiten innerhalb eines jeden Unternehmens dar. In diese Themen dürfte (und sollte) eine Rechtsabteilung denklogisch immer involviert sein. Interessanter erscheint daher die Frage nach der einer eventuellen Rangreihenfolge, einem Ranking, welche Tätigkeiten primär selbst ausgeführt werden, und welche Themen nur begleitet werden, beispielsweise durch Vergabe an eine externe Rechtsanwaltskanzlei. In einer 1986 in Großbritannien durchgeführten Untersuchung⁵² nennen die dort befragten Rechtsabteilungen als Schwerpunkt ihrer Tätigkeit Vertragsangelegenheiten. Damit wird das Thema Vertragsrecht dort als Prioritätsthema qualifiziert. Eine ebensolche Aussage ist der Untersuchung von *Henning* zu entnehmen. Zwar werden

⁵² *HAY Group* (Hrsg.): *Survey of Pay and Benefits. Solicitors in Commerce and Industry*, London 1986, S. 38 f.

von den Befragten auch hier praktisch alle denkbaren Rechtsbereiche⁵³ aufgezählt. Berücksichtigt man bei diesen Aufzählungen aber die Intensität, die einzelne Rechtsgebiete auf den Arbeitsalltag der Rechtsabteilungen haben, so steht das Allgemeine Vertragsrecht an erster Stelle. Gemeint sind damit vertragsrechtliche Fragestellungen aus den Bereichen, die zum Leistungs- und Angebotsportfolio eines Unternehmens gehören. Allgemeines Vertragsrecht ist also die Betreuung im weitesten Sinne solcher Verträge, mit denen ein Unternehmen seine Produkte und Leistungen am Markt anbietet und das für die Erstellung seiner Produkte und Leistungen Notwendige am Markt einkauft. Zum Allgemeinen Vertragsrecht gehört das Erstellen und Verhandeln von Verträgen sowie die dann anschließende Betreuung des Vertrages, wenn sich diesbezüglich inhaltliche Rückfragen ergeben. Dass das Allgemeine Vertragsrecht als Prioritätsthema verstanden wird, ist nicht überraschend und kann nicht einfach als „Brot-und-Butter-

⁵³ Henning, S. 40

*Geschäft der Inhouse-Juristen*⁵⁴ verstanden werden, denn in der Regel verdienen Unternehmen ihr Geld gerade mit dem Verkaufen der eigenen Produkte und Leistungen am Markt. Also muss die juristische Betreuung dieser Tätigkeit wesentliches Betätigungsfeld der Rechtsabteilung für das eigene Unternehmen sein. Weitere wichtige Arbeitsinhalte der Rechtsabteilungen sind zudem das Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Corporate Governance, M&A, Aktienrecht). Im Vergleich der Untersuchungen von *Hommerich/Priütting* und *Henning* ist zu erkennen, dass hier offensichtlich innerhalb der letzten Dekade eine Verschiebung eingetreten ist: zwar ist das Vertragsrecht weiterhin an erster Stelle der Arbeitsbelastung stehend, zugleich holt jedoch das Kapitalmarktrecht erheblich auf. Hier zeigt sich die Bewahrheitung jener in der Einführung dieser Arbeit getroffenen Aussage, nach der sich gerade die börsennotierten Unternehmen in den letzten Jahren einer ganzen Vielzahl von gesetzlichen Neuerungen ausgesetzt sehen; diese gesetzlichen Neuerungen erfordern ihren Platz

⁵⁴ *Jatzkowski, A.*: „Vorhersage: heiter bis wolzig. Umfrage bei Inhouse-Juristen zeigt Umsatzpotenzial für Kanzleien auf“ in *Juve Rechtsmarkt*, 10/2005, S. 40

in den Arbeitsinhalten der Rechtsabteilungen: besondere Belastungen ergeben sich – der Reihe nach – aus dem AnSVG (+60%), dem UMAG (+48%), dem BilReG und dem BilKOG (jeweils +20%), und zuletzt dem KapMuG (+18%). Die besondere Bedeutung des Allgemeinen Vertragsrechts für die Arbeitsinhalte einer Rechtsabteilung jedoch wird aus einer weiteren Sichtweise heraus deutlich. Aktuelle Untersuchungen⁵⁵ zeigen, dass bei erwarteter *steigender* Arbeitsbelastung im Themenbereich Allgemeines Vertragsrecht zugleich eine *Verringerung* der Outsourcingquote erwartet wird. Es werden also trotz steigender Arbeitsbelastung insgesamt weniger externe Berater mit der Betreuung dieser Arbeitsinhalte beauftragt. Zwar werden auch bei anderen Arbeitsinhalten, etwa dem Kapitalmarktrecht oder dem Prozessrecht, künftig steigende Arbeitsbelastungen erwartet, zugleich steigt dort aber in allen Fällen die geplante Outsourcingquote an, teilweise signifikant. Interessant ist insoweit die auch von *Henning* festgestellte Relation beim Kartellrecht: bei einer erwarteten Mehrbelastung von 49% im Vergleich zum Vorjahreszeitraum stieg die Outsourcingquote um 19% an.

⁵⁵ so bei *Jatzkowski, A.*, ebenda, S. 40 f.

Beim Thema Allgemeines Vertragsrecht wird eine noch deutlichere Steigerung der Arbeitsbelastung erwartet (50%), zugleich aber wird ein Sinken der Outsourcingquote um 3% prognostiziert⁵⁶. Dies verdeutlicht erneut die besondere Bedeutung des Allgemeinen Vertragsrechts für die Arbeit einer Rechtsabteilung. Zu erkennen ist nach alledem, dass sich die Arbeitsinhalte von Rechtsabteilungen einerseits als sehr vielschichtig darstellen. Andererseits werden aber längst nicht alle Themen allein oder unmittelbar von der Rechtsabteilung betreut. Das Gegenteil ist der Fall, denn es sind Rangfolgen innerhalb der Arbeitsinhalte zu erkennen. Dabei kommt dem Allgemeinen Vertragsrecht als Arbeitsinhalt eine besonders hohe Bedeutung zu, und dieses Thema ist insofern als zentraler Arbeitsinhalt einer Rechtsabteilung zu verstehen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass beide Untersuchungen, die von *Hommerich/Prütting* ebenso wie die von *Henning*, sich gerade nicht mit dem Mittelstand beschäftigt haben. Ihren Untersuchungsschwerpunkt haben beide Untersuchungen

⁵⁶ *Henning*, S. 40 f., S. 78 f.

auf Großunternehmen gerichtet⁵⁷: bei der Untersuchung von *Henning* ergibt sich, dass über 50% der befragten Unternehmen im Jahre 2004 mehr als 20.000 Mitarbeiter beschäftigen; zugleich erzielten mehr als 80% der befragten Unternehmen im untersuchten Zeitraum 2004 mehr als 2 Milliarden € Jahresumsatz. Dies ist nach den oben (Kapitel 2.3.1) getroffenen Feststellungen erkennbar nicht mehr Mittelstand im Sinne dieser Arbeit. Dennoch gilt als argumentum a maiore ad minus gerade für den Mittelstand, dass sich die Rechtsabteilung dort zwar mit einer ganzen Reihe von Themen auseinandersetzt, dabei aber nicht eine allumfassende eigene Rechtsberatung anbieten kann. Wenn schon Großunternehmen einzelne Leistungen nach Extern vergeben, dann muss dies für den Mittelstand erst recht gelten. Auch für den Mittelstand gilt also, dass die oben zitierte⁵⁸ globale Sichtweise nicht zutreffen kann; eine Rechtsabteilung deckt *nicht* sämtlichen Beratungsbedarf

⁵⁷ für die Untersuchung von *Henning* ist die Zielgruppe als die „Fortune 150“ in Deutschland definiert; bei *Hommerich/Prütting* ist dies zwar nicht expressis verbis definiert, schon aus dem Vorwort ergeben sich jedoch unmittelbare Bezugnahmen auf deutsche Weltunternehmen von der AUDI AG bis zur Volkswagen AG

⁵⁸ siehe oben, Fn. 50

eines Unternehmens eigenständig ab. Vielmehr gilt für den Mittelstand noch mehr, dass sich dort mit den vorhandenen Kapazitäten auf einzelne Kernthemen konzentriert wird, und andere Themen dem Outsourcing zugeführt werden. Unter welchen Gesichtspunkten eine solche Aufteilung erfolgen kann, wird später in dieser Arbeit⁵⁹ untersucht werden. Zunächst ist aber zu klären, welche Rolle eine Rechtsabteilung innerhalb ihres Unternehmens überhaupt einnimmt, wie also eine Rechtsabteilung ihre Arbeitsinhalte überhaupt ausführen kann.

2.3.2.2 Rollen einer Rechtsabteilung

Auch bei der Frage nach der Rolle einer Rechtsabteilung bietet es sich an, auf Grundlage der vorhandenen Untersuchungen zunächst einen Blick auf die Situation in den Großunternehmen zu werfen und dann einen Vergleich mit den Besonderheiten des Mittelstandes zu ziehen. *Hartmann* beispielsweise präsentiert die Struktur der Rechtsabteilung eines Energiekonzerns⁶⁰. Diese Rechtsabteilung ist seit Jahren etabliert und betreibt drei zentrale *Arbeitsbereiche* (Öffentliches Recht, Privatrecht,

⁵⁹ vgl. dazu Kapitel 3.4 ff.

⁶⁰ nach dem Beispiel von *Hartmann*, S. 58

Konzernrecht) sowie zwischen weiteren drei und sechs an diese Arbeitsbereiche berichtende konkrete Arbeitsgebiete. Hinzu kommt ein *Hauptstadtbüro*. Noch stärker diversifiziert ist die Commerzbank-Rechtsabteilung strukturiert: neben insgesamt sieben Fachbereichen gibt es Büros in London und New York. Es werden fast 80 Juristen beschäftigt⁶¹. Rechtsabteilungen, die solch umfassende Strukturierungen und Gliederungen aufweisen, können und müssen tiefgehend und umfassend spezielle Fragen zu den jeweiligen Arbeitsgebieten beantworten können. Dies ist gerade der Sinn einer derart diversifizierten Aufstellung. Entsprechend trägt beispielsweise der Chefsyndikus der Deutschen Lufthansa AG, *von Ruckteschell*, für seine konzernweiten Rechtsabteilungen als Motto vor: „*Alles wissen und spezifische Fragen beherrschen*“⁶². Dem gegenüber wird die Rechtsabteilung eines mittelständischen Unternehmens dies nicht in vergleichbarer Art und Weise schaffen können, da sie über ganz andere, da naturgemäß

⁶¹ *Neumann, A.*: „Frankfurter Sechs-Tage-Rennen“ in *Juve Rechtsmarkt* 02/2006, S. 20

⁶² so *von Ruckteschell, N. I.* in „Die Konzernrechtsabteilung“, Vortrag auf den Unternehmensjuristentagen 2006, 22.02.2006, Berlin

geringere Ressourcen verfügt, sei es beispielsweise beim Budget im Allgemeinen, sei es beispielsweise beim Personal im Speziellen. Die Art und Weise der Betreuung zuvor⁶³ aufgezeigter Arbeitsinhalte ist im Mittelstand demnach eine andere. Weit weniger als in den hoch spezialisierten und diversifizierten Rechtsabteilungen der Großunternehmen können sich mittelständische Rechtsabteilungen nur in ganz wenigen Themenschwerpunkten als Anbieter von Spezialwissen aufstellen. Dies ist nur in den für den operativen Unternehmenserfolg maßgeblichen Themen denkbar⁶⁴. Mittelständische Rechtsabteilungen müssen für eine Vielzahl von Spezialfragen externe Unterstützung in Anspruch nehmen⁶⁵. Diese Unterstützung wird nach in der Literatur überwiegend vertretener und in der Realität wohl auch bestätigter Ansicht⁶⁶ vornehmlich im Zusammenhang mit hochkomplexen und/oder risikoreichen Geschäftsvorfällen in Anspruch genommen, bei denen das

⁶³ Kapitel 2.3.2.1

⁶⁴ vgl. erneut Kapitel 3.4 ff.

⁶⁵ *Endrös/Waltl*, S. 81. ff.

⁶⁶ *Schardey, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S.

Entscheidungsrisiko nicht allein der internen Rechtsabteilung aufgebürdet bleiben soll. Dies sind beispielsweise Aktivitäten wie Akquisitionen oder auch Kapitalmarkttransaktionen, die nicht zum täglichen operativen Geschäftsablauf gehören und ein weitergehendes Spezialwissen notwendigerweise voraussetzen. Damit wird die Rechtsabteilung im Mittelstand in besonderem Maße als Koordinator für externe juristische Unterstützung tätig werden. Anfallende Problemstellungen, die intern nicht bearbeitet werden können oder bearbeitet werden wollen⁶⁷, müssen unter Beachtung einer Vielzahl von Parametern extern vergeben und koordiniert werden⁶⁸. Zu beachtende Parameter sind neben Zeitvorgaben vor allem auch Budgetrestriktionen. Um diese Rolle des Mittlers zwischen internem Beratungsbedarf einerseits, externem Beratungsangebot andererseits bestmöglich wahrnehmen zu können, haben sich unterschiedliche Strategien etabliert. Im Wesentlichen stehen dabei zwei Alternativmodelle zur Diskussion: einerseits die auf Dauer angelegte Betreuung eines Unternehmens durch eine Großkanzlei, die meist

⁶⁷ Schardey, J., ebenda

⁶⁸ Hommerich/Pritting, S. 74 m.w.N.

international aufgestellt ist und daher ebenso wie das von ihr beratene Unternehmen auf internationaler Ebene anfallende Rechtsfragen durch eigene Spezialisten bedienen kann. Dem steht als Alternative die bedarfsgerechte Auswahl jeweils eines Spezialisten für ein Thema gegenüber. Der Vorteil bei der ersten Variante liegt insbesondere darin, dass eine (Groß-)Kanzlei das sie beauftragende Unternehmen nicht nur dauerhaft betreut, sondern diese dauerhafte Betreuung auch über alle Rechtsgebiete erfolgen kann. Hinzu kommt der Vorteil, dass auch bei wachsendem Beratungsbedarf innerhalb des Unternehmens, etwa aufgrund von Wachstum oder neuen Geschäftsfeldern, der Beratungsbedarf typischerweise durch diese Kanzlei abgedeckt werden kann. Der Vorteil der zweiten Alternative besteht darin, dass tatsächliche Spezialisten für ihre jeweiligen Fachgebiete ausgesucht werden und dann individuell für den Einzelfall Einsatz finden. Erkennbar ist in diesem letzteren Fall das Problem, den für den eigenen Beratungsbedarf optimalen Spezialisten überhaupt zu identifizieren. Neben entsprechenden Publikationen⁶⁹ werden häufig auch so genannte Beauty-

⁶⁹ beispielsweise das seit einigen Jahren einmal jährlich aufgelegte Juve

Contests durchgeführt, also Wettbewerbe, bei denen die einzelnen Anbieter für externe juristische Beartung in einem Auswahlverfahren gegeneinander antreten.

2.3.3 Zwischenergebnis

Vor dem Hintergrund des nunmehr Festgestellten kann für den Fortgang der Arbeit die Rechtsabteilung in einem mittelständischen Unternehmen wie folgt definiert werden: die Rechtsabteilung im Mittelstand ist diejenige innerbetriebliche Organisationseinheit, die innerhalb eines mittelständischen Unternehmens für die Betreuung sämtlicher anfallender unternehmensbezogener rechtlich relevanter Fragestellungen im weitesten Sinne zuständig ist. Diese Zuständigkeit führt dazu, dass durch die Rechtsabteilung entsprechende Problemstellungen entweder durch eigene Mitarbeiter und/oder durch externe Dritte, die wiederum durch die Rechtsabteilung koordiniert sind, beantwortet werden.

Handbuch (vgl. auch Fn. 2); hierbei handelt es sich um eine umfassende, nach Themen und Regionen geordneten Übersicht und auf Umfragen basierende Bewertung zu Wirtschaftskanzleien in Deutschland und dem benachbarten Ausland.

2.3.4 Der Syndikus im Mittelstand

Es mag sich auf den ersten Blick anbieten, den Syndikus in einem mittelständischen Unternehmen als die ‚Personalisierung‘ der Rechtsabteilung zu definieren. Dies würde dazu führen, die im letzten Kapitel gefundene Definition der Rechtsabteilung kurzer Hand auch auf die einzelne Person zu beziehen, und die Person, die das sich ergebende Profil darstellt, als Syndikus im mittelständischen Unternehmen zu bezeichnen. Diese Ansicht würde der Komplexität der Aufgabenstellung, die ein Syndikus in einem mittelständischen Unternehmen zu übernehmen hat, nicht gerecht werden. Sie ließe zudem außer Betracht, dass die Rechtsabteilung gerade nicht nur aus den Syndici besteht: neuste Untersuchungen für Großunternehmen beispielsweise zeigen⁷⁰, dass dort durchschnittlich drei Syndici durch eine Assistenzkraft unterstützt werden⁷¹. Dies gilt in ähnlicher Form auch für den Mittelstand. Auch dort

⁷⁰ Henning, S. 66 f.

⁷¹ bezogen beispielsweise auf die Markenrechtsabteilung bei der Adidas-Salomon AG heißt dies: dort arbeiten 26 Mitarbeiter, von denen sechs Juristen sind; Quelle: *Albert, C., Klos, M.*: „Starke Marken made in Germany“ in *Juve Rechtsmarkt*, 08/2004, S. 38

leisten Assistenzkräfte Unterstützungsfunktionen. Sicher bietet es sich auch an, als Grundlage für die Definition des Syndikus' im Mittelstand eine „Personalisierung“ der für die Rechtsabteilung beschriebenen Situation vorzunehmen, denn die Tätigkeit des Syndikus' ist ja gerade die Ausfüllung der Arbeitsinhalte und Rollen der Rechtsabteilung durch eine Person; zugleich ist es aber auch ein qualitatives Mehr. Wie nachfolgend gezeigt werden wird, müssen in diese Definition ergänzende Komponenten integriert werden. Ausgangspunkt für die hier zu findende Definition kann die oben (Kapitel 2.2.3) nach *Kalsbach* zitierte Darstellung sein. Danach galt für den Syndikus: neben der Zulassung zur Anwaltschaft und damit dem „klassischen“ Syndikusanwalt war auch das Innehaben einer Leistungsfunktion innerhalb des Unternehmens relevantes Merkmal des Syndikus'. Diese beiden Merkmale, Anwaltszulassung und Leitungsfunktion, sind für die heutige Realität eines Syndikus' nicht mehr als beschreibende Merkmale tragfähig. Die heutige Realität sieht anders aus, es sind andere Merkmale zur Definition heraus zu arbeiten.

2.3.4.1 Wandel im Verständnis

Zuletzt wurde festgestellt, dass die Definition nach *Kalsbach* heute nicht mehr tragfähig ist. Damit stellt sich die Frage, welche Veränderung seitdem eingetreten ist, und welche Gründe es für diese Veränderung gibt. Realität ist, dass es immer weniger Themen in Unternehmen gibt, die vernünftigerweise ohne die Beratung durch den Syndikus bearbeitet werden sollten. Dass diese Aussage stimmt, zeigen schon die aus sämtlichen großen Untersuchungen zu diesem Thema hervorgehenden Aussagen, nach der durchgängig steigende Arbeitsbelastungen durch immer mehr und immer neue Themen für die Syndici erwartet werden⁷². Dies gilt auch für den Mittelstand: für ein börsennotiertes mittelständisches Unternehmen gelten beispielsweise im Bereich der Compliance identische Regeln wie für die Großunternehmen, und also ist die für die Großunternehmen getroffene Feststellung für den Mittelstand entsprechend gültig. Diese Bedeutung der Arbeit des Syndikus' könnte dafür sprechen, dass die von *Kalsbach* beschriebene Leitungsfunktion weiterhin wesentliches beschreibendes Merkmal der Tätigkeit des

⁷² dazu schon nur oben S. 24

Syndikus' ist. Tatsächlich aber ist dies nicht mehr der Fall: der Unternehmensjurist wird immer weniger als eine Leitungspersönlichkeit gefragt, der beispielsweise Mitglied in der Unternehmensführung ist. Vielmehr werden die Kenntnisse des Syndikus' in den Unternehmen als Spezialistenwissen verstanden, vergleichbar zu den Kenntnissen etwa der internen Bilanzierungsexperten. Die Unternehmensleitung greift also auf den Spezialisten zu, ohne dass der Spezialist selbst Mitglied der Unternehmensleitung ist. Der Wandel in der Wahrnehmung der Syndici in den Großunternehmen zeigt sich entsprechend, wenn man mit den Untersuchungen von *Hommerich/Prütting* und *Henning* auf die Fragestellung hin vergleicht, wie sich im Zeitablauf die interne Reportinglinie eines Chefsyndikus' entwickelt hat. Gemeint ist damit letztlich die Frage nach der organisatorischen Eingliederung des Syndikus' und der Rechtsabteilung in sein Unternehmen. Während in der Mitte der 90er Jahre (Untersuchung *Hommerich/Prütting*) noch 50% der Syndici unmittelbar dem Geschäftsführer unterstellt waren und an diesen berichteten, berichteten damals nur 5% an den Leiter

Finanzen⁷³. Anfang der 90er Jahre hält auch *Neumann* noch fest, dass wegen des wachsenden Stellenwertes der Rechtsabteilung „*der Chefjurist in der Unternehmenshierarchie nicht zu niedrig angesiedelt sein sollte*“⁷⁴. *Neumann* sieht ihn auf der zweiten Unternehmensebene, direkt an den Vorstandsvorsitzenden berichtend⁷⁵. Das Bild hat sich bis zum Jahre 2005 erheblich gewandelt. Die Studie von *Henning* belegt, dass nur noch 37% direkt an den Geschäftsführer berichten, 27% berichten nun an den Leiter Finanzen⁷⁶. Es lässt sich also belegen, dass der Syndikus im Unternehmen immer weniger Leitungsfunktionen übernimmt und zugleich auch innerhalb des Unternehmens an Leitungsrolle einbüßt. Diese Entwicklung zeigt sich auch in anderen Publikationen: in seinem Buch „Juristen in der Wirtschaft“ nennt *Hartmann* ein Kapitel entsprechend dem zuvor empirisch Belegten

⁷³ *Hommerich/Pritting*, S. 125

⁷⁴ *Neumann, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in *AnwBl.* 1991, S. 632

⁷⁵ *Neumann, J.*, ebenda

⁷⁶ *Henning*, S. 52 f.

„Von der Machtteilhabe zur Dienstleistung“⁷⁷ und verweist in seiner Untersuchung⁷⁸ darauf, dass in einem befragten Chemieunternehmen der Chefsyndikus nicht mehr, wie es früher Regel war, Mitglied des Vorstandes ist, sondern eine im Unternehmen untergeordnete Rolle einnimmt. Gleichwohl sollte auch beachtet werden, dass auch Chefsyndici selbst heute eine Rolle im Vorstand teilweise kritisch betrachten. Von Ruckteschell, Chefsyndikus der Deutschen Lufthansa AG, führt dazu aus, dass dem Syndikus als Mitglied des Vorstandes die ihm obliegende Kontrollfunktion eher problematisch fällt. Für von Ruckteschell gilt aber zugleich die Aussage: „Je näher am Vorstand umso besser.“⁷⁹ Er ist ohne jeden Zweifel anerkannter Spezialist, aber nicht anerkannte Leitungspersönlichkeit der Unternehmensspitze. Hartmann stellt die These auf, dass das Abdrängen der Syndici in Spezialgebiete zugleich die Führungsfunktion aus dem

⁷⁷ Hartmann, S. 62, insbesondere auch Kapitel 4.2.2 „Positionsverluste in den Unternehmensspitzen“

⁷⁸ Hartmann, S. 69

⁷⁹ so von Ruckteschell, N. I. in „Die Konzernrechtsabteilung“, Vortrag auf den Unternehmensjuristentagen 2006, 22.02.2006, Berlin

Tätigkeitsfeld ausblendet⁸⁰. Interessant ist dabei jedoch ein weiteres Untersuchungsergebnis: nach *Hommerich/Prütting*⁸¹ bezeichnet sich nur etwa jeder Dritte befragte Syndikus als Spezialist, über die Hälfte versteht sich als Generalist. Der Rest sieht sich in einer interessanten Doppelrolle, nämlich als Generalist und Spezialist zugleich. Auch dieses interessante Verständnis über die eigene Rolle, das Einnehmen fast einer „Zwitterrolle“, verdeutlicht die in der Einführung getroffene Feststellung, nach der Syndici heute ein Problem allein schon mit dem Eigenverständnis und dem Bewusstsein für ihre eigene Rolle im Unternehmen haben. Die Veränderung im Verständnis gegenüber den Syndici zeigt sich auch beispielhaft anhand der Entwicklung der sprachlichen Vielfalt an Bezeichnungen für gleiche oder ähnliche Berufsbilder. Der Umfang an Begrifflichkeiten für den Syndikus hat sich erheblich erweitert. Unternehmensjuristen arbeiten heute nicht mehr nur als Syndici oder Justiziare. Im Gegenteil: der Begriff des Justiziers verschwindet ebenso schnell aus dem Sprachgebrauch der Unternehmen, wie die Anzahl an

⁸⁰ *Hartmann*, S. 71, S. 140 f.

⁸¹ *Hommerich/Prütting*, S. 118

Anglizismen dort zunimmt. Syndici werden entsprechend dem ihnen entgegengebrachten Verständnis und in Abhängigkeit vom Geschäftsfeld des sie beschäftigenden Unternehmens ganz unterschiedlich titulierte, beispielsweise einfach im Sinne eines Oberbegriffs⁸² als Unternehmensjuristen⁸³, als Legal Counsel, Inhouse Counsel, Corporate Counsel oder Head of Legal.

2.3.4.2 Wandel in der Qualifikation

Parallel zum Wandel in der Wahrnehmung der Syndici innerhalb der Unternehmen ist ein Wandel in den juristischen Qualifikationen zu erkennen: neben der klassischen Qualifikation als Assessor und damit der Befähigung zum Richteramt finden sich immer neue Qualifikationen⁸⁴. Es gibt beispielsweise seit einigen Jahren den Diplom-Wirtschaftsjurist (FH). Der Diplom-Wirtschaftsjurist (FH) absolviert ein Fachhochschulstudium,

⁸² *Endrös/Waltl*, S. 80

⁸³ so findet es sich auch bei der jährlichen Veranstaltung des Euroforums, den „Unternehmensjuristentagen“; vgl. www.unternehmensjuristentage.de

⁸⁴ eine Übersicht ist abrufbar unter <http://www.azur-online.de/azhtml/alternat.html>

in dem sowohl kaufmännische als auch juristische Grundlagenkenntnisse vermittelt werden sollen. Es gibt vollständig neue Studiengänge, etwa die des Bachelor⁸⁵ für Juristen, ebenso neue Qualifikationen in den Abschlüssen, etwa der als Diplom-Jurist⁸⁶. Universitäten bieten heute Zusatz- oder Aufbaustudiengänge zum Wirtschaftsjuristen (Univ.) an. Diese Studiengänge zielen darauf, den Bedarf der Wirtschaft an „neuen“ Juristen abzudecken, die andere Qualifikationen und Merkmale mitbringen, als dies ursprünglich von *Kolvenbach* beschrieben worden war. Zu beobachten ist jedoch, dass trotz dieser breiten Fächerung an möglichen akademischen Qualifikationen die Mehrheit der Unternehmensjuristen weiterhin zu der Gruppe der

⁸⁵ Bachelor of Laws (LL.B.) beispielsweise der Hanse-Law-School, abrufbar unter www.hanse-law-school.org; ablehnend zu der Frage der Berufsqualifikation das VerwG Hamburg mit Ur. v. 30.08.2005, Az.: 2 K 5689/04

⁸⁶ an dieser Stelle ist also mit Diplom-Jurist nicht der Jurist der ehemaligen DDR gemeint, sondern der auf Grundlage einer Universitätssatzung anerkannte Titel für den Absolventen des ersten juristischen Staatsexamens, vgl. dazu auch Urteil des BVerwG vom 22.02.2002, Az.: 6 C 11/01.

Volljuristen gehört. *Hommerich/Prütting* erläutern⁸⁷, dass Wirtschaftsunternehmen als interessante Arbeitgeber bei Stellenausschreibungen für Syndici auf dem juristischen Arbeitsmarkt ein breites Bewerberspektrum haben und damit in ihrer Auswahl auf die höher qualifizierten Bewerber zurückgreifen können. Dies liegt bereits an den begrenzten Aussichten für Berufseinsteiger mit gerade abgeschlossenem Assessorexamen. Mit diesen Assessoren stehen die geringer qualifizierten Bewerber naturgemäß in Konkurrenz. Wie die Untersuchung von *Hommerich*⁸⁸ zeigte, hat sich diese These auch durch empirische Forschungen belegen lassen. Die höhere Qualifikation bezieht sich dabei sowohl auf die höhere Studienqualifikation – also beispielsweise Universität gegenüber Fachhochschule – als auch auf die besseren Studienergebnisse. Bezüglich der Studienergebnisse ist empirisch gesichert, dass 26% der Syndici Prädikatsexamina aufweisen und sogar 29% promoviert sind⁸⁹. Erinnern wir

⁸⁷ *Hommerich/Prütting*, S. 109

⁸⁸ *Hommerich*, C.: Die Anwaltschaft unter Expansionsdruck. Eine Analyse der Berufssituation junger Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Köln 1988, S. 46

⁸⁹ *Hommerich/Prütting*, S. 109 ff.

uns erneut an die Aussage von *Kalsbach* als Ausgangspunkt der Definition für den Syndikus: neben der Leitungsfunktion innerhalb des Unternehmens galt für den Syndikus die Zulassung zur Anwaltschaft als maßgebliche Beschreibung. Auch mit Blick auf die Anwaltszulassung hat sich eine erhebliche Veränderung ergeben: die in der Vergangenheit fast notwendig gewesene Verknüpfung von *Syndikus* und *Anwalt* zum Berufsbild des zur Anwaltschaft zugelassenen *Syndikusanwalts* als typisches Erscheinungsbild des Unternehmensjuristen verliert zunehmend an Bedeutung⁹⁰. Vielmehr gehen heute Unternehmen in ihrer Personalplanung sehr wohl auch vom Bild des angestellten Volljuristen aus, der zwar als Syndikus bezeichnet wird, aber ohne Zulassung zur Anwaltschaft eben kein *Syndikusanwalt* ist. *Hommerich/Prütting*⁹¹ stellen dazu

⁹⁰ Untersuchungen zeigen, dass die Tätigkeit als freier Rechtsanwalt erheblich in den Hintergrund tritt. Nach Darstellung bei *Hommerich* haben 66% der Syndikusanwälte ihre Kanzlei in den eigenen Privaträumen und unterhalten ergo kein offizielles und getrenntes Büro (*Hommerich, C., a.a.O., S. 173*). Grund für die Zulassung könnte hier demnach vor allem die attraktivere Rentenabsicherung über das Versorgungswerk sein.

⁹¹ *Hommerich/Prütting, S. 121, 122*

fest, dass in annähernd der Hälfte aller befragten Rechtsabteilungen neben zugelassenen Anwälten auch weitere, nicht zur Anwaltschaft zugelassene Volljuristen (Assessoren) beschäftigt sind. Anders als die Zulassung zur Anwaltschaft, die keine Qualifikation, sondern eben nur eine Zulassung darstellt, gewinnen Zusatzqualifikationen an Bedeutung⁹². Dabei handelt es sich zum einen um die für Volljuristen typische Zusatzqualifikation als Fachanwalt. Bei den Syndici ist dabei der Fachanwalt für Steuerrecht der am meisten vertretene Fachanwalt⁹³. Zum anderen haben für Wirtschaftsunternehmen naturgemäß Zusatzqualifikationen aus dem Bereich der Wirtschaftswissenschaften und aus dem Bereich der Ingenieurwissenschaften einen erkennbaren Mehrwert⁹⁴, abhängig vom Unternehmensprofil. Nach *Hommerich/Prütting* sind 15% der Syndici zugleich Diplom-Ingenieur, 8% können einen

⁹² gemäß Darstellung bei *Hommerich/Prütting* (S. 111 f.) haben 24 % der befragten Unternehmenssyndici eine akademische Doppel- oder Mehrfachqualifikation, davon wiederum 82 % der Befragten eine wirtschaftswissenschaftliche.

⁹³ *Hommerich/Prütting*, S. 112

⁹⁴ *Schwung*, S.: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 185

universitären Abschluss als Diplom-Kaufmann nachweisen⁹⁵.

2.3.4.3 Wandel in den Aufgaben

Richtig ist: die vorgenannten Untersuchungen und ihre Ergebnisse beziehen sich auf Großunternehmen. Untersuchungsergebnisse über die Unternehmensjuristen im Mittelstand liegen bislang nicht vor. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass sich die Situation im Mittelstand von der Situation in den Großunternehmen erheblich unterscheidet, abgesehen von einer wesentlichen Fragestellung, auf die später einzugehen ist. Zunächst soll jedoch ein Blick auf die Übereinstimmungen geworfen werden: der oben als solcher bezeichnete Wandel im Verständnis unterscheidet sich bei Mittelstand und Großunternehmen nicht. Auch für den Mittelstand gilt, dass der Syndikus selten relevantes Mitglied der Geschäftsführung ist, sondern dass sein Wissen als das eines Spezialisten gefragt ist. Als solcher wird der Syndikus geschätzt und eingeschätzt. Die Leitungsrolle innerhalb eines Unternehmens ist nicht maßgebliche Beschreibung für die Aufgabenstellung des Syndikus'. Gleiches gilt für die Zulassung zur Anwaltschaft, wobei

⁹⁵ Hommerich/Pritting, S. 112

aufgrund der insgesamt geringeren Zahl der beschäftigten Juristen hier dennoch allein aus Imagegründen darauf verwiesen werden mag, dass zumindest der Leiter Recht fast immer auch Rechtsanwalt und also Syndikusanwalt sein wird. Gleichwohl ist gerade im Mittelstand mit seiner hohen Entscheidungsgeschwindigkeit vom Syndikus nicht nur juristisches Wissen gefragt. Vielmehr muss er fast zwangsläufig akademische Zusatzqualifikationen aufweisen, um themenübergreifend für das ihn beschäftigende Unternehmen Mehrwert generieren zu können. Für den Mittelstand gilt dies noch ausgeprägter als für Großunternehmen, da sich der Mittelstand nun an einer Stelle maßgeblich vom Großunternehmen unterscheidet. Gemeint ist die Frage nach der Anzahl der beschäftigten Juristen und den daraus resultierenden Folgen. In der Rechtsabteilung eines mittelständischen Unternehmens wird typischerweise eine geringere Anzahl an Syndici beschäftigt sein, als dies in einem Großunternehmen der Fall ist. Daraus folgt für den Mittelstand eine deutlich geringere Möglichkeit zur Spezialisierung der Syndici, wie dies bereits oben auch für den Aufbau der Rechtsabteilung dargestellt wurde. In der Konsequenz hat dies unmittelbaren

Einfluss auf ihre Ausrichtung als Generalisten oder Spezialisten. Die nachstehende Abbildung zeigt, mit welchen Rechtsgebieten sich Syndici schwerpunktmäßig beschäftigen. Die Darstellung bezieht sich auf Großunternehmen. Erkennbar sind aber die dort benannten Themen keine solchen, die ausschließlich Großunternehmen bewegen. Es handelt sich nicht um absolute Spezialthemen, die beispielsweise in einer bestimmten Unternehmensgröße oder einer entsprechenden thematischen Ausrichtung des Unternehmens am Markt begründet sind. Es handelt sich vielmehr um vergleichsweise allgemeine Rechtsgebiete wie eben das Allgemeine Zivilrecht, das Gesellschaftsrecht oder das Wettbewerbsrecht. Diese Rechtsgebiete sind von einem Unternehmen des Mittelstandes ebenso zu bewältigen, wie das ein Großunternehmen tun muss – nur beschäftigt das mittelständische Unternehmen weniger Juristen, als dies in dem Großunternehmen der Fall ist.

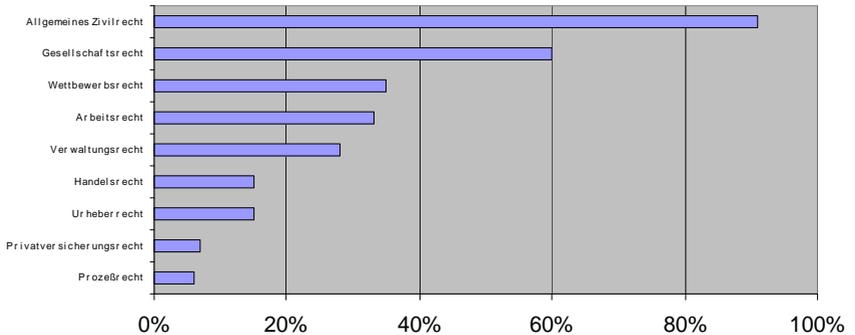


Abbildung 3: Rechtsgebiete, mit denen sich Syndici schwerpunktmäßig befassen⁹⁶

Folglich müssen weniger Juristen im Mittelstand mehr Rechtsgebiete betreuen. Dies wiederum führt dazu, dass sich anders als im Großunternehmen die Syndici im Mittelstand viel stärker als reine Generalisten verstehen müssen, während sie in Großunternehmen häufig auch als Spezialisten positioniert sind. Die auf Großunternehmen ausgerichtete Studie von *Hommerich/Prütting* hat, wie bereits erwähnt⁹⁷, festgestellt, dass sich in den Großunternehmen etwa über die Hälfte der befragten Syndici zumindest auch als Spezialisten versteht. Eine

⁹⁶ angelehnt an *Hommerich/Prütting*, S. 114, Mehrfachnennungen möglich

⁹⁷ vgl. oben Kapitel 2.3.4.1

weitere Auswirkung, die diese generalistische Rolle des Syndikus' im Mittelstand hat, wurde bereits oben (Kapitel 2.3.4.1) im Zusammenhang mit der mittelständischen Rechtsabteilung erläutert: der Syndikus ist nicht nur als interner Rechtsberater gefragt, der an ihn gerichtete Fragestellungen selbständig löst. Vielmehr nimmt er im Mittelstand verstärkt rechtlich orientierte Managementaufgaben wahr, indem er seinerseits wiederum mit externen Juristen zusammenarbeitet, die Spezialisten für besondere Fragestellungen sind. Der Syndikus im Mittelstand ist daher in ausgeprägter Form als Legal Manager zu charakterisieren. Mit seinem Spezialwissen, das er selbst besitzt oder bei Dritten dauernd oder für den Einzelfall eingekauft hat, wird er im Mittelstand dann auch bei strategischen Managemententscheidungen herangezogen⁹⁸. In dieser Rolle übernimmt der Syndikus erkennbar eine gewisse Leitungsfunktion – wobei dies dennoch nicht als Mitglied der Geschäftsführung geschieht. Vielmehr bleibt der Syndikus trotz dieser Einbeziehung in das Management „nur“ interner Berater.

⁹⁸ Hommerich/Prütting, S. 75

2.3.5 Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich folgendes feststellen: ausgehend von *Kalsbachs* Verständnis zum Berufsbild des Syndikusanwalts hat sich das Berufsbild des Syndikus' erheblich gewandelt. War der Syndikus früher der ‚Grandseigneur‘, die ‚Beratende Graue Eminenz im Hintergrund‘⁹⁹, so ist er heute durchgängig als Fachspezialist gefragt. Fachspezialist bedeutet jedoch nicht die Fokussierung der eigenen Tätigkeit auf einen einseitigen, engen Bereich im Unternehmen, insbesondere nicht die reine Rechtswissenschaft oder die Dogmatik. Das Gegenteil ist der Fall: Unternehmensjuristen sind gut ausgebildet und besitzen in vielen Fällen neben der juristischen eine weitere Qualifikation, häufig solche aus den Wirtschaftswissenschaften. Damit ist der Syndikus nicht nur Jurist, sondern besitzt ein umfassendes Verständnis für die innerbetrieblichen Zusammenhänge. *Schwung*¹⁰⁰ verweist korrekt darauf, dass der Syndikus mit dem Wissen

⁹⁹ *Jatzkowski, A.*: „Es dürfte gern ein bisschen mehr sein“ in *Juve Rechtsmarkt*, 06/2004, S. 7

¹⁰⁰ *Schwung, S.*: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in *AnwBl.* 4/1996, S. 183

um die Unternehmensorganisation und die Entscheidungsabläufe sowie seiner Eingebundenheit in die Kommunikationssysteme eine ideale, an den geschäftlichen Zielvorgaben orientierte Beratung leisten kann. Diese Beratung geht über die reine Rechtsbesorgung hinaus¹⁰¹. Dies führt im Ergebnis dazu, dass Syndici im Mittelstand zwar Fachspezialisten sind, dies aber nicht für eine einzelne unternehmensrelevante Fragestellung. Syndici im Mittelstand agieren als Generalisten. In dieser Rolle nehmen sie Managementfunktionen wahr: sie managen das Zusammenarbeiten interner Bereiche mit externen Beratern zur bedarfsgerechten rechtlichen Absicherung des Unternehmens. In dieser Rolle sind Syndici im Mittelstand dann auch regelmäßig in die strategischen Entscheidungen auf höchster Unternehmensebene eingebunden.

¹⁰¹ *Schwung, S.:* ebenda, S. 184

3 Fokus: Mittelständische IT-Branche

3.1 Rechtsabteilung und Syndikus – ausgewählte Probleme

Bislang waren Gegenstand der Untersuchung nur Rechtsabteilung und Syndikus im mittelständischen Unternehmen, allgemein betrachtet und losgelöst von einem besonderen Geschäftsfeld. Gemäß dem Titel der vorliegenden Arbeit soll jedoch die Betrachtung gerade der mittelständischen IT-Branche Gegenstand der Untersuchung sein. Es soll daher im Folgenden das zuvor allgemein Festgestellte auf die Besonderheiten der mittelständischen IT-Unternehmen hin untersucht und konkretisiert werden. Wie eingangs erwähnt, ist eine Untersuchung mit Bezug auf mittelständische IT-Unternehmen deswegen von besonderem Interesse, weil sich die IT-Branche durch eine in anderen Branchen in dieser Form nicht derart ausgeprägten hohen Dynamik beschreiben lässt: technologische Entwicklungen einerseits finden sehr schnell statt, langwierige Veränderungsprozesse sind seltener, die

schnelle Veränderung ist typisch¹⁰². Unternehmen, die schon Trends nur nicht korrekt bewerten, laufen Gefahr, innerhalb kurzer Zeit sicher geglaubte Marktpositionen zu verlieren. Dies gilt nicht nur für technische Fragestellungen, sondern ebenso für die rechtlichen Rahmenbedingungen, die mit den ökonomischen in enger Verbindung stehen. *Schardey* verweist darauf, dass das IT-Recht, das Recht an der „Schnittstelle von Hardware und Software“¹⁰³ besondere Bedeutung gewinnt. Die nachfolgende Grafik skizziert beispielhaft Themenbereiche, wie sie in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche relevant sind und von der Rechtsabteilung begleitet werden. Die Abbildung ist bewusst nur beispielhaft gestaltet und nicht abschließend zu verstehen. Das Konzept der Grafik stellt darauf ab, Themen zu visualisieren, mit denen sich die Rechtsabteilung in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche beschäftigt. Dies ist aufgeteilt in

¹⁰² die Halbwertszeit, also die Zeitspanne, in der eine meist exponentiell abfallende Größe auf die Hälfte ihres Ausgangswertes abgesunken ist, liegt in der IT-Branche nach verschiedenen Schätzungen aktuell bei einem Wert unter drei Jahren.

¹⁰³ *Schardey, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 402

Allgemeine externe Themen, Themen in der Wertschöpfung, Finanzthemen sowie Corporate Themen. Zu jedem dieser Themengebiete sind exemplarisch Beispiele dargestellt, die ein jedes Themengebiet ausfüllen können. Dies sind die mehr oder minder konkret benannten Aufgabengebiete.

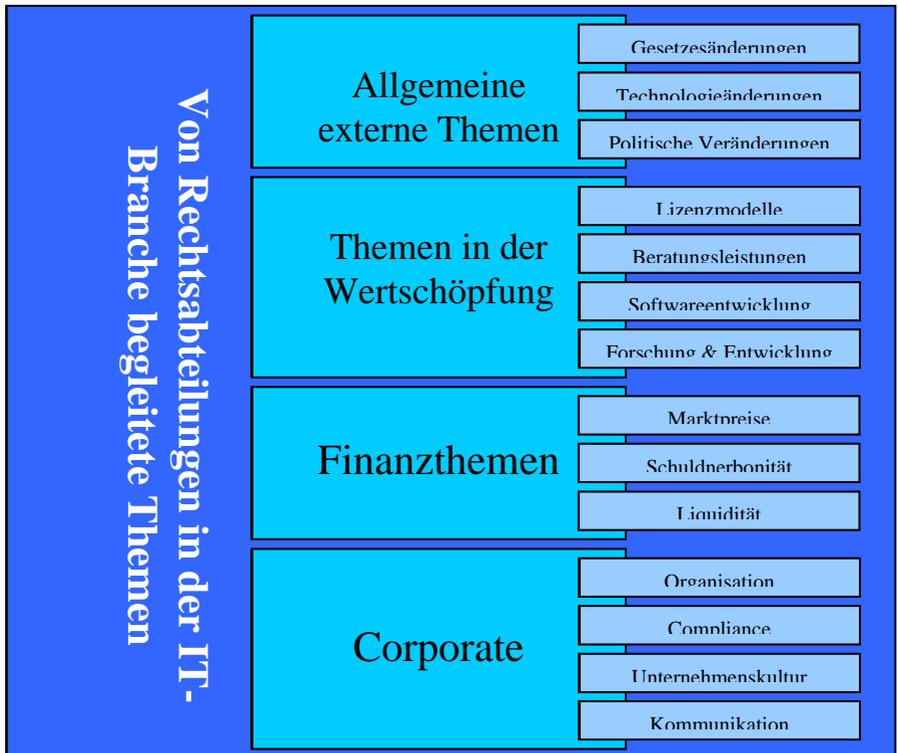


Abbildung 4: Themen in der mittelständischen IT-Branche

Wie in den kommenden Kapiteln anhand konkreter Beispiele gezeigt werden wird, ergeben sich in der IT-Branche in allen diesen Themengebieten ausgeprägte rechtliche Probleme. Grund hierfür sind insbesondere die schnellen Entwicklungszyklen und hohen Veränderungsgeschwindigkeiten. Denn weder kann der Gesetzgeber auf diese schnellen technischen Veränderung angemessen schnell reagieren, noch gibt es abschließende spezifische Normvorschriften, noch liefert die Rechtsprechung für eine Vielzahl von sich auftuenden Fragen nachhaltige Antworten: die IT-Branche ist bei der Erbringung ihrer Leistungen teilweise über 100 Jahre alten Rechtsvorschriften unterworfen, die wiederum der Rechtsabteilung ein rechtlich fundiertes Agieren nur unter vergleichsweise hoher Unsicherheit ermöglichen. Der Grund dafür ist, dass viele Gesetze von Arten der Güterproduktion oder von Handelsgeschäften ausgehen, die mit der modernen Informations- und Dienstleistungsgesellschaft nicht mehr viel verbindet¹⁰⁴. Viele Leistungsarten, wie sie von IT-Unternehmen

¹⁰⁴ vgl. auch: „Profil Fachausschuss AGB und juristische Leitfäden des BITKOM e.V.“; abrufbar unter www.bitkom.org

angeboten werden, kennt das Gesetz nicht, sie sind schwer unter die gesetzlich vorgegebenen Vertragsarten zu subsumieren. Teilweise gibt es nicht einmal technisch als allgemein gültig anerkannte Verfahrensnormen wie etwa DIN-Vorschriften. Zugleich bringt der Aktionismus des europäischen und des nationalen Gesetzgebers aber auch rasante Änderungen in den Gesetzen mit sich, der in der täglichen Arbeit durch den Syndikus zu beachten ist. Beispielhaft sei hier auf die Regelungen des Fernabsatzgesetzes, der Novellierung des Urheberrechts, des Datenschutzrechtes oder des Signaturgesetzes verwiesen. Die folgenden Kapitel stellen beispielhaft relevante Themen dar, mit denen sich unter den zuvor aufgezeigten rechtlich problematischen Gegebenheiten die Rechtsabteilung in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche beschäftigt. Die Darstellung ist dabei bewusst auf die Kernprobleme fokussiert und verzichtet auf eine vollständige Darstellung von sämtlichen existierenden Meinungen und Ansichten zu den Themen, da es allein um die Skizzierung der Probleme geht. Neben der Darstellung der Themen skizzieren die kommenden Kapitel auch, welche Auswirkung die mit den Themen verbundene

rechtliche Unsicherheit auf die Arbeitsweise eines Syndikus' hat.

3.1.1 Vertrieb von Standardsoftware

Die Herstellung und der Vertrieb von Software ist ein bedeutender Geschäftsbereich innerhalb der IT-Branche. Software ist aus dem Leben in einer industrialisierten Gesellschaft nicht wegzudenken. Software steuert Hardware und macht diese überhaupt erst sinnvoll einsetzbar, sie bringt die Hardware gleichsam zum Leben. Software findet sich heute in jeder erdenklichen Einsatzmöglichkeit: sei es beim Betrieb eines Heimcomputers, damit etwa beispielsweise überhaupt erst Briefe mit einem Textverarbeitungssystem erstellt werden können, sei es beim Betrieb eines Mobiltelefons, damit dieses beispielsweise bei einem eingehenden Anruf überhaupt klingelt, sei es im Automobil, beispielsweise beim Einsatz und der Steuerung des Antiblockiersystems. Die Aufzählung ist endlos fortsetzbar, da in einer modernen Industriegesellschaft letztlich kein Lebensbereich mehr ohne Software funktionieren würde. Allgemein kann zwischen zwei große Gruppen von Software unterschieden werden, die ein Unternehmen produziert: Standardsoftware

und Individualsoftware¹⁰⁵. Wie sich bereits aus der Gegenüberstellung dieser beiden Worte ergibt, ist Standardsoftware nicht eine individuell nach den Wünschen und Anforderungen eines Einzelkunden erstellte Software für den Einzelfall. Standardsoftware ist für das Massengeschäft programmiert und wird immer noch regelmäßig auf einem festen Datenträger, beispielsweise einer Diskette, heute eher auf einer CD-ROM oder einer DVD gespeichert, und derart auf dem Datenträger manifestiert, an Endkunden zur Nutzung vertrieben. Mit dem Vertrieb dieser Standardsoftware als Geschäftsmodell eines Unternehmens treten indes bereits erste grundlegende juristische Fragestellungen auf. Die zentrale Frage ist die, was Software überhaupt ist. Konkreter lautet die Frage: „*Ist Software eine Sache?*“ Denn erst wenn klar ist, was Software ist, kann über die Art und Weise des rechtlich abgesicherten Vertriebes von Software ernsthaft nachgedacht werden¹⁰⁶. Der an dieser Frage bestehende

¹⁰⁵ dazu mehr unten in Kapitel 3.1.2

¹⁰⁶ die Problematik hinter dieser Frage erschließt sich gut aus Prütting/Wegen/Weinrich, wo bei § 90 unter Ziffer IV als Problemfälle primär die Sacheigenschaft von Software diskutiert wird, PWW-Völzmann-Stickelbrock, zu § 90 Rn. 5

Streit hat eine lange juristische Tradition und ist bis heute nicht endgültig entschieden. Es ist bei der Beantwortung dieser Frage schnell erkennbar, dass Software nicht per se eine Sacheigenschaft im Sinne des § 90 BGB zukommt: dies würde voraussetzen, dass Software ein körperlicher Gegenstand ist, also im Raume abgrenzbar ist¹⁰⁷. Software entsteht, indem ein Programmierer eine Reihe von Zahlen- und Buchstabenkombinationen in seinen Computer eingibt. Die korrekte Aneinanderreihung dieser Kombination von Zahlen und Buchstaben führt im Ergebnis zu einem Programm, das als Software bezeichnet wird. Eine Abgrenzung im Raume ist noch nicht erkennbar, eine Sacheigenschaft wäre damit schwerlich begründbar. Eine weit verbreitete Meinung argumentiert entsprechend, dass Software keine Sache ist¹⁰⁸. Allerdings hat der BGH bereits

¹⁰⁷ Palandt-*Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 65. Auflage, München 2006, zu § 90 BGB Rn. 1

¹⁰⁸ so beispielsweise *Staudinger/Jickeli/Stieper* (2004) zu § 90 Rn. 13, 17 m.w.N.; auch ablehnend: BaRoth-*Fritzsche*, zu § 90 Rn. 26; *Redeker, H.*: „Wer ist Eigentümer Goethes Werther?“ in NJW 1992, S. 1739; *Junker, A.* „Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1991 und 1992“ in NJW 1993, S. 824; *Müller-Hengstenberg, C. D.* „Computersoftware ist keine Sache“ in NJW 1994, S. 3128

sehr frühzeitig argumentiert¹⁰⁹, dass der für den Vertrieb der Software maßgebliche Gegenstand der Datenträger ist, auf dem die Software verkörpert ist¹¹⁰. Dem gegenüber stellt der BFH fest, dass Kaufverträge über Standardsoftware „*mindestens weitaus primär*“ nicht als Sachkauf zu verstehen sind und verneint mit dieser Begründung die Sacheigenschaft von Software¹¹¹. Im Vordergrund steht für den BFH das immaterielle Gut. Die Ansicht des BFH vermag nicht abschließend zu überzeugen: hier wird über die vertragstypologische Einordnung die Sacheigenschaft geklärt, was der verkehrte Weg ist. Korrekt wäre es, erst die Sacheigenschaft und dann, daraus resultierend, die vertragstypologische Einordnung vorzunehmen. Der BGH hat seine Auffassung zur Sacheigenschaft von Software

¹⁰⁹ BGH VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 „Compiler/Interpreter“: Der BGH ist hier der Auffassung, dass in Fällen der Überlassung von Standardsoftware zur Nutzung auf Dauer gegen Einmalentgelt die Vorschriften der Sachmängelgewährleistung des Kaufrechts zumindest entsprechende Anwendung finden. Kaufgegenstand ist nach Auffassung des BGH ein Datenträger mit dem darauf verkörpertem Programm, insofern also eine körperliche Sache.

¹¹⁰ BGHZ 102, 135, 144; NJW 1993, 2436

¹¹¹ BFH, BestWI II. 1987, 728, 732

stets beibehalten, dies auch in Fällen, in denen beispielsweise die vertragsgegenständliche Software unmittelbar auf dem Computer des Vertragspartners überspielt und kein separater Datenträger überlassen wurde¹¹². In Konsequenz dieser Rechtsprechung findet auch § 377 HGB nach Ansicht des BGH auf den Verkauf von Standardsoftware zumindest entsprechend Anwendung¹¹³. Diese Auffassung des BGH überzeugt: Software kann nämlich niemals allein im Raume stehen, sie muss immer auf einem Datenträger verkörpert sein¹¹⁴. Ist Software nicht

¹¹² BGH VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 „Lohnabrechnung“

¹¹³ BGH VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415, „Lohnprogramm“: Nach Ansicht des BGH gilt die kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht zumindest entsprechend beim Kauf von Software, so dass die Kaufsache, hier die Software, zu untersuchen ist, wenn sie in einer die Untersuchung ermöglichenden Weise in den Machtbereich des Käufer gelangt ist. Die zu übergebenden Datenträger behandelt der BGH als Sachen.

¹¹⁴ weshalb beispielsweise auch *Holch* Software zwar grundsätzlich die Sacheigenschaft abspricht, wegen ihrer Verkörperung auf einem Datenträger dennoch zuletzt bejaht: *MüKo-Holch*, zu § 90 Rn. 25. Es stellt sich die Frage, wie *Holch* sich im ersten Schritt eine nichtverkörperte Software vorstellt – eine nichtverkörperte Software gibt es nicht, sie ist schlechterdings nicht existent.

mehr auf einem Datenträger verkörpert, ist sie gelöscht und nicht mehr existent. Darin nämlich unterscheidet sich Software von anderen, zunächst scheinbar vergleichbaren Sachverhalten: Licht ist auch keine Sache¹¹⁵, es ist Energie, und diese verwandelt sich nur, geht aber nicht verloren. Software, einmal gelöscht, ist aber nicht in einen anderen Zustand verändert, sondern endgültig verloren. Software sollte daher aus zutreffender Sicht des BGH als ein körperlicher beweglicher Gegenstand verstanden werden. Daher dürfte Software eine Sache im Sinne des § 90 BGB sein, denn die Abgrenzung im Raume als Merkmal einer beweglichen Sache kann entweder durch eine eigene körperliche Begrenzung oder durch entsprechende Hilfsmittel geschehen¹¹⁶ – bei Software eben der Datenträger. In der Literatur werden beide Ansichten vertreten: neben den Befürwortern¹¹⁷ der

¹¹⁵ Palandt-Heinrichs, zu § 90 BGB Rn. 2

¹¹⁶ Palandt-Heinrichs, zu § 90 BGB Rn. 1

¹¹⁷ neben vielen weiteren: Erman-Michalski, zu § 90 BGB Rn. 3; König, M. „Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf“ in NJW 1993, S. 3134; weiter auch Marly, J., der festhält: „Computerprogramme sind Sachen im Sinne des § 90 BGB“ in Marly, J.

Sacheigenschaftstheorie stehen ablehnende Meinungen. Interessant ist dabei der Ansatz *Redekers*¹¹⁸, der maßgeblich danach unterscheidet, ob der Erwerber der Software ein ausschließliches oder nicht ausschließliches Nutzungsrecht an der fraglichen Software erhalte. Gegen diese Ansicht spricht indes die Verquickung der Frage nach den eingeräumten Nutzungsrechten mit der Frage der grundsätzlichen Eigenschaft als Sache – dies sind zunächst getrennt zu betrachtende Fragen. Mit Blick auf die festgestellte Notwendigkeit, dass Software immer auf einem Datenträger aufgespielt sein muss, ist die Bejahung der Sacheigenschaft sicherlich am überzeugendsten¹¹⁹. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass heute Software in immer

„Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach § 90 BGB“ in BB 1991, S. 435 m.w.N.

¹¹⁸ *Redeker, H.*: „Softwareerstellung und § 651 BGB“ in CR 2004, S. 89 f.

¹¹⁹ insofern sind die Ausführungen von *Bormann, F./ Bormann M.* in DB 1991, S. 2643 auch nicht konsequent, die wegen der Immaterialität von Software vortragen, Software könne „*unsichtbar überspielt werden*“. Grundvoraussetzung ist auch beim „*unsichtbaren Überspielen*“, dass die Software auf irgendeinem Datenträger manifestiert ist. Ist sie es nämlich nicht, gibt es nichts zum Überspielen – nicht einmal sichtbar.

häufiger werdenden Fällen gar nicht mehr auf einem Datenträger verkörpert ist, wenn sie an den Kunden übergeht. Beispielsweise ist das Bereitstellen zum so genannten Download heute anerkannter Vertriebsweg. Für solche Fälle der Fernübertragung von Software hat der BGH bislang ausdrücklich keine Aussage getroffen. Es ist also bislang nicht geklärt, ob durch die Veränderung des Vertriebsweges reflexartig eine Veränderung in der Eigenschaft als Sache geschieht, dennoch aber die entsprechenden Normen angewandt, aus denen sich die Sacheigenschaft gerade begründet¹²⁰. Zugleich wird in der Literatur die Ansicht vertreten¹²¹, dass mit dem neuen BGB und der immer stärker verbreiteten trägerlosen Nutzung von Software das Ende des Sachkaufs als Paradigma des Softwareüberlassungsvertrages gekommen sei. Software könne sachgerecht nur noch als immaterielles Gut verstanden werden. Beim Download, dem herunterladen über eine Fernübertragung, liegt die fragliche Software auf

¹²⁰ BGHZ 109, 97, 101

¹²¹ *Hilty, R. M.*: „Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft. Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software“ in MMR 2003, S. 3

einem Server-Computer. In diesen Server-Computer kann sich der Kunde, der die Software erwerben möchte, über eine Datenleitung, oft Telefon, einwählen. Nach dem Einwählen kann der Kunde auf den Server zugreifen und sich die gewünschte Software über die Telefonleitung – Fernübertragung – auf seinen eigenen Computer „herunterladen“. Es erscheint also tatsächlich fraglich, ob die Ansicht des BGH, der ja als entscheidungsrelevantes Merkmal den Datenträger als Abgrenzungskriterium für die Sache Software im Raume gesehen hat, auf die Fälle des Herunterladens anwendbar ist. Denn zwar ist die Software auf dem Server auf einem Datenträger gespeichert, ebenso nach dem Herunterladen auf dem Computer des Erwerbers. In der Zwischenzeit jedoch ist die Software „in einer Telefonleitung“. Gleichwohl wird man argumentieren können, dass die Software zu jedem Zeitpunkt auf mindestens einem Datenträger verkörpert ist. Andernfalls wäre die Software nicht existent. Diese Ansicht würde die Sacheigentumsstheorie weiterhin bestätigen. Noch problematischer zu bewerten ist der Vertrieb einer Software per e-Mail. Bekanntlich wird eine e-Mail nicht in ihrer Gesamtheit zusammenhängend versandt; vielmehr erfolgt

vor dem Versand eine Zerlegung der e-Mail in eine Reihe von Datenpaketen. Zum Versand werden diese einzelnen Pakete über völlig getrennte Wege durch das Internet versandt. Im Computer des Empfängers werden dann durch eine Software diese einzelnen Datenpakete wieder in der korrekten Reihenfolge zusammengesetzt, so dass die e-Mail in ihrer ursprünglichen Form wieder vorhanden ist. Für diese Probleme bietet weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung eine Lösung an. Und diese scheinbar recht dogmatische Diskussion hat eine nicht unerhebliche Auswirkung auf die Realität: denn allein mit der Bejahung der Sacheigenschaft von Software ist noch nicht geklärt, wie der Vertrieb einer Standardsoftware von der vertragstypologischen Einordnung her erfolgen kann. Auch hier hat sich der BGH bereits früh grundsätzlich geäußert und ist von einer zumindest analogen Anwendung des Kaufrechts ausgegangen¹²². Dies ist insofern interessant, als der Erwerber zwar ohne Zweifel an dem Datenträger, eventuell der Verpackung, einem Handbuch und ähnlichem Eigentum erlangen soll – die Software selbst aber bleibt gerade im Eigentum des Herstellers, denn hieran erhält der

¹²² BGH, NJW 1988, 406 ff.

Erwerber typischerweise kein Eigentum, sondern lediglich ein Nutzungsrecht. Die sich aus § 433 Abs. 1 BGB ergebende Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer Eigentum an der kaufgegenständlichen Sache zu verschaffen, ist daher allenfalls auf das „Zubehör“, nicht aber auf die für den Kunden letztlich relevante Sache „Software“ anzuwenden. Die Rechte des Käufers wegen der Nutzung der Software bestimmen sich dann nach dem Urheberrecht oder einem Lizenzvertrag. Der Lizenzvertrag, der den Umfang der Nutzungsrechte definiert, schafft damit ungeachtet sich wandelnder rechtlicher Verständnisse zumindest das notwendige Maß an Rechtssicherheit bezüglich der Nutzungsberechtigung für die Vertragsparteien¹²³. Andererseits ist mit Blick auf die BGH-Rechtsprechung unstrittig, dass auf eine Standardsoftware im Hinblick auf die Haftung bei Sach- und Rechtsmängeln die §§ 434 ff. BGB anwendbar sind, obwohl der Käufer eigentlich, wie gerade dargestellt, die Software als solche nicht gekauft hat. Für den Syndikus in der IT-Branche bedeutet dies eine mehrfach schwierige Aufgabe: zum einen

¹²³ *Ulmer, D.:* „Softwareüberlassung: Formulierung eines Lizenzvertrages“ in ITRB, 2004, S. 213

muss er den Mitarbeitern im Vertrieb erklären, wie der Vertrieb von Standardsoftware überhaupt erfolgen kann. Dabei muss er die Abgrenzung von Kaufrecht – oder kaufrechtsähnlichen Normen – zu den eingeräumten Nutzungsrechten vermitteln. Die Kernaussage wird dabei sein, dass Software gerade nicht verkauft, sondern lizenziert wird. Hinzu kommt die Aufgabe, unter Berücksichtigung einer in mehrfacher Hinsicht nach wie vor unklaren rechtlichen Situation eine die Interessen des Unternehmens schützende Regelung für den Vertrieb von Standardsoftware an die Hand zu geben. Dies ist nach allem zuvor Erklärten bereits wegen der Begrifflichkeit schwer: die Software soll, dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend, dem Endkunden verkauft werden. Erkennbar ist dieser allgemeine Sprachgebrauch aber nicht deckungsgleich zu dem, was im rechtlichen Sinne unter Verkauf verstanden wird, denn es geht gerade nicht um die Verschaffung des Eigentums an der vertragsgegenständlichen Software. Das eigentlich Vertragsrelevante, die Software, soll nur genutzt werden dürfen, und also soll diesbezüglich dem Endkunden ein Nutzungsrecht eingeräumt werden. Diese Nutzungsrechte werden regelmäßig als Lizenzen verstanden, Software wird

daher auch lizenziert. Das deutsche Recht kennt aber den Begriff der Lizenz nicht, und folglich wird der Lizenzbegriff auf völlig unterschiedliche Sachverhalte angewendet. Die unterschiedlichen Verständnisse beginnen bei der Einräumung von Nutzungsrechten und enden bei der Bedeutung, nach der die Lizenz das laufende Entgelt beispielsweise für die Nutzung der Software selbst ist. In dieser unklaren Gemengelage an Tatbeständen, Begriffen und Rechtsfolgen trifft der Syndikus auf ein weiteres, rein rechtliches Problem: für das typischerweise massenhaft erfolgende Geschäft des Vertriebs von Standardsoftware sollen Allgemeine Lizenzbestimmungen entwickelt und vorgehalten werden, die eine Vielzahl von Einzelfällen abdecken, damit nicht für jedes Geschäft neue Verträge aufgesetzt und verhandelt werden müssen. Der Syndikus soll also Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickeln, die sich an den §§ 305 ff. BGB messen lassen müssen, insbesondere den §§ 307 Abs. 2 Nr.1, 307 Abs. 1, 305c BGB. Da aber selbst der BGH, wie oben gezeigt, nur von einer „zumindest analogen Anwendung des Kaufrechts“ ausgeht, also nicht einmal die vertragstypologische Einordnung sicher feststeht, bewegt sich der Syndikus

wegen der hohen wirtschaftlichen Bedeutung der Standardsoftware für das Softwareunternehmen in einer vergleichsweise riskanten Situation, für die er eine angemessene Lösung nur mit einer begrenzten Sicherheit herbeiführen kann. Hinzu kommt, dass Standardsoftware nicht nur gegen Einmalentgelt unter einer zumindest analogen Anwendung des Kaufrechts vertrieben wird. Im Gegenteil: gerade auch wegen der hohen Kosten komplexer Softwaresysteme werden aus Gründen beispielsweise der Finanzierung und der Wartung heute eine ganze Reihe weiterer Arten der Softwareüberlassung angeboten. An dieser Stelle muss sich der Syndikus mit der Softwaremiete und dem Softwareleasing beschäftigen. Von den Vertriebsmitarbeitern regelmäßig außer Acht gelassen werden bei diesen Formen der Softwareüberlassung die sich aus dem Gesetz ergebenden umfangreichen Ansprüche bei Sachmängeln. Bekanntlich muss der Vermieter gemäß § 535 Satz 2 BGB die Mietsache während der Mietdauer in einem vertragsgemäßen Zustand erhalten. Diese gesetzlich normierte Verpflichtung steht in einem erheblichen wirtschaftlichen Widerspruch zum Wunsch des Unternehmens, für Software Wartungsverträge

abzuschließen. Immerhin: wegen der Bewertung der Risiken bei der Vermietung von Software steht dem Syndikus zumindest noch das Gesetz zur Seite. Bei anderen Formen der Überlassung ist dies nicht mehr der Fall: heute wünschen Kunden beispielsweise nicht nur den Erwerb der Software, sondern eine umfassende Betreuung für den Betrieb ihrer erworbenen Software. Dies geschieht regelmäßig durch das so genannte Application Service Providing, ASP. Beim ASP geht es zentral darum, dem Kunden eine Software zur Nutzung und ihm zugleich auch entsprechende Kapazitäten an Computern und weiterer Infrastruktur zur Verfügung zu stellen¹²⁴. In der Regel ist auch die dauerhafte Sicherstellung der Einsatzbereitschaft aller drei Komponenten Vertragsgegenstand, und ebenfalls werden diese Leistungen nicht mehr vor Ort beim Kunden erbracht, sondern im Rechenzentrum des IT-Dienstleisters selbst. Schon nur die rechtliche Einordnung des ASP ist unklar. Da es keine allgemein anerkannte Definition für das ASP gibt, sondern dieser Begriff für eine ganze Reihe unterschiedlicher Leistungsinhalte synonym verwendet

¹²⁴ Börner, F., Buhl, M., Hellmich, S., Klett, D., Moos, F.: Leitfaden IT-Recht. Ein Handbuch für die Unternehmenspraxis, Köln u.a. 2004, S. 34

wird, wird der Syndikus die Frage klären müssen, welche Haupt- und Nebenleistungen für den Vertrag maßgeblich sind. Er wird seine Kollegen über die damit verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken aufklären müssen. Gerade die Ausgestaltung als Dauerschuldverhältnis, vergleichbar der Miete, wirft die zuvor beschriebenen Risiken einer unerwartet lang laufenden Haftung auf¹²⁵. Eingangs in diesem Kapitel wurde erläutert, dass der Vertrieb von Standardsoftware ein typisches Standardgeschäft für viele Unternehmen der IT-Branche darstellt. Erkennbar ist nunmehr, dass sich für den Syndikus schon bei der rechtlichen und wirtschaftlichen Betreuung dieses Standardgeschäftes eine beachtliche Anzahl an Fragen ergeben, für die er nur bedingt sichere Antworten liefern kann. Diese für die IT-Branche typische Sachverhaltsgestaltung wird sich in den kommenden Kapiteln erneut ergeben.

3.1.2 Erstellung von Individualsoftware

Anders als Standardsoftware ist Individualsoftware, wie schon der Name aussagt, an den speziellen und individuellen Bedürfnissen eines IT-Anwenders

¹²⁵ *Börner*, S. 39 ff.

ausgerichtet. Typischerweise trifft der IT-Anwender auf ein zu lösendes Problem, für das Standardanwendungen am Markt nicht existieren oder aus bestimmten Gründen heraus nicht eingesetzt werden können. Da das fragliche Problem jedoch computergestützt gelöst werden soll, beauftragt der Anwender (Auftraggeber) einen Programmierer individuell mit der Programmierung einer Software. In der Regel wird seltener ein einzelner Programmierer, als eben ein Unternehmen (Auftragnehmer) beauftragt, das sich auf die Erstellung von Software spezialisiert hat, das entsprechende Erfahrung und eine angemessene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit besitzt. Dieser Programmiervertrag wird regelmäßig nach dem folgenden Schema abgeschlossen: der Auftraggeber erklärt dem Auftragnehmer seine speziellen Anforderungen und übergibt dem Auftragnehmer ein diese Anforderungen detailliert beschreibendes Pflichtenheft. Der Auftragnehmer entwickelt gemäß diesen Vorgaben die Software, er programmiert sie. Regelmäßig beinhaltet der Vertrag über die Erstellung der Individualsoftware eine Reihe von Mitwirkungspflichten, die der Auftraggeber zu erfüllen hat. Dies kann vor allem die Bereitstellung von IT-Infrastruktur im Unternehmen des Auftraggebers sein. Dies

ist vor allem der Fall, wenn die Software unmittelbar auf den Computersystemen des Auftraggebers programmiert wird. Häufig werden auch die Bereitstellung von weiterführender Information und auch die Unterstützung durch eigenes Personal des Auftraggebers vertraglich vereinbart. Je nach Umfang der zu programmierenden Software finden während der Programmierung für einzelne Teile der Software bereits Funktionstests statt, ansonsten erfolgen diese regelmäßig zum Ende der Softwareentwicklung. Anhand dieser Tests wird ermittelt, ob die Software dem Pflichtenheft entspricht und damit die vereinbarte vertragsgemäße Beschaffenheit aufweist. Der Ablauf einer solchen Entwicklung von Individualsoftware wurde bis zur Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes¹²⁶ vertragstypologisch den Vorschriften des Werkvertragsrechts zugeordnet¹²⁷. Durch die Änderung maßgeblicher Vorschriften im Werkvertragsrecht bestehen an dieser Einordnung jedoch nunmehr ganz erhebliche

¹²⁶ BGBl. Teil I Nr. 61/2001 vom 29. November 2001, S. 3138 ff.

¹²⁷ anstelle vieler nur: BGH CR 1993, 85, 86, ebenso BGH NJW-RR 1999, 347, 348

Bedenken¹²⁸, vereinzelt wird gar von einem Erschüttern „*bislang einhellig vertretener Einordnung*“¹²⁹ geschrieben: zu beachten ist, dass gemäß § 651 n.F. BGB in einzelnen Fällen das Kaufvertragsrecht Anwendung findet. Dies ergibt sich aus Satz 1 der Norm, nach der Voraussetzung für die Anwendung des Kaufrechts ist, dass der Vertrag „*die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand*“ haben muss. Bereits im vorangegangenen Kapitel wurde umfassend die Diskussion dargestellt, ob Software eine bewegliche Sache ist oder nicht. Trotz vielfältiger und auch gegensätzlicher Ansichten in der Literatur bejaht der BGH weiterhin diese Frage und sieht Software als eine bewegliche Sache. Die Ansicht des BGH, der auf die Verkörperung auf einem Datenträger abstellt, überzeugt sowohl rechtlich auch als tatsächlich, denn anders kann Software nicht existent sein. Ist Software aber dieser Ansicht folgend tatsächlich eine bewegliche

¹²⁸ diese Bedenken nenne *Bräutigam/Rücker* „die neue Spielwiese der IT-Rechtler“ in *Bräutigam, P./ Rücker, D.* „Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion?“ in CR 2006, S. 363

¹²⁹ so *Seffer, A./ Horter, C.* „Nebenleistungspflichten bei der Erstellung von Individualsoftware“ in ITRB 2005, S. 110

Sache, dann ist seit dem 01.01.2002 ein Vertrag über die Lieferung einer herzustellenden oder zu erzeugenden Software zwangsläufig vertragstypologisch dem Kauf- und nicht dem Werkvertragsrecht zuzuordnen¹³⁰. Da eine individuell programmierte Software zudem auch eine nicht vertretbare Sache im Sinne des § 91 BGB ist, findet § 651 Satz 1 und Satz 3 Anwendung: im eingangs aufgeführten Beispiel der Erstellung einer Individualsoftware schließen die Parteien also einen Kaufvertrag ab. Diese vertragstypologische Zuordnung ist für einen Juristen ebenso wie für einen Kaufmann von ganz erheblicher Bedeutung, da Kauf- und Werkvertragsrecht deutliche Unterschiede insbesondere auf der Rechtsfolgenebene aufweisen. Abhängig von der Vertragsart müssen beispielsweise unterschiedliche Regelungen für die Abnahme, für die Fälligkeit der Zahlungen, die Rügeobliegenheit und das Wahlrecht bei der Nacherfüllung getroffen werden. Der Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsreform die für die Erstellung von Individualsoftware überaus erhebliche Frage weder im

¹³⁰ *Bauer, I./ Weitzel, M.* „Auswirkungen der Gewährleistungsverlängerungen im IT-Bereich“ in ITRB 2002, S. 115

Gesetz noch in der Begründung angesprochen. Der BGH hat sich unter Berücksichtigung des § 651 n.F. BGB zu dieser grundsätzlichen Fragestellung bislang nicht geäußert, und in der Literatur erhält der ursprüngliche Streit um die Frage der Sacheigenschaft von Software durch die Neufassung des § 651 BGB eine erhebliche und erweiterte Dimension. Nach einer vertretenen Ansicht¹³¹ ist § 651 S.1, 3 BGB auf die Erstellung von Individualsoftware anwendbar mit der Folge, dass also Kaufvertragsrecht ergänzt um bestimmte werkvertragliche Normen relevant ist. Eine gegensätzliche Ansicht¹³² trägt vor, es könne nur Werkvertragsrecht in Betracht kommen kann. Tatsächlich

¹³¹ etwa *Thewalt, S.*: „Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag“ in CR 2002, 1 ff.; *Redeker, H.*: „Softwareerstellung im neuen Schuldrecht“ in ITRB 2002, 119 ff; *Plath, K.-U.*: „Abnahme bei Individualsoftwareverträgen“ in ITRB 2002, 98 ff.; diese gehen unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut und die Rechtsprechung, wonach Software einer Sache im Ergebnis zumindest gleichgestellt werde, jeweils von einer Zuordnung zum Kaufrecht aus. Andererseits wird die Einordnung als Kaufvertrag teilweise als wenig sachgerecht angesehen.

¹³² etwa *Palandt-Putzo*, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzungsband zur 61. Auflage, zu § 433 BGB Rn. 9, m.w.N., ebenso *Palandt-Sprau* in Ergänzungsband, zu § 651 BGB Rn. 5

hat der BGH in der Vergangenheit argumentiert, dass auf die Erstellung einer individuell zu programmierenden Software Werkvertragsrecht Anwendung findet¹³³. Dieses Urteil hat jedoch nicht die Bestimmung des § 651 n.F. BGB berücksichtigt. Auch die Argumentation, dass der Schwerpunkt des Vertrages über die Softwareerstellung in der dort wiedergegebenen geistigen Leistung liege, trägt nicht durch. Schwerpunkt und Gegenstand des Vertrages über die Erstellung einer Individualsoftware ist die Nutzung der auf dem Rechner des Auftraggebers installierten Individualsoftware – also einer funktionsfähigen Sache. Dem steht nicht entgegen, dass für das Erreichen des Vertragsziels überwiegend geistige Leistungen zu erbringen sind, denn auch bei der Individualanfertigung eines erst noch zu erstellenden „klassischen“ technischen Gegenstands, etwa einem Maschinenteil, kann die geistige

¹³³ BGH I ZR 242/83, NJW 1987, 1259 „Service-RZ I“: fraglich war in diesem Fall jedoch die Herausgabepflicht des Auftragnehmers bezüglich des Source-Codes einer von ihm für den Auftraggeber individuell entwickelten Software. Lediglich als Ausgangspunkt erwähnte der BGH dabei, dass der Auftragnehmer mit der Erstellung eines „fertigen Programms“ einen Erfolg im Sinne eines Werkvertrags schulde, ließ die grundsätzliche Einordnung aber offen.

Leistung bei Planung und Konstruktion die tatsächliche maschinelle Erstellung deutlich an Aufwand überwiegen. Schwerpunkt und Gegenstand des Vertrages ändern sich dadurch aber nicht¹³⁴. Erkennbar ist diese Situation für den Syndikus eines Unternehmens, das sich mit der Erstellung von Individualsoftware beschäftigt, problematisch; der Schwebezustand ist in der Praxis kaum handhabbar. Die teilweise vertretene Argumentation, der Gesetzgeber sei an dieser Stelle zu weit gegangen¹³⁵, hilft dem Syndikus bei seiner Bewertung der Sach- und Rechtslage nicht weiter. Es geht auch nur sekundär um die Frage, welche vertragstypologische Einordnung für das eigene Unternehmen die günstigere darstellt. Der Syndikus wird typischerweise Vorschläge für beide Vertragsarten machen können, den Werk- und den Kaufvertrag. Problematisch ist, dass er sich für eine Vertragsart entscheiden muss, für diese Vertragsart Regelungen normiert, insbesondere Rechtsfolgen bestimmt, und dennoch in der Unsicherheit

¹³⁴ vgl. *BITKOM e.V.* (Hrsg.): Vertragstypologische Einordnung von Projektverträgen für die Erstellung von Individualsoftware, Berlin 2002

¹³⁵ *Bräutigam, P./ Rücker, D.* „Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion?“ in CR 2006, S. 368

ist, ob denn schon die grundlegende Ausrichtung des Vertrages einer richterlichen Überprüfung standhalten wird. Berücksichtigt man, dass auch die Entwicklung von Individualsoftware nicht zwangsläufig einen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer individuell ausgehandelten Vertrag erfordert, sondern vielmehr eine große Anzahl von solchen Entwicklungsprojekten auch auf Grundlage der Anbieter-AGB abgewickelt werden, so ist die Problematik für den Syndikus, der entsprechende AGB entwickeln soll, ebenfalls klar erkennbar. Die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild kann zu einer Unwirksamkeit vieler für den Anbieter relevanter Klauseln führen, da diese Bestimmungen schon nicht Vertragsbestandteil geworden sind¹³⁶.

3.1.3 Verwendung von Open Source Software

IT-Unternehmen, die als Geschäftsmodell die Erstellung und den Vertrieb von Standard- und/oder Individualsoftware definiert haben, werden nicht in sämtlichen Fällen alle Teile einer Software vollständig selbst entwickeln und programmieren. Gerade bei großen

¹³⁶ Koch, F. A. „Kaufrechtliche Vorgaben für Verträge zur Software-Erstellung“ in ITRB 2002, S. 299

Entwicklungsvorhaben wird vielfach auf bereits vorhandene und am Markt zu erwerbende Teilprogramme zurückgegriffen, die dann in die eigene Software integriert werden. Dies ist in aller Regel eine wirtschaftliche Entscheidung, die unter Kostenerwägungen getroffen wird. Letztlich geht es darum abzuwägen, was der Zukauf bereits fertig programmierter Softwareanteile kostet, und was eine entsprechende Eigenentwicklung für Aufwand verursachen würde. Die zugekaufte Software kann unter Berücksichtigung der Lizenzbedingungen in die eigene Software integriert werden; für die zugekaufte Software ist entweder ein Einmalentgelt fällig, oder aber es werden so genannte Royalties, also laufende Gebühren berechnet. Diese Form der Integration zugekaufter kommerzieller Software¹³⁷ ist in der heutigen Softwareentwicklung typisch. Probleme treten auf, wenn nicht auf proprietäre, sondern so genannte „freie Software“ zurückgegriffen wird und diese freie Software in die eigenen proprietären Programme, die am Markt gegen Entgelt kommerziell vertrieben werden sollen, integriert wird. Zur freien Software zählt insbesondere Open Source Software, weiter

¹³⁷ nachfolgend als proprietäre Software bezeichnet

Public-Domain-Software, Freeware und Shareware. Gemeinsam ist allen Formen der freien Software, dass sie typischerweise kostenfrei erworben und frei verbreitet werden kann¹³⁸. In der Regel wird freie Software aus dem Internet herunter geladen. Von Public Domain Software wird nach allgemeiner Auffassung gesprochen, wenn dem Nutzer die uneingeschränkte und vorbehaltlose Vervielfältigung gestattet ist und er zudem die Software verändern und frei verbreiten darf¹³⁹. Shareware und Freeware unterliegen unterschiedlichen Beschränkungen, teilweise ist die kostenfreie Nutzung nur in einem Testzeitraum gestattet, oder aber die kommerzielle Nutzung wird untersagt¹⁴⁰. Bei Open Source Software¹⁴¹ kommt zu der freien, in aller Regel kostenfreien Verfügbarkeit und erlaubten Verarbeitung und Verbreitung hinzu, dass hier der

¹³⁸ Börner, S. 79

¹³⁹ OLG Stuttgart, CR 1994, S. 743 f.

¹⁴⁰ Schneider, J.: Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl., Köln 2003, Kapitel J, Rn. 21

¹⁴¹ die Open-Source-Initiative (OSI) hat eine Definition erstellt, anhand derer geprüft werden kann, ob eine Software als „Open Source Software“ klassifiziert werden kann; abrufbar unter http://www.opensource.org/docs/definition_plain.html

Quellcode offen gelegt wird und damit für jedermann frei zugänglich ist¹⁴². Der Quellcode, auch als Programmcode bezeichnet, ist in der Informatik der für den Menschen lesbare und in einer Programmiersprache geschriebene Urtext einer Software. Der Quellcode einer Software ist ein geschütztes und wertvolles Geschäftsgeheimnis, auf das der Kunde einer Software so lange keinen Zugriff hat, wie nicht eine Offenlegung vertraglich oder gesetzlich zwingend gefordert ist. Bei dem Verkauf von Standardsoftware ist die Übergabe des Quellcodes ebenso wenig geschuldet, wie dies im Falle der Entwicklung von Individualsoftware der Fall ist. Der BGH hat gerade für letzteren Fall klargestellt, dass ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung oder dem Vorliegen eines besonderen Merkmales eine Herausgabe des Quellcodes durch den Programmierer nicht geschuldet ist¹⁴³. Diese Auffassung des BGH zeigt die Bedeutung, die der Quellcode für einen Softwareentwickler innehat. Es wird daraus auch erkenntlich, dass Open Source Software wegen der Offenlegung des Quellcodes Probleme bereiten kann. Bekommt ein Entwickler den Quellcode

¹⁴² Redeker in Redeker, IT-Verträge, 1.2, Rn. 28

¹⁴³ BGH CR 1986, 377 ff.

einer Open Source Software, so hat dies zwar den positiven Effekt, dass er das Programm lesen und entsprechend verstehen kann, um es in seine eigene Software leicht integrieren zu können. Bei Open Source Software handelt es sich auch nicht um ein Randprodukt, das wenig wirtschaftliche Bedeutung besitzt. Das Gegenteil ist der Fall: beispielsweise basieren die ‚MySQL-Datenbanken‘ auf Open Source Software, stehen also kostenlos zur Verfügung. Mit der Wartung der Software macht das Unternehmen einen jährlich zweistelligen € Millionenumsatz¹⁴⁴. Auch LINUX¹⁴⁵, das neben Microsoft Windows am weitesten verbreitete Betriebssystem für Computer weltweit, ist, anders als Microsoft Windows, eine Open Source Software. Die zunächst sehr interessante und positive Eigenart der Offenlegung des Quellcodes bei Open Source Software macht diese zur selben Zeit aber auch zur problematischsten Erscheinungsform von Software in der Gruppe der freien Software überhaupt, wenn es um die Integration von Open Source Software in eigene, proprietäre

¹⁴⁴ Knop, C.: „Asterix und Obelix der Softwarewelt“ in FAZ vom 06.03.2006, S. 18

¹⁴⁵ vgl. <http://www.li.org>

Software geht. Denn die Verwertung, Vervielfältigung und Bearbeitung der Open Source Software ist zwar gestattet, dies jedoch nicht vorbehaltlos. Vielmehr gibt es eine Vielzahl von unterschiedlichen Lizenzbedingungen, die für Open Source Software gelten und die natürlich beachten werden müssen. Grundaussage bei Open Source Software ist, dass der kostenlose Erhalt der Open Source Software nicht dazu führt, mit dieser Software nach freiem Belieben umgehen zu können. Die genaue Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen regeln auch bei Open Source Software die Lizenzbedingungen. Die am weitest verbreitete Lizenzbedingung für Open Source Software¹⁴⁶ ist die GNU-GPL¹⁴⁷. Die GNU-GPL stellt in ihrer Systematik nicht auf das Erzielen von Lizenzentgelten, sondern auf das Realisieren und Sichern von Nutzungsmöglichkeiten ab¹⁴⁸. Der Nutzer erhält durch diese Lizenzbedingungen das Recht, die Open Source Software in seine eigene, auch proprietäre Software zu integrieren und diese kombinierte

¹⁴⁶ Redeker in Redeker, IT-Verträge, 1.2, Fn. 3

¹⁴⁷ abrufbar unter www.gnu.org/licenses/gpl.html

¹⁴⁸ Grützmacher, M.: „Open-Source-Software – die GNU General Public License“ in ITRB 2002, S. 85

Software zu verbreiten. Zugleich werden dem Nutzer aber auch diverse Pflichten auferlegt. Die wichtigste Pflicht ist, dass der Nutzer seinerseits nunmehr den eigenen, neuen Gesamtquellcode offen legen muss. Das bedeutet, dass bei Integration einer unter der GNU-GPL stehenden Open Source Software mit der eigenen, proprietären Software aus letzterer ein als „abgeleitet“ bezeichnetes Werk entsteht. Dies hat zunächst zur Folge, dass die ehemals proprietäre Software nun ihrerseits eine Open Source Software darstellt. Weiterhin ist diese neue Software ebenfalls der GNU-GPL zu unterstellen: damit muss der Quellcode offen gelegt werden. Dies kann erkennbar zu erheblichen wirtschaftlichen Problemen führen, denn für die unter der GNU-GPL verbreitete Software darf kein Entgelt mehr verlangt werden. Der Verkauf der zuvor eigenen, proprietären Software ist damit ausgeschlossen. Doch auch in anderen Fällen wirft Open Source Software nicht unerhebliche Probleme auf: so gibt es beispielsweise eine ganze Reihe von Softwareanbietern, die ihre Software teilweise bewusst der freien Entwicklergemeinschaft zur Weiterentwicklung und damit Open Source Software zur Verfügung stellen. Auch im Interesse dieser Anbieter kann

es sein, dass die von ihnen verbreitete Open Source Software nicht mit fremder, proprietärer Software verknüpft und dann am Markt gegen Entgelt angeboten wird. Für den Syndikus eines Softwareunternehmens, in dem Softwareentwickler auf Open Source Software zurückgreifen, tun sich erhebliche rechtliche und technische Fragestellungen auf. Dies beginnt bei der Bewusstseinschaffung um die Problematik als solche: das erlaubte kostenlose Herunterladen der Open Source Software aus dem Internet, wo diese Software beliebig einfach bezogen werden kann, führt nicht dazu, dass diese in einem gleichsam rechtsfreien Raume steht. Der Syndikus wird darauf verweisen müssen, dass Freiheit bei freier Software im Sinne der „*freien Rede, nicht des Freibiers*“¹⁴⁹ zu verstehen ist. Dieser Grundgedanke muss durch den Syndikus bei den Softwareentwicklern verdeutlicht werden. Zugleich richtet sich aber an den Syndikus die Frage, welche rechtlichen Zusammenhänge denn überhaupt zu beachten sind. Hier wird sich der Syndikus einer völlig

¹⁴⁹ so der von der Free Software Foundation (FSF) publizierte Denkansatz, vgl. auch detailliert <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.de.html>

unklaren rechtlichen Situation ausgesetzt sehen, für die er dennoch wirtschaftliche, praktikable und rechtssichere Lösungen anbieten soll. Dies zu schaffen, ist äußerst schwierig: es gibt weder Gesetzgebung noch umfassende Rechtsprechung zum Thema Open Source Software, und dies trotz der Tatsache, dass Open Source Software eine beachtliche wirtschaftliche Bedeutung besitzt. Als wohl weltweit erstes Gericht musste sich im Jahre 2004 das LG München I¹⁵⁰ mit der Thematik der rechtlichen Wirksamkeit einer Open Source Software-Lizenz beschäftigen. In seinem Urteil vom 19. Mai 2004 bestätigt das Gericht, dass die GNU-GPL wirksamer Vertragsbestandteil ist und vor deutschen Gerichten durchgesetzt werden kann. Trotz dieses Urteils bleiben viele Fragen offen: schon die Frage des anwendbaren Rechts ist unklar. Die GNU-GPL ist, ähnlich wie die meisten anderen Lizenzbedingungen für Open Source Software, zwar an der US-amerikanischen Rechtssystematik angelehnt, enthält jedoch gerade keine Rechtswahlklausel. Im vom LG München I zu beurteilenden Sachverhalt waren die streitigen Parteien beide in Deutschland ansässig, so dass an dieser Stelle weniger

¹⁵⁰ LG München I, Urt. v. 19.05.2004, Az.: 21 O 6123/04

Probleme auftraten. Ohne ausdrückliche Vereinbarung im Vertrag selbst kann auf das Geschäft selbst die Rechtsordnung am Sitz des Anbieters anzuwenden sein. Problematisch wird dies, wenn eine Open Source Software von einem unbekanntem Anbieter aus dem Internet heruntergeladen wird. Dann ist im Zweifel nicht einmal der Sitz des Anbieters bekannt, und es fehlt die Grundlage für die Beantwortung der Frage, welcher nationalen Rechtsordnung der Vertrag unterliegt. Für den Syndikus, der eine Beurteilung der Gesamtsituation abgeben soll, wird es noch kritischer zu bewerten sein, wenn der in Deutschland ansässige Programmierer die Open Source Software von einem ihm unbekanntem ausländischen Anbieter bezieht, die verarbeitete Software jedoch deutschen Anwendern zur Verfügung stellt¹⁵¹. Denn dann gilt deutsches Recht, und damit auch die Haftungsfragen, beispielsweise für die Haftung bei Rechtsmängeln. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass etwa bei der GNU-GPL weitestgehende Haftungsausschlüsse vereinbart sind, so im Bereich der Haftung für Sachmängel: „ ... *provide the program “as is“ without any warranty of any kind, either*

¹⁵¹ Börner, S. 81

*expressed or implied, including, but not limited to, the implied warranties of merchantability and fitness for a particular purpose. The entire risk as to the quality and performance of the program is with you.*¹⁵² Soweit ein derartiger Haftungsausschluss in der nationalen Rechtsordnung des ausländischen Anbieters wirksam vereinbart werden konnte und damit Vertragsbestandteil wurde, fehlt dem deutschen Programmierer beim Vertrieb seiner Software am deutschen Markt eine entsprechende Rückgriffsmöglichkeit gegenüber dem ursprünglichen Anbieter, da er sehr wohl für Rechtsmängel haften wird. Von hoher Bedeutung im Zusammenhang mit Open Source Software ist auch die grundlegende Frage einer Aktivlegitimation. Es geht darum festzustellen, wer überhaupt berechtigt ist, im Rahmen eines Prozesses um Open Source Software Ansprüche geltend zu machen. Denkbar sind Ansprüche der Entwickler der Open Source Software wegen einer beispielsweise unberechtigten Verwertung der Software durch eine Vertriebsorganisation. Für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist aber Voraussetzung die Nennung sämtlicher Urheber der

¹⁵² GNU-GPL Section 12, abrufbar unter www.gnu.org/licenses/gpl.html

fraglichen Open Source Software. Dies dürfte mit Blick auf die Entwicklungs- und Entstehungsgeschichte der Open Source Software von nachrangigem Risiko sein¹⁵³. Andererseits hat das LG München I dies in seinem benannten Urteil vom 19. Mai 2004 für Unterlassungsansprüche gerade nicht so gesehen. Hier ist die Nennung sämtlicher Entwickler nicht notwendig, vielmehr können einzelne Entwickler auf Unterlassung der Nutzung und des Vertriebes klagen, insbesondere auf Unterlassung der kommerziellen Nutzung einer vormals proprietären und nun Open Source Software¹⁵⁴. Dies sind erhebliche Risiken, da, wie bereits erläutert, Open Source Software in absolut einfacher Weise über das Internet bezogen und in die eigene proprietäre Software integriert werden kann. Der damit im Zweifel einhergehende Wandel der eigenen, vormals proprietären Software zu Open Source Software ist für ein Unternehmen rechtlich und also auch wirtschaftlich hoch kritisch. Der Syndikus in der IT-Branche wird an dieser Stelle wenig juristischen Rat geben können. Der mögliche Verweis auf andere, weniger

¹⁵³ *Börner*, S. 84

¹⁵⁴ beispielsweise durch Bearbeitung, wie oben erläutert

restriktive Lizenzbedingungen im Zusammenhang mit Open Source Software ist nur ein wenig hilfreicher Ansatz, da am Markt ständig neue Lizenzmodelle erscheinen¹⁵⁵, für deren Prüfung und Bewertung dem Syndikus meist schon die Ressourcen fehlen. Vielmehr wird der Syndikus im eigenen Unternehmen allenfalls eine Schärfung des Bewusstseins um die aufgezeigten Probleme vorantreiben können und gemeinsam mit den verantwortlichen Chefentwicklern im Unternehmen Lösungswege zur Vermeidung einer Realisierung der aufgezeigten Risiken erarbeiten.

3.1.4 Insolvenzzrechtliche Probleme beim Softwareeinsatz

In der IT-Branche tun sich nicht nur im Zusammenhang mit der Erstellung und dem Verkauf von Software Probleme auf. Auch im Zusammenhang mit dem auf die Erstellung und den Verkauf zeitliche folgende Phase, dem Einsatz der Software, treffen Unternehmen auf teilweise beachtliche rechtliche und wirtschaftliche Probleme. Es ist auch hier Aufgabe des Syndikus', angemessene Lösungsvorschläge zu erarbeiten. Beispielsweise ergeben sich aus Änderungen

¹⁵⁵ so hat SUN Microsystems kurzfristig eine eigene Open Source Software-Lizenz publiziert, die CDDL, um damit eigene Produkte am Markt zu positionieren; abrufbar unter <http://www.sun.com/cddl/>

vieler Bestimmungen in der InsO im Vergleich zur früher geltenden KO Fragen bezüglich der Insolvenzfestigkeit von Verträgen, die die Überlassung von Software zum Gegenstand haben. Konkret geht es beispielsweise um die Frage, wie sich bei ansonsten bereits voll vergüteten Verträgen über den Erwerb und die Lizenzierung von Software noch nicht erfüllte Nebenpflichten auf die Softwarelizenz auswirken. Das LG Mannheim¹⁵⁶ hat in seinem Urteil vom 27.06.2003 festgestellt, dass der Regelungsgehalt des § 103 InsO auf Softwarelizenzverträge anwendbar ist. Nach Ansicht des Gerichtes greift § 103 InsO auch, wenn es sich nur um Kooperations- oder Nebenleistungspflichten auf Zeit handelt, der andere Vertragspartner, der Erwerber der Softwarelizenz, diese aber bereits als Einmalentgelt voll bezahlt hat¹⁵⁷. In der Konsequenz dieser Aussage gesteht das Gericht dem Insolvenzverwalter ein Erfüllungs- bzw. Ablehnungswahlrecht gemäß § 103 Abs. 2 InsO zu, so dass bei Erfüllungsablehnung der noch nicht erbrachten Kooperations- bzw. Nebenleistungspflicht das mit der

¹⁵⁶ LG Mannheim, 7 O 127/03; CR 2004, 811; ITRB 2005, 131

¹⁵⁷ vgl. Leitsatz aus CR 2004, 811

Lizenz erworbene Nutzungsrecht erlischt. Mit dem Erlöschen der Lizenz ist die Nutzung der erworbenen Software untersagt. Zuletzt besteht der Rückforderungsanspruch wegen der bereits bezahlten Lizenzgebühr nur als Insolvenzforderung. Dies ist erkennbar von bedeutender finanzieller Bedeutung. Die Auswirkung dieser Rechtsprechung für die Praxis ist enorm. Es handelt sich nicht nur um Probleme des IT-Rechts, vielmehr ergeben sich erhebliche rechtliche Probleme etwa auch im Gesellschaftsrecht: *Redeker* verweist zurecht darauf, dass die im Rahmen einer Legal Due Diligence zu betreibende Bewertung eines Unternehmens, das – wie wohl heute immer – nicht nur selbst erstellte, sondern von Dritten erworbene Software einsetzt und diese zum dauerhaften Betrieb des Geschäfts auch existentiell benötigt, außerordentlich schwierig wird¹⁵⁸, da exakt zu prüfen sein wird, ob die vorhandenen Softwarelizenzen überhaupt insolvenzfest sind. Man stelle sich nur einmal die Bedeutung für ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes vor, bei dem die Nutzung der

¹⁵⁸ *Redeker, H.*: „Softwareüberlassungsverträge in der Insolvenz des Softwarelieferanten“ in ITRB 2005, 263

Produktionsplanungs- und -steuerungssoftware aufgegeben werden muss. Betroffen sind davon sämtliche Vertragsarten, mit denen heute Software überlassen wird. Die auf Dauerschuldverhältnissen wie Softwariemiete, -leasing oder Application Service Providing beruhenden Überlassungsverträge sind bereits seit Inkrafttreten der InsO durch die mit ihr im Vergleich zur KO eingetretenen Änderungen als rechtlich riskant zu bewerten¹⁵⁹. Diese Ansicht begründet sich gerade durch das in § 103 InsO normierte Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters und ist derart allgemein anerkannt. Mit seinem Urteil vom 27.06.2003 geht das LG Mannheim jedoch weit über diesen Ansatz hinaus. Beim Erwerb von Standardsoftware finden wie oben umfassend dargestellt nach Ansicht des BGH die Bestimmungen des Kaufrechts zumindest analoge Anwendung. Dennoch werden auch bei relativ einfachen Verträgen zur Überlassung von Standardsoftware gegen Einmalentgelt regelmäßig weitere Pflichten mit dem den Erwerb der Software regelnden Vertrag bestimmt. Je

¹⁵⁹ *Kammel* in Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, München, 2005, Nr. 171 Rn. 97

komplexer die vertragsgegenständliche Software ist, umso komplexer wird auch bei der Überlassung gegen Einmalentgelt das Geflecht an Nebenpflichten aus dem Lizenzvertrag. In Betracht kommen Nebenpflichten wie etwa Informationspflichten bezüglich der Nennung neuer Nutzer bei der erlaubten Weitergabe der Software an Dritte, ebenso Rückgabe- und Löschungspflichten im Falle von erheblichen Vertragsverletzungen und Geheimhaltungspflichten wegen eventuell betroffener vertraulicher Betriebsinformationen. Von zentraler Bedeutung sind Hinterlegungspflichten¹⁶⁰. Diese werden vertraglich vereinbart, um dem Erwerber der Software beim Eintreten einzelner, in der Hinterlegungsvereinbarung zu benennender Tatbestände den Zugriff auf den Quellcode der Software zu ermöglichen. Gerade bei großen Investitionen hat der Erwerber der Software ein wirtschaftlich bedeutsames Interesse daran, auf den Quellcode zugreifen zu können, etwa in dem Fall, dass der Hersteller der Software diese nicht mehr weiterentwickelt. Derartige Hinterlegungsvereinbarungen sind typischerweise im Vertrag über den Erwerb der Software geregelt und führen

¹⁶⁰ Kilian in Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, Nr. 21 Rn. 1 ff.

zu dauerhaften wechselseitigen Pflichten, und zwar auch dann, wenn es sich ansonsten um den Erwerb einer Standardsoftware gegen Einmalentgelt handelt. Mit Blick auf die benannte Rechtsprechung zu § 103 InsO führt die Aufnahme solcher dauerhaften wechselseitigen Pflichten, die für den Erwerber von elementarer Wichtigkeit sind, aber in der Konsequenz dazu, dass seine erworbenen und auch voll bezahlten Nutzungsrechte durch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters im Insolvenzfall des Herstellers erlöschen können. Erkennbar ist in dieser Situation für den Syndikus des eine Software erwerbenden Unternehmens die allgemeine Grundweisheit wenig hilfreich, wonach Verträge zur Überlassung von Standardsoftware so einfach wie möglich gehalten werden sollen. Denn der Syndikus ist in einer unangenehmen Situation: nimmt er eine Hinterlegungsvereinbarung nicht auf, so läuft er Gefahr, im Zweifel erheblichen wirtschaftlichen Schaden in Kauf zu nehmen, da eine sinnvolle Nutzung der Software unmöglich werden kann. Dabei kann zunächst auch offen bleiben, ob Hinterlegungsvereinbarungen überhaupt insolvenzfest formuliert werden können¹⁶¹, denn ihr Anwendungsbereich

¹⁶¹ ablehnend insoweit *Paulus, G.*: „Der "Escrow Agent" - Eine

bezieht sich erkennbar nicht nur auf den Insolvenzfall. Nimmt er aber eine Hinterlegungsvereinbarung auf, so läuft er Gefahr, dass gerade diese Absicherung der wirtschaftlichen Interessen seines Unternehmens eine entgegen gesetzte Wirkung entfalten, da durch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO nicht nur die Erfüllung des Hinterlegungsvertrages gefährdet ist¹⁶², sondern durch das Erlöschen der Nutzungsrechte an der fraglichen Software, deren Einsatz ausgeschlossen ist.

3.1.5 Patente auf computerimplementierte Erfindungen

Die Bedeutung der Erstellung von Software als Geschäftsmodell der IT-Branche ist nicht in dieser Arbeit nur bereits angesprochen worden, sie ist wohl auch als allgemein bekannt anzusehen. Da Software immer Gegenstand von intellektueller Leistung ist, stellen sich betroffene IT-Unternehmen die Frage, wie sie ihr geistiges Eigentum schützen können. Die Fragen des Schutzes beziehen sich dabei auf eine ganze Reihe von Aspekten: in

konkursfeste Hinterlegungsmöglichkeit?“ in CR 1994, S. 84

¹⁶² Redeker, H.: Softwareüberlassungsverträge in der Insolvenz des Softwarelieferanten“ in ITRB 2005, S. 264; Berger in Redeker, IT-Verträge, 1.7 Rz. 16

Betrachtet kommen beispielsweise Schutz gegen unerlaubtes Kopieren, Schutz vor sklavischen Nachahmungen oder Schutz tragender Ideen neu erfundener Technologien. In diesem Zusammenhang tritt seit wenigen Jahren eine Thematik in den Vordergrund, die nicht nur internationale Großunternehmen betrifft, sondern mit denen sich auch Unternehmen der mittelständischen IT-Branche beschäftigen. Gemeint ist die Diskussion um „Patente auf computerimplementierte Erfindungen“. Hierunter wird im Sprachgebrauch allgemein das Softwarepatent verstanden, also der Patentschutz auf eine Software. In dieser zuerst sehr technischen Diskussion innerhalb der Unternehmen werden schnell die eigenen Juristen zu Rate gezogen. Hintergrund dafür ist die bereits interessante Ansicht, dass die Frage um Patente eine primär juristische Aufgabe sei. Schließlich gibt es *Patentanwälte*, bei denen es sich also um Juristen handeln muss¹⁶³. Davon jedoch losgelöst wird die Diskussion um Softwarepatente innerhalb der Unternehmen umfassend geführt, auch unter dem Eindruck der

¹⁶³ zur Ausbildung der Patentanwälte übersichtlich *Kilian, M.*: „Rechtliche Grundlagen der anwaltlichen Tätigkeit“, Köln 2003/04, S. 12 ff.

öffentlichen Diskussion, die dieses Thema durch die Medien umfassend und publikumswirksam¹⁶⁴ aufbereitet bekommt. Gegenstand der öffentlichen Diskussion in den vergangenen zwei Jahren war vor allem die europäische *"Richtlinie über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindungen"*¹⁶⁵. Hiermit sollte die Patentierbarkeit von softwaregesteuerten Erfindungen in der EU vereinheitlicht werden. Betroffen von der Richtlinie war maßgeblich solche Software, die an eine bestimmte Hardwarekonfiguration gebunden ist. Diese Art von Software wird vom EPA in der Regel als patentierbare Erfindung gewertet. *Nicht* von der Richtlinie betroffen war dagegen die „typische“ Standardsoftware, also solche Software, die losgelöst von einer bestimmten Hardwarekonfiguration kopiert und an anderer Stelle auf jedem beliebigen Computer wieder installiert werden kann.

¹⁶⁴ so berichtet die FAZ vom 06.07.2005, Nr. 154, Seite 13, ebenso FAZ.Net am 06.07.2005 (www.faz.net) unter dem Titel „Keine Software-Patentrichtlinie“ über die „Aufgeheizte Atmosphäre“ und „Die Schlacht ums Patent“.

¹⁶⁵ Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindung, KOM(2002) 92, endgültig

Von dieser Abgrenzung losgelöst hatten jedoch die Gegner der EU-Richtlinie argumentiert, diese erlaube Softwarepatente durch die Hintertür. Am 06. Juli 2005 hat das Europäische Parlament die EU-Richtlinie trotz einer im April 2005 erzielten Einigung der EU-Mitgliedstaaten mit deutlicher Mehrheit der Abgeordneten in zweiter Lesung zurückgewiesen. Dennoch, und zwar vom parlamentarischen Geschehen losgelöst, ist es Tatsache, dass Patente auf computerimplementierte Erfindungen für Unternehmen der IT-Branche von zunehmender Bedeutung sind. Denn die Anmeldung und Erteilungen von Softwarepatenten hat beim DPMA und EPA während der vergangenen Dekade sowohl absolut als auch relativ deutlich zugenommen; der absolute und der prozentuale Anteil an so genannten Softwarepatenten bei den Anmeldungen und Erteilungen von Patenten ist also gestiegen. Nach Ansicht der EU-Kommission liegen beim EPA etwa 20.000 Patente auf computerimplementierte Erfindungen vor¹⁶⁶. Die zunehmende Bedeutung von

¹⁶⁶ Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und Rates über die Patentierbarkeit computerimplementierter Erfindung, KOM(2002) 92, endgültig

solchen Softwarepatenten gilt auch für den Mittelstand¹⁶⁷. Und wie erläutert, ist innerhalb der Unternehmen oftmals der Syndikus dazu berufen, eine Patentstrategie zu definieren. Noch bevor aber dafür überhaupt die anwendbaren Normen und die Grenzen des rechtlich Möglichen gefunden werden können, ist der Syndikus in seinem Unternehmen bei der notwendigen grundlegenden Aufklärungsarbeit innerhalb seines Unternehmens gefragt. Beispielsweise hat die EU-Kommission festgestellt: „... mittelständische Unternehmen [...] wussten in der Regel recht wenig über die Möglichkeiten, ihre Produkte durch Patente zu schützen.“¹⁶⁸ Der Syndikus sieht sich mit unterschiedlichen Fragen konfrontiert, für die er den verantwortlichen Führungskräften seines Unternehmens Antworten aufbereiten soll. Typische Fragestellungen sind die nach der grundsätzlichen Patentierbarkeit von Software, weiterhin die nach der Abgrenzung von urheberrechtlichem Schutz und Markenschutz gegenüber dem Schutz durch

¹⁶⁷ Börner, S. 95

¹⁶⁸ Europäische Kommission (Hrsg.): „The Result of the European Commission Consultation Exercise on the Patentability of Computer Implemented Inventions“, S. 28

Patente. Aber: bei der Beantwortung dieser Fragen sieht sich der Syndikus einer vergleichsweise unklaren Situation und darüber hinaus immer weniger rechtlichen Abgrenzung gegenüber. Der Syndikus weiß, dass Patentschutz nur für eine Erfindung erzielt werden kann, und dies auch nur, wenn diese Erfindung neu ist, einen gewissen Grad an Technizität aufweist und gewerblich anwendbar ist¹⁶⁹. Aber weder das PatG noch das EPÜ definieren, was überhaupt eine Erfindung ist. Das Vorliegen einer Erfindung einmal vorausgesetzt, treten in den Diskussionen mit den Verantwortlichen im Unternehmen dann jedoch bei der Frage der *Neuheit* einer Erfindung Verständnisprobleme auf. Der im Unternehmen zunächst wirtschaftlich orientierte Grundgedanke ist der, Erfindungen geschützt sehen zu wollen, die bereits im Zeitpunkt der Entscheidung über die Patentierung einer Erfindung eine wirtschaftliche Bedeutung haben, also Umsätze generieren und Gewinne erwirtschaften. Der Patentschutz ist jedoch davon losgelöst zu bewerten. Es geht nicht um den Schutz bereits bekannter Erfindungen. Motive für den Patentschutz ergeben sich zwar letztlich immer aus

¹⁶⁹ Börner, S. 89 ff.

Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten, aber meist ergänzt um eine Zukunftsbetrachtung und damit Risikobewertung: für potentielle Investoren stellen Patente den Nachweis der Sicherung des geistigen Eigentums eines Unternehmens dar. Dies macht die Investition in ein Unternehmen interessanter, da die Investition sicherer ist. Dazu hat die EU in einer Studie festgestellt, dass in der IT-Branche die Patentierung computerimplementierter Erfindungen dazu beitrage, dass klein- und mittelständische Unternehmen zu großen und auch führenden Unternehmen heranwachsen¹⁷⁰. Es ist entsprechend primär Aufgabe des Syndikus' hervorzuheben, dass Patentschutz eine komplementäre Ergänzung von Marken- und Urheberrechtsschutz für das Unternehmen ist, um mittel- und langfristig die Position des Unternehmens am Markt durch den Schutz des geistigen Eigentums zu sichern. In der konkreten Umsetzung von Patentierungsvorhaben ist der Syndikus dann aber in der Problematik, für Softwarepatente in der Rechtsprechung keine verlässliche Leitlinie vorzufinden, sondern sich mit einer eher ergebnisorientierten Judikatur auseinandersetzen

¹⁷⁰ *Intellectual Property Institute (Hrsg.): The Economic Impact of Patentability of Computer Programs, London, 2001, S. 31*

zu müssen¹⁷¹. Der BGH hat unter Verweis auf das Unmittelbarkeitserfordernis ursprünglich Technizität nur anerkannt, wenn sich der Erfolg der fraglichen Erfindung als Ergebnis eines bewussten und gezielten Einsatzes von Naturkräften einstellte¹⁷². Heute ist diese strenge Auffassung nicht mehr vorherrschend; vielmehr reicht nach Ansicht des BGH aus, „wenn eine Lehre für ein Programm für Datenverarbeitungsanlagen durch eine Erkenntnis geprägt ist, die auf technischen Überlegungen beruht.“¹⁷³ Damit ist es ausreichend, dass die prägenden Anweisungen einer Software selbst der Lösung eines konkreten technischen Problems dienen müssen. Dies ist in der Regel der Fall, wenn *außerhalb* der Software ein technischer Effekt geschieht¹⁷⁴. Hierfür gibt es daher bereits viele Softwarepatente, vor allem im Bereich der Steuerungs- und Regeltechnik: beispielsweise beim Anti-Blockier-System¹⁷⁵ oder im Bereich der Betriebssysteme, also bei Software, die

¹⁷¹ *Nack, R.*: „Sind jetzt computerimplementierte Geschäftsmethoden patentfähig?“ in GRUR Int. 2000, S. 856

¹⁷² so schon zumindest seit BGH, GRUR 1969, 672, 673

¹⁷³ BGH, GRUR 2000, 498

¹⁷⁴ CR 2002, 92, 93

¹⁷⁵ BGH, GRUR 1980, 849

die Funktionsfähigkeit einer gesamten Computeranlage steuert¹⁷⁶. Der Syndikus eines Unternehmens, das mit der Erstellung von Software für derartige Systeme beschäftigt ist, muss in enger Zusammenarbeit mit den Technikern und Entwicklern Lösungen finden, die Technizität der Erfindungen sowie deren Neuheit in plausibler Art und Weise feststellen. In mittelständischen Unternehmen tritt der Syndikus dabei mangels eigener Patentabteilung häufig als Mittler auf, um die technischen Angaben der Softwareentwickler und Techniker den hinzugezogenen externen Patentspezialisten näher bringen zu können. Parallel muss der Syndikus dazu beitragen, dass ergänzende Bestimmungen, etwa die Regelungen des ArbErfG beachtet werden. Problematisch im Zusammenhang mit Softwarepatenten ist aber nun das Folgende: immer mehr Unternehmen in der IT-Branche beschäftigen sich mit Geschäftsmodellen, bei denen ein unmittelbarer technischer Effekt nicht mehr nach Außen hervortritt. Eine Patentierbarkeit scheidet hier nach dem oben Gesagtem grundsätzlich aus. Der Syndikus muss neue Wege finden, um dennoch einen Schutz des geistigen Eigentums in einer

¹⁷⁶ GRUR 1992, 33 für den softwaremäßigen Seitenpuffer

für das Unternehmen vertretbaren Art und Weise zu ermöglichen. In der IT-Branche sind von dieser Problematik vor allem solche Unternehmen betroffen, die sich mit E-Business-Geschäftsmethoden und Geschäftsprozessen auseinandersetzen. Zum Verständnis erneut ein Beispiel: für das Geschäftsprozessmanagement ist nachvollziehbar, dass das Feststellen, Verändern und Gestalten von komplexen Geschäftsprozessen auf das betroffene Unternehmen selbst einen erheblichen unmittelbaren Einfluss hat. Geschäftsprozessmanagement ist ohne komplexe Spezialsoftware heute nicht mehr machbar. Dies ist vergleichbar zu einer IT-gestützten Produktion, die von Hand und ohne Software nicht mehr lösbar ist. Anders als auf Software für die Produktionsplanung und -steuerung ist auf entsprechende Software für das Geschäftsprozessmanagement in Europa ein Patentschutz nicht erzielbar – wohl aber in anderen Rechtsordnungen, allen voran den USA¹⁷⁷. Dort erlangten beispielsweise der ‚Fortschrittsbalken‘, also die bekannte Animation beim Laden eines Programms, aber auch ‚Elektronische

¹⁷⁷ *Sedlmaier, R./ Glaser, N.*: Anmerkung zu „EPO: Patentibility of Business Methods“ in CURI, 1/2001, S. 21

Warenkörbe' oder ‚Digitale Karteikarten' Patentschutz. Mehr noch: schon die Grundgedanken, auf denen diese Technologien basieren, die Ideen also, sind in den USA patentierbar. Der Syndikus in einem deutschen IT-Unternehmen wird an dieser Stelle seiner Unternehmensführung entsprechende *internationale* Vorgehensweise empfehlen müssen. Dazu kann beispielsweise auch für ein deutsches mittelständisches Unternehmen der IT-Branche gehören, Patente in den USA zu beantragen, und zwar auch für solche Erfindungen, die in Deutschland oder Europa wohl nicht patentierbar wären. Die Frage um Patente hat aber eine weitere Dimension, die der Syndikus den Verantwortlichen seines Unternehmens erklären muss. Dies sind Aspekte losgelöst von Fragen nach Neuheit oder Technizität. Es geht dabei für den Syndikus um die Risikobewertung eines Patentstreits in den USA und die Entwicklung entsprechender Vorsorgestrategien. Dies mag an folgendem Sachverhalt des „Eolas-Patent“ verdeutlicht werden: Microsoft als weltweit größter Hersteller von Software wurde von einem US-Bundesgericht zur Zahlung von über 500 Millionen Dollar an die Software-Firma Eolas verurteilt. Das kleine

Unternehmen ließ knappe zehn Jahre zuvor eine Idee patentieren, mit der multimediale Inhalte und Programme automatisch aus einem Web-Browser heraus ausgeführt werden können. Das mit dem Fall beschäftigte Gericht war der Auffassung, Microsoft verletze mit seiner ActiveX-Technologie diese patentierte Idee. Fälle wie dieser veranlassten Microsoft dazu, verstärkt Strategien zur Vermeidung solcher Zahlungen zu entwickeln. Da heute gegenseitige Patentverletzungen im globalen Geschäft an der Tagesordnung und unvermeidbar sind, kommt dem Gedanken der Patentabkommen eine immer stärkere Bedeutung zu. Ein solches Patentabkommen haben beispielsweise Microsoft und die deutsche Siemens AG im Jahre 2004 geschlossen¹⁷⁸. Die Siemens AG ist in Deutschland mit über 45.000 angemeldeten und weiteren 40.000 in der Prüfung befindlichen Patenten führende Patentinhaberin¹⁷⁹. Microsoft hat aktuell ein Patentportfolio von etwa 10.000 Patenten mit dem Schwerpunkt auf

¹⁷⁸ *Deutsches Patent und Markenamt (Hrsg.)*, Newsletter 05/2004, S. 1, abrufbar unter <http://www.dpma.de/service/dienste.html>

¹⁷⁹ *Deutsches Patent und Markenamt (Hrsg.)*, Jahrbuch, München 2004, S. 10

Softwarepatenten. Das Ziel solcher Patentabkommen ist das Vermeiden von gerichtlichen Auseinandersetzungen bei gegenseitigen Patentverletzungen zugunsten von so genannten „Cross-Licensing“-Verfahren. Dies sind Vorgehensweisen, bei denen gegenseitig an Patenten Lizenzen eingeräumt werden, um Rechtsstreite zu vermeiden. Damit gewinnen Patente neben ihrem grundsätzlichen Sinn als Schutz des geistigen Eigentums im globalen Wettbewerb eine weitere Bedeutung, nämlich die, als Währung bei eventuellen Patentverletzungen eingesetzt zu werden. Zurück zum Syndikus eines mittelständischen IT-Unternehmens: der Syndikus tritt bei diesen komplexen und teilweise auch politisch beeinflussten Tätigkeitsfeldern nicht mehr nur als Mittler zwischen externen Patentanwälten und seinen eigenen Softwareentwicklern auf. Vielmehr ist es Aufgabe des Syndikus', unter Berücksichtigung aktueller internationaler Entwicklungen der Leitung des ihn beschäftigenden Unternehmens Empfehlungen auszusprechen. Diese Empfehlungen müssen mittel- und langfristige globale Vorgehensweisen zum Schutz des Unternehmens im Zusammenhang mit Fragen des geistigen Eigentums berücksichtigen.

3.1.6 Die Börsennotierung: Grundlage weiterer Aufgaben

Blicken wir zurück auf die Grafik von Seite 41: die bisher dargestellten Tätigkeitsfelder, mit denen sich der Syndikus eines mittelständischen IT-Unternehmens befasst, beziehen sich erkennbar zunächst auf die Wertschöpfungskette oder haben darauf unmittelbaren Einfluss. Dies waren die beispielhaft aufgeworfenen Fragen nach der Gestaltung von Verträgen über den Vertrieb von Standardsoftware oder die Entwicklung von Individualsoftware. Die Problematik um die Insolvenzfestigkeit von Verträgen, die den Bezug von Software für das eigene Unternehmen zum Gegenstand haben, hat einen unmittelbaren Einfluss auf Finanzfragen des Unternehmens. Die Diskussion um die Patentierbarkeit von Software findet vor allem Berührungspunkte bei allgemeinen externen Themen, da neben technischen Fragestellungen auch solche aus allgemeinen politischen Rahmenbedingungen vom Syndikus zu beachten und mit Blick auf die Interessen des Unternehmens zu bewerten sind. Neben all diesen Themen ist der Syndikus bei vielen mittelständischen Unternehmen auch mit Fragestellungen

beschäftigt, die im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht angesiedelt sind.

3.1.6.1 Mittelständische IT-Unternehmen an der Börse

Anders als Fragen der vertragstypologischen Zuordnung der Erstellung von Individualsoftware sind gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Fragen erkennbar nicht spezielle Thematiken der IT-Branche. Vielmehr sind dies Fragen, die alle vergleichbaren Kapitalgesellschaften betreffen. Allerdings ist zu beachten, dass Unternehmen der IT-Branche oft mittelständische Unternehmen sind, und trotz ihres mittelständischen Charakters börsennotiert sind (siehe oben Kapitel 2.3.1). Mit Blick auf den TecDax, also den Technologieindex der Deutschen Börse¹⁸⁰, finden sich dort Unternehmen wie die Software AG, die IDS SCHEER AG, die Bechtle AG und die TeleAtlas AG. Alle diese Unternehmen zählen zur IT-Branche und zum Mittelstand gemäß oben (Kapitel 2.3.1) gemachter Definition. Der Hintergrund, warum diese Unternehmen trotz ihrer mittelständischen Marktpositionierung eine

¹⁸⁰ ausführlich zu den verschiedenen Formen der Außenfinanzierung über Börsen: *Vormbaum, H.*, Finanzierung, 9. Aufl., Wiesbaden 1995, S. 197 ff.

Börsennotierung gewählt haben, liegt auf der Hand: Unternehmen, die in der IT-Branche erfolgreich sein wollen, benötigen in der Regel viel Kapital. Kapital ist notwendige Voraussetzung, um aktiv technische Forschung und Entwicklung vorantreiben zu können, es ist also eine wesentliche Basis für Innovation. Gerade die IT-Branche aber zeichnet bekanntlich eine extrem hohe Innovationsgeschwindigkeit aus. Die Notwendigkeit für Kapitalbeschaffung in der IT-Branche mag an einem bekannten Beispiel illustriert werden: im Jahre 1976, also den Pionierjahren der IT-Branche, gründete der damals 21-jährige *Steve Jobs* gemeinsam mit dem 26-jährigen *Steve Wozniak* die Apple Computer Company in Job's Garage in Palo Alto, Kalifornien. Dies war der Grundstein für einen rasanten wirtschaftlichen Erfolg: Apple Computer standen wenige Jahre später USA-weit auf fast allen Schreibtischen kleinerer Firmen und Freiberufler. Zur Finanzierung des Erfolges, insbesondere mit Blick auf Forschung und Entwicklung, benötigte diese Gesellschaft immer mehr Kapital. Daher wurde die Apple Computer Company bereits im Jahre 1980, nur vier Jahre nach ihrer Gründung, in eine

Aktiengesellschaft umgewandelt¹⁸¹. Ein weiteres signifikantes Beispiel soll die Bedeutung von Forschung und Entwicklung und den damit verbundenen Kapitalaufwand in der IT-Branche verdeutlichen: im Jahre 2004 hatte Microsoft als weltweit größter Softwarehersteller ein Budget von etwa 5.8 Milliarden US\$ für Forschungs- und Entwicklungszwecke¹⁸². Kapital ist in vergleichsweise einfacher Form und großer Menge nur über die Börse zu beschaffen¹⁸³. Das über die Börse beschaffte Kapital wird aber nicht nur für Forschung und Entwicklung benötigt. Auch aus anderer Sichtweise heraus ist die Kapitalbeschaffung für mittelständische Unternehmen der IT-Branche von hoher Bedeutung: um am Markt im Wettbewerb mit den global auftretenden Großunternehmen überhaupt bestehen zu können und Aufträge unmittelbar und nicht nur als Unterauftragnehmer zu erhalten, müssen mittelständische Unternehmen über ein für die Auftraggeber

¹⁸¹ Gartz, J.: Die Apple-Story: Aufstieg, Niedergang und „Wieder-Auferstehung“ des Unternehmens rund um Steve Jobs, , 2. Aufl., Kilchberg 2005, S. 19 ff.

¹⁸² *Deutsches Patent und Markenamt (Hrsg.)*, Newsletter 05/2004, S. 1, abrufbar unter <http://www.dpma.de/service/dienste.html>

¹⁸³ *Wöhe*, S. 649 ff.

hinreichendes Haftungspotential verfügen. Eine GmbH mit minimalem Stammkapital ist für viele Auftraggeber allein aus Risikoerwägungen heraus als Vertragspartner beispielsweise einer komplexen zu erstellenden Individualsoftware nicht akzeptabel, und dies losgelöst vom technischen Know-How. In Folge dieser Überlegungen wählte eine ganze Reihe von Unternehmen – einige sind bereits eingangs in diesem Kapitel benannt – den Weg, Kapital über die Börse zu beschaffen. Doch nicht nur der IPO, also der eigentliche Börsengang, rief dann ganz umfassende, von multidisziplinären Teams zu betreuende Fragen auf¹⁸⁴. Fragen des eigentlichen IPO waren auch aus Sichtweise der Unternehmensjuristen weniger kritisch, da hierfür wohl immer auf entsprechendes externes Expertenwissen zurückgegriffen werden muss und auch zurückgegriffen wird. Zu beachten ist auch, dass oft erst mit dem Börsengang oder als dessen Folge überhaupt eine eigene Rechtsabteilung in dem Unternehmen gegründet

¹⁸⁴ erläutert für den Börsengang der Wincor-Nixdorf AG in: *Griffiths, A./ Jatzkowski, A.* „IPO mit 37, Börsengang aus Inhouse-Sicht: Wincor Nixdorf“, *Juve Rechtsmarkt* 07/2004, S. 46 ff.

wird¹⁸⁵. Damit traten die tatsächlich für den Syndikus relevanten Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Listing an der Börse erst in der Folgezeit des IPO auf: ehemals vollständig von den Gründern gehaltene Gesellschaften, wohl meist in der Rechtsform einer GmbH¹⁸⁶, sahen sich den komplexen Vorschriften ausgesetzt, die der Gesetzgeber für börsennotierte Publikumsgesellschaften vorsieht. An dieser Stelle greift der Vorstand des Unternehmens natürlich auf die Expertise und das juristische Wissen des Syndikus' zurück. Mehr noch: es ist Aufgabe des Syndikus', die umfassenden Vorgaben des Gesetzgebers für den Vorstand zur Entscheidung aufzubereiten und damit das Unternehmen gesetzes- und vorgabenkonform¹⁸⁷ zu positionieren. Dies ist bereits für Rechtsabteilungen großer Unternehmen eine beachtliche Herausforderung, für die es aber typischerweise dort eigene Fachabteilungen gibt. Beispielsweise beschäftigt

¹⁸⁵ vgl. dazu unten Kapitel 3.4 ff.

¹⁸⁶ so jedenfalls für sämtliche zu Anfang des Kapitels genannten Gesellschaften

¹⁸⁷ unter Hinweis auf die verbreitete englische Sprachwahl auch als Compliance verstanden

die Deutsche Bank AG nach Aussage¹⁸⁸ ihres Direktors *Kirschhöfer* über 300 Mitarbeiter an Standorten in Deutschland und Großbritannien allein für Compliance-Fragen. Für den Syndikus eines mittelständischen IT-Unternehmens folgen aus den gesetzlichen Anforderungen erkennbar beachtliche weitere Probleme, da er nicht ansatzweise über vergleichbare Ressourcen verfügt, wie dies in den Großunternehmen der Fall ist. In mittelständischen Unternehmen betreut der Leiter Recht oftmals diese Thematik vollständig alleine¹⁸⁹ und das parallel zum Alltagsgeschäft. Die geringeren Ressourcen, auf die der Syndikus dabei im mittelständischen Unternehmen zurückgreifen kann, entbinden ihn und letztlich das Unternehmen aber nicht davon, die identischen Vorgaben zu beachten, die auch für große börsennotierte Unternehmen gelten. Dies leitet zu einem weiteren Problem über: der Gesetzgeber sah und sieht sich in den vergangenen Jahren dazu berufen, für börsennotierte

¹⁸⁸ so formuliert auf der Fachtagung „Insiderrecht und Ad-Hoc Publizität nach dem neuen WpHG“, 16. November 2004, Köln

¹⁸⁹ beispielsweise bei der mittelständischen IDS SCHEER AG, wo der Leiter Recht auch zugleich die Rolle des Compliance Officers übernimmt

Publikumsgesellschaften eine kaum mehr überschaubare Fülle an Gesetzesänderungen und Gesetzesneuerungen in Kraft treten zu lassen¹⁹⁰. Dies geschah und geschieht beispielsweise unter dem Eindruck des Zusammenbruchs ganzer Börsensparten, etwa dem Neuen Markt, der auch die mittelständische IT-Branche betraf, weiter unter dem Eindruck einer ganzen Reihe von in-¹⁹¹ und ausländischen¹⁹² Skandalen in den vergangenen Jahren etwa

¹⁹⁰ *Kuthe, T.* in Kuthe/Rückert/Sickinger, Compliance-Handbuch Kapitalmarktrecht, Heidelberg 2004, S. 29, 33 ff.

¹⁹¹ etwa dem Skandal um EM.TV, bei dem die Vorstände durch bewusst falsche Ad-Hoc-Mitteilungen den Börsenkurs ihres Unternehmens in die Höhe trieben; mit dem Fall hat sich zweimal der BGH beschäftigt; vgl. BGH, Urt. v. 9.5.2005 – II ZR 287/02 sowie BGH Urt. v. 16.12.2004 - 1 StR 420/03, NJW 2005, 445; weiter der Skandal um die Comroad AG: hier stelle das LG Frankfurt, NZG 2003, 786 ff. fest, dass von Beginn des Börsengangs an den Anlegern das Bild eines in Wirklichkeit nicht existenten Unternehmens vorgespiegelt worden sei.

¹⁹² von besonderer Tragweite der US-amerikanische Fall Enron, der binnen weniger Wochen zum Zusammenbruch der traditionsreichen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Arthur Andersen führte, die noch zuvor Jahresumsätze von neun Milliarden Dollar verzeichnen konnte, nachdem bekannt geworden war, dass die Chefs der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Texas die Vernichtung von Enron-

im Zusammenhang mit falschen Bilanzierungen oder dem Insiderhandel, aber auch unter dem allgemeinen öffentlichen Druck etwa der gewünschten einzelnen Offenlegung von Vorstandsbezügen¹⁹³ zur vorgeblichen Schaffung von mehr Transparenz gegenüber den Anteilseignern. Diese Schaffung von Transparenz schien dem Gesetzgeber geboten, da erstmals breite Bevölkerungsgruppen die Börsen als Investitionsplätze wahrnahmen, ohne aber notwendige oder fundierte Kenntnisse von den Zusammenhängen um das Börsengeschehen zu haben¹⁹⁴. Im Ergebnis bedeutet diese vom Gesetzgeber gewünschte Transparenz für die Rechtsabteilungen in den betroffenen Unternehmen einen immer größer werdenden Aufwand. Die in dieser Arbeit bereits mehrfach angesprochene Untersuchung von *Henning* hat dies auch entsprechend verdeutlicht: wie in Kapitel 2.3.2.1 erläutert, erwarten die befragten Syndici erhebliche

Dokumenten während der staatsanwaltlichen Untersuchungen gegen Enron angeordnet hatten.

¹⁹³ vgl. zur Übersicht *Leuring D./Simon, S.*: „Offene Fragen zur Offenlegung der Vorstandsvergütung“ in NZG 23/2005, S. 945 ff.

¹⁹⁴ es sei an dieser Stelle verwiesen auf den für die T-Aktie der Deutschen Telekom AG geschaffenen Begriff der „Volksaktie“

Arbeitsmehrbelastungen durch die neuen Gesetze. Dies trifft den Syndikus im mittelständischen Unternehmen umso intensiver, als er keine weiteren Ressourcen dafür zur Verfügung hat, diese Arbeit also als echten Mehraufwand zu seinen bereits vorhandenen Tätigkeitsbereichen aufgetragen bekommt.

3.1.6.2 Auswirkungen am Beispiel des UMAG

Zur Verdeutlichung der zuvor abstrakten Problembeschreibung sollen nachfolgend in Grundzügen die konkreten Auswirkungen nur der wichtigsten Änderungen des Aktienrechts, wie sie aus dem zum 01. November 2005 in Kraft getretenen UMAG¹⁹⁵ resultieren, auf die Arbeitsweise eines Syndikus' in einem mittelständischen Unternehmen verdeutlicht werden. Ziel des UMAG ist, Vorstand und Aufsichtsrat stärker in die Haftung zu nehmen und die Beschlusskraft der Hauptversammlung zu stärken. Zur Erreichung dieser Ziele wurden bis dahin nicht umgesetzte Empfehlungen der Regierungskommission Corporate Governance

¹⁹⁵ BT-DS 15/5693; BGBl. 2005, Teil I Nr. 60, 2802 ff.

aufgegriffen¹⁹⁶. Der Syndikus wird bei der Lektüre des Gesetzes feststellen, dass sich für die Vorbereitung und Durchführung der Aktionärshauptversammlung wesentliche zu beachtende Änderungen ergeben. Dies betrifft wegen der Neufassung des § 123 Abs. 1 AktG in der Regel schon die notwendige Durchführung einer Satzungsänderung, soweit die Gesellschaft hierfür nicht bereits bei der Hauptversammlung 2005 einen entsprechenden Vorratsbeschluss gefasst hat. Die Hauptversammlung ist nunmehr mindestens 30 Tage vor dem letzten Anmeldetag einzuberufen, so dass der typischerweise übliche Satzungstext, der auf den Zeitraum eines Monats gerechnet ab dem Hinterlegungs-/Anmeldetag abstellt, angepasst werden muss. Neben der rein redaktionellen und organisatorischen Arbeit, die damit verbunden ist, muss der Syndikus in enger Zusammenarbeit mit den Kollegen aus dem Bereich Investor Relations auch die Einladung für die betroffene nächste Hauptversammlung dementsprechend

¹⁹⁶ ausführlich zur Begründung der damaligen BReg: Regierungsentwurf vom 04.11.2004 zum Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), S. 16 ff.

verfassen, und die Beschlussfassung zur Änderung der Satzung auf die Tagesordnung bringen. Auch mit Blick auf den einzelnen Aktionär, der an der Hauptversammlung teilnehmen möchte, muss der Syndikus wegen eventueller Rückfragen die neue Rechtslage nach § 123 Abs. 2 AktG beachten. Betroffene Aktionäre müssen nunmehr spätestens am letzten Anmeldetag der Gesellschaft einen Nachweis über den von ihnen gehaltenen Anteilsbesitz am 21.Tag vor der Hauptversammlung erbringen¹⁹⁷. Der letzte Anmeldetag ist der siebte Tag vor der Hauptversammlung, wenn nicht in der Satzung anders bestimmt. Anders als nach der alten Rechtslage endet gemäß § 123 Abs. 4 AktG die Anmeldefrist am vorhergehenden Werktag, wenn der letzte Anmeldetag auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt. Schon nur die wenigen vorangegangenen Zeilen verdeutlichen, wie interessant und zugleich schwierig eine Fristberechnung sein kann. In die Berechnung und Feststellung von juristischen Fristen wird der Syndikus stets

¹⁹⁷ der so genannte Record Date, siehe zur Wortwahl Begründung der BReg: Regierungsentwurf vom 04.11.2004 zum Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), S. 25

eingebunden sein, hierfür trägt er die unternehmensinterne Verantwortung. Auch bei eventuellen Rückfragen oder Unstimmigkeiten zur Berechnung der Fristen unter Zeitdruck, etwa während der laufenden Hauptversammlung - bei der der Syndikus stets im BackOffice teilnimmt - muss die Fristenberechnung auf Grundlage des BGB und des AktG sicher und schnell unter Kenntnis der aktuellen Rechtslage beherrscht sein und dem Versammlungsleiter zur Kommunikation begründet werden können. Für eine Suche im Gesetzestext bleibt dann in der Regel keine Zeit. Das UMAG soll nach Vorstellung des Gesetzgebers durch Änderungen des Aktienrechts auch eine Straffung des Verlaufs der Hauptversammlung ermöglichen. Aufgrund des UMAG wird § 131 Abs. 2 AktG um den Wortlaut *„Die Satzung oder die Geschäftsordnung gemäß § 129 kann den Versammlungsleiter ermächtigen, das Frage- und Rederecht des Aktionärs zeitlich angemessen zu beschränken, und Näheres dazu bestimmen.“* ergänzt. Der Versammlungsleiter hat bei entsprechender Ermächtigung nunmehr das Recht, nicht nur Rederechte, sondern auch Fragerechte angemessen zu begrenzen. Der Syndikus wird auf Grundlage dieser Gesetzesergänzung zunächst bei

seinen Organen feststellen müssen, ob eine solche Ermächtigung gewünscht ist. Wenn dies der Fall ist, müssen die notwendigen Voraussetzungen durch Änderung der Geschäftsordnung oder der Satzung vorbereitet werden. Bei der Satzungsänderung hat dies die umfassenden Maßnahmen zur Folge, die bereits oben angesprochen wurden. Liegt die Änderung vor, wird der Syndikus auch in Fällen, in denen der Versammlungsleiter von der Ermächtigung Gebrauch macht, dem Versammlungsleiter beratend zur Seite stehen. Dann wird es um die Konkretisierung des in § 131 Abs. 2 AktG verwendeten unausgefüllten Rechtsbegriffes „angemessen“ gehen. Hier muss der Syndikus dem Versammlungsleiter entsprechende Ratschläge geben können¹⁹⁸. Die Bedeutung dieser Empfehlungen ist umso schwerer, als den Gesetzesmaterialien zu Folge eine Hauptversammlung in

¹⁹⁸ ausweislich des RegE muss natürlich der Versammlungsleiter, den ihm gegebenen „*Ermächtigungsrahmen konkret ausfüllen*“, siehe S. 32 der Begründung der damaligen BReg: Regierungsentwurf vom 04.11.2004 zum Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG); letztlich wird der Versammlungsleiter dies nur nach Rücksprache und in enger Anstimmung mit dem Syndikus tun

der Regel nicht länger als sechs Stunden Zeit in Anspruch nehmen soll¹⁹⁹. Dies setzt voraus, dass der Syndikus für seine Empfehlung an den Versammlungsleiter eine Prognose über den Verlauf der Hauptversammlung erstellen muss, wie diese Hauptversammlung ohne Rede- und Fragezeitbeschränkung zeitlich ablaufen würde. Dass dies von hoher Schwierigkeit sein kann, liegt auf der Hand. Die Rechtsfolgen einer nicht rechtmäßigen Beschränkung können von hoher negativer wirtschaftlicher Auswirkung für das Unternehmen sein, da während der Hauptversammlung gefasste Beschlüsse durch ein Gericht für nichtig und anfechtbar erklärt werden können²⁰⁰. Eine weitere wesentliche Änderung im Aktiengesetz folgt aus dem mit dem UMAG ergänzten zweiten Satz des § 93 Abs. 1 AktG. Hier hat der Gesetzgeber nach US-amerikanischem Vorbild eine als „Business Judgment Rule“ bezeichnete Regelung in das Aktiengesetz aufgenommen²⁰¹, die den

¹⁹⁹ ebenda, S. 33

²⁰⁰ vgl. zur Beschränkung der Redezeit: DB 2005, 2067 zum (nicht rechtskräftigen) Urteil des LG Köln vom 06. Juli 2005 – „Felten&Guillaume AG“

²⁰¹ zur Entstehungsgeschichte der Business Judgment Rule siehe beispielsweise: *Seibert., M., Schütz C.*: „Der Referentenentwurf eines

Vorständen mehr Handlungsspielräume bei ihren unternehmerischen Entscheidungen schaffen soll. Demnach liegt eine Pflichtverletzung des Vorstandes nicht vor, „wenn

Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG“ in ZIP 2004, S. 252-258; *Kock, M., Dinkel, R.*: „Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen“ in NZG 2004, S. 441-448; *Ihrig, H.-C.*: „Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG“ in WM 2004, S. 2098-2107; *Gehb, J., Heckelmann, M.*: „Haftungsfreistellung von Vorständen“ in ZRP 2005, S. 145-149; *Schneider, S. H.*: „Unternehmerische Entscheidung als Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgment Rule“ in DB 2005, S. 707-712; *Linnerz, M.*: „Vom Anfechtungs- zum Haftungstourismus“ in NZG 2004, S. 307-313; *Sieg, O., Schramm, T.*: „D&O / Berufshaftpflicht“ in PHI 2004, S. 68-69; *Fleischer, H.*: „Die „Business Judgment Rule“ – Vom Richterrecht zur Kodifizierung“ in ZIP 2004, S. 685-692; *Paefgen, W. G.*: „Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung eines Business Judgment Rule im künftigen UMAG“ in AG 2004, S. 245-261; *Hoor, G.*: „Die Präzisierung der Sorgfaltsanforderungen nach § 93 Abs. 1 AktG durch den Entwurf des UMAG“ in DStrR 2004, S. 2104-2108; *Semler, J.*: „Zur aktienrechtlichen Haftung der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft“ in AG 2005, S. 321-336 ; *Weiss, S., Buchner, M.*: „Wird das UMAG die Haftung und die Inanspruchnahme der Unternehmensleiter verändern?“ in WM 2005, S. 162-171

das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“ Die nachweisliche Einhaltung der normierten Tatbestände ist Voraussetzung für die mit der Business Judgment Rule implizierte Haftungsfreistellung für ex post eingetretene Unternehmensrisiken. Bei jedem Thema, das mit Haftungsfragen verbunden ist, insbesondere aber bei Fragen der Organhaftung, wird der Syndikus Aufklärungsarbeit leisten müssen, indem er eine Bewertung der Sach- und Rechtslage vornimmt²⁰². Mit Blick auf die Business Judgment Rule wird der Syndikus den betroffenen

²⁰² dazu Lutter, M.: „Haftung ist kein schönes Thema und führt bei den potentiell Betroffenen zu wenig Begeisterung“ in „Ermessensentscheidung für das Management – Das Privileg der Business Judgment Rule“, Vortrag auf den Unternehmensjuristentagen 2006, 22.02.2006 Berlin; weiter auch: Fleischer, H.: „Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht“ in ZIP 2006, S. 451-459; Brömmelmeyer, C.: „Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstandes – Ein Beitrag zur Konkretisierung des Business Judgment Rule“ in WM 2005, S. 2065-2070; Schäfer, C.: „Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG“ in ZIP 2005, S. 1253-1259

Organen der Gesellschaft nicht nur den grundsätzlich positiven Ansatz dieser Neuregelung darlegen, sondern auch die Tatbestandsvoraussetzungen und die Beweislastsituation erläutern müssen. Auf der Tatbestandsebene zieht die Business Judgment Rule Parallelen zu der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung²⁰³. Voraussetzung ist das Vorliegen der folgenden fünf Merkmale: Unternehmerische Entscheidung, Gutgläubigkeit, Handeln zum Wohle der Gesellschaft und Handeln auf der Grundlage angemessener Information. Andererseits finden sich auch in der neuen Bestimmung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG unausgefüllte Begriffe, etwa die „Gutgläubigkeit“, „angemessen“ und „vernünftigerweise“. Aufgrund der Parallelen zur Rechtsprechung und unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien wird der Syndikus zwar für einzelne Tatbestände Erklärungen abgeben können. Zugleich liegt natürlich aber keine auf jeden Einzelfall passende Lösung vor: im Fall ARAG/Garmenbeck hat der BGH vergleichsweise einfach festgestellt, dass „vernünftigerweise“ nicht gegeben sei, wenn „das mit der

²⁰³ BGHZ 135, 244 ff.; BGH Urt. v. 21. April 1997 – „ARAG/Garmenbeck“

*unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilt worden ist*²⁰⁴. Der Syndikus wird seinem Vorstand daher empfehlen müssen, sich auf *zwei* Ebenen abzusichern: zum einen muss er für seine Entscheidungen eine umfassende Informationsbeschaffung und Informationsbewertung als internen Geschäftsprozess definieren. Dies allein reicht aber nicht aus, da die Beweislast zu Lasten des Vorstandes normiert ist. Konkret hat das beklagte Organ den Beweis zu führen, dass die nach Ansicht eines klagenden Aktionärs vorgeblich schädigende Entscheidung des beklagten Vorstandes auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft getroffen wurde. Damit muss der Syndikus zum anderen dem Vorstand erläutern, wie er sich prozesssicher wegen dieser Beweisführung positionieren kann. In der Konsequenz wird der Syndikus eindeutige interne Prozesse definieren und deren Einhaltung überwachen müssen, die dazu beitragen, dass Vorstände bei ihren Entscheidungen nicht nur in umfassender, sondern vor allem auch beweissicherer Art und Weise dokumentiert

²⁰⁴ BGHZ 135, 244, 253

Chancen und Risiken gegeneinander abwägen können²⁰⁵. Erkennbar verlässt der Syndikus immer stärker sein eigentlich juristisches Arbeitsumfeld; die Rechtswissenschaft, die Kenntnis von Recht und Gesetz, sind nur noch grundlegendes Handwerkszeug, immer weniger jedoch Gegenstand der täglichen Arbeit. Der Syndikus nimmt neue Rollen ein: er ist mehr und mehr in Managementaufgaben eingebunden. Dabei übernimmt er die Verantwortung für das Ausgestalten und Umsetzen von internen Geschäftsprozessen, die einen direkten Einfluss auf die Organisation des Unternehmens haben. In den nun nachfolgenden Ausführungen wird daher dieses neue Verständnis des Syndikus' näher untersucht werden.

3.2 Ein neues Verständnis: Der Syndikus als Risikomanager

Die vorangehenden Kapitel stellen nur übersichtsgleich mögliche Besonderheiten und rechtliche Probleme dar, mit denen sich der Syndikus in der Rechtsabteilung eines mittelständischen IT-Unternehmens heute beschäftigt.

²⁰⁵ so auch die Bundesjustizministerin Brigitte Zypries im Interview: „... der Vorstand sollte dokumentieren, in welcher Weise er sich [...] informiert hat.“ in GoingPublic 03/2004, S. 34

Deutlich ist aber herausgetreten, dass der Syndikus in der mittelständischen IT-Branche in einer Vielzahl von Fällen Entscheidungen treffen soll, bei denen ihm die reine Rechtslehre nicht mehr maßgeblich weiter hilft. Die Ausführungen in den vorangehenden Kapiteln zeigen: die ursprüngliche Auffassung *Kalsbachs* ist als nicht mehr zeitgerecht widerlegt. Der Syndikus ist nur in einer Nebenrolle als zugelassener Rechtsanwalt gefragt. Auch die von *Kalsbach* eindeutig herausgestellte Rolle des Syndikus' in einer Leitungsfunktion ist vergleichsweise stark relativiert. Anwaltszulassung und Leitungsfunktion sind beides nicht die tragenden Momente, heute einen Syndikus in einem mittelständischen Unternehmen zu beschäftigen. Fasst man alle bisher getroffenen Aussagen zusammen, folgt daraus: Gegenstand der täglichen Arbeit eines Syndikus ist immer stärker das Bewerten und Steuern von *Risiken* des ihn beschäftigenden Unternehmens. Damit wandelt sich das Verständnis des Syndikus'. Oben (Kapitel 2.3.5) wurde als Ergebnis der allgemeinen Untersuchung der Syndikus im Mittelstand als fachlicher Spezialist definiert, der jedoch nicht allein auf eine einzelne unternehmensrelevante Fragestellung fokussiert ist. Syndici im Mittelstand, so ist

klar gestellt, agieren als Generalisten und nehmen Managementfunktionen wahr. Für die Syndici in *mittelständischen Unternehmen der IT-Branche* muss diese Definition noch um die sich aus sich aus den branchentypischen Besonderheiten resultierenden Themen erweitert werden. Für das spezielle Verständnis der Arbeit des Syndikus' in einem mittelständischen IT-Unternehmen gilt: neben den juristischen Fähigkeiten, die der Syndikus in einem IT-Unternehmen ebenso wie seine Kollegen aus anderen Branchen ausgeprägt als sein ‚Handwerkszeug‘ beherrschen muss, bedarf es zunächst in besonderem Maße eines Verständnisses für die branchentypischen und sehr speziellen technischen Fragestellungen. Auch dieses Merkmal ist jedoch in der IT-Branche nicht wesentlich anders als in anderen Branchen. Der Unterschied in den Branchen ist aber darin begründet, dass es nach hier vertretener und erläuterter Ansicht keine vergleichbare Branche gibt, die in dieser Art und Weise einem ständig schneller werdenden technischen Wandel unterliegt. Für die IT-Branche gibt es zugleich, anders als etwa in Fällen des Maschinen- und Anlagebaus, der Pharmaindustrie oder dem Bausektor eine vergleichsweise geringe Anzahl an

einschlägigen Normen. Ebenso wenig können die Juristen der IT-Branche auf eine die wesentlichen Kernbereiche abdeckende gefestigte IT-spezifische Rechtsprechung zurückgreifen. Grund dafür sind die sich schnell verändernden technischen und inhaltlichen Rahmenbedingungen. Hierfür kann die Rechtsprechung allenfalls deutlich zeitverzögert Antworten liefern. Auch in diesem Punkt unterscheidet sich die Arbeitsweise eines Syndikus' in der IT-Branche von der eines internen Juristen in einer anderen, ‚*Old Economy*‘-Branche. Problematisch ist für diese Anforderung an die Arbeitsweise des Syndikus' in der IT-Branche weiter, dass die IT-Welt eine ganz signifikante Prägung der technischen Begriffe durch Anglizismen²⁰⁶ besitzt und damit in deutlichem Widerspruch zur deutschen Sprache als Gerichtssprache steht. Dabei geht es aber nicht nur um das Nutzen des Englischen als Sprache als solcher. Es geht um das Ausfüllen ganzer Regelungsbereiche durch englischsprachige Begriffe, die keiner inhaltsgleichen

²⁰⁶ vergleiche einmal nur die Aufstellung von Begriffen und Definitionen aus der Wirtschaftsinformatik unter <http://sokrates.hs-bremerhaven.de/wininfo.htm>

Übersetzung mehr zugeführt werden können, da es sich um feste Termini Technici handelt²⁰⁷. Viele Begriffe werden ganz vielfältig und damit ungenau benutzt, klare inhaltliche Abgrenzungen sind kaum mehr greifbar. Zudem, wie ebenfalls vorangehend dargestellt, ist für den börsennotierten Mittelstand und die dort begrenzten Ressourcen zu berücksichtigen, dass der Syndikus eine große Menge an Themen in seiner täglichen Arbeit parallel abdeckt. Für diese Arbeitsvolumina stehen den großen Unternehmen nicht nur mehr Mitarbeiter, sondern auch mehr spezialisierte Mitarbeiter zur Verfügung. Damit wird deutlich, dass es für den Syndikus in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche immer weniger um das Betreuen einzelner Themen und Themenbereiche im engeren Sinne geht. Themen und

²⁰⁷ dabei handelt es sich letztlich um so genannte Lehnwörter, wie etwa bei Begriff des „ERP-Systems“, stehend für ‚Enterprise Resource Planning‘-System, der derart als Begriff fest steht und keine deutsche Übersetzung mehr hat; ähnlich der Begriff „Outsourcing“, der in seiner einfachsten deutschsprachigen Definition die Übertragung von Verantwortung aus der eigenen EDV- oder IT-Abteilung an einen externen Anbieter bedeutet, vgl. *Bräutigam, P.:* IT-Outsourcing, Berlin 2004, S. 54

Themenbereiche, mit denen er sich auseinandersetzt und für deren Bearbeitung er sich entscheidet, sind nur ein Reflex aus der eigentlich vom Syndikus vorzunehmenden Betrachtungsweise auf sein Arbeitsfeld: der Syndikus muss in vielen Fällen Entscheidungen unter Ungewissheit treffen. Ungewissheit ist eine pragmatische Kategorie, sie stellt sich als Gefährdung dar, indem durch fehlende Gewissheit Unsicherheit erzeugt wird. Ungewissheit kann sich zu einem Risiko entwickeln, dem wiederum entgegengewirkt werden kann²⁰⁸. Risiko kann gemanagt werden²⁰⁹. Das Entgegenwirken gegen ein Risiko ist das Risikomanagement. Hauptaufgabe des Syndikus' in der IT-Branche ist es, Risiken entgegen zu wirken. Dies tut er auf Grundlage seiner Kenntnisse, die juristisch, unternehmens- und branchenbezogen sind. Er bestimmt dabei, wo Risiken drohen, bewertet diese dann und bearbeitet entsprechend betroffene Themen. Damit ist der Syndikus in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche in maßgeblicher Art und Weise *Risikomanager*. Zur

²⁰⁸ *Ibers, T./Hey, A.: Risikomanagement, Rinteln 2005, S. 17*

²⁰⁹ *Ibers/Hey, S. 36*

Verdeutlichung soll erneut auf die Grafik von Seite 41 zurückgegriffen werden.

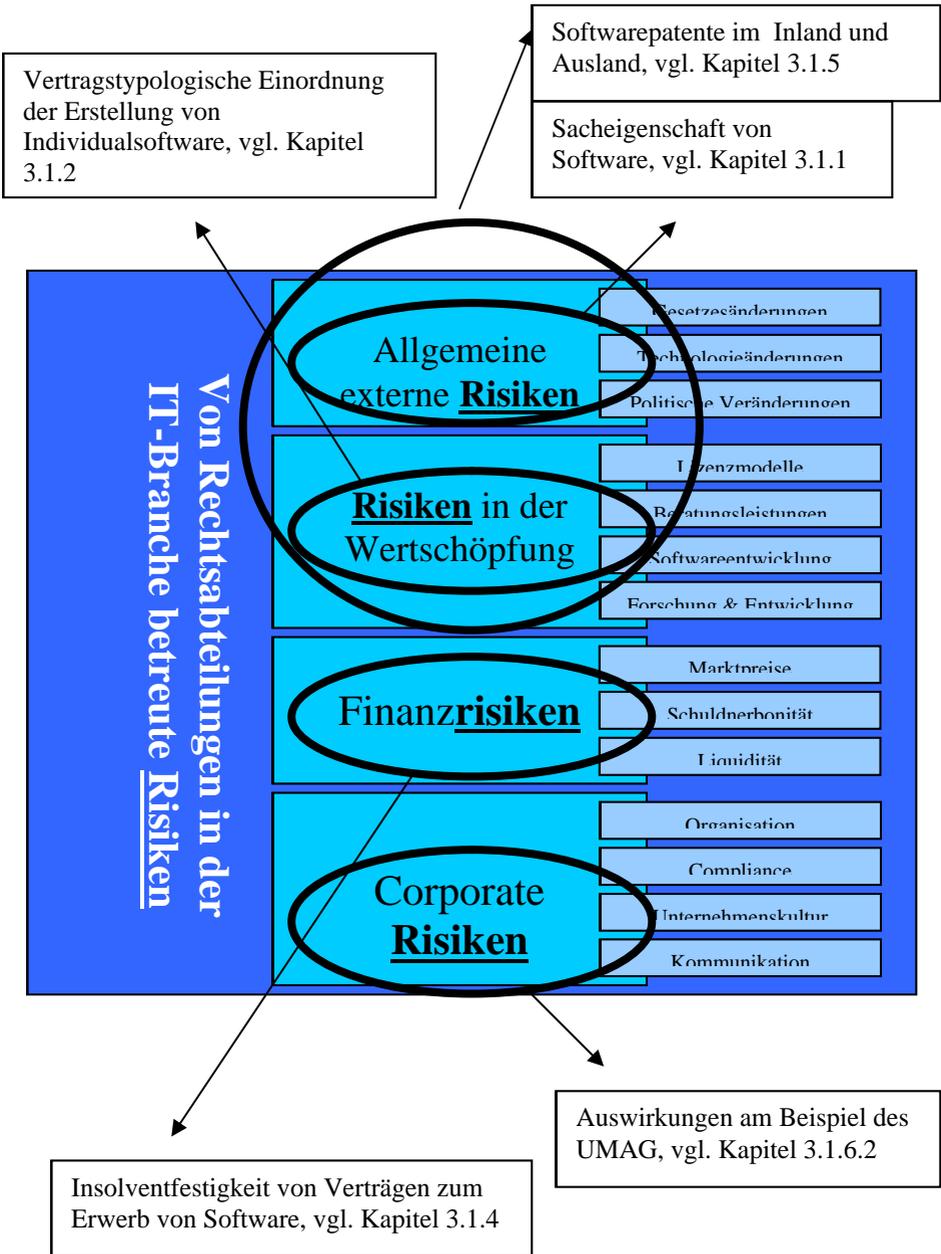


Abbildung 6: Risikozuordnung für Themen in der mittelständischen IT-Branche

Unschwer ist in vorstehender Grafik die Ergänzung der ursprünglichen Darstellung um die beispielhaften Ausführungen zu den typischen Problemfeldern der mittelständischen IT-Branche gemäß den Kapiteln 3.1.1 bis 3.1.6. zu erkennen. Einzelthemen, wie sie in der Ursprungsgrafik für die Arbeitsweise eines Syndikus' in der mittelständischen IT-Branche beschrieben sind, treten in ihrer Bedeutung als einzelnes *Thema* in den Hintergrund. Themen wandeln sich aufgrund der mit ihnen verbundenen Unsicherheit in der Betrachtungsweise zu *Risiken*. Diese Risiken müssen behandelt werden, nicht die Themen. Entsprechend sind die einzelnen Teilrisiken, wie sie in den vorangegangenen Kapiteln beschrieben wurden, in der vorstehenden Grafik exemplarisch den übergeordneten Risikogruppen zugeordnet. Wie am Beispiel der Frage nach der Patentierbarkeit von Software dargestellt, können einzelne Risiken auch übergreifend unterschiedliche Risikogruppen betreffen. Hier ist dies als ‚Allgemeines externes Risiko‘ eingestuft, da es sich erkennbar auch um Fragen nach Gesetzesänderungen handelt, ebenso um Fragen nach politischen Veränderungen. Natürlich bezieht sich die Frage nach der Patentierbarkeit von Software auch

auf Risiken, die in der Wertschöpfungskette liegen, wie dies oben ausführlich beschrieben wurde.

3.3 Zwischenergebnis

Im Fortgang dieser Arbeit soll der Syndikus in einem *mittelständischen IT-Unternehmen* für das ihn beschäftigende Unternehmen maßgeblich als Risikomanager verstanden werden. Die Arbeit als Jurist tritt partiell in den Hintergrund, wobei die Rolle als Risikomanager dennoch nicht losgelöst von der Arbeit als Jurist zu verstehen ist. Natürlich ist der Syndikus weiterhin der unternehmensinterne Vorhalter schnell abrufbaren juristischen Wissens. Mit Blick auf Syndici im Allgemeinen gilt, wie bereits erläutert, dass dieses abrufbare Wissen eine fundierte und exzellente Rechtskenntnis²¹⁰ voraussetzt. Dies gilt für Großunternehmen wie auch für den Mittelstand. Stärker aber als in einem Großunternehmen ist der Syndikus im Mittelstand dazu berufen, als Generalist²¹¹ positioniert zu

²¹⁰ *Hommerich/Prütting* verweisen auf die hohe Promotionsquote und den hohen Anteil an Prädikatsexamina, S. 109 f.

²¹¹ *Schwung* erklärt sogar, zur Pflichtlektüre eines Syndikus zähle neben den Fachzeitschriften selbstverständlich auch die Tageszeitung und politische Magazine, da der Syndikus zwar nicht Politiker sei, aber „zu den politischen Zeitgenossen“ zähle; bei *Schwung*, S.:

sein: er muss breit gefächert die spezifischen technischen und inhaltlichen Problemfelder der IT-Branche verstehen und deren ständige Veränderung mit Blick auf die rechtliche Lage und die Lage des Unternehmens bewerten können. Zugleich arbeitet der Syndikus im Mittelstand als Legal Manager, der gegebenenfalls externe Berater angemessen koordiniert, damit deren Unterstützung optimal auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Bedürfnisse des Unternehmens abgestimmt ist. Mit Blick auf die IT-Branche im Speziellen gilt: wegen deren Eigenart, für viele Probleme kaum juristisch fundierte Antworten zu bieten, muss der Syndikus in der Lage sein, Themen nicht um der Themen Willen zu verstehen und zu bearbeiten, sondern eine Risikobetrachtung vorzunehmen. Risikobetrachtung bedeutet, Risiken für das Unternehmen zu identifizieren, zu bewerten und zu steuern²¹². Dies kann auf vielfältige Art geschehen und ist Gegenstand nachfolgender Betrachtungen in dieser Arbeit.

„Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 187

²¹² „If you cannot measure it, you cannot manage it“, so Ibers/Hey, S. 36

3.4 Die Frage nach der eigenen Rechtsabteilung

Im bisherigen Verlauf der vorliegenden Arbeit wurden das Bestehen einer Rechtsabteilung und das Anstellungsverhältnis eines Syndikus' in einem Unternehmen stets als gegeben vorausgesetzt. Es erscheint jedoch wichtig zu untersuchen, welche Parameter überhaupt erfüllt sein sollten, damit dieser Schritt, die Etablierung einer eigenen Rechtsabteilung, in einem Unternehmen erfolgt. Dafür bietet sich weniger der Blick auf die Großkonzerne an: Großkonzerne haben wohl immer eine etablierte Rechtsabteilung. Der Philip Morris Konzern beispielsweise beschäftigt über 100 Juristen²¹³, bei Ericsson sind es deren 60²¹⁴. Erheblich andere Größenordnung erreichen einige US-amerikanische Unternehmensgruppen: AT&T beschäftigte bereits Anfang der 90er Jahre des vorigen Jahrtausend mehr als 1000 Juristen, Exxon hatte damals bereits die Anzahl von 500 überschritten. Aber auch deutsche Unternehmen wie die Volkswagen AG oder AUDI

²¹³ *Jatzkowski, A.* „Durchblick im blauen Dunst“ in *Juve Rechtsmarkt* 07/2004, S. 46

²¹⁴ *Jatzkowski, A.* „Geht nicht gibt's nicht“ in *Juve Rechtsmarkt* 03/2004, S. 47

AG²¹⁵, ebenso die Commerzbank AG verfügen bereits über eine zweistellige Anzahl von Juristen²¹⁶, die Deutsche Telekom AG sogar mehrere hundert. Oben wurde auch bereits auf das Beispiel eines Energiekonzerns verwiesen, der auch in seiner Rechtsabteilung hochgradig diversifiziert und personalintensiv aufgestellt ist²¹⁷. Diese Rechtsabteilungen bestehen bereits über einen gewissen Zeitraum, die internen Verfahrensweisen sind einer Standardisierung und Spezialisierung zugeführt²¹⁸. Entwickelt sich aber ein Unternehmen durch organisches oder anderweitiges Wachstum vom gründerorientierten Kleinstbetrieb, dem „Start-Up-Unternehmen“, hin zu einem mittelständischen Unternehmen, dann steht ab einem

²¹⁵ *Neumann, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in *AnwBl.* 1991, S. 632

²¹⁶ *Neumann, A.*: „Frankfurter Sechs-Tage-Rennen“ in *Juve Rechtsmarkt* 02/2006, S. 20

²¹⁷ siehe oben Seite 26

²¹⁸ damit verbunden ist innerhalb der Rechtsabteilungen auch eine personalintensive Spezialisierung, wie das Beispiel nur der Markenrechtsabteilungen deutscher Unternehmen zeigt: die Adidas-Salomon AG beschäftigt dort allein sechs, die Bayer AG vier und die Robert Bosch AG drei Juristen; vgl.: *Albert, C. und Klos, M.* in „Starke Marken made in Germany“ in *Juve Rechtsmarkt* 08/2004, S. 34 ff.

gewissen Zeitpunkt neben weiteren auch die Frage im Raum, ob eine eigene Rechtsabteilung Gegenstand von weitergehenden Überlegungen sein soll. Aufgrund der hohen Gründungsaktivitäten in der IT-Branche haben in den vergangenen Jahren eine Vielzahl von IT-Unternehmen diese Entwicklung vom Start-Up hin zum mittelständischen Unternehmen der IT-Branche durchlaufen und mussten sich mit entsprechenden Fragen auseinandersetzen. Mit Blick auf die im Unternehmenswachstum begründete Entscheidungsfrage einer eigenen, internen Rechtsabteilung in mittelständischen Unternehmen gibt es keine empirisch gesicherte Erhebung. Dies bedeutet: es gibt weder eine belegte Aussage,

1. ab welchem Zeitpunkt die Installation einer Rechtsabteilung im Mittelstand typischerweise erstmalig angedacht wird, noch
2. zu welchem Zeitpunkt oder aufgrund welchen Ereignisses die Rechtsabteilung eingerichtet wird, noch eine belegte Aussage darüber,
3. wie die Umsetzung im Sinne eines ‚Best- Practice‘-Vorgehens erfolgen sollte, wie also die typischen

Aufgaben unter Risiko- und Effizienzerwägungen gestaltet werden sollten.

Nachfolgend werden daher Ausführungen gemacht, die grundlegende Antworten auf diese aufgeworfenen Fragen geben sollen.

3.4.1 Überlegungen zur Gründung einer Rechtsabteilung

Bestimmte betriebswirtschaftliche Kenngrößen, ein Ereignis in der Unternehmensgeschichte oder andere, klar definierte Momente, bei denen sich das Management eines Unternehmens immer und typischerweise zum ersten Mal überlegt, eine eigene Rechtsabteilung zu gründen, sind nicht existent. Dies kann auch denklogisch nicht der Fall sein, da sich jede Unternehmensentwicklung anders darstellt. Das Bedürfnis nach einer unternehmensinternen eigenen Rechtsberatung entwickelt und ergibt sich aus ganz unterschiedlichen Erwägungen heraus. Die Literatur ist in dieser Hinsicht nicht ergiebig, denn es werden ganz unterschiedliche Kennziffern und Momente benannt, oder es wird ehrlich zugegeben, für diese Frage keine Lösung

präsentieren zu können²¹⁹. Teilweise wird die Notwendigkeit für die Errichtung einer eigenen Rechtsabteilung mit der gewählten Rechtsform oder dem Geschäftsmodell begründet und davon abhängig gemacht. *Neumann* etwa stellt auf die „spezifische mittlere Größenordnung oder die Eigenart der Geschäftstätigkeit“ und den daraus resultierenden Beratungsbedarfe ab²²⁰. Auch gibt es die Meinung, dass ein Unternehmen die Mindestmitarbeiterzahl von 1000²²¹ erreicht haben muss, bevor es eine eigene Rechtsabteilung gründet. Diese fixen Kennziffern sind jedoch an keiner Stelle fundiert und haltbar belegt oder begründet. Auch in der Realität scheint dies durchaus anders gehandhabt zu werden, gibt es doch eine

²¹⁹ so *Neumann, J.*, der feststellt, dafür „auch kein Patentrezept“ zu kennen; in: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in *AnwBl.* 1991, S. 632

²²⁰ *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 404

²²¹ *Endrös, A./Walt, P.* in: *Der Wirtschaftsanwalt*, München, 1995, S. 5, die aber an anderer Stelle davon reden, dass Unternehmen bis 500 Mitarbeiter keine Unternehmensjuristen angestellt haben, womit erkennbar wird, dass das alleinige Abstellen auf die Mitarbeiterzahl kein taugliches Entscheidungskriterium sein kann.

ganze Reihe²²² mittelständischer Unternehmen in Deutschland, die zur Betreuung ihrer rechtlichen Fragen sehr wohl auf eine eigene Rechtsabteilung zurückgreifen und dabei teilweise deutlich weniger als 1000 Mitarbeiter haben oder einer bestimmten Rechtsform angehören. Hinzu kommt, dass gerade im Zusammenhang mit der erstmaligen Gründung einer Rechtsabteilung diese oftmals ganz singuläre Aufgaben übernimmt und sich der viel weitergehende Nutzen einer eigenen Rechtsabteilung erst im Laufe der Nachgründungszeit heraus kristallisiert – mit der Folge, dass der Rechtsabteilung mehr und mehr Aufgaben übertragen werden. Als Beispiel mag hier die entsprechende, auf die wesentliche Aussage verkürzte Historie der Rechtsabteilung der IDS SCHEER AG dienen. Die IDS SCHEER AG ist ein mittelständisches Unternehmen der IT-Branche: nach dem 1999 vollzogenen Börsengang mit Listing am damaligen NEMAX wurde im Jahre 2000 die Rechtsabteilung gegründet. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war aber nicht die allgemeine Frage

²²² etwa Plaut AG, Hyperion Deutschland GmbH, Epson Deutschland GmbH, Toshiba Deutschland GmbH, Mummert Consulting AG, CSC Ploenzke AG

nach mehr Rechtssicherheit. Ausschlaggebend war vielmehr der zentrale Gedanke, die von den Analysten mehrfach bemängelte hohe Quote an zu langfristigen offenen Forderungen gegenüber Kunden durch ein juristisch qualifiziertes Forderungsmanagement zu verbessern. Es ging bei der Gründung der Rechtsabteilung also primär um „schlichtes“ Forderungsmanagement im Sinne einer Spezialaufgabe des Rechnungswesens. Es ging zu diesem anfänglichen Zeitpunkt jedenfalls nicht um die Wahrnehmung komplexer interner Rechtsberatung. Diese war zunächst weiterhin extern vergeben. Allenfalls bei den Hauptversammlungen sollte der einzige Syndikus die externen Berater einer großen, internationalen Kanzlei unterstützen²²³. Erst in der Folgezeit wurden der dann vorhandenen Rechtsabteilung mehr und mehr Aufgaben auch aus anderen Themengebieten übertragen, so dass sich eine echte Rechtsabteilung im eigentlichen Sinne und wie oben definiert entwickelte. Dieser Ablauf dürfte nicht untypisch sein. Also ist es evident nicht der Fall, dass das Erreichen nur fixer Kennzahlen Grund für die Installation

²²³ tatsächlich ging es um die Unterstützung der externen Berater durch den internen Juristen, nicht andersherum.

einer eigenen Rechtsabteilung ist. Die Gründe für die Installation einer eigenen Rechtsabteilung liegen oftmals ganz anders, sind eher pragmatisch und eindeutig problemorientiert, wie in dem obigen Beispiel gezeigt. Es geht oftmals weniger um strategische, als mehr um organisatorische Fragestellungen. Für die USA ließen Untersuchungen für die achtziger Jahre des vergangenen Jahrtausends vermuten²²⁴, dass der Aufbau und die Installation einer eigenen, internen Rechtsabteilung dort indes für viele Unternehmen zur damaligen Zeit eine stärker ausgeprägte strategische Bedeutung hatte, als das in Europa oder Deutschland der Fall war²²⁵. Den Untersuchungen zu Folge war im Management dort zu dieser Zeit eine erkennbare Professionalisierung eingetreten. *Bernstein*²²⁶ erklärt dazu, dass das Management dort bereits zu dieser Zeit die Vorteile etwa aus Diversifikation in den Geschäftsfeldern und den Möglichkeiten der

²²⁴ *Chayes, A.*: „Corporate Counsel and the Elite Law Firm“ in: Stanford Law Review, 37/1985, S. 279

²²⁵ *Schwung, S.*: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 182

²²⁶ *Bernstein, P.* in: Wider die Götter. Die Geschichte von Risiko und Risikomanagement von der Antike bis heute, München 2002, S. 386

Ertragsstärkung durch die Vornahme von internationalen Investitionen erkannt hatte. Damit verknüpft sah das Management eindeutigen rechtlichen Beratungsbedarf. Für das Management wurde folgerichtig die interne, zumeist präventive Rechtsberatung wesentlicher Bestandteil der systematischen Planung der Unternehmensstrategie²²⁷, die durch externe Beratung eher nicht geleistet werden kann²²⁸. Wie nachfolgend gezeigt werden wird, ist dieses Verständnis nach der Suche um interne, meist präventive Rechtsberatung auch auf europäische und deutsche Unternehmen heute wohl übertragbar²²⁹. Dem steht auch nicht die etwas abgeschwächte Form entgegen, wie sie am Beispiel der IDS SCHEER AG erläutert wurde, da dies eben nur eine durchaus typische Vorstufe zur Etablierung einer Rechtsabteilung darstellt. Nach Ansicht in der Literatur und

²²⁷ Hommerich/Prütting, S. 78

²²⁸ Schardey, J.: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in AnwBl. 1987, S. 402

²²⁹ Wettmann, R. W.: „Zukunft der Anwaltschaft: Inanspruchnahme anwaltlichen Leistungen“, eine Studie der Prognos AG und der Infratest Kommunikationsforschung, veröffentlicht in AnwBl. 03/1987, Sonderheft, S. 16

durch Untersuchungen bestätigt²³⁰ sind hierfür zwei wesentliche Faktoren ausschlaggebend, die sich mit den Erfahrungen vom US-amerikanischen Markt decken: zum einen ist dies die Entwicklung des Rechts als solchem, zum anderen aber auch die Wechselwirkung der Rechtsentwicklung mit der strukturellen Entwicklung der Unternehmen. Was bedeutet dies konkret? *Neumann* hält fest, dass die „*zunehmende Bedeutung und Komplexität des Rechts bei abnehmender Transparenz*“ für die „*Unternehmen immer mehr formelle und materielle Risiken*“ schafft²³¹. Unternehmen sehen sich also einer immer umfassenderen und immer komplexer werdenden Entwicklung des Rechts ausgesetzt. Beispielhaft hierfür ist die bereits angesprochene deutliche Anzahl an neuen Gesetzen für börsennotierte Publikumsgesellschaften. Dies hat natürlich Auswirkungen auf die Unternehmen, es kommt zu Wechselwirkungen, die Unsicherheit hervorrufen. Zeitgleich mit dieser zunehmenden Unsicherheit im

²³⁰ *Quast, I.*: Die Rechtsstellung des Unternehmensjuristen in der Europäischen Union, Bonn, 2001, S. 20 m.w.N.

²³¹ *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung“ in *AnwBl.* 1987, S.

Umgang mit Thematiken, die ja außerhalb des Kerngeschäftes des Unternehmens liegen, müssen die Unternehmensführungen für die Kerngeschäfte ihrer Unternehmen im globalen Wettbewerb immer deutlicher und klarer die für sie strategisch wichtigen Kernfelder identifizieren²³², um sich am Markt dauerhaft erfolgreich positionieren zu können²³³. Solche strategisch wichtigen Kernfelder sind regelmäßig diejenigen, die einen maßgeblichen Einfluss auf den Kundenwertbeitrag und damit auf die Sicherung des Fortbestandes des Unternehmens haben²³⁴. Ein Unternehmen, das sich dieser Kernfelder und ihrer Bedeutung für den Fortbestand des Unternehmens bewusst ist, kommt aber auch nicht umhin, diese strategischen Positionen in ihrer komplexen Wechselwirkung am Markt abzusichern. Für Aktiengesellschaften stellt sich dies schon als Ausfluss aus dem bereits benannten § 91 Abs. 2 AktG dar: die Unternehmensführung ist nach dieser Vorschrift dazu

²³² *Scheer, A.-W., ARIS – Modellierungsmethoden, 4. Aufl., Berlin u.a. 2001, S. 10*

²³³ *Wöhe S. 84*

²³⁴ *Kaplan, R./Norton, D.: Strategy Maps, Der Weg von immateriellen Werten zum materiellen Erfolg, Stuttgart 2004, S. 43*

berufen, zur Sicherung des Fortbestehens des Unternehmens ein Überwachungssystem einzurichten, das die Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig aufdeckt²³⁵. Mehr noch als nur das frühzeitige Aufdecken sind aber auch Methoden zu entwickeln, um das Unerwartete in seinen Auswirkungen abfedern zu können²³⁶. Dies ist aktives Risikomanagement. Risikomanagement bezieht sich auf alle Unternehmensbereiche. In juristischer Hinsicht ist dies Aufgabe der Syndici. *Kambil* stellt dazu heraus: „... *companies need to [...] manage risk in a holistic way.*“²³⁷. Bei dem holistischen Ansatz kommt jedoch dem Syndikus nicht irgendeine, sondern die führende Rolle zu. Denn mit Blick auf die gefundene Definition zum Syndikus (siehe Kapitel 3.3) hat gerade der Syndikus in der mittelständischen IT-Branche ein umfassendes Verständnis für die Zusammenhänge in dem ihn beschäftigenden Unternehmen, und zwar in juristischer wie technischer und

²³⁵ *Wolf, K./Runzheimer, B.*: Risikomanagement und KonTraG, Wiesbaden, 3. Aufl. 2001, S.19

²³⁶ *Bernstein, P.* in: *Wider die Götter. Die Geschichte von Risiko und Risikomanagement von der Antike bis heute*, München 2002, S. 387

²³⁷ *Kambil, A.* in: „Disarming the Value Killers“ in *Strategic Risk*, Issue 27.06.2005, S. 13

wirtschaftlicher Sicht. Der Syndikus als Generalist beschäftigt sich *fachübergreifend* mit unternehmensbezogenen Risiken. Vor diesem Hintergrund ist der Ansatz von *Hömmerich/Prütting* zu sehen, wonach in strategischer Hinsicht Rechtsgebieten in einem Unternehmen eine besondere Rolle zukommt,

- die in signifikantem Maße einen Einfluss auf die den Unternehmenserfolg bestimmenden Produkte und Dienstleistungen haben,
- besondere Kenntnisse von Branche und Unternehmen erfordern²³⁸.

Dies sind die Aufgaben, mit denen sich ein Syndikus zwangsläufig beschäftigen muss. Für die Ausgangsfrage dieses Kapitels, wann ein mittelständisches Unternehmen über die Gründung einer eignen internen Rechtsabteilung nachdenkt, kann nach alledem nur folgen, dass dies als eine komplexe Frage des Risikomanagements aufgefasst werden muss. „*What can go terribly wrong?*“ definiert *Kambil* als eine zentrale Frage des Risikomanagements²³⁹. Diese Frage

²³⁸ *Hömmerich/Prütting*, S. 79 ff.

²³⁹ *Kambil, A.* in: „Disarming the Value Killers“ in *Strategic Risk*, Issue 27.06.2005, S. 12

ist eine für Juristen typische Frage nach den (Rechts-)Folgen eines Tuns oder Unterlassens. Die Antwort auf die Ausgangsfrage dieses Kapitels könnte also schlicht lauten, dass die Gründung einer Rechtsabteilung dann zu überlegen ist, wenn innerhalb des Unternehmens etwas „*terribly wrong*“ gehen könnte. Dies würde aber nicht ausreichen, um der Komplexität der Fragestellung gerecht zu werden. Denn irgendetwas kann immer „*terribly wrong*“ gehen. Die Frage nach den Folgen sollte daher um eine zweite Dimension erweitert werden. Die Gründung einer Rechtsabteilung muss spätestens dann *Gegenstand von Überlegungen* werden, wenn das Eintreten von Risiken, die den Bestand des Unternehmens nicht nur unsignifikant gefährden können, mit einer nicht nur völlig unerheblichen Eintrittswahrscheinlichkeit bewertet werden kann²⁴⁰. Es sind also zwei komplementäre Betrachtungsweisen erforderlich: zum einen müssen sich Risiken überhaupt realisieren können, die in ihrer Schadenshöhe nicht nur unerheblich sind, zum anderen müssen bezüglich der Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Risiken nicht nur unerhebliche Werte ermittelt werden können. Identifiziert also die

²⁴⁰ Wolf/Runzheimer, S.45 ff. m.w.N.

Unternehmensführung eine solche Situation, ist sie dazu berufen, dem Risiko angemessen zu entscheiden. Diese prospektive Sichtweise ist im Übrigen nicht neu, oder losgelöst von jeder rechtlichen Bestimmung zu sehen: sie ist vielmehr Ausfluss des Regelungsgehalts der §§ 289 Abs. 1 und 315 Abs. 1 HGB, dass nämlich durch das Management die Risiken der zukünftigen Entwicklung des Unternehmens berücksichtigt werden müssen, wobei Berücksichtigen nicht nur darstellen bedeutet, sondern auch immer ein entsprechendes Handeln²⁴¹ vom Management verlangt. Das entsprechende Handeln der Unternehmensführung sollte stets auch zum Nachdenken über eine eigene Rechtsabteilung führen. Wann diese Entscheidung positiv ausfällt, also eine eigene Rechtsabteilung tatsächlich gegründet werden sollte, ist Gegenstand des folgenden Kapitels.

3.4.2 Die Entscheidung: Gründung einer Rechtsabteilung

Wie dargestellt gilt: Risikomanagement bedeutet nicht nur das Identifizieren von Risiken, sondern verlangt vom Management gerade auch das notwendige Handeln zur

²⁴¹ Merkt in *Baumbach, A./ Hopt, K.*: Handelsgesetzbuch, Kommentar, München 2006, § 289 Rn. 1, § 315 Rn. 1

Steuerung von identifizierten Risiken²⁴². Das Steuern von Risiken durch juristische Unterstützung muss von der Unternehmensführung nicht notwendigerweise durch eine eigene Rechtsabteilung vorgenommen werden. Allein die im vorangegangenen Kapitel gemachten Ausführungen zur Überlegung über eine eigene Rechtsabteilung führen nicht zwangsläufig zu deren Gründung: es kann vielmehr eine sinnvolle Entscheidung des Managements sein, einen externen Rechtsanwalt, den „Hausanwalt“²⁴³ dauerhaft zu mandatieren²⁴⁴. Der Vorteil kann der sein, dass dieser ein auf lange Zeit angelegtes Mandat besitzt, dabei das Unternehmen mit einer Vielzahl vergleichbarer Erfahrungen aus einer weiteren Vielzahl von Unternehmen verschiedenster Struktur beratend unterstützt²⁴⁵. Hier tritt nun die Frage in den Vordergrund, wann eine

²⁴² beispielhaft van Well-Stam, D., Linenaar, F. u.a. in „Project Risk Management“, London u.a. 2004, S. 3 ff.

²⁴³ Endrös/Waltl, S. 78, die den Begriff als ein Relikt der Honoratiorengesellschaft einer Unternehmerfamilie im 19. Jahrhundert sehen

²⁴⁴ Neumann, J.: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in AnwBl. 1987, S. 404

²⁴⁵ Endrös/Waltl, S. 70

Managemententscheidung zugunsten der Gründung einer eigenen Rechtsabteilung getroffen werden sollte. Empirische Untersuchungen zu dieser sehr speziellen Fragestellung finden sich nicht. Das Schrifttum gibt hierzu keine verlässlichen Antworten, es sind allenfalls punktuelle Betrachtungen ableitbar. *Neumann*, der sich in seinen Aufsätzen als einziger dieser Frage annähert, stellt auf betriebswirtschaftliche Entscheidungsprozesse ab²⁴⁶. Es erscheint in der Tat zunächst überzeugend zu sein, unter Nutzung betriebswirtschaftlicher Methoden zur Auswahl unter alternativen Möglichkeiten eine Entscheidung herbei zu führen. Es stehen für die Entscheidung die beiden grundsätzlichen Alternativen zur Auswahl, entweder einen eigenen, unternehmensinternen Bereich – Rechtsabteilung mit angestelltem Syndikus – zu installieren, oder aber mit einem externen Berater zu arbeiten. *Neumann* ist Recht zu geben: die Entscheidung weg vom Hausanwalt zugunsten einer eigenen Rechtsabteilung ist, wie letztlich jede Entscheidung in einem auf Gewinnmaximierung

²⁴⁶ *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 404; ebenso *Neumann, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in *AnwBl.* 1991, S. 630 f.

ausgerichteten Unternehmen der Privatwirtschaft, ganz konkret eine solche von Kosten und Nutzen²⁴⁷. Das ökonomische Prinzip²⁴⁸ gebietet es, keine Kosten zu verursachen, für die nicht ein zumindest identisch großer Nutzen entsteht. Dies gilt für die Entscheidung über die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung nicht anders als für sämtliche anderen Entscheidungen des Managements, die Investitionen auslösen. Für die Installation einer Rechtsabteilung und die Anstellung eines oder mehrerer interner Juristen bedeutet dies, dass Unternehmen davon solange Abstand nehmen, wie der anfallende zu deckende juristische Beratungsbedarf bei ansonsten konstanten Parametern durch eine externe Leistungserbringung kostengünstiger erbracht werden kann. Es muss also eine

²⁴⁷ *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 404

²⁴⁸ das ökonomischen Prinzip ist eingehalten, wenn (1) es nicht möglich ist, eine gegebene Ausbringungsmenge bei Verminderung der Einsatzmenge eines Produktionsfaktors herzustellen, ohne die Einsatzmenge mindestens eines weiteren Produktionsfaktors zu erhöhen, oder (2) es nicht möglich ist, mit einer gegebenen Einsatzmenge jedes Produktionsfaktors eine höhere Ausbringungsmenge herzustellen; *Wöhe*, S. 344

Kosten-Nutzen-Betrachtung zwischen externer und interner Rechtsberatung erfolgen²⁴⁹. Dies mag zunächst trivial klingen, stößt aber bei genauerer Betrachtung schnell auf erhebliche Probleme: juristische Beratung besitzt in nicht unerheblichem Umfang ‚weiche‘ Faktoren. Diese Problematik wird von den wenigen Autoren, die sich mit dem Thema auseinandersetzen, bei dem jeweiligen Verweis auf die betriebswirtschaftliche Methodenlehre scheinbar außer Acht gelassen: so argumentiert *Neumann* zunächst überzeugend mit der Kosten-Nutzen-Betrachtung, erläutert aber später nicht, wie wesentliche ‚weiche‘ Faktoren, etwa „Präsenz und Ansprechbarkeit“²⁵⁰ in diese Kosten-Nutzen-Betrachtung integriert werden können. Tatsache ist: eine Kosten-Nutzen-Betrachtung gelangt bei ‚weichen‘ Faktoren schnell an ihre Grenzen, da die Messbarkeit problematisch ist. Aber nur was messbar ist, ist auch objektiv vergleichbar. Folglich ist die auf rein ökonomische Faktoren gestützte Entscheidung zur Gründung einer Rechtsabteilung mit nicht

²⁴⁹ *Hommerich/Prütting*, S. 80, Fn. 161

²⁵⁰ *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 407

unerheblichen Problemen behaftet. *Bußmann/Markaley*²⁵¹ folgern daher unter Berücksichtigung dieses Umstandes, unternehmensspezifische und strategisch wichtige Rechtsgebiete des Unternehmens seien als Kernbereiche stets einer eigenen Rechtsabteilung zu übertragen, eine Auslagerung sei nicht denkbar. Dieser Ansatz wird dem zuvor Festgestellten (Kapitel 3.4.1) nicht gerecht: eine interne, eigene Rechtsabteilung steht eben unter ökonomischen Gesichtspunkten überhaupt nur zur Diskussion, soweit der aus der Rechtsabteilung gezogene Nutzen die mit dem Betrieb dieser eigenen Rechtsabteilung entstehenden Kosten zumindest deckt. Alles andere wäre eine Form der Liebhaberei. Denkbar ist dies in Fällen, in denen ein Unternehmen eine mit Syndici besetzte Rechtsabteilung maßgeblich unter Image-Gesichtspunkten bewertet und unterhält. Diese Ausnahme soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden. Die Entscheidung kann also nur unter ökonomischen Gesichtspunkten getroffen werden. Zur Findung einer Entscheidungsgrundlage sind demnach Kosten und Nutzen externer sowie interner Beratung zu erfassen und gegenüber zu stellen.

²⁵¹ *Hommerich/Prütting*, S. 80, Fn. 162

3.4.2.1 Kosten und Nutzen externer Beratung

Die Kosten und Nutzen der externen Beratung sind schnell erfasst, wird doch mit dem Hausanwalt in der Regel ein monatliches festes und vom Umfang der tatsächlichen Inanspruchnahme unabhängiges Fixkostenmodell vereinbart. Für die darüber hinaus punktuell in einzelne Projekte involvierten weiteren externen juristischen Berater lassen sich anhand der in der Buchführung vorliegenden Kostennoten die angefallenen Kosten ebenfalls einfach heraus rechnen. Der Nutzen ist eine dem Unternehmen bekannte Größe²⁵²: bevor ein Unternehmen überhaupt über eine eigene Rechtsabteilung nachdenkt, wird es sich der Hilfe eines externen Beraters bedienen. Dieser Nutzen ist also bekannt.

3.4.2.2 Kosten und Nutzen der eigenen Rechtsabteilung

3.4.2.2.1 Kosten der eigenen Rechtsabteilung

Auf der Kostenseite einer eigenen, internen Rechtsabteilung sind zunächst die tatsächlich anfallenden Zahlungsströme zu erfassen. Unter den Oberbegriff ‚Beeinflussbare Kosten‘ lassen sich die ‚Personalkosten‘ sowie die ‚Sachkosten‘ mit

²⁵² *Endrös/Waltl*, S. 83

jeweils einer Vielzahl von Einzelpositionen subsumieren. Solche Einzelpositionen sind etwa Gehälter, Sozialabgaben, Sonderzuwendungen, Provisionen, Prämien und Fortbildungs- oder Reisekosten. Dieses Vorgehen und Planen ist auch für Unternehmensjuristen kein neuer Zustand²⁵³, denn der Begriff der Kostenstellenplanung ist in den vergangenen Jahren auch nicht an den Rechtsabteilungen und den Syndici vorbei gegangen²⁵⁴. Hinzu kommen noch eventuelle Dienstwagenkosten sowie die Kosten für benötigte ITK-Ausstattung: darunter fallen Kosten für die Anschaffung und den Betrieb benötigter Informationstechnologien und Kommunikationsmittel, so etwa beispielsweise Computer, Drucker und Mobiltelefone. In eine Kostenstellenplanung der Rechtsabteilung fallen aber nicht nur die originär von ihr verursachten Kosten. Daneben sind auch die umlagefähigen Kosten der übrigen zentralen Leistungsbereiche zu berücksichtigen. Umlagefähige Kosten sind solche Kosten, die aus der

²⁵³ *Schwung, S.*: “Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen” in AnwBl. 4/1996, S. 188

²⁵⁴ *Endrös/Waltl* verweisen auf den Umstand, dass Begriffe wie Lean Management im Ergebnis auch zu reduzierten Budgets der Rechtsabteilungen führte; S. 81

Raummiete oder der genutzten Energie resultieren. Zu berücksichtigen sind dabei ferner Kosten, die aus den gesetzlich geforderten Rahmenbedingungen folgen, so die Kosten für den Jahresabschluss. Zuletzt müssen auch anfallende Kosten für Verbrauchsmaterial in der Berechnung berücksichtigt werden²⁵⁵. Insgesamt ist die Kostenstellenplanung jedoch ein für jedes betriebswirtschaftlich geführte Unternehmen überschaubarer und mit entsprechenden Fachleuten aus dem Rechnungswesen vergleichsweise leicht realisierbarer Aufwand²⁵⁶. Auf der Kostenseite einer Rechtsabteilung sind jedoch nicht nur die Kostensteigerungen zu erfassen. Denn als Gegenpol zu den aufgezählten, mit der Gründung der eigenen Rechtsabteilung neu entstehenden Kosten, ergeben sich auch Kostensenkungspotentiale. Diese müssen für eine Kosten-Nutzen-Analyse ebenfalls möglichst genau erfasst werden. Auf den ersten Blick könnte dies einfach der vollständige Wegfall der mit der externen Rechtsberatung

²⁵⁵ diese Aufzählung erhebt erkennbar keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern zeigt nur einen kleinen Auszug möglicher Kostenpositionen einer eigenen, internen Rechtsabteilung an.

²⁵⁶ allgemein dazu *Wöhe*, S. 1120 ff.

verursachten Kosten sein. Dann wären aus der eben gemachten Zusammenstellung der neu entstehenden Kosten die im letzten Kapitel 3.4.2.1 gefundenen Kosten der bisherigen externen Beratung einfach heraus zu rechnen. Eine solche Rechnung griffe aber nach allem bislang Gesagtem zu kurz: wie erklärt, gebietet es das ökonomische Prinzip, nur bei solchen Rechtsgebieten eigene, interne Beratungskapazitäten aufzubauen, die mit einer gewissen Regelmäßigkeit Beratungsgegenstand sind²⁵⁷. Themen, die nicht regelmäßig Gegenstand von internem Beratungsbedarf sind, sollten dem ökonomischen Prinzip folgend weiterhin an externe Berater vergeben werden²⁵⁸. Es wird also weiterhin externen Beratungsbedarf und damit extern verursachte Beratungskosten geben. Verfolgt man diesen Gedanken übrigens konsequent zu Ende, so führt dies im Ergebnis nicht nur zur Frage nach der Managemententscheidung über die erstmalige *Gründung* der eigenen Rechtsabteilung. Vielmehr ist dies die Frage nach

²⁵⁷ Neumann, J.: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in AnwBl. 1991, S. 630; ebenso Hömmerich/Prütting, S. 79

²⁵⁸ Neumann, J. : „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in AnwBl. 1987, S. 404

der laufenden Überprüfung der Richtigkeit dieser Managemententscheidung. Es handelt sich dann um eine Maßnahme des Controllings. Dieses Entscheidungscontrolling kann im Ergebnis zu weiteren Entscheidungen führen, die unmittelbar die Rechtsabteilung betreffen: das Controlling kann zur Beibehaltung des Status-Quo, aber auch zu einer Vergrößerung der Rechtsabteilung, zu deren Verkleinerung²⁵⁹ oder gar Auflösung²⁶⁰ führen, wenn die Kosten-Nutzen-Analyse zu einem negativen Ergebnis führen sollte. Doch zurück zur erstmaligen Entscheidung über die *Gründung* der Rechtsabteilung: mit Blick auf die Kostenersparnis ist also grundsätzlich zu berücksichtigen, dass gerade keine vollständige Reduktion aller bisher aufgelaufenen externen Rechtsberatungskosten geschieht. Denn es werden auch nach der Gründung einer eigenen Rechtsabteilung weitere extern verursachte Kosten auflaufen. Es ist daher möglichst exakt zu definieren, welche Aufgaben die neu zu gründende Rechtsabteilung

²⁵⁹ mit einem Beispiel zur Commerzbank, wo es 2002 aus Sparmaßnahmen zu einer Reduzierung der Personalplanstellen um 30% kam, Neumann, A.: „Frankfurter Sechs-Tage-Rennen“ in *JuVe Rechtsmarkt* 02/2006, S. 20

²⁶⁰ Hommerich, C.: *Der Einstieg in den Anwaltsberuf*, Bonn 2001, S.176

wahrnehmen soll, und welche Aufgaben weiterhin extern vergeben werden. Dies kann sehr gut mit Hilfe einer Entscheidungsmatrix geschehen: dabei wird das gesamte denkbare Leistungsspektrum einer internen Rechtsabteilung aufgelistet und anschließend die einzelnen Positionen in die Matrix eingetragen²⁶¹.

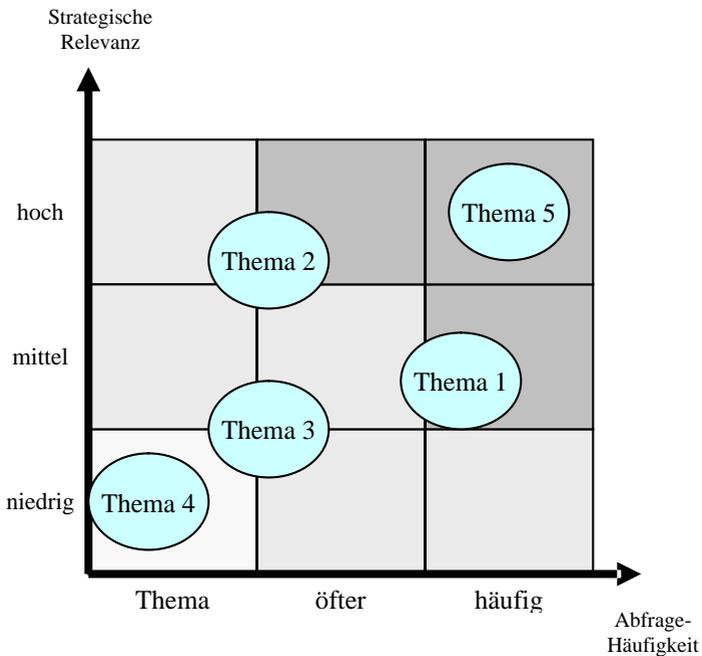


Abb. 7: Entscheidungsmatrix für die Themenauswahl

²⁶¹ auf die Auswahl der Themen wird in Kapitel 3.4.4.2 eingegangen

In der vorstehenden Abbildung sind abstrakt fünf Themen aufgeführt (Thema 1 – Thema 5), die für die Bearbeitung durch eine eigene Rechtsabteilung zur Diskussion gestellt sind. Auf Ordinate und Abszisse sind die strategische Relevanz und die Häufigkeit der Abfrage einzelner Themen ablesbar. Das Management kann identifizierte Themen in dieser Matrix eintragen, um derart visualisiert eine Entscheidungshilfe für die Kostenplanung zu haben. Im obigen Beispiel kommt dem Thema 5 nicht nur die höchste Abfragehäufigkeit zu, sondern es besitzt zugleich die höchste strategische Relevanz für das Unternehmen. Dieses Thema sollte in jedem Fall Gegenstand der Bearbeitung durch die eigene Rechtsabteilung werden. Thema 4 hingegen, das selten abgefragt und nur eine geringe strategische Relevanz für das Unternehmen besitzt, sollte eher Gegenstand von für den Einzelfall eingekaufter externer Beratungskapazität sein. Dennoch sind mindestens zwei weitere Faktoren bei der Kostenplanung zu berücksichtigen. *Erstens*: gerade bei Themen, die eine hohe strategische Relevanz besitzen, ist eine ergänzende Sichtweise notwendig. *Neumann* stellt nämlich korrekt fest, dass der Syndikus die Verantwortung bei „wichtigen

Angelegenheiten“ oftmals nicht alleine tragen möchte: „er [der Syndikusanwalt] *fühlt sich wohler, wenn ihm ein externer Kollege beim Tragen hilft.*“²⁶². Was Neumann wohl eigentlich meint, ist nicht primär die *Wichtigkeit* einer Angelegenheit, sondern vor allem das mit der Angelegenheit verbundene *Risiko* für das Unternehmen. Der Studie von Henning zu Folge lagern 26% aller befragten Unternehmen juristische Fragen aus, um eine so genannte „Second Legal Opinion“ zu erhalten, also bereits erbrachte interne Arbeit „*durch eine externe Perspektive abzusichern*“²⁶³. Dies führt dazu, dass auch bei Themen, die auf Grundlage der obigen Entscheidungsmatrix intern bearbeitet werden sollten, durchaus unterstützende externe Berater gefragt sein können. Dies ruft Kosten hervor. *Zweitens*: es erscheint nicht untypisch, dass aufgrund des Vorhandenseins einer eigenen Rechtsabteilung innerhalb des Unternehmens überhaupt erst Begehrlichkeiten geweckt werden. Nach Schwung macht es für den „*einzelnen Rechtssuchenden im*

²⁶² Neumann, J.: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in AnwBl. 1987, S. 408

²⁶³ Henning, S. 134

*Unternehmen einen psychologischen Unterschied*²⁶⁴, ob er sich mit seinem Anliegen an einen internen Syndikus wenden kann, oder ob er die „*Hemmschwelle*“²⁶⁵ überwinden muss, die mit einer externen Beratung oftmals verbunden sein kann. Dies deckt sich auch mit den Erfahrungen, wie sie beispielhaft für die IDS SCHEER AG im Kapitel 3.4.1 erläutert worden waren: dort wurde die ursprünglich alleinige Aufgabe des Forderungsmanagements sehr schnell nach der Gründung um viele neue Themen erweitert, da intern Begehrlichkeiten geweckt worden waren. Mit den geweckten Begehrlichkeiten kommen aber eventuell ganz neue Themen und Inhalte auf den Syndikus zu, insbesondere auch solche Themen, die ursprünglich vom Management gar nicht als Gegenstand in die Entscheidungsmatrix aufgenommen waren. So mag beispielsweise das Management ursprünglich geplant haben, dass neben dem Erstthema Forderungsmanagement auch Themen wie Allgemeines Vertragsrecht und Betreuung der

²⁶⁴ Schwung, S.: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 183

²⁶⁵ Schardey, J.: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in AnwBl. 1987, S. 402

Hauptversammlung durch die neu gegründete Rechtsabteilung abgedeckt werden sollten. Ungeplant und sogar eventuell nie bedacht sind dem gegenüber Themen wie die Erarbeitung von Dienstreiserichtlinien, Fragen des Markenrechts, des Patentrechts oder die Durchführung der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. In der Konsequenz besteht dann auch bei diesen Themen sehr wohl die Möglichkeit, dass *mit* der Gründung der Rechtsabteilung und *trotz* ihrer Gründung neue externe Beratungskosten anfallen. Was bedeutet dies alles konkret für die Kostenplanung der Rechtsabteilung? *Zunächst*: die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung führt nicht dazu, dass *sämtliche* zuvor angefallenen externen Rechtsberatungskosten entfallen. Es kommt nur zu einer partiellen Reduzierung der externen Kosten. Diese Kostenreduktion soll nachfolgend auch als Cost-Cutting bezeichnet werden. Typischerweise wird das Cost-Cutting bei den externen Beratungskosten unmittelbar im ersten Jahr nach der Gründung einer eigenen Rechtsabteilung stärker ausfallen, als dies in den Folgejahren der Fall sein wird. Dies liegt daran, dass mit der Entscheidung zugunsten der eigenen Rechtsabteilung bestehende externe

Beraterverträge, etwa mit dem Hausanwalt, gekündigt werden. Diese externen Beraterverträge mit einem Hausanwalt sind typischerweise zur Vereinfachung auf ein festes monatliches Honorar ausgerichtet²⁶⁶. Ist der Beratervertrag einmal gekündigt, entfällt aber in den Folgejahren das aus der Kündigung resultierende Einsparpotential. Betrachtet man den Kostenverlauf über einen längeren Zeitraum, so wird die Cost-Cutting-Kurve daher einen degressiven Verlauf aufweisen. Hierauf wird im nächsten Kapitel anhand eines Beispiels zurückzukommen sein. *Weiter:* gleiches gilt bei Mandaten für Spezialaufgaben²⁶⁷, also solchen Mandaten, die der ehemalige Hausanwalt gerade nicht übernehmen konnte oder wollte. Auch hier wird eine anfängliche Überprüfung auf die Notwendigkeit einer weiteren externen Vergabe erfolgen müssen, und auch hier ist nach der anfänglichen Überprüfung und dem eventuellen daraus resultierenden Entfall derartiger Mandate eine spürbare Kostensenkung nur

²⁶⁶ Schardey, J.: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in AnwBl. 1987, S. 402

²⁶⁷ Neumann, J.: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in AnwBl. 1991, S. 630

anfänglich nach der Gründung der Rechtsabteilung vorstellbar. Auch dies führt in der Konsequenz dazu, dass sich bei grafischer Darstellung der Cost-Cutting-Kurve ein degressiver Verlauf ergeben wird. *Zuletzt*: die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung wird regelmäßig dazu führen, neue Begehrlichkeiten an interner Rechtsberatung im Unternehmen zu wecken. Dies kann sogar – unmittelbar oder mittelbar – gewünschte Nebenwirkung bei der Planung des Managements sein. Dies dann, wenn durch die gegründete Rechtsabteilung überhaupt das Bewusstsein um Risiken geweckt wird und die Mitarbeiter im Unternehmen entsprechende juristische Unterstützung suchen. Dies führt in der Folge zu der fast widersprüchlichen Situation, dass auch für einzelne Fragen der Mitarbeiter durchaus externe Unterstützung in Anspruch genommen wird, und dass letztlich dadurch neue externe Kosten produziert werden, die ohne die gegründete eigene Rechtsabteilung nie entstanden wären. Insgesamt ist daher festzustellen: die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung begründet zum einen neue Kosten. Zugleich fallen für die zuvor eingekaufte externe Rechtsberatung Kosten weg, wobei dies nicht zu einer vollständigen Kostenreduktion führen wird. Vielmehr

werden einzelne ehemalige Kosten zwar vollständig entfallen, andere Kosten werden aber entweder bestehen bleiben oder aber neu hinzukommen.

3.4.2.2.2 Nutzen der eigenen Rechtsabteilung

Kommen wir nun zu dem Nutzen einer eigenen Rechtsabteilung. Orientiert man sich am Nutzenbegriff wie er in der ökonomischen Theorie verwendet wird, so bestimmt der Nutzen die Fähigkeit eines Gutes oder ganzen Korbes von Gütern zur Bedürfnisbefriedigung eines wirtschaftlichen Akteurs²⁶⁸. Die Erfassung und Bewertung des Nutzens einer Rechtsabteilung ist schwierig, jedenfalls deutlich schwieriger, als dies bei den rein zahlenmäßig zu erfassenden Kosten der Fall ist. Denn der Nutzen einer Rechtsabteilung wird in der Regel ein ‚weicher Faktor‘ und damit nur sehr schwer messbar sein. Eine reine Addition und Subtraktion von Zahlen ist nicht denkbar, man wird allenfalls subjektive Bewertungen vornehmen können. Dennoch muss der Nutzen zwingend berücksichtigt werden, will man eine aussagekräftige Kosten-Nutzen-Analyse zur Gründung einer Rechtsabteilung erarbeiten. Zunächst ist festzustellen, was der Nutzen einer eigenen Rechtsabteilung

²⁶⁸ *Wöhe*, S. 155 ff.

überhaupt sein kann. Der einschlägigen Literatur sind hier eine Vielzahl von Argumenten zu entnehmen, wobei eine Abgrenzung von tatsächlichem *Nutzen* und einfachem *Vorteil* bei der Untersuchung der Literatur schwer fällt. Ein *Vorteil* ist aber nur die positive Folge einer Lösung, er stellt noch keinen *Nutzen* dar. Korrekt dürfte es sein, die *Vorteile* zu benennen und anschließend zu bewerten, damit daraus eine Aussage über den tatsächlichen *Nutzen* abgeleitet werden kann. Nach *Kolvenbach* ist es vorteilhaft, dass der Syndikus besser als der externe Anwalt mit den jeweiligen Geschäftspraktiken innerhalb seines Unternehmens vertraut ist²⁶⁹. Dies scheint das zentrale Argument zu sein, das von sämtlichen Autoren aufgegriffen wird. *Schardey* sieht auch die „präventive Rechtsberatung“²⁷⁰ für ein Unternehmen durch eine eigene Rechtsabteilung als weitaus besser realisierbar an, als dies einem externen Anwalt möglich ist. *Neumann* stellt Begriffe wie „Präsenz und

²⁶⁹ *Gleiss, A.* (Hrsg.), *Kolvenbach, W.* (Verf.) in: Soll ich Rechtsanwalt werden? Plädoyer für den Juristenberuf, Heidelberg 1986, S. 218

²⁷⁰ *Schardey, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 402

*Ansprechbarkeit*²⁷¹ in den Vordergrund seiner Darstellung. Wie auch *Schardey*, so sieht *Neumann* den Syndikus vornehmlich in der Rolle des präventiv arbeitenden Problemvermeiders²⁷². Diese Rolle hat nach *Schardey* und *Neumann* den Vorteil, oftmals Probleme verhindern zu können, bevor diese eskalieren. An anderer Stelle²⁷³ argumentiert *Neumann* auch, der Syndikus habe besser als der externe Berater die Möglichkeit, in das Geschehen innerhalb des Unternehmens einzutauchen. Dieses Argument greift auch *Schwung* auf, der die internen Kenntnisse des Syndikus' über die Unternehmensorganisation und die internen Entscheidungsabläufe als „*unschätzbaren Wert*“²⁷⁴ für ein Unternehmen ansieht. Durch den verwendeten Wertbegriff ist bereits ein Bezug zum Nutzen feststellbar. An derselben Stelle versteht *Schwung* die Tätigkeit des Syndikus' als

²⁷¹ *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 407

²⁷² *Neumann, J.*, ebenda

²⁷³ *Neumann, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in *AnwBl.* 1991, S. 631

²⁷⁴ *Schwung, S.*: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in *AnwBl.* 4/1996, S. 183

„Gewissen“ und „eine Art Polizei“²⁷⁵ des Unternehmens mit dem Vorteil, dass das Gewissen nur höheren Unternehmensinteressen verpflichtet ist. *Hamacher* argumentiert allgemeiner und sieht den Syndikus als Folge der Notwendigkeit einer „sinnvollen, effizienten, nach außen abgeklärten“ unternehmerischen Tätigkeit²⁷⁶. *Hommerich/Prütting* stellen als Vorteil einer eigenen Rechtsabteilung vor allem anderen deren „Vertrautheit mit dem Unternehmen“²⁷⁷ heraus, weiter die Tatsache, dass ein konstanter Beratungsbedarf umfassend und bedarfsgerecht abgedeckt werden kann²⁷⁸. *Quast* benennt als Vorteile einer eigenen Rechtsabteilung in seinem Kapitel „Vorteile gegenüber externer Rechtsberatung“²⁷⁹ wie bereits die meisten anderen Autoren auch die organisatorische Nähe zum Auftraggeber sowie die bessere Möglichkeit, präventiv tätig werden zu können. Zudem verweist *Quast* auf die hohe

²⁷⁵ *Schwung*, S., ebenda, S. 184

²⁷⁶ *Hamacher*, P.: „Der Syndikusanwalt“ in DAV-Ratgeber für junge Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, 10. Aufl., Berlin 2005, S. 105 f.

²⁷⁷ *Hommerich/Prütting*, S. 64

²⁷⁸ *Hommerich/Prütting*, S. 126 f.

²⁷⁹ *Quast*, I.: Die Rechtsstellung des Unternehmensjuristen in der Europäischen Union, Bonn 2001, S. 21 ff.

„*Fachkompetenz*“²⁸⁰ der eigenen Rechtsabteilung. Die Liste der in der Literatur aufgeführten Vorteile ist also umfangreich. Vieles erscheint auf den ersten Blick überzeugend, und dennoch müssen einige Argumente kritisch betrachtet werden, sollen es nicht nur einfache Schlagworte sein. Einige andere Argumente können wohl auch zusammengefasst werden. Wenn beispielsweise *Quast* die „*Fachkompetenz*“ als Vorteil der eigenen Rechtsabteilung sieht, so kann dies derart nicht abschließend überzeugen: darin darf sich ein externer Berater nie von der internen, eigenen Rechtsberatung unterscheiden. Denn benötigter rechtlicher Rat muss immer kompetent abgerufen werden können, egal ob durch interne oder externe Beratung. Die Qualität dieses Rechtsrates, und zwar gerade auch mit Blick auf die juristisch-dogmatische Qualität, muss immer identisch hoch sein. Also: der pragmatische Ansatz, bei dem der Syndikus zu „*einer rechtlich vertretbaren Lösung kommen muss*“²⁸¹, darf sich in der Qualität und juristischen Korrektheit nicht von der Aussage eines

²⁸⁰ *Quast, I.*, ebenda, S. 23

²⁸¹ so von *Ruckteschell, N. I.* in „Die Konzernrechtsabteilung“, Vortrag auf den Unternehmensjuristentagen 2006, 22.02.2006, Berlin

externen Beraters unterscheiden. *Quast* ist selbstverständlich zuzugeben, dass die fachliche Kompetenz der eigenen Berater hoch sein muss. Auch die von *Hamacher* allgemein vorgetragene Argumente sollten weniger allein ausschlaggebend sein. Denn die externe Rechtsberatung ist wie die interne dazu berufen, sinnvolle, effiziente und nach außen abgeklärte Arbeit zu leisten. Bricht man daher alle vorgetragene Argumente herunter und fragt sich wirklich nach den Vorteilen der eigenen Rechtsabteilung, so bleibt als zentrales Moment die *schnelle und unproblematische Verfügbarkeit von Rechtsrat* im Raum. Dies ergibt auch die Untersuchung von *Hommerich/Prütting*: die häufigste Antwort auf die Frage, was die Gründe für die Notwendigkeit von Syndikusanwälten für die Unternehmen sind, ist eben die „*schnelle Verfügbarkeit von Rechtsrat*“²⁸². Die Verfügbarkeit betrifft also die *Schnelligkeit*, innerhalb derer eine dringend benötigte Antwort geliefert werden kann. Hier kann die interne Rechtsabteilung in der Regel schnell agieren, da der Syndikus Mitarbeiter des Unternehmens ist und mit ihm auf Zuruf gearbeitet werden kann. Dies ist ein nachvollziehbarer Vorteil gegenüber dem

²⁸² *Hommerich/Prütting*, S. 127

externen Berater. Aber auch andersherum betrachtet ist dies vorteilhaft: der Syndikus kann tatsächlich eine bessere präventive Rechtsberatung leisten, da er auf Zuruf in die Entscheidungsprozesse eingebunden wird und viel früher kritische Situationen eskalieren kann, als dies einem Außenstehenden möglich ist. Ganz besonders aber betrifft der Vorteil der *Verfügbarkeit von Rechtsrat* die Einbeziehung von unternehmensinternen *Erfahrungen* und *Strukturen*. Als Mitarbeiter kennt der Syndikus die internen Entscheidungsabläufe und die in einen Entscheidungsprozess einzubeziehenden Kollegen. Hier bietet der Syndikus unter Rückgriff auf die einer internen Rechtsabteilung zur Verfügung stehenden Ressourcen einen klaren Vorteil gegenüber dem externen Berater. Dieser Vorteil kann auch zu einem echten Nutzen für das Unternehmen führen. Um dies zu beurteilen, muss der Vorteil, der sich aus der besseren *Verfügbarkeit von Rechtsrat* ergibt, bewertet werden. Doch wie bereits angedeutet, ist es problematisch, einen nicht zahlenmäßig erfassbaren Vorteil zu bewerten, um eine Vergleichbarkeit herbei zu führen. Grundsätzlich wird man nur mit subjektiven Werten, also Schätzungen und eigenen

Gewichtungen, arbeiten können, da ein eindeutiges Quantifizieren nicht möglich ist. Es bietet sich an, die Kosten-Nutzen-Entscheidung über die Gründung der eigenen Rechtsabteilung unter Nutzung betriebswirtschaftlicher Methoden durchzuführen²⁸³. Dabei ist natürlich zu berücksichtigen, dass für unterschiedliche Managements die Gewichtung anders und damit auch die Entscheidung als solche anderes aussehen kann. Zur besseren Verdeutlichung dieser abstrakten Annäherung soll im nachfolgenden Kapitel eine beispielhafte Kosten-Nutzen-Betrachtung für die Gründung einer Rechtsabteilung durchgeführt werden.

3.4.2.3 Beispiel einer Kosten-Nutzen-Berechnung

Wie also kann eine Kosten-Nutzen-Berechnung konkret aussehen? Nachfolgend wird dies anhand eines Beispiels beschrieben. Ausgangspunkt ist die Fragestellung für das Management, ob und wie eine Rechtsabteilung gegründet werden soll, oder ob weiterhin ausschließlich externe Berater die juristische Betreuung des Unternehmens übernehmen. Die Darstellung ist nur exemplarisch; wie zuletzt festgehalten und an einem Beispiel dargestellt, hängt

²⁸³ vgl. *Wöhe*, S. 158 ff.

wegen der ‚weichen Faktoren‘ auf der Nutzenseite der Fragestellung das Ergebnis der Entscheidung maßgeblich von der ganz persönlichen Gewichtung durch das zur Entscheidung berufene Management ab. Zu beachten ist auch, dass das nachfolgende Beispiel nur *eine* Möglichkeit darstellt, eine entsprechende Make-or-Buy-Entscheidung zu treffen. Ausgangspunkt für die Entscheidungsfindung ist das Kennen der Handlungsalternativen: hier sei angenommen, das Management entscheide zwischen den drei Alternativen

- (i) vollständig externe rechtliche Betreuung, oder
- (ii) gemischt intern und extern rechtliche Betreuung, also externe Berater und eigene Rechtsabteilung, oder
- (iii) vollständige interne Betreuung durch eine eigene Rechtsabteilung.

Sind die Handlungsalternativen bekannt, müssen Ziele festgelegt werden, die für das Management mit Blick auf die Handlungsalternativen relevant sind. Die Entscheidung des Managements zwischen den drei Handlungsalternativen ist an den mit der Entscheidung verknüpften Zielen abhängig. Das Management wird nämlich mit seiner Entscheidung ein oder mehrere Ziele verfolgen. Aus der Methodik der

Betriebswirtschaftslehre abgeleitet ist es zunächst sinnvoll, die Ziele zu definieren und zueinander in Beziehung zu setzen. Dann können die jeweiligen Handlungsalternativen unter Berücksichtigung ihrer Zielerfüllung bewertet werden. Es bietet sich an, in verschiedene Zielgruppen zu unterscheiden, um damit eine bessere Abgrenzung der einzelnen Ziele zu ermöglichen. Die nachfolgende Grafik macht die Struktur dieses Gedankengangs deutlich:

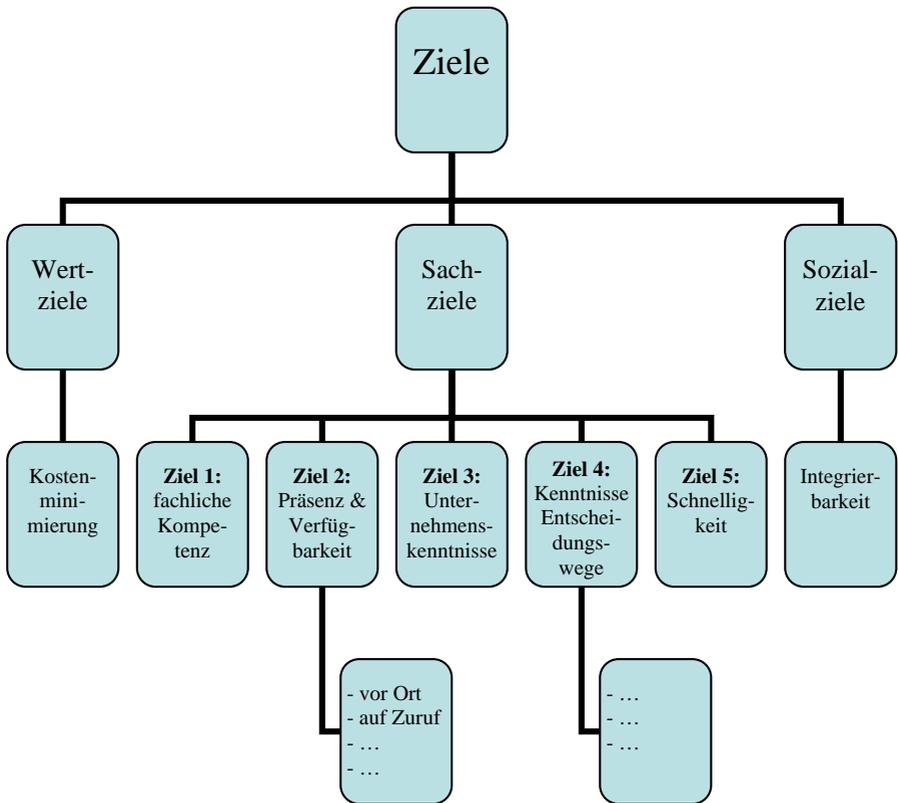


Abb. 8: Zieldefinition für die Entscheidung zur Gründung einer Rechtsabteilung²⁸⁴

In der vorstehenden exemplarischen Grafik sind die Ziele in die Gruppen Wert-, Sach- und Sozialziele unterschieden. Jedes einzelne Ziel ist dann seinerseits in weitere Unterziele abgegrenzt. Jedem Unterziel können wiederum erklärende

²⁸⁴ nach Hahn, D./ Hungenberg, H./ Kaufmann, L.: „Optimale Make-or-Buy-Entscheidung“ in Controlling 1994, S.76

Kriterien beigefügt werden²⁸⁵. Bei der Definition der Ziele hat trotz der Zielpluralität das Wertziel die zentrale Bedeutung²⁸⁶. Denn wie bereits erläutert, geht es bei der Entscheidung, interne Rechtsberatungskapazitäten aufzubauen, primär um die Beachtung des ökonomischen Prinzips²⁸⁷. Folglich steht bei einem nach Gewinnmaximierung strebenden Unternehmen bei der Make-or-Buy-Entscheidung zur eigenen Rechtsabteilung als Wertziel die Kostenminimierung. Die Sachziele beschreiben daneben diejenigen Kriterien, nach deren Art und Umfang die zu vergleichenden Leistungen bewertet werden sollen²⁸⁸. Unter Berücksichtigung der im vorangegangenen Kapitel exemplarisch der Literatur entnommenen Vorteile können dies Aspekte wie „*fachliche Kompetenz*“, „*Präsenz und Verfügbarkeit*“, „*Kenntnisse des Unternehmens*“ oder auch „*Kenntnisse der unternehmensinternen Entscheidungswege*“ sein. In obiger Grafik wurde auch die „*Schnelligkeit*“ als

²⁸⁵ hier nur angedeutet; auf die beschreibenden Attribute wird vorliegend zugunsten der Übersichtlichkeit weitgehend verzichtet.

²⁸⁶ Hahn, D./ Hungenberg, H./ Kaufmann, L., ebenda, S. 77

²⁸⁷ Neumann, J.: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in AnwBl. 1991, S. 630

²⁸⁸ Hahn, D./ Hungenberg, H./ Kaufmann, L., ebenda, S. 77

Zielbegriff aufgenommen. Damit ist die Geschwindigkeit gemeint, mit der benötigter Rechtsrat erlangt werden kann. In der Grafik ganz rechts außen sind noch die Sozialziele aufgeführt. Diese nehmen bei der Make-or-Buy-Entscheidung im Zusammenhang mit der Gründung einer Rechtsabteilung eine eher untergeordnete Rolle ein. Ursprünglich sind dies Ziele, wie sie für ein produzierendes Unternehmen relevant sind, wenn sich dort wegen der Produktionsverlagerung die Make-or-Buy-Frage stellt²⁸⁹. Dabei geht es um ökologische Verträglichkeiten oder Sozialverträglichkeit verschiedener Handlungsalternativen. Im Fokus stehen dabei auch „*angestrebte Verhaltensweisen gegenüber den Mitarbeitern der Unternehmung*.“²⁹⁰ Doch können derartige Fragen in abgewandelter Form auch im Zusammenhang mit der Make-or-Buy-Entscheidung bei der Gründung einer Rechtsabteilung auftreten. Konkret kann das die Frage nach der strukturellen Integrierbarkeit einer neuen, eigenen Rechtsabteilung in die gesamte

²⁸⁹ die hier aufgezeigte Methode nach Hahn, D./ Hungenberg, H./ Kaufmann, L. ist im Zusammenarbeit mit einem Unternehmen der Automobilindustrie erarbeitet worden; ebenda, S. 74

²⁹⁰ Hahn, D./ Hungenberg, H./ Kaufmann, L., ebenda, S. 77

Unternehmenskultur sein, oder auch die Darstellung eines bestimmten Außenimages des Unternehmens. Hat das Management alle Ziele definiert, ist ein weiterer wesentlicher Schritt notwendig. Nunmehr muss das Management nämlich die unterschiedlichen Ziele zusammenstellen und gewichten. Hierfür bietet sich eine tabellarische Darstellung an. Nach *Hahn/Hungenberg/Kaufmann* ist die „*Festlegung der Gewichtung der einzelnen Ziele zueinander [...] die zentrale Entscheidung bei der Gestaltung des Entscheidungsmodells.*“²⁹¹ Das Management muss die einzelnen Ziele in einer vollständigen und komplexen Gesamtheit zueinander in Zusammenhang bringen und den einzelnen Handlungsalternativen zuordnen, etwa anhand einer solchen Tabelle:

²⁹¹ *Hahn, D./ Hungenberg, H./ Kaufmann, L., ebenda, S. 77*

	Wertziel	Sachziele					Sozialziel	
	Kosten	Ziel (1)	Ziel (2)	Ziel (3)	Ziel (4)	Ziel (5)	Integrierbarkeit	Nutzwert
Gewichtung	30 %	15 %	15 %	10 %	10%	15%	5 %	
Alt. (i)	5	4	2	2	1	2	3	3,15
Alt. (ii)	3	5	4	4	5	5	5	4,15
Alt. (iii)	1	3	5	5	5	5	3	3,4

Abb. 8: Nutzwernermittlung für drei Handlungsalternativen

Die vorstehende Tabelle besitzt folgende Systematik: in der linken Spalte sind die drei zu Eingang dieses Kapitels benannten Handlungsalternativen ablesbar. Dies ist für Alternative (i) die vollständige externe Vergabe der juristischen Beratung, für Alternative (ii) die Gründung einer „klassischen“ Rechtsabteilung, bei der der interne Syndikus mit externen Beratern zusammenarbeitet, sowie als Alternative (iii) die vollständige Inhouse-Lösung ohne ergänzende externe Unterstützung. In den nach rechts folgenden Spalten sind nun die einzelnen Ziele abgreifbar, nämlich das Wertziel (Kostenminimierung), sowie die aus

der oben in Abbildung 8 ablesbaren Sachziele. Die vorletzte Spalte rechts ist das Sozialziel, also im hier vorliegenden Beispiel die Integrierbarkeit der jeweiligen Handlungsalternative in die Unternehmenskultur. Die letzte Spalte rechts enthält die Nutzwerte, deren Ermittlung nachfolgend erläutert wird. Sämtliche Ziele sind durch die Unternehmensführung mit Blick auf ihre Wichtigkeit für das Unternehmen zu gewichten. Im Beispiel stehen dafür Werte zwischen 5% und 30% zur Auswahl, wobei diese Werte frei wählbar sind. Der Gesamtwert darf selbstverständlich 100% nicht überschreiten. Die Wahl sollte aber gerade in Abhängigkeit von der Relevanz des jeweiligen Ziels für das Unternehmen getroffen sein. Für die Entscheidungsfrage über die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung steht im aufgezeigten Beispiel die Kostenfrage mit einer Gewichtung von 30% erkennbar im Vordergrund, wohingegen die Sozialfrage, hier die Integrierbarkeit in die Unternehmenskultur, mit 5% nur eine deutlich nachrangige Rolle spielt. Die Sachziele (1) – (5) erhalten Gewichtungen zwischen 10% und 15% und sind damit im obigen Beispiel vergleichsweise ausgeglichen gewichtet. Herauszuheben ist noch einmal: die hier gezeigten Werte sind nur als Beispiel

zu verstehen, es ist gerade Aufgabe des Managements, für den jeweiligen Bedarf sowohl die korrekten Ziele zu definieren, als auch deren Gewichtung den jeweiligen Bedürfnissen und der Situation im Unternehmen angemessen vorzunehmen²⁹². Es steht dem Management auch frei, einzelne so genannte ‚K.O.-Werte‘ zu definieren, bei deren Vorliegen eine Handlungsalternative insgesamt ausscheidet, auch wenn die Ziele im Übrigen erfüllt wären. Mit den definierten Zielen und den definierten Gewichtungen kann das Management nunmehr eine Bewertung vornehmen. Im obigen Beispiel stehen dafür die Zahlen Eins (1) bis Fünf (5) zur Verfügung, wobei Fünf den bestmöglichen Wert darstellt. Das erwartete vollständige Erfüllen eines Zieles wird entsprechend mit Fünf bewertet, das Nichterfüllen mit Eins. Mit Blick auf die obige Tabelle: Alternative (i) erfüllt das Ziel (3), das mit 10% gewichtet ist, kaum und erhält deswegen eine Zwei als Bewertung. Ziel (3) war zuvor definiert worden als die Kenntnisse um das Unternehmen. Alternative (iii) dem gegenüber hat hier mit einer Fünf eine volle Punktzahl erreicht, da das Ziel in dieser Handlungsalternative voll erreicht wird. Diese

²⁹² Hahn, D./ Hungenberg, H./ Kaufmann, L., ebenda, S. 77

Bewertung lässt sich natürlich nur auf Basis von Annahmen und Schätzungen vornehmen. Diese Annahmen und Schätzungen sind jedoch umso genauer, je mehr beschreibende Attribute einem Ziel gegeben wurden. Denn dann ist umso genauer definiert, was mit einem jeweiligen Ziel erreicht werden soll, was die dahinter liegende Erwartungshaltung des Managements ist. Multipliziert man zuletzt die Werte aus der Zielerreichung mit der prozentualen Gewichtung und addiert sämtliche Werte einer Zeile – und damit einer Handlungsalternative – auf, so ergibt sich zuletzt der in der rechten äußersten Spalte ablesbare Nutzwert einer jeden Handlungsalternative. Die Handlungsalternative mit dem höchsten Nutzwert sollte vom Management ausgewählt werden. Im obigen Beispiel ist das die Alternative (ii) in der mittleren Zeile. Diese hat den Wert 4,15 und ist also höher als die beiden anderen Werte, nämlich 3,4 für die Alternative (iii) bzw. 3,15 für die Alternative (i). Offen ist noch die Feststellung der Kostenposition beim Wertziel, also der zweiten Spalte. Die Kosten sollten dabei so exakt wie möglich beurteilt werden, und hier kann auf das in Kapitel 3.4.2.2.1 Gesagte verwiesen werden. Bei der Frage nach der Gründung einer

Rechtsabteilung sollte eine längerfristige Betrachtung Regel sein, schließlich wird eine Rechtsabteilung nicht für nur ein Jahr gegründet, um sie dann wieder auszugliedern. Für die Kostenbetrachtung sollte daher eine gewisse dynamische Erfassung zugrunde gelegt werden. Also ist vor der Erfassung der eigentlichen Kosten das Festlegen einer angemessenen Zeitachse relevant. Auch hier sind Methoden aus der Betriebswirtschaftslehre hilfreich und sinnvoll, diesmal solche aus der Investitionsrechnung. Es sollte mit einem für taktisch-strategische Entscheidungen der Unternehmensplanung allgemein gültigen Zeithorizont gerechnet werden. *Wöhe* erachtet für taktisch-strategische Entscheidungen eines Unternehmens einen mittelfristigen Planungszeitraum von fünf Jahren als angemessen²⁹³. Für den so festgelegten Planungszeitraum sind sämtliche möglichen beeinflussenden Faktoren so exakt wie möglich zu bestimmen. Dabei ist jedoch stets zu berücksichtigen, dass bei mittelfristigen Planungszeiträumen Planungsunsicherheiten eine hohe Bedeutung haben: Annahmen für die Zukunft können nur aus Werten der Vergangenheit abgeleitet werden, es gibt insbesondere über

²⁹³ *Wöhe*, S. 135

die Zukunft keine vollkommene Information²⁹⁴. Während sehr kurze und sehr lange Planungszeiträume („Trendentwicklungen“) typischerweise eine geringere Unsicherheit bergen, sind mittelfristige Planungszeiträume vergleichsweise schwer zu bewerten²⁹⁵. Dennoch: die Kosten einer Rechtsabteilung lassen sich erfassen und errechnen und dann in der obigen Tabelle als Maßzahl für das Wertziel verwenden. Unter Beachtung der zuvor benannten Zusammenhänge lassen sich die Kosten einer Rechtsabteilung beispielhaft wie an der nachfolgend aufgeführten mathematischen Formel herleiten.

$$K = \sum_{t=1}^5 [(P(t) + S(t) + L(t)) - (k_0 (f(r/t)^2) - E(t)^2)]$$

mit:

K = Kosten der Rechtsabteilung
L = Leistungskosten

t = Planungszeitraum in Jahren
k₀ = Ausgangskosten

P = Personalkosten
f (r/t)² = degressives Cost-Cutting mit r als Reduzierungsgrad und r ∈]0,1]

S = Sachkosten
E = progressiver Erfahrungswert

²⁹⁴ Wöhe, S. 149 ff. zur Ungewissheit als Grundproblem der Planung

²⁹⁵ Harriehausen, C.: in „Ein Blick in die Zukunft“ in F.A.Z. vom 26.02.2006, S. V11

Bei der Formel wird von einem fünfjährigen Planungshorizont ausgegangen. Der Planungszeitraum ist mit t bezeichnet. Entsprechend dem angenommenen mittelfristigen fünfjährigen Planungszeitraum finden für t die Zahlen von Eins (1) bis Fünf (5) Anwendung. Es folgen in der ersten Klammerung die Kosten, die über diesen Planungszeitraum t durch die Gründung und den Betrieb der Rechtsabteilung anfallenden Kosten. Diese Kosten können auch als Betriebskosten bezeichnet werden. Im Beispiel sind dies Personalkosten (P), Sachkosten (S) sowie Leistungskosten (L), in der Formel entsprechend $(P(t) + S(t) + L(t))$. Durch das Σ -Zeichen werden diese Kosten über die Zeiträume t von eins (1) bis fünf (5) aufaddiert. Dies bedeutet, dass jeweils die Personalkosten der Periode eins, also $P(t=1)$ mit den Personalkosten der Periode zwei, also $P(t=2)$, bis zur Periode fünf mit $P(t=5)$ aufaddiert werden. Davon subtrahiert werden die Werte der Kostenreduktion und der Erfahrung. Zum besseren Verständnis der Formel und des dahinter liegenden Verständnisses soll diese nachfolgend schrittweise und jeweils visualisiert dargestellt werden. Ausgangspunkt sind die mit der Gründung der

neuen Rechtsabteilung neu entstehenden Kosten, der Betriebskosten, nämlich $(P(t) + S(t) + L(t))$.

Kostenübersicht Rechtsabteilung

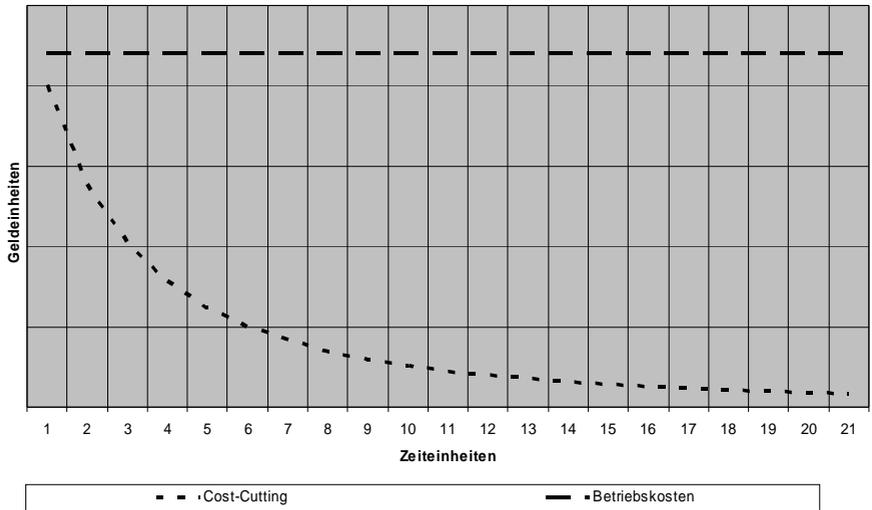


Abb. 9: Kostenkurve für neu anfallende Kosten der gegründeten Rechtsabteilung

In der vorstehenden Grafik ist für die Betriebskosten ein fiktiver Wert angesetzt worden, wobei die tatsächlichen Zahlenwerte für die Höhe der Kosten in der Grafik außer Acht gelassen sind, da dies natürlich für jedes Unternehmen anders sein kann und von Art und Umfang der personellen und sachlichen Ausstattung der Rechtsabteilung abhängig ist. In der Grafik zeigt also die obere Gerade die Kosten $(P(t) + S(t) + L(t))$ über den definierten Planungszeitraum. Im

Beispiel sind diese konstant. Natürlich ist dies nicht die einzig relevante Position der Kostenkurve einer Rechtsabteilung. Wie sich aus der gezeigten Formel ergibt, muss diese erste Sichtweise auf die Kosten ergänzt werden, und zwar zunächst um die *Kostenreduzierung*. In Kapitel 3.4.2.2.1 war dazu erklärt worden, dass mit der Gründung einer eigenen Rechtsabteilung auch eine Reduzierung der bis zu diesem Zeitpunkt für externe Rechtsberatung verausgabten Kosten eintritt. Diese Reduzierung war auch als Cost-Cutting bezeichnet worden. Das Cost-Cutting ist sowohl in der Formel berücksichtigt und kann auch grafisch dargestellt werden. Es handelt sich in der obigen Grafik um die degressiv verlaufende, untere Kurve. Für die Berechnung in der Formel bedeutet dies: von den im ersten Schritt ermittelten neu entstehenden Betriebskosten, also $(P(t) + S(t) + L(t))$, sind die aus dem Cost-Cutting resultierenden Einsparungen heraus zu rechnen. Dies kann jedoch nicht durch eine einfache statische Subtraktion geschehen. Denn wie bereits verdeutlicht, weist das Cost-Cutting bei einer Betrachtung über einen längeren Planungszeitraum wohl stets einen eher degressiven Verlauf auf. Diese Annahme stützt sich auf die bereits oben

erläuterte Überlegung, dass mögliche Einsparungen über den Planungszeitraum abnehmen. Es ist daher zunächst ein Basiswert k_0 zu bestimmen. Dies ist der rechnerische Ausgangspunkt, von dem die Kostenreduktion aus geschieht. Sinnvollerweise sollte k_0 genau derjenige Betrag sein, der vor der Gründung der eigenen Rechtsabteilung für die rechtliche Betreuung des Unternehmens an externe Rechtsberater ausgegeben wurde. Dieser Betrag kann beim internen Rechnungswesen erfragt werden, wo in der Regel sämtliche Rechnungen gesammelt sind. Der Wert von k_0 ist mit einer degressiv verlaufenden Funktion vom Reduzierungsgrad r zu multiplizieren. Für r kann prinzipiell jeder Wert im Intervall der Zahlen 0 bis 1 gewählt werden²⁹⁶. Im vorliegenden Beispiel wurde für r die Eins (1) und damit für die Funktion vom Typ $(r/t)^2$ der Wert $(1/t)^2$ gewählt. Die Festlegung des Wertes für r ist Aufgabe des Managements, das sich einen Eindruck über mögliche Kostenreduzierungseffekte verschaffen muss und entsprechend den Wert auswählt. Je höher der für r gewählte Wert ist, desto flacher verläuft der

²⁹⁶ ohne die Null selbst, da sonst wegen der Null im Zähler des Bruches als Wert immer die Null als Ergebnis resultieren würde.

Kostenreduzierungseffekt. Die oben aufgeführte Formel weist noch ein letztes Element auf, das zu berücksichtigen ist. Dies ist der am Ende der Formel stehende und mit E bezeichnete Erfahrungswert. Der Verlauf des E -Wertes ist in der nachfolgenden Grafik durch die Kurve dargestellt, die von links unten beginnend nach rechts oben ansteigend verläuft:

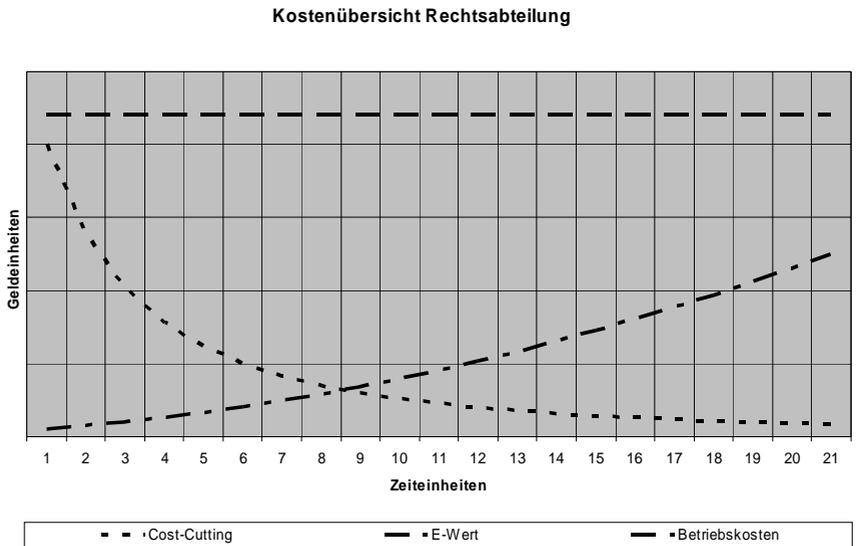


Abb. 9: Kostenreduktionskurve bei einer gegründeten Rechtsabteilung
 In der Formel wiederum ist der Erfahrungswert ebenfalls von den neu anfallenden Betriebskosten in Abzug zu bringen. Wozu dient in der Formel der Erfahrungswert? Der Erfahrungswert greift die von sämtlichen in dieser Arbeit

zitierten Autoren²⁹⁷ und wohl in der Realität erkannte Tatsache auf, dass die neu gegründete Rechtsabteilung und der Syndikus unternehmensintern im Zeitverlauf des Planungshorizontes eine immer stärkere Kenntnis des Unternehmens und der internen Entscheidungsabläufe erreichen. Dies spiegelt der Erfahrungswert E wieder. Im Erfahrungswert spiegelt sich damit auch wieder, dass der gesuchte Rechtsrat in besonders schnellem Maße verfügbar ist und zugleich die spezifischen Belange und Kenntnisse von Branche und Unternehmen berücksichtigt. Der Erfahrungswert E ist damit letztlich eine Messzahl für den oben näher erläuterten Nutzen der eigenen Rechtsabteilung. Diesem Nutzen kann durch das Management durchaus ein Wert zugeordnet werden. Dieser Wert beruht aber selbstverständlich auf Schätzungen und kann nicht abstrakt an dieser Stelle für alle Rechtsabteilungen festgelegt werden. Es spricht aber nichts dagegen, den anfänglichen Wert vergleichsweise niedrig und zurückhaltend anzusetzen. Denn bei einem – wie hier – fünfjährigen Planungshorizont

²⁹⁷ so beispielsweise *Schwung, S.*: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in *AnwBl.* 4/1996, S. 184; *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 407

ist davon auszugehen, dass der Erfahrungswert einen progressiven Verlauf besitzt. Der Verlauf für die sich daran anschließenden Zeiträume, etwa die Jahre sechs bis zehn, kann hier offen bleiben und wäre Gegenstand weitergehender Untersuchungen. Grund für den unterstellten anfänglich progressiven Verlauf ist die Annahme, dass während der ersten fünf Jahre die Integration der Rechtsabteilung in das Unternehmen und damit der mit dem Wert E verdeutlichte Nutzen nicht nur linear, sondern progressiv ansteigen wird. Greifen wir zur Erläuterung dieser Annahme über den Verlauf des E -Wertes noch einmal auf das Beispiel der IDS SCHEER AG zurück (vgl. oben Kapitel 3.4.1). Dort war festgestellt worden, dass die Rechtsabteilung zunächst nur sehr partielle Aufgaben übernehmen sollte. Konkret war das ein verbessertes Forderungsmanagement. Dies war der ursprünglich gewollte Nutzen. In der Folgezeit kamen aber immer weitere, neue gewünschte Nutzen hinzu. Einerseits waren dies Aufgaben, die vom Management als zusätzliche Aufgaben an die Rechtsabteilung übertragen wurden, andererseits aber auch Aufgaben, die als Resultat von bei den Mitarbeitern des Unternehmens geweckten Begehrlichkeiten entstanden. Alle

diese Aufgaben spiegeln aber den Vorteil der Rechtsabteilung wider, in besonderem Maße in das Unternehmen, in seine Entscheidungsabläufe und internen Strukturen eingebunden zu sein. Zur ersten Gruppe, den vom Management neu übertragenen Aufgaben, gehörte beispielsweise das Vertragsmanagement und Fragen von Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. Zur zweiten Gruppe alle jene Anfragen, die sich allein aus der Tatsache ergeben, dass interner juristischer Rat greifbar ist. Dies geht hin bis zu Fragen zu bei Dienstfahrten begangenen Verkehrsverstößen. Zurück zum Rechenbeispiel: diese Entwicklung des *E*-Wertes beginnt langsam, steigt aber umso schneller an, je stärker die Rechtsabteilung in das Unternehmen integriert ist. Dann werden mehr Begehrlichkeiten geweckt und auch erfüllt. Korrekt ist wohl auch: der *E*-Wert wird nicht einen endlos progressiven Verlauf nehmen, sondern ab einem gewissen Zeitpunkt abflachen, da weiterer Nutzen kaum noch messbar ist. Eine Steigerung des *E*-Wertes ist dann allenfalls noch schwach ausgeprägt. Nachfolgend ist eine letzte Grafik aufgeführt: mit dieser Grafik wird der auf Grundlage der bisherigen Annahmen errechnete Verlauf der Gesamtkostenkurve über

einen Planungszeitraum t der neu gegründeten Rechtsabteilung grafisch dargestellt.

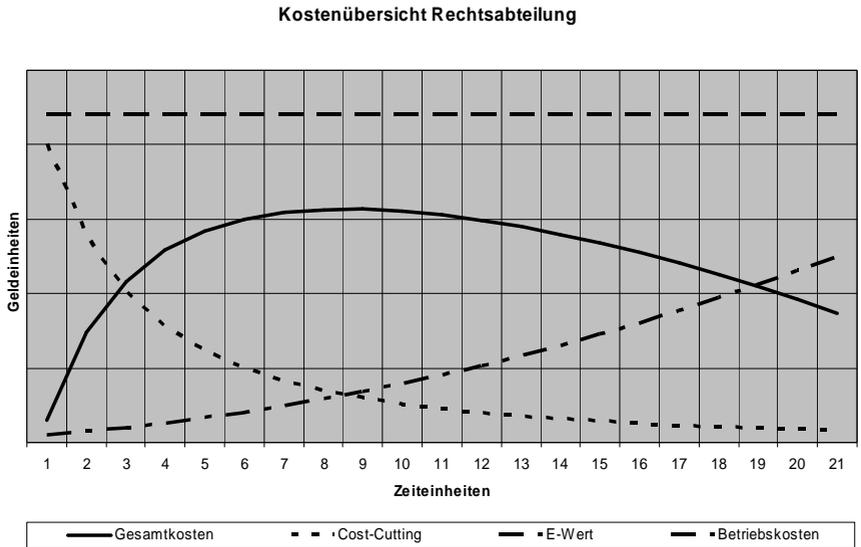


Abb. 10: Gesamtkostenkurve einer neu gegründeten Rechtsabteilung
 Dabei erfolgt gemäß dem bisher Formulierten die Subtraktion der Kostenersparnis sowie des Erfahrungswertes von den mit der Gründung der Rechtsabteilung neu entstehenden Betriebskosten. In der Grafik ist dies die durchgezogene Kurve, die wegen der wie erläutert schnell abflachenden Cost-Cutting-Kurve zunächst ansteigt, dann aber im Zeitverlauf wegen des Anstiegs der *E-Wert*-Kurve wieder leicht absinkt. Losgelöst von der grafischen Darstellung lassen sich anhand der oben

benannten Formel die Kosten einer eigenen Rechtsabteilung über einen gewissen Planungszeitraum konkret als Zahl berechnen. In dem obigen Beispiel mit den drei Handlungsalternativen (i) bis (iii) ist dies für alle drei Alternativen machbar. Diese ermittelten Werte für die Kosten K über den Planungszeitraum lassen sich dann in die Tabelle gemäß Abbildung 8, dort in die zweite Spalte, als Wertziele eintragen und gewichten, um zu einer Entscheidung bezüglich der Handlungsalternativen zu kommen. Sicherlich gilt es festzustellen, dass eine solche formelhafte Berechnungsgrundlage stets eine recht grobe Entscheidungshilfe darstellt. Dies liegt darin begründet, dass es sich eben bei Nutzen und Erfahrung immer um mathematisch nur schwer exakt feststellbare Werte handelt. Dennoch: unter Zuhilfenahme einer derartigen Entscheidungsmatrix, die wiederum auf einer nachprüfbaren Berechnungsgrundlage basiert, lässt sich eine Entscheidung für oder gegen die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung nachvollziehbar und auch transparent treffen. Die Alternative zu der hier gezeigten Vorgehensweise wäre eine Entscheidung aus dem Bauch heraus. Eine solche Bauchentscheidung mag zwar im Ergebnis auch richtig

ausfallen, hält aber einer Überprüfung auf ihre Findung nur schwer Stand. Der Kosten-Nutzen-Gedanke, der sich in der aufgezeigten Formel widerspiegelt, verdeutlicht dagegen exakt die ökonomische Vernunft, an der sich das Management bei der Entscheidung zur Gründung einer eigenen Rechtsabteilung messen lassen muss. Im vorliegenden Ausgangsbeispiel, bei dem das Management zwischen den drei Alternativen (i) vollständige externe Vergabe, (ii) teilweise interne Rechtsabteilung und (iii) vollständige interne Rechtsbetreuung zu entscheiden hatte, würde die Entscheidung auf die zweite Alternative fallen. Die Rechtsabteilung sollte sich dann zunächst inhaltlich auf diejenigen Themen begrenzen, für die regelmäßig hoher Beratungsbedarf besteht. Genau wegen dieser Themen kann auch die zuvor angefallene externe Beratung kostenseitig reduziert werden. Im Laufe der Zeit werden die Syndici immer stärker in die Unternehmensstruktur integriert sein, und mit diesem Effekt wird der Nutzen der Rechtsabteilung für das Unternehmen steigen. Wie diese strukturelle und inhaltliche Organisation konkret aussehen kann, wird in den nachfolgenden Kapiteln zu untersuchen sein.

3.4.3 Zwischenergebnis

Die vorangehenden Kapitel haben sich mit der Frage nach der Entscheidung über die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung beschäftigt. Ausgangspunkt war die wesentliche Feststellung, dass es keinen einheitlich definierten Zeitpunkt für die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung gibt: weder ist dies per Definitionem durch eine bestimmte Rechtsform des Unternehmens determiniert, noch durch einen zahlenmäßig erfassbaren Wert wie etwa Umsatz oder Mitarbeiterzahl. In den dieser Feststellung vorangegangenen Kapiteln war festgestellt worden, dass eine interne Rechtsabteilung immer mit dem Thema Risikomanagement verbunden sein muss. Dies gilt damit auch schon für die Frage nach der Gründung der eigenen Rechtsabteilung. Konkret hat dies zu der Erkenntnis geführt, dass ab einem Zeitpunkt, zu dem mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein nicht nur insignifikanter Schadenseintritt möglich ist, eine eigene Rechtsabteilung Gegenstand von konkreten Überlegungen des Managements sein muss. Diese Überlegungen müssen aber in ihrer Konsequenz nicht zur eigenen Rechtsabteilung führen. Vielmehr hat das Management auch mit Blick auf die

Gründung der eigenen Rechtsabteilung mehrere Alternativentscheidungen zur Auswahl. Diejenige Entscheidung, die zur tatsächlichen Gründung führt, ist dann eine, die unter ökonomischen Gesichtspunkten getroffen werden sollte. Unter Bezugnahme auf das ökonomische Prinzip wurde festgestellt, für welche Themen die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung überhaupt in Betracht gezogen werden sollte, und welche Kosten und welcher Nutzen damit in Verbindung zu bringen sind. Abschließend wurden die Ergebnisse in einer beispielhaften Kosten-Nutzen-Berechnung illustriert und erläutert. Erkennbar ist nach alledem, dass eine Rechtsabteilung unter Risikoerwägungen Gegenstand von Überlegungen für das Management sein muss, und dass diese Überlegungen in nachprüfbarer und transparenter Form zu einer Entscheidung des Managements führen können, da die Rechtsabteilung hinsichtlich Kosten und Nutzen messbar und planbar ist. Nachfolgend wird dargestellt werden, wie die positive Entscheidung des Managements zugunsten der Gründung einer Rechtsabteilung in struktureller und inhaltlicher Art umgesetzt werden kann.

3.4.4 Die Umsetzung der Entscheidung

Legen wir nunmehr der nachfolgenden Erörterung folgende Ausgangslage zugrunde: die Entscheidung des Managements zur Gründung einer eigenen Rechtsabteilung sei positiv ausgefallen. Es steht also fest, eine Rechtsabteilung soll gegründet werden, und diese Rechtsabteilung soll nicht vollständig sämtliche anfallenden Fragen alleine bearbeiten, sondern sich punktuell externer Unterstützung bedienen. Zwangsläufig schließen sich an diese erste Entscheidung weitere Fragen an. Diese weiteren Fragen beziehen sich auf das ‚Wie‘ und das ‚Was‘ einer entsprechenden Umsetzung der Entscheidung. Die Frage des ‚Wie‘ ist dabei auf die Frage nach der strukturellen Umsetzung zu beziehen; also auf die interne Anordnung und den internen Aufbau einer neu zu gründenden Rechtsabteilung. Diese Fragestellung ist wichtig, weil die neu zu gründende Rechtsabteilung ja in die bereits bestehende Unternehmensorganisation eingegliedert werden muss. Die Frage nach dem ‚Was‘ greift den Gedanken des Managements auf, dass sich die Rechtsabteilung nicht originär darum bemüht, sämtliche anfallenden rechtlichen Fragen alleine zu beantworten. Vielmehr müssen für die

Rechtsabteilung als Folge der Entscheidung, dass partiell auch externe Hilfe in Anspruch genommen werden soll, klare Aufgabengebiete und Arbeitsinhalte definiert werden. In den folgenden Kapiteln sollen auf die Fragen nach dem ‚Wie‘ und dem ‚Was‘ mögliche Antworten gefunden werden.

3.4.4.1 Das ‚Wie‘ – die strukturelle Umsetzung

Das gesamte betriebliche Geschehen in einem Unternehmen vollzieht sich nach einer bestimmten Ordnung, die geplant und durch geeignete organisatorische Maßnahmen umgesetzt werden muss²⁹⁸. Da die Rechtsabteilung Teil des Unternehmens ist, gilt das Vorgesagte auch für eine Rechtsabteilung als Organisationseinheit eines Unternehmens. Zunächst lassen sich unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlicher Methoden einige grundsätzliche Organisationsformen unterscheiden: *Bierle* beschreibt einzelne Organisationsformen und benennt deren wesentliche Vor- und Nachteile²⁹⁹. Eine einfache und bekannte Struktur ist das Liniensystem. Beim so genannten Einliniensystem ist der Grundgedanke, dass eine

²⁹⁸ *Wöhe*, S. 172

²⁹⁹ *Bierle*, S. 226 ff.

untergeordnete Stelle nur von einer übergeordneten Stelle Anordnungen erhält und an diese berichtet. Die Eingliederung der Rechtsabteilung in ein solches Liniensystem scheidet damit aus: die Rechtsabteilung wird innerhalb eines Unternehmens nicht Teil des Liniensystems sein und kann von ihrer aufbauorganisatorischen Eingliederung in das Unternehmen nicht wie ein Kernbereich, also Beschaffung, Produktion oder Vertrieb positioniert sein. Die Rechtsabteilung hat insbesondere keine Weisungs- und Disziplinarbefugnis. In Betracht kommt aber innerhalb eines Liniensystems die Rolle als Stabsabteilung. Beim Stabliniensystem wird die Grundstruktur des Liniensystems erhalten, bestimmte Funktionen, hier etwa die Rechtsabteilung, werden aber nicht in das Liniensystem integriert, sondern sind einzelnen Instanzen innerhalb des Liniensystems jeweils exklusiv zugeordnet³⁰⁰. Die Stabsstellen haben aber nur einen unmittelbaren Bezug zur jeweiligen Instanz und damit nicht zum gesamten Unternehmen. Genau dieser gesamte Unternehmensbezug bietet sich aber für eine mittelständische Rechtsabteilung an; das erläuterte reine

³⁰⁰ *Wöhe*, S. 185

Stabliniensystem scheidet aus, wenn eine Erreichbarkeit der Rechtsabteilung für das gesamte Unternehmen gewährleistet sein soll. Es muss also eine andere Form der strukturellen Integration der Rechtsabteilung in das Unternehmen gefunden werden. Der Literatur sind für die Eingliederung der Rechtsabteilung in das Unternehmen allenfalls einige grobe Anhaltspunkte zu entnehmen. *Neumann* geht davon aus, dass die Rechtsabteilung eine Stabsabteilung sein muss, da er beschreibt, wie das „*Verhältnis zu anderen Stabsabteilungen* [...]“³⁰¹ ausgestaltet sein sollte. Zudem grenzt er das Verhältnis der Rechtsabteilung als Stabsabteilung auch gegenüber Linienabteilungen ab³⁰². Eine genauere Beschreibung ist seinen Ausführungen aber nicht zu entnehmen. Weniger auf die strukturelle Integration der Rechtsabteilung in das Unternehmen als mehr auf die Rolle des Syndikus’ stellt *Schwung* ab. Er formuliert, dass dem Syndikus „oft eine *Querschnittsfunktion im Unternehmen*“³⁰³ zukommt. Ob damit eine strukturelle

³⁰¹ *Neumann, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in *AnwBl.* 1991, S. 632

³⁰² *Neumann, J.*, ebenda

³⁰³ *Schwung, S.*: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in *AnwBl.* 4/1996, S. 185

Positionierung innerhalb des Unternehmens gemeint sein soll, lässt *Schwung* offen, denn später spricht *Schwung* von eben dieser Querschnittsfunktion auch im Zusammenhang mit der Rechtsabteilung als solchen³⁰⁴. Gemeint ist wohl die dauerhafte Unterstützung über die Grenzen einzelner Fachbereiche hinweg, und damit eine Stabs- bzw. Zentralfunktion. Die strukturelle Integration einer Rechtsabteilung in die bestehende Organisation eines Unternehmens ist auch Gegenstand der Untersuchungen von *Hommerich/Prütting* und *Henning*, dort natürlich jeweils mit einem eindeutigen Fokus auf Großunternehmen³⁰⁵. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass gerade Großunternehmen nicht selten über mehrere Rechtsabteilungen im Konzern verfügen, nämlich eine Konzernrechtsabteilung und weitere Rechtsabteilungen in den jeweiligen Konzerngesellschaften. Eine Vergleichbarkeit mit dem Mittelstand ist daher nur sehr bedingt möglich. *Hommerich/Prütting* stellen für den Zeitraum Mitte der 90er Jahre des letzten Jahrtausends fest, dass Rechtsabteilungen in den von ihnen befragten Unternehmen regelmäßig als Stabsabteilung organisiert

³⁰⁴ *Schwung*, S., ebenda

³⁰⁵ vgl. oben Fn. 21

sind³⁰⁶. Dabei ist die Rechtsabteilung in rund der Hälfte der befragten Unternehmen unmittelbar dem Vorsitzenden der Geschäftsführung unterstellt³⁰⁷. Ob es sich im Einzelfall tatsächlich um eine Stabsabteilung oder nicht doch um eine Dienstleistungsstelle³⁰⁸ handelt, kann nicht trennscharf unterschieden werden. Dies mag offen bleiben, denn die Studie von *Hommerich/Prütting* zeigt sehr wohl das offensichtliche Verständnis der Geschäftsleitungen für die Wichtigkeit der Rechtsabteilung, da nach Auffassung der befragten Syndici die ihnen zugewiesene Position in den meisten Fällen innerhalb der Organisation einen nicht unerheblichen Einfluss als „*rechtliches Gestaltungs- und Kontrollorgan sichert*“³⁰⁹. Damit wird auf die Rolle der Rechtsabteilung außerhalb der eigentlichen Leistungsbereiche des Unternehmens abgestellt. Der Studie von *Henning* sind konkrete Aussagen über die aufbauorganisatorische Eingliederung der Rechtsabteilung in die Unternehmensstruktur nicht so eindeutig zu

³⁰⁶ *Hommerich/Prütting*, S. 125

³⁰⁷ *Hommerich/Prütting*, ebenda

³⁰⁸ *Wolf/Runzheimer*, S. 88

³⁰⁹ *Hommerich/Prütting*, S. 126

entnehmen, wie dies bei *Hommerich/Prütting* der Fall ist. Grundsätzlich versteht aber auch *Henning* die Rechtsabteilung als Zentralfunktion³¹⁰. Im dritten Teil seiner Untersuchung befasst sich *Henning* mit der „*Organisation der Rechtsabteilung*“³¹¹. Dort werden die Berichtswege erläutert, nach denen sich seit der Untersuchung von *Hommerich/Prütting* eine vergleichsweise deutliche Verschiebung ergeben hat: heute berichtet der Leiter Recht verstärkt an den Finanzvorstand und weniger an den Vorsitzenden der Geschäftsführung³¹². Diese Verschiebung im Berichtsweg – weg vom Vorstandsvorsitzenden hin zum Finanzvorstand – wurde bereits oben in dieser Arbeit kritisch betrachtet. Sie dürfte ihren Grund nicht zuletzt auch darin haben, dass sich heute Finanzvorstände in den Unternehmen insgesamt verstärkt thematisch mit den internen Organisationsstrukturen beschäftigen, die Vorstandsvorsitzenden andererseits ihren Fokus auf die Wertschöpfungskette legen. Erkennbar ist, dass es eine typische strukturelle Integration einer Rechtsabteilung in

³¹⁰ *Henning*, S. 52

³¹¹ *Henning*, S. 51 ff.

³¹² *Henning*, S. 53; vgl. dazu auch oben Kapitel 2.3.4.1

eine Unternehmensorganisation nicht gibt. Wie könnte sie aber aussehen? Die konkrete Ausgestaltung der aufbauorganisatorischen Eingliederung der Rechtsabteilung ist zunächst denklogisch abhängig von der strukturellen Organisation des Unternehmens selbst: der internationale Energiekonzern³¹³ mit einem im hohen Maße diversifizierten Geschäft ist eben anders organisiert als ein mittelständisches Unternehmen. Mit Blick auf den Fokus der vorliegenden Arbeit: die zunächst abstrakte Antwort auf diese Frage nach der strukturellen Organisation ist erneut eine solche des Risikomanagements. Die Rechtsabteilung und die Syndici müssen derart in die Organisation des Unternehmens integriert sein, dass sich diejenigen Risiken, die mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit zu einem nicht unbeachtlichen Schadenseintritt führen können, rechtzeitig identifizieren und steuern lassen. Dieses abstrakte Ergebnis kann durch mehrere konkrete Ansätze ausgestaltet werden. Eine erste Alternative wäre die Definition der Rechtsabteilung als Stabstelle des Vorstandes. Grafisch wäre das etwa folgende strukturelle Aufstellung:

³¹³ nach dem Beispiel von *Hartmann*, S. 58, vgl. auch Kapitel 2.3.2.2

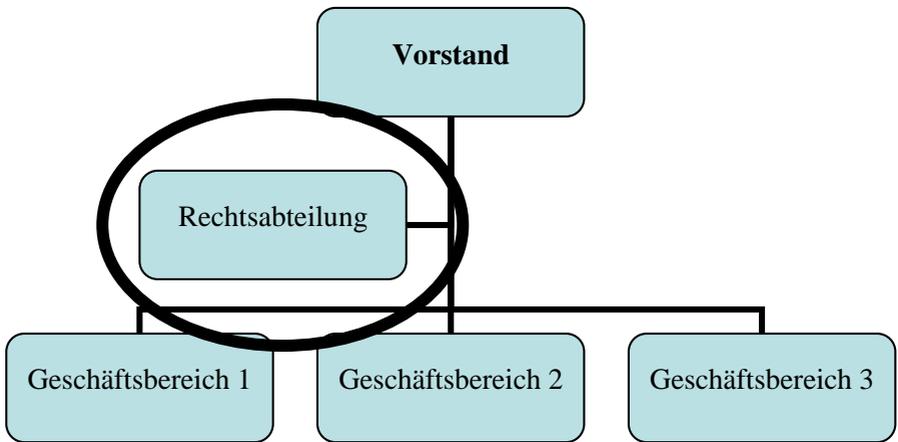


Abb. 12: direkte organisatorische Anbindung an den Vorstand

Dann wäre Ansprechpartner und Auftraggeber der Rechtsabteilung ganz zentral und in letzter Konsequenz ausschließlich der Vorstand. Bei Realisierung dieser strukturellen Eingliederung hätte der Vorstand alleinigen Zugriff auf den Syndikus. Dieser würde allein dem Vorstand als juristischer Berater als Unterstützung zur Verfügung stehen. Die Rechtsabteilung ist als Stabstelle des Vorstandes definiert, da der Vorstand die Verantwortung für die Gesellschaft trägt. Diese strukturelle Eingliederung der Rechtsabteilung wäre gewissermaßen nahe am Gesetzeswortlaut: der Vorstand führt die Geschäfte des Unternehmens. Dies folgt beispielsweise aus §§ 76 ff. AktG für die Aktiengesellschaft. Wenn die Rechtsabteilung aber

den Vorstand maßgeblich beim Managen von Risiken unterstützt, dann ist eine unmittelbare Anbindung der Rechtsabteilung an den Vorstand eine sich daraus ergebende korrekte Konsequenz. Dennoch wirft eine solche strukturelle Integration der Rechtsabteilung auch beachtliche Probleme auf, denn sie lebt mit dem Risiko einer unzureichenden Kommunikation und zu großer Distanz zum Tagesgeschäft³¹⁴. Diese Aussage betrifft also weniger die strategischen Entscheidungen, bei denen die Geschäftsführung ihre Syndici einbeziehen kann und wird, da sie gut greifbar sind³¹⁵. Strategische Entscheidungen sind aber auch keine solchen des operativen Tagesgeschäftes. Die vorbenannte Organisationsstruktur wirft Probleme maßgeblich auf der operativen Ebene auf, nämlich beim Tagesgeschäft. Der Vorstand ist nämlich nicht in jede operative Entscheidung des Tagesgeschäftes eingebunden, die internen Juristen sind damit vergleichsweise deutlich vom Tagesgeschäft abgeschnitten. Selbst wenn der Vorstand zu einem gewissen Zeitpunkt eingebunden wird, kann dies für die nachhaltige Bewertung eventueller Risiken durch die

³¹⁴ *Wolf/Runzheimer*, S. 89, 90, m.w.N.

³¹⁵ *Hartmann*, S. 45

Rechtsabteilung zu spät sein. Folgendes an *Hartmann*³¹⁶ angelehnte Beispiel mag die hinter dieser Argumentation stehende Denkweise verdeutlichen: auf den Vertriebsmitarbeitern lastet zunächst ein beachtlicher Verkaufsdruck. Dieser Druck führt dazu, eine frühzeitige Einbeziehung des Vorstandes zu vermeiden. Denn es sollen an den Vorstand Verkaufserfolge, keine Probleme berichtet werden. *Jahns*³¹⁷ stellt überspitzt dar: „*Der Überbringer schlechter Nachrichten kriegt eins zwischen die Hörner*“. Gerade börsennotierte Unternehmen, die jedes Quartal ihre Zahlen veröffentlichen und gegenüber den Analysten vertreten müssen, wollen auf Managementebene nicht Probleme, sondern Lösungen präsentiert bekommen. Nur Erfolge sind Lösungen. Also ist die Bereitschaft einzelner Mitarbeiter, bei der Geschäftsführung Probleme zu signalisieren, vergleichsweise gering ausgeprägt. Damit ist in der oben visualisierten Struktur der Zugriff auf die eigene Rechtsabteilung verwehrt, da dies nur über den Vorstand gelingt. Es wird in der Folge vertriebsseitig zunächst versucht, den Kunden zufrieden zu stellen, eventuell auch

³¹⁶ *Hartmann*, S. 44 f.

³¹⁷ *Jahns, C.*: „Bakschisch-Business“ in FAZ vom 06.03.2006, S. 22

ohne hinreichende rechtliche Absicherung der eigenen wirtschaftlichen Positionen. Das vorherige Einbeziehen der Geschäftsführung als Alternativhandlung würde eher unangenehme Rückfragen hervorrufen, und diese sollen vermieden werden. Im Ergebnis zeigt dieses Beispiel, dass die gezeigte Organisationsstruktur im Hinblick auf das operative Tagesgeschäft mit erheblichen Risiken verbunden ist und daher nicht gewählt werden sollte. Wie sollte die strukturelle Integration in das Unternehmen dann aussehen? Von zentraler Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage dürfte die Ansicht sein, nach der die *„Rechtsabteilung nah am Business sein muss“*³¹⁸. Es gilt also, die Rechtsabteilung eng in das Geschehen im Unternehmen einzubinden, dabei der Rechtsabteilung aber dennoch die Möglichkeit zu geben, nicht vollständig im operativen Geschäft zu versinken. *Neumann* formuliert die nach seiner Ansicht größte Herausforderung für Firmenjuristen, nämlich *„in das betriebliche Geschehen eintauchen, ohne darin*

³¹⁸ so von *Ruckteschell, N. I.* in „Die Konzernrechtsabteilung“, Vortrag auf den Unternehmensjuristentagen 2006, 22.02.2006, Berlin

unterzugehen.“³¹⁹ Denkt man diese Ansätze konsequent zu Ende, so kann die Rechtsabteilung nur eine Stabsfunktion besitzen, die aber auf derselben Ebene wie die anderen Linienfunktionen steht. Es handelt sich dann um eine besondere Form der eingangs erläuterten Form der Stablinienorganisation. Die nachfolgende Grafik macht das Konstrukt für das Beispiel eines mittelständischen IT-Unternehmens deutlich:

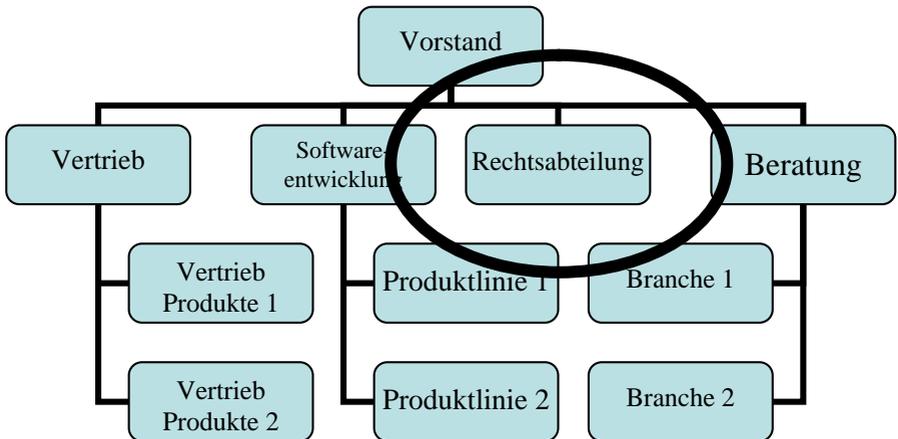


Abb. 13: organisatorische Eingliederung auf Linienebene

In vorstehender Grafik ist die Rechtsabteilung nicht mehr wie noch im Beispiel zuvor als reine Stabstelle des Vorstandes definiert. Vielmehr ist die Rechtsabteilung

³¹⁹ Neumann, J.: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in AnwBl. 1991, S. 631

unmittelbar in die Liniensystematik des gesamten Unternehmens integriert. In dieser Rolle ist die Rechtsabteilung weiterhin zur Vorbereitung von Entscheidungen und zur fachlichen Unterstützung befugt, zugleich besitzt sie weiterhin keine Weisungsberechtigung³²⁰. Der *Vorteil* liegt in der besseren Verfügbarkeit und Präsenz: der Syndikus ist hier auch für das operative Tagesgeschäft weitaus problemlos ansprechbar. Da auf ihn nicht nur mittelbar über die Geschäftsführung, sondern unmittelbar durch alle Fachbereiche zugegriffen werden kann, verliert er den möglichen negativen Status als „*Aufpasser oder Kontrolleur*“³²¹ der Geschäftsführung. Die Rechtsabteilung ist durch diese strukturelle Eingliederung in das Unternehmen dazu berufen, Argumente im Entscheidungsprozess gleichberechtigt und möglichst frühzeitig einzubringen, da sie problemlos und unmittelbar von den Fachbereichen angesprochen werden kann. Diese

³²⁰ Thommen, J.-P., Achleitner, A.-K.: Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 2. Aufl., Wiesbaden 1998, S. 679

³²¹ Neumann, J.: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in AnwBl. 1991, S. 631

Strukturform hat aber auch einige *Nachteile*: die unmittelbare Ansprechbarkeit für jeden Mitarbeiter im Unternehmen darf weder zu einer Überflutung mit ungefilterten Anfragen, noch zu einer Verschiebung der unternehmerischen Verantwortlichkeiten führen. Greifen wir an dieser Stelle zunächst den zweiten Punkt auf, die drohende Verschiebung der unternehmerischen Entscheidungen. Die Verantwortlichkeit für unternehmerische Entscheidungen muss weiterhin bei den Fachbereichen liegen. Nach *Neumann* muss der Syndikus darauf achten, „gleichberechtigter Gesprächspartner, aber grundsätzlich nicht Entscheidungsträger [zu sein].“³²² Dies ist korrekt. Durch die aufgezeigte strukturelle Integration in das Unternehmen droht aber genau das Gegenteil: Linienabteilungen sehen es durchaus gerne, wenn Entscheidungen abgenommen werden. Für die Übertragung von Entscheidungskompetenzen scheint die Rechtsabteilung fast berufen zu sein. Denn die Rechtsabteilung besitzt bei dieser strukturellen Einbindung in das Unternehmen einen

³²² *Neumann, J.*, ebenda

optimalen Informationszugriff³²³. *Schwung* verweist auf die vom Syndikus häufig wahrzunehmende „*hausinterne Koordinierungs- und gegebenenfalls Moderationsrolle*“³²⁴. Damit wird es bequem, den Syndikus nicht nur die Koordination oder Moderation zu überlassen, sondern in der Konsequenz auch die Entscheidung zu übertragen, ob ein Geschäft gemacht werden soll oder nicht. Die Rechtsabteilung kann aber die unternehmerischen Entscheidungen weder treffen noch verantworten³²⁵. Sie kann sich in Entscheidungsprozesse einbringen, muss aber dabei Distanz zur Sache wahren. Damit kann sie dazu beitragen, dass unter gegebenen Parametern eine rechtlich vertretbare Lösung erarbeitet wird. Zwar trägt *Schwung* insoweit überzeugend vor, dass in einem „*über die reine Rechtsbesorgung hinausgehenden Anspruch nicht nur ein gewisser Reiz einer jeden Syndikustätigkeit, sondern [...]*

³²³ *Schwung, S.*: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 183

³²⁴ *Schwung, S.*, ebenda S. 185

³²⁵ *Neumann, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in AnwBl. 1991, S. 631

*auch eines ihrer Wesensmerkmale zu sehen [ist]*³²⁶. Zu bedenken ist aber, dass der Syndikus nicht nur wegen seines Wissensvorsprungs auch der unternehmerische Entscheider über Wohl und Wehe der Gesellschaft werden kann. Dieses Problem soll an einem Beispiel verdeutlicht werden: nehmen wir an, ein mittelständisches Unternehmen vertreibt Standardsoftwareprodukte, die Wartung dieser Standardsoftware und ergänzende individuelle Softwareentwicklung. Das angebotene Leistungsportfolio werde durch Beratungsleistungen ergänzt, die im Zusammenhang mit diesen Softwareprodukten stehen. Gehen wir weiter davon aus, ein Kunde wünsche nicht nur einen einzelnen Baustein aus dem Leistungsportfolio, sondern eine komplexe Lösung, bei der über alle Fachbereiche des Unternehmens Leistungen abgerufen werden. In der Folge sind mehrere Mitarbeiter des Unternehmens in die Vertragsverhandlungen eingebunden, und zwar fachlich wie vertriebsseitig. Der Syndikus des Unternehmens wird in den Vertragserstellungsprozess eingebunden: er wird mit der Prüfung des Vertrages und der

³²⁶ Schwung, S.: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 184

Abgabe einer Stellungnahme bezüglich der Risiken in dem komplexen Vertragswerk beauftragt. Nach der Prüfung des Vertrages beruft der Syndikus eine Sitzung ein, an der alle bisher involvierten Mitarbeiter des Unternehmens teilnehmen. Der Syndikus trägt seine Sichtweise der Dinge vor, legt für jeden Fachbereich aus dem Vertrag und den Kundenwünschen resultierende Risiken offen. Dann fragt er bei den einzelnen Kollegen ab, wie aus ihrer Sicht die Wahrscheinlichkeit für ein von ihm als möglich identifiziertes Risiko der Schadenseintritt ist. Jeder einzelne Mitarbeiter eines Fachbereiches erklärt, das Risiko seines Fachbereiches sei zwar erkennbar, aber die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts nicht so hoch, dass der Vertrag allein aus seiner partiellen Sichtweise nicht doch geschlossen werden könne. Aus jeweils isolierter Sicht der Fachbereiche könnte der Vertrag also geschlossen werden. Erst im Gesamtschluss aller Fachbereiche ist erkennbar, dass die Summe der Einzelrisiken ein signifikantes Ausmaß annimmt, und zwar sowohl vom möglichen Schadenseintritt her, als auch von einer möglichen Schadenssumme. Der Syndikus erklärt, er sehe Handlungsbedarf, und zwar fachlich-inhaltlicher Art, etwa

durch Ergänzung in der Beschreibung und Abgrenzung der angebotenen Leistung. Es ist aber nicht untypisch, dass keiner der Mitarbeiter aus den einzelnen Fachbereichen aus seiner isolierten Sicht eine Nachverhandlung oder fachlich-inhaltliche Verbesserung des Vertrages wünscht, denn aus jeder individuellen Sicht heraus ist der Vertrag vom Risiko tragfähig. Es ist eben die Gesamtbetrachtung des Syndikus', die eine für das Unternehmen zu risikoreiche Situation ans Licht bringt. In der Folge passiert, was es aus Sicht einer Rechtsabteilung zu vermeiden gilt: dem Syndikus wird die Verantwortung zugeschoben zu entscheiden, ob der Vertrag trotz der von ihm gezeigten Risiken geschlossen werden soll. Genau diese Verantwortung ist aber dem Syndikus nicht aufzuerlegen, denn er kann die fachliche Verantwortung dafür nicht tragen. Er hat keinen Zugriff auf die Fachbereiche, hat keine Disziplinargewalt, um steuernd zu agieren. Der Syndikus ist primär Berater, weniger Entscheider. Er kann seine Bedenken positionieren. Dies allein reicht nicht aus, denn er wird definitiv auch Lösungen für seine geäußerten Bedenken vortragen müssen. Mit Blick auf die strukturelle Integration der Rechtsabteilung in das Unternehmen ist es daher essentiell, dass trotz der

Gleichberechtigung mit den Fachbereichen die Geschäftsführung auf die Bewertung der Risiken durch die Rechtsabteilung Wert legt. Dies bedeutet: die Geschäftsführung muss die Maxime festlegen, dass ein Vertrag von der Rechtsabteilung zu prüfen und freizugeben ist. Liegt keine Freigabe vor, darf ein Vertrag nicht unterschrieben werden. Damit gewinnt der Syndikus auch in der aufgezeigten strukturellen Integrationsform in einem Unternehmen eine Rolle, die ihn nicht dazu zwingt, alle Entscheidungen zu treffen, gleichwohl aber maßgeblichen Einfluss auf die geschäftlichen Entscheidungen in einem Unternehmen ausüben zu können. Dies setzt selbstverständlich voraus, dass der Syndikus in der Lage ist, ein erkanntes Problem nicht nur aufzuzeigen. Der Syndikus muss in der Gesamtbetrachtung Handlungsalternativen für den Erfolg des Unternehmens schnell und unternehmensadäquat aufzeigen, um so dem Unternehmen Gewinnchancen zu eröffnen, mögliche Kosten zu ersparen oder gar Schaden von ihm abzuwenden³²⁷. Mit der aufgezeigten strukturellen Integration in das Unternehmen

³²⁷ *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 407

als Stabsstelle innerhalb der Linienfunktionen ist diese Arbeitsweise gut umsetzbar. Dennoch wirft diese Art der strukturellen Integration noch ein weiteres Problem auf, das oben bereits angesprochen war. *Neumann* war dazu zitiert worden, der es als größte Herausforderung für Firmenjuristen ansieht, „in das betriebliche Geschehen eintauchen, ohne darin unterzugehen.“³²⁸ *Neumann* ist hier letztlich beizupflichten. Mag dies auch vielleicht nicht die größte Herausforderung sein, so ist dies doch ein erhebliches Problem. Es ist deswegen ein erhebliches Problem, weil es letztlich ein Resultat dessen ist, was die Geschäftsführung gewollt hat, als sie sich für die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung entschieden hat: es geht um den Nutzen aus der jederzeitigen „Präsenz und Ansprechbarkeit“³²⁹ der Syndici im Unternehmen. Die Rechtsabteilung gerät in Gefahr, mit allen erdenklichen Problemen des Alltages – und nicht nur des Alltagsgeschäftes – in einem Unternehmen konfrontiert zu

³²⁸ *Neumann, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in *AnwBl.* 1991, S. 631

³²⁹ *Neumann, J.*: „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in *AnwBl.* 1987, S. 407

werden. Dies bestätigt auch die neuste Untersuchung von *Henning*. Dort hat *Henning* herausgestellt, dass fast 90% der befragten Rechtsabteilungen erhebliche Probleme mit einer Vielzahl von ad-hoc-Anfragen haben. Immerhin noch über die Hälfte der Befragten bemängelt die an sie gerichteten unstrukturierten und ungefilterten Anfragen aus allen Unternehmensbereichen³³⁰. Ähnliches geht aus anderen Berichten hervor. Die Leiterin Recht der Wincor Nixdorf AG musste feststellen, dass bei der Gründung der Rechtsabteilung „die Nachfrage nach ihrem juristischen Know-How [...] die verfügbaren Ressourcen bei weitem [übertraf].“³³¹. Diese Klagen besitzen aber eine gewisse Ambivalenz; es war festgestellt worden, dass der Erfahrungswert *E* ein wesentlicher Bestandteil des Nutzens einer Rechtsabteilung ist. Mit dem Erfahrungswert wurde gemessen, wie sich die im Zeitlauf nach der Gründung der Rechtsabteilung gewonnene Erfahrung positiv auf den Wert einer Rechtsabteilung für das eigene Unternehmen auswirkt. Dem Erfahrungswert waren dabei zwei besondere

³³⁰ *Henning*, S. 58 f.

³³¹ *Jatzkowski, A.*: „Geht nicht gibt’s nicht“ in *Juve Rechtsmarkt* 03/2004, S. 48

Komponenten zugesprochen worden: zum einen diejenigen Aufgaben, die das Management bewusst der neu gegründeten Rechtsabteilung als weitere Aufgaben überträgt. Diese Aufgaben sind geplant und damit in der Regel auch handhabbar. Zum anderen diejenigen Aufgaben, die letztlich als Ausfluss des bloßen Vorhandenseins einer Rechtsabteilung an diese herangetragen werden. *Schwung*³³² nennt dies die Beschäftigung mit Aufgaben, die sich nicht ansatzweise planen ließen. Mit dem Volksmund kann gerade bei der zweiten Gruppe auch formuliert werden, dass es sich um *die Geister, die die Rechtsabteilung rief*, handelt. Was bedeutet dies konkret? Einige Beispiele aus der Realität³³³ können auch dies illustrieren: ein Mitarbeiter spricht ohne jede weitere Information den Syndikus per e-Mail mit einem einzigen Satz wie folgt an: *„Wir wollen jetzt einen Vertrag in Südafrika machen, worauf müssen wir achten?“* Diese Frage ist ein Beispiel dafür, wie schnell und unstrukturiert Fragen an eine Rechtsabteilung gerichtet werden können,

³³² *Schwung*, S.: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in AnwBl. 4/1996, S. 186

³³³ sämtliche Beispiele sind der Realität entnommen und aus dem Gedächtnis des Verfassers dieser Arbeit zitiert.

wenn der Syndikus einfach von jedem Mitarbeiter angesprochen werden kann. Der Syndikus hat zwar eventuell die Möglichkeit, die Frage unbeantwortet zu löschen, diese Lösung ist aber keine Lösung für das hinter der Frage stehende strukturelle Problem. Ebenso erreicht die Rechtsabteilungen die Frage von Mitarbeitern, ob denn nicht die Rechtsabteilung zentral alle *Geschäftszeichen* für den geschäftlichen Briefverkehr vergibt; ein Geschäftsbrief sei ja eine rechtlich wichtige Angelegenheit, also müsse die Vergabe der Geschäftszeichen doch die Rechtsabteilung erledigen. Auch dies ist offensichtlich eine ungefilterte Anfrage, die letztlich so nicht zur Bearbeitung an eine Rechtsabteilung herangetragen werden sollte. Einen identischen Stellenwert besitzen die Anfragen, ein umfangreiches Vertragswerk auch ohne konkreten Anlass, ohne weitere Informationen, ohne inhaltliche Abstimmung mit dem Fachbereich und damit letztlich wohl prophylaktisch einmal „*quer zu lesen*“. Wenn Syndici heute untereinander darüber berichten, von einer unkontrollierten Masse von Anfragen „*zugemüllt*“³³⁴ zu werden, so ist dies

³³⁴ so *Grunert, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“, Vortrag auf den Unternehmensjuristentagen 2006, 22.02.2006, Berlin

keine bösertige Formulierung. Es ist eine etwas überspitzte Darstellung der Realität, die sich besonders ausgeprägt in Form eines an einen Syndikus herangetragenen Wunsches eines Mitarbeiters äußert, nach dem dieser *„in die Mülltüte rede, und der Syndikus einen Vertrag daraus machen solle“*. Bei der aufgezeigten strukturellen Integration der Rechtsabteilung in das Unternehmen wird sich die Rechtsabteilung also durch das Ergreifen organisatorischer Maßnahmen dagegen wehren müssen, nicht für sämtliche anfallenden Fragen eines Unternehmens auf Zuruf Antworten parat zu haben. Sonst wird die Rechtsabteilung mit Klein- und Kleinstanfragen aus dem operativen Geschäft überflutet, eine effektive Arbeitsweise wird zuletzt unmöglich. Im Ergebnis bedeutet dies nach alledem für die Frage nach dem ‚Wie‘, also der aufbauorganisatorischen Frage der Eingliederung einer neu gegründeten Rechtsabteilung in einem mittelständischen Unternehmen: unabhängig von der durch die Unternehmensleitung gewählten Organisationsform für das Gesamtunternehmen sollte die Rechtsabteilung als Stabsstelle auf Höhe der Linienbereiche in das Unternehmen integriert sein. Der Vorteil ist dann der, dass die Rechtsabteilung problemlos

und ohne relevanten Zeitverlust in notwendige Entscheidungen einbezogen werden kann. Zugleich aber wird die Rechtsabteilung durch interne Maßnahmen dafür Sorge tragen müssen, nicht von jedem Mitarbeiter zu jeder Zeit zu jedem Thema ansprechbar zu sein und Antworten ad-hoc zu schulden. Dies kann durch das Definieren interner Prozesse vermieden werden. Eine mögliche Maßnahme ist auch, die Rechtsabteilung als eigenes Profit-Center zu definieren. Dabei wird die Rechtsabteilung ähnlich einer Kanzlei geführt: die einzelnen Aufträge von den internen Mandanten werden durch interne Verrechnungssätze abgerechnet, und zwar in Abhängigkeit von Art und Umfang der Inanspruchnahme. Dem Vorteil der Transparenz steht aber ein erhöhter interner Verwaltungsaufwand gegenüber. Beides ist sehr genau gegeneinander abzuwägen. Schneller und einfacher umsetzbar sind exakt definierte Prozesse, die festlegen, wie und durch wen die Inanspruchnahme der Rechtsabteilung erfolgen darf. Dies ist natürlich nicht auf abstrakter Ebene für sämtliche möglichen Anfragearten innerhalb eines Unternehmens definierbar. Im Fortgang der vorliegenden Arbeit, nämlich im vierten Kapitel, werden daher bezogen

auf das Vertragsmanagement mögliche Prozessbeispiele aufgezeigt werden. Zuvor soll aber der Blick noch auf das ‚Was‘, also die Frage nach den Arbeitsinhalten einer neu gegründeten Rechtsabteilung gerichtet werden.

3.4.4.2 Das ‚Was‘ – die inhaltliche Umsetzung

Im vorangegangenen Kapitel wurden Möglichkeiten für die strukturelle Eingliederung einer Rechtsabteilung in das bestehende mittelständische Gesamtunternehmen aufgezeigt. Wie aber bereits erklärt, ist nicht nur die Frage des ‚Wie‘ von Bedeutung, sondern auch die Frage des ‚Was‘. Gemeint ist die Frage nach den Arbeitsinhalten, mit denen sich eine neu gegründete Rechtsabteilung nach der Gründung zunächst primär beschäftigen sollte. Die Frage nach dem ‚Wie‘ kann von der Frage nach dem ‚Was‘ nicht losgelöst betrachtet werden, es bestehen gegenseitige Verknüpfungen. Beide Fragen müssen als eine Einheit verstanden werden. Denn ausschlaggebend für das ‚Was‘, also die Inhalte, ist das ‚Wie‘, nämlich die strukturelle Integration. Dazu die folgende kurze Erläuterung: die zuletzt beschriebene organisatorische Eingliederung als Stabsstelle innerhalb der Linienfunktionen macht dann Sinn, wenn den Syndici in der Rechtsabteilung auch Aufgaben zugewiesen

werden, die sie als Stabsstelle ausfüllen können. Anders formuliert: ist die eigene Rechtsabteilung anders als zuletzt dargestellt in das Gesamtunternehmen integriert, etwa als Stabsstelle nur des Vorstandes, oder als Stabsstelle nur des innerbetrieblichen Rechnungswesens, dann sind die Arbeitsinhalte andere. Das ‚Was‘ ist dann anders zu beantworten, als es nachfolgend geschieht. Hier soll daher als Ausgangspunkt die strukturelle Integration der Rechtsabteilung nach der Art und Weise vorausgesetzt sein, wie zuletzt beschrieben. Dies ist eine Stabsstelle innerhalb der Linienfunktionen des Unternehmens. Unter dieser Annahme kann nun untersucht werden, welche Arbeitsinhalte die neu gegründete Rechtsabteilung übernehmen sollte. Werfen wir für das Finden der Antwort einen Blick zurück auf vorangegangene Kapitel dieser Arbeit. Bereits das Kapitel 3.2 trug die Überschrift: *„Ein neues Verständnis – der Syndikus als Risikomanager“*. Der gewählte Titel und die darin enthaltene Begründung für das Verständnis des Syndikus’ als Risikomanager waren Konsequenz der für den Syndikus zuvor dargestellten Arbeitsweise, bei der es maßgeblich um das Managen von Risiken geht. Eine zentrale Aussage war auch, dass der

Syndikus sich nicht primär um einzelne Themen bemüht, sondern Themen erst durch ihre Verbindung mit einem möglichen Risiko so bedeutsam werden, dass der Syndikus sich ihrer annimmt. Allgemein war in die Risikogruppen

- *Allgemeine externen Risiken,*
- *Risiken aus der Wertschöpfungskette,*
- *Finanzielle Risiken, sowie*
- *Corporate Risiken*

unterschieden worden. Für die Frage nach den Arbeitsinhalten einer neu gegründeten Rechtsabteilung und der Tätigkeiten der Syndici bedeutet dies zunächst allgemein und ganz abstrakt, dass die gesetzlichen Bestimmungen und sonstigen Regeln, die das Tätigwerden des Unternehmens am Markt betreffen, in einer Art und Weise ermittelt und in die Organisation hineingetragen werden müssen, die es dem Unternehmen ermöglicht, diese Regeln und Bestimmungen zu berücksichtigen. Bei Bedarf, insbesondere im Krisenfall, muss die Rechtsabteilung ein schnelles und zugleich juristisch fundiertes Agieren und Reagieren des Unternehmens gewährleisten. Natürlich ist dies bis hierher ein ganz theoretischer Ansatz, der einer Konkretisierung zugeführt werden muss. Dies wird

nachfolgend geschehen, und zwar mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit, nämlich die mittelständische IT-Branche. Wie nähert man sich dieser Frage an? Ausgangspunkt ist immer die erstmalige Entscheidung des Managements, eine Rechtsabteilung zu gründen. Denn wie oben dargestellt, kann dies keine einfache ‚Bauchentscheidung‘ sein. Vielmehr ist es eine Entscheidung, die nachvollziehbar, etwa unter Nutzung von Methoden aus der Betriebswirtschaftslehre, getroffen werden kann. Dabei legt das Management initial fest, welche Themen anfänglich von der neu zu gründenden Rechtsabteilung überhaupt intern bearbeitet werden sollen. Diese Entscheidung des Managements ist zunächst auch in ihrer Bedeutung bindend. In dem bereits oben benannten Beispiel hatte das Management fünf Themen identifiziert und in einer Matrix abgetragen.

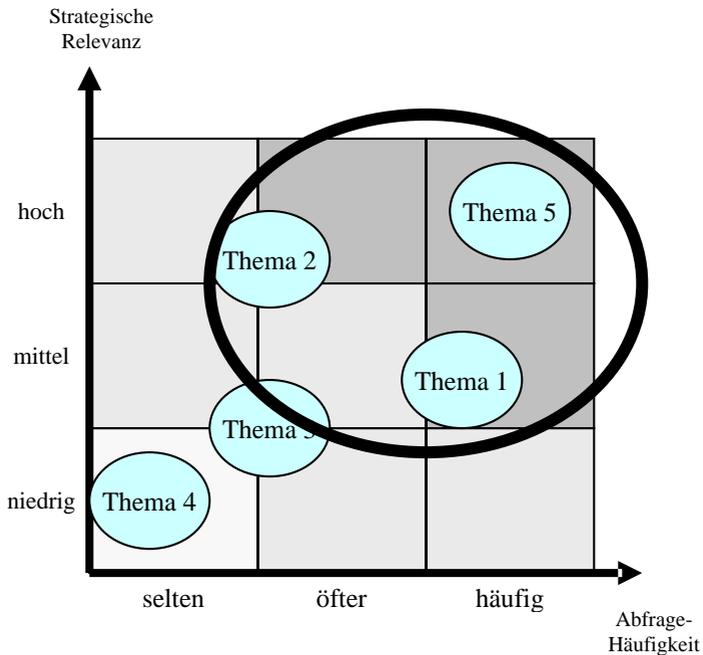


Abb. 14: grundsätzliche Themenauswahl der Rechtsabteilung

Nachvollziehbar ist, dass die in der Matrix weiter rechts oben angesiedelten Themen von der Relevanz her für das Unternehmen wichtiger sind, als diejenigen, die weiter unten links stehen. Durch Nutzung der Matrix waren die Themen 1, 2, 5 und eventuell 3 für die Betreuung durch die Rechtsabteilung bestimmt worden. Die Rechtsabteilung wird also zuerst eine Konzentration auf die in der Grafik eingekreisten Themen vornehmen. Hier ist als Randbemerkung festzuhalten: die derart vom Management

zur Betreuung übertragenen Themen entbinden die Rechtsabteilung nicht davon, sensibel auf potentielle andere Risiken im Unternehmen zu reagieren und das Management entsprechend zu informieren. Dennoch muss die Rechtsabteilung sich an der anfänglichen Entscheidung des Managements orientieren und die ihr zugedachten Themen primär bearbeiten. Erst darauf aufbauend ist eine Flexibilität notwendig und wohl auch vom Management gewünscht. Doch zurück zur Abstimmung der Arbeitsinhalte einer Rechtsabteilung: im nächsten Schritt ist es unter Risikoerwägungen die wichtigste Aufgabe der Rechtsabteilung, die vom Management entschiedenen Themen in ihrer rechtlichen und risikoorientierten Bedeutung zu ordnen. Genau an dieser Stelle geht es um das Identifizieren und Bewerten von Risiken. Das Identifizieren und Bewerten von Risiken ist wesentlicher Bestandteil einer Risikoanalyse³³⁵. Ziel einer solchen Risikoanalyse ist die qualitative Beurteilung und die quantitative Messung von den das Unternehmen gefährdenden Risiken. Die gefundenen Risiken lassen sich anhand von Hilfsmitteln

³³⁵ *Nücke, H., Feinendegen, S.:* Integriertes Risikomanagement, Berlin 1998, S. 20

aufbereiten und auswerten, etwa solchen, die als Methoden des Risikomanagements anerkannt sind. Anerkannt ist die Darstellung eines Risikoportfolios in Form einer Matrix, in der als Maßstab das Produkt aus der geschätzten Schadenshöhe und der Eintrittswahrscheinlichkeit dienen³³⁶. Die nachfolgende Grafik möge zum Verständnis des Vorgesagten dienen: die vom Management für die Rechtsabteilung vorgegebenen strategisch wichtigen Themen, die auch eine hinreichend hohe Abrufhäufigkeit besitzen, müssen nun durch die Rechtsabteilung auf Risiken identifiziert und bewertet werden. Ausgangspunkt sind also die vom Management identifizierten und der Rechtsabteilung zur Betreuung übertragenen Themen. Diese waren unter Nutzung einer Entscheidungsmatrix vom Management bestimmt worden. Aus dieser Matrix können nun Themen in eine Risikomatrix abgetragen werden. Die nachfolgende Grafik verdeutlicht, wie die Themen auf einer der Entscheidungsmatrix nachgelagerten Risikomatrix abgetragen werden. Das Abtragen auf der Risikomatrix geschieht hinsichtlich der möglichen

³³⁶ Nücke, H., Feinendegen, S., ebenda, S. 22

Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe einzelner Themen und also Risiken.

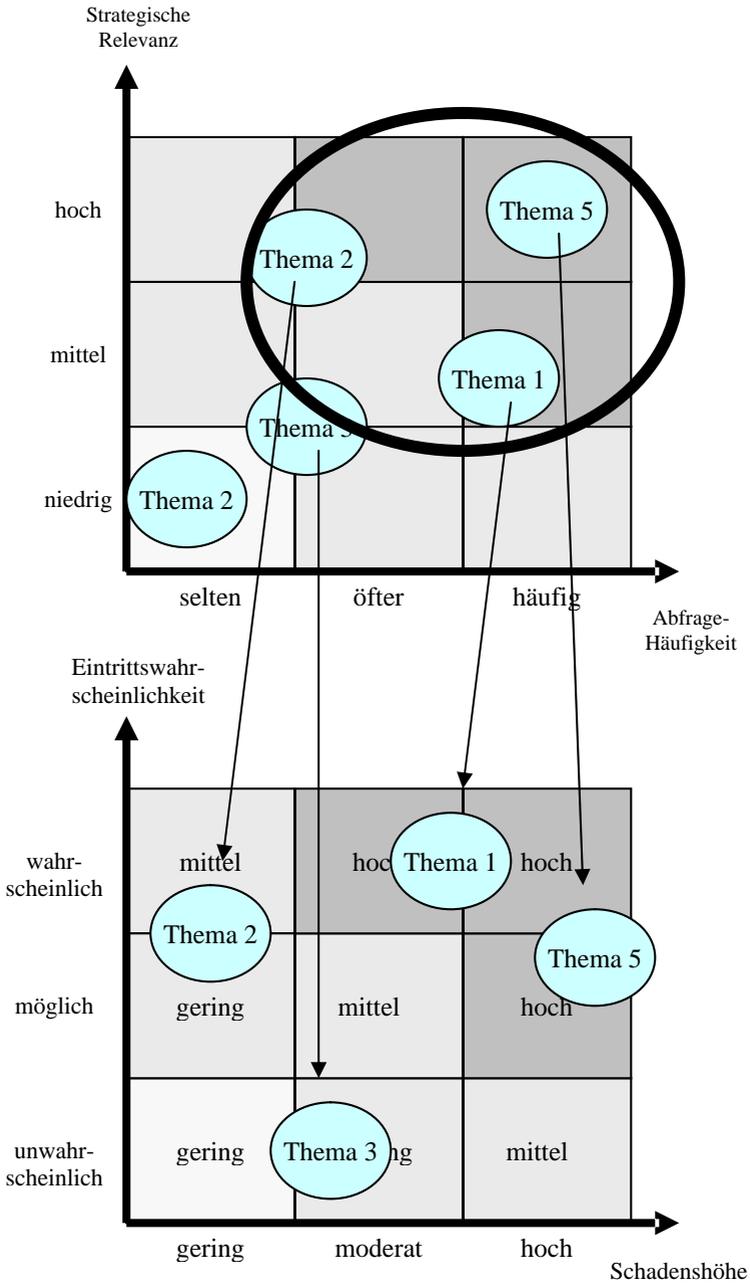


Abbildung 15: Verknüpfung von Themen- und Risikomatrix³³⁷

Die Risikoanalyse bis zu diesem Punkt sagt indes noch nichts über den Umgang mit den derart identifizierten und bewerteten Risiken³³⁸ aus. Hier ist daher ein zweiter Schritt notwendig, der nun von der Rechtsabteilung zu machen ist. Bei denjenigen Risiken, bei denen sich mittels der gewählten Analyseart, hier der Darstellung als Risikomatrix, ein signifikantes Risiko für das Unternehmen erkennen lässt, ist zunächst ein Handlungsbedarf für die Rechtsabteilung erkennbar. Dies ist der Fall bei Themen, die nach der Risikoanalyse weiter oben rechts angesiedelt sind. Es ist also zu prüfen, ob durch eine entsprechende Aufgabenstellung an die Rechtsabteilung und unter Nutzung der der Rechtsabteilung zur Verfügung stehenden Ressourcen eine Veränderung in der Risikosituation herbeigeführt werden kann.

³³⁷ nach Nücke, H., Feinendegen, S., ebenda, S. 23

³³⁸ Nücke, H., Feinendegen, S., ebenda, S. 21

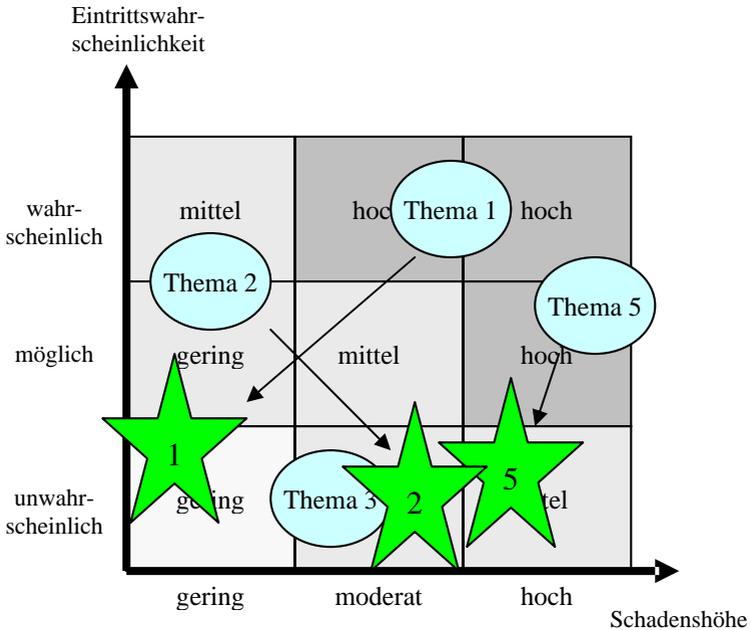


Abbildung 16: Risikoportfolio bewertet³³⁹

Es müssen mögliche Steuerungsmaßnahmen festgestellt und hinsichtlich ihrer Wirksamkeit beurteilt werden. Diese geschätzte veränderte Situation *nach der Betreuung* eines Risikos durch die Rechtsabteilung ist erneut in der das Risikoportfolio darstellenden Risikomatrix abzubilden. In der Grafik ist erkennbar, dass beispielsweise das Thema 1, das sich in der Risikomatrix wegen seiner hohen

³³⁹ nach Nücke, H., Feinendegen, S., ebenda, S. 23

Eintrittswahrscheinlichkeit und der ebenso hohen Schadenshöhe als bedeutsames Risiko darstellt, durch Maßnahmen der Rechtsabteilung ganz erheblich als Risiko reduziert werden kann: sowohl hinsichtlich der möglichen Schadenshöhe, als auch hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit. Durch die Maßnahmen ist das Thema 1 nunmehr nur noch als ein geringes Risiko bewertet und steht entsprechend unten links in der Matrix. Die definierten Maßnahmen sollten also unbedingt ergriffen werden. Gleiches gilt für Thema 5, bei dem bei in etwa gleich bleibender Schadenshöhe jedenfalls aber eine Risikominderung erreicht werden kann, da die Eintrittswahrscheinlichkeit gesenkt wurde. Problematisch ist das Thema 2: dort findet letztlich nur ein Platztausch von mittlerem Risiko zu erneut mittlerem Risiko statt. Eine wirkliche Verbesserung der Risikosituation stellt dies nicht dar. Die Maßnahmen müssen detailliert mit dem Management abgestimmt werden, da allein vom Management festgelegt werden kann, ob eine geringere Eintrittswahrscheinlichkeit bei dafür aber zugleich höherem möglichem Schadensvolumen akzeptabel und gewünscht ist. Im Ergebnis kann anhand einer solchen Darstellung

abgeleitet werden, an welchen Stellen überhaupt durch das Tätigwerden der Rechtsabteilung eine Verbesserung der Gesamtrisikolage des Unternehmens herbeigeführt werden kann. Themen, bei denen eine Verbesserung der Risikosituation erreicht werden kann, sind mit hoher Priorität zu bearbeiten. Dies ist umso sinnvoller, als dies mit einer einmaligen Aktivität geschehen kann, etwa das Setzen von Standards, damit vergleichbare Fälle in Zukunft auch ohne weitere Unterstützung durch die Rechtsabteilung gelöst werden können. Denn mit der Bearbeitung tritt nicht eine deutliche Verbesserung der Gesamtrisikosituation des Unternehmens ein; zur gleichen Zeit werden auch Ressourcen frei, um andere Themen zu betreuen, insbesondere solche, bei denen auch trotz eventueller Maßnahme von ihrer Risikoausprägung keine nachhaltige Verbesserung erreicht werden kann und die deswegen permanent betreut werden müssen. Über diesen Weg lassen sich sinnvoll Inhalte und Aufgaben der neu gegründeten Rechtsabteilung definieren. Bei den Arbeitsinhalten sollte grundsätzlich eine Differenzierung nach zwei Sichtweisen vorgenommen werden. Einmal ist der Syndikus als Berater für den Vorstand oder die Geschäftsführung in strategischer

Hinsicht gefragt. Zum anderen wird der Syndikus aber auch als Berater der operativen Geschäftseinheiten gefragt sein. Dies ist genau der Vorteil, der im vorherigen Kapitel erläuterten strukturellen Integration der Rechtsabteilung als Stabsstelle innerhalb des Liniensystems. In der Rolle als Berater für die operativen Einheiten liegt der Schwerpunkt der Arbeit einer Rechtsabteilung in der Begleitung von Prozessen aus der Wertschöpfung. Dennoch sind beide Bereiche für die Definition der Arbeitsinhalte des Syndikus' von hoher Bedeutung und dürfen sich nicht gegenseitig ausschließen. Blicken wir aber zunächst auf die Fragestellungen und Risiken im Zusammenhang mit der Wertschöpfung. Die Wertschöpfungskette ist in die internen, aus den *Unterstützungsprozessen* resultierenden, und die aus den Kernprozessen resultierenden Fragestellungen und Risiken zu unterteilen³⁴⁰. *Unterstützungsprozesse* sind solche aus dem Bereich des Personalwesens, aus dem Finanz- und Rechnungswesen oder dem Bereich IV/Orga. Dem stehen die *Kernprozesse* des Unternehmens gegenüber. Die Kernprozesse sind alle diejenigen Prozesse innerhalb eines Unternehmens, die den Prozess der Wertschöpfung an

³⁴⁰ Porter, M. E.: Wettbewerb und Strategie, München 1999, S. 330

den eigenen Produkten und Leistungen ausgehend vom Lieferanten bis hin zum Kunden ausmachen³⁴¹. Für das *Personalwesen* als Teilbereich der Unterstützungsprozesse können Fragen an die Rechtsabteilung aus den Themenbereichen des kollektiven und des individuellen Arbeitsrechts stammen, so beispielsweise Rückfragen zu Arbeitsverträgen, zu Arbeitszeugnissen, zu Kündigungen und Aufhebungsverträgen. Auch vom Personalwesen werden der Rechtsabteilung Anfragen mit internationalem Bezug gestellt, etwa zur Entsendungen von Mitarbeitern ins Ausland. Selbst wenn das Arbeitsrecht als Thema für den Bereich von Arbeitsgerichtsprozessen im Rahmen der erläuterten Managemententscheidung vollständig externen Berater übergeben wurde, wird sich eine Rechtsabteilung dennoch mit allgemeinen unterstützenden Informationen präsent zeigen müssen. Problematisch hierbei ist, dass das Arbeitsrecht in Ermangelung eines schlüssigen und einheitlichen Arbeitsrechtes maßgeblich durch richterliche Rechtsfortbildung geprägt wird. Das *Rechnungswesen* fordert beispielsweise bei der Unterstützung im Debitorenmanagement rechtliche Unterstützung an. Hier

³⁴¹ Porter, M. E.: Wettbewerb und Strategie, München 1999, S. 330

geht es um das juristisch einwandfreie Beitreiben offener Posten durch Mahnwesen und Inkasso. Typisch für die hier fokussierte IT-Branche ist weniger die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit von Vertragspartnern, die ihre Rechnungen nicht begleichen. Regelmäßig ist es aufgrund der Komplexität der Leistungserbringung eher so, dass inhaltliche Rückfragen zu nicht bezahlten Rechnungen bestehen. Ein einfaches Inkassoverfahren bereitet dann kaum Sinn, die Rechtsabteilung wird mit ihren Syndici an dieser Stelle viel mehr eine Abstimmung mit den verantwortlichen Mitarbeitern aus den nicht bezahlten Teilprojekten herbei führen müssen, um dann die Begründetheit einer Nichtzahlung auf Kundenseite herausfinden zu können. Dies erfordert neben hohem zeitlichem Einsatz auch vertiefte Kenntnisse der teilweise sehr technischen Fragestellungen aus komplexen IT-Projekten. Wie kann die Festlegung des ‚Was‘, also der Arbeitsinhalte, unter dem Blickwinkel des rechtlichen Risikomanagements für die mittelständische IT-Branche an einigen konkreteren Beispielen aussehen? Schauen wir zurück auf die Ausführungen zu den typischen rechtlichen Problemfeldern der IT-Branche wie sie in Kapitel 3.1 vorgestellt wurden.

Ausgehend von der Frage nach der Sacheigenschaft von Software stellte sich unter anderem die Frage nach der vertragstypologischen Einordnung der Erstellung von Individualsoftware. Dabei wurde eng am Wortlaut des § 651 BGB n.F. argumentiert, und im Ergebnis erfolgte hier eine vertragstypologische Zuordnung zum Kaufrecht. Doch schon für diese grundsätzliche Entscheidung sollte der Blick des Syndikus' nicht nur am Gesetz ausgerichtet sein. Vielmehr wird es notwendig sein, auch die damit verbundenen Risiken für das operative Geschäft im Auge zu behalten. Die Entscheidung ist also auch unter Risikogesichtspunkten zu bewerten. Was ist dabei zu berücksichtigen? Das Kaufrecht kennt anders als das Werkvertragsrecht keine Abnahme im Sinne des § 640 BGB. Mit der Abgabe der Abnahmeerklärung treten im Werkvertragsrecht wesentliche Rechtsfolgen ein: so ist nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB die Vergütung mit der Abnahme zu entrichten. Weiterhin tritt der Gefahrübergang ein. Wesentlich ist der mit diesem Zeitpunkt beginnende Lauf der Verjährungsfristen für die Haftung bei Sach- und Rechtsmängeln. Im Kaufrecht andererseits tritt an diese Stelle die Übergabe. Allerdings wird allein eine Übergabe

der individuell erstellten Software dem Auftraggeber nicht reichen, er erwartet umfassende Tests. Mehr noch: auch die eigenen Softwareentwickler werden dazu tendieren, die Software unter Gesichtspunkten der vereinbarten Beschaffenheit geprüft haben zu wollen. Tatsache ist, dass ein gewisses von beiden Vertragspartnern unterzeichnetes „Abnahmeprotokoll“ von den Entwicklern einer Software gerne gesehen wird, allein um zu belegen, dass die Arbeit zur Zufriedenheit des Auftraggebers beendet ist. Der Syndikus soll dazu eine Lösung anbieten. Allein ein Verweis auf die kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB³⁴² wird nicht genügen, denn die Softwareentwickler werden mit dieser Regelung im Zweifel nicht viel anfangen können: weder kennen sie den Inhalt der Vorschrift, noch ist dort ein Verfahren bestimmt, noch gibt es am Ende das gewünschte unterschriebene Protokoll. Es bleibt die Möglichkeit, um § 377 HGB herum eine Beschaffenheitsprüfung zu definieren. Eine solche Klausel könnte lauten: *„Sofern die Vertragspartner einzelne*

³⁴² § 377 HGB ist auf Software anwendbar: BGH, Urt. v. 22.12.1999, Az.: VIII ZR 299/98, dort allerdings noch für den Kauf von Standardsoftware.

Leistungen auf ihre Funktionsfähigkeit überprüfen möchten, hat der Auftraggeber die vom Anbieter übergebenen Leistungsgegenstände unverzüglich – in der Regel innerhalb von 14 Kalendertagen – auf Mangelfreiheit, insbesondere vereinbarungsgemäße Beschaffenheit zu untersuchen (Beschaffensprüfung). Der Auftraggeber wird dazu praxisgerecht geeignete Testfälle und -daten einsetzen. Der Anbieter kann sich mit dem Auftraggeber hinsichtlich der Testverfahren abstimmen und die Beschaffensprüfung auch vor Ort begleiten und unterstützen. Der Auftraggeber wird während oder nach der Beschaffensprüfung etwa auftretende Mängel unverzüglich, spätestens sieben Kalendertage ab Kenntnis, ordnungsgemäß mitteilen. Ergänzend gilt die kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht gemäß § 377 HGB.“ Durch eine solche Vereinbarung im Vertrag bietet sich die Möglichkeit, ohne relevantes Risiko ein in einem Abnahmeverfahren angeglichenes Vorgehen zu entwickeln, ohne aber die Verantwortlichkeiten innerhalb der Vertragsbeziehung zu Lasten des Softwareanbieters zu verlagern. Ein weiteres Beispiel aus dem Bereich der Softwareerstellung und des Softwareverkaufs: mit der Reform des Schuldrechts erfolgte

im Kauf- und Werkvertragsrecht eine Gleichstellung der Sach- mit den Rechtsmängeln. Dies folgt für das Kaufrecht aus § 435 BGB n.F. und für das Werkvertragsrecht aus § 633 Abs. 3 BGB n.F.. Ansprüche aus Rechtsmängeln unterliegen damit der Verjährung, wie sie für die Haftung bei Rechtsmängeln gilt. Die vor der Schuldrechtsmodernisierung verwendete Klausel, nach der der Anbieter einer Software deren Erwerber über einen Zeitraum von dreißig Jahren von allen wegen Rechten Dritter geltend gemachter Ansprüche freizustellen hat, ist damit erkennbar deutlich zugunsten der Anbieter der Software verbessert. Hierauf ist bei der Vertragsgestaltung durch den Syndikus unbedingt zu achten. Denn die Eintrittswahrscheinlichkeit und die mögliche Schadenshöhe lassen sich im Rahmen der Vertragsgestaltung maßgeblich beeinflussen. Ausgangspunkt der Überlegung eines Syndikus' sollte dabei die Rechtsprechung des BGH sein. Der BGH³⁴³ hat jüngst entschieden, dass eine vom Erwerber der Software formularmäßig verwendete Klausel, mit der wegen der Rechtsmängelhaftung der Zustand vor der Schuldrechtsmodernisierung geschaffen werden sollte, nicht

³⁴³ BGH, Urt. vom 05.10.2005, Az.: VIII ZR 16/05

wirksam ist. Der BGH bezieht seine Aussage dabei sowohl auf die Frage nach der Verschuldensunabhängigkeit der im entschiedenen Fall vom Erwerber formularmäßig verwendeten Garantiehaftung, als auch auf die Verlängerung der Verjährungsfrist für Rechtsmängel. Beides stelle eine unangemessene Benachteiligung des Anbieters dar. Auch das Argument, nach dem der Nachfrager nur den vor der Schuldrechtsreform langjährig geltenden Zustand habe erhalten wollen, ließen die Richter nicht gelten. Es sei gerade Intention des Gesetzgebers gewesen, eine Gleichstellung von Sach- und Rechtsmängeln zu erreichen. Die fragliche Klausel weiche vom gesetzlichen Leitbild signifikant ab und hielte damit einer Überprüfung nicht stand³⁴⁴. Ausgehend von dieser Rechtsprechung für Allgemeine Geschäftsbedingungen wird der Syndikus darauf achten, auch in Individualverträgen die Garantiehaftung für Rechtsmängel zugunsten der Rechtsmängelhaftung auszuschließen. Unter Rückgriff auf die bekannte Risikomatrix lässt sich der Vorteil gut visualisieren:

³⁴⁴ Rinkler, A.: „AGB-Regelungen zum Rückgriff des Unternehmens und zu Rechtsmängeln auf dem Prüfstand“ in ITRB 2006 S. 70 f.

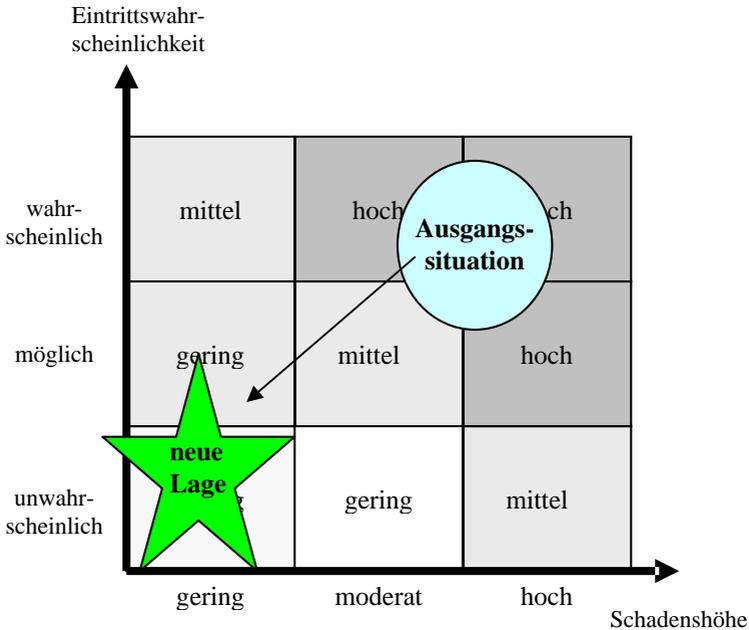


Abbildung 17: Risikobetreuung bei der Rechtsmängelhaftung³⁴⁵

In der Ausgangssituation handelte es sich um eine Risikosituation, die auf Grundlage einer Garantiehafung in der Matrix rechts oben abzutragen war: bei langjähriger Laufzeit der Garantie sollte durch den Anbieter der Software verschuldensunabhängig für die Freiheit von Rechten Dritter gehaftet werden. Der BGH ist nach neuer Rechtsprechung³⁴⁶

³⁴⁵ nach Nücke, H., Feinendegen, S., S. 23

³⁴⁶ BGH, Urt. v. 3.3.2005, Az.: I ZR 111/02

der Ansicht, bei komplexen Computerprogrammen spreche eine tatsächliche Vermutung für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit; an Software bestehen damit regelmäßig Rechte Dritter, die wiederum einen Rechtsmangel darstellen können³⁴⁷. Die Schadenshöhe kann dabei beachtliche Ausmaße annehmen. Eine langjährige Garantiehafung führt daher zu der vorgenommenen Positionierung in der Risikomatrix oben rechts. Durch die vertragliche Vereinbarung des gesetzlichen Leitbildes als Maßnahme des Syndikus' als Risikomanager hingegen verschiebt sich die Position deutlich nach unten links. Grund ist, dass wegen der kürzeren Verjährungsfristen die Wahrscheinlichkeit für einen Schadenseintritt sinkt. Durch die Gestaltung von Haftungsklauseln kann zudem die Haftung im Rahmen des gesetzlich Zulässigen begrenzt werden. Vergleichbare Vorgehensweisen zur Risikoverbesserung sind vielfältig vorstellbar. Für viele Themen ist der Syndikus im Sinne eines präventiven Risikomanagements dazu berufen, wegen regelmäßig auftretender und oftmals grundsätzlich identischer Fragestellungen Standardantworten vorhalten zu

³⁴⁷ Rinkler, A.: „AGB-Regelungen zum Rückgriff des Unternehmens und zu Rechtsmängeln auf dem Prüfstand“ in ITRB 2006 S. 70 f.

können. Sehr hohe Priorität für eine neu gegründete Rechtsabteilung hat daher die Systematisierung und Regulierung des firmeninternen Vertragsmanagements³⁴⁸. Im vierten Kapitel der vorliegenden Arbeit wird für das operative Vertragsmanagement hierauf eingegangen. Hintergrund für diese Aufgabenstellung ist eine ansonsten bestehende Engpassgefahr: wenn regelmäßig auftretende Fragen aus den operativen Geschäftseinheiten durch die Rechtsabteilung nicht in einem effizienten und dem Risiko angemessenen standardisierten Referenzprozess abgearbeitet werden können, verändert sich der Nutzen der Rechtsabteilung in eine Risikoposition. Denn sobald anfallende Fragen nicht mehr zeitnah bearbeitet werden, werden auch eventuelle aus den anfallenden Fragen resultierende Risiken nicht mehr risikogerecht beantwortet werden können. Im Umkehrschluss ist es daher auch Aufgabe des Syndikus', sich durch eine geeignete organisatorische Aufgabengestaltung die Möglichkeit zu schaffen, rechtzeitig und vor allem unkompliziert von den mit den jeweiligen Aufgaben betreuten Managern in das

³⁴⁸ Jatzkowski, A.: „Geht nicht gibt's nicht“ in Juve Rechtsmarkt 03/2004, S. 48

jeweilige Geschehen involviert zu werden, soweit eine standardisierte Antwort für den Einzelfall nicht ausreichend ist. Nachfolgend soll aber auch noch ein Beispiel für jenen Fall gegeben werden, bei dem der Syndikus mit seinen Maßnahmen nicht zu einer Verbesserung der Risikolage des Unternehmens kommt. In Abbildung 16 war dies das zweite Thema. Hier konnte der Syndikus zwar Maßnahmen einleiten, die zu einer Veränderung der Positionierung eines Themas innerhalb der Risikomatrix führten. Diese Veränderung ist aber nur eine Positionsveränderung, keine Veränderung des Risikos eines Themas. Nehmen wir an, das Rechnungswesen wolle einen Cash-Pooling-Vertrag abschließen wollen. Cash-Pooling-Verträge werden innerhalb von Konzerngesellschaften geschlossen. Das Primärziel beim Cash-Pooling ist eine optimale Verwendung überschüssiger Liquidität aller Gesellschaften eines Konzerns, um damit Zinsvorteile zu erwirtschaften, und zwar sowohl auf der Anlageseite wie auch auf der Aufnahmeseite³⁴⁹. Hier muss der Syndikus jedoch darauf hinweisen, dass der BGH mit Urteil vom 24.11.2003³⁵⁰ für

³⁴⁹ *Wöhe*, S. 1090 ff.

³⁵⁰ BGH, Urt. v. 24.11.2003, II ZR 171/01; ZIP 2004, S. 236 ff.

die GmbH entschieden hat, dass Darlehen einer GmbH an die Gesellschafter grundsätzlich als verbotene Auszahlung des Stammkapitals gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG zu werten sind, soweit die Darlehensauszahlungen nicht durch Rücklagen oder Gewinnvorträge gedeckt sind, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens erfolgen. Basierend auf dieser Rechtsprechung des BGH³⁵¹ müssen die Syndici bei der betriebswirtschaftlich sehr gewünschten Vorgehensweise auf die strengen Anforderungen an die Zulässigkeit von Krediten innerhalb eines Konzerns verweisen. Anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen, so in Österreich, wo es das Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) gibt, gibt es durch den bundesdeutschen Gesetzgeber keine klaren Leitlinien dafür, wie Cash-Pooling innerhalb eines Konzerns betrieben werden kann. Der zu dem Thema befragte Syndikus muss betriebswirtschaftlich gewollte Konzepte so umsetzen, dass dies in einem rechtlich einwandfreien Rahmen erfolgt. Dies ist bei dem aufgezeigten Thema beispielsweise schwierig, weil es keine nachhaltigen Richtlinien für das Handeln gibt. Eine Veränderung der Risikosituation ist kaum denkbar.

³⁵¹ vergleichbar auch BGH, Urt. v. 17.09.2001, Az.: II ZR 178/99

Selbst der Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer kommt bei seinen Handlungsempfehlungen über das Stadium eines „*Bemühens um Praktikabilität*“³⁵² nicht hinaus. Der Syndikus wird daher der Geschäftsführung bei derartigen Themen nur unterschiedliche Vorgehensweisen vorschlagen können, die letztlich alle rechtlich vertretbar sind; zugleich wird er aber keine Verbesserung der Risikolage herbeiführen können. Die Entscheidung, welcher Weg zu wählen ist, obliegt dann zuletzt der Geschäftsführung. Mit Blick zur Geschäftsführung: es bleibt wegen der Frage nach dem ‚Was‘ ein Blick auf diejenigen Fragestellungen, bei denen der Syndikus nicht mehr als Berater der operativen Geschäftseinheiten angesprochen wird, sondern als Berater des Vorstandes oder der Geschäftsführung bei strategischen Fragen. Strategische Fragestellungen, die auf Unternehmensleitungsebene den Syndikus als Berater notwendig machen, sind regelmäßig solche, die eine hohe

³⁵² Kraus S./Rodewald, J. (Hrsg.), Halberkamp, T. (Verf.): „Unsicherheitsfaktor Cash-Pooling – Stellungnahme des HFA zu den Auswirkungen des BGH-Urteils zur Darlehensgewährung an Gesellschafter“ in Luther Newsletter, 1.Quartal 2006, S. 11

Bedeutung für die langfristige Unternehmensplanung haben und der Sicherung bestehender Erfolgspotentiale dienen, neue Erfolgspotentiale erschließen sollen oder erkannte oder potentielle Risikopotentiale verringern sollen³⁵³. Es liegt im Verantwortungsbereich der Unternehmensführung, Antworten auf strategische Fragestellungen auch unter dem Gesichtspunkt der rechtlichen Rahmenbedingungen prüfen zu lassen. Diese prospektive Sichtweise ist, wie bereits oben erläutert, nicht neu, sondern Ausfluss des Regelungsgehalts der §§ 289 Abs. 1 und 315 Abs. 1 HGB. Das Management muss die Risiken der zukünftigen Entwicklung des Unternehmens berücksichtigen, wobei Berücksichtigen nicht nur darstellen bedeutet, sondern auch immer ein entsprechendes Handeln³⁵⁴ vom Management verlangt. Dieses Handeln wird regelmäßig die Prüfung unter rechtlichen Rahmenbedingungen durch den Syndikus bedeuten, der das Unternehmen und die Branche kennt und also auch die an ihn gerichteten Fragen professionell beantworten kann. Unter Verweis auf Kapitel 3.1.6.2, das sich mit den Auswirkungen des UMAG auf ein

³⁵³ *Wöhe*, S. 133

³⁵⁴ *Merkt* in Baumbach/ Hopt, § 289 Rn. 1, § 315 Rn. 1

mittelständisches Unternehmen der IT-Branche beschäftigt hatte, kann hier ein Beispiel für die Anwendbarkeit der Risikomatrix bei Fragen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechtes gegeben werden. Hier ist die Verbindung von dem ‚Was‘ und dem ‚Wie‘, als der Frage nach struktureller Integration und Arbeitsinhalten besonders signifikant. Corporate Compliance als Arbeitsinhalt erfordert immer die Definition und Umsetzung struktureller Vorkehrungen zur Vermeidung von Haftungsrisiken bei Vorstand und Geschäftsführung³⁵⁵. Zur Sicherstellung der unternehmensinternen Compliance sind die Unternehmensstruktur und die internen Abläufe zu definieren und zu dokumentieren³⁵⁶. Aufgrund der hohen rechtlichen Bedeutung dieser Aufgaben ist daher nicht selten der Leiter Recht eines mittelständischen Unternehmens auch zugleich dessen Compliance Officer³⁵⁷. Ob nur als Syndikus, oder ob als Syndikus und Compliance Officer in Personalunion: der Syndikus wird bei der

³⁵⁵ Kraus S./Rodewald, J. (Hrsg.), Rodewald, J. (Verf.): „Corporate Compliance“ in Luther Newsletter, 1.Quartal 2006, S. 3

³⁵⁶ Kraus S./Rodewald, J. (Hrsg.), Rodewald, J. (Verf.), ebenda, S. 5

³⁵⁷ so beispielsweise bei der IDS SCHEER AG

Definition von strukturellen Maßnahmen maßgebliche Unterstützungsarbeit leisten müssen. Denkbar ist die Umsetzung eines Verfahrens zum Compliance Check durch Datenerhebung mittels Fragebögen. Die Fragebögen spiegeln die gesamten Compliance Anforderungen an das Unternehmen wider und führen im Ergebnis zu einer Maßnahme, die umzusetzen ist. Auch diese Maßnahme führt in der Regel zu der bereits mehrfach gezeigten Verbesserung der Risikosituation innerhalb des Unternehmens.

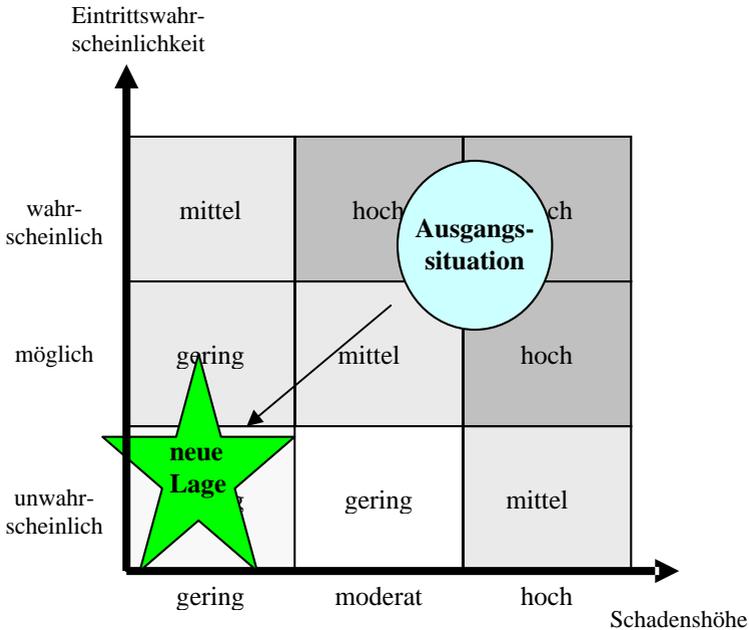


Abbildung 18: Risikobetreuung bei Compliance-Fragen³⁵⁸

Im Ergebnis ist für das ‚Was‘, also die Arbeitsinhalte festzustellen: der Syndikus muss sich zunächst derjenigen Themen annehmen, die Gegenstand der Überlegung zur Gründung der Rechtsabteilung waren. Unmittelbar danach muss er aber beginnen, sensibel weitere potentielle Themen zu identifizieren und inhaltlich zu managen. Diese ergänzende Themenauswahl ist an den damit verbundenen

³⁵⁸ nach Nücke, H., Feinendegen, S., ebenda, S. 23

Risiken auszurichten. Zum Managen: im Anschluss an die Identifizierung müssen Themen nach Sachgebieten und vor allem Prioritäten geordnet werden. Prioritäten folgen aus den mit den Themen verbundenen Risiken. Für deren möglichst exakte Bestimmung bietet sich als Hilfsmittel die Darstellung auf einer Risikomatrix an. Risiken, bei denen sich eine hohe Eintrittswahrscheinlichkeit mit einer hohen möglichen Schadenssumme kumuliert, sind mit höchster Priorität zu managen. Managen der Risiken bedeutet dann auch: zuletzt wird der Syndikus abhängig vom festgestellten Risiko eines Themas Maßnahmen ergreifen und umsetzen müssen, um die sich mit den Themen ergebenden Risiken steuern zu können, und zwar so, dass für das Gesamtunternehmen als Ergebnis eine Verbesserung der Risikosituation erreicht wird.

3.5 Zusammenfassung

Die vorangegangenen Ausführungen im dritten Kapitel dieser Arbeit haben zunächst exemplarisch ausgewählte rechtliche Problemfelder der IT-Branche dargestellt. Herausgestellt wurde, dass bereits relativ einfache Sachverhalt eine umfassende und oftmals auch unklare Rechtslage zur Folge haben können. Ein signifikantes

Beispiel hierfür war die Frage nach der Sacheigenschaft von Software. Diese Basisfrage der IT-Branche führte dann hinüber zu weiteren Fragen, die sich als deren unmittelbare Konsequenz ergaben. Dies bezog sich auf die Frage nach der vertragstypologischen Einordnung der Erstellung von Individualsoftware. Neben reinen, ausgemachten Fragen aus dem IT-Recht, etwa der Thematik um die Verwendung freier Software, wurde verdeutlicht, dass Themen wie Insolvenzrecht und auch kapitalmarktrechtliche Fragen eine hohe Bedeutung in der IT-Branche besitzen. Herausgestellt wurde auch, wie der Syndikus in der IT-Branche keine Antworten auf die ihm gestellten Fragen aus Gesetz, Rechtsprechung oder Literatur zur Hilfe nehmen kann. Trotz dieser beispielhaft benannten komplexen Themen wurde im Anschluss erläutert, warum ein mittelständisches Unternehmen in der IT-Branche nicht um jeden Preis eine eigene, interne Rechtsabteilung betreiben muss. Im Gegenteil: auch die externe Beratung kann eine hinreichend gute Beratung leisten. Die Entscheidung über die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung wurde als eine solche des unternehmensinternen Risikomanagements definiert: sobald die Existenz von grundsätzlichen Risiken nicht mehr

ausgeschlossen werden kann, die den nachhaltigen Erfolg oder gar den Bestand des Unternehmens gefährden, ist das regelmäßige Abrufen juristischer Unterstützung eine gesetzliche Pflicht der Unternehmensleitung. Neben der benannten Nutzung externer Rechtsberater bietet es sich aber als Option für die Geschäftsführung an, die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung zu überdenken. Die Entscheidung zwischen den beiden Optionen sowie allen denkbaren Mischformen sollte auf Grundlage des ökonomischen Prinzips basieren. Kommt eine Kosten-Nutzen-Analyse zum dem Ergebnis, dass eigene, interne Syndici durch den Einsatz entsprechender Ressourcen aus der Rechtsabteilung bei nicht höheren Kosten einen zumindest gleichen Nutzen stiften können, sollte eine Entscheidung zugunsten der eigenen Rechtsabteilung gefällt werden. Problematisch ist bei der Entscheidung vor allem die Frage nach dem Nutzen. Der Nutzen war als ‚weicher Faktor‘ bezeichnet worden. Er ist nur schwer messbar, und gerade die Messbarkeit ist Voraussetzung für eine objektive Vergleichbarkeit. Als Nutzen der Rechtsabteilung waren Begriffe wie Präsenz und Verfügbarkeit, aber auch das Nutzen unternehmensinterner steigender Erfahrungswerte

genannt worden. Zur Verdeutlichung wurde eine Formel erörtert, die bei einer Kosten-Nutzen-Betrachtung dienlich sein kann. Anhand der Formel wurde auch ein beispielhafter Kostenverlauf einer neu gegründeten Rechtsabteilung präsentiert. Trotz der grundsätzlichen Schwierigkeit, diese ‚weichen Faktoren‘ zu bewerten und in eine Kosten-Nutzen-Analyse korrekt einzubeziehen, war dafür also ein möglicher Weg gezeigt worden. Abschließend wurde erläutert, in welcher Form die getroffene Entscheidung zur Gründung einer eigenen Rechtsabteilung mit Blick auf die strukturelle Eingliederung in das Unternehmen erfolgen sollte. Neben der Positionierung als Stabsstelle innerhalb des Liniensystems wurde darauf hingewiesen, dass ausreichend und der intern zunehmenden Akzeptanz und Erfahrung entsprechend auch technische und personelle Ressourcen in angemessenem Maß vorgehalten werden müssen. Neben der Frage der strukturellen Eingliederung war zuletzt die Frage nach den Arbeitsinhalten Gegenstand der Untersuchung. Da der Syndikus bereits auf früheren Seiten in der vorliegenden Arbeit ausführlich als Risikomanager definiert wurde, lag es nahe, die Arbeitsinhalte an den das Unternehmen betreffenden

Risiken zu orientieren. Dazu bedarf es der Identifizierung der von der Rechtsabteilung überhaupt zu übernehmenden Themen durch das Management. Diese Themen müssen unter dem Gesichtspunkt von daraus resultierenden möglichen Risiken kategorisiert und priorisiert werden. Das Kategorisieren und Priorisieren erfolgt im Hinblick auf die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Risikos und die bei einem Eintritt mögliche Schadenshöhe durch Darstellung in einem Risikoportfolio. Risiken, die mit Blick auf die Kombination von Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe als kritisch kategorisiert sind, sollten dann hoch priorisiert Gegenstand der Arbeits- und Tätigkeitsinhalte des Syndikus' werden. Hier ist festzustellen, ob eine Managementmaßnahme durch den Syndikus eine Verbesserung der Gesamtrisikosituation herbeiführen kann. Falls dem so ist, ist entsprechend zu agieren, andernfalls ist das Risiko an die Unternehmensführung zu berichten, die dann auf Managementebene Maßnahmen einleiten kann. Diese Vorgehensweise betrifft die Arbeitsinhalte des Syndikus' insgesamt, also sowohl bei Aufgaben, die aus dem operativen Geschäft herrühren, als auch bei solchen Aufgaben, die sich als strategisch darstellen.

4 Risikomanagement im Vertragsrecht

4.1 Allgemeines Vertragsrecht in der IT-Branche

In den vorangegangenen Kapiteln dieser Arbeit wurde die Risikomatrix ausführlich als Möglichkeit zur Visualisierung sowohl identifizierter als auch bewerteter Risiken vorgestellt. Die Risikomatrix ist demnach für den Syndikus ein Hilfsmittel im Umgang mit denkbaren Risiken, die sich aus Themen ergeben, mit denen sich der Syndikus beschäftigt. Die Risikomatrix ist, dies wurde an unterschiedlichen Beispielen herausgestellt, auf eine Vielzahl unterschiedlicher Themen- und Risikotypen anwendbar und nicht auf eine einzelne Thematik beschränkt. So waren sowohl Themen des Kapitalmarktrechts, als auch Themen aus dem IT-Recht unter Nutzung der Risikomatrix betrachtet worden. Dies mit Blick sowohl auf die Ausgangslage, als auch auf die veränderte Situation nach Ergreifen von Maßnahmen durch den Syndikus. Erkennbar war, dass es zentrale Aufgabe des Syndikus' ist, durch das Ergreifen von Maßnahmen eine Verbesserung der jeweiligen Risikosituation herbei zu führen. Dieses Ergreifen von Maßnahmen soll Gegenstand dieses vierten Kapitels der vorliegenden Arbeit sein. Das allgemeine

Ergreifen von Maßnahmen würde jedoch als Beschreibungsgegenstand zu weit gefasst sein: denn erläutert wurde auch, wie umfangreich die Arbeitsgebiete eines Syndikus im Mittelstand sind. Für jedes dieser Themengebiete könnte einzeln und getrennt untersucht werden, welche Maßnahmen denkbar sind, um im Sinne der Risikomatrix eine Verbesserung in der Risikosituation des jeweiligen Themas herbei zu führen. Um den Bogen dabei nicht zu weit zu spannen, soll daher nachfolgend eine Einschränkung des Untersuchungsgegenstandes auf das ‚Allgemeine Vertragsrecht‘ erfolgen. Schon der Titel der vorliegenden Arbeit verdeutlicht es: neben der in ihren Ansätzen eher abstrakten Darstellung zur Situation von Syndikus und Rechtsabteilung in der mittelständischen IT-Branche soll im Besonderen auch eine Auseinandersetzung mit dem Thema ‚Allgemeines Vertragsrecht‘ erfolgen. Warum aber ist das ‚Allgemeine Vertragsrecht‘ von besonderem Interesse? Ein Blick zurück in die vorderen Kapitel³⁵⁹ dieser Arbeit soll helfen, dies zu begründen: für die Rechtsabteilung eines Unternehmens – und zwar losgelöst von der Größe des Unternehmens oder der Größe

³⁵⁹ vgl. beispielsweise Kapitel 2.3.2.1

der Rechtsabteilung – stellt sich bei allen bekannten Befragungen das ‚Allgemeine Vertragsrecht‘ als das für die interne Betreuung durch die Rechtsabteilung prioritätshöchste Thema dar. Gemeint ist mit dem ‚Allgemeinen Vertragsrecht‘ die Beschäftigung mit solchen vertragsrechtlichen Fragestellungen, die einen konkreten Bezug zum Leistungs- und Angebotsportfolio eines Unternehmens aufweisen. Der neusten hier ausgewerteten Befragung beispielsweise, also der von *Henning*³⁶⁰, ist zu entnehmen, dass zwar von den befragten Juristen praktisch alle denkbaren Rechtsgebiete als Tätigkeitsbereiche aufgezählt werden. Berücksichtigt man bei diesen Aufzählungen aber die Intensität, die einzelne Rechtsgebiete auf den Arbeitsalltag der Rechtsabteilungen haben, so steht das ‚Allgemeine Vertragsrecht‘ an erster Stelle. Festgestellt worden war auch, wie wenig überraschend die Bedeutung des ‚Allgemeinen Vertragsrechts‘ letztlich ist. Denn in der Regel verdienen Unternehmen ihr Geld gerade mit dem Verkaufen der eigenen Produkte und Leistungen am Markt. ‚Allgemeines Vertragsrecht‘ ist also im weitesten Sinne die Betreuung solcher Verträge, in deren Zusammenhang ein

³⁶⁰ *Henning*, S. 40

Unternehmen seine Produkte und Leistungen am Markt anbietet und das für die Erstellung seiner Produkte und Leistungen Notwendige am Markt einkauft. Zum ‚Allgemeinen Vertragsrecht‘ gehört damit maßgeblich das Erstellen und Verhandeln von Verträgen sowie die dann anschließende Betreuung des Vertrages, wenn sich inhaltliche Rückfragen ergeben. Noch ein weiterer Gedanke ist zu berücksichtigen: insbesondere mittelständische Unternehmen haben nicht die Marktmacht, alle ihre eigenen Vertragswerke am Markt auch durchzusetzen. Damit besitzt das ‚Allgemeine Vertragsrecht‘ auch insoweit für den Syndikus eine hohe Bedeutung, weil er im Zusammenhang mit den Themen aus dem ‚Allgemeinen Vertragsrecht‘ seine Kollegen beispielsweise von Vertrieb und Einkauf unterstützen muss. Die vorangegangenen Ausführungen haben auch verdeutlicht: bei den Arbeitsinhalten eines Syndikus‘ stehen nicht primär die einzelnen Themen im Blickwinkel des Interesses. Vielmehr geht es immer um den Bezug von Thema und dem damit verbundenen Risiko. Und eine zentrale Aufgabe des Syndikus‘ ist es dann, durch das Ergreifen von möglichen Maßnahmen eine Verbesserung in der Risikosituation seines Unternehmens zu erreichen. Dies

wird nun nachfolgend verdeutlicht werden. Gegenstand der folgenden Ausführungen ist daher, wie für die mittelständische IT-Branche im Rahmen des ‚Allgemeinen Vertragsrechts‘ unterschiedliche Maßnahmen aussehen können, um eine Verbesserung der das gesamte Unternehmen betreffenden Risikosituation herbei zu führen. Die Summe der Maßnahmen zur Absicherung von Risiken im ‚Allgemeinen Vertragsrecht‘ soll nachfolgend der Vereinfachung halber auch als *Vertragsmanagement* des Syndikus‘ bezeichnet werden.

4.2 Typische vertragliche Risiken der IT-Branche

Zu klären ist also die Frage: durch welche konkreten Maßnahmen des Syndikus‘ kann die sich aus dem Vertragsmanagement ergebende Risikosituation für ein mittelständisches Unternehmen der IT-Branche verbessert werden? Die Antwort auf diese Frage erfordert zunächst das Beantworten einer anderen Frage, nämlich die nach den identifizierten Risiken *vor* dem Ergreifen von Maßnahmen. Dies ist nach allem bislang zum Risikomanagement Gesagten zwangsläufig der erste Schritt, der getan werden muss. Erst daran anschließend kann über Maßnahmen zur Verbesserung der Risikosituation nachgedacht werden. Da

im Rahmen dieser vorliegenden Arbeit nicht ein einzelner Vertrag im Speziellen Untersuchungsgegenstand sein soll, sind die möglichen Risiken im Vertragsmanagement auf abstrakter Ebene zu identifizieren. Zu klären ist dennoch, welche vertraglichen Inhalte typischerweise in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche Risiken bedeuten. Die Antwort scheint auf den ersten Blick relativ einfach gefunden: Risiken können sich in irgendeiner Form aus jeder Klausel im Vertrag ergeben. Erkennbar kann aber bei nicht unbegrenzt vorhandenen Ressourcen einer Rechtsabteilung nicht immer jede Klausel und jedes Thema bearbeitet werden. Die gefundene Antwort hilft also nur bedingt weiter. So muss gefragt werden, welche Klauseln besonders risikobehaftet sind. Diese Klauseln besitzen eine hohe Priorität in der Betreuung durch den Syndikus. Es geht also in letzter Konsequenz um eine Situation, die in dieser Arbeit bereits ausführlich erläutert wurde. Es ging nämlich im Kapitel 3.4.2 um die Frage, welche Themen das Management eines Unternehmens der neu zu gründenden Rechtsabteilung zur Betreuung übergeben wird, wenn davon auszugehen ist, dass nicht alle Themen vollständig durch die Rechtsabteilung betreut werden können. Dies war dort als

Entscheidung unter Risikogesichtspunkten untersucht worden und gilt an der jetzigen Stelle nicht anders: im Zusammenhang mit der Prüfung eines Vertrages muss der Syndikus die Prüfung der vertraglichen Inhalte nach Themen und damit nach Risiken priorisieren. In diesem Sinne wird der Syndikus erwartungsgemäß die Prüfung bei solchen Vertragsinhalten beginnen, die unter den bisher in dieser Arbeit erarbeiteten Risikoerwägungen von besonderer Bedeutung sind. Blicken wir dabei zurück auf die Risikomatrix als möglichem Hilfsmittel: dann sind dies die weiter oben rechts positionierten Inhalte, bei denen mögliche Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit hoch sind. Erst danach sollte eine Auseinandersetzung mit Vertragsinhalten erfolgen, die in der Risikomatrix an anderer Stelle stehen und weniger Risiko bedeuten. Auch wenn es nicht einfach ist, losgelöst von einem einzelnen Unternehmen und von einem einzelnen Geschäftsmodell Aussagen über Risiken in Verträgen zu machen: in der mittelständischen IT-Branche werden einige Themen immer wiederkehrende Risiken darstellen. Der für die IT-Branche zuständige Bundesverband BITKOM e.V. hat vor diesem Hintergrund für seine Mitgliedsunternehmen sogar eine

Matrix mit den IT-Haftungsrisiken erarbeitet³⁶¹. Darauf aufbauend sind die nachfolgenden typischen Vertragsinhalte unter Beachtung der bisherigen Aussagen zum Risikomanagement in der mittelständischen IT-Branche stets von Bedeutung.

4.2.1 Haftungsklausel und Haftungslimitierung

Das BGB sieht bei seiner Haftungssystematik für Schadens- und Aufwendungsersatz weder eine Begrenzung nach einer summenmäßig bestimmten Höhe, noch eine Beschränkung der Haftung auf eine besondere Art des Verschuldens vor: aus § 249 Abs. 1 BGB folgt, dass der zum Schadensersatz Verpflichtete denjenigen Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB muss grundsätzlich bereits für die einfachste Form der Fahrlässigkeit gehaftet werden. Aus der rein gesetzlichen Haftungssystematik droht einem Unternehmen damit ein existentielles Risiko: beispielsweise kann aus einer mit leichtester Fahrlässigkeit begangenen Pflichtverletzung – egal, ob Haupt- oder Nebenpflichten betroffen sind – eine in

³⁶¹

zu

finden

unter:

http://www.bitkom.org/de/publikationen/38337_31034.aspx

ihren Ausmaßen die finanzielle Leistungsfähigkeit des den Schaden verursachenden Unternehmens deutlich übersteigende Haftung für Schadensersatz resultieren – es steht eine theoretisch unbegrenzte Höhe von Schadensersatz im Raum³⁶². Man stelle sich den Produktionsstillstand eines Automobilherstellers vor, der aus einer durch das IT-Unternehmen mit leichtester Fahrlässigkeit begangenen Pflichtverletzung resultiert. Selbst bei einem nur kurzen Produktionsstillstand hat dies schon wegen der engmaschigen Verkettung der Lieferketten mit den Zulieferern eine ganz immense finanzielle Bedeutung. Ein mittelständisches Unternehmen wird diese finanzielle Last im Zweifel nicht tragen können, denn ein Schaden nimmt in kürzester Zeit große finanzielle Ausmaße an. Mit Blick auf die Versicherbarkeit von IT-Risiken ist anerkannt, dass diese deswegen – wenn überhaupt – so teuer zu versichern sind, weil sich in der IT-Branche das Risiko überdurchschnittlich teurer Schäden darstellt³⁶³. Eine ausschließliche BGB-Haftung ist daher unter

³⁶² Hörl, B.: „Haftungsklauseln in IT-Verträgen“ in ITRB 2005, S. 217

³⁶³ Intveen, M.: „Versicherung und Versicherbarkeit von IT-Risiken“ in ITRB 2004, S. 232

Risikoerwägungen inakzeptabel. Im Ergebnis wird kein Vertrag ohne eine Haftungsklausel auskommen. In dieser Haftungsklausel wird die Haftung des Unternehmens nach Art und Umfang näher definiert. Denkbar sind Bestimmungen zum weitgehenden oder teilweisen Haftungsausschluss, weiter Bestimmungen im Hinblick auf die Höhe des möglichen Schadensersatzes, also der Definition einer finanziellen Obergrenze. Anstatt also im Vertrag gar nichts zur Haftung zu sagen, oder wegen der Haftung einfach auf das Gesetz zu verweisen, muss der Syndikus im Sinne des Risikomanagements prüfen, ob und wie die Haftung im Vertrag bestimmt ist. Eine Klausel könnte lauten: *„Der Auftragnehmer haftet bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit in voller Höhe. Dies gilt auch in allen Fällen der Produkthaftung sowie bei der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit. Darüber hinaus gilt: in Fällen der einfachen Fahrlässigkeit haftet der Auftragnehmer nur für die Verletzung vertragswesentlicher Pflichten und nur für den direkten Schaden. Vertragswesentliche Pflichten sind die von den Vertragspartnern bei Vertragsschluss für die Erfüllung des Vertrages übereinstimmend als wesentlich verstandenen*

Pflichten. In diesen Fällen ist die Haftung auf den Nettoauftragswert bei Vertragsschluss begrenzt. Im Übrigen ist eine Haftung des Auftragnehmers ausgeschlossen.“

Hinzuweisen ist an dieser Stelle darauf, dass die vorstehende Klausel nur eine von vielen Möglichkeiten darstellt. Sie geht von einer unbegrenzten Haftung in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen aus, ergänzt um eine unbeschränkte Haftung im Falle der groben Fahrlässigkeit und der höchstpersönlichen Rechte. Die Klausel lehnt sich insoweit an die Bestimmungen der §§ 276 Abs. 3, 309 Ziffer 7 a) und b) BGB an. Bei nur leicht fahrlässig verursachten Schäden ist die Haftung hingegen nach Art und Umfang beschränkt, da der Auftragnehmer nur für die Verletzung vertragswesentlicher Pflichten und dann auch nur in finanziell beschränkter Höhe haften soll.

4.2.2 Nacherfüllung im Leistungsstörungenrecht

Das Leistungsstörungenrecht ist das Kernstück des Schuldrechts³⁶⁴. Beim Leistungsstörungenrecht geht es zentral um die Frage, ob und inwieweit für den Vertragspartner aus der Störung in der Erfüllung von

³⁶⁴ *Medicus, D.:* Bürgerliches Recht, 20. Aufl., München 2004, Rn. 205

Primärpflichten Sekundärpflichten resultieren³⁶⁵. Für den mit der Prüfung eines Vertrages beauftragten Syndikus sind hierbei Fragen der Sach- und Rechtsmängelhaftung von besonderem Interesse. Dies soll unter Rückgriff auf die Ausführungen in Kapitel 3.1.2 näher verdeutlicht werden. Dort war als zentrale Frage die Diskussion um die vertragstypologische Einordnung von Verträgen gewesen, die die Erstellung von Individualsoftware zum Gegenstand haben. Mit der wohl vorherrschenden Meinung war in der vorliegenden Arbeit wegen § 651 n.F. BGB auf die Erstellung von Individualsoftware die Anwendbarkeit von Kaufvertragsrecht nach §§ 433 ff. BGB vertreten worden. Diese Annahme hat jedoch nicht nur eine dogmatische Bedeutung, sie hat vielmehr auch konkrete juristische Auswirkungen, beispielsweise im Bereich der Mängelhaftung. So sieht das Werkvertragsrecht bei Vorliegen eines Mangels auf der Ebene des primären Rechtsbehelfs als Form der Nacherfüllung nach *Wahl des Werkunternehmers* die Mangelbeseitigung oder die Neuherstellung des Werkes vor. Dies folgt aus §§ 631, 634 Nr. 1, 635 Abs. 1 BGB. Typischerweise wird der Hersteller

³⁶⁵ AnwKom-Schuldrecht-Dauner-Lieb, zu § 280 Rn. 1

einer Software als Nacherfüllung zunächst die Nachbesserung wählen wollen, nicht die vollständige Neulieferung. Er wird versuchen wollen, eventuelle Fehler in der Programmierung der Software zu beheben, nicht die ganze Software neu zu erstellen. Anders als im Werkvertragsrecht ist aber im Kaufvertragsrecht bestimmt, dass das Wahlrecht wegen der Art der Nacherfüllung der Käufer hat, §§ 433, 434, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB. Hier könnte also der Auftraggeber bestimmen, wie das IT-Unternehmen einen Mangel in der Software zu beseitigen hat. Zwar hat der Verkäufer ausweislich der Bestimmung des § 439 Abs. 3 BGB die Möglichkeit, die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung zu verweigern, insbesondere dann, wenn die Kosten für die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung unverhältnismäßig sind. Hier ist aber der Verkäufer in der Begründungs- und Nachweispflicht, was für ein IT-Unternehmen bei einer komplexen Individualsoftware erhebliche Beweisprobleme bedeuten kann. Denn das IT-Unternehmen als Hersteller der Software muss die Bedeutung des Mangels im Hinblick auf seine Auswirkung auf die Gebrauchsfähigkeit für den

Auftraggeber begründen³⁶⁶. Gerade auch in Fällen, in denen der Auftraggeber weiterhin eine ohne wesentliche Mängel funktionierende Vorgängersoftware einsetzen kann, ist wegen § 439 Abs. 3 Satz 2 BGB auch zu fragen, ob die alternativ vom IT-Unternehmen gewählte Form der Nacherfüllung nicht immer einen erheblichen Nachteil für den Auftraggeber darstellt, da er mit einem weniger mangelfreien neuen System wird arbeiten müssen, was zu einem beachtlichen Mehraufwand im Geschäft des Auftraggebers führen kann³⁶⁷. Der Syndikus muss daher darauf achten, dass in einem solchen Vertrag das Wahlrecht

³⁶⁶ *Goldmann, B./ Redecke, R.* „Gewährleistung bei Softwarelizenzverträgen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ in MMR 2002/ S. 5; Palandt-*Putzo*, zu § 439 Rn. 16a

³⁶⁷ anderer Ansicht insoweit wohl zunächst *Redeker*, der argumentiert, dass der Kunde ohnehin nicht selbst die Nacherfüllung ausführen kann, da ihm der Quellcode fehle, *Redeker, H.* „Von Dauerbrennern und neuen Entwicklungen im Recht der Leistungsstörungen“ in CR 2005, S. 705. Dabei lässt *Redeker* aber wohl außer Acht, dass die Nacherfüllung auch eine Neulieferung und damit eine Neuerstellung sein kann. Dafür bedarf es des ursprünglichen Quellcodes ohnehin nicht. Allerdings trägt auch *Redeker* später vor, dass es sinnvoll ist, durch AGB das Wahlrecht der Art der Nacherfüllung auf den Lieferanten zu übertragen, *Redeker a.a.O.*.

für die Art der Nacherfüllung auch bei Anwendung des Kaufrechts im Übrigen beim Hersteller der Software liegt³⁶⁸. Der BITKOM e.V. empfiehlt seinen Mitgliedsunternehmen für die Formulierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Erstellung von Individualsoftware den folgenden Wortlaut: *„Stehen dem Kunden Mangelsprüche zu, hat er zunächst nur das Recht auf Nacherfüllung innerhalb einer angemessenen Frist. Die Nacherfüllung beinhaltet nach Wahl des Anbieters entweder Nachbesserung oder die Erstellung eines neuen Leistungsgegenstandes. Die Interessen des Kunden werden bei einer Wahl angemessen berücksichtigt.“*³⁶⁹ Die Frage des Leistungsstörungenrechts spielt jedoch nicht nur beim Werk- oder Kaufvertragsrecht eine beachtliche Rolle. Auch andere Vertragsarten besitzen diesbezüglich Besonderheiten, die vom Syndikus auf ihre Risiken hin zu bewerten sind. Dazu das folgende Beispiel: Kunden von IT-Unternehmen benötigen mit Blick auf die

³⁶⁸ Koch, F. A.: „Nacherfüllung – Hat der Kunde eine Wahl?“ in ITRB 2003, S. 88

³⁶⁹ Vertragsbedingungen des BITKOM für die Erstellung von Software, Version 1.2 vom 16.03.2005, Quelle: BITKOM e.V., Berlin; vergleichbar auch Bauer, I./ Weitzel, M. „Nacherfüllung beim Kauf von Standardsoftware“ in ITRB 2003 S. 112

komplexen Strukturen ihrer IT-Landschaften häufig nicht nur „einfach“ Softwareprodukte, sondern auch umfassende IT-Beratung. IT-Unternehmen bieten ihren Kunden daher neben ihren Produkten oft auch fachliche Beratungsleistungen gegen gesonderte Vergütung an. Damit treten IT-Unternehmen am Markt als Unternehmensberatungen auf. Selbst wenn aber ein Beratervertrag nicht ausdrücklich geschlossen wurde, ist nach Ansicht des BGH das Vorliegen eines zwischen den Parteien stillschweigend geschlossenen Beratervertrages denkbar³⁷⁰. Dies dann, wenn die Beratung seitens des Anbieters über die im allgemeinen durch einen Verkäufers für die sachgemäße Anwendung oder den sachgemäßen Einsatz des Vertragsgegenstandes geleistete Beratung hinausgeht³⁷¹. In rechtlicher Hinsicht gelten für Beratungsaufträge zunächst die Bestimmungen der §§ 611 ff. BGB, also des Dienstvertragsrechts, da der Anbieter, anders als im Werkvertragsrecht, keinen konkreten Erfolg im juristischen Sinne schuldet, sondern lediglich Beratungs-

³⁷⁰ BGH, Urt. v. 23.07.1997, Az.: VIII ZR 238/96

³⁷¹ *Hörl, B.*: „Beratungshaftung im IT-Bereich nach neuem Schuldrecht (Teil 2)“ in ITRB 2004, S. 89

und Unterstützungsleistungen übernimmt³⁷². Die sich aus dem Gesetz ergebende Vertragspflicht bei § 611 BGB ist das Leisten der versprochenen Dienste, nicht aber das Herbeiführen eines Erfolges. Die Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag ist teilweise fließend, nach Ansicht des BGH entscheidet der Wille der Vertragsparteien, ob nämlich eine Dienstleistung als solche oder als Arbeitsergebnis deren Erfolg geschuldet ist³⁷³. Auf den ersten Blick mag das Dienstvertragsrecht mit eindeutigen Vorteilen verbunden sein, denn das Leisten von Diensten scheint in Ermangelung einer Erfolgspflicht inhaltlich unkritisch zu sein. IT-Unternehmen bevorzugen auch regelmäßig den Abschluss von Dienstverträgen, und zwar vor allem deswegen, weil mangels geschuldeten Erfolges auch keine „Gewährleistung“ für die geleisteten Dienste übernommen werden muss³⁷⁴. Richtig ist natürlich: das

³⁷² Söbbing, T.: „IT-Leistungsbeschreibungen: Struktur und vertragstypologische Zuordnung“ in ITRB 2004, S. 92

³⁷³ BGH, Urt. v. 16.07.2002, Az.: X ZR 27/2001; NJW 2002, S. 3323, 3324

³⁷⁴ Funk, A./ Wenn, M.: „Gestaltung von Verträgen über IT-Leistungen unter den Aspekten der Haftungsbeschränkung und -vermeidung“ in ITRB 2004, S. 119

Dienstvertragsrecht kennt, anders als dies etwa bei Kauf- und Werkvertragsrecht der Fall ist, keine Regeln zur Sachmängelhaftung. Dennoch bedeutet dies im Umkehrschluss natürlich nicht, dass der zum Dienst Verpflichtete für von ihm schuldhaft verursachte Pflichtverletzungen nicht haftet. Dies wird von den Verantwortlichen in den Unternehmensberatungen oft übersehen. An dieser Stelle muss der Syndikus Aufklärungsarbeit leisten und auf die tatsächlichen Risiken hinweisen sowie Vertragsinhalte entsprechend betreuen. Denn bei der dargestellten Sichtweise wird im Ergebnis nicht bedacht, dass aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 276 BGB auch für nur leicht fahrlässig verursachte Pflichtverletzungen unmittelbar eine Inanspruchnahme durch den Auftragnehmer auf Schadensersatz möglich ist. Einen primären Rechtsbehelf auf Ebene des sekundären Erfüllungsanspruchs, also etwa eine Nachbesserung wie im Kauf- oder Werkvertragsrecht, scheidet aus. Ein solches dem Schadensersatz vorgelagertes Korrektiv ist vom Gesetzgeber im Dienstvertragsrecht nicht vorgesehen. Der Syndikus kann auf diese Situation reagieren, indem er in einen Beratungsvertrag beispielsweise Regelungen

aufnimmt, die dem IT-Unternehmen die Möglichkeit eröffnen, Ergebnisse der eigenen Beratungsleistung nachzubessern, wenn sich darin Fehler ergeben, die ansonsten unmittelbar zum Schadensersatz verpflichten würden. Der BITKOM empfiehlt in Anlehnung an die Bestimmungen aus den EVB-IT³⁷⁵, also den Einkaufsbedingungen der öffentlichen Hand, für hierfür seinen Mitgliedern beispielsweise im Rahmen der Konditionenempfehlungen den folgenden Textentwurf:

„Wird die Dienstleistung nicht vertragsgemäß erbracht und hat der Anbieter dies zu vertreten (Leistungsstörung), so ist er verpflichtet, die Dienstleistung ganz oder in Teilen ohne Mehrkosten für den Kunden innerhalb angemessener Frist vertragsgemäß zu erbringen, es sei denn, dies ist nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich. Diese Pflicht des Anbieters besteht nur, wenn der Kunde die Leistungsstörung schriftlich und unverzüglich, spätestens aber bis zum Ablauf von zwei Wochen nach Kenntnis rügt, außer soweit anderes vereinbart ist. Der Kunde hat dazu die Dienstleistungserbringung durch den Anbieter angemessen

³⁷⁵ „Qualitative Leistungsstörung“ der EVB-IT Dienstleistung in der Fassung vom 01.04.2002, Ziffer 7

zu beobachten.“³⁷⁶ Die Klausel stellt in ihrer Systematik erkennbar auf eine Art von Nachbesserung ab, die den Bestimmungen zur Nacherfüllung im Werkvertragsrecht ähnelt. Voraussetzung für einen Anspruch des Kunden auf „Nachbesserung“ ist die schriftliche und unverzügliche Rüge der Leistungsstörung durch den Kunden des IT-Unternehmens. Hinzu kommt die durch die Klausel vertraglich normierte Verpflichtung des Kunden, die Art der Erbringung der Dienstleistung in angemessenem Umfang zu beobachten, so dass der Einwand des Mitverschuldens nach § 254 BGB erhalten bleibt.

4.2.3 Mitwirkungspflichten

Die Aufnahme von Mitwirkungspflichten ist bei Verträgen, die im Zusammenhang mit der Erbringung von nicht nur trivialen IT-Leistungen stehen, von hoher Bedeutung. Mitwirkungspflichten sind solche Pflichten, die der Auftraggeber zu erbringen hat, damit die vertraglichen Leistungen durch den Auftragnehmer, das IT-Unternehmen, ordnungsgemäß erbracht werden können. Bereits die im letzten Kapitel definierte Normierung der Pflicht des

³⁷⁶ Vertragsbedingungen des BITKOM für Dienstleistungen, Version 1.2 vom 16.03.2005, Quelle: BITKOM e.V., Berlin

Kunden, eine vom IT-Berater erbrachte Dienstleistung angemessen zu beobachten, hatte Bezug zu diesen Mitwirkungspflichten. Dem Gesetz sind Mitwirkungspflichten im Werkvertragsrecht bekannt; so regelt § 642 BGB die Mitwirkung des Bestellers. Zu berücksichtigen ist aber, dass eine Vielzahl von IT-Projekten vertragstypologisch nicht dem Werkvertragsrecht zugeordnet ist, und dennoch der Anbieter der IT-Leistung auf die Mitwirkung des Auftraggebers angewiesen ist³⁷⁷. Dies kann erneut am bereits mehrfach aufgegriffenen Beispiel einer Software-Individualentwicklung verdeutlicht werden: das die Software entwickelnde Unternehmen ist beispielsweise auf Datenmaterial oder auf Rechnerkapazitäten des Auftraggebers angewiesen, um die Software korrekt zu programmieren. Für diese Sachverhalte empfiehlt beispielsweise der BITKOM e.V. in seinen Konditionenempfehlungen den folgenden Wortlaut: *„Der Kunde trägt Sorge dafür, dass der von ihm benannte Ansprechpartner dem Anbieter die für die Erbringung der*

³⁷⁷ Funk, A./ Wenn, M.: „Gestaltung von Verträgen über IT-Leistungen unter den Aspekten der Haftungsbeschränkung und -vermeidung“ in ITRB 2004, S. 119

*Dienstleistung notwendigen Unterlagen, Informationen und Daten vollständig, richtig, rechtzeitig und kostenfrei zur Verfügung stellen, soweit nicht vom Anbieter geschuldet. Darüber hinaus sorgt der Kunde für deren Aktualisierung. Der Anbieter darf von der Vollständigkeit und Richtigkeit dieser Unterlagen, Informationen und Daten ausgehen, außer soweit diese für ihn offensichtlich erkennbar unvollständig oder unrichtig sind.*³⁷⁸ Die aber wohl wesentlichste Bedeutung haben die vom Auftraggeber in einem umfangreichen IT-Projekt beizustellenden eigenen Mitarbeiter des Auftraggebers. Man stelle sich dafür vor, ein IT-Unternehmen wolle eine umfassende Betriebssteuerungssoftware einführen. Solche Software, wie sie beispielsweise die in Deutschland ansässige SAP AG produziert, steuert sämtliche Funktionsbereiche eines Unternehmens über eine einheitliche Datenstruktur. Alle Daten in dieser Software werden ohne Zeitverzögerung zentral gespeichert und stehen unmittelbar an jeder Stelle des Unternehmens zeitgleich identisch zur Verfügung. Die Software steuert den gesamten Ablauf der

³⁷⁸ Vertragsbedingungen des BITKOM für Dienstleistungen, Version 1.2 vom 16.03.2005, ebenda

Wertschöpfungskette eines Unternehmens. Erkennbar ist, dass ohne die Unterstützung des Auftraggebers ein IT-Unternehmen, das sich auf die Einführung einer solchen Software spezialisiert hat, die vertraglich geschuldete Leistung nicht bringen kann. Der Auftraggeber muss vielmehr in oftmals ganz erheblichem Umfang bei dieser Arbeit mitwirken. Inoffizielle Schätzungen gehen davon aus, dass ein beauftragendes Unternehmen für jeden extern bezogenen Beratertag mit zwei weiteren internen Arbeitertagen kalkulieren muss. Dies ist eine erhebliche Belastung für die betroffenen Unternehmen. Um die Erfüllung dieser aufwendigen Mitwirkungspflicht abzusichern, muss der Syndikus des beauftragten IT-Unternehmens darauf achten, dass eine ausreichende Anzahl qualifizierter Mitarbeiter des Auftraggebers in erforderlichem Umfang für die Mitarbeit im Projekt zur Verfügung stehen. Hierfür kann eine Klausel wie die folgende dienen: *„Zum Erbringen der Leistungen ist der Auftragnehmer auf die Unterstützung und Mitwirkung des Auftraggebers angewiesen. Der Auftraggeber wird dem Auftragnehmer daher alle erforderlichen Arbeitsmittel, Informationen und Unterlagen rechtzeitig, vollständig und*

kostenfrei zur Verfügung stellen, die aus Sicht des Auftragnehmers zum Erbringen der von diesem Vertrag erfassten Leistungen erforderlich sind. Der Auftragnehmer darf von der Vollständigkeit und Richtigkeit und jeweiligen Aktualität dieser Arbeitsmittel, Informationen und Unterlagen ausgehen, außer soweit diese für ihn erkennbar offensichtlich unvollständig oder unrichtig oder nicht mehr aktuell sind. Darüber hinaus erhalten die Mitarbeiter des Auftragnehmers kostenfreien Zugang zu den EDV-Anlagen sowie gegebenenfalls Datenerfassungskapazität, Rechnerzeiten und Testdaten im erforderlichen Umfang. Wenn und soweit dies erforderlich ist, wird der Auftraggeber aus Sicht des Auftragnehmers ausreichend qualifizierte, eigene Mitarbeiter im erforderlichen Umfang zur Mitwirkung zur Verfügung stellen.“³⁷⁹ Die vorstehende Klausel zu den Mitwirkungspflichten ist dabei recht allgemein gehalten. Es macht Sinn, dass der Syndikus im Rahmen des Vertragserstellungsprozesses mit dem Projektleiter abstimmt, welche weiteren konkreten Mitwirkungspflichten für das fragliche Projekt vertraglich normiert werden sollen.

³⁷⁹ Quelle: Consulting-Vertrag der IDS SCHEER AG

4.2.4 Change Request-Verfahren

Der Begriff „*Change Request*“ ist ein in der IT-Branche verwendeter Standardterminus. Er steht für die Vorgehensweise, mit der die Änderung des Leistungsumfangs eines bereits laufenden IT-Projektes zwischen den Parteien vereinbart werden kann. Allein die Tatsache, dass es für ein derartiges Vorgehen einen Standardbegriff gibt, zeigt, dass Änderungen im Leistungsumfang eines IT-Projektes normal und geradezu alltäglich sind³⁸⁰. Es gibt kaum ein IT-Projekt ohne Change Requests. Dies ist in dem Faktum begründet, dass IT-Projekte oft hochkomplexe Arbeitsvorgänge beinhalten, dabei von vielen Faktoren beeinflusst werden und zudem über vergleichsweise längerfristige Planungszeiträume laufen. Das Implementieren beispielsweise einer gängigen SAP/R3-Software-Lösung in einem produzierenden Unternehmen mit mehreren internationalen Standorten dauert typischerweise einige Jahre. In dieser Zeit ist Raum für eine Vielzahl unvorhergesehener oder ungeplanter Änderungen: aufgrund des technologischen Fortschritts steht dem Auftraggeber eine andere und leistungsfähigere Hardware

³⁸⁰ Redeker, H.: „Change Request“ in ITRB 2002, S. 190

zur Verfügung, oder es muss durch den Auftragnehmer neu eingeführte Software berücksichtigt werden. Oft ändern sich auch interne Strukturen innerhalb des Unternehmens des Auftraggebers, es treten personelle Änderungen ein, die zu neuen oder geänderten Schwerpunktsetzungen führen. Dies alles kann erkennbar unmittelbare Auswirkung auf das laufende IT-Projekt haben. Selbst wenn also anfänglich, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, der Leistungsumfang des jeweiligen Projektes auf Grundlage eines Pflichtenheftes exakt und mit hohem Detaillierungsgrad bestimmt worden war, so ergibt sich im laufenden IT-Projekt regelmäßig schon nach nur kurzer Zeit die Erkenntnis, dass Änderungen und Abweichungen vom ursprünglichen Planungsstand unausweichlich sind³⁸¹. Der Gesetzgeber bietet zunächst keine unmittelbare Lösung, um eine derartige Situation für beide Vertragsparteien befriedigend zu lösen. Aus § 314 Abs. 1 BGB beispielsweise folgt nur die Möglichkeit, ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund zu kündigen. Die Norm ist auf IT-Verträge anwendbar, sofern diese für

³⁸¹ Redeker, H., ebenda, S. 291

einen längeren Zeitraum abgeschlossen werden³⁸². Kündigungsgrund kann bei § 314 BGB auch eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse bei einem Vertragspartner sein³⁸³. Die Anwendbarkeit von § 314 BGB ist allerdings ausgeschlossen, wenn sich die aus den veränderten Bedingungen ergebende Störung im Vertragsverhältnis durch eine Vertragsanpassung im Sinne des § 313 Abs. 1 BGB lösen lässt³⁸⁴. Der Regelungsgehalt des § 313 BGB trifft dabei die Interessen und den Wunsch beider Vertragspartner auch weit eher als dies durch § 314

³⁸² *Bräutigam, P.* „SLA: In der Praxis alles klar?“ in CR 2004, S. 249; ähnlich wohl auch *AnwKom-Schuldrecht-Krebs*, zu § 314 BGB Rn. 8, der bei Langzeitverträgen, die eine komplexe Vertragsbeziehung regeln, die Anwendbarkeit von § 314 BGB bejaht; ebenso für Projektsteuerungsverträge, worunter komplexe IT-Projektverträge wohl fallen, *MüKo-Gaier*, zu § 314 BGB Rn. 6 m.w.N.; ebenso *jurisPK-BGB/Weth*, zu § 314 BGB Rn. 6; offen gelassen insoweit bei *BaRoth-Unberath*, zu § 314 BGB Rn. 4; ebenso *Hk-BGB/Schulze*, zu § 314 BGB Rn. 1

³⁸³ *MüKo-Gaier*, zu § 314 BGB Rn. 11; *AnwKom-BGB/Krebs*, zu § 314 BGB Rn. 13

³⁸⁴ *MüKo-Gaier*, zu § 314 BGB Rn. 12; *jurisPK-BGB/Weth*, zu § 314 BGB Rn. 19; *Palandt-Heinrichs* in Ergänzungsband, zu § 314 BGB Rn.

Abs. 1 BGB geschieht: denn beide Vertragspartner verfolgen ja nur wegen der geänderten Rahmenbedingungen im laufenden IT-Projekt nicht das Ziel, dieses laufende Projekt abubrechen. Beiderseits übereinstimmende Interessenslage ist gerade das Fortführen des Projektes, dies jedoch unter Berücksichtigung der veränderten Rahmenbedingungen. Primäre sich aus § 313 Abs. 1 BGB ergebende Rechtsfolge ist die Vertragsanpassung als geringstmöglicher Eingriff, und nur im Fall der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses die Vertragsauflösung³⁸⁵. Es sind daher die geänderten Rahmenbedingungen auf die Auswirkungen auf das Gesamtprojekt mit allen seinen Leistungsumfängen zu prüfen und der Vertrag entsprechend anzupassen, sofern nicht eine Unzumutbarkeit gegeben ist. Für eine solche ist aber in einem IT-Projekt selten Anlass, denn die Leistungen sind leistbar, nur eben unter geänderten Bedingungen: zentrale Frage wird daher die nach eventuellen

³⁸⁵ MüKo-Gaier, zu § 313 BGB Rn. 102; Palandt-Heinrichs in Ergänzungsband, zu § 314 BGB Rn. 30; Hk-BGB/Schulze, zu § 313 BGB Rn. 19; jurisPK-BGB/Pfeiffer, zu § 313 BGB Rn. 56; AnwKom-BGB/Krebs, zu § 313 Rn. 53

Preisänderungen sein. Gerade bei einem Festpreisprojekt, das einen klar definierten Leistungsumfang bei einem ebenso klar definierten Festpreis besitzen sollte, ist eine Änderung des Leistungsumfangs immer mit Auswirkungen auf die Preise verbunden. Weiter ist zu klären, ob sich Fristen verändern oder Verantwortlichkeiten verschieben³⁸⁶? Unter Umständen ändert sich auch die vertragstypologische Einordnung des Vertrages, so dass in der Folge umfassende auch rechtliche Konsequenzen beispielsweise wegen des Leistungsstörungenrechts³⁸⁷ zu bedenken sind. Es liegt für den Syndikus aus rein juristischer Sicht auf der Hand, dass die Vertragspartner übereinstimmend³⁸⁸ zu jedem Zeitpunkt eine Änderung des Vertrages in praktisch jeder Hinsicht durchführen können, mündlich oder auch konkludent und

³⁸⁶ *Redeker, H.*, ebenda

³⁸⁷ siehe dazu das Kapitel 4.2.2

³⁸⁸ wesentlich insoweit das Verständnis von *Krebs*, der im Zusammenhang mit der Anwendung des § 313 BGB darauf verweist, dass es sich entgegen der h.M. im alten Recht nunmehr beim § 313 n.F. BGB um einen Anspruch handelt, die Anpassung also kraft Gesetz erfolgt und ein Mitwirken der Parteien – ein neues Vertragsverhandeln – nicht notwendig ist; AnwKom-BGB/*Krebs*, zu § 313 Rn. 54

selbst bei Vorliegen einer Schriftformklausel³⁸⁹. Dies ist Ergebnis der Privatautonomie. Und damit scheint ein Change Request nicht wirklich relevant. Dennoch ist anerkannt, dass Change Request-Verfahren wichtig sind³⁹⁰: gut formuliert stellt ein Change Request-Verfahren nämlich einen *Leitfaden* dar, mit dem die Vertragspartner das quasi Unausweichliche übereinstimmend und erfolgreich steuern können – die Veränderung des Leistungsumfangs eines IT-Projektes, und zwar ohne erneute Einbeziehung der Rechtsabteilungen in erneute und ergänzende Vertragsverhandlungen. Auf Grundlage eines eindeutigen Leitfadens sind die Projektverantwortlichen selbständig in die Lage versetzt, Änderungen am Vertragsinhalt vorzunehmen. Der Syndikus wird bei der Projektleitung zu Projektbeginn lediglich Hinweise und Erläuterungen wegen der exakten Durchführung und Umsetzung geben müssen³⁹¹.

³⁸⁹ *Marly, J.:* Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl., München 2004, Rz. 1460

³⁹⁰ *Redeker, H.,* ebenda, S. 292

³⁹¹ *Redeker, H.,* ebenda

4.2.5 Vergütung

Die Vergütungsfrage ist nach Art, Umfang und Fälligkeiten eine sehr wichtige vertragliche Regelung. Das Festlegen von Leistung und Gegenleistung im Austauschvertrag ist Teil der ‚Essentialia Negotii‘, also der vertragswesentlichen Inhalte. Der Syndikus ist regelmäßig dazu berufen, Details zur Vergütung für die vertraglich geschuldeten Leistungen zu definieren, da insbesondere wegen der Fälligkeiten häufig unklare Formulierungen bestehen. Dies liegt daran, dass auf Ebene der im Übrigen für den Vertrag verantwortlichen Mitarbeiter, die die Preise und Zahlungskonditionen mit dem Kunden aushandeln, oftmals eine zu geringe Differenzierung der unterschiedlichen Größen bei Zahlungsströmen vorgenommen wird. Tatsache ist natürlich, dass nicht jede Einzahlung eine Einnahme ist, nicht jede Einnahme ein Ertrag, und nicht jeder Ertrag ein Betriebsertrag³⁹². Hier ist genau zu unterscheiden, und diese Unterscheidung hat einen Bezug zu juristischen Themen. An dieser Stelle ist der Syndikus an der Grenze zwischen Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaftlehre gefragt. Ausgangspunkt für eine nähere Erläuterung soll die Frage

³⁹² Bierle, S. 67

nach den Fälligkeiten der durch den Auftraggeber zu leistenden Vergütung sein. Für die Fälligkeit der Vergütung ist in Ermangelung einer eindeutigen Bestimmung im Vertrag selbst erneut die vertragstypologische Einordnung des mit dem Auftraggeber geschlossenen Vertrages maßgeblich: im Kaufvertragsrecht ist die Vergütung mit Übergabe des Vertragsgegenstandes fällig. Im Dienstvertragsrecht steht die Fälligkeit der Vergütung grundsätzlich im Zusammenhang mit dem Erbringen der geschuldeten Dienste. Problematisch ist die Vergütung im Werkvertragsrecht. Dort bestimmt sich die Fälligkeit der Vergütung nach § 641 Abs. 1 BGB. Demnach ist die Vergütung bei der Abnahme des Werkes – alternativ bei Teilabnahmen von Teilwerken – zu entrichten. Mit dem Begriff des Entrichtens meint der Gesetzgeber die Fälligkeit der Vergütung³⁹³. Vor erklärter Abnahme eines Werkes ist der Vergütungsanspruch des IT-Unternehmens also nicht fällig. Problematisch ist dabei die bereits im vorangehenden Kapitel erläuterte häufig vorkommende lange Laufzeit von IT-Projekten mit werkvertraglichem Charakter. Über die Laufzeit der einzelnen Projekte werden häufig so genannte

³⁹³ Palandt-Sprau, zu § 641 Rn. 2

Meilensteine zwischen den Vertragspartnern vereinbart, zu denen gewisse Teilschritte des Gesamtprojektes fertig gestellt sein sollen. In aller Regel sind mit dem Erreichen von Meilensteinen auch Zahlungen des Auftraggebers an den Auftragnehmer verbunden.

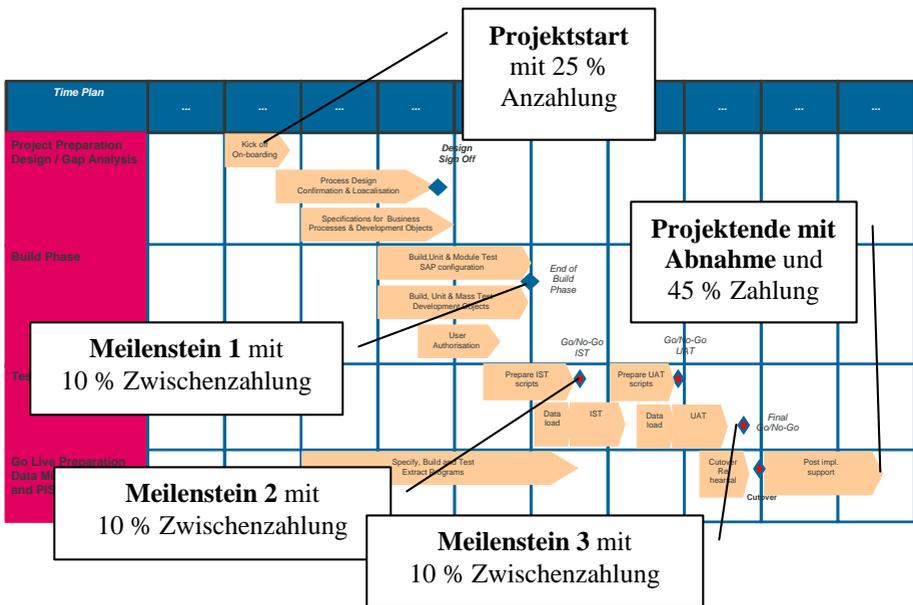


Abbildung 20: Beispiel für definierte Meilensteine mit Zwischenzahlungen

Die vorstehende Grafik verdeutlicht exemplarisch diese Struktur für ein beliebiges Projekt. Dabei werden neben der Anzahlung zum Projektstart zu unterschiedlichen

Meilensteinen Zahlungen geleistet. Fraglich ist jedoch, wie diese Zahlungen rechtlich zu bewerten sind. Grundsätzlich ist es möglich, dass die Vertragsparteien eine von § 641 Abs. 1 BGB abweichende Regelung vereinbaren, dass also die Zahlungen zu anderen Zeitpunkten als der Abnahme fällig sind³⁹⁴. Es könnte also sein, dass durch die vereinbarten Meilensteine die Zahlungen fällig sind und das IT-Unternehmen damit einen Anspruch auf Zahlung hat. Es könnte aber auch sein, dass es sich bei den Zahlungen lediglich um Abschlagszahlungen nach § 632a BGB handelt. Abschlagszahlungen nach § 632a BGB sind aber noch keine abschließende Vergütung für das Werk, es handelt sich vielmehr nur um Anzahlungen auf die Vergütung für das Gesamtwerk³⁹⁵. Denkbar ist weiter, dass die mit dem Erreichen eines Meilensteins geleistete Zahlung eines Auftraggebers auch nur eine Vorauszahlung ist. Auch die Vorauszahlung ist aber nur eine Anzahlung auf das Gesamtwerk³⁹⁶. Tatsächlich kann die Beantwortung dieser Frage schon ganz erhebliche Auswirkungen nur auf die

³⁹⁴ Palandt-*Sprau*, ebenda Rn. 9

³⁹⁵ Palandt-*Sprau*, zu § 632a Rn. 4

³⁹⁶ Palandt-*Sprau*, zu § 632a, ebenda

bilanzielle Situation des IT-Unternehmens haben. Wird auf Grundlage der HGB-Normen bilanziert, so wird davon auszugehen sein, dass in Ermangelung einer klaren Definition der erhaltenen Teilzahlung diese als erhaltene Anzahlung und damit für das Unternehmen ergebnisneutral verbucht werden müssen. Nach §§ 255 Abs. 2, 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB hat der Auftraggeber letztlich eine Forderung gegen das Unternehmen. Erst im Zeitpunkt der erklärten Abnahme wird das interne Konto mit den erhaltenen Anzahlungen aufgelöst und im Ergebniskonto gegen gebucht. Der entsprechende Betrag fließt erst jetzt in den Ertrag. Bei der Rechnungslegung nach den International Accounting Standards ermöglicht IAS 11.22 eine Gewinnrealisierung nach dem Leistungsfortschritt, eine tatsächliche Abnahme der Teilleistungen ist grundsätzlich nicht erforderlich³⁹⁷. Aber auch bei dieser so genannten *percentage of completion method* ist Voraussetzung eine klare vertragliche Vereinbarung über die Rechte und

³⁹⁷ Seeberg, T. in Baetge, J./Dörner, D./Kleekämper, H./ Wollmert, P./Kirsch, H.-J. (Hrsg.), Rechnungslegung nach International Accounting Standards (IAS), 2. Aufl., Stuttgart 2003, IAS 11, C, Rn. 12

Pflichten der beiden Vertragspartner³⁹⁸. Die Erfüllung der vertraglichen Pflichten durch Auftraggeber und Kunde muss wahrscheinlich sein, und damit kommt im Werkvertragsrecht auch bei Anwendung der Bestimmungen nach den International Accounting Standards letztlich der Abnahmeerklärung auch die typische Bedeutung zu. Um Risiken an dieser wichtigen finanziellen Stelle vom Unternehmen fernzuhalten, muss der Syndikus bemüht sein, in Verträge klare und eindeutige Formulierungen aufzunehmen. Insbesondere sollte definiert sein, welche Bedeutung die mit den Meilensteinen zu leistenden Zahlungen des Auftraggebers haben. Hilfreich sind auch die Definition von Zwischen- oder Teilabnahmen im Zusammenhang mit einem jeweiligen Meilenstein. Das Interesse des Auftraggebers an einer funktionsfähigen Gesamtlösung kann durch angemessene Klauseln berücksichtigt werden. Eine denkbare Lösung wäre an dieser Stelle, zunächst ein Verfahren zu definieren, das durch das Testverfahren hin zur Abnahmeerklärung führt. Dieses sollte jeweils für sämtliche einzeln abnehmbare Teilleistungen Anwendung finden. Daran kann sich die

³⁹⁸ Baetge-Seeberg, IAS 11, C, Rn. 13

folgende Klausel anschließen: *„Bereits erklärte Teilabnahmen bleiben von späteren Abnahmeprüfungen für andere Leistungen unberührt. Gleiches gilt für bereits durchgeführte Prüfungen, außer soweit diese von einem Mangel oder seiner Beseitigung betroffen sind.“*³⁹⁹ Damit wird das berechnigte Interesse des Auftraggebers eben an einer vollständigen Gesamtlösung berücksichtigt. Im Ergebnis führt dies dazu, dass mit den Meilensteinen nicht nur Zahlungen verbunden sind, die letztlich nur Anzahlungen sind. Vielmehr können diese Zahlungen bereits als Erlöse verbucht werden.

4.3 Parameter für das Vertragsmanagement

Die vorangegangenen Kapitel haben mehrere Themen dargestellt, aus denen heraus im Vertragsmanagement in der IT-Branche Risiken resultieren können. Es wurde auch gezeigt, worauf der Syndikus im Zusammenhang mit diesen Themen achten muss. Diese Aufzählungen sind nicht vollständig, listen aber wesentliche Risikopositionen⁴⁰⁰ auf,

³⁹⁹ Vertragsbedingungen des BITKOM für Werkverträge, Version 1.2 vom 16.03.2005, Quelle: BITKOM e.V., Berlin

⁴⁰⁰ Funk, A./ Wenn, M.: „Gestaltung von Verträgen über IT-Leistungen unter den Aspekten der Haftungsbeschränkung und -vermeidung“ in ITRB 2004, S. 118

in deren Zusammenhang der Syndikus Maßnahmen ergreifen muss, um die Gesamtrisikosituation für sein Unternehmen zu verbessern. Das ist nach dem bisher für das Risikomanagement Definierten jedoch nur der erste Schritt: nämlich das *Identifizieren* der Risiken. Es schließt sich die Frage an, welche Maßnahmen der Syndikus nun im Zusammenhang mit dem Vertragsmanagement unter Nutzung der der Rechtsabteilung zur Verfügung stehenden Ressourcen überhaupt ergreifen kann, um die identifizierten Risiken optimal zu steuern. Optimales Steuern bedeutet dabei – mit Blick erneut auf die Risikomatrix – das Neupositionieren in einer Position, die in der Matrix weniger risikoreich ist. Als Maßnahme ist aber natürlich grundsätzlich fast alles vorstellbar: dies mag im Einzelfall sogar dazu führen, dass ein Unternehmen Lobbyismus mit dem Ziel von Gesetzesänderungen als Maßnahme in Betracht zieht. Dies scheidet für ein mittelständisches Unternehmen der IT-Branche jedoch als Maßnahme, wie sie im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit untersucht werden soll, aus. Um also denkbare Maßnahmen überhaupt bestimmen zu können, bedarf es zunächst noch einer Definition der Voraussetzungen, unter denen nachfolgend

dann – nämlich ab Kapitel 4.4 – ganz konkrete Vorschläge für Maßnahmen auf ihre Auswirkungen auf die Risikogesamtsituation des Unternehmens hin untersucht und bewertet werden können. Ausgangspunkt für realistisch denkbare Maßnahmen der Rechtsabteilung in der mittelständischen IT-Branche ist die im Verlauf der vorliegenden Arbeit konstatierte Begrenztheit der der Rechtsabteilung zur Verfügung stehenden Ressourcen. Hierzu hält *Grunert*⁴⁰¹ in seiner Analyse zur „Kleinen Rechtsabteilung“ mit Blick auf das Vertragsmanagement unter anderem die folgenden Parameter fest:

- hohe Arbeitsbelastung bei ständigem Zeitmangel,
- fachliche Informationsdefizite,
- Rechtssicherheit bei gewünschten schnellen Lösungen,
- zu späte Einbindung der Syndici,
- Rechtsabteilung als Schreibbüro.

Diese Auflistung ist allerdings vergleichsweise allgemein gehalten. *Grunert* dürfte damit wohl Erfahrungen wiedergeben, die ohnehin fast jedem Syndikus aus der Seele

⁴⁰¹ *Grunert, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“, Vortrag auf den Unternehmensjuristentagen 2006, 22.02.2006, Berlin

sprechen. Also ist diese Aufzählung zwar richtig, sollte aber genauer abgegrenzt und für die IT-Branche spezifiziert werden. Ziel muss es sein, optimale Maßnahmen des Syndikus' für das Vertragsmanagement unter den Gegebenheiten in der mittelständischen IT-Branche zu finden. Nachfolgend wird in zwei unterschiedliche Problemgruppen unterschieden, die die Parameter bestimmen, unter denen der Syndikus tätig wird: zum einen solche Parameter, die ihre Ursache *innerhalb* des jeweiligen Unternehmens haben; dies sind die im Kapitel 4.3.1 als endogen bezeichneten Parameter. Zum anderen geht es um die Parameter, die ihre Ursache *außerhalb* des Unternehmens haben; dies sind die in Kapitel 4.3.2 als exogen bezeichneten Parameter.

4.3.1 Endogen begründete Parameter der IT-Branche

Einige der wesentlichen Vorgaben für die Arbeit des Syndikus' im Vertragsmanagement innerhalb eines mittelständischen Unternehmens der IT-Branche kommen aus dem Unternehmen selbst. Dies sind die nachfolgend betrachteten endogenen Parameter. Anders als in vielen Bereichen der ‚Old Economy‘, wo beispielsweise im Maschinen- und Anlagenbau über das Jahr nur einzelne,

dafür große und komplexe Maschinen verkauft werden, ist das Geschäft in der IT-Branche auch innerhalb eines einzelnen Unternehmens von seinen Größenordnungen sehr unterschiedlich ausgeprägt. Es gibt Geschäft, das über lange Jahre abgewickelt wird und dabei hochgradig komplexe Sachverhalte abdecken soll. Ein durch die Aufbereitung in den Medien bekannt gewordenes Projekt dieser Größe ist beispielsweise die Einführung der so genannten ‚LKW-Maut‘ in Deutschland. Auch dies ist ein IT-Projekt. IT-Großprojekte laufen ständig, beispielsweise internationale Softwareinstallationen und -anpassungen von SAP R/3-Software durch IT-Beratungsunternehmen. Diese IT-Projekte beginnen mit umfangreichen Ausschreibungen; es folgen Vertragsverhandlungen, bei denen natürlich nicht nur über rechtliche Fragen diskutiert wird, sondern vor allem auch die Leistungsinhalte im Vordergrund stehen⁴⁰². Erst die definierten Leistungsinhalte lassen eine angemessene juristische Beratung zu. Eine völlig andere Arbeitsweise als bei diesen Projekten erfordert das Massengeschäft von den beteiligten Syndici. Was kann unter Massengeschäft

⁴⁰² *Schneider, J.*: „Die Beschreibung des Vertragsgegenstandes bei Standardsoftwarebeschaffung“ in ITRB 2004, S. 44

verstanden werden? Zur IT-Branche gehören auch die Hersteller beispielsweise von Hardware und Software. Gerade im Endkundengeschäft, ganz besonders aber in Geschäften, an denen als Endkunde ein Verbraucher beteiligt ist, geht es bei häufig geringen Gewinnmargen um hohe und schnelle Umschlaggeschwindigkeiten. Vertragsverhandlungen finden selten statt, die Ware geht schnell „über den Ladentisch“. Viele IT-Unternehmen aber decken nicht nur ein einzelnes dieser benannten Geschäftsmodelle ab, sondern beide, und in beiden Geschäftsmodellen dann weitere Untergruppen. Dies bedeutet: etwa werden sowohl hochkomplexe und teure IT-Projekte am Markt angeboten, es wird aber auch die dagegen preisgünstige Standardsoftware an Endkunden verkauft. Zwischen diesen beiden Positionen gibt es Schnittstellen, an die Standardsoftware angepasst werden muss, damit sie mit komplexen IT-Systemen des Kunden harmonisiert. Die Grenzziehungen sind fließend. Im Ergebnis wird der Syndikus eines IT-Unternehmens mit völlig unterschiedlichen Geschäftsmodellen konfrontiert. Diese unterschiedlichen Geschäftsmodelle erfordern ganz unterschiedliche Informationen für den Syndikus. Und exakt

an dieser Stelle kann auf einen der oben von *Grunert* angesprochenen Parameter verwiesen werden: es fehlt dem Syndikus häufig für ein angemessenes Vertragsmanagement an wichtigen Informationen⁴⁰³. Was in der IT-Branche wichtige Informationen sind, hängt natürlich von der Ausgestaltung des IT-Projektes im Einzelfall ab. Typischerweise gehören dazu aber die dem Kunden anzubietenden Leistungsgegenstände: was soll der Kunde erhalten, was erwartet der Kunde, in welchen Zeiträumen soll etwas geleistet werden? Welche Risiken geht das IT-Unternehmen dabei ein, und welche Risiken drohen im schlimmsten Fall auf der Seite des Kunden? Eine Individualsoftware, die unmittelbar die gesamte Produktion eines Automobilherstellers steuert, ist erkennbar viel risikoreicher, als die Software, mit der ein Kunde zu internen Informationszwecken seine Geschäftsabläufe grafisch visualisiert. Erstaunlich wichtig ist auch die Frage, ob das eigene Unternehmen überhaupt meint, diese anzubietenden Leistungen erbringen zu können. Diese Informationen kommen selten von alleine zum Syndikus –

⁴⁰³ *Grunert, J.*: „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“, Vortrag auf den Unternehmensjuristentagen 2006, 22.02.2006, Berlin

der Syndikus muss sie erfragen. Dies mag als eine Holschuld verstanden sein. Jedenfalls aber wird der Syndikus für die Informationserlangung selbst in der Verantwortung stehen. Damit der Syndikus aber seine Fragen stellen kann, muss er überhaupt in ein IT-Projekt eingebunden sein. Dies ist ein weiterer Parameter, der für Maßnahmen im Vertragsmanagement für den Syndikus relevant ist. Zugleich führt dies zum nächsten von *Grunert* aufgeführten Punkt: der Syndikus wird häufig zu spät eingebunden, als dass er noch Maßnahmen ergreifen kann. Der Vertrag ist bereits weitgehend fertig erstellt, wenn dem Syndikus die Aufgabe übertragen wird, diesen Vertrag „freizugeben“. Genau aus diesem Parameter resultiert das ebenfalls von *Grunert* aufgezählte Spannungsverhältnis zwischen der gewünschten schnellen Lösung in letzter Sekunde vor Vertragsschluss und der rechtlich sauberen und für das Unternehmen sicheren Vorgehensweise, wie sie der Syndikus vorschlagen möchte. Was verdeutlicht dies? Bei den hier als endogen bezeichneten Parametern geht es für den Syndikus wegen der von ihm im Vertragsmanagement zu ergreifenden Maßnahmen nicht primär um das Finden und Erarbeiten guter juristischer Klauseln für Verträge.

Diesbezüglich wurden bereits in den vorstehenden Kapiteln Ausführungen gemacht, will heißen: der Syndikus weiß genau, welche Klauseln er beispielsweise bei der Haftungsfrage (Kapitel 4.2.1) oder bei der Definition von Mitwirkungspflichten (Kapitel 2.1.3) zu beachten hat. Dafür hat er eine juristische Ausbildung genossen. Es geht um die Frage, wie der Syndikus überhaupt in die Lage versetzt wird, sich mit diesen Themen in Verträgen nachhaltig auseinander zu setzen. Maßnahmen im Vertragsmanagement sind damit also primär Maßnahmen, mit denen der Syndikus es schafft, zum richtigen Zeitpunkt innerhalb des Unternehmens in ein IT-Projekt einbezogen zu werden und für diese Einbeziehung die notwendigen Informationen an der Hand zu haben. Der Syndikus wird es sich nicht erlauben können, alle fraglichen Themen per se an sich zu ziehen und sich mit jedem denkbaren Vertrag seines IT-Unternehmens zu beschäftigen. Zum einen gerät er in die Gefahr, zu einem Schreibbüro degradiert zu sein: schnell kommt nämlich die Meinung auf, der Syndikus müsse eben doch alles tun, was irgendwie mit Verträgen zu tun hat. Es ist aber nicht leistbar, dass der Syndikus für jeden Einzelfall „blanko“ Verträge erstellt. Dies passt nämlich nicht zu der

Voraussetzung, wie sie aus dem Primat des ökonomischen Prinzips folgt: Unternehmen werden nicht durch immer mehr Personal eine Risikoverbesserung im Vertragsmanagement herbeiführen. Mehr Juristen mögen zwar vielleicht mehr Rechtssicherheit generieren, der Grenznutzen eines im Hinblick auf zusätzliche Rechtssicherheit vorgehaltenen zusätzlichen Syndikus' nimmt aber immer weiter ab. Also müssen für das Vertragsmanagement des Syndikus' eines auf Gewinnmaximierung gerichteten Unternehmens alternative Ideen als Lösungen hergeleitet werden als diejenigen allein über den Aufbau personeller Ressourcen. Derartige Lösungsansätze werden nachfolgend gezeigt. Zuvor jedoch soll noch betrachtet werden, welche exogenen Parameter in Betracht zu ziehen sind.

4.3.2 Exogen begründete Parameter der IT-Branche

Sicherlich kommen viele Vorgaben, unter deren Beachtung der Syndikus eines mittelständischen Unternehmens der IT-Branche Maßnahmen für das Vertragsmanagement definiert, aus den internen Strukturen des Unternehmens selbst heraus. Dafür wurden vorstehend Beispiele gezeigt. Es konnte auch auf aktuell publizierte Meinungen verwiesen werden, etwa

die von *Grunert*, die auch soweit wie oben abgegrenzt überzeugend scheinen. Interessant ist aber zugleich, dass der Fokus bei den Parametern praktisch immer auf das Innenleben des Unternehmens gerichtet ist. Dies greift jedoch nach hier vertretener Ansicht zu kurz. Sicherlich bestehen Informationsdefizite, sicherlich ist es wahr, dass Syndici zu spät in Projekte einbezogen werden. Es gibt aber wohl auch solche Parameter, die von Außen Einfluss auf Maßnahmen nehmen, die der Syndikus im Vertragsmanagement zu berücksichtigen hat. Es geht dabei zentral um die Frage, welche Verhandlungsinhalte von den Vertragspartnern in Vertragsentwürfe und Vertragsverhandlungen eingebracht werden und welche Probleme daraus resultieren. Dann sind es die die gewünschten oder geforderten vertraglichen Inhalte, die zwar einerseits überhaupt erst zu den einzuleitenden Maßnahmen führen, andererseits aber auch selbst Parameter sind. Ein Beispiel aus dem Vertragsmanagement eines IT-Projektes soll den Gedankengang verdeutlichen: ein Kunde fragt bei einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche Leistungen an. Die angefragte Leistung sei eine betriebswirtschaftliche Software, mit der die

Finanzbuchhaltung des Unternehmens gesteuert wird. Es geht nicht nur um die Lizenzierung der Software, sondern auch um deren Installation sowie entsprechender Schulungen für die Mitarbeiter des Kunden. Erkennbar ist, dass bei einem Totalausfall – sei es wegen eines Softwarefehlers, sei es wegen schlechter Installation und Integration – der vertragsgegenständlichen Software für den Kunden durchaus Probleme auftreten, da natürlich dessen Finanzbuchhaltung betroffen sein wird. Dies ist Kunde und IT-Unternehmen bekannt. Es soll zu Vertragsverhandlungen kommen, in deren Zusammenhang sowohl die vertragsgegenständlichen Leistungsinhalte definiert, als auch die kommerziellen und juristischen Rahmenbedingungen geklärt werden sollen. Bis hierhin ist alles Beschriebene alltäglicher Ablauf. Wesentlich ist nun der nächste Schritt: zur Vorbereitung der anstehenden Vertragsverhandlungen wird dem Auftragnehmer kundenseitig ein Vertragsentwurf als Grundlage der weiteren Verhandlungen überlassen. Es sei weiter angenommen, dass der Vertragsentwurf in juristischer Hinsicht keine Klauseln zur Haftungsbeschränkung (vgl. oben Kapitel 4.2.1) enthalte. Der Syndikus des IT-Anbieters

erhält den Vertragsentwurf von seinen Kollegen rechtzeitig zur Vorbereitung der Vertragsverhandlung und nimmt die fehlende Haftungsklausel zur Kenntnis. In den wenig später stattfindenden Vertragsverhandlungen treffen die Syndici aufeinander: der Syndikus des IT-Unternehmens und der Syndikus des Kunden. Auf Hinweis des Syndikus' des IT-Unternehmens wegen der fehlenden Haftungsklausel gesteht der Syndikus des Kunden innerhalb der ersten fünf Minuten der Vertragsverhandlungen lächelnd ein „ ... *natürlich weiß ich, dass eine Haftungsklausel notwendig ist, ich habe es aber halt versuchen wollen.*“ Nachdem der Leistungsumfang des IT-Projektes definiert wurde, einigen sich beide Vertragspartner ohne lange Verhandlung auf eine Haftungsklausel in einem der IT-Branche üblichen Rahmen. Derartiges vor Augen zeigt sich, dass wohl auch außerhalb des Unternehmens Parameter auftreten können, die der Syndikus beachten muss, wenn er Vertragsmanagement betreibt. Denn die Aussage ist nicht, dass darauf zu achten ist, Haftungsklauseln in Verträgen zu haben. Dies ist keine Neuigkeit – im obigen Beispiel war dies beiden beteiligten Syndici bekannt. Die wesentliche Aussage ist: nur allein durch die Arbeitsweise der Syndici können Probleme

auftreten, die ohne die Syndici möglicherweise gar nicht auftreten würden. Denn den kaufmännisch Verantwortlichen beider Unternehmen könnten angemessene Standardformulierungen für Haftungsklauseln an die Hand gegeben werden, die eine Diskussion über dieses Thema mehr oder minder vermeiden. Wenn Syndici also einerseits – siehe dazu die Ausführungen von *Grunert*, dort den ersten aufgeführten Punkt – hohe Arbeitsbelastung und ständigen Zeitmangel beklagen, dann müssen sie auch bereit sein, ihre eigene Arbeitsweise kritisch zu überdenken; also diejenige Arbeitsweise, mit der sie anderen Syndici gegenüber treten und bei diesen Arbeit auslösen. Ein weiteres Beispiel dazu: in Kapitel 4.2.4 war die hohe Bedeutung von Change Request-Verfahren für fast jedes IT-Projekt erklärt worden. Die Bedeutung für beide Vertragspartner ist anerkannt. *Redeker* beispielsweise sagt ausdrücklich, „*Change Request-Verfahren sind wichtig*“⁴⁰⁴. Auch *Funk/Wenn*⁴⁰⁵ tragen entsprechend vor. Dann überrascht es den Syndikus des IT-

⁴⁰⁴ *Redeker, H.*: „Change Request“ in ITRB 2002, S. 192

⁴⁰⁵ *Funk, A./ Wenn, M.*: „Gestaltung von Verträgen über IT-Leistungen unter den Aspekten der Haftungsbeschränkung und -vermeidung“ in ITRB 2004, S. 119 f.

Unternehmens, das als Anbieter von Leistungen am Markt auftritt, wenn der juristische Verhandlungsführer des Vertragspartners im Zusammenhang mit der Vertragsverhandlung zu einem IT-Projekt nicht einmal den Begriff des Change Request kennt oder sich über dessen Bedeutung im Klaren ist. An dieser Stelle muss außerhalb des eigenen Unternehmens Information im Vorfeld von Vertragsverhandlungen platziert werden, um eine angemessene Vertragsgestaltung mit einem in etwa gleichen inhaltlichen Horizont zu ermöglichen. Diese exogenen Faktoren sind daher ebenfalls Parameter, für die für das Vertragsmanagement nachfolgend Lösungsansätze erörtert werden sollen.

4.4 Maßnahmen im Vertragsmanagement

Zu Beginn dieses vierten Gesamtkapitels der vorliegenden Arbeit waren wesentliche Themen und damit im Zusammenhang stehende vertragliche Klauseln erläutert worden, die für die IT-Branche Risiken darstellen können. Es ging also um das Identifizieren möglicher Risiken im Vertragsmanagement. Bevor nachfolgend angemessene Maßnahmen zur Steuerung der Risiken im Einzelnen vorgeschlagen und bewertet werden, wurden in den beiden

letzten Kapiteln die dafür maßgeblichen Parameter untersucht. Festgestellt worden war, dass es sowohl endogene als auch exogene Parameter gibt, die die möglichen Maßnahmen beeinflussen. Die nachfolgenden Kapitel schlagen damit Möglichkeiten vor, wie unter Beachtung der gegebenen Parameter und Nutzung ganz unterschiedlicher Ressourcen und Methoden das Vertragsmanagement in der mittelständischen IT-Branche konkret ausgestaltet werden kann. Jede der folgenden Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Vertragsmanagement muss sich dabei an dem Ziel messen lassen, unter Berücksichtigung der vorbenannten Parameter einen Beitrag zur Verbesserung der Risikogesamtsituation des Unternehmens beizutragen.

4.4.1 Vertragsmanagement durch Technik

Zuletzt wurde dargestellt: der immer stärkere Einsatz von Personal scheidet als Lösungsansatz aus. Dabei ist es unerheblich, ob sich dies nur auf die Einstellung weiterer Syndici oder auch auf die Einstellung von Unterstützungskräften bezieht, denn das Vertragsmanagement im hier verstandenen Sinne kann nur durch die Syndici übernommen werden: es geht ja nicht um

Fragen der Ablage und des Sortierens, sondern um Fragen zu vertraglichen Inhalten und damit um vertragliche Risiken. Was für Maßnahmen bieten sich an? Zunächst sollen mögliche technische Lösungen für das Vertragsmanagement untersucht werden. Gerade mit Blick auf die in der vorliegenden Arbeit untersuchte Branche, die IT-Branche, soll dabei der Fokus auf IT-gestützte Lösungsmöglichkeiten gerichtet sein. Ausgangspunkt für die Frage nach dem Einsatz von IT-Technologien muss die Frage sein, welche Vorgänge einer Standardisierung zugeführt werden können. Auch wenn auf Grundlage moderner computergestützter Verfahren bereits lernfähige Systeme vorhanden sind, so bietet es sich dennoch zunächst der Einfachheit halber an, sich wiederholende Arbeitsabläufe einer dies weitgehend automatisch erledigenden Systematik zuzuführen. Was ist dazu notwendig? Ansatzpunkt muss eine genaue Analyse der Arbeitsabläufe und Arbeitsinhalte sein, die der Syndikus im Vertragsmanagement zu betreuen hat. Das Ergebnis dieser Analyse muss die Unterscheidung der Arbeitsabläufe und Arbeitsinhalte nach zwei verschiedenen Aufgabentypen sein: der erste Typ kann als das tägliche Massengeschäft

beschrieben werden, wohingegen der zweite Typ die höchstpersönliche Unterstützung durch den Syndikus erfordert. Die Übergänge mögen dabei fließend sein, und der Syndikus wird intern wohl auch nach wichtigen und ganz wichtigen Einzelmandaten zu unterscheiden haben⁴⁰⁶. Grundsätzlich aber sollte sich der Syndikus den Freiraum verschaffen können, Aufgabenstellungen des ersten Typus' standardisiert zu beantworten. Dies erst eröffnet ihm einen angemessenen Umgang mit den Aufgabenstellungen des zweiten Typus', der später noch Gegenstand von Untersuchungen sein wird. Dort geht es nämlich um die vom Syndikus erwartete schnelle Reaktionszeit, innerhalb derer eine Vertragsfreigabe von ihm erhalten wird, verbunden mit prägnanten, lösungsorientierten Anmerkungen für identifizierte Risiken. Alternativ ist dies auch der intensive Dialog mit Managern, bei dem für spezielle Rechtsfragen auch taktische Überlegungen und beste Kenntnisse von Unternehmen und Branche erwartet werden. Wie aber ist dann mit dem Massengeschäft umzugehen? An dieser Stelle bietet die Rechtswissenschaft

⁴⁰⁶ Schwung, S.: „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in Anwaltsblatt 4/1996, S. 186

selbst den ersten Baustein zur Beantwortung dieser Frage. Das Massengeschäft kann und muss über Standards abgedeckt werden, und Standards im rechtlichen Sinne sind zunächst Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB. Es ist Aufgabe des Syndikus', Allgemeine Geschäftsbedingungen vorzuhalten. Die einzelnen Mitarbeiter müssen die Möglichkeit haben, sich wiederholende Gegebenheiten – etwa eine Angebotserstellung – auf einfacher Basis unter Zugrundlegung der eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch ohne weiteres Zutun des Syndikus' rechtssicher zu erledigen. Dass es Aufgabe des Syndikus' ist, solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die immer wiederkehrenden Geschäftsvorfälle des eigenen Unternehmens zu entwickeln, ist natürlich nicht neu. Wesentlich ist aber ein weiterer Gedanke: es bietet sich an, diese Standards, also die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, technisch zentral abrufbar zur Verfügung zu stellen. Der Chefsyndikus der Deutschen Lufthansa AG, von Ruckteschell, trägt dazu vor, dass *„ein standardisierter Mietvertrag zu jeder Zeit an jedem Ort*

*dieser Welt, auch zur Unzeit, abrufbar sein muss*⁴⁰⁷. In einem Unternehmen der IT-Branche, das beispielsweise Standardsoftware verkauft und die Nutzung lizenziert, müssen sämtliche wesentlichen Lizenzmodelle nicht nur durch die Lizenzbedingungen – für die die §§ 305 ff. BGB gelten – definiert sein, vielmehr müssen diese Lizenzbedingungen auch ständig und problemlos abrufbar sein. Ständig und problemlos bedeutet hier insbesondere auch, dass dies ohne weiteres Zutun und ohne Erklärung durch den Syndikus erfolgen können muss. Zur Lösung dieser Aufgabe bieten sich moderne Netzwerktechniken an. Die Standards sollten auf Netzlaufwerken oder auf firmeninternen Intranets abgelegt werden. Solche Netzwerke oder Intranetlösungen haben den Vorteil, dass alle Mitarbeiter eines Unternehmens darauf zugreifen können, so lange sie nur Zugriff auf die firmeninternen IT-Infrastrukturen haben. Zugleich aber ist Vorteil, dass es sich eben nur um einen geschlossenen Nutzerkreis handelt, der unmittelbaren Zugriff auf diese Standards hat. Dem geschlossenen Benutzerkreis können dann auch noch

⁴⁰⁷ von Ruckteschell, N. I. in „Die Konzernrechtsabteilung“, Vortrag auf den Unternehmensjuristentagen 2006, 22.02.2006, Berlin

weitergehende Erklärungen zu den Standards beigefügt werden. Sinnvoll ist es auch, Erläuterungen zur rechtssicheren Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einen Vertrag zur Verfügung zu stellen. Auch Listen, die gängige und häufig wiederholte Fragen aufgreifen – so genannte FAQs, also **Frequently Asked Questions** – können im Zusammenhang mit einer solchen zentralen technischen Lösung zugänglich gemacht werden. Das nachfolgende Bild ist die Kopie einer Monitoransicht. Damit wird exemplarisch die Möglichkeit dargestellt, wie eine intranetbasierte Lösung aussehen kann.

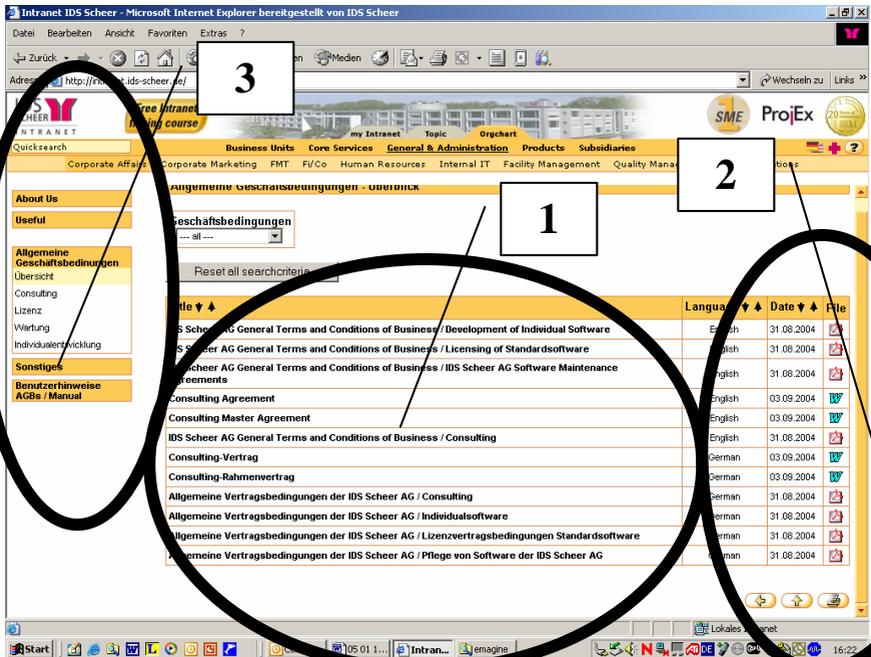


Abbildung 20: Beispiel einer Intranet-Lösung⁴⁰⁸

In Mitte des Bildschirms befindet sich eine zentrale Tabelle, die hier zur besseren Erklärbarkeit die Nummer 1 zugewiesen bekommen hat. Hier werden nach Themen sortiert jeweils die einzelnen Allgemeinen Geschäftsbedingungen tabellarisch aufgeführt. Auf der rechten Seite der Tabelle, hier bezeichnet mit der Nummer 2, können durch einen Mausklick die jeweiligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgewählt und direkt

⁴⁰⁸ Quelle: IDS SCHEER AG

auf den Computer des Anwenders herunter geladen werden. Am linken Bildrand, hier bezeichnet mit der Nummer 3, ist eine generelle Übersicht geboten. Dort finden sich auch weitergehende Hilfestellungen und Verweise. Wichtig ist auf die Unveränderbarkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu achten, damit nicht eine Vielzahl – dann gar widersprüchlicher – Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Umlauf sind. Im vorangehenden Beispiel sind daher die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einer Form zum Herunterladen angeboten, die eine Veränderung technisch zunächst einmal praktisch unmöglich macht. Nur solche Textbausteine, die als Vorlagen zum Verändern gedacht sind, sollten auch als Word-Dokument zur Verfügung gestellt werden. Die Möglichkeiten einer solchen technischen Basis sind nahezu unbegrenzt. So ist es denkbar, über diesen Weg auch verschiedene sprachliche Fassungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzubieten, was gerade bei international agierenden Unternehmen einen klaren Vorteil bietet. Im Ergebnis ist es dann folgerichtig und konsequent, in einer Intranet- oder Netzwerklösung möglichst alle die Kernprozesse betreffenden Muster- und Standardverträge

zum Herunterladen für die Mitarbeiter des Unternehmens vorzuhalten. Dazu gehört nicht nur das typische „Kleingedruckte“, das oft als Allgemeine Geschäftsbedingungen verstanden wird. Sinnvoll ist es vielmehr, auch Vorlagen zum Erstellen ganzer Vertragswerke zum Herunterladen bereit zu halten. Gemeint sind damit ganze Bausteine, die zusammen mit anderen Bausteinen als Module zusammengesetzt werden können, und mit denen Anwender Grundlagen für das eigenständige Erarbeiten von Verträgen haben. Ist dies umgesetzt, entwickelt sich eine solche technisch gestützte Lösung zu einer als solchen bezeichneten IT Contract Library (ITCL)⁴⁰⁹. Der dahinter liegende Gedanke ist der, dass bei IT-Verträgen immer wieder identische und typische Problemfelder auftauchen⁴¹⁰. Einige dieser Problemfelder waren in den vorangegangenen Kapiteln beschrieben worden. Stehen aber immer wiederkehrende Problemfelder zur Diskussion, spricht vieles für deren Bearbeitung mit Standardlösungen. In letzter Konsequenz führt dies zu

⁴⁰⁹ *Söbbing, T.*: „IT Contract Library (ITCL)“ in ITRB 2006, S. 65

⁴¹⁰ *Söbbing, T.*, ebenda

einem modularen Aufbau ganzer Vertragswerke⁴¹¹. An dieser Stelle ist es nicht mehr Aufgabe des Syndikus', sich operativ in das Gestalten einzelner Passagen eines Vertrages einzubringen. Vielmehr stellt sich die strategisch-konzeptionelle Aufgabe, solche Vertragsmodule bereit zu stellen, die den Gegebenheiten des Unternehmens und insbesondere dessen Geschäftsmodellen gerecht werden. Selbstverständlich trägt der Syndikus auch die Verantwortung dafür, dass die einzelnen Module zueinander passen und vor allem widerspruchsfrei aufgebaut sind. Dass sich derartige modulare Bauweisen ganzer Vertragswerke nicht nur als theoretische Möglichkeit anbieten, sondern einen hohen praktischen Nutzen haben und auch anwendbar sind, zeigen die vom BITKOM e.V. herausgegebenen Konditionenempfehlungen für dessen Mitglieder. Der für die Erarbeitung verantwortlich zeichnende Fachausschuss hat sich bewusst für eine solche modulare Gestaltung entschieden, wie sie der nachfolgenden Grafik zu entnehmen ist.

⁴¹¹ *Söbbing, T.*, ebenda



Abbildung 21⁴¹²: modulares AGB-Konzept des BITKOM e.V.

Eine solche modulare Bauweise erfordert zwar in der Erstellungsphase einen höheren Aufwand, weil komplexer darüber nachgedacht werden muss, welche Regelungsinhalte den jeweiligen Modulen zugeordnet werden sollen. Auch gilt es natürlich – wie bereits erwähnt – mögliche Widersprüche zu vermeiden. Zugleich kann aber durch die zentral stehenden Allgemeinen Vertragsbedingungen eine

⁴¹² Quelle: BITKOM e.V., Berlin

Vielzahl von Wiederholungen vermieden werden. Im Grunde handelt es sich um der juristischen Arbeitsweise nicht fremde ‚Klammertechnik‘, bei der, ähnlich zum BGB, allgemein und für sämtliche Vertragsarten geltende Regelungen ‚vor die Klammer‘ gezogen werden, und nur die jeweils speziellen Bedingungen für die jeweilige Vertragsart noch in dem Einzelmodul definiert werden müssen. Im Falle der Konditionenempfehlungen des BITKOM e.V. bedeutet dies, dass in den Allgemeinen Vertragsbedingungen – abgekürzt AV – beispielsweise unter:

Ziffer 1.) Vergütung, Zahlungen, vorzeitige Beendigung, Termine,

Ziffer 2.) Zusammenarbeit, Mitwirkungspflichten und Vertraulichkeit,

Ziffer 3.) Störungen bei der Leistungserbringung,

Ziffer 4.) Sachmängel und Aufwandsersatz,

Ziffer 5.) Rechtsmängel,

Ziffer 6.) Allgemeine Haftung des Anbieters, und

Ziffer 7.) Sonstiges

geregelt werden. In den einzelnen Modulen erfolgt dann an den jeweiligen Stellen ein passender Verweis „hoch“ in

diese Allgemeinen Vertragsbedingungen. So lautet es in den „Vertragsbedingungen des BITKOM für Dienstleistungen“ für das Leistungsstörungenrecht an Ziffer 7.2: „Für etwaige darüber hinausgehende Aufwendungs- und Schadensersatzansprüche gilt Ziffer 6 der AV BITKOM.“⁴¹³

Ein Vorteil, der bei dieser Vorgehensweise auf der Hand liegt, ist die später vergleichsweise einfache Möglichkeit, die entstandene IT Contract Library um neue Module für neue Geschäftsmodelle zu erweitern. Ebenso können nicht mehr angebotene Geschäftsmodelle und deren Module vergleichsweise einfach aufgegeben werden. Ein letzter auf Basis technischer Verfahren gründender Ansatz für Methoden im Vertragsmanagement ist der Aufbau und der Unterhalt einer elektronischen Vertragsdatenbank. In eine solche Vertragsdatenbank können per Scanner erstellte Kopien sämtlicher abgeschlossener Verträge eingestellt und später abgerufen werden. Der Vorteil einer solchen Vertragsdatenbank ist der Folgende: zunächst können durch eine geeignete Indizierung der Vertragsinhalte in der Zukunft zu betreuende ähnliche oder vergleichbare

⁴¹³ Vertragsbedingungen des BITKOM für Dienstleistungen, Version 1.2 vom 16.03.2005, Quelle: BITKOM e.V., Berlin

Vertragsgegenstände leichter in einer weitgehend identischen Form bearbeitet werden. Der weitere Vorteil ist der einer besseren Reaktionsgeschwindigkeit und Zugriffsgeschwindigkeit auf einen Vertrag bei Eskalationsfällen, da Verträge nicht erst langwierig gesucht werden müssen, sondern schnell auffindbar sind. Da Voraussetzung für eine elektronische Datenbank das Scannen der Verträge ist, können die gescannten Verträge auch schnell weiter geleitet werden, beispielsweise per e-Mail an interne Mitarbeiter und externe Rechtsberater. Hierbei ist es dann ein erkennbar signifikanter Vorteil, wenn ähnlich gelagerte Fragestellungen durch ein einheitliches Vertragsmanagement auch ähnlich geregelt wurden. Die Nutzung technischer Möglichkeiten im Vertragsmanagement hat also wie gezeigt eine Vielzahl von Vorteilen. Der wesentliche Vorteil ist die Möglichkeit, standardisierte Anfragen und das Massengeschäft auf eine weitgehend automatisierte Ebene zu bringen, um im Gegenzug Freiräume für solche Themen und Risiken zu haben, die durch Nutzung technischer Möglichkeiten nicht bedient werden können. Allerdings dürfen beim Einsatz derartiger technischer Verfahren nicht die damit

verbundenen Nachteile und Probleme außer Acht gelassen werden. Eine IT Contract Library verfolgt zwar das Ziel, dass Mitarbeiter unter Nutzung der vorgehaltenen Module eine sinnvolle, eigenständige Vertragsgestaltung schaffen können⁴¹⁴. Genau dies ist aber auch das zentrale Problem: Voraussetzung für eine effektive und vor allem korrekte Nutzung einer derartigen IT Contract Library ist ein hohes Verständnis derjenigen Mitarbeiter, die anhand dieser Library ihre Vertragsgestaltung eigenständig vornehmen sollen. Selbst wenn ausführliche Anweisungen und Anleitungen zum Umgang mit den Modulen angeboten werden, entstehen doch fast zwangsläufig Rückfragen. Dies beginnt damit, dass für das jeweilige Geschäftsmodell auch das tatsächlich passende Modul gefunden und ausgewählt wird. Schon hierbei treten erste Rückfragen auf. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: ein weit verbreiteter Irrtum ist der Glaube, dass die Art und Weise der Vergütung die vertragstypologische Einordnung des Vertrages determiniert. Konkret ist es in der IT-Branche erstaunlich weit verbreitete Ansicht, dass ein *Festpreisprojekt* immer auch ein *Werkvertrag* sein muss, wohingegen ein nach *Aufwand*

⁴¹⁴ Söbbing, T.: „IT Contract Library (ITCL)“ in ITRB 2006, S. 65

abgerechnetes Projekt stets ein *Dienstvertrag* sein muss. Dass das eine mit dem anderen zwar zusammenhängen kann, dies aber nicht zwangsläufig tun muss, ruft regelmäßiges Erstaunen hervor. Tatsache ist aber auch, dass in der Konsequenz dieses Irrtums bei der Wahl eines Moduls aus der IT Contract Library die Art der Vergütung die Auswahl des Moduls determiniert. Natürlich kann dies allenfalls zufällig zu einem stimmigen Vertragsergebnis führen. Was ist zu tun? Umfassende Anleitungen helfen kaum, denn sie werden kaum gelesen und rufen dann in einer Vielzahl der Fälle nur Rückfragen hervor. Damit verliert das für das Standardgeschäft gedachte moderne System mit Modulen auf Basis technischer Möglichkeiten erheblich an Sinn. Soll aber der Grundgedanke, Standardgeschäft durch Standards zu bedienen, nicht völlig aufgegeben werden, so kommen als Lösung letztlich nur auf die eigenen Standards abgestimmte Schulungen in Betracht. Diesen Gedanken greift das folgende Kapitel auf.

4.4.2 Vertragsmanagement durch Schulungen

Das Definieren von Standards, wie im vorangegangenen Kapitel dargestellt, ist für ein mittelständisches Unternehmen in der IT-Branche wesentlich. Unter

Beachtung der eingeschränkten Ressourcen muss es die Rechtsabteilung schaffen, sich auf solche Themen zu konzentrieren, die über Standardverfahren nicht gelöst werden können. Das vorangegangene Kapitel hat Wege aufgezeigt, um rechtlich Mögliches – nämlich Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB – ideal im Unternehmen bereit zu stellen. Zugleich aber wurde aufgezeigt, dass dieser Ansatz nicht ganz unproblematisch ist. Dies deswegen, weil nachvollziehbar kein Standard hilft, wenn er falsch verwendet wird. So lange die falsche Verwendung auffällt, ist dies noch nicht von besonderer Bedeutung für das Unternehmen, da der Syndikus dann noch eingreifen kann. Kritisch ist das Ergebnis in der Krise, wenn der Syndikus nicht rechtzeitig eingreifen konnte. Dann muss auf der Grundlage nicht passender oder jedenfalls nachteiliger Verträge eine Lösung zugunsten des Unternehmens gefunden werden. Wichtig ist daher die umfassende Schulung aller Mitarbeiter eines Unternehmens in Fragen des Vertragsrechts. Sollen wie im letzten Kapitel dargestellt Standards bereitgehalten werden, so ist es zwangsläufig wesentliche Aufgabe des Syndikus', die Mitarbeiter auf deren korrekte Anwendung und

Handhabbarkeit zu schulen. Schulungen durch die Syndici dürfen dabei jedoch keine falsche Zielsetzung verfolgen: es geht nicht darum, an den Schulungen teilnehmende Manager ihrerseits zu Juristen zu bilden und juristische Vorlesungen aus dem Hörsaal der Universität in den Schulungsraum des Unternehmens zu verlagern. Juristisches Expertenwissen muss immer der Rechtsabteilung zentral vorbehalten bleiben. Es kann nicht in das Unternehmen als solches aus- oder in einzelne Bereiche vorverlagert gelagert werden. Ziel solcher vom Syndikus gehaltenen Schulungsmaßnahmen kann nur die Schaffung einer allgemeinen *Sensibilitätslage* und eines *Verständnisses* für Zusammenhänge sein, aus der heraus vermeidbare Fehler so weit wie möglich vermieden werden. Hier schließt sich erkennbar der Kreis zum Risikomanagement. Auch dies ist Aufgabe der Syndici. Die Erhöhung der Sensibilität schließt dabei aber nicht die Vermittlung juristischer Inhalte aus. Vielmehr ist es wichtig, Mitarbeitern des Unternehmens auch die für ihr Geschäft relevanten rechtlichen Grundlagen in einer dem juristischen Laien zugänglichen Form näher zu bringen. Dies wirft die Frage auf, welche Inhalte durch Schulungen zu vermitteln sind. Die Antwort darauf muss sich in ihren Details an den

Geschäftsmodellen eines einzelnen Unternehmens orientieren: ein IT-Unternehmen, das sich schwerpunktmäßig mit dem Vertrieb von Standardsoftware und der dazugehörigen Wartung beschäftigt, wird sich auch bei den Inhalten einer solchen Schulung eher an Fragen der Nutzungsrechte und von Wartungsverträgen orientieren. Ein Beratungsunternehmen, dessen geschäftlicher Schwerpunkt in der Implementierung von Software liegt, sieht seine Schwerpunkte deutlich stärker im Werkvertrags- und Dienstvertragsrecht liegen. Zwei Aspekte dürfen aber bei der Planung von Schulungsmaßnahmen nie außer Acht gelassen werden: *erstens* bietet es sich an, die Gruppe der zu schulenden Mitarbeiter nicht zu eng auszuwählen. Gerade auch Geschäftsführer und leitende Mitarbeiter, die das Geschäft schon lange kennen und betreiben, sollten sich zu Schulungen einfinden. Einerseits ist es nämlich wichtig, dass sich auch führende Mitarbeiter zeigen, eine ausgeprägte Risikosensibilität zu besitzen. Denn dann kann das langjährige fachliche Expertenwissen dazu beitragen, eine Schulung sehr praxisbezogen zu gestalten. Hinzu kommt: auch sie wissen noch nicht alles. Nehmen wir ein Beispiel aus der Realität: ein Mitglied der Geschäftsführung ruft

seinen erstaunten Syndikus an und teilt diesem mit, laufende Vertragsverhandlungen, bei dem das Unternehmen Leistungen anbietet, nun selbst in die Hand genommen zu haben. Wegen der bis zu diesem Zeitpunkt durch die beteiligten Juristen noch zu klärenden Haftungsklausel habe er – wenn die Juristen sich halt nicht einigen könnten – „... nun die Haftung nach dem Gesetz bestimmt, dies sei sicherlich eine faire und schnelle Lösung unter Kaufleuten“. Dieses Mitglied der Geschäftsführung offenbart mit seiner Aussage nicht unerhebliche Schwächen im Hinblick auf das Vertragsmanagement. Eine Schulung bietet sich, um die Sensibilität für die sich aus der gesetzlichen Haftungssystematik ergebenden Risiken für das Unternehmen zu fördern. Es lassen sich fast endlos vergleichbare Formulierungsbeispiele aus dem realen Leben aneinander reihen⁴¹⁵:

- „ ... zur Haftung sagen wir besser nichts, denn dann haften wir nicht!“
- „... Gewährleistung kostet € 3000 im Monat!“

⁴¹⁵ sämtliche Formulierungen sind weitgehend wortwörtlich aus dem Gedächtnis wider gegeben

- „... nein, wir haben keinen Vertrag mit dem Kunden, denn wir haben ja nichts unterschrieben!“
- „... warum sollen wir denn bei Open Source Software unseren Quellcode offen legen, das sehe ich nicht ein!“
- „...wir schließen also nur Werkverträge, denn wir wollen ja Erfolg haben?“

Teilweise werden bei gewählten Formulierungen auch fast kreative Lösungsansätze produziert, wie der folgende Satz zeigt, der aus einem Leistungsverzeichnis entnommen wurde: „... wir garantieren mit hoher Wahrscheinlichkeit ...“. Es ist offensichtlich, dass solche Formulierungen im Umgang mit dem Vertragsmanagement Unsicherheiten erkennbar machen. Dies bezieht sich schon auf Fragen wie das Zustandekommen von Verträgen, aber auch auf das Verständnis für Kernbegriffe des Schuldrechts, worunter etwa Abgrenzung von Garantie und Gewährleistung oder die Frage nach den wesentlichen Unterschieden einzelner Vertragstypen fällt. Kommerzielle Anbieter haben den Bedarf nach entsprechenden Schulungen erkannt: der EUROFORUM⁴¹⁶ Verlag etwa bietet für etwa 1.700 €

⁴¹⁶ www.euroforum-verlag.de/it-vertraege

Kursentgelt einen „*Schriftlichen Management-Lehrgang in 13 Lektionen an*“, bei dem die Lehrgangsteilnehmer „... *alle wesentlichen Aspekte zur erfolgreichen Gestaltung und Abwicklung [von ...] IT-Verträgen*“ vermittelt bekommen. Noch allgemeiner ist das Angebot des selben Anbieters zum Thema „*Vertragsgestaltung*“⁴¹⁷, in dem vermittelt wird, was die Teilnehmer des Lehrgangs „*beim Abschluss von Verträgen unbedingt beachten müssen!*“ Soweit ein Unternehmen eine eigene Rechtsabteilung hat, sollten die Schulungen jedoch anhand von konkreten und unternehmensbezogenen Beispielen durch die eigenen Syndici durchgeführt werden. Vorstellbar ist auch, dass unterschiedliche Bausteine angeboten werden. Die nachfolgende Grafik verdeutlicht diesen Gedanken der Systematik mit Bausteinen an Schulungen für ein exemplarisches IT-Unternehmen, das einerseits Softwareprodukte vertreibt, andererseits aber im weitesten Sinne als Unternehmensberatung aktiv ist und dabei mit Werk- und Dienstverträgen in Berührung kommt. Hier gibt es zunächst eine Grundlagenschulung zum Allgemeinen Vertragsrecht, ergänzt um eine fachspezifische Schulung,

⁴¹⁷ www.euroforum-verlag.de/vertraege

bei der dann konkrete Fragen zu einzelnen Geschäftsmodellen angeboten werden können.

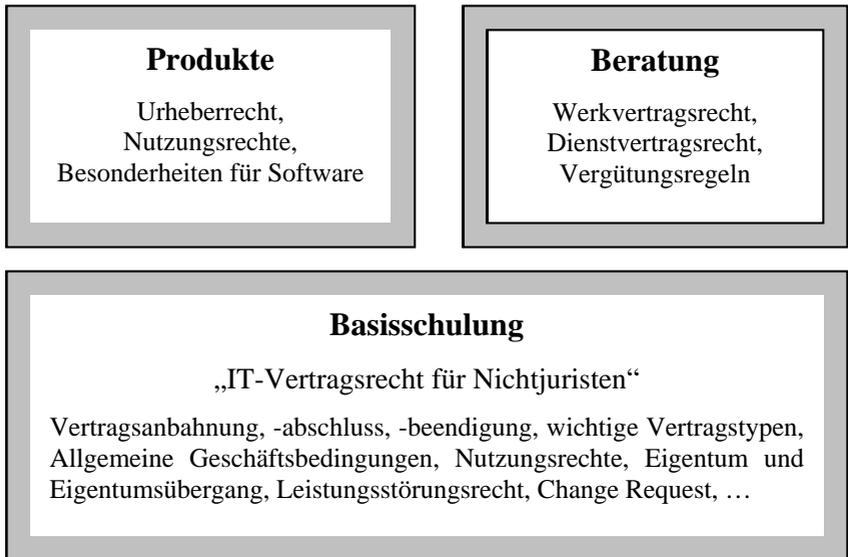


Abbildung 22: beispielhafte Schulungsbausteine in einem IT-Unternehmen

Eine elegante Lösung ist es zuletzt auch, Schulungen nicht nur in der klassischen Form einer Präsenzveranstaltung anzubieten. Gerade in IT-Unternehmen, in denen den Mitarbeitern die Nutzung technisch ausgerichteter Medien aus dem Tagesgeschäft bekannt ist, bieten sich zur Präsenzveranstaltung Alternativen an. Schulungsinhalte können beispielsweise auch über eine elektronisch gestützte

Lernplattform⁴¹⁸ vermittelt werden. Bei Nutzung des firmeninternen Intranets wird bei niedrigen laufenden Kosten sehr hohe Informationsverfügbarkeit erreicht. Zudem ist es möglich, unterschiedliche Medien technisch miteinander zu verbinden.

4.4.3 Vertragsmanagement durch Prozessgestaltung

Vorab: ist im Folgenden von *Prozessen* und *Prozessgestaltung* die Rede, dann betrifft dies nicht die Prozesse, die der *Jurist* für gewöhnlich meint. Die Bedeutung der Begriffe ‚Prozess‘ und ‚Prozessgestaltung‘ bedürfen daher an dieser Stelle zunächst einer Klärung: der juristische Prozess, wie er etwa in der *Zivilprozessordnung* verwendet wird, unterscheidet sich vom Begriff des *Geschäftsprozesses* in einigen wesentlichen Aspekten. Der *juristische Prozess*, eben etwa der im Zivilrecht der ZPO, basiert auf der Normierung von Vorgehensweisen in einem gerichtlichen Verfahren, dessen grundlegendes Ziel es ist, durch das Eingreifen in Rechte und das Zugestehen von Rechtspositionen die objektive Rechtsordnung zu bewahren,

⁴¹⁸ *Sprenger, P., Wachter C. Scheer, A-W.* (Hrsg.): „Learning Services als Bestandteil einer eHR-Strategie“ in: *Die e-Transformation beginnt!*, Heidelberg 2001, S. 221

einen gestörten Rechtsfrieden wieder herzustellen und Konflikte zu lösen⁴¹⁹. Der Begriff des *Geschäftsprozesses*, wie er nachfolgend verwendet wird, meint etwas davon Abweichendes: *Geschäftsprozesse* und deren Gestaltung streben eine günstige betriebswirtschaftlich-organisatorische Lösung an⁴²⁰. Beide Prozessarten stellen dabei aber auf eine Vorgehensweise ab, die in ihren Details geregelt wird. Während aber der Prozess im Sinne der Rechtswissenschaften als Institution zuletzt auch eine soziale Aufgabe hat⁴²¹, geht es bei der Gestaltung von Geschäftsprozessen für Unternehmen um eine betriebswirtschaftliche, allein das Unternehmen betreffende Optimierungsfrage⁴²². International anerkannt ist, dass eine durchgängige Prozessgestaltung Unternehmen in vielen Belangen entscheidende Wettbewerbsvorteile bieten kann. Beispielsweise hält das US-Patent No. 60/514,613 ausdrücklich fest: „*The success of an organization is tied to*

⁴¹⁹ Zöller-Vollkommer, Einleitung Rn. 39

⁴²⁰ Scheer, A.-W.: ARIS – Vom Geschäftsprozess zum Anwendungssystem, 3. Aufl., Berlin u.a. 1998, S. 22

⁴²¹ Zöller-Vollkommer, Einleitung Rn. 39

⁴²² Scheer, A.-W.: ARIS – Vom Geschäftsprozess zum Anwendungssystem, 3. Aufl., Berlin u.a. 1998, S. 58

the success of its business processes“⁴²³. Die Wertschöpfung in einem Unternehmen findet entlang von Geschäftsprozessen statt; dies bedeutet: jeder einzelne Schritt, jedes Handeln in einem Unternehmen ist als Prozessschritt zu verstehen. Die Gesamtheit aller Geschäftsprozesse in einem Unternehmen beschreibt, wie Ergebnisse zustande kamen und warum sie sich so ergaben. Geschäftsprozesse definieren, in welcher Reihenfolge sämtliche Aktivitäten von bestimmten organisatorischen Einheiten eines Unternehmens durchgeführt werden⁴²⁴. Als Teilbereich eines Unternehmens betrifft dieses Denken in Geschäftsprozessen auch die Rechtsabteilung. Denn die Rechtsabteilung steht nicht allein im Unternehmen, losgelöst von anderen Bereichen. Das Gegenteil ist der Fall; bereits im Kapitel 3.4.4.1 der vorliegenden Arbeit ging es um die ideale Eingliederung der neu gegründeten Rechtsabteilung in die Gesamtstruktur des Unternehmens. Bei der Frage dort war noch auf abstrakter Ebene die

⁴²³ U.S. Patent No. 60/514,613, “Systems and Methods for Acquiring Time-Dependant Data for Business Process Analysis”, S. 1

⁴²⁴ *Haselbacher, M./ Prax, F./ Vogt, U./ Wuksch, D.:* Prozessmanagement, Wien u.a. 2001, S.23

strukturelle Integration der gesamten Abteilung in das Unternehmen erläutert worden. Gegenstand der Frage dort war also noch nicht, wie einzelne Teilbereiche durch eine ideale Gestaltung ihrer Abläufe bestmöglich arbeiten können. Genau dies ist aber auch Frage bei der Definition von Geschäftsprozessen. Mit Blick auf das Thema des aktuellen Kapitels ist also konkret zu definieren, wie die Prozesse innerhalb eines mittelständischen Unternehmens in der IT-Branche zu gestalten sind, damit die Rechtsabteilung beim Vertragsmanagement risikoorientiert arbeiten kann. Anders als der Output einer Maschine, der im Zweifel durch ein einfaches Anschalten der Maschine generiert wird, ist die Generierung von Output bei einer Rechtsabteilung weitaus komplexer und wirft mehrere Fragen auf. Diese Fragen sind zu beantworten, sollen entsprechende Geschäftsprozesse definiert werden. Was aber liefert die Rechtsabteilung überhaupt als Output? Wie kommt es zu diesem Output? Vor allem: welcher Input ist notwendig, um diesen Output zu erzeugen? Eine Möglichkeit wäre es, dies alles dem Zufall zu überlassen. Die zu erwartende Konsequenz wäre im Vertragsmanagement eine freie und jederzeitige Inanspruchnahme der Rechtsabteilung durch

alle Mitarbeiter des Unternehmens. Dies mag vielleicht sympathisch sein, führt aber zu einer unkoordinierten Fülle von Anfragen, in deren Konsequenz der Syndikus die Entscheidung, welche Anfrage er zuerst abarbeitet, entweder nach dem lautesten Rufen eines Kollegen, nach dem Datum des Eingangs der Anfrage oder einfach nach freiem Gutdünken entscheidet. Dies kann für einen ansonsten strukturiert denkenden Juristen ebenso wenig eine Lösung darstellen, wie für ein prozessorientiertes Unternehmen. Es müssen also Geschäftsprozesse definiert werden, wie Input und Output der Rechtsabteilung aufeinander abgestimmt werden können. Bleiben wir an dieser Stelle bewusst beim Vertragsrecht und definieren mittels einer negativen Abgrenzung: nicht als Output erwünscht ist eine Verhinderung von Unternehmensumsatz mit Verweis auf mögliche Risiken. Es ist nicht zu leugnen, dass jedes Agieren an einem Markt, ja jedes Interagieren in einer Gesellschaft, mit irgendwelchen Risiken verbunden ist. Es ist damit bezogen auf das Vertragsmanagement nicht von der Rechtsabteilung erwünschter Output, unter Verweis auf Risiken Geschäft zu verhindern. Risiken in Verträgen – einige typische vertragliche Risiken aus der IT-Branche sind

im Kapitel 4.2 erläutert worden – sollen vielmehr identifiziert und durch Maßnahmen des Syndikus’ unter Nutzung vornehmlich der Ressourcen der Rechtsabteilung gesteuert werden. Zu den hier vorgeschlagenen möglichen Maßnahmen gehört das Setzen von Standards, deren offensive Bereitstellung sowie das darauf abgestimmte Schulen der Mitarbeiter. Auch dies sind bereits definierte Geschäftsprozesse. Denn Ziel der Standards ist, wie erläutert, das Massengeschäft zu bedienen. Daneben wird es aber immer so sein, dass die Syndici auch direkt ansprechbar sein müssen. Der von den Syndici gelieferte Output ist ein Expertenwissen, und dieses Expertenwissen ist gerade im Hinblick auf das Vertragsrecht sehr gefragt. Dies kann das informelle Gespräch auf dem Flur sein, aber auch das fest terminierte Gespräch in einer großen Konferenzrunde zur Besprechung vertraglicher Inhalte und vertraglicher Risiken. Dies kann aber nicht unkontrolliert und wahllos geschehen. Damit ist klar, in welche Richtung die Frage nach den internen Geschäftsprozessen für das Vertragsmanagement einer Rechtsabteilung zielt: es ist also zu definieren, ‚Wer‘ und ‚Wie‘ die Rechtsabteilung im Zusammenhang mit dem Vertragsmanagement in Anspruch

nehmen kann und darf. Es wird hier vorgeschlagen, dies durch klar abgegrenzte Prozesse festzulegen. Nach den Regeln der Betriebswirtschaftslehre erfolgt das Gestalten von Geschäftsprozessen auf der Basis von Vorwissen sowie die Einbeziehung von Referenzmodellen⁴²⁵. Referenzmodelle sind Dokumentationen über vergleichbare relevante Prozesse in anderen Unternehmen⁴²⁶. Hier stoßen wir aber auf ein interessantes Problem: schon zu Anfang des zweiten Kapitels der vorliegenden Arbeit war festgestellt worden, dass es in Literatur und Wissenschaft kein Standardwissen zum Aufbau und zur Gestaltung einer Rechtsabteilung gibt. Dies gilt umso mehr für einzelne Themen, mit denen sich eine Rechtsabteilung beschäftigt, beispielsweise dem Vertragsmanagement. Dies bedeutet, dass es keine Referenzmodelle zum Geschäftsprozess „Vertragsmanagement in der IT-Branche“ gibt. Ein solcher Referenzprozess kann jedoch gefunden werden, was nachfolgend versucht wird. Ausgangspunkt dafür ist die Frage, wie die Rechtsabteilung in die Struktur des

⁴²⁵ Scheer, A.-W.: ARIS – Vom Geschäftsprozess zum Anwendungssystem, 3. Aufl., Berlin u.a. 1998, S. 61

⁴²⁶ Scheer, A.-W., ebenda

Gesamtunternehmens eingebunden ist. Diese Arbeit hat dazu mehrere Möglichkeiten aufgezeigt. Für ein mittelständisches Unternehmen der IT-Branche wurde in Kapitel 3.4.4.1 festgestellt, dass die Stabsstelle innerhalb des bestehenden Liniensystems eine ideale Art der Integration darstellt. Mit dieser Grundlage ist nun zu fragen, wie und vom wem die Inanspruchnahme der Rechtsabteilung erfolgen kann. Für eine Stabsstelle – auch für eine solche innerhalb des Liniensystems – ist es nicht unüblich, die Inanspruchnahme nur über die jeweiligen Abteilungsleiter zu ermöglichen. Dies verhindert ohne Zweifel eine Überfrachtung der Rechtsabteilung und deren begrenzter Ressourcen mit Anfragen, da im Idealfall alle bekannten auftretenden Standardfragen innerhalb einer jeden Abteilung durch dort vorhandenes Erfahrungswissen beantwortet werden kann. Erst wenn innerhalb einer Abteilung keine Lösungen bekannt sind oder trotz bekannter Lösungen Unsicherheiten bestehen bleiben, ist über den Abteilungsleiter oder einem von diesem autorisierten Mitarbeiter eine Anfrage an die Rechtsabteilung zu stellen. Der Vorteil einer solchen Struktur liegt auf der Hand: soweit Rückfragen an die Syndici nötig sind, setzen diese auf einer

angemessenen fachlichen Expertise der Fragenden auf. Auch immer wiederkehrende Fragen zu identischen Themen können gut vermieden werden. Denn der Abteilungsleiter ist *technisch*-fachlich versiert, er kennt und versteht die Grundlagen der in jedem ihn betreffenden Einzelfall relevanten juristischen Lesarten eines Problems. Andersherum gilt dies ebenso, wohl mit gespiegelten Vorzeichen: der Syndikus ist *juristisch*-fachlich versiert und kennt und versteht zugleich die Grundlagen der in jedem ihn treffenden Einzelfall relevanten technischen Lesarten eines Problems. Dies führt zu einer ergebnisorientierten Ausgestaltung der Zusammenarbeit von Fachbereich und Rechtsabteilung, die sich auf wesentliche Anfragen und Themen konzentrieren kann. Der hinter diesen Ausführungen stehende Gedanke soll durch folgendes einfache Beispiel verdeutlicht werden: angenommen sei, dass den leitenden Managern durch Schulungen der Unterschied zwischen *Garantien* einerseits zu der *Haftung für Sach- und Rechtsmängel* („Gewährleistung“) andererseits vermittelt worden ist. Vermittelt wurde insbesondere, dass der *umgangssprachlich* verwendete Begriff der Garantie häufig etwas anders meint als der *gesetzliche*

Garantiebegriff. Erklärt wurden in der Schulung dann auch, dass Garantien, wenn sie wirklich übernommen werden sollen, nach Art und Umfang ausgestaltet werden können⁴²⁷, um das Unternehmen nicht einem unüberschaubaren Haftungsrisiko auszusetzen. Auch die hinter dieser Unterscheidung liegenden kommerziellen Aspekte wurden dargestellt: dabei geht es beispielsweise um die notwendige Bildung von Rückstellungen für den Eintrittsfall der Garantie, die anders zu behandeln sind als Rückstellungen für Sach- und Rechtsmängel. Dies vorausgestellt, ist es aber wohl so, dass in IT-Projekten Kunden vom Auftragnehmer für einzelne Leistungen eine punktuelle Garantie im eigentlichen Sinne haben wollen, da einige Funktionalitäten für die Nutzer von IT-Systemen von höchster Bedeutung sind⁴²⁸. Das Gewähren von Garantien ist auch nicht ausgeschlossen, so lange wie mit dem Kunden vereinbart wird, dass die wirtschaftlichen Risiken kalkulierbar bleiben. Diese Diskussion über Garantien aber, insbesondere, ob und

⁴²⁷ *Stadtler, A.*: „Haftungsrisiken bei Übernahme von Beschaffenheitsgarantien in IT-Verträgen nach neuem Recht“ in ITRB 2004, S. 234

⁴²⁸ *Schneider, J.*: „Die Beschreibung des Vertragsgegenstandes bei Standardsoftwarebeschaffung“ in ITRB 2004, S. 41

wie im Zusammenhang mit der Gewährung einer Garantie die wirtschaftlichen Risiken für das eigene Unternehmen kalkulierbar bleiben, muss ständig wiederholt mit den Syndici geführt werden. Der mit der Akquise eines IT-Projektes betraute Mitarbeiter sollte daher zunächst in seiner eigenen Fachabteilung die Informationen abfragen, die durch die Schulungen vermittelt bei seinen Vorgesetzten vorhanden sind. Erst wenn der Vorgesetzte trotz des in der Schulung vermittelten Wissens um die Zusammenhänge mit einer Garantie einzelne konkrete Fragen nicht beantworten kann, kommt ein Gespräch aller beteiligten Mitarbeiter – Akquise, Vorgesetzter und Syndikus – zustande. Dann können die Fragen dieses speziellen Einzelfalls geklärt werden. Vermieden wird damit nämlich, dass der Syndikus in dauernder Wiederholung durch Einzelgespräche die Abgrenzung von Garantie und Gewährleistung erläutert, und somit für jeden anfragenden Mitarbeiter eine Individualbetreuung durchführt. Geschäftsprozesse können mit Hilfe von Software auch visualisiert werden. Dabei werden die einzelnen Unterprozesse, die einen Gesamtprozess ausmachen, grafisch zueinander in Verbindung gesetzt. Das nachfolgende Prozessbild

verdeutlicht den eben vorgeschlagenen Gedanken für den Prozess des Vertragsprüfungsprozesses in einem Unternehmen grafisch. Es ist erkennbar, dass sich ein Vorteil unter anderem aus der besseren Nachvollziehbarkeit der Struktur interner Abläufe ergibt.

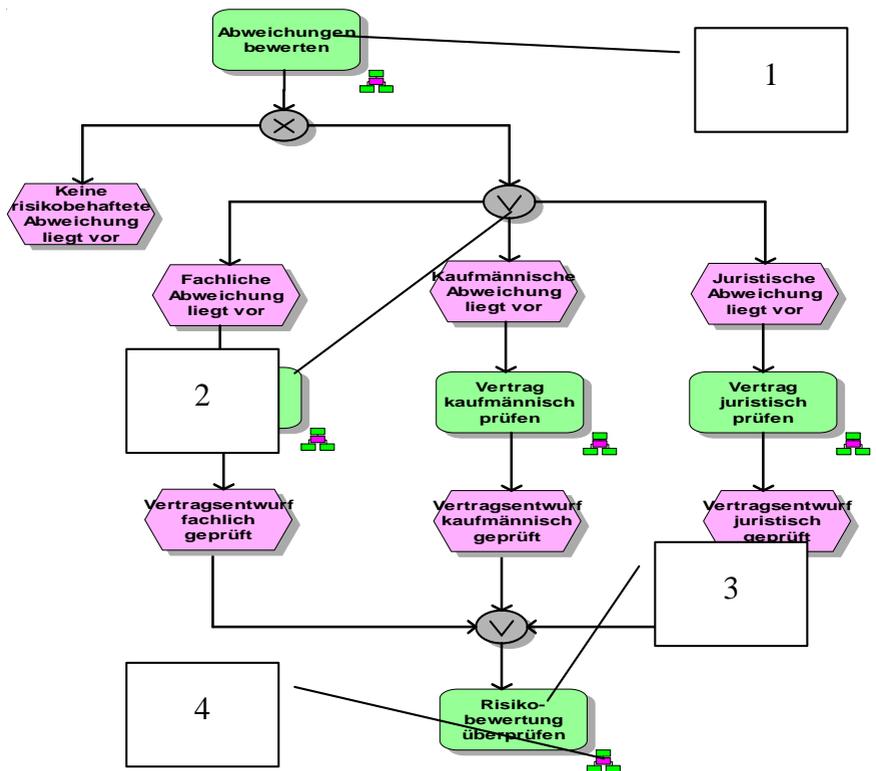


Abbildung 22: Referenzprozess (1) Vertragsprüfung, erstellt mit ARIS®

Die vorstehende Grafik wählt bei Ziffer (1) den Ausgangspunkt: dies ist die festgestellte Abweichung von den durch die Rechtsabteilung definierten Standards für das eigenen Unternehmen in den Forderungen des Kunden. Dies kann beispielsweise die zuvor beschriebene Anforderung sein, für einzelne Leistungen eine Garantieerklärung abgeben zu müssen. Diese Abweichung betrifft aber nicht nur juristischen Themen, sondern weist eben auch unmittelbaren Bezug zu kommerziellen und fachlichen Fragen auf. *Innerhalb* des betroffenen Fachbereiches findet jetzt eine erste Prüfung statt: diese betrifft sämtliche Fragen, die sich aus den Anforderungen des Kunden ergeben. Also sind nicht nur fachspezifische Fragen zu klären, sondern durch den Fachbereich auch die kommerziellen und die juristischen Fragen. Dies ist auch deswegen sinnvoll, weil alle diese Fragen immer im Zusammenhang stehen, wie mehrfach in dieser Arbeit heraus gestellt wurde. Der Prüfungsprozess ist in der obigen Grafik mit der Nummer (2) dargestellt. Das Ergebnis des Prüfungsprozesses ist der Teilprozess mit der Nummer (3): es ist das Ergebnis der gesamten Bewertung der vom Kunden gewünschten Änderungen. Erst wenn diese für den Fachbereich unter

Rückgriff auf das dort vorhandene Fachwissen nicht mehr abschätzbar ist, kommt wegen der Vertragsprüfung eine Verknüpfung zu den Syndici zustande. Die Verknüpfung wird durch die kleine Grafik mit der Ziffer (4) grafisch dargestellt. Derart könnte also ein Referenzprozess für das Vertragsmanagement in der mittelständischen IT-Branche aussehen. Natürlich gilt: bei diesem Geschäftsprozessmodell für das Vertragsmanagement darf der Prozess nicht zu statisch sein. Flexibilität muss sein, um offene Fragen, für die einzelne Mitarbeitern im Unternehmen kurzfristig und spontan eine Antwort benötigen, auch tatsächlich bearbeiten zu können. Die Rechtsabteilung darf sich unter Bezugnahme auf einen definierten Prozess nie nach Außen abschotten, sie muss vielmehr unmittelbare Fragestellungen auch auf dem direkten Wege beantworten dürfen. Dies kann im Zweifel auch zu einem Rückverweis führen, weil entsprechendes Fachwissen in dem jeweiligen Bereich vorhanden ist. Dennoch muss aber eine unmittelbare Ansprechbarkeit gewährleistet bleiben. Eine erheblich andere Situation stellt sich dar, wenn die Rechtsabteilung zur Unterstützung beim Vertragsmanagement solcher IT-Projekte angefordert wird, die von Grund auf neu gestaltet werden. In solchen IT-

Projekten wird nicht auf die Standards des Unternehmens zurückgegriffen, sondern die Verträge werden vollständig neu entwickelt. Der Grund mag darin liegen, dass der Kunde seine eigenen Vertragsentwürfe verwenden möchte und eine entsprechende Marktmacht besitzt, oder aber dass aufgrund der hohen Individualität des IT-Projektes auch eine sehr hohe Individualisierung der Verträge notwendig ist. Hier besteht bereits eine Schnittstelle zum nächsten Kapitel, in dem es um die *Vertragsverhandlung* geht. Doch auch das individuelle Erstellen von Verträgen sollte nach klaren „Spielregeln“ ablaufen. Auch hierfür können also Geschäftsprozesse definiert werden. Die nachfolgende Grafik stellt ein Beispiel für einen solchen Prozess vor, bei dem es eben nicht mehr um die Auseinandersetzung mit standardisierten Themen geht, sondern wo im Vordergrund eine individuelle Vertragserstellung steht.

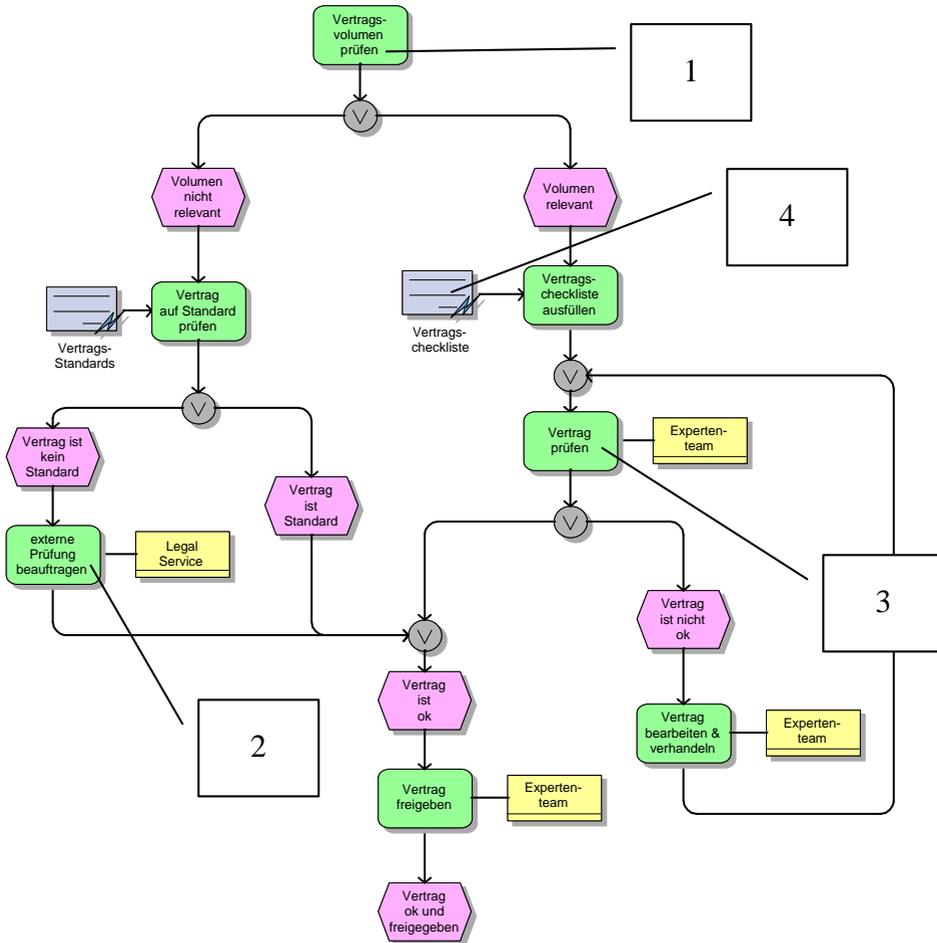


Abbildung 23: Referenzprozess (2) Vertragsprüfung, erstellt mit ARIS®

Im vorstehend abgebildeten Vertragsprüfungsprozess ist als Ausgangspunkt, bezeichnet mit der Ziffer (1), eine fiktive Größe des fraglichen Vertragsvolumens benannt. Das Vertragsvolumen sollte insbesondere am Auftragswert

definiert sein, alternativ auch dann, wenn es sich um besonders kritische Projektarten handelt. Das kann beispielsweise bei einem Festpreisprojekt der Fall sein, oder wenn es sich um besonders kritische Projektinhalte handelt. Die Verantwortung für diese Einordnung liegt bei den Leitern der einzelnen Geschäftsbereiche. Im Umkehrschluss bedeutet dies auch, dass Verträge, die in der ersten Prüfung ausscheiden, nicht durch die eigenen Syndici geprüft werden. Vielmehr ist es so, dass in diesen Fällen entweder die intern vorgegebenen Standards zu verwenden sind, oder, falls dies nicht möglich ist, die Rechtsabteilung nur noch die externe Prüfung dieser Verträge steuert. Der Vorteil dieser Prozessdefinition liegt auf der Hand: zunächst wird die Rechtsabteilung nicht einer Flut von Kleinanfragen ausgesetzt. Dies ist jedoch nur ein zweitrangiger Aspekt. Besonders wichtig erscheint es, festzustellen, dass durch diese Art der Prozessgestaltung die Mitarbeiter dazu angehalten sind, die eigenen Standards am Markt zu verwenden. Da die eigenen Standards bekannt sind und in der Regel Risikothemen des eigenen Unternehmens ideal abdecken, führt dies auch zu einer Verbesserung der Risikogesamtsituation. Ist ein Abweichen von den Standards

bei Unterschreiten der definierten Größenordnung nicht vermeidbar, so wird der Vertrag zur Prüfung an externe Berater übergeben. Dies ist in der Prozessgrafik mit der Nummer (2) dargestellt. Die damit in Zusammenhang stehenden Kosten werden im obigen Beispiel der beauftragenden Kostenstelle belastet. Dies sind also keine Kosten der Rechtsabteilung. Auch hierdurch ist eine Steuerung – eine gewisse Motivation zur Nutzung der eigenen Standards – positives Ergebnis. Bei größeren Projekten ist, wenn diese nicht auf Grundlage der eigenen Standards angeboten werden, bereits frühzeitig die Einbeziehung eines Projektteams zwingend Voraussetzung. Dieses Projektteam besteht aus einem fachlich Verantwortlichen, einem finanziell Verantwortlichem und einem juristisch Verantwortlichen. Letzter ist der Syndikus. Diese Teamzusammenstellung vermeidet, dass Angebote das Unternehmen verlassen, ohne dass die kommerziellen und juristischen Rahmenbedingungen mit den fachlichen Inhalten abgestimmt sind. Der Vorteil ist für den Syndikus weiter, dass er frühzeitig in die Projektarbeit einbezogen wird und sich nicht erst am Ende, wenn der Vertrag eigentlich schon unterschrieben werden soll, mit der

gesamten Thematik beschäftigen soll. Zuletzt hat dieser Prozess den Vorteil, dass sämtliche Inhalte der betroffenen Projekte innerhalb eines Teams zeitgleich aus mehreren Perspektiven betrachtet und besprochen werden können. Das rechtzeitige Einbeziehen eines gesamten Teams, von dem der Syndikus nur ein Mitglied ist, hat auch den Vorteil, dass alle wesentlichen Informationen bekannt gegeben werden. Damit entfallen Vertragsprüfungen ‚ins Blaue‘ hinein. Erst nach Freigabe durch das gesamte Projektteam, hier dargestellt durch die Ziffer (3), darf das Projekt tatsächlich angeboten beziehungsweise ein entsprechender Projektvertrag unterschrieben werden. Es bietet sich für die Rechtsabteilung an, die Arbeit eines solchen Teams bestmöglich unterstützend vorzubereiten. Die Vorbereitung bezieht sich dabei auf das Herausfinden und Herausfiltern wesentlicher Themen, die das Projekt und den dafür abzuschließenden Vertrag betreffen. In der Abbildung zeigt Ziffer (4) die Verknüpfung innerhalb des Vertragserstellungsprozesses zu vorbereitenden Dokumenten. Damit sind beispielsweise Vertragschecklisten gemeint, die von der Rechtsabteilung erstellt werden. Die

nachfolgende Grafik zeigt das Beispiel einer solchen Vertragscheckliste:

05 01 05-Projektisiken			
	A	B	C
1	Vertrags-Checkliste		
2	■	vorteilhafte Regelung	
3	■	nachteilige Regelung = RISIKO	
4	IDS Scheer AGB oder IDS-Standard-Consulting Vertrag wurde angewendet		
5	Nur falls dies nicht der Fall ist, dann ...		
6	1.	Die Haftung ist im Vertrag ausdrücklich beschränkt	<input type="checkbox"/>
7	2.	Der Vertrag enthält keine Vertragsstrafen zu Lasten IDS Scheer Wenn doch, in Höhe von <input type="text"/>	<input type="checkbox"/>
8	Vertragsstrafen und Poenalen mit Legal abstimmen !		
9	3.	Die Mitwirkungspflichten des Kunden sind bestimmt	<input type="checkbox"/>
10	IDS Scheer kann eigene Mitarbeiter austauschen		
11	5.	Der Vertrag enthält keine Garantien wenn doch, welche <input type="text"/>	<input type="checkbox"/>
12	Garantien mit Legal abstimmen !		
13	6.	(End-) Abnahme bzw. Beschaffenheitsprüfungen	<input type="checkbox"/>
14	7.	Keine Exklusivität Wettbewerbsverbot zu Lasten IDS Scheer	<input type="checkbox"/>

Abbildung 24: Beispiel für eine Vertragscheckliste⁴²⁹

Die abgebildete Vertragscheckliste besteht aus drei wesentlichen Elementen, die in der Abbildung eingekreist sind: auf der linken Seite finden sich Fragen. Diese Fragen decken sich mit den Themen, die typischerweise in der IT-Branche, und natürlich mit besonderem Bezug zu den Geschäftsmodellen des betroffenen Unternehmens, Risiken

⁴²⁹ Quelle: IDS SCHEER AG

darstellen. Hier kann auf die Ausführungen in den Kapiteln 4.2.1 bis 4.2.5 verwiesen werden. Es sind also beispielsweise Fragen zur Haftung aufzunehmen, zu der Vergütung und zur Definition von Change Request-Verfahren. Wichtig ist dabei, die Fragen in den Checklisten immer einfach zu gestalten. Die Fragen müssen auch ohne vertieftes juristisches Wissen beantwortet werden können. Das in Schulungen dazu vermittelte Wissen muss unbedingt ausreichen. In der vorstehenden Checkliste sind die Fragen bewusst so gestellt, dass sie mit einem einfachen „Ja“ oder „Nein“ beantwortet werden können. Diese Antworten können in den mittleren Spalten, hier gekennzeichnet mit Ziffer (2), eingetragen werden. Fragen, die mit „Nein“ beantwortet werden, zeigen dem Mitarbeiter, der die Checkliste ausfüllt, Risiken auf. Besonders interessant ist es dann für ihn, zur Vorbereitung der oben näher erläuterten Teamsitzungen für einzelne mit „Nein“ beantwortete Fragen bereits mögliche Lösungen angeboten zu erhalten. Dies ist möglich, indem – in der Grafik ist dies der rechte äußere Kreis, die Nummer (3) – gleich die für das Unternehmen idealen Klauseln zum Herunterladen angeboten werden. Dazu muss eine solche Checkliste ebenfalls im

firmeneigenen Intranet eingestellt sein. An dieser Stelle schließt sich der Kreis zu der im vorigen Kapitel aufgezeigten Bedeutung einer technikgestützten Arbeitsweise der Rechtsabteilung. Welchen Vorteil bietet nach alledem die Definition von Geschäftsprozessen für die Rechtsabteilung im Zusammenhang mit dem Vertragsmanagement? Das Definieren und Einhalten bestimmter Geschäftsprozesse macht die Arbeitsweise der Rechtsabteilung für die Mitarbeiter eines Unternehmens transparent. Vorgaben, wie die Rechtsabteilung ihren Beitrag zum Risikomanagement des gesamten Unternehmens leisten kann, können so besser verdeutlicht werden. Vorteilhaft ist dabei auch, dass einerseits standardisiertes Geschäft auch durch entsprechende standardisierte Vorgehensweise abgearbeitet werden kann; komplexes, individuelles Geschäft hingegen wird in einer dem Risiko des jeweiligen Geschäfts angemessenen Art und Weise fachübergreifend gesteuert. Es ist erkennbar, dass sich für das Vertragsmanagement die Risikogesamtsituation eines Unternehmens durch die erläuterten Prozesse verbessern lässt.

4.4.4 Vertragsmanagement durch Vertragsverhandlungen

Die in den beiden vorangegangenen Kapiteln gemachten Vorschläge haben sich primär mit Maßnahmen beschäftigt, durch die der Syndikus innerhalb seines Unternehmens das Vertragsmanagement optimiert gestalten kann. Technische Möglichkeiten, mit denen vorzugsweise das auf Standards beruhende Massengeschäft bedient werden kann, werden durch Geschäftsprozesse ergänzt, die das Einbeziehen der Rechtsabteilung und des Syndikus' möglichst exakt definieren. Nachvollziehbar ist aber auch, dass der Syndikus nicht allein in seinem Büro sitzen kann und sich auf technische Lösungen und auf Geschäftsprozesse konzentriert. Technische Lösungen und exakt definierte Prozesse können immer nur unterstützende Maßnahmen sein, um die vertraglichen Risiken der IT-Branche, wie sie zu Anfang des vierten Kapitels anhand einiger Beispiele erläutert worden waren, zu steuern. Wird von juristischen Standards des eigenen Unternehmens abgewichen, ist der Syndikus spätestens in der Verantwortung, vertragliche Klauseln in IT-Projektverträgen zu gestalten und bei Vertragsverhandlungen dem Vertragspartner näher zu bringen. Im Rahmen einer Arbeit wie der vorliegenden

dürfte es keine Möglichkeit geben, Vertragsverhandlungen als Referenzprozess zu bestimmen. Dazu ist jede Vertragsverhandlung zu unterschiedlich. Es können aber dennoch einige Grundlagen aufgezeigt werden, die bei Vertragsverhandlungen zu berücksichtigen sind. Zunächst ist das Verständnis zu entwickeln, dass es nicht negativ zu bewerten ist, wenn Kunden eigene Vorstellungen in Vertragsverhandlungen einbringen. Die Gründe für diese Wünsche können vielfältig sein: so erfordert die für die IT-Branche hohe Veränderungsgeschwindigkeit hinsichtlich Techniken oder ganzen Geschäftsmodellen oftmals ein individuelles, auf den jeweiligen Kunden abgestimmtes Vertragsmodell. Auch hier kann als exemplarisches Beispiel eine europaweite Einführung einer unternehmerischen Betriebssoftware beim Kunden gewählt werden. Aufgrund der Komplexität und der vielen individuellen Besonderheiten ist es sicherlich positiv, hier Leistungen und dazu passende Rahmenbedingungen in kommerzieller und juristischer Hinsicht mit dem Kunden abzustimmen. Andererseits stehen dem mittelständischen IT-Unternehmen als potentielle Vertragspartner oftmals Unternehmen gegenüber, die mit einer deutlich stärkeren Marktmacht

ausgestattet sind. Diese wollen gerne ihrerseits eigene Vertragswerke eingesetzt sehen. Teilweise beauftragen diese großen Unternehmen in Ermangelung eigener juristischer Kapazitäten mit einem IT-rechtlichen Hintergrund auch spezialisierte externe Kanzleien, die sich ausschließlich um den betroffenen Vertragsschluss bemühen und dort dann auch die Verhandlungsführung übernehmen. Der Syndikus des IT-Anbieters tut gut daran, ein ganzes Maßnahmenpaket zur Vertragsverhandlung bereit zu halten. Erst das Zusammenwirken der unterschiedlichen Maßnahmen kann unter Risikoerwägungen eine Optimierung für das Vertragsmanagement seines Unternehmens herbeiführen. Im Grunde lassen sich dabei drei Phasen der Vertragsverhandlung unterscheiden: im ersten Schritt geht es um die Vorbereitung der Vertragsverhandlung. Der Syndikus muss sich darüber im Klaren sein, dass es bei Vertragsverhandlungen oftmals nicht primär um die Diskussion rein juristischer Themen geht. Damit sind solche Themen gemeint, die eingangs des vierten Kapitels dieser Arbeit aufgeführt wurden. Juristische Fragen sind in der Praxis nie die Auslöser für Verhandlungen, sie sind immer ein Reflex der Inhalte eines Vertrages.

Vertragsverhandlungen haben häufig zunächst eine möglichst exakte Definition der Leistungsinhalte zum Gegenstand, und erst mit deren Klärung kommt ein Bezug zu den juristischen Fragestellungen zustande. Zur Verdeutlichung das Folgende: bislang war in der vorliegenden Arbeit mehrfach die vertragstypologische Einordnung der Entwicklung von Individualsoftware Gegenstand von Erläuterungen. Damit in Verbindung stand auch die in Kapitel 4.2.2 aufgeworfene Frage, wie es bei der Sachmängelhaftung um die Wahl des primären Rechtsbehelfs steht. Der Syndikus wird sich aber um diese Frage natürlich erst Gedanken machen, wenn das Problem überhaupt aktuell ist, wenn es sich nämlich aus den Inhalten des IT-Projektes ergibt. Vorher ist es eine allein akademische Fragestellung. Diese Verknüpfung der technisch-inhaltlichen Fragestellungen eines IT-Projektes zu den juristischen Bedingungen setzt aber voraus, dass der Syndikus optimal in die fraglichen technischen Vertragsinhalte eingebunden ist. Hieraus erst sind Rückschlüsse über die mit dem Projekt verbundenen Risiken möglich. Und dann erst kann sich der Syndikus über die auszuhandelnden Vertragsinhalte Gedanken machen.

Dies mag zunächst wie eine Selbstverständlichkeit klingen. Eine wirkliche Selbstverständlichkeit wird dies aber erst, wenn die Abstimmung nicht dem Zufall überlassen wird. Hier ist daher der Rückbezug zu den im letzten Kapitel gemachten Aussagen erkennbar: der Syndikus muss die internen Vorgehensweisen so definieren, dass er rechtzeitig und möglichst vollständig über fragliche IT-Projekte informiert ist. Genau hierfür ist das beschriebene Team aus fachlichen, kommerziellen und juristischen Experten gedacht. Es ist auch sinnvoll, im Vorfeld von Vertragsverhandlungen in einem solchen Team gemeinsam unter Nutzung von Methoden des Risikomanagements eine Bewertung einzelner Risiken des Projektes vorzunehmen. Auch dabei ist die Risikomatrix wiederum hilfreich, da damit visualisiert wird, an welchen Positionen während der Verhandlung nicht nachgegeben werden kann. Dies ist eine wesentliche Vorbereitung der Vertragsverhandlung. Wichtig ist also, dass der Syndikus darauf hinwirkt, nicht nur ungelesen einen Vertragsentwurf des potentiellen Vertragspartners aus den Händen seines verantwortlichen Projektmanagers überreicht zu bekommen – im extremsten Fall in einem noch unverschlossenen Umschlag. Ohne

weitergehende Informationen zum Projekt und zum Kunden kann der Syndikus allenfalls eine grobe Sichtung durchführen, die jedoch in der Regel nicht zielführend ist, weil die abzusichernden Projektrisiken gar nicht bekannt sind. Dies mag das nachfolgende Beispiel bezüglich der von einem Kunden vom IT-Anbieter geforderten Verlängerung der Verjährungsfristen verdeutlichen. Es sei dabei angenommen, der IT-Anbieter biete regelmäßig eine 12-monatige Verjährungsfrist für Ansprüche aus Sachmängeln. Der Kunde nun wünscht eine Verlängerung von diesen 12 auf dann 24 Monaten. Für die Risikobewertung soll zwischen zwei Fällen unterschieden werden: einmal (Fall A) bei einem Standardsoftwareprodukt, das der Hersteller bereits viele tausende Male verkauft hat; zum anderen (Fall B) bei der komplexen Installation und unter das Werkvertragsrecht fallenden Anpassung einer Software⁴³⁰, mit der die Produktion des Kunden gesteuert wird. Die nachfolgende Risikomatrix verdeutlicht die Unterschiede:

⁴³⁰ *Söbbing, T.:* „IT-Leistungsbeschreibungen: Struktur und vertragstypologische Zuordnung“ in ITRB 2004, S. 92

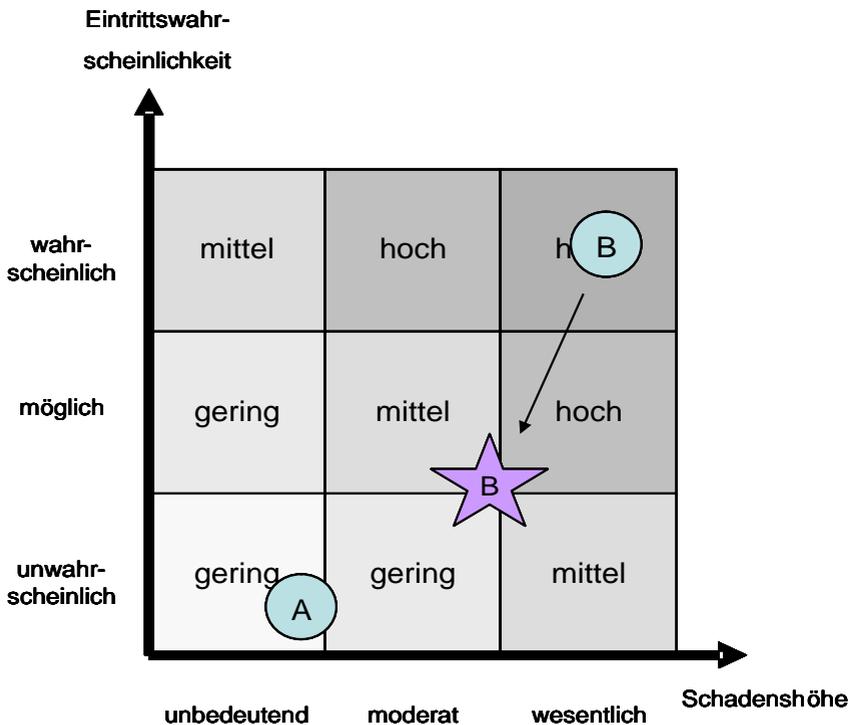


Abbildung 25: Risikomatrix für unterschiedliche Projekttypen

In Fall A bleibt das Risiko auch bei Veränderung der Verjährungsfrist weiterhin in einem als gering zu bezeichnenden Bereich. Anders sieht es in Fall B aus: die Verlängerung der Verjährungsfrist ist insofern kritisch, als die Eintrittswahrscheinlichkeit für das Auftreten von Sachmängel zeitmäßig erweitert wird. Hinzu kommt, dass die mögliche Schadenshöhe beachtliche Ausmaße annehmen kann. Im Ergebnis muss der Syndikus im Fall B

darauf hinwirken, dass eine kürzere Verjährungsfrist vertraglich normiert wird. Im Fall A ist dies nicht so wichtig. Das Beispiel verdeutlicht: dasselbe Thema – hier: Veränderung der Verjährungsfristen für Mangelansprüche nach den §§ 438 bzw. 634a BGB – kann einen völlig anderen Aussage- und Risikogehalt besitzen. Und nicht jede Veränderung derartiger Fristen muss zwangsläufig zu einer ausgiebigen Diskussion im Rahmen der Vertragsverhandlung führen. Wichtig ist vielmehr, dass sich der Syndikus mit den fachlich und kommerziell Verantwortlichen Kollegen vor den Verhandlungen abstimmt, um mit Blick auf die möglichen Risiken eine klare Verhandlungsstrategie zu entwickeln. Die Einbindung von Kollegen mit kommerziellem Hintergrund ist deswegen wichtig, damit für den Fall, dass bei (B) eine 12-monatige Verjährungsfrist nicht durchsetzbar ist, eine Rückmeldung an den kaufmännisch Projektverantwortlichen wegen zu erhöhender Rückstellungen zu geben ist. Neben der Vorbereitung anstehender Vertragsverhandlung soll hier auch eine Betrachtung möglicher Verhandlungsstrategien bewertet werden. Dabei gilt sicher, dass es nicht die eine, quasi beste Verhandlungsstrategie geben kann. Relevant ist

aber die Frage, wie eine solche Strategie in ihren Grundzügen aussehen könnte. Im Kapitel 4.3.2 war über die exogenen Parameter gesprochen worden, dort vor allem auch über Situationen, in denen es der Verhandlungspartner einfach mal versucht, die eine oder andere Klausel „durch zu bekommen“. Dies erscheint für ausgewogene Vertragsverhandlungen, bei denen es um die vertragliche Absicherung der beiderseitigen Interessen für ein komplexes IT-Projekt geht, nicht unbedingt zielführend zu sein. Bei Vertragsverhandlungen dürfte es jedenfalls auf Seite der beteiligten Syndici nicht völlig unbekannt sein, wo die Grenzen der Akzeptanzbereitschaft beim Gegenüber liegen. Dann in Verhandlungen mit Vorschlägen zu starten, die völlig einseitig und unausgewogen sind, überzeugt nicht. Um dies näher zu erklären kann ein Blick in die Spieltheorie sinnvoll sein. Die Spieltheorie ist ein konzeptueller Rahmen, mit dem unterschiedliche Phänomene in der sozialen Interaktion von Menschen mathematisch beschrieben werden können⁴³¹. Die Spieltheorie ist ein fundamentaler Beitrag zur Sozialtheorie, wofür verschiedene Spiele bereit

⁴³¹ *Güth, W./ Kliemt, H.:* „Langzeiteffekte der „Theory of Games and Economic Behavior“, Berlin 2001, S. 1

stehen, etwa das Gefangenendilemma oder das Konzept der Koalitionsspiele. Ein weiteres Spiel der Spieltheorie ist das als solches bezeichnete Ultimatumspiel. Unter Verzicht auf die mathematische Darstellung basiert das Ultimatumspiel auf folgenden einfachen Regeln: zwei Spieler, die sich nicht kennen und daher frei von Sympathien sind, spielen miteinander. Beide Spieler kennen die Regeln des Spiels, es gibt in dieser Hinsicht keine Informationsdefizite. Spieler 1 hat einen Geldbetrag zur Verfügung, beispielsweise 10 Geldeinheiten. Davon kann er Spieler 2 jeden beliebigen Teilbetrag anbieten, also jeden Betrag von 0 bis 10. Spieler 2 seinerseits hat die Freiheit, diesen von Spieler 1 angebotenen Betrag anzunehmen oder abzulehnen. Nimmt er den Betrag an, können beide Spieler ihren Betrag behalten. Lehnt aber Spieler 2 den angebotenen Betrag ab, so verlieren beide Spieler alles. Also darf in dem Fall, dass Spieler 2 das Angebot von Spieler 1 ablehnt, weder Spieler 1 noch Spieler 2 seinen Betrag behalten. Umfangreiche Tests haben herausgefunden, dass einige wenige Spieler 1 versuchen, dem Spieler 2 nur einen ganz geringen Teilbetrag anzubieten⁴³². *Ockenfels* stellt dazu heraus, dass

⁴³² *Hennig-Schmidt, H.:*, The Impact of Fairness on Decision-Making –

nach seiner Erfahrung vor allem Studenten der Wirtschaftswissenschaften zuweilen nicht verstehen, dass „*sie das Ultimatumspiel mit Egoismus nicht gewinnen können*“⁴³³. Denn der dann gesehene Ansatz des Homo Oeconomicus, der stets rational handelt und für den ein kleiner Geldbetrag immer noch besser ist als gar kein Geldbetrag, findet sich in der Realität nicht so einfach wieder. Tatsächlich haben Studien ergeben, dass das Angebot des Spielers 1 bei zur Verfügung stehenden 10 Geldeinheiten bei einem Wert von durchschnittlich 4,66 liegt, also fast den Mittelwert erreicht. Interessant sind dem gegenüber die Aussagen des als solchen bezeichneten Diktatorspiels. Hier kann Spieler 1 seinem Mitspieler 2 jeden frei verfügbaren Geldbetrag seiner ihm zur Verfügung stehenden 10 Geldeinheiten überlassen, ohne dabei das Risiko zu sehen, selbst alles zu verlieren. Denn im Diktatorspiel kann Spieler 2 nicht ablehnen und damit das Risiko für Spieler 1 begründen, dass auch dieser alles verliert. Die benannten Forschungen haben für diese

An Analysis of Different Video Experiences”, Bonn 2002, S. 21 ff.

⁴³³ Ockenfels, A.: „Der Fairnessforscher“, Interview in Lounge-Gespräch, Frankfurt 2006, S. 86

Spielvariante ergeben, dass der Wert nunmehr gegen Null tendiert, dass also der durchschnittliche Spieler 1 kaum etwas abzugeben bereit ist, wenn er sich keinem eigenen Risiko ausgesetzt sieht, selbst alles zu verlieren. Was sagt das nun über mögliche Strategien bei Vertragsverhandlungen aus? Ziel von Vertragsverhandlungen sollte es nicht sein, mit völlig überzogenen Anforderungen und Erwartungen zu beginnen. Eine ausgewogene und faire Taktik führt zu einem Ergebnis, mit dem beide Vertragspartner leben können. Eine Vertragsverhandlung ist nämlich eher mit dem Ultimatumspiel, nicht dem Diktatorspiel vergleichbar: bietet eine Vertragspartei, was für die andere völlig inakzeptabel ist, dann verlieren beide Partner die Möglichkeit zur vertraglichen Zusammenarbeit. Greifen wir noch einmal zurück auf jenes Beispiel der Haftungsklausel, bei der der Syndikus des Auftraggebers meinte, es einmal versucht haben zu wollen (vgl. dazu Kapitel 4.3.2). Dieser Ansatz ist nach alledem nicht zielführend. Der damit konfrontierte Vertragspartner wird die Klausel ohnehin nicht akzeptieren. Das wissen beide Verhandlungspartner. Und wenn es nur darum geht, herausfinden zu wollen, ob der Syndikus auf

der Gegenseite einzelne Klauseln auch findet, so ist dies zuletzt ein Suchspiel, hat aber mit Vertragsverhandlungen wenig gemein. Denn es geht bei diesen Vertragsverhandlungen – gerade bei großen, gemeinsam von beiden Vertragspartnern abzuwickelnden IT-Projekten – um das Herbeiführen eines angemessenen Interessenausgleiches für eine langfristige Zusammenarbeit. Die Grenzziehung zwischen angemessener Vertretung der Interessen des eigenen Unternehmens und einer offenen Verhandlungsführung wird zugegeben teilweise schwierig sein. Die Beachtung des hinter den vorstehenden Ausführungen liegenden Gedankens dient aber als Maßnahme im Vertragsmanagement, damit beide Verhandlungspartner in einer Vertragsverhandlung die wirklich wesentlichen Themen diskutieren und verhandeln können. Als dritter und letzter Schritt, der für Maßnahmen im Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen zu berücksichtigen ist, empfiehlt es sich, Verträge nach der Vertragsverhandlung nachzubereiten. Dies betrifft sowohl die Aufbereitung der ausgehandelten Inhalte des Vertrages, als auch die Besprechung der in der Verhandlung gewonnenen Erfahrungen im Hinblick auf die Verhandlungsstrategie.

Dieses hier vorgeschlagene dreistufige Modell der Maßnahmen bei Vertragsverhandlungen bedeutet in negativer Sichtweise einen vergleichsweise hohen Arbeitsaufwand bei der Vorbereitung der Vertragsverhandlung. Denn dort müssen die wesentlichen Rahmenbedingungen definiert werden, unter denen anschließend die Verhandlungen stattfinden. Zugleich bietet das vorgeschlagene Modell aber auch entscheidende Vorteile: die umfassende fachübergreifende Vorbereitung ermöglicht eine zielgerichtete Verhandlungsführung. In der Verhandlung selbst muss nicht mit einseitigen Extrempositionen gewuchert werden, vielmehr ist eine Konzentration auf die wichtigen Positionen dazu geeignet, Vertragsverhandlungen nicht übermäßig auszudehnen. Zuletzt ist die Nachbereitung hilfreich, das gesamte Vorgehen bei der Vorbereitung und der Nachbereitung zu reflektieren und damit einem kontinuierlichen Verbesserungsprozess zuzuführen.

4.5 Weitergehende Verbesserungsansätze

Die vorangehenden Kapitel haben unterschiedliche Maßnahmen vorgeschlagen, wie ein Syndikus bereits heute in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche

Maßnahmen im Vertragsmanagement so umsetzen kann, dass daraus für das Vertragsmanagement eine verbesserte Risikogesamtsituation für sein Unternehmen resultiert. Diese Lösungsansätze haben allesamt den Vorteil, mit vergleichsweise geringem Aufwand eingesetzt und umgesetzt werden zu können. Denkt man jedoch einzelne in den vergangenen Kapiteln beschriebene Gedanken weiter, so ist Raum für darüber hinausgehende mögliche Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Vertragsmanagement. Zwei wesentliche Gedanken sollen nachfolgend vorgeschlagen und ebenfalls bewertet werden.

4.5.1 Messbarmachen von Verträgen

Gegenstand der hier anzustellenden Suche nach weitergehenden Lösungsmöglichkeiten für das Vertragsmanagement in der mittelständischen IT-Branche soll die Frage sein, ob ein Vertrag hinsichtlich seiner Inhalte messbar ist. Wenn dies so wäre, dann könnte die Vertragsmessung Gegenstand eines unternehmensinternen Standardprozesses werden. Worum geht es bei diesem Gedanken konkret? Mehrere Syndici, die sich mit einem identischen Themenschwerpunkt beschäftigen, etwa dem IT-Recht, werden einen ihnen zur Prüfung übergebenen

Vertrag voraussichtlich in vielen Punkten identisch bewerten. Ohne hier auf den Einzelfall einzugehen, wird man feststellen können, dass die Syndici an vielen Stellen in etwa identische Bemerkungen zu den Klauseln des Vertrages haben. Mehr noch: letztlich werden alle Syndici eine grobe Aussage treffen können, ob der Vertrag ‚gut‘ oder ‚schlecht‘ ist. Ob der Vertrag ‚gut‘ oder ‚schlecht‘ ist, wird sich maßgeblich an der handwerklichen Kunst des Autors orientieren, der den Vertrag aufsetzt. Hat er beispielsweise wesentliche IT-rechtliche Fragen bedacht und darin Regelungen für kritische Situationen angeboten? Leidet der Vertrag an Bestimmungen, die die Parteien in eine „Sackgasse“ führen, für die der Vertrag also keinen Ausweg anbietet? Wie erwähnt: diese Arbeit setzt sich nicht mit der Frage auseinander, was am Ende einen guten Vertrag ausmacht, oder was ihn von einem schlechten Vertrag unterscheidet. Fraglich ist nur, warum mehrere Syndici bei einem gegebenen Vertrag ganz unabhängig voneinander und dennoch weitgehend übereinstimmend zur positiven oder negativen Bewertung dieses Vertrages kommen. Und wenn die Syndici dies unabhängig voneinander mit gleichem Ergebnis schaffen, warum kann

der Weg zu dieser Erkenntnis nicht automatisiert und dann aus der Rechtsabteilung hinaus verlagert werden? Automatisiert würde bedeuten: es müsste eine Verfahrensweise geben, mit der die von den Syndici vorgenommene Bewertung eines Vertrages durch ein automatisiertes Verfahren am besten vollständig abgenommen, zumindest aber doch erheblich unterstützt wird. Hinaus verlagert würde bedeuten: die Einbeziehung der Syndici in das Vertragsmanagement wäre nicht mehr in einer der zuvor vorgeschlagenen Vorgehensweisen notwendig. Diese Gedanken zu Ende gedacht bedeutet übrigens nicht, das Berufsbild des Syndikus' in Frage zu stellen. Dies wäre eine falsche Konsequenz. Dem Syndikus kommen in diesem Zusammenhang nur verstärkt strategisch-konzeptionelle Aufgaben zu, nämlich die Überprüfung und Weiterentwicklung, eventuell eine Anpassung eines solchen Expertensystems an die Bedürfnisse des eigenen Unternehmens. Der aufgezeigte Gedankengang, also die Automatisierung und Auslagerung des Vertragsprüfungsprozesses, mag derzeit unrealistisch klingen, denn eines ist wohl richtig: das von den Syndici zur Vertragsprüfung eingesetzte Wissen ist eben ein

Expertenwissen. Es basiert auf Grundlagen wie Studium und Berufserfahrung. Dennoch gilt, dass es bereits heute fortgeschrittene Formen der künstlichen Intelligenz gibt. Beispielsweise können Computer Texte nicht nur als Texte identifizieren, sondern auch Inhalte zumindest soweit strukturiert begreifen, dass deren Verarbeitung durch einen Computer machbar ist. Dazu gehört das Herstellen einheitlicher Sichtweisen auf Informationen verschiedenster Quellen, das automatische Einordnen von Dokumenten in vorgegebene Ordnerstrukturen und das Gruppieren von zusammengehörigen Dokumenten⁴³⁴. Diese Technik wird bei umfangreichen Prozessen im Zivil- und Öffentlichem Recht bereits heute eingesetzt, um große Menge an Informationen automatisiert zu ordnen: beispielsweise können mittels solcher Expertensysteme bei Anhörungsverfahren nach § 73 Abs. 4 VwVfG vorgebrachte Einwendungen nicht nur erfasst, sondern zugleich ihrem Inhalt und ihren Argumenten nach automatisch sortiert werden. Die heutige Technik reicht aber wohl noch nicht aus, um tatsächliche Expertensysteme zu programmieren, die Vertragsinhalte erfassen und prüfen können. Aber auch

⁴³⁴ vgl. www.brainbot.com

schon die Vorstufe zu einem solchen vollständigen Expertensystem wäre ein interessanter Schritt: es könnte erstrebenswert sein, Mitarbeiter eines Unternehmens stärker in den Prozess des Vertragsmanagements einzubeziehen, auch wenn sie keinen rechtswissenschaftlichen Bildungshintergrund haben. Beispielsweise wäre es für einen Vertriebsmitarbeiter interessant, ohne Unterstützung durch die Rechtsabteilung einen ihm vom Kunden vorgelegten Vertrag selbständig und annähernd automatisch prüfen zu lassen. Gelänge eine solche Prüfung dem Vertriebsmitarbeiter dann schon während einer laufenden Vertragsverhandlung, wäre die Zeitdauer bis zum endgültigen Vertragsschluss eventuell weitaus kürzer, weil eine Prüfung durch die eigene Rechtsabteilung überflüssig würde. Ein Vertrag mit „positivem Prüfungsergebnis“ könnte unmittelbar unterschrieben werden. Es geht dann nicht primär um einen ‚guten‘ oder ‚schlechten‘ Vertrag; es geht dann darum, ob ein Vertrag von seinen Inhalten her für das Unternehmen akzeptabel ist. Damit geht es bei der Frage nach der Messbarkeit von Verträgen maßgeblich um die Frage, ob und wie ein Vertrag objektivierbar ist. Das mit dieser Frage verbundene Problem ist bereits an anderer

Stelle ähnlich behandelt worden. In Kapitel 3.4.2.2 ging es um die Feststellung von Kosten und Nutzen der eigenen Rechtsabteilung. Gerade mit Blick auf den Nutzen war festgestellt worden, wie schwer es ist, als solche bezeichnete ‚weiche‘ Faktoren zu messen und zu bewerten. Bei der Vertragsprüfung stößt man auf ein fast identisches Problem, denn hier stellt sich die Frage, wie einzelne Klauseln oder gar einzelne Worte zu bewerten sind. Es gibt aber, dies wurde erläutert, auch für das Messen solcher ‚weicher‘ Faktoren Methoden. An dieser Stelle hilft erneut ein Blick in andere Wissenschaften, etwa in die Betriebswirtschaftslehre. In der Betriebswirtschaftslehre geht es häufig um das Messen von Werten, dabei häufig auch um das Messen von ‚weichen‘ Faktoren. Beispielsweise ist es eines der großen Probleme der strategischen Unternehmensführung, *Strategien*, wie sie von der Geschäftsführung für das Unternehmen entwickelt werden, tatsächlich in den *operativen Bereich* eines Unternehmens zu integrieren. Das betriebswirtschaftliche Problem liegt dann darin, dass die Unternehmensführung zwar gute strategische Ziele für das Unternehmen entwickelt hat, deren Umsetzung aber scheitern. Gründe für das Scheitern können mangelhafte

Kommunikation zwischen den verschiedenen Hierarchieebenen des Unternehmens sein⁴³⁵. Erkennbar handelt es sich bei der Kommunikation auch um einen ‚weichen‘ Faktor. Die Qualität von Kommunikation ist nicht unmittelbar messbar. Dennoch hat die Betriebswirtschaftslehre zur Lösung derartiger Probleme interessante Ansätze entwickelt, die sich auch auf das Vertragsmanagement anwenden lassen. Einen Lösungsansatz bieten Methoden an, die auf ein strategieorientiertes Kennzahlensystem aufsetzen. Dies ist beispielsweise bei der Balanced Scorecard-Methodik⁴³⁶ der Fall. Die Balanced Scorecard-Methodik ist ein Managementkonzept⁴³⁷. Es wird Schätzungen zufolge von den meisten DAX-Unternehmen mit großer Zufriedenheit eingesetzt⁴³⁸. Die Balanced Scorecard-Methodik wurde als

⁴³⁵ Porter, M.E., Wettbewerbsstrategie: Methoden zur Analyse von Branchen und Konkurrenten, Frankfurt 1994, S. 16

⁴³⁶ Kaplan, R./ Norton, D.: The Balanced Scorecard – Measures That Drive Performance, Harvard Business Review, Jan-Feb 1992

⁴³⁷ Eisenberg, D./ Schulte, K.: Die Bundestrainer-Scorecard, Hagen 2005, S. 1

⁴³⁸ Zerfaß, A. „Die Corporate Communications Scorecard – Kennzahlensystem, Optimierungstool oder strategisches

Verfahren zur strategischen Unternehmensplanung entwickelt. Grundgedanke der Balanced Scorecard-Methodik ist es, Organisationsleistungen als Gleichgewicht (Balance) verschiedener Perspektiven konsolidiert in einer einzigen Anzeige (Scorecard) zusammenzufassen⁴³⁹. Diese Zusammenfassung dient der Verständlichkeit und Übersichtlichkeit komplexer Unternehmensstrategien⁴⁴⁰. Dazu nutzt die Balanced Scorecard-Methodik verschiedene Perspektiven: im Original nach *Kaplan/Norton* sind dies die Perspektiven Finanzen, Kunde, Interne Prozesse sowie Lernen und Entwicklung. Die Methodik ermöglicht es, Perspektiven an die individuellen Gegebenheiten anzupassen. Durch die Verschiedenartigkeit der Perspektiven kann im Grundkonzept der Balanced Scorecard erreicht werden, dass sich finanzielle und nicht-finanzielle Kennzahlen gegenseitig ausgleichen, so dass eine einseitige, nur auf die ‚harte‘ Faktoren ausgerichtete

Steuerungsinstrument?“ in PR-Digest, 24/04, Artikel Nr. 20-06-04-521754, S. 2

⁴³⁹ *Haselbacher, M./ Prax, F./ Vogt, U./ Wuksch, D.:* Prozessmanagement, Wien u.a. 2001, S.77

⁴⁴⁰ *Eisenberg, D./ Schulte, K.:* Die Bundestrainer-Scorecard, Hagen 2005, S. 2

Gesamtbetrachtung, vermieden wird⁴⁴¹. Das Erreichen ‚weicher‘ Faktoren kann mit der Balanced Scorecard-Methodik kontinuierlich überwacht werden. Was lässt sich daraus für das Vertragsmanagement ableiten? Zunächst lässt sich erneut feststellen, dass es möglich ist, ‚weiche‘ Faktoren zu messen, zu bewerten und damit zu anderen, auch harten Kennziffern in Beziehung zu setzen. Dies vorangestellt sollte es auch möglich sein, Verträge zu messen, um in einem darauf folgenden Schritt über ein weiter automatisiertes Vertragsmanagement nachdenken zu können. Hier soll nun der erste Schritt versucht werden. Zunächst müssen ausgehend vom Grundmodell der Balanced Scorecard-Methodik verschiedene Perspektiven identifiziert werden, denen Ziele und Kennzahlen eindeutig zugeordnet werden können. Für das Vertragsmanagement in der IT-Branche muss also das Ursprungsmodell von *Kaplan/Norton* angepasst werden. Es bietet sich aber an, diejenigen IT-rechtlichen Themenbereiche, die in der hier vorliegenden Arbeit bereits angesprochen worden waren, als die strategischen Perspektiven zu definieren. Denn es sind ja genau diese Themen, die über den Vertrag entscheiden. In

⁴⁴¹ Eisenberg, D./ Schulte, K., ebenda

dem nachfolgenden Beispiel einer Balanced Scorecard für das Vertragsmanagement in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche wird dies durch sieben Perspektiven getan: es sind dies die *Mitwirkungspflichten* des Auftraggebers, die *Vergütung*, die Definition eines *Change Request*-Verfahrens, die Ausgestaltung des *Leistungsstörungsrechts*, die *Haftungsbegrenzung*, der Schutz des eigenen *geistigen Eigentums* sowie *Sonstiges*. Unter diese letzte Perspektive können ergänzende Fragen, etwa nach dem Gerichtsstand, zusammengefasst werden. Die Definition der Perspektiven ist dabei nicht per se gegeben; es ist natürlich Aufgabe der Syndici, für ihre Unternehmen in Abhängigkeit vom jeweiligen Geschäftsmodell die relevanten Perspektiven zu definieren. Denkbar ist auch, dass für unterschiedliche Bereiche eines Unternehmens unterschiedliche Perspektiven in einem Balanced Scorecard-System aufgenommen werden. Alle für einen Unternehmensbereich entscheidenden Perspektiven werden zunächst auf einer zentralen Ebene in der Scorecard integriert. Die Systematik insgesamt lässt sich der nachfolgenden Abbildung und der anschließenden Herleitung entnehmen: in der Abbildung sind mit Ziffer (1)

die sieben Perspektiven markiert. Ziffer (2) markiert den konsolidierten Gesamtscore des Vertrages. Jede einzelne Perspektive [Ziffer (1)] kann dabei mit dem für das Unternehmen grundsätzlich geltendem Standardwert genutzt werden. Dieser ist vom Syndikus als Verantwortlichem der Scorecard vorzugeben. Der Wert ergibt sich aus der mittleren Spalte, die entsprechend als „Standard“ bezeichnet ist.

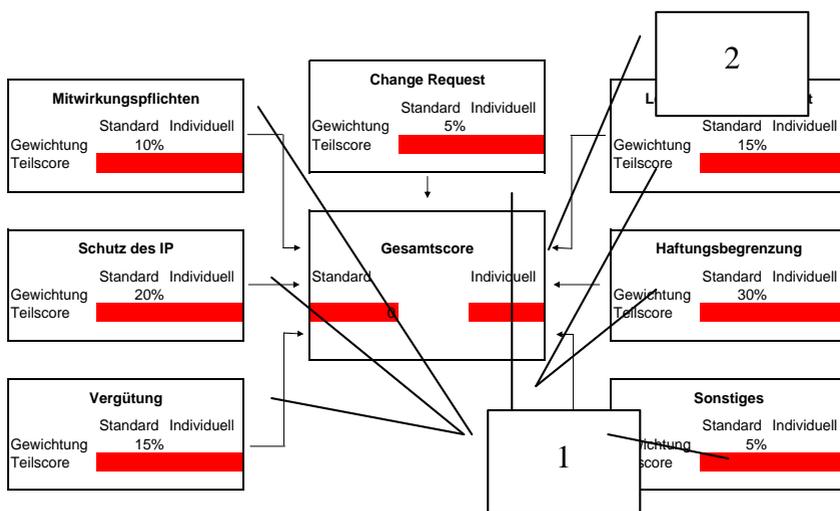


Abbildung 26: Balanced Scorecard für das Vertragsmanagement in MS-Excel

Der Wert einer Perspektive stellt die prozentuale Bedeutung der betreffenden Perspektive für den Vertrag insgesamt dar: im hier betrachteten Beispiel sind die die folgenden Werte:

▪ Mitwirkungspflichten des Auftraggebers	10%
▪ Vergütung	15%
▪ Change Request-Verfahrens	5%
▪ Leistungsstörungenrechts	15%
▪ Haftungsbegrenzung	30%
▪ Schutz des eigenen geistigen Eigentums	20%
▪ Sonstiges	5%

Soweit für ein einen bestimmten Projektvertrag jedoch eine individuelle Bewertung notwendig oder nützlich ist, kann auch mit einem Individualscore gearbeitet werden. Dieser ist dann in der Spalte „Individuell“ abzutragen – die Summe der Scores muss im Ergebnis immer 100 betragen. In der Mitte der vorstehenden Grafik findet sich zudem der Gesamtscore, in der Grafik bezeichnet mit Ziffer (2). Dieser Gesamtscore wird am Ende eine Aussage über die bewertete Verknüpfung der einzelnen Perspektiven und damit den Vertrag insgesamt erlauben. Nunmehr muss im nächsten Schritt, also nach der Definition der einzelnen Perspektiven, eben jeder dieser Perspektiven ein dezidiertes System an Kennzahlen zugeordnet werden. Dies bedeutet eine starke Ausgestaltung und Subfokussierung der einzelnen

Perspektiven, womit die die einzelnen Perspektiven detailliert beschrieben werden⁴⁴². Die Perspektiven werden mit ‚Leben gefüllt‘. Nachfolgend soll dies einmal beispielhaft für die die Perspektive *Haftungsbegrenzung* dargestellt werden: die Haftungsbegrenzung wird durch Fragen an denjenigen Mitarbeiter, der die Balanced Scorecard nutzen soll, näher abgefragt. Wie der unten stehenden Tabelle entnommen werden kann, ist die Befragung kurz gehalten und lediglich unterteilt in Haftungsbegrenzungen dem Grunde und der Höhe nach. Der Nutzer kann einfach mit ‚Ja‘ oder ‚Nein‘ antworten. Für diejenigen Fälle, in denen er mit ‚Ja‘ antwortet, erreicht er die in der letzten Spalte der Tabelle definierten Punkte – in der Summe aller Punkte ergibt sich der Score für die Perspektive Haftungslimitierung. Um das Verständnis der Mitarbeiter für die mit der Balanced Scorecard-Methodik verbundene Systematik und die gestellten Fragen zu

⁴⁴² Zerfuß, A. „Die Corporate Communications Scorecard – Kennzahlensystem, Optimierungstool oder strategisches Steuerungsinstrument?“ in PR-Digest, 24/04, Artikel Nr. 20-06-04-521754, S. 2

verbessern⁴⁴³, ist es empfehlenswert, den Feldern dynamische Kommentare zu hinterlegen. Dies ist in der nachfolgenden Grafik anhand des Kommentarfeldes verdeutlicht. Solche dynamischen Kommentare erscheinen automatisch auf dem Bildschirm des Anwenders, sobald dieser mit dem Cursor das entsprechende Fragefeld anfährt. Mögliche Fragen im Zusammenhang mit Haftungsbegrenzung dem Grunde nach und Haftungsbegrenzung der Höhe nach können sein:

Nummer	Frage	Antwort	Score
I	Haftungsbegrenzung dem Grunde nach	Ja/Nein	
I.1	Ist die Haftung für grobe Fahrlässigkeit insgesamt ausgeschlossen?	nein	10
I.2	Ist die Haftung für leichte Fahrlässigkeit insgesamt ausgeschlossen?		
I.3	Ist die Haftung für mittelbare Schäden bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen und sind die mittelbaren Schäden definiert?	ja	6

Kommentar:
 Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonderem Maße außer Acht lässt. Das „grob“ muss uns nachgewiesen werden.

⁴⁴³ Paul, J. „Wenn Kennzahlen schaden“ in Harvard Business Manager 2004, S. 108, der darauf verweist, dass „zwei von drei Firmen [verwenden] die Scorecard falsch“

II	Haftungsbegrenzung der Höhe nach	Ja/Nein	
II.1	Ist die Haftung für leichte Fahrlässigkeit auf höchstens den Nettoauftragswert begrenzt?	nein	4
II.2	Ist die Haftung für leichte Fahrlässigkeit auf höchstens den halben Nettoauftragswert begrenzt?	ja	6
II.3	Ist die Haftung für grobe Fahrlässigkeit auf höchstens den Nettoauftragswert begrenzt?	nein	8
III	Summe erreichter Ja-Punkte		12

Der aus den Antworten zu den jeweiligen Fragen errechnete Score wird nun automatisch in die Scorecard eingetragen – am Beispiel der Haftungsbegrenzung ergibt sich dann folgendes Bild:

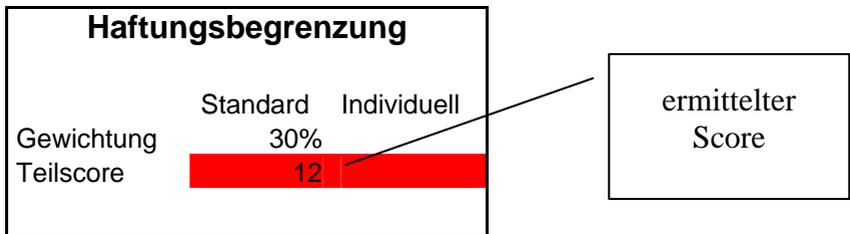


Abbildung 27: Balanced Scorecard – Teilscore für die Haftungsbegrenzung

Will der Anwender indes eine individuelle Bewertung vornehmen, die von den Standards des Unternehmens abweicht, so muss neben der Ermittlung des betreffenden Teilscores einer Perspektive auch festgelegt werden, welche individuelle Gewichtung die Perspektive besitzt. Um hier ein sicheres und vor allem einheitliches Vorgehen innerhalb der Balanced Scorecard-Methodik nutzenden Unternehmens sicher zu stellen, empfiehlt es sich, das Abweichen von den Standardwerten und damit das Nutzen von Individualwerten nur einer entsprechend umfassend mit der Systematik geschulten Gruppe von Mitarbeitern zu genehmigen. In vergleichbarer Art und Weise wie zuvor für die Haftungsbeschränkung gezeigt, hat der Nutzer nun alle Fragen für die weiteren Perspektiven zu beantworten. Es ist auch an dieser Stelle Aufgabe des Syndikus', Fragen so präzise und mit Kommentaren nachvollziehbar zu

formulieren, dass ein entsprechend qualifizierter und geschulter Mitarbeiter anhand der jeweiligen Fragen die Scorecard vollständig alleine und korrekt ausfüllen kann. Für die Perspektive „Vergütung“ beispielsweise könnten Fragen nach der Zahlungsart relevant sein, nach Zahlungszielen oder nach im Vertrag eventuell definierten Aufrechnungsverboten. Für die Perspektive „Leistungsstörungenrecht“ etwa Fragen nach dem Wahlrecht des primären Rechtsbehelfs, wenn es sich um einen Werk- oder Kaufvertrag handelt, für die Definition eines eigenen Rechtsbehelfs wiederum im Dienstvertragsrecht. Prinzipiell gleich dieses Vorgehen den Ausführungen, wie sie weiter oben in dieser Arbeit zur Messung des Nutzens der Rechtsabteilung gemacht worden waren. Denn auch dort waren beispielsweise bei den Sachzielen, die mit der Gründung einer Rechtsabteilung verbunden sind, nicht nur die Oberziele benannt worden. Vielmehr ging es darum, diese Oberziele durch möglichst exakt durch näher beschreibende Attribute zu definieren. Diese beschreibenden Attribute erfordert die Balanced Scorecard-Methodik auch. Anhand dieser Differenzierung ist es möglich, für jede als strategisch relevant definierte Perspektive ein dezidiertes

Fragemuster zu erstellen, das im Ergebnis zu einem Zwischenergebnis teilkonsolidiert werden kann. Sind sämtliche Perspektiven bewertet, sind also sämtliche Fragen zu dem Vertrag beantwortet, dann resultiert aus den Werten der Teilscores der einzelnen Perspektiven ein finaler Gesamtscore des Vertrages.

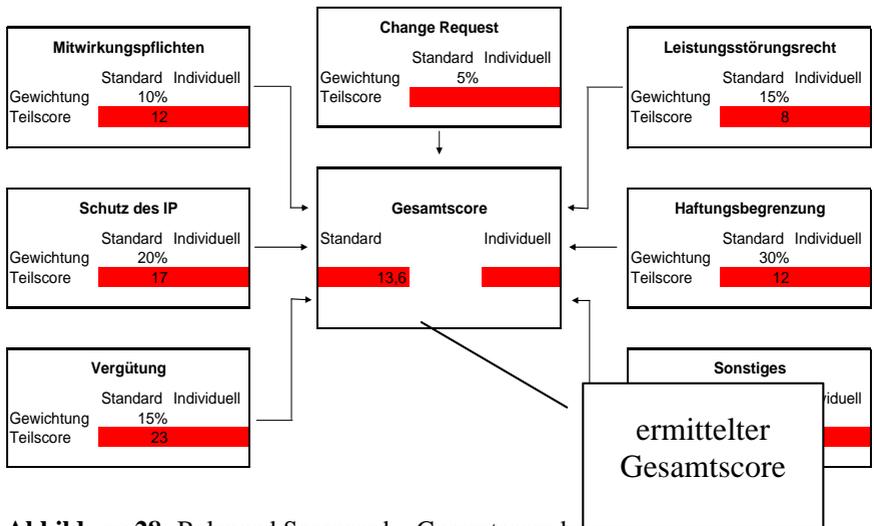


Abbildung 28: Balanced Scorecard – Gesamtscore berechnet

In vorstehender Abbildung 28 ist der Gesamtscore des Vertrages, resultierend aus den Teilscores sämtlicher relevanter Perspektiven, zum Gesamtscore konsolidiert. Er beträgt im vorstehenden Beispiel 13,6 – dieser Wert besitzt natürlich nur eine Aussagekraft, wenn der Syndikus eine grundsätzliche Aussage darüber getroffen hat, welche

Bedeutung jeweils erreichte Gesamtscores haben. Bei einem beispielhaft angenommenen möglichen Maximalscore von 15 wäre ein ermittelter Gesamtscore von 13,6 ein wohl guter Wert. Dies würde dazu führen, dass der Vertrag zunächst als „gut“ und damit vom Risiko grundsätzlich akzeptierbar bewertet würde. Eine weitere Prüfung und Beurteilung des Vertrages durch einen Syndikus braucht es nicht mehr. Läge der mögliche Maximalscore für einen Vertrag indes bei 100, dann würde ein nun ermittelter Gesamtscore von 13,6 das Gegenteil bedeuten – zunächst wäre das ermittelte Risiko des Vertrages für das Unternehmen zu hoch, und es wäre dann Aufgabe des Syndikus', den Vertrag zu prüfen, Verhandlungspositionen zu erarbeiten und den Vertrag mit dem potentiellen Vertragspartner zu verhandeln. Die erste wesentliche Aussage, die dieser Vorschlag zur Konsequenz hat ist, dass Verträge messbar sind. Die zweite wesentliche Aussage ist, dass die Messung zu einer Folge führen kann, hier im besten Falle der unmittelbaren Akzeptanz des Vertrages durch den Vertriebsmitarbeiter. Das Abschließen von Verträgen und damit letztlich das Geschäftsmachen wird beschleunigt und wohl auch vereinfacht. Zugleich wird man aber eingestehen müssen, dass die mit der Nutzung der

Balanced Scorecard-Methodik gewonnenen Aussagen in ihrer Bedeutung vergleichsweise relativ sind. Dies folgt aus der dieser Systematik zugrunde liegenden Notwendigkeit, selber Perspektiven definieren zu müssen und diesen Perspektiven Fragen zu hinterlegen, mit denen die Perspektiven Konkretisierung erlangen. Hinzu kommt der Umstand, Gewichtungen definieren zu müssen. Unabhängig davon aber lässt sich eben ein Gesamtwert für einen individuellen Vertrag bilden. Damit ist es grundsätzlich möglich, objektiv und nachvollziehbar zu begründen, warum ein derart geprüfter Vertrag ‚gut‘ oder ‚schlecht‘ ist. Denn diese Aussage bezieht sich exakt auf die hinterlegten strategischen Perspektiven des Unternehmens, und diese spiegeln exakt die typischen IT-rechtlichen Risiken des Unternehmens. Ein solches Bewertungsverfahren könnte Teil eines Geschäftsprozesses zum Vertragsmanagement sein. In diesem Falle wäre dieser Teil des Vertragsmanagements nicht mehr originäre Aufgabe der Rechtsabteilung. Der Syndikus könnte sich vielmehr um die Weiterentwicklung des Systems und um die korrekte Anwendung in Einzelfällen kümmern. Zuletzt wäre dann auch das zu Anfang dieses Kapitels angesprochene

automatisierte Vertragsmanagement nicht mehr undenkbar, sondern nur eine Fortschreibung dieser Systematik zur Bewertung von Verträgen. Gleichwohl darf man die Augen nicht vor den Nachteilen eines solchen Systems des Messens von Verträgen verschließen: zunächst stellt sich Frage, an welcher Stelle des Vertragsmanagements diese Prüfung am besten geschehen sollte. Ziel wäre es wohl, den Syndikus nur noch zu involvieren, wenn ein Vertragsentwurf einen vorab definierten Gesamtwert nicht erreicht und damit ein ‚*schlechter*‘ Vertrag vorläge. Dann wäre der Vertrag erkennbar durch den Projektverantwortlichen als kritisch zu bewerten, der Vertrag müsste einer internen Prüfung durch die Rechtsabteilung unterzogen werden. Dies aber hat eine hohe juristische Qualifikation des mit der Prüfung befassten Mitarbeiters außerhalb der Rechtsabteilung zur Voraussetzung, denn der Mitarbeiter muss nicht nur die zu den Perspektiven hinterlegten Fragen richtig erfassen, er muss vielmehr aus dem Vertrag selber die korrekten Antworten ableiten können. Dies bedeutet einen hohen Schulungsaufwand, der durch die Ressourcen der Rechtsabteilung abgedeckt werden müsste. Denn anders als in einem reinen betriebswirtschaftlich orientierten

Kennzahlensystem arbeitet die Rechtswissenschaft mit der oftmals gerade nicht eindeutigen Sprache, nicht mit mathematischen und damit eindeutigen Formeln. Daraus ein Kennzahlensystem abzuleiten, ist zwar – wie gezeigt – möglich, nur stellt sich die Frage, ob damit am Ende wirklich ein ‚*schlechter*‘ Vertrag sicher erkannt werden wird. Schon die exakte Definition des ‚*schlechten*‘ Vertrages scheint kaum möglich. Fraglich ist auch der Aussagegehalt eines vertraglichen Gesamtwertes: denn zu diesem müsste letztlich als Ergänzung zur eigentlichen Balanced Scorecard-Methodik wiederum mehrere kritische ‚*Ja-Nein*‘-Positionen definiert haben. Es liegt auf der Hand, dass regelmäßig ein ansonsten zu annähernd 100 Prozent die strategischen Perspektiven erfüllender Vertrag trotzdem nicht einen für eine prozessgesteuerte automatische Vertragsfreigabe ausreichenden Gesamtwert erreichen kann, wenn er keine Haftungsbeschränkung enthält. An dieser Stelle wird der Aussagegehalt des Gesamtscore und damit des Verfahrens selbst nicht unerheblich relativiert. Dennoch scheint es ein nicht perspektivloser Ansatz zu sein, sich in der Rechtswissenschaft im weitesten Sinne mit Methodiken der Betriebswirtschaftslehre auseinander zu setzen. Dies

betrifft auch die Bewertung von Verträgen. Die Balanced Scorecard-Methodik scheint jedenfalls dafür ein interessanter Ansatz zu sein. Mit fortschreitenden Verfahren zur Messbarkeit und Beurteilung von Verträgen sollte es dann auch nicht aussichtslos sein, zumindest einen nicht unbeachtlichen Teil des Vertragsmanagements automatisiert gestalten zu können.

4.5.2 Zertifizierung von Rechtsabteilungen

4.5.2.1 Der Grundgedanke

Der im vorangegangenen Kapitel vorgestellte Vorschlag für die Gestaltung des Vertragsmanagements bezog sich auf die Möglichkeiten, wie innerhalb eines Unternehmens selbst Maßnahmen im Vertragsmanagement umgesetzt werden könnten. Das Verfahren stellte in einem ersten Schritt darauf ab, Verträge überhaupt messbar zu machen. Sollte dies gelingen, wäre im nächsten Schritt auch eine weitergehende Automatisierung des Vertragsmanagements denkbar. Dabei handelt es sich nicht um einen allein der Rechtsabteilung oder dem Syndikus zugute kommenden Vorschlag. Denn stünde den Mitarbeitern im Vertrieb eine solche automatisierte Methodik zur Verfügung, könnte Geschäft oftmals schneller und ohne Rückfrage über die

Rechtsabteilung abgewickelt werden. Letztlich handelt es sich damit bei dem Vorschlag um ein Geschäftsmodell, das zum beschleunigten und dabei dennoch risikogesteuerten Abschluss von Verträgen führen soll. Die aktuell noch existierenden Probleme bei der Theorie wurden jedoch auch vorgestellt. Sie liegen vor allem in der noch nicht ausgereiften Methodik und der noch nicht vorhandenen Technik. Zum Ende dieser Arbeit soll noch ein weiterer Vorschlag vorgestellt werden, bei dem das Vertragsmanagement um Maßnahmen mit weitergehenden Impulsen bereichert werden könnte. Die nachfolgend vorgestellte Maßnahme ist dabei im Wesentlichen außerhalb der Unternehmen angesiedelt. Werfen wir zum Einstieg einen Blick zurück in Kapitel 4.4.4: dort war im Zusammenhang mit dem Vertragsmanagement durch Verhandlungen ausgeführt worden, dass es eine überlegenswerte Teilstrategie sein kann, Verhandlungen nicht mit einer völlig einseitigen Forderung zu beginnen. Dabei war auf zentrale Beispiele der Spieltheorie verwiesen worden, und zwar auf das ‚Ultimatumspiel‘ und das ‚Diktatorspiel‘. Es scheint nicht ausgeschlossen, dass sich auf lange Sicht zumindest einige Schlussfolgerungen aus

den spieltheoretischen Modellen auch in der Praxis durchsetzen lassen. Dies wäre denkbar bei der fairen Zusammenarbeit unterschiedlicher Beteiligter in Situationen, in denen ein Zusammenwirken auf ein gemeinsames Ziel notwendig ist. Kooperative Modelle gewinnen in einer globalisierten und extrem vernetzten Welt eine immer größere Bedeutung⁴⁴⁴. Nach der hier vertretenen Ansicht sind Vertragsverhandlungen ein gutes Beispiel für solche zwischenparteilichen Interaktionen, die auf ein langfristiges Zusammenwirken zielen. Es geht nicht um das kurzfristige Übervorteilen des Gegenüber, es geht um das Aushandeln einer vertraglichen Partnerschaft, bei der zwar die eigenen Interessen immer im Vordergrund stehen, zugleich aber die ebenfalls berechtigten Interessen des Gegenüber berücksichtigt werden sollen. Es stellt sich die ernsthafte Frage, warum Syndici bei Vertragsverhandlungen in hoher Regelmäßigkeit mit Vorschlägen für Vertragsklauseln kommen, die einer solchen langfristigen vertraglichen Partnerschaft undienlich sind, ja ihr sogar letztlich entgegenwirken. Dies ist, objektiv betrachtet,

⁴⁴⁴ *Leitl, M.*: „Klug entscheiden“ in Harvard Business Magazin, Spezial, 04/2006, S. 18 ff.

schwer nachvollziehbar. Auf den ersten Blick mag man zwar noch meinen, dies sei vernünftig, ja auch gerade Aufgabe eines Syndikus'. Dieser soll möglichst einseitige, harte Klauseln in dem zu verhandelnden Vertrag vorschlagen. Der Syndikus hat demnach unter Risikogesichtspunkten für die ideale Positionierung des von ihm vertretenen Unternehmens zu sorgen, ähnlich wie das andere an der Vertragsverhandlung beteiligte Mitarbeitergruppen auch tun sollen. Bezogen auf die juristische Arbeitsweise mag als Beispiel einmal mehr der Vertrag über die Erstellung von Individualsoftware dienen. Dies war nach in dieser Arbeit vertretener Ansicht vertragstypologisch dem Kaufrecht zugeordnet. Vertragliche Risiken können demnach zunächst speziell im Bereich der Haftung liegen, einmal bei der Haftung für Sachmängel, aber auch bei der allgemeinen Haftung. Oben in Kapitel 4.2.2 war erläutert worden, wie wichtig bei einem Vertrag über die Erstellung von Individualsoftware die Übertragung des Wahlrechts beim primären Rechtsbehelf an den Hersteller der Software ist. Wegen weiterer Ausführungen dazu kann also nach oben verwiesen werden. Man stelle sich die folgende Verhandlungssituation vor: der Syndikus auf

Käuferseite ist wegen der Mangelansprüche daran interessiert, den Regelungsgehalt der §§ 434 Abs. 1, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB unter Ausschluss des § 439 Abs. 3 BGB zu normieren. Dies würde dazu führen, dass der Käufer der Individualsoftware im Falle eines Mangels nach seiner Wahl Neulieferung oder Nachbesserung verlangen kann. Der Syndikus der *Verkäuferseite* sieht das anders und will die Entscheidung über die Art der Nacherfüllung allein bei sich sehen. Am liebsten aber würde er die Haftung für Sachmängel bis auf die Vorsatzhaftung völlig ausschließen – individualvertraglich ist dies möglich, da § 309 Nr. 8 b) lit. ff) BGB eine Verkürzung der Verjährungszeiten nur in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Zeiträume von weniger als einem Jahr nicht zulässt. Ähnlich weit mögen die Ansichten der Verhandlungspartner bei der Frage nach der Haftung im Übrigen divergieren, wo der *Käufer* die für sein Unternehmen ideale Positionierung bei der unbegrenzten Haftung des BGB sieht, der *Verkäufer* aber eine Haftungsbeschränkung im Rahmen des etwa aus § 276 Abs. 3 BGB gesetzlich Zulässigen und Möglichen erreichen will, wonach nur bei Vorsatz gehaftet würde. Es ist gut vorstellbar, dass man sehr lange und sehr ausführlich nur

über diese beiden Positionen verhandeln kann. Es ist aber für einen versierten Syndikus abschätzbar, wo in etwa die *Grenzen* des Verhandlungspartners liegen, weil beide Beteiligte Juristen sind und gelernt haben, für die Gesamtproblematik ein identisches Verständnis mitzubringen. Dies bedeutet vor allem: sie verstehen die hinter den Problemen liegenden Risiken. An dieser Stelle ist nämlich Vertragsmanagement nichts anderes mehr als konkret angewandtes Risikomanagement. Bei den Mangelansprüchen ist es das Interesse der Käuferseite, eine funktionsfähige Individualsoftware zu erwerben. Es ist nicht das primäre Interesse des Auftraggebers, wegen einzelner Sachmängel ständig neu entwickelte Software zu erhalten und damit den Verkäufer mittelfristig in den Ruin zu treiben. Mehr noch: der Syndikus des Käufers weiß, dass ein gewissenhafter Verkäufer eine solche Klausel niemals unterschreiben kann. Dann aber macht es in der Konsequenz keinen Sinn, eine solche Klausel in die Vertragsverhandlungen zu werfen, denn entweder ist der Anbieter nicht seriös, weshalb der Syndikus des Käufers der Leitung des ihn bezahlenden Unternehmens anraten sollte, einen anderen Anbieter zu finden. Oder aber der Anbieter ist

seriös und wird eine solche Klausel nicht akzeptieren. Gegenstand von Vertragsverhandlungen ist aber nicht, die Seriosität des Vertragspartners herauszufinden, denn dies sollte ja bereits vorher geschehen sein. Insbesondere ist dies auch nicht der Sinn einer Diskussion über mögliche Ansprüche bei Sachmängeln. Im Ergebnis passiert das Folgende: einen seriösen Anbieter vorausgesetzt, wird die Klausel geändert, und zwar letztlich in einen Bereich, der an dieser Stelle in etwa den Regelungsgehalt des Gesetzes aufgreift. Das Wahlrecht der ersten Andienung wird dem Verkäufer überlassen. Ein vergleichbarer Handlungsstrang lässt sich für die Haftungsklausel im Allgemeinen erläutern. Im Laufe der vorliegenden Arbeit war bereits die Aussage eines Syndikus' zitiert worden, der „*einfach versuchen wollte*“, in den Vertrag eine unbegrenzte Haftung hinein zu ‚mogeln‘. Aber auch für die Haftung gilt: der Verkäufer wird nicht ernsthaft von einem Käufer erwarten, eine ausschließliche Haftung nur für vorsätzlich herbeigeführte Schäden zu akzeptieren. Und ebenso wenig wird der Käufer von einer unbegrenzten BGB-Haftung des Verkäufers ausgehen können. Hier gilt das zuvor Gesagte entsprechend, und es ist beiden beteiligten Syndici bewusst, dass

jedenfalls, und in der Regel auch wo, die Grenzen des von der Gegenseite Akzeptierbaren liegen, immer einzig die Seriosität eines Anbieters und Nachfragers vorausgesetzt. Nach alledem stellt sich dann aber zwangsläufig die Frage, warum Syndici überhaupt Klauseln entwickeln und in Vertragsverhandlungen einbringen, bei denen sie bereits im Vorfeld wissen, dass sie unter Zugrundlegung vernünftiger Erwägungen nicht durchsetzbar sind. Mehr noch stellt sich die Frage, warum sie Klauseln in Verhandlungen einbringen, die nicht durchsetzbar sein müssen. Auf diese Fragen wird es keine überzeugenden Antworten geben. Es mag Gewohnheit, Selbstdarstellung, überzogene Vorstellungen von Verhandlungstaktik sein und ist wohl eher Gegenstand für weitergehende Untersuchungen der Psychologie. Jedenfalls zeigt die Realität derart irrationale Situationen, die nicht vernünftig zu erklären sind. Oben war bereits vorgeschlagen worden, sich von diesem Verhalten zu distanzieren und Vertragsverhandlungen nicht nur gut vorbereitet, sondern in strategischer Hinsicht auch mit Blick auf die wesentlichen Thematiken zu führen. Das damit verbundene Problem ist aber sicherlich, dass eine einseitige Vorleistung erbracht werden muss. Dies bedeutet, dass es

nicht leicht ist, in Vertragsverhandlungen mit ausgewogenen Vorschlägen aufzutreten, wenn auf der Gegenseite völlig einseitige Vorschläge in die Verhandlung eingebracht werden. Um hier von Beginn an eine Ausgewogenheit zwischen den Verhandlungspartnern zu ermöglichen, zielt der hier vorgestellte Lösungsvorschlag als Maßnahme im Vertragsmanagement auf eine freiwillige Zertifizierung der Rechtsabteilungen ab. Diese Zertifizierung wäre für alle Geschäfte denkbar, an denen nicht Verbraucher als Endkunden beteiligt sind. Eine Anwendbarkeit auf das Endkundengeschäft, an dem Verbraucher beteiligt sind, ist hier nicht Gegenstand von Überlegungen. Nachfolgend soll der Gedanke vertieft werden.

4.5.2.2 Das Rechtsabteilungszertifikat

Eine Zertifizierung stellt eine besondere Vorgehensweise dar, bei der spezifisch festgelegt wird, in welcher Form ein Produkt, eine Dienstleistung oder ein Verfahren vorgegebene Forderungen zu erfüllen hat⁴⁴⁵. Am Ende eines Zertifizierungsprozesses steht die Erteilung eines Zertifikates; Zertifikate sind vor allem als Instrument der

⁴⁴⁵ Zollondz, H.-D.: Lexikon Qualitätsmanagement, München u.a, 2001, S. 1263

Qualitätssicherung in Unternehmen seit Jahren etabliert⁴⁴⁶. Ihr oberstes Ziel ist die Vertrauensbildung⁴⁴⁷. Zertifizierungssysteme gibt es für Produkte, Personen, Umweltmanagement- sowie Qualitätsmanagement-Systeme (QM). Einen hohen Bekanntheitsgrad haben die zertifizierten QM-Systeme nach DIN EN ISO 9001, 9002 und 9003; so hat der Gesetzgeber etwa für die deutsche Automobilindustrie auf der Grundlage der EG-Richtlinien 92/53 und 92/61 die Automobilhersteller zur Zertifizierung ihrer QM-Systeme verpflichtet, und dieser Verpflichtung ist heute vollständig nachgekommen⁴⁴⁸. Bei einer derartigen Zertifizierung von QM-Systemen innerhalb eines Unternehmens geht es also um das Akzeptieren und Umsetzen der Forderung, ein einheitlich vorgegebenes Qualitäts-Konzept zu erfüllen. Dies hat den Vorteil für den Kunden dieses Unternehmens, mit Vertrauen auf das erteilte Zertifikat den Qualitätsansprüchen des besagten

⁴⁴⁶ Grundwald, S./ Freitag T./ Witt-Schleuer, D.: Zertifizierung im IT-Weiterbildungssystem, Hannover, 2005, S. 36

⁴⁴⁷ Schreiber, K.: ISO 9000 – Die große Revision, 2. Aufl., Wien, 1999, S. 6

⁴⁴⁸ Zollondz, H.-D.: Lexikon Qualitätsmanagement, München u.a, 2001, S. 1265

Unternehmens vertrauen zu können. Grundlage für das Vertrauen ist immer der hinterlegte Zertifizierungsprozess, der von einem neutralen und akkreditierten Auditor geprüft und regelmäßig überwacht wird. Es geht nicht darum, den zertifizierten Unternehmen eine einheitlich genormte Vorgehensweise zu verschaffen. Vielmehr entscheiden die Unternehmen selbst, wie sie die Vorgaben erfüllen. Die Grundlage ist nur, diese Vorgaben nicht nach Belieben zu erfüllen, sondern dies im Rahmen einer international abgestimmten Darlegungsnorm zu tun⁴⁴⁹. Heute werden sogar Zertifizierungen von Personen anerkannt, etwa bei der Frage nach der Zertifizierung im IT-Weiterbildungssystem. Hintergrund für die Schaffung von Zertifikaten war dort die Fragestellung, wie die Vielzahl von ganz verschiedenen Kompetenzen einem einheitlich messbaren, überprüfbar und dann objektiv bewerteten Verfahren zugeführt werden kann. Hierfür gibt es die DIN EN ISO/IEC 17024 als Norm der Personalzertifizierung, bei der der Nachweis eigenverantwortlichen Handelns im Mittelpunkt des

⁴⁴⁹ *Brakhahn, W./ Vogt, U.: ISO 9000 für Dienstleister, 2. Auflage, Landsberg/Lech, 1997, S. 214*

Zertifizierungssysteme steht⁴⁵⁰. Damit wird Vertrauen in die Qualifizierung einer Person gefördert. Ein entsprechendes Vorgehen für Rechtsabteilungen gibt es bislang nicht. Es soll aber hier versucht werden, ein grundsätzliches Konstrukt für eine solche Zertifizierung zu skizzieren. Die Zertifizierung einer Rechtsabteilung bedeutet in der hier zur Diskussion gestellten Form nicht die Überprüfung der fachlichen Qualifizierung der Syndici. Dies ginge in eine völlig falsch verstandene Richtung und wäre nicht sinnvoll: wie aufgezeigt, haben Syndici durchgängig hohe Ausbildungs- und Qualifikationsstufen vorzuweisen (Kapitel 2.3.4.2). Für eine erneute Prüfung der fachlichen Qualifikation besteht keine Notwendigkeit. Dies ist auch nicht Ziel eines Zertifikats. Beispielsweise sagen die Qualitätszertifikate in der Automobilbranche nichts darüber aus, ob das Auto des Herstellers A besser oder schlechter ist, als das Auto des Herstellers B. Es geht um die Einhaltung von Verfahrensweisen, also Geschäftsprozessen, bei der Herstellung. Bei der hier für die Rechtsabteilung vorgeschlagenen Zertifizierung geht es auch nur um die

⁴⁵⁰ Grundwald, S./ Freitag T./ Witt-Schleuer, D.: Zertifizierung im IT-Weiterbildungssystem, Hannover, 2005, S. 38

Festlegung und das Einhalten eines standardisierten Vorgehens. Die zertifizierte Rechtsabteilung hält sich an diese Vorgehensweisen. Das damit erreichte Einhalten von standardisierten Vorgehensweisen trägt dazu bei, Vertrauen in die Arbeitsweise einer Rechtsabteilung zu bringen. Dazu nachfolgend ein Beispiel. In der zuletzt dargestellten Verhandlungssituation ging es im Zusammenhang mit der Erstellung einer Individualsoftware um zwei Fragen. *Erstens*: wem steht das Wahlrecht auf der Ebene des primären Rechtsbehelfs zu – dem Käufer oder dem Verkäufer der Software? *Zweitens* geht es um den Wunsch des Verkäufers, die Verjährungsfristen für Sachmangelsprüche individualvertraglich so zu verkürzen, dass Ansprüche wegen Sachmängeln ausgeschlossen sind. Dazu will der Verkäufer die Verjährungsfristen auf Null reduzieren. Setzen wir für die Vertragsverhandlung zwei qualifizierte Syndici voraus; beiden Syndici ist sehr wohl bewusst, dass sich der Syndikus auf Käuferseite mit seiner Forderungen nach dem Wahlrecht im Rahmen der ersten Andienung nicht behaupten wird können, wozu auch fachlich gar keine Notwendigkeit besteht. Dies wurde zuletzt vertieft erläutert.

Beiden Syndici ist auch klar, dass der gewünschte Ausschluss der Verjährungsfristen für Ansprüche wegen Sachmängeln nicht ernsthaft durchsetzbar sein wird. Dann stellt sich die mehrfach in diesem Kapitel aufgeworfene Frage, warum sie derartige Vorschläge in ihre Vertragsverhandlungen einbringen. An dieser Stelle würde ein Zertifikat eine Beschleunigung der Vertragsverhandlung herbeiführen. Denn angenommen, durch die Zertifizierung der Rechtsabteilung käme als Ergebnis heraus, bei Verträgen über die Entwicklung von Individualsoftware würde die ohnehin übereinstimmend erachtete Regelung zur Haftung bei Sachmängeln in der genannten Form immer einem Mindestmaß genügen, das für beide Vertragspartner akzeptabel ist, dann entfielen eine Diskussion über diesen Punkt in Vertragsverhandlungen. Der Vertrag wäre schneller unterschriftsreif und die Syndici könnten ihre Arbeitszeit mit anderen, eventuell nicht zertifizierten Tätigkeiten risikosteuernd verbringen. Der hier dargestellte Lösungsvorschlag setzt damit erkennbar auf den bereits zuvor angesprochenen Vorschlag (Kapitel 4.4.4) für die strategisch kluge Vorbereitung von Vertragsverhandlungen auf. Er nimmt aber das dargestellte Risiko einer einseitigen

Schlechterstellung weg, wenn der Verhandlungspartner seinerseits mit sehr überzogenen Vorstellungen in die Vertragsverhandlung startet. Mehr noch: anders als noch in Kapitel 4.4.4 vorgeschlagen, könnte durch ein Zertifikat erreicht werden, dass für solche Vertragsverhandlungen, die zwischen Unternehmen mit zertifizierten Rechtsabteilungen stattfinden, Vertragsverhandlungen auch ohne Syndici stattfinden können. Dies deshalb, da die juristischen Fragen auf höherer Ebene, nämlich durch das Zertifikat, geklärt sind. Die Grundlage des hier vorgestellten Gedankens ist ein durch das Zertifikat geschaffene Vertrauen in die Arbeitsweisen der jeweils anderen Rechtsabteilung. Das Zertifikat sorgt dafür, dass Verträge, die unter Vertrauen auf das Zertifikat geschlossen sind, den durch das Zertifikat gesetzten inhaltlichen Mindeststandards genügen. Rechtsfolge könnte bei ‚heimlicher‘ oder ‚böswilliger‘ Abweichungen sein, dass der durch das Zertifikat gesetzte Mindeststandard als Regelungsgehalt Anwendung erfährt. Dies sichert das gesetzte Vertrauen ab. Wie nun könnte das Vorgehen ausgestaltet sein? Bei dieser Frage sind zwei Sichtweisen zu unterscheiden: zum einen geht es um die Frage der *Inhalte*, die zertifiziert sind. Zum anderen geht es

um die Frage, wie ein solches Zertifikat überhaupt *zustande* kommen kann. Beginnen wir mit der zweiten Frage. Voraussetzung für ein solches Zertifikat ist das Vertrauen in einen neutralen Aussteller des Zertifikates. Mit Blick auf die Vielzahl bereits existierender und vor allem auch funktionierender Zertifizierungssysteme – siehe nur die zu Anfang dieses Kapitels benannten – könnte ein anerkannter Bundesverband diese Aufgabe übernehmen. Vorgeschlagen werden könnten dafür Spitzenverbände der Deutschen Industrie, wobei es sich mit Blick auf die IT-rechtlichen Fragestellungen anbietet, hierfür den Spitzenverband der IT-Industrie auszuwählen. Das wäre in Deutschland wohl der BITKOM e.V.. Aber auch die Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik, DGRI e.V., käme in Betracht. Das vorgeschlagene Zertifizierungssystem über einen Spitzenverband der Deutschen Wirtschaft abzuwickeln hat den Vorteil, dass dort Kontakte zu der Marktgegenseite bestehen. Dies heißt, dass Anbieter von IT-Leistungen mit den potentiellen Nachfragern von IT-Leistungen unmittelbar diskutieren und Vorschläge erarbeiten können. Hierfür wäre es sinnvoll, Arbeitsgruppen einzusetzen und der Marktgegenseite Formulierungen vorzuschlagen, die einen

ausgewogenen Charakter besitzen. Die Marktgegenseite hat dann Gelegenheit, hierzu Stellung zu beziehen. Mit dieser Stellungnahme finden für die jeweiligen Vertragsklauseln letztlich Vertragsverhandlungen auf einer abstrakten und höheren Ebene statt, nämlich auf Verbandsebene. Der Vorteil ist, dass diese Verhandlungen nur einmal stattfinden. Ist diese Verhandlung abgeschlossen, sind verhandelte Positionen fixiert und können den Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, die dem zertifizierten System beitreten wollen. Die Arbeitsweise gleicht in etwa denen der Erstellung von Konditionenempfehlungen auf Verbandsebene. Auf diese Art und Weise wurden beispielsweise auch die in dieser Arbeit bereits dargestellten Empfehlungen für Allgemeine Geschäftsbedingungen des BITKOM e.V.⁴⁵¹ erarbeitet und den Mitgliedern zur Verfügung gestellt. Ähnliches machen viele Spitzenverbände. Der Unterschied zu diesen Empfehlungen liegt aber auf der Hand: dabei handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die zwischen den Vertragsparteien nicht verhandelt wurden. Die Konditionenempfehlungen werden eben ganz im Sinne des

⁴⁵¹ vgl. dazu auch Abb. 21

§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB von einer Partei der anderen Partei gestellt. Bei der hier vorgeschlagenen Systematik geht es darum, dass die Parteien übereinstimmend einer zertifizierten Systematik beitreten. Es liegen zwischen den Parteien verhandelte Klauseln vor. Die Parteien können jedoch frei entscheiden, ob sie einzelnes Geschäft unter dem Zertifikat abwickeln, oder aber im Einzelfall davon abweichen wollen. Das bedeutet: es geht bei der hier vorgeschlagenen Lösung nicht darum, dass Geschäft nur noch nach einem standardisierten Vorgehensmuster im Hinblick auf die rechtlichen Rahmenbedingungen stattfindet. Das würde keinen Sinn machen, denn es wäre zu unflexibel in der Handhabung. Selbstverständlich muss es weiterhin freie Entscheidung der Unternehmen bleiben, ob sie zertifiziertes Geschäft oder vollständig individuelles Geschäft abwickeln wollen. Der Vorteil des zertifizierten Geschäfts ist erkennbar die schnellere Abwicklung. Es ist nur Aufgabe des Unternehmens, die eigene Wahl anzuzeigen, damit sich der Vertragspartner darauf verlassen kann, seinerseits die richtigen Entscheidungen zu treffen. Die nachfolgende Grafik verdeutlicht den Ablauf und unterscheidet zwischen zertifiziertem und nicht

zertifiziertem Geschäft dreier Unternehmen. Zur Struktur der Grafik: ganz oben, gekennzeichnet mit Ziffer (1), steht die akkreditierte Zertifizierungsstelle. Diese trägt die Verantwortung für die Einhaltung der zertifizierten Inhalte. In der Grafik sind weiterhin drei Rechtsabteilungen dargestellt. Zwei dieser Rechtsabteilungen sind zertifiziert und jeweils mit der Nummer (2) gekennzeichnet. Dann gibt es eine nicht zertifizierte Rechtsabteilung; diese trägt zur Kennzeichnung die Nummer (3). Die von der Zertifizierungsstelle zu den zertifizierten Rechtsabteilungen führenden Pfeile (4) verdeutlichen, dass von der Zertifizierungsstelle die vertraglichen Inhalte vorgegeben sind. Entsprechend kann zwischen den beiden zertifizierten Rechtsabteilungen – dargestellt durch den kleinen Pfeil in der Mitte zwischen den beiden Rechtsabteilungen – der Vertrag ohne weitere Prüfung der Inhalte akzeptiert werden. Denn die Inhalte sind bekannt und geprüft und auch freigegeben. Dass der Inhalt mit den auf Verbandsebene verhandelten Klauseln übereinstimmt, wird durch das Zertifikat abgesichert. Anders sieht es für das Geschäft zwischen einer zertifizierten und einer nicht-zertifizierten Rechtsabteilung aus: der rechte äußere Pfeil stellt dar, dass

hier ein Vertrag nicht unter Rückgriff auf zertifizierte Inhalte geschlossen werden kann. Damit sind Vertragsverhandlungen nötig.

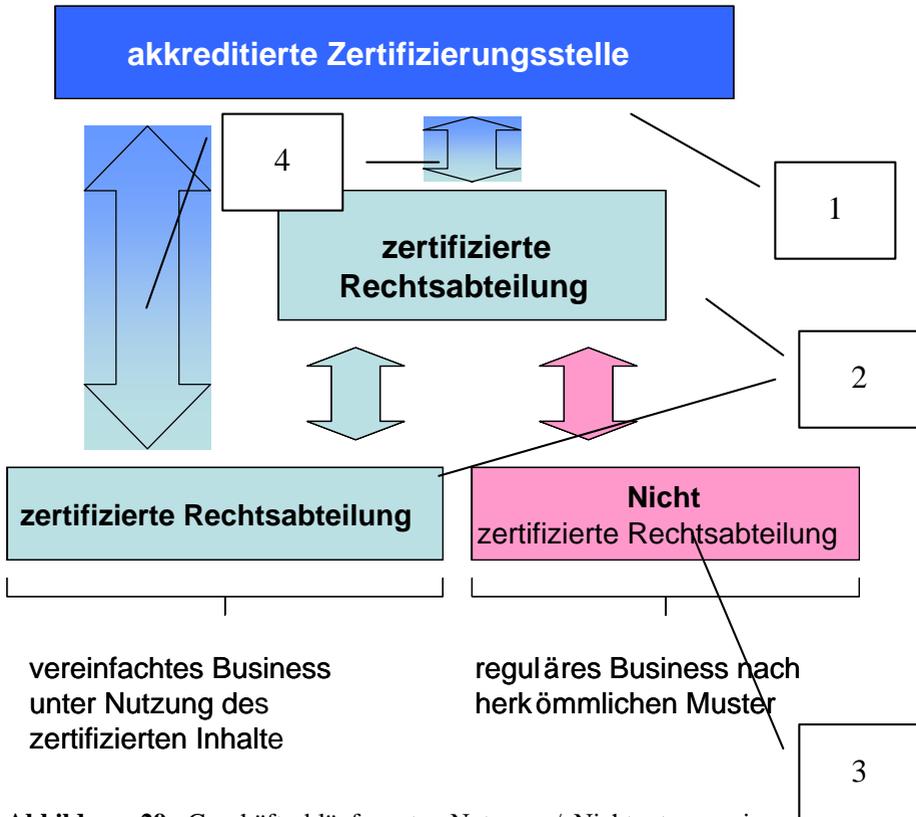


Abbildung 29: Geschäftsabläufe unter Nutzung / Nichtnutzung eines Zertifikats

In der Grafik und der dahinter liegenden Systematik ist also nicht ausgeschlossen, dass Geschäft auch zwischen solchen Unternehmen abgewickelt wird, die über keine zertifizierte

Rechtsabteilung verfügen. Wie bereits erklärt, können auch zertifizierte Rechtsabteilungen nicht zertifizierte Verträge schließen. Sie müssen ihr Ansinnen einer anderen zertifizierten Rechtsabteilung nur anzeigen. Im Ergebnis hätte das hier Vorgeschlagene zur Folge, dass beispielsweise ein Vertriebsmitarbeiter unter Vertrauen auf das Zertifikat einen Vertrag wegen seiner rechtlichen Inhalte akzeptieren kann, ohne Rückfrage mit der eigenen Rechtsabteilung halten zu müssen. Die Beschleunigung beim Vertragsmanagement ist gut vorstellbar. Es bleibt ein Blick auf mögliche *Inhalte* solcher zertifizierten Vertragsklauseln. Die Anwendbarkeit eines solchen Zertifikates ist nicht auf die Fragen der Haftung bei Sachmängeln beschränkt. Vielmehr dürfte es möglich sein, für eine Vielzahl von den für das IT-Recht relevanten vertraglichen Inhalten ausgewogene und dennoch generische Klauseln zu entwickeln. Themen, die zu berücksichtigen sind, wurden in der vorliegenden Arbeit bereits angesprochen, so dass etwa auf Kapitel 4.2 verwiesen werden kann. Der hier vorgeschlagene Gedanke, vertragliche Klauseln für die IT-Branche so abstrakt zu definieren, dass sie für eine Vielzahl von Fällen gelten, und dennoch so konkret sind, dass sie

auch ‚gelebt‘ werden können, ist im Übrigen nicht ohne jeden Bezug zu bereits existierenden Systematiken. Die öffentliche Hand hat ihrerseits für den Einkauf ganz unterschiedlicher IT-Leistungen bereits 1972 die ‚Besonderen Vertragsbestimmungen‘ eingeführt. Diese wurden in den vergangenen Jahren im Rahmen von umfassenden Verhandlungen zwischen der Öffentlichen Hand und den Spitzenverbänden der Deutschen Wirtschaft teilweise abgelöst durch die nunmehr verwendeten EVB-IT. Dabei handelt es sich um die ‚Ergänzenden Vertragsbestimmungen IT‘. Erklärtes Ziel ist die Unterstützung ausgewogener und transparenter Vereinbarungen⁴⁵², mit denen ein beiderseitiger Leistungsaustausch zwischen Vertragspartnern stattfinden kann, wobei die EVB-IT natürlich als den einen Vertragspartner die Öffentliche Hand sehen. Ziel der EVB-IT ist es auch, einen Beitrag zum wirtschaftlichen Abschluss von Verträgen zu leisten⁴⁵³. Im Ergebnis ist bei dem hier gemachten Vorschlag durchaus vorstellbar, in welchem erheblichem Umfang das Vertragsmanagement verbessert

⁴⁵² Leitzen, W.: „EVB-IT Pflege“ in ITRB 2003, S. 78

⁴⁵³ Leitzen, W., ebenda, S. 81

werden könnte. Mit dem nun dargestellten Lösungsvorschlag wäre es auch möglich, eine Entlastung der Arbeitsinhalte der Syndici herbei zu führen.

4.6 Zusammenfassung

Das vierte Kapitel dieser Arbeit hat die in den vorangegangenen Kapiteln erarbeiteten Erkenntnisse auf eine der wesentlichen Aufgaben einer Rechtsabteilung und des Syndikus' in der mittelständischen IT-Branche angewendet. Diese Aufgabe war zunächst als das Vertragsmanagement definiert worden. Im Zusammenhang mit dieser Definition wurde auch herausgestellt, welche konkreten Themen in Verträgen in der IT-Branche Risikoerwägungen von unter besonderer Bedeutung sind. Ergänzt wurde diese thematische Vorstellung durch mögliche Klauseln, die die so identifizierten Risiken steuern können. Das Steuern der Risiken war bereits im vorangegangenen Kapitel zur wesentlichen Aufgabe des Risikomanagements erklärt worden. Nachdem daher für das Steuern verschiedene Parameter vorausgesetzt worden waren, folgten ab dem Kapitel 4.4 Maßnahmen im Vertragsmanagement, die ein Steuern der Risiken ermöglichen. Dabei wurden verschiedene Lösungsansätze

vorge stellt. Dies waren solche, die auf Basis unternehmenseigener Standardverträge den Einsatz technischer Möglichkeiten nutzten, ergänzt um ein ausgewogenes Schulungskonzept. Vorge stellt wurden auch ganz unterschiedliche Möglichkeiten, die internen Vorgehensweisen – also die Geschäftsprozesse – im Unternehmen so zu gestalten, dass die Syndici mit dem Vertragsmanagement ideal in die gesamten Abläufe des Unternehmens eingebunden sind. Ideal stellte dabei auf eine risikooptimale Positionierung des Unternehmens ab. Zum Abschluss dieser ersten Gruppe von Vorschlägen wurden Strategien für Vertragsverhandlungen vorge stellt. Bereits hier wurde deutlich, wie sinnvoll ein ausgewogenes Verhandlungsvorgehen sein kann. Es folgten zwei zukunftsweisende Vorschläge. Zum einen ging es um die Frage, ob Verträge messbar sind, und dies am besten automatisch. Dies würde dazu führen, dass ein beachtlicher Anteil des Vertragsmanagements aus der Rechtsabteilung ausgegliedert werden könnte. Mitarbeiter beispielsweise im Vertrieb hätten dann eine Möglichkeit an der Hand, auch ohne juristisches Wissen einen Vertrag zu prüfen. Dies könnte im Idealfall zu einer Beschleunigung in der

Akzeptanz von Verträgen und damit im Geschäftsabschluss führen. In diesem Zusammenhang wurde untersucht, ob Methoden, wie sie aus der Betriebswirtschaftslehre stammen, anwendbar sind. Dies wurde für den aktuellen Zeitpunkt noch abgelehnt, scheint aber für die Zukunft nicht ausgeschlossen. Ein letzter Vorschlag setzte sich mit der Möglichkeit auseinander, Rechtsabteilungen zu zertifizieren. Ausgangspunkt war die Überlegung, wie sie bereits bei den Strategien für Vertragsverhandlungen angesprochen waren. Ziel sollte ein Hinarbeiten auf ausgewogene Verträge sein. Vertragsverhandlungen, die auf einer ausgewogenen Basis laufen, dürften schneller zu einem positiven Abschluss kommen als solche Vertragsverhandlungen, bei denen mit Extrempositionen gestartet wird. Der Geschäftsabschluss ist aber ja von beiden Verhandlungspartnern gewollt. Der hier gemachte Vorschlag zielte daher darauf ab, Rechtsabteilungen die Möglichkeit zu bieten, bestimmte Vertragsinhalte grundsätzlich als akzeptabel anzunehmen. Diese Vertragsinhalte könnten auf Verbandsebene verhandelt werden und stünden den Vertragspartnern zur Verfügung. Verträge, die unter diesem Modell abgewickelt werden – wofür zur Sicherheit das Bestehen eines

Zertifikats empfohlen wird – bedürfen keiner weiteren Überprüfung durch die Rechtsabteilung. Auch dieser Vorschlag zielt darauf, rechtssichere Vertragsschlüsse schneller und mit geringerem Aufwand zu ermöglichen.

5 Ergebnis und Aussicht

Die schlagwortartigen Formulierungen und Meinungen gleichen sich oftmals: „*Unternehmensjuristen sind doch nur Bedenkenträger und Umsatzverhinderer!*“. An anderer Stelle werden Unternehmensjuristen als „*Erbsenzähler oder Spielverderber apostrophiert*“. Mit diesen Worten startete die vorliegende Arbeit. Doch erkennbar wurde auch, dass es so zwar sein kann, aber weder sein soll, noch sein muss. Um dies festzustellen hat sich die vorliegende Arbeit zunächst mit den beiden grundlegenden Begriffen dieser Arbeit auseinandergesetzt, nämlich Rechtsabteilung und Syndikus. Dabei wurde herausgestellt, dass zunächst eindeutige Definitionen für keinen der beiden Begriffe existieren. Zwar werden an einigen Stellen recht umfassende Meinungen vertreten, was ein Syndikus ist und wie er in der Rechtsabteilung arbeiten soll. Systematisch gegliedert war dies bislang jedoch nicht. In Ermangelung einer solchen systematischen Gliederung gab es auch für keinen Arbeitsbereich des Syndikus' überhaupt Vorschläge, wie der Syndikus in einem solchen Thema arbeiten soll. So lange die Arbeitsweise aber nur auf Zufall oder aber auf Zuruf funktioniert, so lange läuft der Syndikus Gefahr, nicht allen

Rufenden zufällig gerecht werden zu können. Dies führt schnell dazu, dass der Syndikus und die Rechtsabteilung den zweifelhaften Ruf erlangen, „*Bedenkenträger und Umsatzverhinderer*“ zu sein. Vor diesem Hintergrund hat die vorliegende Arbeit untersucht, wie der Syndikus in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche sich und die Rechtsabteilung organisieren sollte, um strukturiert an die ihm übertragenen Aufgaben heran zu gehen. Dazu war es nötig, aus der Menge der vorgetragenen Ansichten heraus zu finden, wie sich das Berufsbild des Syndikus' in der mittelständischen IT-Branche überhaupt darstellt. Hier liegt eine der zentralen Aussagen dieser Arbeit: es mag in großen Unternehmen mit einer Vielzahl von Juristen anders sein, es mag eventuell auch in anderen als der IT-Branche abweichen, jedenfalls aber ist in der mittelständischen IT-Branche weniger ‚echter‘ Jurist, als mehr Risikomanager. Diese Arbeit hat heraus gestellt, warum dies so ist: der Syndikus wird mit einer ganzen Fülle von ganz unterschiedlichen Themen in seiner täglichen Arbeit konfrontiert. Anders als eben beispielsweise in Großunternehmen, die für eine Vielzahl von speziellen Themen auch eigene Spezialisten vorhalten, muss der

Syndikus im Mittelstand diese ganze Bandbreite an Themen intern alleine abdecken und allenfalls mit einigen wenigen externen Beratern zusammenarbeiten. Der Syndikus, auch das war festgestellt worden, arbeitet auch dann weniger als Jurist und mehr als Legal Manager. Doch bleiben wir beim Risikomanager: neben der Konfrontation mit einer großen Anzahl ganz unterschiedlicher Aufgaben wurde an ganz konkreten Beispielen verdeutlicht, wie viele Themen die IT-Branche mit sich bringt, für die es eben noch keine juristisch weitgehend eindeutigen Bestimmungen gibt. Nicht einmal bei einer der nachvollziehbaren Basisfragen, nämlich der nach ‚Was ist Software‘, herrscht Einigkeit. Der Syndikus, der sich in diesem Umfeld bewegt, steuert daher hauptsächlich Risiken. Darin liegt, zusammengefasst, eine der wesentlichen Gründe für die getroffene Feststellung des Syndikus‘ als Risikomanager. Nachdem diese Feststellung getroffen war, stellte sich die Frage, warum und wie ein Unternehmen überhaupt auf die Idee kommt, einen Syndikus zu beschäftigen, eine Rechtsabteilung zu gründen. Denn ein gesetzliches Muss gibt es dafür nicht. Wie eingangs der Arbeit festgestellt wurde, sind dem Gesetzgeber weder der Begriff des Syndikus‘ noch der der

Rechtsabteilung überhaupt bekannt. Jedenfalls verwendet der Gesetzgeber beide Begriffe nicht. Für ein Unternehmen kann es sich aber bei der Entscheidung, ob ein Syndikus angestellt und eine Rechtsabteilung gegründet werden soll, nur um eine Frage handeln, die nach der Maßgabe des ökonomischen Prinzips beantwortet werden sollte. Syndikus und Rechtsabteilung sind keine Liebhaberei, die Gründung einer unternehmensinternen Rechtsberatung anstelle der Betreuung von rechtlichen Fragen durch externe Berater muss sich also rechnen. Es ist – kurz formuliert – die Kernaussage des ökonomischen Prinzips, dass sich für ein Unternehmen etwas rechnen muss, ansonsten sollte das Geld anderweitig gewinnbringend verwendet werden. Die vorliegende Arbeit hat sich dann ausführlich mit der Frage beschäftigt, was einerseits die Kosten einer eigenen Rechtsabteilung sind, andererseits was deren Nutzen sein kann. Dabei konnte festgestellt werden, dass die Kostenfeststellung vergleichsweise einfach, das Herausarbeiten des von der eigenen Rechtsabteilung gestifteten Nutzens aber schon deutlich schwieriger ist. Diese Arbeit hat aber den Versuch unternommen, nicht nur den Nutzen beschreibend darzustellen; diese Arbeit hat

umfassend erläutert, wie die Berechnung und Analyse von Kosten und Nutzen der eigenen Rechtsabteilung aussehen kann. Grundlage war ein definierter Planungszeitraum von fünf Jahren. Über diesen Planungszeitraum wurden die Kosten addiert; davon subtrahiert wurden die Einsparungen. Ein ganz wesentliches Element im Nutzen der eigenen Rechtsabteilung für das Unternehmen innerhalb der Kosten-Nutzen-Betrachtung in dieser Arbeit war aber die Erfahrung der Syndici. Dafür wurde ein eigener Wertbegriff gewählt. Dies war der *E*-Wert. Auf Grundlage der Kosten-Nutzen-Analyse könnte eine Unternehmensführung nunmehr eine nachvollziehbare Entscheidung über die Gründung einer eigenen Rechtsabteilung treffen. Wesentliche Aussage war jedoch in diesem Zusammenhang auch: es mag noch weitere Möglichkeiten geben, die Installation einer eigenen Rechtsabteilung im eigenen Unternehmen zu begründen, im Zweifel sogar die reine Bauchentscheidung. Auch eine solche muss nicht falsch sein. Der hier vorgestellte Weg hat aber den Vorteil, eine gewisse Transparenz und Nachvollziehbarkeit zu besitzen. Die vorliegende Arbeit hat auf diese Ergebnisse aufbauend weitere Erkenntnisse vermittelt: trifft das Management die Entscheidung, eine

eigene Rechtsabteilung zu gründen und einen Syndikus anzustellen, dann wurde auch erläutert, welche Form der Integration in das eigene Unternehmen sinnvoll ist. Weiterhin wurde erläutert, wie die Auswahl an Themen und Arbeitsinhalten vor sich gehen kann, mit denen sich die Rechtsabteilung nach ihrer Gründung zunächst beschäftigen sollte. Beide Entscheidungen, hier als das ‚Wie‘ und das ‚Was‘ bezeichnet, stellten sich nach dem zuvor Erläuterten als konkret angewandtes Risikomanagement dar. In struktureller Hinsicht erscheint es dabei wichtig, die Rechtsabteilung nicht so zu integrieren, dass nur die Geschäftsführung Zugriff auf sie hat. es wurde gezeigt, wie sinnvoll eine Integration in das Liniensystem des Unternehmens ist. Der Vorschlag war, die Rechtsabteilung so zu positionieren, dass ein vergleichsweise leichter und unkomplizierter Zugriff auf den Syndikus möglich ist, und zwar nicht nur durch die Geschäftsführung. Kritische Themen müssen dem Syndikus schnell und ohne Eskalationsprobleme bekannt werden, damit er beratend oder steuernd eingreifen kann. Wegen der Arbeitsinhalte ist dargelegt worden, dass diejenigen Themen, die besonders häufig gefragt und zugleich eine hohe strategische Relevanz

für das Unternehmen besitzen, vornehmlich dem Syndikus zur Betreuung übertragen werden sollten. Auf Grundlage dieser Themenauswahl wiederum wird sich der Syndikus dann seinerseits unter Nutzung beispielsweise der in dieser Arbeit vorgestellten Methoden zum Risikomanagement eine Themenauswahl bestimmen, mit der er sich dann konkret beschäftigen muss. Eine Methode ist die Risikomatrix; mit dieser kann der Syndikus vergleichsweise einfach durch Visualisierung von möglicher Schadenshöhe und erwarteter Eintrittswahrscheinlichkeit eine Priorisierung der ihm vom Management übertragenen Themen nach Art und Umfang der Betreuung durchführen. Diese Arbeit hat heraus gestellt, dass das Allgemeine Vertragsrecht in der Betreuung durch den Syndikus auch in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche eine besondere Rolle einnimmt. Die Betreuung des Allgemeinen Vertragsrechts wird in dieser Arbeit auch als das Vertragsmanagement bezeichnet. Die Bedeutung ergibt sich zum einen aus der strategischen Relevanz des Vertragsmanagements, aber unter Beachtung einiger für die IT-Branche typischen vertraglichen Fallkonstellationen auch aus der gesetzlichen Systematik. Die Arbeit hat dazu verschiedene Beispiele aufgegriffen. So

konnte erörtert werden, wie wichtig die Formulierung von Haftungsklauseln in Verträgen über IT-Leistungen ist. Eine hohe Bedeutung haben auch Klauseln, die die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers normieren, ebenso exakte vertragliche Regeln zum Leistungsstörungenrecht und zu Fragen der Vergütung. Als wichtige Eigenart der IT-Branche wurde auch das Change Request-Verfahren erläutert, dessen Formulierung in einem Vertrag über die Erbringung von IT-Leistung in aller Regel nicht fehlen darf. Diese in der Arbeit vorgestellten Themen sind eindeutige Risiken, die der Syndikus nicht nur identifizieren, sondern auch steuern muss. Ein wesentlicher Bestandteil dieser Arbeit zielt deswegen darauf, Vorschläge darzulegen, wie der Syndikus in einem mittelständischen Unternehmen der IT-Branche dieses Steuern von Risiken realisieren kann. Die Vorschläge zielen darauf, bei Beachtung gewisser endogener und exogener Parameter mit vergleichsweise einfach umzusetzenden Methoden konkretes Risikomanagement im Vertragsmanagement umzusetzen. Die gemachten Vorschläge zielten auf das Definieren und Durchsetzen von eigenen Standards unter Nutzung technischer Ressourcen und dem Anbieten von Schulungen

ab. Weiterhin wurden aber auch Vorschläge erläutert, wie der Syndikus seine eigene Inanspruchnahme durch andere Mitarbeiter im Unternehmen präzisieren kann. Im Hinblick auf die eigene Arbeitsweise des Syndikus' wurden auch mögliche Strategien für Vertragsverhandlungen erläutert. Zum Abschluss dieser Arbeit konnten zwei zukunftsweisende Ideen präsentiert werden: neben Überlegungen zur Messbarkeit von Verträgen mit dem Fernziel, das Vertragsmanagement vielleicht einmal weitgehend weg von den Syndici hin zu einem automatisierten Verfahren zu bringen, wurde auch die Idee einer Zertifizierung von Rechtsabteilungen vorgestellt. Das Ziel bei der letzten Idee wäre es, auf der Grundlage von übergeordnet ausgehandelten Verträgen zu vereinfachen und dennoch für alle Beteiligten ausgewogenen Geschäftsabschlüssen zu kommen. Dann wäre das Vertragsmanagement nur noch in solchen Fällen relevant, die außerhalb der ausgewogenen Standardverträge stattfindet.

Ist der Syndikus nun „*Bedenkenträger und Umsatzverhinderer*“? Dies liegt in der Hand des betroffenen

Syndikus' selbst. Er steht in der Verantwortung, die ihm vom Management übertragenen Aufgaben zu übernehmen. Wie er das tut, ist ihm überlassen. Der Syndikus wird nach den sich aus dieser Arbeit ergebenden Erkenntnissen gut daran tun, seine Arbeit zu strukturieren und nicht nur auf Zuruf und aus dem Stehgreif heraus zu arbeiten. Dann vermeidet er das Fortschreiben der beschriebenen Vorurteile gegen seine Berufsgruppe. Dies kann gelingen, wenn sich der Syndikus konkret über die ihn betreffenden Themen bewusst wird und dann Strategien überlegt, diese Themen zu steuern. Für den Bereich des Vertragsmanagements wurden hier Vorschläge unterbreitet. Es bietet sich an anderer Stelle an, diese Gedanken weiter zu führen. Dies kann etwa für das Kapitalmarktrecht geschehen, das zunehmenden Arbeitsaufwand mit sich bringt. Auch hier ist es sinnvoll, dass der Syndikus, der über hohe Arbeitsbelastung klagt, Strukturen und Vorgehensweise definiert, um die sich aus den Themen ergebenden Risiken angemessen zu steuern. Ein weiterer Gedanke soll abschließend aufgegriffen werden: diese Arbeit hat festgestellt, dass die Syndici insgesamt an Bedeutung und an Ansehen verloren haben. Teilweise sieht es so aus, als

würden sie zu Sachbearbeitern für Vertragsprüfungen oder Handlungsreisende in Sachen Vertragsmanagement. Dies nur zu beklagen, hilft kaum. Die Syndici haben es auch hier selbst in der Hand, neue Schwerpunkte zu setzen und daraus resultierend an der Verbesserung ihrer eigenen Bedeutung, der Bedeutung des gesamten Berufsstandes zu arbeiten. Es bietet sich nicht an, dass Syndici sich – gerade auch im Vertragsmanagement – nur mit selbst gemachten Problemen beschäftigen. Dieser Denkansatz wurde in der Arbeit ausführlich erläutert. Es bietet sich vielmehr an, dass sich Syndici von unnötiger Routinearbeit befreien. Dazu wäre auch die Fortentwicklung der in dieser Arbeit vorgestellten weiterführenden Gedanken überlegenswert. Eine automatisierte Vertragsprüfung ist nicht undenkbar, und es ist keine Schande für die Syndici, wenn ein automatisierter Ablauf unter Nutzung eines Computers eine Haftungsklausel prüft. Denn über eine Haftungsklausel werden sich zuletzt nur wenige Syndici ernsthaft definieren wollen. Entsprechendes gilt für den Vorschlag, durch verstärkte Nutzung standardisierter Klauseln und sogar Zertifikaten zur Risikosteuerung sich regelmäßig wiederholende Scheingefechte bei Vertragsverhandlungen

zu vermeiden. Um innerhalb der Unternehmen auf der Ebene des anerkannten und senioren internen Beraters agieren zu können, bedarf es eines erheblichen Mehr. Der Syndikus sollte seine Stärken und Qualitäten, wie sie von dieser Arbeit auch heraus gestellt wurden, dem Unternehmen als Mehrwert anbieten. Gemeint sind die eigentlichen juristischen Tugenden: die Fähigkeit, strukturiert und differenziert mit Problemen umzugehen, die Fähigkeit, sich schnell in ganz unterschiedliche Themenkomplexe einzuarbeiten, und vor allem auch ein gutes Verständnis für fachübergreifende Problemstellungen. Erste Syndici werden schon wieder in den Vorstand von großen Unternehmen berufen: der ehemalige Chefsyndikus der RWE Umwelt AG, Dr. Jürgen Bremer, ist jüngst als zusätzliches Mitglied in den Vorstand der RWE-Konzerngesellschaft Harpen AG berufen worden. Sobald ein Unternehmen seinen Syndikus nicht mehr als notwendiges Übel ansieht, sondern die wirklichen Fähigkeiten begreift, hat der Syndikus es verstanden, den eigenen Mehrwert zu verdeutlichen. Die Voraussetzungen dafür zu schaffen hat der Syndikus selbst in der Hand. Die vorliegende Arbeit kann hierfür Hilfestellung anbieten.

Dann stellt sich die Frage nach „*Bedenkenträger und Umsatzverhinderer*“ nicht mehr länger.

6 Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
AnSVG	Anlegerschutzverbesserungsgesetz
AnwBl.	Anwaltsblatt
ArbErfG	Arbeitnehmererfindungsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebsberater
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BilKOG	Bilanzkontrollgesetz

BilReG	Bilanzrechtsreformgesetz
BRAGO	Bundesrechtsanwaltsvergütungsordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-DS	Bundesratsdrucksache
BReg.	Bundesregierung
BT-DS	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CR	Computer und Recht
CURI	Computer und Recht International
DB	Der Betrieb
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
e.V.	eingetragener Verein
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
f.	Folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	Fortfolgende
Fn.	Fußnote
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
IfM	Institut für Mittelstand
InsO	Insolvenzordnung
ITRB	IT-Rechtsberater
KapMuG	Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
KMU	kleine und mittelständische Unternehmen
KO	Konkursordnung
KonTraG	Das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
LG	Landgericht
LSG	Landessozialgericht
M&A	Mergers & Acquisition
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MMR	Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
n.F.	neue Fassung

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Patentgesetz
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
Rn.	Randnummer
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
Rz.	Randzeichen
S.	Seite
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
Urt.	Urteil
v.	vergleiche
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche

7 Literaturverzeichnis

Albert, C./ Klos, M. „Starke Marken made in Germany“ in
Juve Rechtsmarkt 08/2004, S. 31

**Baetge, J./Dörner, D./Kleekämper, H./ Wollmert,
P./Kirsch, H.-J. (Hrsg.)** Rechnungslegung nach
International Accounting Standards (IAS), 2. Aufl., Stuttgart
2003

zitiert: *Baetge-Bearbeiter*, Kapitel, Rn.

Bauer, I./ Weitzel, M. „Auswirkungen der
Gewährleistungsverlängerung im IT-Bereich“ in ITRB
2005, S. 112-117

Bauer, I./ Weitzel, M. „Nacherfüllung beim Kauf von
Standardsoftware“ in ITRB 2003, S. 109-112

Baumbach, A./ Hopt, K. Handelsgesetzbuch, Kommentar,
32. Aufl., München 2006

zitiert: *Bearbeiter in Baumbach/Hopt*

Bernstein, P. Wider die Götter. Die Geschichte von Risiko und Riskmanagement von der Antike bis heute, München 2002

Beck'scher Online-Kommentar, Bamberger/Roth (Hrsg.)

zitiert: *BaRoth-Bearbeiter*

Bierle, K. Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Band 1: Übersichtsdarstellungen, 9. Aufl., Saarbrücken 2002

zitiert: Bierle

Bindewald, A. Mittelstandsmonitor 2004, Frankfurt/Main 2004

Bissel, C. Die Rechtsstellung des Syndikusanwalts und die anwaltliche Unabhängigkeit, Erlangen 1995

zitiert: Bissel

BITKOM e.V. (Hrsg.) „Vertragstypologische Einordnung von Projektverträgen für die Erstellung von Individualsoftware“, Berlin 2002

BITKOM e.V. (Hrsg.)/ Pols, A. (Verf.) „Daten zur Informationsgesellschaft, Status quo und Perspektiven Deutschlands im internationalen Vergleich“, Berlin, Edition 2004

Börner, F./ Buhl, M./ Hellmich, S./ Klett, D./ Moos, F. Leitfaden IT-Recht. Ein Handbuch für die Unternehmenspraxis, Köln u.a. 2004

zitiert: Börner

Bormann, F./Bormann, M. „Rechtsnatur und Rechtsschutz der Software“ in DB 1991, S. 2641-2649

Brakhahn, W./ Vogt, U. ISO 9000 für Dienstleister, 2. Aufl., Landsberg/Lech 1997

Bräutigam, P. IT-Outsourcing, Berlin 2004

Bräutigam, P. „SLA: In der Praxis alles klar?“ in CR 2004, S. 248-254

Bräutigam, P./ Rücker, D. „Softwareerstellung und § 651 BGB – Diskussion ohne Ende oder Ende der Diskussion“ in CR 2006, S. 361-368

Brömmelmeyer, C. „Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstandes – Ein Beitrag zur Konkretisierung des Business Judgment Rule“ in WM 2005, S. 2065-2070

Chayes, A. „Corporate Counsel and the Elite Law Firm“ in: Stanford Law Review, 37/1985, S. 277-300

Dauner-Lieb, B./ Heidel, T./ Lepa, M./ Ring, G. (Hrsg.) Schuldrecht, Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, Bonn 2002

zitiert: AnwKom-Schuldrecht-*Bearbeiter*

Deutscher Anwaltverein (Hrsg.)/ Hamacher, P. (Verf.) „Der Syndikusanwalt“ in DAV

Deutsches Patent- und Markenamt (Hrsg.) Jahrbuch, München 2004

Dolmans, M./ Eichler, H./ Müller-Ibold, T. „Die
Sicherung des 'Legal Privilege' im Gemeinschaftsrecht“ in
Anwaltsblatt 1999, 493-499

Eisenberg, D./ Schulte, K. Die Bundestrainer-Scorecard,
Hagen 2005

Endrös, A./ Walzl, P. Der Wirtschaftsanwalt, München
1995

zitiert: Endrös/Walzl

Erman, W. (Begr.) Bürgerliches Gesetzbuch,
Handkommentar mit AGBG, EGBGB, ErbauVO,
HausratsVO, HausTWG, ProdHaftG, SachenRBerG,
SchuldRAnpG, VerbrKrG, Hrsg.: Westermann, H.P., 2
Bände, 10. Auflage, Köln und Münster 2000

zitiert: *Erman-Bearbeiter*

Europäische Kommission (Hrsg.) „The Result of the
European Commission Consultation Exercise on the
Patentability of Computer Implemented Inventions“,
KOM(2002)92 endg.

Fleischer, H. „Die „Business Judgment Rule“ – Vom Richterrecht zur Kodifizierung“ in ZIP 2004, S. 685-692

Fleischer, H. „Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht“ in ZIP 2006, S. 451-459

Funk, A./ Wenn, M. „Gestaltung von Verträgen über IT-Leistungen unter den Aspekten der Haftungsbeschränkung und -vermeidung“, in ITRB 2004, S. 118-120

Gartz, J. Die Apple-Story: Aufstieg, Niedergang und "Wieder-Auferstehung" des Unternehmens rund um Steve Jobs, 2. Aufl., Kilchberg 2005

Gehb, J., Heckelmann, M. „Haftungsfreistellung von Vorständen“ in ZRP 2005, S. 145-149

Gerber, A. (Hrsg.) Juve Handbuch, 8. Aufl., Köln 2005

Gleiss, A. (Hrsg.) Kolvenbach, W. (Verf.) Soll ich Rechtsanwalt werden? Plädoyer für den Juristenberuf, Heidelberg 1986, S. 214-224

Goldmann, B./ Redecke, R. „Gewährleistung bei
Softwarelizenzverträgen nach dem
Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ in MMR 2003, S. 3-8

Griffiths, A./ Jatzkowski, A. „IPO mit 37, Börsengang aus
Inhouse-Sicht: Wincor Nixdorf“, Juve Rechtsmarkt
07/2004, S. 46-50

Grundwald, S./ Freitag T./ Witt-Schleuer, D.
Zertifizierung im IT-Weiterbildungssystem, Hannover 2005

Grütmacher, M. „Open-Source-Software – die GNU
General Public License“ in ITRB 2002, S. 84-90

Güth, W./ Kliemt, H. „Langzeiteffekte der „Theory of
Games and Economic Behavior“, Berlin 2001

Hahn, D./ Hungenberg, H./ Kaufmann, L. „Optimale
Make-or-Buy-Entscheidung“ in Controlling 1994, S.74-82

Halberkamp, T. „Unsicherheitsfaktor Cash-Pooling –
Stellungnahme des HFA zu den Auswirkungen des BGH-
Urteils zur Darlehensgewährung an Gesellschafter“ in
Luther Newsletter, 1.Quartal 2006, S. 10-11

Hamacher, P. Der Syndikusanwalt, in: DAV-Ratgeber für junge Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, 10. Aufl., Berlin 2004

Harriehausen, C. „Ein Blick in die Zukunft“ in F.A.Z. vom 26.02.2006, S. V11

Hartmann, M. Juristen in der Wirtschaft, München 1990
zitiert: Hartmann

Haselbacher, M./ Prax, F./ Vogt, U./ Wuksch, D.
Prozessmanagement, Wien u.a. 2001

HAY Group (Hrsg.) Survey of Pay and Benefits. Solicitors in Commerce and Industry, London 1986

Hennig-Schmidt, H. „The Impact of Fairness on Decision-Making – An Analysis of Different Video Experiences“, Bonn 2002

Hilty, R.M. „Der Softwarevertrag – ein Blick in die Zukunft. Konsequenzen der trägerlosen Nutzung und des patentrechtlichen Schutzes von Software“ in MMR 2003, S. 3-14

Hörl, B. „Haftungsklauseln in IT-Verträgen“, in ITRB 2005, S. 217 – 219

Hörl, B. „Beratungshaftung im IT-Bereich nach neuem Schuldrecht (Teil 2)“, in ITRB 2004, S. 87-91

Hommerich, C. Die Anwaltschaft unter Expansionsdruck. Eine Analyse der Berufssituation junger Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Köln 1988

Hommerich, C. Der Einstieg in den Anwaltsberuf, Bonn 2001

Hommerich, C./ Prütting, H. Das Berufsbild des Syndikusanwalts, Bonn 1998

zitiert: Hommerich/Prütting

Hoor, G. „Die Präzisierung der Sorgfaltsanforderungen nach § 93 Abs. 1 AktG durch den Entwurf des UMAG“ in DStrR 2004, S. 2104-2108

Huff, M. W. „Der Rechtsanwalt und sein „nichtanwaltlicher“ Arbeitgeber“ in NJW 36/2005, Editorial

Ibers, T./Hey, A. Risikomanagement, Rinteln 2005

zitiert: Ibers/Hey

Ihrig, H.-C. „Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG“ in WM 2004, S. 2098-2107

Institut für Mittelstandsforschung (Hrsg.)/ Günterberg, B./ Kayser, G. (Verf.) „SME in Germany, Facts and Figures 2004“ in IfM

Intellectual Property Institute (Hrsg.) „The Economic Impact of Patentability of Computer Programs“, London 2001

Intveen, M. „Versicherung und Versicherbarkeit von IT-Risiken“, in ITRB 2004, S. 230-232

Jahns, C. „Bakschisch-Business“ in FAZ vom 06.03.2006,
S. 22

Jatzkowski, A. „Es dürfte gern ein bisschen mehr sein“ in:
JUVE-Rechtsmarkt, 06/2004, S. 6-8

Jatzkowski, A. „Durchblick im blauen Dunst“, in Juve
Rechtsmarkt 06/2004, S. 46-51

Jatzkowski, A. „Geht nicht gibt's nicht“, in Juve
Rechtsmarkt 03/2004, S. 45-49

Jatzkowski, A. „Vorhersage: heiter bis wolzig. Umfrage bei
Inhouse-Juristen zeigt Umsatzpotenzial für Kanzleien auf“
in Juve Rechtsmarkt 10/2005, S. 40-41

Junker, A. „Die Entwicklung des Computerrechts in den
Jahren 1991 und 1992“ in NJW 1993, 824-832

Junker, M. juris Praxis Kommentar, BGB, Schuldrecht,
Band 2.1, Teil 1: §§ 241-432), 2. Aufl., Saarbrücken 2004
zitiert: jurisPK-BGB/*Bearbeiter*

Kalsbach, W. Das Standsrecht des Rechtsanwalts, Köln
1956

Kambil, A. „Disarming the Value Killers“ in Strategic Risk,
Issue 27.06.2005, S. 11-13

Kaplan, R./Norton, D. Strategy Maps, Der Weg von
immateriellen Werten zum materiellen Erfolg, Stuttgart
2004 (Aus dem Amerikanischen von Horváth, P. und
Gaiser, B.)

Kaplan, R./ Norton, D. „The Balanced Scorecard –
Measures That Drive Performance“, Harvard Business
Review, Jan-Feb 1992v

Kilian, M. „Rechtliche Grundlagen der anwaltlichen
Tätigkeit“, Köln 2003/04

Kilian, W. / Heussen. B. (Hrsg.) Computerrechts-
Handbuch, Informationstechnologie in der Rechts- und
Wirtschaftspraxis, München, 2005

zitiert: Bearbeiter in Kilian/Heussen, Computerrechts-
Handbuch

Knop, C. „Asterix und Obelix der Softwarewelt“ in FAZ
vom 06.03.2006, S. 18

Koch, F. A. „Nacherfüllung – Hat der Kunde eine Wahl?“
in ITRB 2003, S. 87-89

Koch, F. A. „Kaufrechtliche Vorgaben für Verträge zur
Software-Erstellung“ in ITRB 2002, S. 297-300

Kock, M./ Dinkel, R. „Die zivilrechtliche Haftung von
Vorständen für unternehmerische Entscheidungen“ in NZG
2004, S. 441-448

König, M. „Software (Computerprogramme) als Sache und
deren Erwerb als Sachkauf“ in NJW 1993, S. 3121-3124

Kolvenbach, W. The Company Legal Department: Its Role,
Function and Organization, Deventer 1979

Kuthe, T./ Rückert, S./ Sickinger, M. Compliance-
Handbuch Kapitalmarktrecht, Heidelberg 2004

Leitl, M. „Klug entscheiden“ in Harvard Business Magazin,
Spezial, 04/2006

Leitzen, W. „EVB-IT Pflege“ in ITRB 2003, S. 78-81

Leuering, D./Simon, S. „Offene Fragen zur Offenlegung
der Vorstandsvergütung“ in NZG 23/2005, S. 945-950

Linnerz, M. „Vom Anfechtungs- zum Haftungstourismus“
in NZG 2004, S. 307-313

Marly, J. „Die Qualifizierung der Computerprogramme als
Sache nach § 90 BGB“ in BB 1991, S. 432-436

Marly, J. Softwareüberlassungsverträge, 4. Aufl., München
2004

Medicus, D. Bürgerliches Recht, 18. Aufl., München 1999

Müller-Hengstenberg, C. D. „Computersoftware ist keine
Sache“ in NJW 1994, 3128-3134

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AGB-Gesetz, und Band
2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, München
2003

zitiert: *MüKo-Bearbeiter*

Nack, R. „Sind jetzt computerimplementierte
Geschäftsmethoden patentfähig?“ in GRUR Int. 2000, 853-
858

Neumann, A. „Frankfurter Sechs-Tage-Rennen“ in Juve
Rechtsmarkt 02/2006, S. 16-24

Neumann, J. „Die Rechtsabteilung im Unternehmen“ in
Anwaltsblatt 1991, S. 630-633

Neumann, J. „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in
Anwaltsblatt 1987, S. 404-408

Ockenfels, A. „Der Fairnessforscher“, Interview in Lounge-
Gespräch, Frankfurt 2006, S. 84-91

Otto • Henning & Company (Hrsg.)/ Henning, M. (Verf.)
General Counsel Benchmarking-Report, Frankfurt/Main
2005

zitiert: Henning

Nücke, H./ Feinendegen, S. „Integriertes
Risikomanagement“, Berlin 1998

Paefgen, W. G. „Dogmatische Grundlagen,
Anwendungsbereich und Formulierung eines Business
Judgment Rule im künftigen UMAG“ in AG 2004, S. 245-
261

Palandt, O. Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 65.
Aufl., München 2006

zitiert: Palandt-*Bearbeiter*

Palandt, O. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts,
Ergänzungsband zur 61. Aufl., München 2002

zitiert: Palandt-*Bearbeiter* in Ergänzungsband

Paul, J. „Wenn Kennzahlen schaden“ in Harvard Business Manager 2004, S. 108-111

Paulus, G. „Der "Escrow Agent" - Eine konkursfeste Hinterlegungsmöglichkeit?“, CR 1994, S. 83, 84

Plath, K.-U. „Abnahme bei Individualsoftwareverträgen“ in ITRB 2002, S. 98-100

Porter, M. E./ Porter, M. E. Wettbewerbsstrategie: Methoden zur Analyse von Branchen und Konkurrenten, Frankfurt/Main 1994

Porter, M. E. Wettbewerb und Strategie, München 1999

Prütting, H./ Wegen, G./ Weinreich, G. BGB Kommentar, Köln 2006

zitiert: *PWW-Bearbeiter*

Quast, I. Die Rechtsstellung des Unternehmensjuristen in der Europäischen Union, Bonn 2001

Redeker, H. (Hrsg.) Handbuch der IT-Verträge, Köln 2005

zitiert: Bearbeiter in Redeker, IT-Verträge

Redeker, H. "Softwareerstellung und § 651 BGB" in CR
2004, S. 88-91

Redeker, H. „Wer ist Eigentümer Goethes Werther?“ in
NJW 1992, S. 1739-1740

Redeker, H. „Softwareerstellung im neuen Schuldrecht“ in
ITRB 2002, 119-121

Redeker, H. Softwareüberlassungsverträge in der Insolvenz
des Softwarelieferanten“ in ITRB 2005, S. 263-265

Redeker, H. „Change Request“ in ITRB 2002, S. 190 - 192

Redeker, H. „Von Dauerbrennern und neuen
Entwicklungen im Recht der Leistungsstörungen“ in CR
2005, S. 700-706

Schäfer, C. „Die Binnenhaftung von Vorstand und
Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG“ in
ZIP 2005, S. 1253-1259

Scheer, A.-W. ARIS – Modellierungsmethoden, 4. Aufl.
Berlin u.a. 2001

Scheer, A.-W. ARIS – Vom Geschäftsprozess zum
Anwendungssystem, 3. Aufl. Berlin u.a. 1998

Schulze, R. Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 4.
Aufl., Baden-Baden 2002

zitiert: Hk-BGB/*Bearbeiter*

Seffer, A./ Horter, C. „Nebenleistungspflichten des
Erstellers von Individualsoftware“ in ITRB 2005, S. 169-
171

Seibert., M., Schütz C. „Der Referentenentwurf eines
Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung
des Anfechtungsrechts – UMAG“ in ZIP 2004, S. 252-258

Semler, J. „Zur aktienrechtlichen Haftung der
Organmitglieder einer Aktiengesellschaft“ in AG 2005, S.
321-336

Sieg, O./ Schramm, T. „D&O / Berufshaftpflicht“ in PHI
2004, S. 68-69

Sprenger, P./ Wachter C./ Scheer, A.-W. (Hrsg.)
„Learning Services als Bestandteil einer eHR-Strategie“ in:
Die e-Transformation beginnt!“, Heidelberg 2001, S. 216-
223

Schardey, J. „Hausanwalt oder Rechtsabteilung?“ in
Anwaltsblatt 1987, S. 401-404

Schneider, J. Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl., Köln
2003

Schneider, J. „Die Beschreibung des Vertragsgegenstandes
bei Standardsoftwarebeschaffung“ in ITRB 2004, S. 41-44

Schneider, S. H. „Unternehmerische Entscheidung als
Anwendungsvoraussetzung für die Business Judgement
Rule“ in DB 2005, S. 707-712

Schreiber, K. ISO 9000 – Die große Revision, 2. Aufl.,
Wien 1999

Schwung, S. „Anforderungsprofil des Unternehmensjuristen“ in *Anwaltsblatt* 4/1996, S. 182-189

Sedlmaier, R./ Glaser, N. Anmerkung zu „EPO: Patentibility of Business Methods“ in *CURI*, 1/2001, S. 18-22

Staudinger, J. von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzes, Buch 1, Allgemeiner Teil, §§ 90-133; §§ 1-54, 63 BeurkG (Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren), Bearbeitung 2004, Berlin 2004

zitiert: *Staudinger/Bearbeiter* (2004)

Thommen, J.-P./ Achleitner, A.-K. Allgemeine Betriebswirtschaftslehre: umfassende Einführung aus managementorientierter Sicht, 2. Aufl., Wiesbaden 1998

Söbbing, T. „IT-Leistungsbeschreibungen: Struktur und vertragstypologische Zuordnung“, in *ITRB* 2004, S. 91-93

Söbbing, T. „IT Contract Library (ITCL)“, in *ITRB* 2006, S. 65-68

Stadler, A. „Haftungsrisiken bei Übernahme von Beschaffenheitsgarantien in IT-Verträgen nach neuem Recht“, in ITRB 2004, S. 233-236

Thewalt, S. „Softwareerstellung als Kaufvertrag mit werkvertraglichem Einschlag“ in CR 2002, S. 1-7

Ulmer, D. „Softwareüberlassung: Formulierung eines Lizenzvertrages“ in ITRB 2004, 213-215

Vormbaum, H. Finanzierung, 9. Aufl., Wiesbaden 1995

Weiss, S., Buchner, M. „Wird das UMAG die Haftung und die Inanspruchnahme der Unternehmensleiter verändern?“ in WM 2005, S. 162-171

Wettmann, R. W. „Zukunft der Anwaltschaft: Inanspruchnahme anwaltlichen Leistungen“, eine Studie der Prognos AG und der Infratest Kommunikationsforschung, veröffentlicht in Anwaltsblatt 03/1987, Sonderheft, S. 16-60

Wöhe, G. Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 22. Aufl., München 2005

zitiert: Wöhe

Wolf, K./ Runzheimer, B. Risikomanagement und KonTraG, 3. Aufl., Wiesbaden 2001

zitiert: Wolf/Runzheimer

Zerfaß, A. „Die Corporate Communications Scorecard – Kennzahlensystem, Optimierungstool oder strategisches Steuerungsinstrument“ in PR-Digest, 24/2004, Artikel Nr. 20-06-04-521754

Zöller, R. Zivilprozessordnung, Kommentar, 25. Aufl., 2005 Köln

zitiert: *Berarbeiter* in Zöller

Zollondz, H.-D. Lexikon Qualitätsmanagement, München u.a. 2001

Die in der Arbeit benannten Internet-Adressen wurden letztmalig am 23.11.2006 abgerufen und auf Aktualität überprüft.

Lebenslauf

Name, Vorname	Marfording, Ingo Wolf
Geburtstag, Geburtsort	12.07.1969, Saarbrücken
1976 – 1989	Schulbildung Grundschule, Gymnasium Abschluss: Allgemeine Hochschulreife
1989 – 1991	Ausbildung zum Luftwaffenoffizier der Reserve
1991 – 2000	Studium der Betriebswirtschaftslehre Universität des Saarlandes, Hochschule Hagen Abschluss: Diplom-Kaufmann
1996 – 2001	Studium der Rechtswissenschaften

Universität des Saarlandes
Abschluss: Erstes Juristisches
Staatsexamen

2001 – 2003 Referendariat beim OLG Saarbrücken
Abschluss: Zweites Juristisches
Staatsexamen

2001 - 2006 Legal Counsel,

Senior Legal Counsel, IDS Scheer AG

Seit 2007 Legal Counsel für die Region EMEA,

IDS Scheer CEE S.A., Luxemburg