

Essentialia negotiation – Verhandlungsmanagement, kernjuristische Themen und JuristInnenausbildung

Thomas Ackermann, LL.M., Düsseldorf/Marc Ohrendorf, LL.M., Köln*



Im Berufsleben helfen die erlernten Techniken dann ebenso bei der Erzielung besserer Ergebnisse – beispielsweise bei gewöhnlichen Vergleichs- oder Vertragsverhandlungen. Darüber hinaus haben Juristen mit trainierten Verhandlungsfähigkeiten einen weiteren Vorteil, der häufig unbeachtet bleibt: Denn bereits bei der Gesetzesanwendung hilft das solide Verständnis des idealtypischen Verhandlungsablaufs. Beispielfähig sei dies an § 305 Abs. 1 S. 3 BGB im Zusammenspiel mit verschuldensunabhängigen Garantievereinbarungen verdeutlicht, welche den Studierenden als klassische Probleme

des zivilrechtlichen Vorlesungsstoffes bekannt sind. Danach liegen allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Was läge also näher, als bei der Auslegung des Begriffs des Aushandelns die zugrunde liegenden Erkenntnisse aus dem Bereich der Verhandlungsführung näher zu beleuchten?

Losgelöst von der späteren Berufswahl gehört die sachgerechte Interessenvertretung zu den Kernkompetenzen eines jeden Juristen.¹ Hierbei steht nicht nur im Vordergrund, argumentativ zu überzeugen, sondern auch strategisch, wirtschaftlich und zielführend zu agieren. Auch im Studium treten neben kernjuristischen Inhalten zunehmend Verhandlungsszenarien. Während bei solchen einzelne Studierende äußerst geschickt erste Schritte unternehmen, verschließen andere die Augen vor den Möglichkeiten, die das zeitliche Investment in das eigene Verhandlungsgeschick bietet. Als Beispiel sei das Vorgespräch zur mündlichen Prüfung im Staatsexamen genannt. Manche Kandidaten sehen darin die bloße Gelegenheit, den Vorsitzenden der Prüfungskommission kennenzulernen. Andere hingegen bereiten sich akribisch auf das Gespräch vor, um ihr Gegenüber bereits in diesem Ersteindruck zu überzeugen, dass eine möglichst hohe Abschlussnote angemessen sein könnte. Setze ich einen (Noten-)Anker? Falls ja, welche Höhe ist zielführend (und verschenkt keine Glaubwürdigkeit)? Was ist eine tragfähige Begründung?

des zivilrechtlichen Vorlesungsstoffes bekannt sind. Danach liegen allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind. Was läge also näher, als bei der Auslegung des Begriffs des Aushandelns die zugrunde liegenden Erkenntnisse aus dem Bereich der Verhandlungsführung näher zu beleuchten?

A. Berücksichtigung verhandlungstheoretischer Erkenntnisse

Zunächst ist zu untersuchen, ob verhandlungstheoretische Erkenntnisse und die damit zusammenhängenden praktischen Vorgehensweisen überhaupt im Rahmen der Auslegung von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB Berücksichtigung finden sollten. Unproblematisch möglich wäre eine Berücksichtigung der gewonnenen Erkenntnisse im Rahmen einer subjektiv-teleologischen Auslegung zumindest, wenn schon der Gesetzgeber selbst das betreffende Gesetz unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse

* Die Autoren sind als Rechtsanwälte in Düsseldorf und Köln tätig. Am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bonn bieten sie die Schlüsselqualifikation „Verhandlungsmanagement“ an.

¹ In der folgenden Arbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit ausschließlich die männliche Form verwendet. Sie bezieht sich auf Personen sämtlicher Geschlechter.

aus dem Bereich der Verhandlungsführung erlassen hätte.² Zwar hat der Gesetzgeber durchaus den Kontrollbereich von einer selbstverantwortlichen Prüfung, Abwägung und möglichen Einflussnahme beider Vertragsseiten abhängig machen wollen.³ Der Erlass des Gesetzes erfolgte also unter Berücksichtigung dessen, was der Gesetzgeber als Gegenstand der Verhandlung sah. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass er zugleich das Ziel verfolgte, Verhandlungsstrategien zu fördern, die zu einem effizienten⁴ Ergebnis führen. Unter dem Begriff „Verhandlungstheorie“ werden jedoch genau solche Theorien und Erkenntnisse zum Vorgehen, zur Taktik und Strategie in Verhandlungen (also dem Prozess, durch den Individuen oder Gruppen Geschäftstransaktionen aushandeln, verstanden) untersucht.⁵ Dass die Berücksichtigung entsprechender Erkenntnisse dem Gesetzgeber nicht vorschwebte, wird dadurch deutlich, dass er Verhandlungen als Mittel zur Erreichung einer bestmöglichen Aufklärung des Klauselgegners gesehen hat.⁶ Auch wenn der Informationsaustausch notwendiger Teil einer effizienten Verhandlung ist,⁷ wird deutlich, dass der Gesetzgeber sich lediglich einen bestimmten Teilaspekt der Verhandlungsführung zunutze machen wollte, um insbesondere⁸ eine bessere Informationssituation für Entscheidungen des Klauselgegners zu erreichen. Es ging nicht darum, Voraussetzungen für effiziente Verhandlungen zu schaffen.

Eine Integration verhandlungsbezogener Aspekte könnte jedoch durchaus auf Basis der heute vorherrschend⁹ für zulässig erachteten objektiv-teleologischen Auslegung erfolgen. Es kann daher darauf abgestellt werden, was die Zielsetzung der Norm unter gegenwärtigen Gesichtspunkten sein könnte. Dementsprechend ist es möglich, verhandlungstheoretische Erkenntnisse im Rahmen der Auslegung heranzuziehen – auch wenn dies heißt, den Autor „besser zu verstehen, als er sich selbst

verstand“.¹⁰ Die eigentliche Rechtsquelle der objektiv-teleologischen Auslegung ist nicht die Norm selbst, sondern der Diskurs über den Normzweck.¹¹ Soweit die wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Verhandlungsführung folglich berücksichtigt werden, ist zu untersuchen, inwieweit diese fruchtbar gemacht werden können.

B. Interessengerechte Lösung

Zentraler Bestandteil guter Verhandlungsführung ist die Schöpfung neuer Werte, welche im Idealfall beiden Parteien zugutekommen. Gemeint ist, dass die Verhandlungsparteien „Win-win“-Lösungen erzielen, indem unterschiedliche Bewertungen, Risikoaffinitäten, Interessen und Prognosen nutzbar gemacht werden.¹²

Das klassische Beispiel zur Veranschaulichung dieses Wirkmechanismus ist das Orangenbeispiel: Zwei Kinder streiten um eine Orange. Anstatt die Orange in der Mitte zu teilen (Kompromisslösung), ist es im gedachten Fall interessengerechter, dem einen Kind die Orangenschale für das Backen eines Kuchens zuzuteilen und dem anderen das Fruchtfleisch, um daraus Saft herzustellen. Auf diese Weise erhalten beide Parteien zwar nicht 100 % ihrer Ausgangsforderung „Ganze Orange“ (Verhandlungsposition), jedoch 100 % ihres die Forderung begründenden Interesses. Grundlage für Wertschöpfung ist demnach immer, dass die Parteien auf Forderungsbestandteile verzichten, die für sie von geringerer Wertigkeit sind als für ihren Verhandlungspartner (low-cost/high-benefit-moves).¹³

Als weiteres Praxisbeispiel, welches einer Verhandlungssimulation im Rahmen der Juristenausbildung zugrunde liegen könnte, soll im Folgenden der Fall einer verschuldensunabhängigen Garantie näher beleuchtet werden. Über solche Garantievereinbarungen wird typischerweise bei größeren Transaktionen (z. B. Unternehmenskauf) verhandelt, da sie regelmäßig ein hohes Wertschöpfungspotential bieten. Überwiegend wird es aus Sicht des Käufers jedoch für unzulässig gehalten, in AGB eine solche ver-

² Vgl. sinngemäß für die Verwertung rechtsökonomischer Erwägungen, *Bydlinski*, AcP 1988 (188), 447, 466; *Liebt*, Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre (1997), S. 97; *Grundmann*, RabelZ 61, 423, 434.

³ BT-Drucks, 7/3919 S. 17 li. Sp.

⁴ Maßstäbe zur Beurteilung effizienter Verhandlungsergebnisse sind etwas das Paretoprinzip oder das Kaldor/Hicks-Kriterium.

⁵ Verhandlungsglossar der Harvard Law School; abgerufen am 14.7.2020.

⁶ BT-Drucks, 7/3919 S. 17 li. Sp.: „Vielmehr setzt ein ‚Aushandeln‘ [...] voraus, daß der Kunde eingehend und unmißverständlich über ihren Inhalt und ihre rechtliche Tragweite aufgeklärt wird“.

⁷ Vgl. insoweit *Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle*, Verhandlungsmanagement (2. Aufl. 2017), S. 7 f.

⁸ Zu den Legitimationsgedanken der Inhaltskontrolle siehe *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre (2010), S. 540 ff.; *Wendland*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit (2019), S. 467 ff.

⁹ *Honsell*, Die rhetorischen Wurzeln der juristischen Auslegung, ZfPW 2016, 105.

¹⁰ *Kant*, in: Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant, Werkausgabe, Bd. 3/4 (1977), Kritik der reinen Vernunft, S. 322.

¹¹ *Lieth*, Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre (2007) S. 100.

¹² *Lax/Sebenius*, 3-D Negotiations, S. 144 f.; ähnliche Fragestellungen werden in der rechtsökonomischen Literatur unter den Begriffen „cheapest cost avoider“, „cheapest insurer“, „superior risk bearer“ diskutiert, vgl. etwa *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2012), S. 437 ff., 442 ff. Die Konzepte der Literatur zur Verhandlungsführung gehen jedoch darüber hinaus und umfassen insbesondere auch schwerer quantifizierbare Verhandlungserfolge, wie z. B. Reputationsgewinne.

¹³ So gehen auch *Unberath/Czuiupka*, AcP 209 (2009), 37, 45 davon aus, dass in einer idealen Welt ein Vertrag jedes denkbare Risiko einer der Vertragsparteien zuweist und zusätzlich der gemeinsame Nutzen der Vertragsparteien durch eine effiziente vertragliche Regelung größtmöglich gesteigert wird.

schuldensunabhängige Haftung zu vereinbaren.¹⁴ Da zudem der Inhaltskontrolle unterliegende AGB regelmäßig bereits dann angenommen werden, wenn die betreffende Klausel aus einem Formularbuch stammt,¹⁵ kann die Wirksamkeit einer Garantie nur dann noch angenommen werden, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt ist. Im Lichte verhandlungstheoretischer Erkenntnisse spricht viel dafür, ein Aushandeln der Klausel und damit die Kontrollfreiheit der Klausel anzunehmen, wenn sie interessengerechte Lösungen fördert.¹⁶

Räumt der Veräußerer dem Käufer eine solche ein, ist dies regelmäßig darauf zurückzuführen, dass er das Risiko eines Garantiefalls niedriger einschätzt als sein Gegenüber oder er eine monetäre Gegenleistung erhält, die aus seiner Sicht wertvoller als die Abgabe der Garantie ist. Häufig wird diese subjektive Einschätzung dadurch verstärkt, dass eigene Positionen und Leistungen überproportional zu eigenen Gunsten wahrgenommen werden – wie auch die Fehlerfreiheit eigener Produkte oder Forderungen.¹⁷ Entsprechend häufig hat die Abgabe einer Garantie für die veräußernde Partei einen geringeren Wert als für die erwerbende Partei.

Im Überblick:

	Verkaufte Forderungen	Kosten je Garantiefall	Ausfall-erwartung	Erwartete Kosten
Veräußerer	800 Stück	€ 1.000	10 %	€ 80.000
Erwerber	800 Stück	€ 1.000	20 %	€ 160.000

Hierbei gilt es sowohl in der Praxis als auch der juristischen Ausbildung zu erkennen, dass Kompromisse im Sinne einer vermeintlich „fairen“ Lösung nahe einem 50/50-Split Werte unerkannt auf dem Verhandlungstisch zurücklassen: Das größte Wertschöpfungspotential kann oftmals nur erreicht werden, wenn die veräußernde Partei eine möglichst umfangreiche Garantie zulässt und eine Gegenleistung erhält, die für sie einen höheren Wert hat als für den Erwerber. Es ergibt aus verhandlungstheoretischer Sicht daher nur wenig Sinn, wenn der Käufer einer Sache oder Forderung, die Garantie nicht teuer abkaufen kann, sondern sie

stattdessen ernsthaft zur Disposition stellen muss.¹⁸ Eine Auslegung, die entsprechende präferenzkonforme und effizienz-maximierende¹⁹ Vertragsabschlüsse untersagt, verhindert ökonomisch sinnvolle Transaktionen.²⁰ Daher liegt es umgekehrt bei vertraglichen Instrumenten mit hohem Wertschöpfungspotential (wie Garantien) nahe, auf allzu strenge Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal des „Aushandelns“ zu verzichten.

C. BATNA

Im Kontext des AGB-Rechts kann im Hinblick auf effiziente Verhandlungen ferner untersucht werden, ob dasselbe dazu führt, dass nicht nur eine Einigung mit großem Wertschöpfungspotential übersehen wird, sondern es sogar unwahrscheinlicher wird, dass die Parteien sich überhaupt einigen. Alternative zum Vertragsschluss und damit mittelbar Ausgangspunkt für eine Vertragsverhandlung sind die beiderseitigen Nichteinigungsalternativen (BATNA, Best Alternative to a Negotiated Agreement).²¹ Ist der Wert der Einigung zu gering oder die Alternative zu gut, kommt es zu keiner Einigung.²²

Geht man nun davon aus, dass die verschuldensunabhängige Garantievereinbarung in einem Vertrag gegen zwingende AGB-rechtliche Normen verstößt oder zumindest das Risiko beinhaltet, von den Gerichten als unwirksam beurteilt zu werden, muss das bei der Berechnung der Einigungs-/Nicht-Einigungs-Balance einkalkuliert werden. Da ein Verstoß der Einigung gegen zwingendes AGB-Recht einen Vorteil aus Sicht des Veräußerers darstellt (sofern nach § 306 Abs. 1 BGB der Vertrag wirksam bleibt und nach § 306 Abs. 2 BGB das dispositive Recht, also der Vertrag ohne Garantie, gilt), verschiebt sich das Gleichgewicht regelmäßig zu seinen Gunsten. Denn für den Fall, dass gemäß § 306 Abs. 2 BGB der Vertrag von den Gerichten im etwaigen Streit ohne Garantieklausel für wirksam gehalten wird, trägt die Risiken, die die Garantie abdecken sollte, der Käufer alleine.

Durch das AGB-Recht wird somit die Attraktivität der Einigung für den Erwerber verringert und für den Verkäufer erhöht. Folglich wird das Verhältnis zwischen Wert der jeweiligen Einigung und der Nichteinigungsalternative zu Gunsten des Verkäufers verschoben, wodurch in einigen Fällen eine Einigung erschwert werden kann. Um wirtschaftlich sinnvolle Einigungen nicht gesetzlich zu erschweren, ist auch insoweit ein weites Verständnis vom Begriff des Aushandelns erforderlich.

¹⁴ Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Einkaufsbedingungen, Rn. 4; Fuchs in: Ulmer/Brandner/Hensen, § 307 Rn. 314; Dammann in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht (12. Aufl. 2016), Klauseln Rn. E 112.

¹⁵ Besonders deutlich und anschaulich zu den Anforderungen *Dauer-Lieb*, AnwBl, 2013, 845 ff.

¹⁶ Der BGH und im Anschluss daran die ganz h.M. stellen darauf ab, ob der gesetzesfremde Kerngehalt der Klausel ernsthaft zur Disposition gestellt wird und dem Klauselgegner die Beeinflussung des Inhalts zumindest ermöglicht wird, vgl. nur BGH NJW, 1998, 3488, 3489.

¹⁷ Bazerman/Neale (1982), Improving Negotiation Effectiveness Under Final Offer Arbitration: The Role of Selection and Training, *Journal of Applied Psychology*, 67(5), 543-548; Babcock/Loewenstein (1997), Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases, *Journal of Economic Perspectives*, 11(1), 109-126.

¹⁸ S. o.

¹⁹ Weil pareto-superior.

²⁰ Unberath/Czuiupka, AcP 209 (2009), 37, 47.

²¹ Fisher/Ury/Patton, *Getting to Yes* (1991), S. 49 ff.

²² Unberath/Czuiupka, AcP 209 (2009), 37, 47; Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 293.

D. Paketlösungen

Regelmäßig wird in der Literatur vorgetragen, dass sog. „Paketlösungen“ bei Vertragsverhandlungen zum einen notwendig und zum anderen gang und gäbe seien.²³ Im Kontext des AGB-Rechts erklärt sich der Verwender im Rahmen von Paketlösungen mit einer vom Kunden vorgeschlagenen, veränderten Fassung einer Klausel unter der Bedingung einverstanden, dass er bei einer anderen Klausel nicht mit sich reden lasse.²⁴ So würde etwa ein formularmäßiges Haftungsregime gewissermaßen gegen einen besseren Kaufpreis oder Vergünstigungen an anderer Stelle getauscht. Ein solches Vorgehen wird vom BGH aber für unzulässig gehalten.²⁵ Ein „Aushandeln“ verneint das Gericht, wenn der Verwender dem Kunden zwei unterschiedliche Klauseln zu jeweils unterschiedlichen Preisen anbietet, die jedoch für sich nicht verhandelbar sind.²⁶

In der Praxis – und damit auch im Rahmen einer praxisnahen Juristenausbildung – sprechen jedoch gute Argumente dafür, seinem Gegenüber im Rahmen eines strukturierten Verhandlungsmanagements verschiedene Pakete anzubieten. Hierfür spricht, dass durch die Wahl des jeweils subjektiv vorteilhafteren Pakets durch die Gegenseite ihre Interessen und Präferenzen herausgefunden werden können, falls dies noch nicht hinreichend im Rahmen der vorherigen Verhandlung geschehen ist. Aufgrund spieltheoretischer Effekte kann dies häufig beobachtet werden.²⁷ Lässt man die andere Partei entscheiden, ob sie eine bestimmte Ware mit Preis A und Qualität X oder Preis B und Qualität Y bevorzuge (vorausgesetzt, beide Pakete haben den gleichen Wert für den Anbietenden), könnte man beispielsweise herausfinden, ob der anderen Seite ein günstigerer Preis oder eine höhere Qualität der Ware wichtiger ist.

Übertragen auf den obigen Fall des Haftungsregimes könnte das dann bedeuten, dass unterschiedlich ausgestaltete Haftungsregime zu unterschiedlichen Preisen oder gegen andere Gegenleistungen angeboten werden. Solange bei den unterschiedlichen Angeboten auch die Klauseln verändert werden, die im Hinblick auf die Inhaltskontrolle bedenklich sind, dürfte eine solche Paketlösung allerdings nicht von der Rechtsprechung beanstandet werden.

E. Fazit

Letztlich ist jede Verhandlung anders und wenig kontrollierbar im Sinne verhaltenspsychologischer Spieltheorie.

Allerdings zeigt der obige Einblick einige Heuristiken (Faustformeln), die den Ausgang einer Verhandlung bestimmen, welche Auswirkungen ein Eingriff des Gesetzgebers oder ein bestimmtes Verständnis des Rechtsanwenders in die Privatautonomie der Parteien haben. Insoweit kann ein Verständnis des idealtypischen Verhandlungsablaufs zu einer besseren Rechtsanwendung (oder je nach Rolle zu einer besseren Rechtssetzung) führen. Wie gezeigt sprechen beispielsweise verschiedene Erkenntnisse aus der Verhandlungswissenschaft für eine Öffnung des Begriffs des Aushandelns im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB. Die dazu erforderlichen Parameter können auch im Rahmen eines kernjuristisch orientierten Verhandlungskurses ohne Weiteres Berücksichtigung finden. Denn ohne Kenntnisse über den Ablauf von Verhandlungen kann die Tragweite solcher Eingriffe nur allzu schwer erkannt werden. Ungeachtet dessen, dass bewährte Verhandlungsstrategien, Verhandlungstaktiken und methodische Kniffe bei der Führung erfolgreicher(er) Verhandlungen helfen werden, erweitert ein Überblick also auch den Werkzeugkasten zur Erledigung der kernjuristischen Aufgaben, stärkt die individuelle Durchsetzungskraft und motiviert für den weiteren Ausbildungsweg.

²³ Berger/Kleine, BB 2007, 2137.

²⁴ Vgl. Dauner-Lieb/Axer, ZIP 2010, 309, 311 Fn. 24.

²⁵ BGH r+s 2017, 259 Rn. 10 ff. betreffend unterschiedliche Tarife in der Berufsunfähigkeitsversicherung.

²⁶ Basedow, in: Münchener Kommentar zum BGB (8. Aufl. 2019), § 305 Rn. 35.

²⁷ Vgl. hierzu das Verhandlungsdilemma, Lax/Sebenius, The Manager as Negotiator (1987), S. 29 ff.