

Rechtshandbuch für Unternehmensberater

Eine praxisorientierte Darstellung der typischen Risiken und der zweckmäßigen Strategien zum Risikomanagement mit
Checklisten und Musterverträgen

von
Prof. Dr. Andreas Quiring

1. Auflage

Rechtshandbuch für Unternehmensberater – Quiring

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Management, Consulting, Planung, Organisation, Steuern

Verlag Franz Vahlen München 2005

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 2587 1

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XXV
1. Einführung	1
1.1 Begriff und Erscheinungsformen von Unternehmensberatung	1
1.2 Gefahrenquellen der Unternehmensberatung	2
1.3 Zielsetzung und Aufbau des Buches	3
2. Die zweckmäßige Organisation der Unternehmensberatung	5
2.1 Die Wahl der zweckmäßigen Rechtsform	5
2.1.1 Übersicht zu den Formen der Rechtsträgerschaft	6
2.1.1.1 Einzelunternehmen	6
2.1.1.2 Personengesellschaften	6
2.1.1.3 Körperschaften	7
2.1.1.4 Mischformen	7
2.1.1.5 Für Consultants wenig geeignete Rechtsformen	8
2.1.2 Charakteristika und Vorteile ausgewählter Unternehmensformen	9
2.1.2.1 Einzelunternehmen	9
2.1.2.2 Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)	10
2.1.2.3 Partnerschaftsgesellschaft (PartG)	10
2.1.2.4 Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)	11
2.1.2.5 Aktiengesellschaft (AG)	13
2.1.2.6 Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)	14
2.1.3 Chancen und Risiken des steuerlichen Freiberuflerstatus	14
2.1.3.1 Vorteile der steuerlichen Freiberuflichkeit	15
2.1.3.2 Gesetzliche Ausgangslage	15
2.1.3.3 Geeignete Unternehmensformen	16
2.1.3.4 Tätigkeitsbezogene Vorbildung	16
2.1.3.5 Hinreichend breit angelegtes Beratungsspektrum	17
2.1.3.6 Keine auf Vermittlung angelegte Tätigkeit	17
2.1.3.7 Persönliches Engagement im Fachgebiet	18
2.1.3.8 Besonderheiten der Freiberuflersozietät	20
2.1.3.9 Kreative Auswege?	21
2.1.3.10 Konsequenzen für die Praxis	22
2.1.4 Kriterien für die Auswahl der „idealen“ Rechtsform	24
2.1.4.1 Gründungs- und Verwaltungsaufwand	24
2.1.4.2 Steuerliche Gesichtspunkte	24

2.1.4.3	Haftungsrechtliche Gesichtspunkte	25
2.1.4.4	Gewichtung für die Auswahlentscheidung	25
2.2	Auswahl der geeigneten Kooperationsform mit Mitarbeitern	26
2.2.1	Typologie der klassischen Kooperationsformen	27
2.2.1.1	Anstellung	27
2.2.1.2	Freie Mitarbeit	28
2.2.1.3	Subunternehmer	29
2.2.2	Kriterien für die Auswahl der zweckmäßigen Kooperationsform	30
2.2.2.1	Angestellte	30
2.2.2.2	Freie Mitarbeiter	31
2.2.2.3	Subunternehmer	31
2.2.3	Folgerisiken einer fehlerhaften Eingruppierung von Mitarbeitern	32
2.2.3.1	Arbeitsrechtliche Folgen	32
2.2.3.2	Lohnsteuerliche Folgen	33
2.2.3.3	Umsatzsteuerliche Folgen	33
2.2.3.4	Sozialversicherungsrechtliche Folgen	33
2.2.3.5	Wirtschaftliche Aspekte	34
2.2.3.6	Strafrechtliche Folgen	35
2.2.4	Strategien für die Praxis	35
2.2.4.1	Bewusste und zweckgerichtete Auswahl	35
2.2.4.2	Befristung der Anstellung	36
2.2.4.3	Klare Verträge	37
2.2.4.4	Konsequente Vertragsdurchführung	37
2.2.4.5	Notfalls Vertragsanpassung an die Praxis	37
2.2.4.6	Nachweis über Existenzgründerzuschuss oder Eingliederungsleistungen	37
2.3	Die Gestaltung der Verträge mit Mitarbeitern	38
2.3.1	Das Erfordernis der Eindeutigkeit	38
2.3.2	Aufgabenbeschreibung	39
2.3.2.1	Angestellte	39
2.3.2.2	Freie Mitarbeiter und Subunternehmer	40
2.3.3	Klarstellung der Urheberrechte an Arbeitsergebnissen	42
2.3.3.1	Rechtlicher Hintergrund	42
2.3.3.2	Zweck und Inhalt der vertraglichen Regelung	43
2.3.4	Verschwiegenheitspflichten	43
2.3.5	Zeichnungsrechte für Mitarbeiter	44
2.3.5.1	Sinn einer Unterschriftenregelung	44
2.3.5.2	Gesetzliche Zeichnungsrechte im Überblick	45
2.3.5.3	Hinweise für die Umsetzung im Alltag	46
2.3.6	Wettbewerbsverbote während der Kooperation	47
2.3.6.1	Angestellte	47
2.3.6.2	Freie Mitarbeiter und Subunternehmer	47
2.3.7	Konkurrenzschutz nach Vertragsende	48
2.3.7.1	Allgemeine Grenzen für Wettbewerbsverbote	49

2.3.7.2	Sperrabreden unter Arbeitgebern	50
2.3.7.3	Regeln für ehemalige Angestellte	50
2.3.7.4	Regeln für ehemalige freie Mitarbeiter	51
2.3.7.5	Nutzen und Risiken von Konkurrenzverboten	53
2.3.7.6	Empfehlungen für den praktischen Einsatz	54
2.4	Die Kooperation mit anderen freien Beratern	54
2.4.1	Zusammenarbeit mit kammergebundenen Beratern	55
2.4.1.1	Ausgangslage	55
2.4.1.2	Auswahlkriterien	56
2.4.1.3	Durchführung	56
2.4.2	Zulässigkeit der Empfehlung von anderen Beratern	56
2.4.3	Haftung für schlechte Weiterempfehlung	57
2.4.3.1	Grundlagen	57
2.4.3.2	Vertragsbasis	58
2.4.3.3	Sonstige Anknüpfungspunkte	58
2.4.3.4	Folgen	58
2.4.4	Haftung in projektbezogenen Kooperationen	59
2.4.4.1	Ausgangslage	59
2.4.4.2	Haftungsmanagement	59
2.4.4.3	Versicherungsschutz	60
3.	Die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zu den Klienten	61
3.1	Konfliktvermeidung bei der Vertragsanbahnung	61
3.1.1	Vorvertragliche Hinweise an Klienten und Dritte	61
3.1.1.1	Die Geschäftsanbahnung als Haftungsquelle	62
3.1.1.2	Die Voraussetzungen von Hinweispflichten	63
3.1.1.3	Der Nutzen frühzeitiger Hinweise	64
3.1.1.4	Risikomanagement gegenüber Dritten	64
3.1.2	Berücksichtigen von Subventionsmöglichkeiten	65
3.1.2.1	Ermitteln von Förderquellen	65
3.1.2.2	Prüfen der Fördervoraussetzungen	66
3.1.2.3	Verknüpfen des Beratungsvertrags mit Subventionen	66
3.1.3	Beachten von Formerfordernissen	67
3.1.3.1	Grundsatz der Formfreiheit	67
3.1.3.2	Erfordernis einer öffentlichen Beurkundung	67
3.1.3.3	Folgen von Formmängeln	68
3.1.3.4	Praxisempfehlungen	68
3.1.4	Vollständigkeit der Verträge mit Klienten	69
3.1.4.1	Ausgangslage	69
3.1.4.2	Einseitige Erwartungen und Willenseinigung	69
3.1.4.3	Der Mindestinhalt von Beratungsverträgen	70
3.1.4.4	Die Risiken von „pragmatischen Kurzverträgen“	70
3.1.4.5	Fallbeispiel „Executive Search“	71
3.1.4.6	Die einvernehmliche Definition aller „Spielregeln“	72

3.2 Die für Berater relevanten Vertragsarten	73
3.2.1 Erfordernis der Systematisierung von Verträgen	74
3.2.1.1 Füllen von Vertragslücken	74
3.2.1.2 Erlangen von Rechtssicherheit	74
3.2.2 Dienstvertrag	75
3.2.2.1 Begriff	75
3.2.2.2 Abgrenzung von anderen Vertragstypen	75
3.2.2.3 Beispiele für Dienstverträge	75
3.2.2.4 Gesetzliche Regeln des Dienstvertrags	76
3.2.2.5 Vorteile für den Berater	77
3.2.2.6 Nachteil für den Berater	77
3.2.3 Werkvertrag	78
3.2.3.1 Begriff	78
3.2.3.2 Abgrenzung von anderen Vertragstypen	78
3.2.3.3 Beispiele	78
3.2.3.4 Gesetzliche Grundregeln	78
3.2.3.5 Insbesondere: die Haftung für Garantien	81
3.2.3.6 Vorteile für den Berater	81
3.2.3.7 Nachteile für den Berater	81
3.2.4 Maklervertrag	82
3.2.4.1 Begriffe	82
3.2.4.2 Abgrenzung von anderen Vertragstypen	82
3.2.4.3 Beispiele	82
3.2.4.4 Gesetzliche Grundregeln	82
3.2.4.5 Wichtige Rechtsprechungsregeln	83
3.2.4.6 Vorteil für den Berater	84
3.2.4.7 Nachteile für den Berater	84
3.2.5 Geschäftsbesorgungsvertrag	84
3.2.5.1 Begriff	84
3.2.5.2 Beispiele	85
3.2.5.3 Praktische Bedeutung	85
3.2.6 Auftrag	85
3.2.6.1 Begriffe	85
3.2.6.2 Abgrenzung und Beispiel	86
3.2.6.3 Gesetzliche Grundregeln für Auftrag und Geschäftsbesorgung	86
3.2.7 Typenkombinationsverträge	87
3.2.8 Kriterien für die Auswahl des geeigneten Vertragstyps	88
3.3 Die Hauptthemen von Beratungsverträgen	88
3.3.1 Die Vertragspartner	88
3.3.1.1 Vollständigkeit von Firma und Anschrift	89
3.3.1.2 Vertretung des Vertragspartners	89
3.3.1.3 Folgen mangelhafter Vertretung	90
3.3.1.4 Weitere Aspekte	91
3.3.2 Die Leistungspflichten des Beraters	91
3.3.2.1 Ausgangsbasis	92

3.3.2.2 Themen bei Dienstverträgen	92
3.3.2.3 Themen bei Werkverträgen	93
3.3.2.4 Themen bei Maklerverträgen	93
3.3.2.5 Abgrenzung bei Kombinationsverträgen	94
3.3.3 Die Vergütung des Beraters	94
3.3.3.1 Gesetzliche Ausgangsbasis	94
3.3.3.2 Leitlinien für die Vertragsgestaltung	95
3.4 Die wichtigsten ergänzenden Regelungen	97
3.4.1 Mitwirkung des Kunden	97
3.4.2 Vertraulichkeit	98
3.4.3 Ausführungsfristen und -termine	98
3.4.4 Nutzungsrechte am Arbeitsergebnis	99
3.4.4.1 Notwendigkeit einer Regelung	99
3.4.4.2 Kriterien für die Ausgestaltung	100
3.4.5 Einbezug von Umgehungstatbeständen in Vermittlungsverträge	100
3.4.6 Weitere Regelungen	101
3.5 Der Einsatz von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)	102
3.5.1 Begriff der AGB und Bedeutung	102
3.5.2 Einbezug in den Vertrag	103
3.5.3 Vorrang von Individualabreden	104
3.5.4 Keine Geltung überraschender Klauseln	104
3.5.5 Grenzen der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit	105
3.5.6 Rechtsfolgen unwirksamer Klauseln	106
3.5.7 Auslegungsgrundsätze der Rechtsprechung	106
3.5.8 Konsequenzen für die Vertragsgestaltung	107
3.6 Der Umgang mit AGB des Klienten	108
3.6.1 Kollidierende AGB	108
3.6.2 Unangemessene AGB des Klienten	108
4. Die sachgerechte Abwicklung von Kundenprojekten	109
4.1 Grundlagen	109
4.2 Strategien bei fehlender Mitwirkung des Klienten	110
4.2.1 Strategien im Rahmen von Dienstverträgen	110
4.2.2 Strategien im Rahmen von Werkverträgen	111
4.2.3 Strategien im Rahmen von Maklerverträgen	112
4.2.4 Strategien im Rahmen von Typenkombinationsverträgen	112
4.3 Strategien bei Problemen mit der Beratungsleistung	113
4.4 Strategien bei Änderungen der Kundenanforderungen	114
4.4.1 Vorgehen im Regelfall	114
4.4.2 Sonderfall: Änderung der Geschäftsgrundlage	115
4.5 Dokumentation der Tätigkeiten	116
4.5.1 Sinn einer schriftlichen Fixierung	116
4.5.2 Dokumentationsvorschläge	117
4.6 Abnahme von Werkleistungen	118

4.6.1	Wesen und Bedeutung der Abnahme	118
4.6.2	Formen der Abnahme	119
4.6.3	Praxistipps	119
4.7	Rechnungsstellung	120
4.8	Rechte bei vorzeitiger Vertragsbeendigung	121
5.	Die typischen Risikobereiche der Unternehmensberatung	123
5.1	Rechts- und Steuerangelegenheiten von Klienten	124
5.1.1	Vorbemerkung	124
5.1.2	Hilfeleistung in Rechtsangelegenheiten	126
5.1.2.1	Gesetzliche Ausgangslage	127
5.1.2.2	Begriff der Rechtsangelegenheit	128
5.1.2.3	Fallbeispiele aus der jüngeren Rechtsprechung	128
5.1.2.4	Erlaubte Hilfeleistung in Rechtsangelegenheiten	131
5.1.3	Hilfeleistung in Steuersachen	133
5.1.3.1	Gesetzliche Ausgangslage	133
5.1.3.2	Vorbehaltene Steuersachen	133
5.1.3.3	Erlaubte Hilfeleistung in Steuersachen	134
5.1.4	Vorbehalte für Wirtschaftsprüfung	135
5.1.5	Die Risiken unzulässiger Tätigkeiten	135
5.1.5.1	Entfall des Honoraranspruchs	136
5.1.5.2	Gesteigerte Haftungsrisiken	137
5.1.5.3	Ausfall der Haftpflichtversicherung	138
5.1.5.4	Verfolgung wegen unlauteren Wettbewerbs	138
5.1.5.5	Geldbußen	139
5.1.6	Praxistipps für das Risikomanagement gegenüber Klienten	139
5.1.6.1	Untaugliche Ansätze	140
5.1.6.2	Sachgerechtes Vorgehen	140
5.1.7	Zweckmäßiges Verhalten gegenüber Abmahnern	141
5.1.7.1	Klassische Fehler	141
5.1.7.2	Zweckmäßige Strategien	142
5.2	Faktische Organstellung im Unternehmen des Klienten	143
5.2.1	Merkmale der faktischen Organstellung	144
5.2.2	Risiken der faktischen Organstellung	145
5.2.3	Empfehlungen zum Risikomanagement	146
5.2.3.1	Beschränkung auf externe Beratung	147
5.2.3.2	Beschränkung auf den Innenbereich des Kundenunternehmens	147
5.2.3.3	Übernahme von Außenfunktionen nur mit Einzelvollmacht	147
5.2.3.4	Erfüllung der Organpflichten	147
5.2.3.5	Rechtzeitige Aufgabe der faktischen Organstellung	148
5.3	Haftungsrisiken aus Beratungsvertrag und ihre Begrenzung	148
5.3.1	Grundlagen der vertraglichen Haftung	149

5.3.1.1	Haftung für Pflichtverletzungen	149
5.3.1.2	Haftung für Garantien	152
5.3.2	Begrenzter Spielraum für vertragliche Haftungsregeln	153
5.3.2.1	Allgemeine Grundsätze	153
5.3.2.2	Unwirksame Haftungsbeschränkungen in AGB	153
5.3.2.3	Mögliche Haftungsregeln in AGB	154
5.3.3	Risikomanagement durch Vertragsgestaltung	156
5.3.4	Risikovorsorge durch Versicherungsschutz	158
5.3.4.1	Anforderungen an den Versicherungsumfang	158
5.3.4.2	Der Weg zur geeigneten Versicherung	159
5.3.4.3	Grenzen des Versicherungsschutzes	160
5.4	Haftungsrisiken gegenüber Dritten	160
5.4.1	Vertragshaftung gegenüber Nichtvertragspartnern	161
5.4.1.1	Rechtsgrundlagen	161
5.4.1.2	Fallbeispiele	162
5.4.1.3	Risikovermeidung	163
5.4.2	Fallstricke im Gesellschaftsrecht	163
5.4.2.1	Vorzeitige Aufnahme der Geschäftstätigkeit	164
5.4.2.2	Fehler beim Aufbringen der Stammeinlage	164
5.4.2.3	Verstoß gegen die Pflicht zur Kapitalerhaltung	165
5.4.3	Haftung im Vertragskonzern	165
5.4.4	Unerlaubte Handlungen	166
5.4.4.1	Rechtsgrundlagen	166
5.4.4.2	Fallbeispiele	167
5.4.4.3	Risikovermeidung	168
5.4.5	Haftung wegen Existenzgefährdung	168
5.4.5.1	Rechtsgrundlagen	169
5.4.5.2	Beispiele	170
5.4.5.3	Prävention	171
5.5	Einsatz von externen Spezialisten und Interim Managern	171
5.5.1	Interessenlagen	172
5.5.2	Gestaltungsvarianten	173
5.5.2.1	Vermittlung eines Interim Manager	173
5.5.2.2	Einbindung der Beratungsfirma in die Vertragskette	173
5.5.3	Haftungsrisiken	174
5.5.3.1	Haftung in den Vermittlungsfällen	174
5.5.3.2	Haftung in der Vertragskette	175
5.5.4	Risiken aus Arbeitsrecht und Nebengebieten	176
5.5.4.1	Rechtlicher Hintergrund	176
5.5.4.2	Unproblematische Gestaltungen	177
5.5.4.3	Sensible Konstellationen	177
5.5.4.4	Arbeitsrecht und Nebenfolgen	177
5.5.4.5	Personalvermittlungsrecht	177
5.5.4.6	Personalüberlassungsrecht	178
5.5.5	Weitere Risiken	182
5.5.5.1	Vertragsrisiko	182

5.5.5.2	Solvenzrisiko	182
5.5.6	Tipps zum Risikomanagement	182
5.5.6.1	Arbeitsrecht und Nebengebiete	182
5.5.6.2	Haftungsrecht	183
5.5.6.3	Erlaubnisvorbehalte	183
5.5.6.4	Zusammenfassende Bewertung	183
5.6	Personal- und Outplacementberatung	184
5.6.1	Vermittlungstätigkeiten im Licht des SGB-III	184
5.6.1.1	Ausgangslage	184
5.6.1.2	Vergütungsregeln	185
5.6.1.3	Exklusivitätsvereinbarungen	186
5.6.1.4	Unterlagen und Datenschutz	186
5.6.1.5	Mögliche Weiterungen	186
5.6.2	Wettbewerbsrechtliche Risiken der Abwerbung	187
5.6.2.1	Ausgangslage	187
5.6.2.2	Der Grundsatz der Abwerbefreiheit	188
5.6.2.3	Unlautere Ziele und Begleitumstände	188
5.6.2.4	Die telefonische Direktansprache	189
5.6.2.5	Mögliche Folgen von Verstößen	191
5.6.2.6	Empfehlungen zum Risikomanagement	192
5.7	Schutz sensibler Informationen	192
5.7.1	Grundlagen von Verschwiegenheitspflichten	193
5.7.2	Ethische Grundsätze für Unternehmensberater	194
5.7.3	Gesetzliche Pflichten zur Verschwiegenheit	195
5.7.4	Wirksame Geheimhaltungspflichten	195
5.7.4.1	Begründung durch Vertrag	195
5.7.4.2	Absicherung durch Vertragsstrafen	196
5.8	Unternehmensberatung durch Aufsichtsratsmitglieder	197
5.8.1	Beratung in der Funktion als Aufsichtsrat	197
5.8.2	Beratung außerhalb der Aufsichtsratsfunktion	198
5.8.2.1	Gesetzliche Ausgangslage	198
5.8.2.2	Beratung durch Sozietätsmitglieder	198
5.8.2.3	Dauer des Zustimmungserfordernisses	199
5.8.2.4	Wirksamkeit der Zustimmung	199
5.8.3	Folgen von Verstößen	200
5.8.4	Anwendungsbereiche der §§ 113 f. AktG	201
5.8.5	Empfehlungen für Betroffene	201
5.9	Erfolgshonorare	202
5.9.1	Gesetzliche Verbote	202
5.9.2	Gesetzliche Formvorschriften	203
5.9.3	Statuarische Hürden	203
5.9.4	Fehlen gesetzlicher Regeln zur Honorarbestimmung	204
5.9.5	Informationslücken	204
5.9.6	Externe Störungen	205
5.9.7	Fallbeispiele	205
5.9.7.1	Der künftige Partner	205

5.9.7.2	Der Verhandlungsprofi	206
5.9.7.3	Die Optimierer	206
5.9.7.4	Der Mitarbeiterschreck	206
5.9.7.5	Die Retter in letzter Minute	207
5.9.7.6	Der redliche Mittler	207
5.9.7.7	Die Optimisten	207
5.9.7.8	Das Unglück der Tüchtigen	208
5.9.8	Tipps für die Praxis	208
6.	Checklisten	211
6.1	Mitarbeiterakquisition	211
6.1.1	Wahl der passenden Kategorie für die Kooperation	211
6.1.2	Vertrag mit Angestellten	211
6.1.3	Vertrag mit freien Mitarbeitern/Subunternehmern	212
6.2	Anbahnung und Abschluss von Verträgen mit Klienten	212
6.2.1	Vertragsanbahnung	212
6.2.2	Vertragsformalien	213
6.2.3	Allgemeine Vertragsinhalte	213
6.2.4	Dienstverträge	214
6.2.5	Werkverträge	215
6.2.6	Verträge über Vermittlung und/oder Erfolgshonorar	215
6.3	Abwicklung von Verträgen mit Klienten	216
6.4	Änderung von Verträgen mit Klienten	216
7.	Musterverträge	219
7.1	Gesellschaftsverträge	220
7.1.1	Satzung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts	220
7.1.2	Satzung einer Partnerschaftsgesellschaft	224
7.1.3	Satzung einer Aktiengesellschaft	229
7.1.4	Satzung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung	235
7.1.5	Satzung einer Ein-Personen-GmbH	240
7.2	Mitarbeiterverträge	241
7.2.1	Berater-Anstellungsvertrag	241
7.2.2	Prämienregelung für Angestellte	246
7.2.3	Rahmenvertrag über freie Mitarbeit	247
7.2.4	Projektvereinbarung über freie Mitarbeit	251
7.2.5	Subunternehmervertrag	252
7.2.6	Kooperationsrahmenvertrag für Beraternetzwerk	256
7.3	Beratungsverträge	262
7.3.1	Beraterdienstvertrag	262
7.3.2	Beraterwerkvertrag	265
7.3.3	Nachweishonorar- und Vertraulichkeitsvereinbarung	270
7.3.4	Beratungs- und Vermittlungsvertrag beim Unternehmensverkauf	273
7.3.5	Personalberatervertrag	280

7.3.6 Rahmenvertrag über Kostensenkungsberatung gegen Erfolgshonorar	285
7.3.7 Vertrag über subventionierte Beratung	290
7.3.8 Beratungsvertrag (Kurzform)	294
7.4 Allgemeine Geschäftsbedingungen	296
Stichwortregister	303