

Einführung in das „Contract Management“

Von Dr. Sascha Stiegler, LL.M., Berlin*

*Verschiedene Arten von Verträgen spielen auf unterschiedlichste Arten in jedem Unternehmen eine zentrale Rolle. Das Vertragsrecht im Allgemeinen und dessen einzelne Unter-
aspekte im Speziellen (z.B. Kaufvertrag; Lizenzvertrag; Bau-
vertrag) nehmen insofern auch im Rahmen des juristischen
bzw. wirtschaftsrechtlichen Studiums (und späteren Referen-
dariats) zu Recht einen erheblichen Platz ein. Das Vertrags-
management (englisch: Contract Management) wird dabei
jedoch kaum oder allenfalls am Rande behandelt. In der spä-
teren beruflichen Praxis spielt es jedoch seit einigen Jahren
eine durchaus erhebliche Rolle, was nicht zuletzt durch die in
diesem Zusammenhang stehenden Digitalisierungsmöglich-
keiten weiter verstärkt wird. Der folgende Beitrag soll inso-
fern Studierenden juristischer Fächer einen einführenden
Überblick über die Praxis des Contract Managements geben.*

I. Einleitung

Verträge spielen auf unterschiedlichste Arten in jedem Unternehmen eine zentrale Rolle. Das Management dieser Verträge ist nicht nur aufgrund der Einhaltung von Gesetzen zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich eine unternehmenskritische Aufgabe.¹ Das unsachgemäße Umgehen mit Verträgen kann erhebliche Risiken für das Unternehmen bergen. Das Contract Management bildet das Fundament für das betriebswirtschaftliche Handeln eines Unternehmens und erfordert dabei gleichzeitig juristische Expertise sowie Verhandlungswissen. Auch aus wissenschaftlicher Sicht kommt ihm dabei immer mehr Bedeutung zu.² Zudem ist das Contract Management als solches nicht unerheblich von Spezialisierung im Hinblick auf einzelne Vertragstypen oder auch Projekte geprägt, z.B. für Bau- und Ingenieurprojekte,³ Investitionsprojekte,⁴ im IT-Bereich⁵ oder im internationalen Rechtsverkehr.⁶ Eine generelle Beschreibung bzw. Erörterung des Contract Management kann dabei (und sollte es aus praktischer Sicht auch) grundsätzlich nur einen einführenden Rahmen bilden und ein gewisses Grundverständnis schaffen.

* Der Autor ist Legal Counsel in Berlin sowie Lehrbeauftragter für Gesellschaftsrecht und Zivilrecht in Siegen und Berlin.

¹ Sammons, Contract Management: Core Business Competence, 2017.

² Englischsprachig: Sammons (Fn. 1); Brunet/César, Contract Management, 2021; Carter, Practical Contract Management, 2018; deutschsprachig: Heussen/Pischel, Handbuch Vertragsverhandlung und Vertragsmanagement, 4. Aufl. 2014; Saliba, Vertragsmanagement, 2019.

³ Müller, Vertragsmanagement für Architekten und Ingenieure, 2012; Haidar, Handbook of Contract Management in Construction, 2021.

⁴ Slaghuis, Vertragsmanagement für Investitionsprojekte, 2005.

⁵ Klotz/Dorn, Vertragsmanagement in der IT, 2. Aufl. 2016.

⁶ Krokowski/Regula, Internationales Vertragsmanagement, 2012; vgl. auch Ostendorf/Kluth, Internationale Wirtschaftsverträge, 2. Aufl. 2017.

II. Historie, Stand und Entwicklung des Contract Managements

Das Contract Management ist ein noch junger Teilbereich der Managementlehre und erlangt aufgrund seiner rechtlichen Relevanz vor allem für (Wirtschafts-)Juristen Bedeutung. Seine Entwicklung begann etwa Ende der 1950er Jahre in den USA. Sie wurde dabei zunächst nicht akademisch oder wissenschaftlich vorangetrieben. Vielmehr ging es den betroffenen Unternehmen um eine Professionalisierung des Umgangs mit Verträgen. Gleiches gilt für die beteiligten (Contract) Manager, wobei diese zusätzlich ein Interesse an der Aufwertung ihres Berufsstandes hatten. Hierfür ist allerdings eine Abgrenzung gegenüber anderen Tätigkeiten, mithin eine gewisse Verwissenschaftlichung und Professionalisierung notwendig. Insbesondere durch den immer größer werdenden juristischen Anteil unterscheidet sich das Contract Management jedoch beispielsweise vom Projektmanagement. Nicht umsonst ist daher bei der Mehrzahl deutschen Großunternehmen das Contract Management innerhalb der Rechtsabteilung angesiedelt. Auch im Zuge der Verbreitung von sog. Legal Tech und Smart Contracts spielt das Vertragsmanagement eine im weiteren Sinne nicht unerhebliche Rolle und erhält dabei neue praktische und/oder technische Impulse.⁷

Der Berufsstand des Contract Managers (Vertragsmanager bzw. Vertragsgestalter) wurde in Deutschland Anfang der 1990er erstmals bekannt bzw. offiziell eingeführt. Seit den 2000er Jahren erhöhte sich sodann die Anzahl an Contract Managern insbesondere im Industrie- und Anlagenbau kontinuierlich. Im internationalen Bereich kommt zudem dem sog. Contract Administrator eine gewisse Rolle als neutrale Entscheidungsinstanz zu.⁸

Aufgrund der erheblichen Fehler, die bei Ausschreibungen, der Erstellung von Angeboten, der Vorbereitung und Durchführung von Vertragsverhandlungen und dem Management der Vertragsdurchführung auftreten können und aufgrund der generellen Entwicklung zur Professionalisierung in diesem Bereich ist davon auszugehen, dass das Contract Management und damit auch der Beruf des Contract Managers in den nächsten Jahren weithin an Bedeutung gewinnen wird und es insofern nicht unwahrscheinlich ist, dass das Contract Management – wie bereits teilweise geschehen – auch Einzug in die universitäre Lehre bzw. Ausbildung halten wird. Auch europaweit existieren bereits vereinzelt Studiengänge, die sich explizit mit Vertragsgestaltung und -management befassen.

III. Contract Management und Vertragsverhandlungen

Im internationalen und anglo-amerikanischen Kontext wird grundsätzlich zwischen fünf Phasen des Contract Managements unterschieden:

⁷ Vgl. auch Jacob, in: Hartung/Bues/Halbleib, Legal Tech, Die Digitalisierung des Rechtsmarkts, 2018, Rn. 803.

⁸ Klaf, in: Ostendorf/Kluth, Internationale Wirtschaftsverträge, 2. Aufl. 2017, § 21.

- I. Vorbereitungsphase,
- II. Angebotsphase,
- III. Entwicklungsphase,
- IV. Verhandlungsphase und
- V. Vertragserfüllungsphase

Im deutschem Vertragsmanagement hat man sich – bewusst oder unbewusst – praktisch diesem Verständnis angenähert bzw. orientiert sich daran. Diese Phasen sollen daher auch bei den nachfolgenden Beschreibungen zugrunde gelegt werden, auch wenn man sich klar sein muss, dass solche Phasenunterteilungen generell zum Teil willkürlich sind bzw. sein können, man den Prozess durchaus auch in weniger oder mehr Phasen unterteilen könnte. Hinsichtlich der Phasen II (Angebotsphase) und III (Entwicklungsphase) gilt darüber hinaus, dass sie nicht selten in umgekehrter Reihenfolge praktiziert werden.

Die Phasen werden gerade bei Großprojekten auch nicht immer vollständig hintereinandergeschaltet, sondern sind zu einem gewissen Grad überlappend. Bei kleineren Verträgen werden einzelne Phasen zudem kaum merklich existieren. Die Aufspaltung in solche wirkt dann eher künstlich. Es bleibt allerdings generell die Aufgabe des Vertragsmanagers, die mit den einzelnen Phasen verbundenen Funktionen zu erfüllen. Wichtig ist es dabei, dass Contract Management generell und auch bei kleineren Verträgen als Prozess zu verstehen, also die Vorteile eines Prozesses, insbesondere Standardroutinen, die Existenz von Instrumenten für Komplikationen und die Lernfähigkeit des Prozesses, zu nutzen. Außerdem ist allgemein der Sinn eines Phasenmodells, mit dem Contract Management die Vorstellung eines Kreislaufs zu verbinden. Man spricht daher auch von Contract Lifecycle Management (CLM).⁹

1. Vorbereitungsphase (Phase I)

Die Vorbereitungsphase meint neben echten Vorbereitungs-handlungen zum Vertragsabschluss insbesondere auch den Erwerb bestimmter Fähigkeiten, die vorab erworben und bestimmte Informationen, die vorab gewonnen werden sollten. Hierzu gehören die Kenntnis des Marktes, der Industrie und der Marktteilnehmer. Dies umfasst das Wissen der Marktsegmente sowie der Marktstärke der potenziellen Vertragsgegenseite, das Wissen über Optionen für Produktkonkretisierungen, die Rolle der Verträge im Product Lifecycle Management (PLM)¹⁰ und die Kenntnis der wichtigsten Chancen und Risiken.

Ein weiterer Bereich, der im Rahmen der Vorbereitungsphase Bedeutung erlangt, ist das Verstehen der Anforderungen an Verträge. Hierzu gehört die Kenntnis der Bedeutung dieser und wie man sie erkennt und bewertet, die Unterscheidung zwischen Anforderungen und Lösungen, ein Bewusstsein für die wichtigsten Gründe, die zu Fehlern und Verzögerungen führen und die Fähigkeit Prozesse so aufzusetzen,

dass eine Anpassung an veränderte Anforderungen jederzeit möglich ist.

Erhebliche Bedeutung hat auch die Kenntnis der Kosten- und Ertragsstruktur bzw. der Techniken, wie die Kosten und Erträge berechnet werden sowie die Rolle, die Vertragsklauseln bei Kosten und Erträgen spielen. Auch Abhängigkeiten einzelner Gesichtspunkte voneinander sowie mögliche Auswirkungen einer Bieterstrategie auf Kosten und Preise sollten bekannt sein. Von zunehmender Relevanz ist es zudem, wenn das Contract Management insgesamt über ein strukturiertes Chancen- und Risikomanagement verfügt. Dies gilt grundsätzlich auch für ein strukturiertes Legal Risk Management, mit dem die potenziellen Rechtsrisiken (und ggf. Chancen) erfasst werden. Essenziell ist zudem das Wissen über die Ermittlung des Informationsbedarfs sowie daran anschließend der Informationsbeschaffung. Die Konkretisierung ergibt sich insofern zwar erst aus den Folgephasen, jedoch kann aus früheren Verträgen herausgearbeitet werden, wie schwierige Prozesse optimiert werden können.

Fast alle (vertreibenden) Unternehmen verwenden Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) oder zumindest Musterbedingungen als Basis für Verhandlungen. Diese sollten regelmäßig einer Überprüfung und Optimierung unterzogen werden (sog. terms audit). Es ist fortwährend zu hinterfragen, ob sie an die Geschäftsziele, die Bedürfnisse und Prioritäten des Marktes, die Ressourcen und Fähigkeiten des eigenen Unternehmens, die (optimierten) Geschäftsprozessen, die sich ändernden (wirtschaftlichen) Risiken und Chancen, die Erfahrungen bei der Anwendung der Klauseln und an die sich ändernden juristischen Rahmenbedingungen hinreichend angepasst sind.

Denkbar und vorteilhaft ist es in diesem Zusammenhang, auch bei AGB den Impact zu messen und daran den Aufwand für die Optimierung auszurichten. Eine solche Messung als Teil eines strukturierten Legal Risk Managements ist bisher in der Praxis unüblich. Während der Verhandlungen oder auch bei der Angebotskonkretisierung fehlt für eine umfassende Überprüfung und Optimierung von AGB jedoch meist die Zeit, weshalb die Vorbereitungsphase der ideale Zeitpunkt für eine entsprechende Überprüfung ist. Ein wichtiges Problem ist auch die Optimierung des Portfolios der Bedingungen im Hinblick auf Standardisierung und Flexibilität. Standardisierung senkt (Transaktions-)Kosten und ermöglicht sogar teilweise erst die effektive juristische Beherrschung komplexer Verträge. Eine zu statische Standardisierung kann im Extremfall allerdings auch zum Scheitern von Vertragsverhandlungen führen und verschenkt zudem Optimierungsmöglichkeiten in besonders gelagerten Fällen.

Den Gesamtbereich der Beschäftigung mit den Vertragsklauseln, der allerdings nicht nur die Vorbereitungsphase betrifft, kann man als Vertragsklausel-Management begreifen und organisieren.¹¹ Zum Vertragsklausel-Management gehört z.B. auch die Archivierung der Verträge, die Speicherung der Gründe, die den Ausschlag für eine bestimmte Vertrags-

⁹ Gupta/Karayil/Rajendran, Contract Lifecycle Management, 2008; vgl. auch Früh, CCZ 2010, 121 (122).

¹⁰ Stark, Product Lifecycle Management, 2015; Saaksvuori/Immonen, Product Lifecycle Management, 3. Aufl. 2008.

¹¹ Siehe auch Kurschat, in: Holthausen/Kurschat, Vertragsgestaltung für Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte, 2017, Rn. 116.

klausel und gegen bestimmte Alternativen gaben oder auch eine systematische Auswertung von Problemen, die es im Umgang mit bestimmten Vertragsklauseln gab, um daraus Verbesserungen abzuleiten.

2. Angebotsphase (Phase II)

a) Angebotserstellung

Die Angebotsphase erfordert ebenfalls entsprechende fundierte Kenntnisse. Je nach Art des Vertrags gibt es unterschiedliche Regeln und Angebotsprozesse, die zu beachten sind. Es geht im Ergebnis darum, wie ein Käufer/Auftraggeber seine Ausschreibung/Aufforderung zum Angebot ausgestalten kann, wie Informationsanfragen aussehen sollten und wie insgesamt der Prozess der Einholung eines vollständigen Angebotes aussehen kann. Aus Sicht des Käufers/Auftraggebers geht es darum, wie mehrere Angebote so eingeholt werden können, dass sie vergleichbar sind und diese Angebote so vervollständigt werden können, dass am Ende möglichst mehrere sog. best and final offers vorliegen, auf deren Basis entschieden werden kann.¹² Nach welchen Kriterien ein Gesamtscore angefertigt wird, also wie eine objektive Bewertung des Angebotes einschließlich des Anbieters und wie eine Bewertung der Chancen und Risiken vorgenommen wird, ist ebenfalls diesbezüglicher Bestandteil der Angebotsphase.

Auf Seite der potenziellen Auftragnehmer/Verkäufer gehören zum Angebotsmanagement die Techniken, wie und auf welche Anfragen reagiert werden sollte, wann es überhaupt sinnvoll ist, aufwendige und vollständige Angebote oder jedenfalls Angebotsskizzen zu erstellen und wie ein solches Angebot aussehen sollte. Schwierig ist es oftmals zu bestimmen, in welchem Umfang von den Ausschreibungsvorgaben abgewichen werden kann. Im Regelfall hat der Ausschreibende ein sehr hohes Interesse an der Einhaltung der Ausschreibungsvorgaben, um eine hohe Vergleichbarkeit der Angebote zu erhalten, obwohl Abweichungen häufig auch in seinem Interesse sein können und ein bestimmter Anbieter vielleicht gerade hier die entscheidenden Wettbewerbsvorteile aufweist.

b) Rechtswahl

Im Angebotsprozess spielt bei internationalen Verträgen auch die Wahl der zugrundeliegenden Rechtsordnung eine nicht zu unterschätzende Rolle.¹³ Ein zentrales Problem besteht dabei darin, dass es meist zu aufwendig ist, die Auswirkungen einer Rechtsordnung auf einen Vertrag in dieser Phase vollständig zu erfassen. Andererseits kann es einzelne Regelungen oder Mechanismen geben, die entscheidenden Einfluss auf die Chancen- und Risikostruktur haben. Die Kunst besteht also darin, mit möglichst geringem Aufwand diese Regelungen zu identifizieren und zu analysieren bzw. alternativ weitgehend sicher auszuschließen, dass es solche Regelungen gibt.

¹² Churchman, Negotiations, 1995, S. 18.

¹³ Vgl. dazu Wurmnest, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 246 ff.; Döser, JuS 2000, 972.

3. Entwicklungsphase (Phase III)

In der dritten Phase geht es um die Entwicklung des oder der notwendigen Entwürfe für Verträge und der Beschäftigung mit den Risiken und Chancen bei der Durchführung. Sie dient insofern der Vorbereitung der konkreten Verhandlungsphase. Hierzu zählen auch die Einschätzung und Kategorisierung von bzw. in einzelne Vertragstypen und deren anknüpfenden rechtlichen Gegebenheiten. Ein Contract Manager muss die Vertragstypen, die insofern in seinem Bereich vorkommen, kennen und deren Risiko- und Chancenstruktur verstehen, damit er den entsprechend passenden Vertragstyp zugrunde legen kann.

Spätestens in der Entwicklungsphase wird der Vertragstyp sodann festgelegt und ein Vertragsentwurf in Vorbereitung auf die Verhandlungen erstellt. Dies erfordert Kenntnisse der gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen bezüglich der Verträge selbst. Der Contract Manager muss die verschiedenen ähnlichen Vertragsarten (im IT-Bereich z.B. die unterschiedlichen Lizenzverträge) ebenso wie übliche Begrifflichkeiten kennen (wobei in anglo-amerikanischen Verträgen diese Begrifflichkeiten wegen der restriktiven Vertragsauslegung eine besonders große Rolle spielen).¹⁴ Gerade branchenspezifisch gibt es weitere Aspekte, die von Bedeutung sind. So spielen bei IT-Verträgen die zukünftigen Upgrades und die Kompatibilität mit schon vorhandenen IT-Einrichtungen eine große Rolle. Im Anlagenbau wird hingegen zunächst vom sog. Stand-Alone-Ansatz ausgegangen, d.h. Kompatibilitätsanforderungen zu anderen Anlagen sind eher die Ausnahme.

Bei Großprojekten gibt es zudem ein sog. Statement of Work, in dem die konkreten Leistungspflichten beschrieben werden.¹⁵ Die Existenz eines Statement of Work bedeutet zugleich, dass es einen Rahmenvertrag, also ein sog. Master Agreement gibt. Insbesondere bei Anlagenbauprojekten gibt es insgesamt ein ganzes Bündel von Verträgen, Änderungen und Ergänzungen, die teilweise als Schedule A, B, C etc. (bzw. entsprechend durchnummeriert) geordnet werden.

Zu den besonderen vertraglichen Regelungen gehört häufig auch ein sog. Service Level-Agreement,¹⁶ in welchem das genaue Leistungsniveau für jede einzelne Leistung, wie es erreicht werden soll und die Konsequenzen bei Minderleistungen beschrieben sind. Aufgrund dieser vertraglichen Mehrdimensionalität von Rahmenvertrag und sonstigen Verträgen bedarf es auch der Festlegung von Rangfolgen der Anwendung der unterschiedlichen Regelungen in einer sog. Precedence Clause innerhalb eines Master Agreement.¹⁷

¹⁴ Vgl. Triebel/Vogenauer, Englisch als Vertragssprache, 2018, Rn. 321 f.; Burrows, A Restatement of the English Law of Contracts, 2016, S. 86.

¹⁵ Schmidt, IT-Recht von A–Z, 2. Aufl. 2014, Stichwort: Statement of Work.

¹⁶ Roth-Neuschild, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 13 Rn. 199 ff.; Schumacher, MMR 2006, 12.

¹⁷ Hamie/Abdul-Malak, Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction 3/10 (2018).

Weiterhin im Rahmen der Entwicklungsphase zu bestimmen sind Mitwirkungspflichten der einzelnen Beteiligten. Nicht zu unterschätzen ist zudem die Problematik formaler Anforderungen an Nebenpflichten.¹⁸ Solche Formalitäten können im Zweifel schwer zu erfüllen sein.

Eine Besonderheit von größeren Projekten (aber auch bei anderen Projekten), bei denen sich die Anforderungen schnell ändern können (z.B. Forschungs- und Entwicklungsverträge) ist die Festlegung eines durch Vertragsklauseln ausgestalteten Prozesses für nachträgliche Leistungsänderungen und deren Auswirkungen auf die Gegenleistung in Form eines Change-Managements.¹⁹ Bei zahlreichen Projekten ist es zudem erforderlich, sich vertraglich eingehend mit der Fertigstellung und der Abnahme des Werkes als fertig und im Wesentlichen vertragsgemäß zu beschäftigen. Denn es gibt bei Projekten häufig nicht „den“ einen Fertigstellungszeitpunkt. Die Fertigstellung erfolgt vielmehr in verschiedenen Schritten, die unterschiedliche Bedeutungen haben. Unterstützt wird die Regelung der Fertigstellung durch vertragliche Milestones, die an Teilfertigstellungen sowie an andere wichtige Zwischenschritte anknüpfen. Die endgültige Abnahme ist sodann ein komplexer Prozess, denn es geht um die Funktionsfähigkeit der Anlage unter Belastung, d.h. unter Erreichung der versprochenen Leistungsfähigkeit. Dieser Abnahmeprozess kann sogar mehrere Monate dauern, ist jedoch essenziell im Hinblick auf die Fertigstellung des Gesamtwerkes und damit ggf. auch die Haftung des Auftragnehmers (vgl. § 640 BGB). Der Abnahmeprozess liegt dabei zu wesentlichen Teilen in der Hand des Auftraggebers und seines Personals und hängt, z.B. bei Industrieanlagen, auch von der Qualität eingesetzter Rohstoffe ab, die daher häufig vertraglich definiert werden.

Spätestens im Zeitpunkt der Entwicklungsphase sollte, wenn dies noch nicht in der Vorbereitungsphase geschehen ist (vgl. näher oben), zudem eine Aktualisierung und Anpassung der Standardvertragsklauseln entweder generell in einem Terms Audit oder in Bezug auf die individuellen Gegebenheiten erfolgen.

4. Verhandlungsphase (Phase IV)

Die Verhandlungsphase steht naturgemäß im Mittelpunkt der Überlegungen des Contract Managements. Wer verhandelt und dabei eigene Erfolge aber vor allem Misserfolge erlebt, sieht die Bedeutung von Strukturen und erkennt, dass Verhandlungserfolge keine Frage des Zufalls sind. Das Bedürfnis nach einer strukturierten und sogar einer wissenschaftlichen Durchdringung der Vertragsverhandlungen ist somit augenfällig und groß.²⁰ Auch wenn die Verhandlungsphase meist nicht als Teil eines umfassenderen Contract Managements

verstanden wird, ist nicht nur die wissenschaftliche, sondern auch die rein praktische Beschäftigung mit diesem Gebiet spürbar intensiver als in den anderen Gebieten des Contract Managements.²¹

Die Verhandlungsphase lässt sich generell in eine Vorbereitungsphase, die eigentliche Vertragsverhandlung und die Verhandlungsnachbereitung unterteilen.

a) Vorbereitungsphasen der Vertragsverhandlung

Zur Vorbereitungsphasen der Vertragsverhandlung²² gehören zunächst die Zusammenstellung und Konkretisierung des Verhandlungsgegenstands und des Verhandlungsgegners bzw. -partners. Besondere Bedeutung haben dabei die Verhandlungsziele, und zwar insbesondere im Hinblick auf Prioritäten, Maximalziel, Minimalziel und Verhandlungsabbruch. Zur näheren Bestimmung dieser Aspekte ist vor allem eine nähere interne Abstimmung notwendig. Insbesondere die sog. Walk Away Points, die einen Abbruch der Vertragsverhandlung nach sich ziehen können, sollten nicht ohne Bestimmung des eigenen BATNA (best alternative to a negotiated agreement)²³ sowie der Ziele und des BATNA der Gegenseite erfolgen. Die Walk Away Points sollten auch unter den Vorbehalt einer nochmaligen Überprüfung in der Verhandlung gestellt werden. Denn auch bei bester Planung können nicht alle Gesichtspunkte ex ante berücksichtigt werden, unter anderem auch, weil immer Informationen fehlen.

Wichtig für die gesamte Vorbereitungsphase und die später folgende eigentliche Vertragsverhandlung sind die Bestimmung der Bedeutung der Verhandlung und des Schwierigkeitsgrads. Bedeutung und Schwierigkeitsgrad bestimmen die für die Vorbereitung der Verhandlung und die für die Verhandlung selbst eingesetzten Ressourcen. Überlegungen zur Bedeutung und zum Schwierigkeitsgrad stehen damit ganz am Anfang der Vorbereitung der Verhandlung, bedürfen aber immer wieder der Überprüfung im Verlauf des Verhandlungsprozesses. Von der Bedeutung der Verhandlung und ihrem Schwierigkeitsgrad kann z.B. abhängen, ob eine „face to face-Verhandlung“ mit aufwendiger Reise oder eine Videokonferenz bzw. ein Telefonat oder gar ein E-Mail-Austausch als Kommunikationsmittel gewählt wird. Zudem werden auch der Umfang und die qualitative sowie hierarchische Zusammensetzung des Verhandlungsteams durch die Bedeutung und den Schwierigkeiten der Verhandlung beeinflusst.

Vorab sollte eine grobe Festlegung hinsichtlich der Verhandlungsstrategie erfolgen. Strategisch gibt es für das Unternehmen im Grundsatz zwei Ziele: Ein möglichst positives ökonomisches Ergebnis (Ergebnisstrategie) und als nachrangiges Ziel die Minimierung der Verhandlungskosten. Die Verhandlungskosten sind unmittelbar messbar, weshalb eine

¹⁸ Generell zu Nebenpflichten beim Vertragsmanagement *Ritter*, Vertragliche Nebenpflichten beim Vertragsmanagement, 2016.

¹⁹ *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Multimedia-Recht, 2020, Teil 12 Rn. 330.

²⁰ Hierzu zählen nicht nur juristische Aspekte, sondern insbesondere auch psychologische und damit verbundene Verhandlungstaktiken, siehe dazu *Jung/Krebs*, Die Vertragsverhandlung, 2016.

²¹ Vgl. auch *Fisher/Ury*, Getting to Yes, 2012; *dies./Patton*, Das Harvard-Konzept, 2018.

²² Speziell dazu auch *Jung/Krebs* (Fn. 20).

²³ Deutschsprachig zum Begriff *Jung/Krebs* (Fn. 20), S. 78 ff.; *Jung/Matejek*, ZKM 2021, 102; siehe auch *Dendorfer-Ditges/Ponschab*, in: Münchener Anwaltshandbuch, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 82 Rn. 241.

Reduzierung dieser oftmals angestrebt wird. Bei den Ergebnisstrategien werden fünf Basisstrategien unterschieden.

Bei der Konkurrenzstrategie (win-lose-Strategie) wird versucht, auf Kosten der Gegenseite einen maximalen Vorteil zu erzielen (Gewinnmaximierung um jeden Preis). Problematisch an dieser Strategie ist, dass Kooperationsmöglichkeiten ungenutzt bleiben und die letzte Spitze der Ergebnismaximierung meist mit übermäßigen Risiken verbunden ist. Eine absolute Konkurrenzstrategie ist daher meist nicht das Optimum.

Die Kooperationsstrategie (win-win-Strategie) zielt auf die Maximierung der Vorteile für beide Seiten ab. Bei Unternehmen, die den primären Stakeholder-Interessen auf Gewinnmaximierung verpflichtet sind, ergibt eine solche reine Kooperationsstrategie aus Sicht des Unternehmens mit der größeren Verhandlungsmacht, fast nie Sinn, denn die zusätzlichen Kooperationsgewinne, können den Verzicht auf der Verteilungsebene selten vollständig kompensieren. Nur bei in etwa gleich starker Verhandlungsmacht und hohen möglichen Kooperationsgewinnen, kann eine Kooperationsstrategie erfolgreich sein. Diese sind allerdings häufig kartellrechtsrelevant und können gegen das Kartellverbot des Art. 101 AEUV, § 1 GWB verstoßen.²⁴

Die Anpassungsstrategie (lose-win-Strategie) bedeutet ein Nachgeben um fast jeden Preis und kann daher nur eine Strategie für Verhandlungsparteien sein, die ein schlechtes BATNA haben und dringend auf den Vertragsschluss angewiesen sind. Eine solche Anpassungsstrategie kann, wenn sie nicht nur für kleinere Geschäfte praktiziert wird, Ausdruck besonderer Schwierigkeiten dieser Verhandlungspartei sein. Dies sollte von der Gegenseite überprüft werden, da sich dahinter erhebliche Risiken für die Vertragserfüllung verbergen können, die bei der Frage, ob mit einer solchen Partei überhaupt ein Vertrag geschlossen werden sollte, mit einzubeziehen sind.

Im Rahmen der Vermeidungsstrategie (lose-lose-Strategie) streben die verhandelnden Unternehmen im Grunde keinen Vertragsabschluss an, verhandeln aber dennoch. Dies ergibt aus Sicht von Unternehmen grundsätzlich keinen Sinn. Ursache entsprechender Verhandlungen können Differenzen zwischen dem Unternehmensinteresse und den Interessen einzelner für das Unternehmen handelnder Personen sein (sog. principal-agent-Problematik)²⁵. Es ist z.B. möglich, dass das Unternehmen durchaus am Vertragsschluss ein Interesse hätte, jedoch der handelnde Manager/Geschäftsführer nicht. In diesem Fall verfolgt allerdings nicht das Unternehmen, sondern der Manager die Vermeidungsstrategie. Die Vermeidungsstrategie kann jedoch auch aus Sicht des Unternehmens sinnvoll sein, z.B. wenn eine gesetzliche Pflicht für Verhandlungen besteht (so teilweise im Bereich der betrieblichen oder unternehmerischen Arbeitnehmermitbestimmung). Dann muss das Unternehmen suggerieren, dass es verhandeln will, damit es keine Nachteile erleidet. Schließlich kann es Fälle geben, in denen die Verhandlungen nur dazu dienen, den eigenen Marktwert auszutesten oder eine (scheinbare) Marktpräsenz zu demonstrieren. Auch hier besteht kein Interesse am Vertrags-

schluss, wobei zu beachten ist, dass in solchen Verhandlungen ggf. ein Verschulden aus Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) bestehen kann.

Im Regelfall werden Kompromissstrategien empfohlen, bei denen vor allem Konkurrenzstrategie und Kooperationsstrategie kombiniert werden. Zwar gibt es in der Praxis viele Kompromisse, jedoch bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass eine Kompromissstrategie verfolgt wird. Es kommt regelmäßig auch bei einer distributiven Konkurrenzstrategie zu Kompromissen, solange beide Seiten in etwa gleich große Verhandlungsmacht besitzen. Häufig dominiert daher die Konkurrenzstrategien mit einem lediglich geringen kooperativen Anteil. Dieser kooperative Anteil nutzt dann die möglichen Kooperationsgewinne (integratives Potential).

Die gewählte Verhandlungsstrategie hat Einfluss auf die hierfür zur Verfügung stehenden Verhandlungstaktiken.²⁶ Während bei einer reinen Konkurrenzstrategie taktische Mittel, die die eigene Seite einseitig begünstigen, jedenfalls per se in Betracht kommen, wenn sie nicht in der konkreten Anwendung zu taktischen Nachteilen führen, verlangt eine Kooperationsstrategie primär vertrauensbildende Taktiken und solche, die die Fairness sichern, wie das sog. Logrolling (das Zusammenfassen von Verhandlungspunkten zu Paketen, um den Ausgleich des gegenseitigen Nachgebens zu sichern).²⁷

Die Verhandlungstaktiken müssen in der Vorbereitungsphase nicht endgültig festgelegt werden. Gerade Variationen von Verhandlungstaktiken und der situationsadäquate Einsatz von Taktiken können wesentlicher Teil des Erfolges sein. Handelt es sich jedoch um wichtige und schwierige Verhandlungen, kann es sich lohnen, bestimmte Taktiken vorab zu trainieren. Geht es nicht um unbedeutende Routineverhandlungen sollten zumindest die potenziellen Taktiken zusammengestellt werden.²⁸ Bereits in der Vorbereitung der Verhandlung ist zudem festzulegen, ob eher ein Dealmaker (abschlussorientierte Person unter Inkaufnahme von gewissen Lücken, Unklarheiten und Restrisiken) oder ein Realmaker (Perfektionist, der eher den Vertragsabschluss riskiert, als auf die perfekte Lösung aller Details zu verzichten) oder eine Person zwischen diesen beiden Extremen, die Verhandlungen leiten soll. Auch die Frage, ob, wie es das Harvard Verhandlungskonzept empfiehlt, nur interessenorientiert oder nur positionsorientiert oder wie meist üblich primär interessenorientiert aber unter Ergänzung durch positionsorientierte bzw. scheinbar positionsorientierte Anteile verhandelt werden soll, bedarf vorab der Klärung.

Zentral ist zudem die Vorbereitung auf die kulturellen Besonderheiten der Gegenseite, die notwendig sein kann, weil es sich um ein Unternehmen aus einem anderen Land handelt oder dieses Unternehmen eine spezifische Unternehmenskultur besitzt. Sind Besonderheiten bei den Verhandlern

²⁴ Vgl. auch Engel, CCZ 2021, 47.

²⁵ Vgl. nur Oehrich, Jura 2020, 887.

²⁶ Im Rahmen von Unternehmenskäufen vgl. auch Meyer-Sporenberg, in: Beck'sches M&A-Handbuch, 2017, § 40 Rn. 21; im Rahmen des Baurechts auch Langaufsatz/Stangl, IBR 2009, 1428.

²⁷ Vgl. Risse, ZKM 2010, 107; Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2015, § 14 Rn. 69.

²⁸ Siehe diesbezüglich Jung/Krebs (Fn. 20).

bekannt (z.B. bevorzugte Verhandlungsstile, genderspezifische Besonderheiten) ist auch eine Vorbereitung darauf notwendig. Schließlich sind Vorüberlegungen anzustellen, wie und mit welchen Handlungsformen mit möglichen Schwierigkeiten bei den Vertragsverhandlungen umgegangen werden soll, mit wem Rücksprache gehalten werden kann, wie zu weitgehende eigene Zugeständnisse wieder beseitigt werden können oder wie Eskalationsstufen in der Verhandlungsorganisation aussehen und vermieden bzw. bewusst eingesetzt werden können. Letztlich gehören all diese Aspekte zur Verhandlungsorganisation.

b) Die eigentliche Vertragsverhandlung

Die eigentliche Vertragsverhandlung²⁹ lässt sich wiederum in vier bis fünf Unterphasen unterteilen. Die erste Unterphase ist die Einstiegsphase, die man auch „Ritualisierungsphase“ nennen kann. Ziel ist es, dass sich die Unternehmen und vor allem die handelnden Personen gegenseitig kennenlernen, um ein positives Verhandlungsklima zu schaffen.³⁰ An dieser Einstiegsphase nehmen häufig auch höhere Manager bzw. leitende Angestellte teil. Das Kennenlernen der höheren Manager wird für wichtig gehalten, da diese bei Schwierigkeiten in der Verhandlung die Eskalationsstufe bilden und es daher von Vorteil ist, wenn auch sie bereits frühzeitig eine persönliche (und positive) Beziehung aufgebaut haben. In vielen Ländern ist die Ritualisierungsphase verhältnismäßig lang, und zwar auch bei Unternehmen, die schon Geschäftsbeziehungen haben. Insbesondere in dieser Phase sind kulturelle Besonderheiten von großer Bedeutung. In Deutschland werden teilweise schon die Verhandlungspositionen in dieser Phase vorgestellt.

Die zweite Unterphase ist die „Informations- und Explorationsphase“. Hier tauschen sich die Beteiligten aus. Der jeweils anderen Seite werden die Informationen gegeben, die man für die weiteren Verhandlungen für notwendig erachtet.³¹ Zugleich versucht man, von der jeweils anderen Seite weitere Informationen zu bekommen, um ihre Interessen, ihre Positionen, ihre Prioritäten, die Wertigkeit ihrer Interessen und Positionen sowie deren BATNA zu beurteilen. Ein Stilmittel hierzu ist die sog. offene Frage, da man hierdurch auch Antworten (Informationen) erhalten kann, die vollkommen unerwartete Bereiche/Aspekte betreffen.

Die dritte Unterphase wird als „Dialogphase“ bezeichnet. Hier werden erstmals Angebote gemacht und es findet ein Austausch über die Angebote und über konkrete Klauseln statt.³² Welche Angebote bzw. Vorschläge hier gemacht werden, hängt insbesondere vom Gesamtprozess ab. Gibt es eine umfassende Angebotsphase im Vorfeld der Verhandlungen (siehe oben), geht es in der Regel nur um Konkretisierungen oder auch um Änderungen auf Basis neuer Informationen. In anderen Fällen kommt es hier oftmals erstmals zum zentralen Angebot bezüglich des Preises des Vertragsgegenstandes. In der Dialogphase versucht man auch Einfluss auf die Gegen-

seite zu gewinnen. Spätestens hier wird festgelegt, ob eine sog. Eintext-Verhandlung erfolgt und wenn ja, auf Basis welchen Entwurfs diese durchgeführt wird. Vor allem bei (öffentlichen) Ausschreibungen ist allerdings im Vorhinein überwiegend klar, dass die Vertragsbedingungen des Ausschreibenden Basis der Verhandlungen sind. In diesem Fall erfolgt grundsätzlich nur ein Austausch über die Anmerkungen und Änderungswünsche der Gegenseite. In der Dialogphase trennen sich häufig zudem die unproblematischen Fragen von den problematischen Fragen bzw. Vertragsaspekten. Daher ist es gerade bei umfangreichen Verhandlungen sinnvoll, die entsprechenden unproblematischen Punkte schon vorab festzuhalten.

Die vierte Unterphase ist die sog. Annäherungsphase/Lösungsphase. Diese besonders schwierige Phase dient der Suche nach Lösungen mit dem Endergebnis eines ausgehandelten und abgeschlossenen Vertragswerks. Es handelt sich dabei häufig um harte Verhandlungen, bei denen auch das ganze Spektrum von Verhandlungstaktiken bis hin zu inakzeptablen Verhaltensweisen zur Anwendung kommen kann.³³

Die fünfte und letzte Unterphase ist die sog. Abschlussphase, in der die endgültige Einigung formuliert wird. Im Grundsatz sollte zu diesem Zeitpunkt eine Einigung bereits erzielt worden sein. Den Parteien fallen bei der Formulierung der Gesamteinigung oftmals jedoch noch der eine oder andere vergessene Punkt, (kleinere) Widersprüche und vor allem Unklarheiten auf, die doch noch zu klären bleiben. Sprachlich bedarf der Text, wenn er nicht weitgehend aus Standardformulierungen besteht, ebenfalls noch einmal der Überarbeitung.

Außerdem wird nicht selten versucht, noch kleinere „Add Ons“ (Zusatzwünsche) durchzusetzen, um das Gesamtergebnis zu eigenen Gunsten zu verschieben.³⁴ Dabei sollte jedoch, insbesondere dann, wenn die Beteiligten auch in Zukunft miteinander arbeiten wollen und werden, beachtet werden, dass der letzte Eindruck besonders prägend ist und dass Emotionen deutlich besser als Sachinhalte in Erinnerung bleiben. Negative Emotionen sollten daher im Fall von langfristigen Vertragspartnern grundsätzlich vermieden werden.

Nicht zu unterschätzen sind in dieser Unterphase auch Abschlussrituale (z.B. ein sog. closing dinner). Sie bauen negative Emotionen ab, die in Folge (über)harter oder langer Verhandlungen entstanden sein können und schaffen somit häufig positive Abschlussemotionen.

c) Verhandlungsnachbereitung

In der Verhandlungsnachbereitung, (auch als Verhandlungscontrolling bezeichnet)³⁵ geht es darum, Verhandlungen zu analysieren, um daraus für zukünftige Verhandlungen zu lernen. Hierzu gehören die Evaluierung der Zielerreichung sowie von Ursachen für die teilweise Nichterreichung der

²⁹ Siehe dazu auch Heussen (Fn. 2), Teil 2 Rn. 368 ff.

³⁰ Vgl. Heussen (Fn. 2), Teil 2 Rn. 524a f.

³¹ Vgl. Heussen (Fn. 2), Teil 2 Rn. 529.

³² Vgl. auch Heussen (Fn. 2), Teil 2 Rn. 541 ff.

³³ Zum Beispiel Manipulationen, vgl. dazu Heussen (Fn. 2), Teil 2 Rn. 598 ff.

³⁴ Vgl. auch Heussen (Fn. 2), Teil 2 Rn. 566.

³⁵ Heussen (Fn. 2), Teil 2 Rn. 686; vgl. auch Saliba, Vertragsmanagement, 2019, S. 27 ff.

Ziele.³⁶ Allerdings sollten Verhandlungsergebnisse nicht nur im Hinblick auf negative Abweichungen von den Zielen analysiert werden. So lohnt auch ein Blick darauf, warum bestimmte Ziele positiv erreicht wurden. Auch Vorkommnisse die nur beinahe negative Auswirkungen gehabt haben oder solche die positive Ergebnisse beinahe ermöglicht hätten, sind nicht zu vernachlässigen, wenn ihr potenzieller Impact vermutet werden kann. Schwierig bei der Auswertung und erst recht bei der Umsetzung für die Zukunft ist, dass Beobachtungen und Auswertungen sich nicht ohne weiteres verallgemeinern lassen, da z.B. die Geeignetheit einer Taktik oder die optimale Zusammensetzung eines Verhandlungsteams von einer ganzen Reihe von Gesichtspunkten (Vertragsgegenstand, Verhandlungspartner, Verhandelnde auf der Gegenseite) abhängen kann.

IV. Zusammenfassung

Das Contract Management erlangt eine zunehmende praktische Bedeutung, die immer häufiger auch in die juristische Ausbildung hineingreift bzw. hineingreifen sollte. Sowohl die zunehmende Komplexität von Verträgen und Vertragsverhandlungen als auch die diesbezüglich fortschreitende Digitalisierung lassen ein umfassendes Vertragsmanagement im weiteren Sinne immer mehr essenziell für einen passgenauen und den jeweiligen Anforderungen bzw. Bedürfnissen eines Unternehmens entsprechenden Vertragsabschluss werden. Die einzelnen Phasen des Vertragsmanagements sowie von Vertragsverhandlungen dienen dabei der Veranschaulichung und Strukturierung des Vertragsmanagement-Prozesses und können praktische Hilfestellung für dessen Implementierung geben. Das Vertragsmanagement ist dabei als solches ganzheitlich zu verstehen und umfasst neben juristischen, projektökonomischen und betriebswirtschaftlichen Aspekten durchaus auch IT-, psychologische und fachspezifische Kenntnisse.

³⁶ Vgl. *Schlagheck*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance*, 3. Aufl. 2016, § 43 Rn. 31.