

# Schwierigkeiten für Nicht-Juristen, mit dem Vertragsrecht und mit Juristen umzugehen

<b>1. Schwierigkeiten für Nicht-Juristen, mit dem Vertragsrecht und mit Juristen umzugehen</b> .....	<b>1</b>
(1) Der Nicht-Jurist kann Fragen des Vertragsrechts beantworten .....	1
(2) Objektive Hindernisse, mit dem Vertragsrecht richtig umzugehen .....	3
(2.1) Rechtsvorschriften, die häufig verkannt werden .....	5
(2.2) Eigener bzw. eigentümlicher juristischer Sprachgebrauch .....	5
(2.3) Der Nicht-Jurist kann Texte im Zusammenhang mit Verträgen erstellen.....	6
(2.4) Schwierigkeiten, eine Lebenssituation bei mehreren Beteiligten zu behandeln .....	6
(3) Das Unbehagen mit dem Vertragsrecht.....	6
(4) Juristische Auseinandersetzungen .....	7
<b>2. Schwierigkeiten, mit den Juristen umzugehen</b> .....	<b>8</b>
(1) Wie erscheint der Jurist? .....	8
(2) Der eigene Jurist.....	8
(3) Der gegnerische Jurist .....	9
(4) Der Richter .....	10

Dieser Text will Sie anregen, über Ihre Erfahrungen mit Verträgen und mit Juristen zu reflektieren.

## 1. Schwierigkeiten für Nicht-Juristen, mit dem Vertragsrecht und mit Juristen umzugehen

### (1) Der Nicht-Jurist kann Fragen des Vertragsrechts beantworten

Wenn der Nicht-Jurist eine vertragsrechtliche Frage behandeln soll, stellen sich häufig zwei Hindernisse, die er aber vermeiden kann: Er muss sich erst einmal darauf einstellen, dass er sich auf die Rechtsfrage konzentrieren muss. Er kommt von der praktischen Abwicklung her und hat mit dem Wechsel Mühe [siehe auch (2.4)]. Sodann muss er aus der aktuellen Situation, in der er von der Interessenlage her befangen ist, einen Schritt zurücktreten und die Situation neutral analysieren. Juristen treten noch einen Schritt mehr zurück (wie sie das gelernt haben), nämlich dass sie *methodisch* an die Ermittlung des Sachverhalts und an das Auffinden der rechtlichen Lösung herangehen.<sup>1</sup>

Das Vertragsrecht hat sich weitgehend durch die Festlegung dessen gebildet, was die Rechtsgenossen für richtig hielten. Der Gesetzgeber hat nur beschränkt eingegriffen, um – irrelevant für Projektverträge – den schwächeren Vertragspartner zu schützen [Buch Kapitel 1.1.2 (2)]. Weiterhin hat der Gesetzgeber einen großen Teil aller Praxisfragen nicht durch konkrete Rechtsvorschriften beantwortet, sondern durch vage oder sogar nur durch Generalklauseln wie der von Treu und Glauben [Buch Kapitel 1.1.3 (2) und (3)]. Über Fairness kann der Rechtsgenosse selber urteilen. Dementsprechend ist

---

<sup>1</sup> Vgl. Hans Albrecht Hesse, Über die Einheit der juristischen Profession, Anwaltsblatt 2002, 69 ff., 72: „Dis-  
tanz ... im Prozess der Klärung“. Hesse betont, dass dieser Prozess bei Juristen anhand von Texten erfolgt  
(lesen, selber schreiben), was „auf unvergleichliche Weise die Chance zur Nachdenklichkeit“ bietet.

es auch heute noch einem Nicht-Juristem im Bereich seiner Verträge weitgehend möglich, das richtige Ergebnis zu unkomplizierten Rechtsfragen zu finden. Und vor allem weiß er, wann er auf der sicheren und wann auf der unsicheren Seite ist.

Bei der Analyse der Rechtslage muss der Nicht-Jurist alle relevanten Umstände des Einzelfalls berücksichtigen und abwägen [Buch Kapitel 1.1.3]. Dabei muss er davon ausgehen, dass das Gesetz vom jeweiligen Schuldner schnelle und sachgerechte Erfüllung seiner Pflichten verlangt. Er kann auch fragen, wie der Gesetzgeber, wenn er diese Frage hätte regeln wollen, diese geregelt hätte [Buch Kapitel 1.3].

Außerdem muss der Nicht-Jurist dazu akzeptieren, dass das Recht die Entscheidungen der Rechtsgenossen etwas systematisieren muss, um sie besser vorhersehbar zu machen. Eine gewisse „Kästchenbildung“ ist unvermeidbar. Wenn man jeweils alle Fälle zu einer Fragestellung in Kästchen packt, ergibt sich automatisch, dass die Grenzfälle zweier benachbarter Kästchen zueinander näher sind als es ein jeder Grenzfall zum Mittelpunkt bzw. zum Argumentationszentrum seines eigenen Kästchens ist. Daran darf man sich nicht stoßen.

Einzuräumen ist, dass die Lösung komplexer Rechtsfragen schwierig ist. Das ist nicht anders als die Konzeption von Software bei komplexen Vorgaben.

#### **Beispiel**

Wie fest ist ein Festpreis bei Überschreitung des Aufwands [Buch Kapitel 9.3.3 und hier]:

Ist es überhaupt angebracht, den Auftragnehmer nicht uneingeschränkt an dem von ihm akzeptierten Festpreis festzuhalten?

Ab wann ist das berechtigt? Wie viel Risiko hat der Auftragnehmer übernommen?

Welche inhaltlichen Randbedingungen sind zu beachten (z.B. sachgerechte Kalkulation am Anfang, Mehraufwand objektiv nötig)?

Ist man überhaupt bei dem Problem, dass der Auftragnehmer den Aufwand so falsch eingeschätzt hat, und nicht bei dem, dass der Aufwand dadurch so angewachsen ist, dass der Kunde laufend kleine Änderungen gewünscht oder seine Mitwirkung unzulänglich erbracht hat?

Wohingehend ist der Vertrag abzuändern?

Wie (schnell) muss der Auftragnehmer das geltend machen?

Sodann gibt es echte Hindernisse:

*Die erste große Schwierigkeit* bei der Suche nach der richtigen Lösung dürfte für den Nicht-Juristen darin liegen, dass das Recht nicht so logisch (besser konsistent) ist, wie er es erwartet. Das kann es teilweise nicht sein, weil es auf verschiedenen Wertungen aufbaut, die naturgemäß gegensätzlich sind [siehe (2) und hier „Eine kurze Einführung in das juristische Denken“ Kap. 7 (2)]. Teilweise liegt das daran, dass das Recht krummen Wegen folgt, weil die Praktiker solche Wege in der Praxis gehen und dieses Vorgehen als richtig ansehen. Wenn die Praktiker aber im eigenen Interesse Recht suchen, verlangen sie plötzlich Konsistenz.

#### **Beispiel**

Im Rahmen eines Rechtsseminars stellen sich Praktiker unabhängig von ihrer Interessensituation durchweg auf den Standpunkt, dass mündliche Nebenabreden bei Vereinbarung von Schriftform unwirksam sind. In der Praxis treffen sie laufend mündliche Nebenabreden trotz vereinbarter Schriftform. Häufig wird argumentiert, dass das in heißen Projektphasen gar nicht anders gehe.

Nicht-Juristen haben manchmal Schwierigkeiten, die Vernunft von Rechtsfolgen anzuerkennen. Wenn z.B. ein Kunde von einem großen Programmierungsvertrag – nach Nachfristsetzung – zurücktritt und alle Zahlungen zurückverlangt, halten sie das für ungerechtfertigt, wenn der neue Auftragnehmer ein Vielfaches derjenigen Zeit für die Neuerstellung benötigen wird, die der bisherige Auftragnehmer für die Fertigstellung noch benötigt hätte. Dem sind zwei Argumente entgegensetzen: Erstens bemüht sich das Recht schon sehr, Vernunft über den Begriff Treu und Glauben walten

zu lassen [Buch Kapitel 1.1.3 (4)]. Zweitens muss das Gesetz dem geschädigten Vertragspartner gegenüber dem vertragsbrüchigen eine gewisse Härte erlauben, um sich nicht selber infrage zu stellen. Wenn der Kunde also in dem Beispiel den für ihn unter dem Zeitaspekt nachteiligen Weg geht, muss das Recht das akzeptieren.

*Die zweite große Schwierigkeit* besteht darin, dass es einen (nicht überwindbaren) Konflikt zwischen der Einzelfallgerechtigkeit und der Rechtssicherheit gibt: Der in einem Gerichtsprozess unterlegene Vertragspartner hält das Urteil für „typisch formalistisch/juristisch“, weil es seinem Fall nicht gerecht werden würde; der andere beruft sich darauf, dass man sich auf das Recht (= die Gesetze) verlassen können müsse.

Eine Variante davon liegt darin, dass man den Gerichtsprozess ungerechterweise verloren habe, weil man sein gutes Recht nicht habe beweisen können.

*Die dritte große Schwierigkeit* ist damit angesprochen, nämlich dass die materielle Rechtslage und die Beweislast getrennt analysiert werden müssen [Buch Kapitel 1.2].

*Unechte Schwierigkeiten* entstehen dadurch, dass der Nicht-Jurist die rechtliche Wahrheit verdrängt. Er lehnt sich nicht – wie gefordert – zurück und analysiert die Rechtslage nicht neutral. Einige Scheinrechtfertigungen sind:

- Der Auftragnehmer meint, nur für das verantwortlich zu sein, was in seiner Macht liegt, d.h., was er selber realisieren kann, obwohl es vertraglich um eine Pflicht geht, die er übernommen hat. Er will also insbesondere für Umstände aus der Sphäre seines Vorlieferanten nicht verantwortlich sein [Buch Kapitel 3.2].

#### **Beispiel**

„Ich kann für Programmfehler in Fremdsoftware nicht verantwortlich sein, weil ich das Quellprogramm nicht habe.“ „Ich kann keinen neuen Stande des Standardprogramms liefern, die die gesetzlichen Änderungen berücksichtigt, weil mein Vorlieferant mir noch keine geliefert hat.“

- Der Mangel sei unwesentlich, weil der Auftragnehmer ihn mit geringem Aufwand hätte beseitigen können [Buch Kapitel 6.3 am Anfang].
- Man sei an Zusagen nicht mehr gebunden, wenn der andere Vertragspartner den Vertrag verletzt habe.
- Weil der andere Vertragspartner den Vertrag verletzt habe (und es immer noch tue), dürfe man das auch selber tun.

## **(2) Objektive Hindernisse, mit dem Vertragsrecht richtig umzugehen**

Aber auch der wie gewünscht denkende Rechtsgenosse hat seine erheblichen Schwierigkeiten mit dem Recht. Das gilt für den US-amerikanischen Rechtsgenosse mit seinem auf Gerichtsentscheidungen aufbauenden „System“ noch mehr als für den deutschen mit seinem System, das auf Gesetzen aufbaut. Dieses ist

- nicht gerade übersichtlich, nicht verständlich und nicht konkret [Buch Kapitel 1.1.3],
- hat mehr Fehler und Widersprüche als nötig,
- ist teilweise nicht plausibel.<sup>2</sup>

Außerdem erscheint die Rechtsordnung nicht nur nicht logisch, sondern nicht einmal so konsistent, wie IT-Fachleute als präzise denkende Menschen es wünschen, um mit den Begriffen und Funktionen sicher arbeiten zu können. Diese formale Strenge lässt sich nicht erreichen, weil widerstreitende Interessen berücksichtigt werden müssen [das wird bei der Darstellung der juristischen Methodik in hier „Ei-

<sup>2</sup> Wobei daran die Gerichte ein gewisses Maß an Schuld tragen.

ne kurze Einführung in das juristische Denken“ deutlich]. Zum Beispiel unterliegen AGB-Klauseln auch dann der Inhaltskontrolle (und können als unwirksam eingestuft werden), wenn der andere Vertragspartner sie gelesen und unterschrieben hat. Denn das Recht will den anderen Vertragspartner schützen. Wenn der andere aber mitmacht, über die AGB-Klauseln zu verhandeln und sie dadurch zu Individualvereinbarungen macht, entfällt die Inhaltskontrolle [vgl. Kapitel 1.1.4 (1)]. Oder: Eine überraschende AGB-Klausel bleibt auch dann unwirksam, wenn der andere Vertragspartner sie gelesen hat und also kennt. Es irritiert, dass er weiterhin geschützt wird. Denn wenn er als Käufer einen Mangel der Kaufsache kennt, entfallen Gewährleistungsansprüche und er verliert seinen Schutz. Das passt wiederum formal nicht mit dem Folgenden zusammen: Wenn in einer AGB-Klausel steht, dass Anwendungssoftware mit einer englischsprachigen Benutzerdokumentation (also mangelhaft) geliefert wird, vermittelt das die Kenntnis eines Mangels. Das müsste Haftungsansprüche entfallen lassen. Die Klausel ist aber (im Normalfall) unwirksam, sodass die Kenntnis nicht als vermittelt gilt. Der Auftragnehmer kann sein Ziel aber dadurch erreichen, dass er die englischsprachige Benutzerdokumentation (es reicht die erste Seite) vor Abschluss des Vertrags vorlegt.

Nicht-Juristen möchten sich gerne an juristischen Konstruktionen, die Gesetzen zugrunde liegen oder aus ihnen abgeleitet werden, festhalten. Diese sind aber nur Versuche, greifbar zu machen, um was es wirklich geht, nämlich um die Lösung von Interessenkonflikten. Das soll an der juristischen Behandlung von zwei sich vom Ablauf her stark ähnelnden Situationen verdeutlicht werden:

- Der Auftragnehmer macht ein Angebot zum Preis von 100 Einheiten. Der Kunde lehnt dieses ab und bestellt zum Preis von 95. Der Auftragnehmer führt die Bestellung aus. Der Vertrag kommt dadurch zum Preis von 95 zustande [Buch Kapitel 2.1].
- Der Auftragnehmer macht ein Angebot zu seinen Liefer-AGB. Der Kunde lehnt dieses ab und bestellt zu seinen Einkaufs-AGB. Der Auftragnehmer führt die Bestellung aus. Der Vertrag kommt zustande, wenn beide den Vertrag durchführen, aber nicht zu den Einkaufs-AGB; vielmehr gelten beide AGB, soweit diese sich nicht widersprechen [Buch Kapitel 1.1.4 (2)]. Es kommt also nicht darauf an, wie lange der eine oder der andere widerspricht. Der Grund für die unterschiedliche Behandlung liegt darin, dass die Vertragspartner die AGB üblicherweise nicht so wichtig wie die individuellen Vereinbarungen nehmen und beliebig lange darauf hinweisen, dass ihre AGB gelten sollen. Dann soll nicht entscheidend sein, wer zufällig als letzter widersprochen hat.<sup>3</sup> Die allgemeine Konstruktion, wie ein Vertrag zustande kommt, wird hier wegen einer anderen Interessenkonstellation durchbrochen.

Das führt zur Frage, nach welchen grundlegenden Prinzipien die Gesetze Interessenkonflikte lösen [hier „Eine kurze Einführung in das juristische Denken“], und zur ergänzenden Frage, ob die Richter wirklich danach vorgehen oder nicht stark aus dem juristischen Bauch (dem Bemühen um Gerechtigkeit) entscheiden.

IT-Fachleute haben noch ein ganz spezifisches Problem mit dem Recht: Ihr Verständnis des Vertragsrechts ist häufig durch Verträge über Standardprogramme von US-Anbietern geprägt. Sie lesen immer wieder dieselben langen Regelungen und gewinnen den Eindruck, dass diese erforderlich seien [Buch Kapitel 1.1.2 (3)]. Hinzu kommt der Eindruck, dass das kontinuierliche Verhalten der US-Anbieter nur auf der Grundlage zu verstehen sei, dass es rechtlich erforderlich und richtig sei. So halten IT-Fachleute Schutzhüllenverträge [Buch Kapitel 6.1 (3)] immer wieder für wirksam, auch wenn sie sofort Zweifel bekommen, wie diese überhaupt zustande kommen können.

---

<sup>3</sup> Heute braucht der Antragsteller überhaupt nicht mehr zu widersprechen, um die Geltung der AGB des Antragsempfängers zu vermeiden. Er würde nur eine beliebig lange und nicht wirklich ernst gemeinte Kette von Gegenerklärungen auslösen. Die Rechtsprechung erspart ihm das.

## (2.1) Rechtsvorschriften, die häufig verkannt werden

Es gibt im Vertragsrecht nur wenige Vorschriften, die von Praktikern plausiblerweise häufig verkannt werden. Die wichtigsten sind in Abbildung 16 aufgeführt.

### 10 Rechtsvorschriften, die häufig verkannt werden

**Projektverträge** sind nach dem Wortlaut des jetzigen Schuldrechts Kaufverträge. Diese sind für den Kunden nicht wesentlich schlechter als Werkverträge. Insbesondere besteht der beim Werkvertrag geschuldete „Erfolg“ in nicht mehr, als dass ein Ergebnis abzuliefern ist. Das ist stets so im Kaufrecht, so dass man im Kaufrecht genauso von einem geschuldeten Erfolg sprechend kann [*Buch Kapitel 6.1 (1)*].

Beim **Rücktritt** vom Vertrag geht es vor Gericht um eine Ja/Nein-Entscheidung, also um alles oder nichts (dass macht es so verständlich, dass Gerichte in solchen Fällen auf Vergleiche drängen). Der eingeklagte Betrag (die gezahlte Vergütung) wird nur ausnahmsweise entsprechend dem Verschulden der beiden Vertragspartner aufgeteilt.

Die **Haftung auf Schadensersatz** ist in den Gesetzen umfassend geregelt. Vereinbarungen in Verträgen dienen also meist dazu, diese Haftung abzuschwächen.

**Schaden** entspricht nicht den Kosten im betriebswirtschaftlichen Sinne (§ 249 BGB) [*Buch Kapitel 3.8*].

Der Auftragnehmer braucht die wegen Verzugs verwirkte **Vertragsstrafe** nicht mehr zu zahlen, wenn der Kunde sich deren Zahlung bei der Annahme der Leistung nicht vorbehält (§ 341 Abs. 3 BGB) [*Buch Kapitel 3.9 (1)*].

Die Vertragsstrafe pauschaliert nicht und begrenzt nicht den Schadensersatz, sondern stellt nur den Mindestschaden dar. Nur der weitergehende Schaden ist also gemäß der Anspruchsgrundlage Haftung auf Schadensersatz zu ersetzen (§ 340 Abs. 2 BGB) [*Buch Kapitel 3.9 (1)*]. Es kann aber eine Vertragsstrafe vereinbart werden, die *neben* dem Ersatz des gesamten Schadens zu zahlen ist.

Die **Abnahme** ist Sache des Kunden, nicht beider Vertragspartner und schon gar nicht Sache des Auftragnehmers [*Buch Kapitel 9.4*]. Der Kunde ist zur Erklärung der Abnahme erst verpflichtet, wenn nur noch unwesentliche Mängel vorliegen [*Buch Kapitel 5.2 (2)*].

Die Abnahme(erklärung) hat längst nicht so schlimme Konsequenzen für den Kunden wie befürchtet. Insbesondere kann er später immer noch vom Vertrag zurücktreten, wenn Mängel nicht beseitigt werden [*Buch Kapitel 5.2 (2)*].

Haftung wegen Mängeln gibt es nur für versteckte Mängel. Also verjähren (auch) die Haftungsansprüche für versteckte Mängel innerhalb von zwei Jahren, selbst wenn sie in dieser Frist gar nicht erkannt werden konnten [*Buch Kapitel 6.3.12 (3)*].

Der Urheberrechtsschutz an Programmen bezieht sich auf die Darstellung (Programmkonstruktion), nicht auf die im Programm enthaltenen Ideen.

#### **Abb. 1 – 10 Rechtsvorschriften, die häufig verkannt werden**

Daneben gibt es einige Rechtsvorschriften, die aus der Sicht eines Juristen zwar nicht überraschen sollten, die in der Praxis aber häufig verkannt werden, insbesondere weil entsprechend falsche Vorbildung vermittelt wurde. Dazu gehören insbesondere

- die Auffassung, dass Schweigen grundsätzlich Zustimmung bedeuten würde [*Buch Kapitel 2.1.4 und 2.2*];
- die Auffassung, dass Werkverträge für den Auftragnehmer stets wesentlich schlechter als Dienstverträge seien und dass bei Dienstverträgen stets nach Aufwand, bei Werkverträgen hingegen ein Festpreis vergütet werde.

## (2.2) Eigener bzw. eigentümlicher juristischer Sprachgebrauch

Jedes Fachgebiet hat seine Fachsprache, die Fachfremde nur wenig interessiert. Bei Projektverträgen verwenden Nicht-Juristen eine Reihe von rechtlichen Begriffen und sollten diese also auch ken-

nen. Manche Begriffe werden in der juristischen Fachsprache anders als im normalen Sprachgebrauch verwendet. Insbesondere bei den folgenden Begriffen haben Nicht-Juristen häufig Verständnisschwierigkeiten. Eine Übersicht finden Sie in meinem Buch „Geschäftliche Texte erstellen, insbesondere im Zusammenhang mit Verträgen“.

### **(2.3) Der Nicht-Jurist kann Texte im Zusammenhang mit Verträgen erstellen**

Der Nicht-Jurist kann alle Texte beim Abschluss oder bei der Durchführung von Verträgen, für die er zuständig ist, selbst formulieren, seien es Leistungsbeschreibungen, Pflichtenhefte, Protokolle oder E-Mails. Es gibt nur wenig, was die Geschäftsführung lieber einem Juristen überlassen sollte. Das Hauptproblem für Nicht-Juristen ist, sich ausreichend anzustrengen, Texte in den drei Phasen Erstellen des Konzepts, Formulieren und Verbessern sauber und abgesichert zu erstellen [siehe mein Buch "Geschäftliche Texte erstellen, insbesondere im Zusammenhang mit Verträgen"]. Andersherum ausgedrückt: Das Hauptproblem sind Fehler, die der Nicht-Jurist hätte vermeiden können.

Wenn ein Nicht-Jurist das, was er ausdrücken will, klar ausdrückt, wird der neutrale Jurist das sachgerecht in die Sprache des Rechts übertragen. Ärger und Schwierigkeiten drohen vom gegnerischen Juristen und vom Gegner selber, wenn diese den Text im eigenen Interesse uminterpretieren wollen. Das soll Sie nicht davon abhalten, Ihren Text sauber in Ihrer Sprache zu formulieren. – Sie sollten den eigenen Juristen trotzdem einschalten, wenn es um die Beurteilung von Risiken geht (auch wenn der Nicht-Jurist diese u.U. selber erkennt).

### **(2.4) Schwierigkeiten, eine Lebenssituation bei mehreren Beteiligten zu behandeln**

Es kann für den Nicht-Juristen schwierig sein, die operative Organisation von Leistungsbeziehungen von den rechtlichen zu unterscheiden, sei es beim Analysieren oder beim Erstellen von Texten.

#### **Beispiel**

Jemand ist in den Vertrieb eines Standardprogramms in der Weise eingeschaltet, dass er das Programm an den Kunden ausliefert. Er kann das rechtlich gesehen als selbständiger Händler tun, der einen Vertriebsvertrag mit dem Auftragnehmer hat und einen Überlassungsvertrag mit dem Kunden geschlossen hat. Er kann aber auch als Handelsvertreter eingeschaltet sein, der den Vertrag zwischen dem Softwareanbieter und dem Kunden vermittelt hat.

Wenn zwei Auftragnehmer tätig geworden sind, muss der Jurist oft lange nachfragen, um herauszufinden, ob sie als gleichrangige Auftragnehmer tätig geworden sind oder einer als Hauptauftragnehmer und der andere als Unterauftragnehmer [Buch Kapitel 3.2]. Ich habe lange Zeit meinen Gesprächspartnern die Frage gestellt, was sie zu tun hätten. Jetzt frage ich, was sie vertraglich zu leisten verpflichtet seien.

Ein gewisser juristischer Formalismus ist unvermeidbar: So ist eine Tochtergesellschaft des Kunden ein Dritter, eine Zweigniederlassung nicht. Wenn ein für den Kunden erstelltes Programm nicht an Dritte weitergegeben werden darf, scheiden Tochtergesellschaften als Empfänger nach dem Buchstaben des Vertrags aus.

Nicht-Juristen erklären oft, dass rechtlich etwas nicht sein könne, weil es in der Praxis nicht durchsetzbar sei. Für Juristen kann nur das nicht sein, was aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist. Das sind nur unmögliche Leistungen, nicht aber schon solche, die in der Praxis nicht durchsetzbar sind. Jeder kann eine Pflicht übernehmen, auch wenn er sie nicht erfüllen kann – wohl aber ein anderer, beispielsweise bei Mängeln in Programmen der Vorlieferant, der das Quellprogramm hat [Buch Kapitel 3.1].

### **(3) Das Unbehagen mit dem Vertragsrecht**

Viele Rechtsgenossen stoßen sich daran, dass das Recht so wenig mit Moral und mit Anstand zu tun habe [vgl. hier „Eine kurze Einführung in das juristische Denken“ Kap. 1]. Ihnen entscheiden die Richter zu sehr nach formalen Regeln, nach der Beweislast und der formalen Beweiserbringung (der Richter

würde die typische Lebenssituation zu wenig einbeziehen). Ein gewisser Formalismus ist nötig, damit Menschen in Streitfällen miteinander umgehen können. Jeder möge sich selbst beobachten: Bei Auseinandersetzungen im täglichen Leben beruft sich jeder ebenso auf formale Positionen, wie ein Jurist das bei rechtlichen Auseinandersetzungen tut.

Viele erwarten bei Schwierigkeiten, dass sie entsprechend ihrem Handeln auf höherer Ebene geschützt werden, und werden enttäuscht, wenn das nicht der Fall ist. Dabei hat man schon als Kind beim Spielen gelernt, dass man sich an die Spielregeln halten muss.<sup>4</sup> Konsequenz: Man wendet sich ab und will gar nicht mehr das Vertragsrecht verstehen, sondern alles auf der geschäftlichen Ebene abhandeln.

Gegen dieses Unbehagen kann jeder im eigenen Bereich etwas unternehmen, nämlich die Spielregeln des Rechts beachten und Beweismittel schaffen [siehe *IT-PM, Kapitel 3.4.3*]. Dem stehen einige Hindernisse entgegen.

Erst einmal müssen – wie bei jedem Sachgebiet – die Spielregeln, also die Grundzüge des Vertragsrechts, gelernt werden. Ich werde nach fertigen Mustern für Allgemeine Geschäftsbedingungen und für Verträge gefragt, kaum aber nach Ermitteln der Anforderungen an diese oder nach Schulung in den gelieferten Dokumenten: Nein danke, nicht nötig! – Alles, was von Auftragnehmern den Kunden ihrer Standardsoftware empfohlen wird, sehen sie für sich als Verwender von Standard-Vertragsbedingungen als nicht erforderlichen Aufwand an. Beim Sachgebiet Vertragsrecht besteht eine besondere Abneigung gegen diesen Aufwand: Man fühlt sich unsicher und hilflos und hat wenig Hoffnung, mit einigem Einsatz wie bei anderen Sachgebieten auf das gewünschte Do-it-yourself-Niveau zu kommen.

Weiterhin ist es aufwendig, einen Vertrag konsistent und klar zu formulieren [zu den Maßnahmen siehe *Texte, Kapitel 3 und 4*] und sodann das Projekt auf der Grundlage des Vertrags durchzuführen [siehe *IT-PM, Kapitel 3*]. Das sich der Aufwand vielfach auszahlt, verdrängt man.

Viele Schwierigkeiten mit Verträgen, die der Praktiker hat, kommen daher, dass er nicht ordentlich genug in seinem eigenen Aufgabenbereich, nämlich der Projektdefinition (= Vertragsgestaltung) und der Projektdurchführung, arbeitet. Der größte Teil der Empfehlungen eines Juristen sind bereits in den Regeln des Projektmanagements enthalten [siehe *IT-PM, Kapitel 3.3.1*]. Und wenn ein Auftragnehmer Qualitätssicherung nach DIN EN ISO 9001 betreibt, gehen seine Regeln sogar über das hinaus, was ein Jurist überhaupt empfehlen möchte.

#### **(4) Juristische Auseinandersetzungen**

Kommt es zu einer Auseinandersetzung, an der Juristen beteiligt werden, entsteht vielfach das Gefühl des Versagens. Man war nicht imstande, eine Lösung auf der von einem selber beherrschten Ebene zu schaffen. Man wird mit seinen Fehlern konfrontiert, seien es solche in der Projektabwicklung oder solche auf der Ebene des Vertrags (schlechte Formulierung; kein Nachführen des Vertrags bei Leistungsänderungen; kein Schaffen von Beweismitteln).

Und dann ist man den Juristen ausgeliefert. Man kann ihnen die Realität anscheinend nicht vermitteln. Sie entscheiden anscheinend nach Schemata, in die die Realität hineingepresst wird.

---

<sup>4</sup> Wenn man von ihnen zugunsten des Gegners abweicht, kann man sich nicht darauf berufen. Man kann oder muss sogar dafür bestraft werden. Wer z.B. beim Mensch-ärgere-Dich-nicht-Spiel den Gegner nicht schlägt, obwohl er die Möglichkeit dazu hat, wird bestraft: Sein Stein, der das Schlagen unterlassen hat, wird hinausgestellt. Die Rechtsordnung folgt der günstigen Variante: Man wird nicht automatisch bestraft. Aber man kann vom Gegner bestraft werden. Gegen diese Schwierigkeit hilft also nur Arbeit (die Grundsätze verstehen, anerkennen und befolgen).

## 2. Schwierigkeiten, mit den Juristen umzugehen

Schwierigkeiten mit dem Recht hat man besonders, wenn man ein Problem hat. Verständlicherweise fühlt man sich gegenüber jenem, der bei der Lösung dieses Problems helfen soll, nicht wohl.

### (1) Wie erscheint der Jurist?

Das Ansehen der Rechtsanwälte in der Bevölkerung ist im Sinken. Die Rechtsanwälte lagen in der Allensbacher Berufsprestige-Skala lange Zeit auf Rang 3. 2013 lagen sie nur noch auf Rang 9 von 18 ausgewählten Berufen.<sup>5</sup> Sie sind eher unbeliebt.<sup>6</sup> Bei der Vertrauenswürdigkeit sind sie für Verbraucher nur gutes Mittelmaß.<sup>7</sup>

IT-Fachleute erklären häufig, dass Juristen anders denken würden, insbesondere nicht problemorientiert, sondern statisch. Juristen können durchaus zielgerichtet denken und handeln, wenn sie Probleme lösen dürfen (vierte Ebene gemäß Einleitung). In diesem Sinne sprechen IT-Fachleute den Juristen aber kaum an. Vielmehr soll er die Rechtslage klären (zweite Ebene):

Bei der Vertragsvorbereitung hat der Praktiker nur ein paar Fragen. Es kann ihn nerven, was Juristen alles fordern, sei es inhaltlich, sei es formal, um eigentlich wasserdichte Vereinbarungen noch wasserdichter zu machen: Wenn es zum Streit komme, würde der Gegner (sein Anwalt) alles bestreiten, was dieser bestreiten könne, ohne schamrot zu werden.

### (2) Der eigene Jurist

Der eigene Jurist, der einem helfen soll, scheint oft das Problem nicht zu verstehen. Selbstverständlich gibt es Juristen, die in ihrem Fach schlecht sind, und auch solche, die sich nicht ausreichend auf ihnen fremde Sachverhalte einstellen können. Grundsätzlich ist es aber eine Stärke von Juristen, sich in neue Sachverhalte einzuarbeiten. Die Gefahr liegt eher darin, dass viele Juristen dazu neigen, mehr Sachkenntnis vorzuspiegeln, als sie haben. Sie tun das, indem sie anscheinend souverän mit den Begriffen und den funktionalen Zusammenhängen, die ihnen mitgeteilt worden sind, argumentie-

<sup>5</sup> Allensbacher Berufsprestige-Skala 2013. Davor stehen derzeit Ärzte, Krankenschwestern, Polizisten, Lehrer, Handwerker, Pfarrer/Geistliche, Hochschulprofessoren und Ingenieure. Es sind zwar nicht immer dieselben Berufe vorgegeben worden. Der Abstieg ist aber eindeutig.

Wolfgang Hartung, Die Anwaltschaft im wirtschaftlichen Abseits, Anwaltsblatt 2002, S. 268 ff., 271 führt das abnehmende Ansehen darauf zurück, dass insbesondere die Rechtsanwälte sich heute weniger als Organ der Rechtspflege (Verhältnis der Über-/Unterordnung zum Mandanten) und mehr als Dienstleister verstehen und verhalten würden.

Die Rechtsanwaltskammer Karlsruhe hat in einem Rundschreiben vom August 2012 das Abgleiten auf Platz 9 wie folgt erklärt: „Dies hat seinen Grund u.a. darin, dass ... Rechtsanwälte durch die EU-Kommission in Brüssel zu reinen 'Dienstleistern' degradiert wurden. Dann geht es mehr als eine Seite lang gegen Brüssel. Der Text ist ein gutes Beispiel dafür, warum Rechtsanwälte wenig beliebt sind: Die Rechtsanwälte sind schon längst abgeglitten, bevor „Brüssel“ aktiv geworden ist (siehe beispielsweise den zuvor genannten Beitrag von Hartung). Es wird nur einmal der Begriff "EU-Kommission" verwendet, zweimal aber das Reizwort "Brüssel", einmal überflüssig im Zusammenhang mit der "EU-Kommission", weil jeder Rechtsanwalt weiß, wo die EU-Kommission ihren Sitz hat. Aber die Kommission soll gleich mit dem negativen Begriff „Brüssel“ in Verbindung gebracht werden.

de.statista.com: Vertrauen der Deutschen in Berufsgruppen, Stand Februar 2014: 8 Platz von 20 Berufen. Reader's Digest (www.rd-presse.ch): 33.005 Befragte in 16 europäischen Ländern setzten die Rechtsanwälte auf Platz 12 von 20 Berufen.

<sup>6</sup> Johann Braun, Über die Unbeliebtheit des Juristen, JuS (Juristische Schulung) 1996, 287 ff. leitet seinen Beitrag mit der Frage ein: „Warum sind Juristen bei Nichtjuristen so unbeliebt?“ und zitiert mehrere Bücher mit entsprechendem Titel. Nach seiner Analyse würden die Ursachen dafür kaum bei den Juristen liegen, sondern eher bei den Nichtjuristen („Besserwisser“). Und wie wird der Jurist am besten damit fertig? Antwort (S. 290): Die Erfüllung der Pflicht, Not abzuwenden, schaffe ein Gefühl der Selbstzufriedenheit.

<sup>7</sup> www.readersdigest.de, Die größte Verbraucherstudie Europas, 18.04.2005: In Deutschland immerhin noch zu 57 % als sehr hoch bzw. ziemlich hoch vertrauenswürdig eingestuft, europaweit nur zu 45 %.



ren.<sup>8</sup> Man braucht nur zu sehen, mit welchem Mut Juristen Aufsätze oder sogar Bücher über IT-Rechtsfragen schreiben, aus denen fachliches Halbwissen entgegen springt.<sup>9</sup>

IT-Fachleute sollen sich also fragen, ob Kommunikationsprobleme nicht von ihnen mit verursacht werden. Wie sehr werfen sich die IT-Fachleute schon untereinander vor, ihre Fachsprache als Herrschaftsinstrument einzusetzen! Vor Gericht gelten Ärzte und IT-Fachleute als diejenigen (Zeugen), die sich am wenigsten darum bemühen, sich verständlich auszudrücken.

Es soll aber nicht bagatellisiert werden, dass die Juristen ihrerseits auch oft Herrschaftsverhalten an den Tag legen. Sie gefallen sich häufig in Konstruktionen und in spielerischen Formulierungen. Es kommt hinzu, dass Juristen die Lösung des Falls möglichst in rein juristischen Fragestellungen suchen. Das kann schon deswegen berechtigt sein, weil (= wenn) die Argumentationskette der Gegenseite dort am einfachsten aufgebrochen werden kann. Außerdem fühlt sich der Jurist bei solchen Fragestellungen sicherer. IT-Fachleute fühlen sich verständlicherweise aber erst einmal verunsichert. Viele mögen auch nicht Lösungen, die am eigentlichen Problem vorbeigehen, insbesondere dann nicht, wenn sie mit dem anderen Vertragspartner weiterhin zusammenarbeiten wollen bzw. müssen.

Zur Förderung der effektiven Zusammenarbeit mit Juristen sei noch eines gesagt: Viele Menschen reden den Sachverhalt schön, sagen ihrem Juristen sogar die Unwahrheit (insbesondere durch Weglassen wesentlicher Tatsachen). Von der Zielsetzung her ist es effektiver, zuerst die eigenen Fehler aufzuzählen – wobei ein Mitarbeiter das mit seiner Stellung im Unternehmen abwägen muss.

### (3) Der gegnerische Jurist

*Zum Rechtsberater des Kunden in der Phase der Vertragsverhandlungen siehe IT-PM, Kapitel 2.4.3.* Der Rechtsberater des Auftragnehmers – in dieser Phase: des Anbieters – kann nicht so frei die rechtliche und tatsächliche Wahrheit für sich bzw. seine Seite in Anspruch nehmen, sondern muss stets höflich bleiben. Denn er hat es mit einer Vertrauensposition des Interessenten zu tun.

Später hat der gegnerische Jurist meist die Aufgabe, die Rechtsposition, die man zur Begründung seines Interessenstandpunkts aufgebaut hat, auf Teufel komm raus zu bestreiten. Also bestreitet er – ganz legal<sup>10</sup> – Tatsachen aus der Sicht, dass die Gegenseite bei einem Gerichtsprozess Schwierigkeiten hätte, diese zu beweisen. Der andere solle doch besser keinen Gerichtsprozess riskieren. Den IT-Fachmann ärgert dieses Bestreiten. – Der gegnerische Jurist verdreht einem die Worte im Munde; er übertreibt die Sünden der Gegenseite und verharmlost die der eigenen Seite (wie es auch der eigene Jurist gegenüber der anderen Seite tut).

*Im Auslegen seid frisch und munter!  
Legt ihrs nicht aus, so legt was unter.*

<sup>8</sup> Braun (Fn 6) S. 288: „Die Erfolgsrate von beiden Parteien zusammen [vor Gericht] entspricht exakt dem Zufall.“ – Sie entspricht 1.

Graf von Westphalen u.a., Der Jahr 2000 Fehler, Köln 1999 RZ 405: befasst sich damit, ob „die Kaufsache für das Jahr 2000 kompatibel“ sein müsse.

<sup>9</sup> Beispielsweise berichteten Juristen schon vor dem Jahr 2000 Erstaunliches: Helmut Haberstumpf, Die Zulässigkeit des Reverse Engineering, Computer und Recht 1991, S. 129 behauptete, dass „Rückübersetzen ... durch Dekompilierung (in eine höhere Programmiersprache)“ erfolge. – Dekompilieren schafft nur eine Art Assemblerquellcode. Dieser ist nur beschränkt nützlich.

Andreas Raubenheimer, Softwareschutz nach den Vorschriften des UWG, Computer und Recht 1994, S. 264 unterschied zwischen „Disassemblierung = Übersetzung in eine Assemblersprache“ und „Dekompilierung = Übersetzung in eine höhere Programmiersprache“ (S. 266).

Andreas Pres hat diese Aussage in seine Dissertation „Gestaltungsformen urheberrechtlicher Softwarenutzungsverträge“ (Köln 1994) S. 135 übernommen.

<sup>10</sup> Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 15.07.2003 (1 BvR 801/03): „Eine regelmäßige Kontrolle der vom Mandanten mitgeteilten Tatsachen kann berufsrechtlich nicht verlangt werden. Eine solche Verpflichtung würde das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant zerstören.“

Goethe (Mephisto)

*Nie hat ein Dichter die Natur so frei ausgelegt,  
wie ein Jurist die Wirklichkeit.*

Jean Giraudoux (Der Trojanische Krieg findet nicht statt)

Bei Verhandlungen (über Streitpunkte, manchmal auch über die Vertragsgestaltung) kann jeder der beiden Juristen die Aufgabe des Minenhundes übernommen haben: Er wird erst einmal vorgeschickt, um die Position der Gegenseite auszuloten. Wenn der gegnerische Verhandlungsführer hochgeht, weiß der eigene, dass sein Jurist zu weit gegangen ist, und kann abschätzen, wie weit er gehen kann, wenn er vermittelnd eingreift.

Die Auseinandersetzungen zwischen Juristen können sich auch verselbstständigen. Jeder von ihnen kann einen rechtlich gut begründeten Standpunkt haben, einmal weil man sowieso unterschiedlicher rechtlicher Meinung sein kann, sodann weil man die Tatsachen unterschiedlich sehen kann. Noch schlimmer ist es, wenn einer der Juristen einen schwachen Standpunkt hat. Er blockiert den Dialog, indem er immer wieder dasselbe sagt (man kann das aber auch dann tun, wenn man Recht hat!). – IT-Fachleute sollen aber nicht glauben, dass Rechtsanwälte am Prozessieren vor Gericht interessiert sind. Schon das finanzielle Argument sollte überzeugen: Der Ertrag pro Zeiteinheit ist für den Rechtsanwalt günstiger, wenn sich die Parteien vergleichen (es gibt als Belohnung eine hohe zusätzliche Vergleichsgebühr!), als wenn sie vor Gericht ziehen. Nur bei einer schlechten Auslastung seiner Arbeitskraft lohnt sich ein Prozess für einen Rechtsanwalt.

Dafür spricht auch die Statistik: Die Zahl der Rechtsanwälte hat in den letzten Jahrzehnten sehr stark zugenommen; die Zahl der Gerichtsprozesse hat sich nur leicht erhöht.

#### **(4) Der Richter**

Es besteht ein gewisses Vorurteil gegenüber der Qualität von Richtern. Dieses scheint vor allem von deren schlechter Presse zu kommen: Diese veröffentlicht weitgehend nur Fehlurteile oder was die Presse als solche ansieht (und entsprechend darstellt).

Kommen IT-Fachleute mit Richtern in Kontakt, bemängeln sie erst einmal deren Unkenntnis, und zwar sowohl der IT-Technik als auch des Fachgebiets,<sup>11</sup> in dem die Informationsverarbeitung eingesetzt worden ist. Richter müssen sich an einem Verhandlungstag mit so vielen Sachgebieten auseinandersetzen, dass sie diese auch nicht ansatzweise beherrschen können. Deswegen wird die Spezialisierung der Richter gefordert, auch von diesen selbst. Aber die lohnt nur, wenn genügend Fälle zusammenkommen. Das ist in IT-Sachen wenn überhaupt dann nur bei größeren Landgerichten der Fall.

Dann möge der Richter sich, so die IT-Fachleute, doch wenigstens um Verständnis für den Fall bemühen! Dazu sollten die Parteien den Fall doch erst einmal verständlich vortragen. Ich muss aber einräumen, dass das nicht ausreichen braucht. Wenn ich bei einem (mir unbekanntem) Gericht verhandeln muss, gehe ich möglichst eine halbe Stunde vorher in den Gerichtssaal, um den Richter etwas kennenzulernen. Ich bin oft erstaunt, wie sachkundig und rechtlich überzeugend der Richter die Verhandlung führt. Kommt dann mein IT-Fall an die Reihe, gehen die Klappen zu.

Statt sich in den Fall einzuarbeiten, dränge der Richter auf einen Vergleich, lautet die nächste Beobachtung. Man vergegenwärtige sich die Situation: Jede Partei will gewinnen – das geht nicht. Außerdem liegt die Wahrheit oft in der Mitte. Ein Urteil wird dem u.U. nicht gerecht, insbesondere wenn

<sup>11</sup> Das ist viel nachteiliger als mangelnde Kenntnis der Technik. Denn wenn es darauf ankommt, geht es um die geschuldete Leistung (Sollbeschaffenheit), und damit muss sich der Richter selber beschäftigen. Wenn der Kunde Ausfälle geltend macht, kann der Richter sachgerecht handeln, nämlich einen Sachverständigen zur „Entscheidung“ des Problems einschalten.

es einseitig sein muss, z.B. die Ja/Nein-Entscheidung beim Rücktritt. Ein Vergleich dient dem Rechtsfrieden und verringert den Berg unerledigter Akten.

Wenn es zu einem Urteil kommt, wundert sich der Verlierer oft, wie einseitig das Urteil zugunsten des Siegers ist. Richter wollen souverän erscheinen; außerdem wollen sie dem Verlierer klarmachen, dass er nur unnötig Geld ausgeben würde, wenn er in die nächste Instanz gehen würde. Deswegen werden Entscheidungen häufig einseitig abgefasst, auch wenn der Richter lange abgewogen hat, wie er entscheiden soll.

Stand: 02.01.2014