

Das Bürgerliche Recht
Habilitationen

Band 5

Interessenwahrnehmung
in der anwaltlichen
Vertragsgestaltung

Von

Kathrin Brei



Duncker & Humblot · Berlin

KATHRIN BREI

Interessenwahrnehmung
in der anwaltlichen Vertragsgestaltung

Das Bürgerliche Recht
Habilitationen

Band 5

Interessenwahrnehmung in der anwaltlichen Vertragsgestaltung

Von

Kathrin Brei



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld hat diese Arbeit
im Jahre 2016 als Habilitationsschrift angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: Beltz Graphische Betriebe, Bad Langensalza
Printed in Germany

ISSN 2195-9641
ISBN 978-3-428-15903-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55903-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als Habilitationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden für die Drucklegung bis März 2023 berücksichtigt.

Für die Veröffentlichung habe ich einige geringfügige Änderungen vorgenommen, vornehmlich hinsichtlich aktueller Literatur und Rechtsprechung zwischen 2016 und 2023.

Die Arbeit ist sehr lang. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass es mein besonderes Anliegen war, die Thematik der Interessenwahrnehmung in der anwaltlichen Vertragsgestaltung nicht nur im juristischen, sondern gerade auch im interdisziplinären Kontext zu untersuchen. Bedeutung, Möglichkeiten und Wirkungen eines Vertrags erschließen sich nur bei Berücksichtigung weiterer wissenschaftlicher Erkenntnisse, nicht zuletzt solcher der Soziologie. Außerdem entstehen für den anwaltlichen Berater und Gestalter vor allem im Vorfeld des eigentlichen Vertragsschlusses nicht unerhebliche Gefahren einer möglichen Dritthaftung gegenüber dem potentiellen Vertragspartner seines Mandanten.

Ich hoffe allerdings, dass einzelne Kapitel für sich genommen gewinnbringend gelesen werden können. Zu dem Zweck finden sich – vor dem Hintergrund gewollte – Wiederholungen von zuvor erarbeiteten Erkenntnissen oder Begriffsbestimmungen.

Herzlich danken möchte ich allen Personen, die mich in der Zeit der Erstellung und des Abschlusses dieser Arbeit an der Universität Bielefeld begleitet, unterstützt und inspiriert haben.

Ebenso gilt mein Dank allen, die mir in der Phase der Vorbereitung der Drucklegung an der Universität Bonn zur Seite standen.

Verl, im Juli 2023

Kathrin Brei

Inhaltsübersicht

| | |
|-------------------------|----|
| Einführung | 37 |
|-------------------------|----|

1. Teil

Vertrag und Interessen 43

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Juristischer Vertrag | 43 |
| I. Einführung | 43 |
| II. Juristischer Vertrag als Regelwerk mit staatlicher Akzeptanz | 44 |
| III. Abschluss des juristischen Vertrags | 47 |
| IV. Inhalt des Vertrags: „Angebote“ und Grenzen durch das Gesetz | 51 |
| V. Grundgesetzliche Gewährleistung von Privatautonomie und Vertragsfreiheit .. | 57 |
| B. Interessenverständnis in Bezug auf die potentiellen Vertragsparteien und den gestaltenden Anwalt | 62 |
| I. Interessen des Mandanten | 62 |
| II. Interessen des potentiellen Vertragspartners | 75 |
| III. Interessenbegriff des (vertragsgestaltenden) Anwalts | 79 |
| C. (Rechts-)Soziologische Umschreibungen des Vertrags | 113 |
| I. Einführung | 113 |
| II. (Rechts-)Soziologische Ansätze zum Vertragsverständnis | 114 |
| III. Notwendigkeit der Kombination einer juristischen und einer (rechts-)soziologischen Sichtweise auf den Vertrag | 255 |
| D. Drittinteressen | 255 |
| I. Begriff und Erscheinungsformen des Dritten und seiner Interessen | 256 |
| II. Blick auf Drittinteressen im Rahmen der Vertragsgestaltung | 260 |
| III. Verknüpfungen zwischen Mandanten- und Drittinteressen | 261 |
| IV. Schlussfolgerungen bezüglich der Bedeutung der Drittinteressen | 369 |

2. Teil

Interessenwahrnehmung und Kommunikation 371

| | |
|---------------------|-----|
| A. Einleitung | 371 |
|---------------------|-----|

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Kommunikation zwischen Mandanten und Anwalt | 371 |
| I. Kommunikationsverständnis auf der Grundlage des anwaltlichen Vertrags – Die Frage nach dem Ob der Kommunikation | 371 |
| II. Auswirkungen auf die zwischen Anwalt und Mandant zu setzenden Signale/ Zeichen – Die Frage nach dem Wie der Kommunikation | 375 |
| III. Ziel der Kommunikation – Die Frage nach dem Warum der Kommunikation | 379 |
| C. Kommunikation mit dem (den) potentiellen Vertragspartner(n) | 417 |
| I. Einführung | 417 |
| II. Veränderte Ausrichtungen der Kommunikation – Vorliegen von Kommunikation mit veränderten Rahmenbedingungen | 417 |
| III. Auswirkungen auf das Wie und auf das Ziel der Kommunikation | 421 |
| IV. Anwaltlicher Umgang mit und Nutzbarmachung von kommunizierten Botschaften als prägender Teil der Vertragsverhandlungen | 431 |
| V. Wahl eines strukturierten Verfahrens als Beitrag zur Interessenumsetzung | 460 |
| D. Fazit zur Interessenwahrnehmung und Kommunikation | 468 |

3. Teil

Rollenorientierung innerhalb von Vertragsverhandlung und Vertragsgestaltung

470

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| A. Einführung | 470 |
| I. Öffnung zum Rollenverständnis in Bezug auf den Anwalt selbst | 471 |
| II. Anwalt und die für den Mandanten zu entwerfenden Rollen | 474 |
| B. Positionierung innerhalb von Vertragsverhandlung und -gestaltung | 475 |
| I. Vornahme einer Trennung von Position und Rolle | 475 |
| II. Präzisierung des Positionsbegriffs | 477 |
| III. Positionierungen des Anwalts | 479 |
| IV. Zu schaffende (neue) Positionierung des Mandanten | 487 |
| C. Rollenverständnisse in der Vertragsgestaltung | 487 |
| I. Einführung in das Rollenverständnis | 487 |
| II. Begrenzung der Rollenuntersuchung | 490 |
| III. Rolle – Suche nach Inhalt und Schärfe bei Dahrendorf | 492 |
| IV. Notwendige Einbettung der Rolle in einen größeren Kontext – Hinwendung zu Parsons | 534 |
| V. Schöpferische Individualität in Vertragsverhandlung und -gestaltung – Öffnung zum symbolischen Interaktionismus | 622 |
| VI. Die Rolle – Notwendige Denkkategorie innerhalb von Vertragsverhandlung und -gestaltung | 671 |

4. Teil

**Dritthaftungsproblematik beim Umgang des Interessenvertreters
mit Informationen – Haftung des Anwalts gegenüber dem potentiellen
Vertragspartner des Mandanten**

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| | 674 |
| A. Einführung | 674 |
| B. Rat, Empfehlung und Auskunft im Kontext von Vertragsverhandlungen | 676 |
| I. Einführung | 676 |
| II. Auskunft | 677 |
| III. Rat und Beratung | 680 |
| IV. Empfehlung | 683 |
| C. Auskunft, Rat, Empfehlung und Interessenverbindungen | 683 |
| I. Weitergabe, Empfang und Suche von/nach Informationen | 684 |
| II. Umgang mit Informationen durch den Anwalt | 685 |
| D. Juristische Haftungsansätze bezüglich Auskunft, Rat und Empfehlung des Anwalts gegenüber dem potentiellen Vertragspartner des Mandanten innerhalb von Vertrags- verhandlungen | 689 |
| I. Hintergrund für die Suche nach Haftungsansätzen | 690 |
| II. Begründung eines (stillschweigenden) Auskunftsvertrags zwischen Anwalt und Drittem | 701 |
| III. Konzentration auf die Profession – Weg in die Berufshaftung (Hopt) | 734 |
| IV. Fachmannseigenschaft und Kommunikation (Jost) | 762 |
| V. Haftung aufgrund Selbstbindung (Köndgen) | 786 |
| VI. „Vertrauen“ als notwendige (Vor-)Überlegung des Verhältnisses zwischen An- walt und Drittem – Nutzbarmachung der Vertrauenshaftung nach Canaris | 818 |
| VII. § 311 Abs. 3 BGB – Gesetzlicher Lösungsansatz für die Auskunftshaftung oder Sammelbecken alter Probleme? | 842 |

5. Teil

**Konsequenzen der Bedeutung der Interessenwahrnehmung
in der Vertragsgestaltung – Notwendigkeit einer anwaltlichen Methodik**

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| | 899 |
| A. Einführung | 899 |
| I. Positionaler Ausgangspunkt des Anwalts und daraus folgende maßgebliche Sichtweise | 899 |
| II. Blick auf das Recht | 900 |
| III. Notwendigkeit einer zweckorientierten Methodik der Vertragsgestaltung | 901 |
| B. Subjektive Interessen des Mandanten als notwendiger Ausgangspunkt | 903 |
| I. Einführung | 903 |
| II. Umgang mit den Interessen des Mandanten | 904 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| III. Zwischenresümee | 912 |
| C. Notwendigkeit der Berücksichtigung der Interessen des Vertragspartners | 914 |
| I. Einführung | 914 |
| II. Formale Willenseinigung als Ausgangspunkt eines (gegenseitigen) Interessen- ausgleichs in der Vertragsgestaltung | 916 |
| III. Bedeutung der Selbstbestimmung | 918 |
| D. (Funktionaler) Umgang mit dem Recht | 923 |
| I. Begriff des Normalstatuts | 924 |
| II. Umgang mit dem Gestaltungsbedarf – Freiheitliches Denken am Anfang der (weiteren) gestalterischen Überlegungen | 927 |
| III. Funktionaler Umgang mit Grenzen | 931 |
| E. Methodik einer interessengeleiteten anwaltlichen Vertragsgestaltung | 986 |
| I. Folgerungen der Erkenntnisse um den methodischen Umgang mit General- klauseln – Methodik der Vertragsgestaltung als „flexibles System“ | 986 |
| II. Die einzelnen Schritte einer Methodik anwaltlicher interessenorientierter Ver- tragsgestaltung | 990 |
| Schlussthesen | 1000 |
| Literaturverzeichnis | 1007 |
| Stichwortverzeichnis | 1049 |

Inhaltsverzeichnis

Die Gliederungsebenen ($\alpha\alpha$) und ($\alpha\alpha\alpha$) werden aus optischen Gründen nicht im Inhaltsverzeichnis abgedruckt, sind aber im Text zu finden.

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Einführung | 37 |
| <i>1. Teil</i> | |
| Vertrag und Interessen | |
| A. Juristischer Vertrag | 43 |
| I. Einführung | 43 |
| II. Juristischer Vertrag als Regelwerk mit staatlicher Akzeptanz | 44 |
| III. Abschluss des juristischen Vertrags | 47 |
| IV. Inhalt des Vertrags: „Angebote“ und Grenzen durch das Gesetz | 51 |
| 1. Zwingendes Recht | 51 |
| 2. Dispositives Recht | 54 |
| V. Grundgesetzliche Gewährleistung von Privatautonomie und Vertragsfreiheit .. | 57 |
| 1. Nutzen der gesetzlichen Infrastruktur | 60 |
| 2. Eingriffsproblematik | 60 |
| 3. Schutzcharakter der Grundrechte | 61 |
| B. Interessenverständnis in Bezug auf die potentiellen Vertragsparteien und den gestaltenden Anwalt | 62 |
| I. Interessen des Mandanten | 62 |
| 1. Subjektives Verständnis | 62 |
| 2. Formen von subjektiven Interessen | 64 |
| a) Unterschiedliche Präzisionsformen | 64 |
| aa) Weites Interessenverständnis unter Integration von Positionen | 64 |
| bb) Vorstellungen als Interessen | 67 |
| b) Wünsche als Ausdruck alles Denkbaren | 67 |
| aa) Wertungsfreiheit von Seiten Dritter | 67 |
| bb) Wertungsabstufung durch den Mandanten | 69 |
| 3. Umgang mit objektivierten Interessen | 71 |
| a) Bezugnahme auf Dritte | 71 |
| b) (Weitere) „Loslösung“ der Interessen vom Einzelnen | 72 |
| 4. Zusammenfassung | 74 |

| | | |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. | Interessen des potentiellen Vertragspartners | 75 |
| III. | Interessenbegriff des (vertragsgestaltenden) Anwalts | 79 |
| 1. | Einführung | 79 |
| 2. | Anwaltsvertrag als Ausgangspunkt zur Bestimmung des für den Anwalt maßgeblichen Interessenbegriffs | 81 |
| a) | Vertragliches Verhältnis zwischen Anwalt und Mandanten | 81 |
| aa) | Vertragstypus | 81 |
| bb) | Vertragliche Fixierung der vom Anwalt zu erbringenden Dienstleis- tungen | 83 |
| b) | Anwaltliche Pflichten aufgrund des Anwaltsvertrags | 85 |
| aa) | Sachverhaltsermittlung | 86 |
| (1) | Ermittlung des tatsächlichen Sachverhalts und relevanter Interes- sen | 86 |
| (2) | Umgang mit verborgenen Interessen | 89 |
| (3) | Zugrundelegung typischer Umstände | 90 |
| (4) | Zusammenfassung | 91 |
| bb) | Beratungspflicht | 92 |
| cc) | Spezielle Pflichten innerhalb der kautelarjuristischen Tätigkeit | 94 |
| (1) | Vollständige Wiedergabe des Mandantenwillens im Vertrag | 94 |
| (a) | Auswirkung auf das Rechtsverständnis des Anwalts | 95 |
| (b) | Schaffung eines wirksamen Vertrags | 98 |
| (c) | Fehlende juristische Umsetzung/Umsetzbarkeit | 99 |
| (2) | Zweckmäßiger Vertrag | 101 |
| dd) | Wahl des sichersten Wegs und Weisungsgebundenheit | 102 |
| (1) | Wahl des sichersten Wegs | 102 |
| (2) | Weisungsgebundenheit | 104 |
| 3. | Eigene Interessen des Anwalts innerhalb der Vertragsgestaltung | 105 |
| a) | Zufriedenstellung des Mandanten als Ziel in bestimmten Grenzen | 105 |
| b) | Rechtliche Bewertung von Mandanteninteressen | 106 |
| aa) | Ausgangsproblematik: Erstellung rechtsunwirksamer Verträge | 106 |
| bb) | Auflösung des Spannungsverhältnisses innerhalb der anwaltlichen Tätigkeit | 108 |
| (1) | Anwaltsvertragliche Bindung | 108 |
| (2) | Berufsrechtliche Grenzen | 109 |
| (3) | Schlussfolgerung | 111 |
| c) | Anwaltsinteressen im weiteren sozialen Kontext | 111 |
| C. | (Rechts-)Soziologische Umschreibungen des Vertrags | 113 |
| I. | Einführung | 113 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. (Rechts-)Soziologische Ansätze zum Vertragsverständnis | 114 |
| 1. Trennung von Schuld und Haftung – Eugen Ehrlich | 114 |
| a) Bedeutung von Schuld und Haftung für den Vertrag | 114 |
| b) Gesellschaftliche Relevanz schuld- oder haftungsbegründender Verträge | 115 |
| c) Nutzbarmachung der Erkenntnisse innerhalb der anwaltlichen Vertragsgestaltung | 116 |
| 2. Außervertraglichkeit des Vertragsrechts – Emile Durkheim | 118 |
| a) Mechanische und organische Solidarität | 118 |
| b) Sicherung des gesellschaftlichen Zusammenhalts durch den Vertrag | 119 |
| c) Notwendigkeit gesellschaftlicher Reglementierung | 121 |
| d) Konfliktvermeidung und Vereinfachungen durch Schaffung von gesetzlichen Vorgaben | 123 |
| e) Weiteres Druckpotential durch die „Sitten“ | 124 |
| f) Konsequenzen für die anwaltliche Vertragsgestaltung | 124 |
| aa) Bedeutung von zwingendem und dispositivem Recht | 124 |
| bb) Folgen für die individuell ausgerichtete Vertragsgestaltung | 125 |
| 3. Entwicklung hin zum Zweckkontrakt mit der Möglichkeit zur zwangsweisen Durchsetzung – Max Weber | 127 |
| a) Zusammenspiel von Rechtssätzen und Zwangsgewalt | 128 |
| b) Unterscheidung von Status- und Zweckkontrakten | 129 |
| aa) Statuskontrakt | 130 |
| bb) Zweckkontrakt | 131 |
| c) Auswirkung der Entwicklungen hin zum Zweckkontrakt | 133 |
| d) Rechtliche Ermächtigung zwischen Freiheitsgewährung, Eingriffsgrundlage und Begrenzung | 134 |
| e) Ausfluss „gebündelter“ Interessen | 136 |
| f) Bedeutung des Zweckvertrags für die individuelle Vertragsgestaltung | 137 |
| 4. Nutzbarmachung einer auf den Vertragsschluss und den Vertragsfortgang angewandten Soziologie – Jean Carbonnier | 140 |
| a) Vertragsverständnis bei Carbonnier | 141 |
| b) Auf den Vertrag angewandte Soziologie | 142 |
| aa) Auf den Vertragsschluss angewandte Soziologie | 142 |
| (1) Motivation zum Vertragsschluss | 142 |
| (2) Wahl des Vertragspartners | 145 |
| bb) Auf das Funktionieren des Vertrags angewandte Soziologie | 147 |
| (1) Beziehungsentwicklung von Begeisterung bis hin zur Abkühlung | 147 |
| (2) Umsetzungsmöglichkeiten in der Vertragsgestaltung | 148 |
| 5. Recht als „Versicherung“ bei gleichzeitiger Öffnung hin zu außervertraglichen Abläufen – Karl N. Llewellyn | 152 |
| a) Vertragsbegrifflichkeit | 153 |
| b) Trennung von „legal“ und „non-legal obligations“ | 154 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| c) Recht als „Versicherung“ – Vor- und Nachteile | 155 |
| d) Unverzichtbarkeit eines Vertragsrechts | 157 |
| e) Anwaltliche Ausrichtung auf den Konfliktfall | 158 |
| f) Ausrichtung sowohl auf „legal“ wie auf „non-legal obligations“ | 159 |
| g) Schlussfolgerungen | 160 |
| 6. Besondere Berücksichtigung sich entwickelnder Vertragsbeziehungen – Ian R. Macneil | 161 |
| a) Einführung | 161 |
| b) Unterscheidung von „transactional“ und „relational contract“ | 163 |
| aa) Wurzeln des Vertrags und ihre Auswirkung auf das Vertragsverständnis | 163 |
| bb) Bildung von „transactional“ und „relational axes“ | 165 |
| (1) Vorrangigkeit der Beziehung | 166 |
| (2) Anfang und Ende des Vertragsverhältnisses | 168 |
| (3) Planung | 168 |
| (4) Übernommene Pflichten | 170 |
| (5) Umgang mit Schwierigkeiten | 171 |
| c) „Common contract norms“ und weitere „normative“ Ansätze bei Macneil | 171 |
| aa) „Common contract norms“ | 172 |
| bb) „Discrete norms“ | 174 |
| cc) „Relational norms“ | 177 |
| dd) Zwischenergebnis | 179 |
| d) Nutzbarmachung der Macneilschen Ansätze in der Vertragsgestaltung | 180 |
| aa) Behavioristischer Ansatz | 180 |
| bb) Normativer Ansatz | 181 |
| (1) Relationales Vertragsrecht | 181 |
| (a) Relationales Vertragsrecht in Deutschland | 182 |
| (b) Beispiele relationaler Einflüsse im deutschen Recht | 183 |
| (aa) Treu und Glauben, § 242 BGB | 183 |
| (bb) Rücksichtspflichten, § 241 Abs. 2 BGB | 185 |
| (cc) Auslegung | 185 |
| (dd) Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB | 186 |
| (ee) Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund, § 314 BGB | 189 |
| (ff) Konkludente Vertragsänderung | 189 |
| (gg) Sonstige Beispiele | 190 |
| (hh) Zusammenfassung | 190 |
| (c) Kontrollinstanz und Normverständnis | 190 |
| (d) Schaffung neuer Vertragstypen | 192 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (2) Vertrag selbst als „normative Umsetzung“ relationaler und trans- aktionaler Elemente | 194 |
| (a) Vorrangigkeit der Beziehung | 195 |
| (b) Graduelle Entwicklung der Vertragsbeziehung | 198 |
| (c) Vertrag als „Normwerk“ | 200 |
| (d) Rückbesinnung auf ein kontrollorientiertes Normverständnis | 204 |
| (e) Schwierigkeiten einer vertraglichen Einkleidung | 207 |
| (aa) Einführung | 207 |
| (bb) Vertragliche Erfassung von Kommunikationspflichten | 210 |
| (aaa) Pflicht zur Auskunft und Information | 210 |
| (bbb) Umgang mit subjektiven Umständen | 213 |
| (ccc) „Pflicht“ zur andauernden Kommunikation | 213 |
| (cc) Anpassungsklauseln, insbesondere Neuverhandlungsklau- seln – „Bindeglied“ zwischen „freien Abläufen“ und „normativem Zwang“ | 215 |
| (aaa) Einführung und Abgrenzungen | 215 |
| (bbb) Tatbestandliche Erfassung veränderlicher Umstän- de | 219 |
| (α) Enge Tatbestandsfassung | 220 |
| (β) Weite Tatbestandsfassung mit Inhaltsvorgaben | 220 |
| (γ) Große Ausfüllungsmöglichkeit | 221 |
| (δ) Umgang mit stark subjektiven Umständen | 223 |
| (ccc) Reaktionsformen auf der Rechtsfolgenseite als Konsequenz veränderlicher Umstände | 224 |
| (α) Gestalterische Orientierung auf der Rechtsfol- genseite | 224 |
| (β) Verhandlung und Anpassung sowie eine mög- liche juristische Absicherung | 226 |
| (ddd) Berücksichtigung weiterer Stabilisierungsformen | 247 |
| (α) Self-enforcing contract | 247 |
| (β) Stärkere Installierung von Auskunft- und In- formationspflichten | 248 |
| (γ) Verhandlungen als Voraussetzung für den Gang zum staatlichen Gericht | 249 |
| (δ) Erweiterte Neuverhandlungsklauseln | 251 |
| e) Resümee zu den Macneilschen Ansätzen | 254 |
| III. Notwendigkeit der Kombination einer juristischen und einer (rechts-)soziolo- gischen Sichtweise auf den Vertrag | 255 |
| D. Drittinteressen | 255 |
| I. Begriff und Erscheinungsformen des Dritten und seiner Interessen | 256 |
| 1. Formale Bestimmung des Dritten | 256 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Arten von Drittinteressen | 257 |
| II. Blick auf Drittinteressen im Rahmen der Vertragsgestaltung | 260 |
| III. Verknüpfungen zwischen Mandanten- und Drittinteressen | 261 |
| 1. Intendierte Einwirkung auf Interessen individualisierbarer Dritter | 261 |
| a) Unmittelbare (rechts-)gestalterische Einwirkungen auf die (Rechts-) Sphäre des Dritten | 262 |
| aa) Verfügungen | 263 |
| bb) Verpflichtungsgeschäfte | 265 |
| (1) Vertrag zugunsten Dritter | 265 |
| (2) Vertrag zu Lasten Dritter | 267 |
| (3) Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte | 269 |
| (a) Gründe für die Entwicklung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte | 270 |
| (b) Rechtsgrundlage des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte | 272 |
| (aa) Rechtsgrundlage im Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner | 273 |
| (bb) Richterliche Rechtsfortbildung | 274 |
| (cc) Weitere Ansätze | 275 |
| (aaa) Gewohnheitsrecht | 275 |
| (bbb) Objektive gesetzliche Erweiterung des Schuldver- hältnisses | 275 |
| (ccc) Vertrauenshaftung | 276 |
| (ddd) Weg über § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB | 277 |
| (dd) Tatbestandliche Voraussetzungen für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte | 280 |
| (ee) Konsequenz für den Umgang mit den unterschiedlichen Ansätzen durch den Anwalt | 281 |
| (aaa) Vertragsfreiheit und Interessen | 281 |
| (bbb) Abwägungen hinsichtlich der involvierten Interes- sen bei fehlender ausdrücklicher Regelung im Ver- trag | 284 |
| (a) Einführung | 284 |
| (β) Fehlende ausdrückliche Regelung im Vertrag der Hauptparteien | 284 |
| (c) Resümee/Zusammenfassung | 291 |
| b) Gestalterisches „Aus- oder Benutzen“ von Gesetzen als objektivierte In- teressengewichtungen des Rechts zum Zweck der Dritteinwirkung | 293 |
| aa) Einführung | 293 |
| bb) Gezielter Einsatz objektivierter Interessen | 295 |
| cc) Umgang mit Reflexwirkungen zur positiven Umsetzung der Interessen des Mandanten | 297 |
| (1) Weites Verständnis von Reflexwirkungen – von Jhering | 297 |

- (2) Enges Verständnis von Reflexwirkungen – Habersack 298
- (3) Probleme bei fehlenden tatbestandlich (genau) fixierten Vorgaben zur Dritteinwirkung 301
- 2. Drittwirkungen als Grenzen 302
 - a) Mögliche Drittwirkungen 302
 - aa) Einführung 302
 - bb) Lastwirkungen – Umgang mit der Begrenzung von Inhalts- und Abschlusschancen 302
 - (1) Orientierung an der Wiedemannschen Begrifflichkeit 302
 - (2) Konsequenzen eines weiten Verständnisses von Drittwirkungen 305
 - (3) Rechtsvereitelung bei einem Dritten 306
 - (4) Begründung von Verbindlichkeiten bei Dritten 307
 - (5) Andere Beeinträchtigungen von Drittinteressen 308
 - b) Grenz- bzw. Schrankenbildungen aufgrund von Drittinteressen 309
 - aa) Einführung 309
 - bb) Immanente und/oder externe Grenzbildungen 310
 - (1) Immanente Grenzen 311
 - (a) Ausgangsproblematik 311
 - (b) Lösung anhand der grundgesetzlichen Verankerung der Privatautonomie (Vertragsfreiheit) 313
 - (aa) Vertragsfreiheit im außer- bzw. vorrechtlichen Bereich ... 314
 - (aaa) Tatsächliche Abläufe 315
 - (bbb) Fortentwicklung aus einer Bindungslosigkeit hin zur Bindung 316
 - (ccc) Schritt zur Institutionalisierung 317
 - (bb) Privates Recht als geschütztes Gut 318
 - (c) Notwendigkeit einer (gesetzlichen) Ausgestaltung der Vertragsfreiheit 320
 - (aa) Vertragsfreiheit als gesetzlich konstituierte Freiheit 320
 - (bb) Garantie des Instituts der Vertragsfreiheit 323
 - (cc) Ausgestaltung als Chancenerweiterung und Eingriffspotential 324
 - (dd) Ausgestaltung und Eingriff als konnexe Gegebenheiten? 325
 - (ee) Weites Freiheitsverständnis auch bei zu konstituierender Freiheit 326
 - (ff) Konsequenzen für die Drittberührungen eines Vertrags inter partes 328
 - (aaa) Vertrag zu Lasten Dritter 328
 - (bbb) Lastwirkungen 329
 - (α) Problemaufriss 329

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (β) Lösungsfindung über das Verständnis der Vertragsfreiheit als weite Freiheit | 330 |
| (2) Lösung über „von außen“ (extern) angelegte Begrenzungen | 331 |
| (a) Einführung | 331 |
| (b) Sittenwidrigkeitskontrolle über § 138 Abs. 1 BGB | 332 |
| (aa) Normzweck des § 138 Abs. 1 BGB | 332 |
| (bb) Rigorosität der Rechtsfolge des § 138 Abs. 1 BGB | 334 |
| (cc) Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB | 335 |
| (aaa) Gute Sitten | 335 |
| (bbb) Vorliegen von Sittenwidrigkeit | 337 |
| (α) Sittenwidrigkeitsbestimmung über eine Grenzwertfestlegung | 337 |
| (β) Zusammenspiel der Wertungsfaktoren in Bezug auf Drittinteressen | 339 |
| (γ) Hinwendung zu einem „flexiblen System“ ... | 340 |
| (dd) Abstufungen gestalterischer Möglichkeiten zur Vermeidung des Eingreifens von § 138 Abs. 1 BGB bei Berührung von Dritt- oder Allgemeininteressen | 344 |
| (aaa) Sittenwidrigkeit aufgrund des Inhalts des Rechtsgeschäfts | 344 |
| (bbb) Umsetzung der Interessen partiell möglich | 346 |
| (ccc) Sonstige gestalterische Einbindung von Drittinteressen | 347 |
| (ee) Zwischenfazit | 349 |
| (c) Inhaltliche Kontrolle aufgrund von § 242 BGB wegen eines Drittbezugs | 350 |
| (aa) Notwendigkeit eines Rückgriffs auf § 242 BGB? | 350 |
| (bb) Rechtsfortbildung innerhalb des § 242 BGB | 351 |
| (cc) Maßstab einer Inhaltskontrolle nach § 242 BGB | 353 |
| (dd) Erfordernis einer Sonderbeziehung | 355 |
| (ee) Variable Rechtsfolgen | 357 |
| (ff) Kritische Auseinandersetzung mit einem Weg über § 242 BGB | 358 |
| (d) Schrankenbildung über § 134 BGB | 359 |
| (aa) Einführung | 359 |
| (bb) § 134 BGB und die Bewältigung von Lastwirkungen und sonstigen Drittwirkungen | 360 |
| (aaa) Einführung | 360 |
| (bbb) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot (Mandantenschutzklausel) als Beispiel | 361 |
| (α) Problemaufriss | 361 |

(β) § 3 Abs. 3 BRAO als Verbotsgesetz mit Drittschutz 363

(γ) Einschränkung der Auslegung 365

(δ) Zwischenresümee 367

(cc) Konsequenz für den Umgang mit Lastwirkungen und sonstigen Drittwirkungen 367

(e) Fazit 368

IV. Schlussfolgerungen bezüglich der Bedeutung der Drittinteressen 369

2. Teil

Interessenwahrnehmung und Kommunikation

A. Einleitung 371

B. Kommunikation zwischen Mandanten und Anwalt 371

 I. Kommunikationsverständnis auf der Grundlage des anwaltlichen Vertrags – Die Frage nach dem Ob der Kommunikation 371

 II. Auswirkungen auf die zwischen Anwalt und Mandant zu setzenden Signale/ Zeichen – Die Frage nach dem Wie der Kommunikation 375

 1. Sprache und die in ihr enthaltenen Botschaften 376

 2. Anforderungen an den Anwalt bezüglich des Sprachverständnisses 377

 III. Ziel der Kommunikation – Die Frage nach dem Warum der Kommunikation 379

 1. Informationsbeschaffung und Interessenfindung 379

 a) Problem der Erfassung sozialer Realitäten 382

 b) Anstoß durch die Mandantenschilderung 384

 c) Einfluss eigener gelebter Erfahrungen 385

 d) Rückgriff auf Alltagstheorien 386

 e) Berufliche Erfahrung – Denken entlang von Sachverhaltstypen 388

 f) Sachverhaltsermittlung im Anschluss an normative Typen 391

 g) Nutzbarmachung (weiterer) wissenschaftlicher Erkenntnisse bei der Sachverhaltsermittlung 393

 h) Topische Herangehensweise – Offenheit des Denkens 396

 aa) Topik als methodischer Ansatz zur Rechtsfindung 397

 bb) Topische Herangehensweise zur kautelarjuristischen Sachverhaltsermittlung 398

 (1) Einführung 398

 (2) Topik erster Stufe innerhalb der anwaltlichen Sachverhaltsermittlung 400

 (3) Topik zweiter Stufe innerhalb der anwaltlichen Sachverhaltsermittlung 401

 (4) Konsequenzen für die Nutzbarmachung der Topik 404

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Interessenbildung | 405 |
| a) Einführung | 405 |
| b) Auswirkungen auf das Ob und Wie der Kommunikation | 406 |
| c) Konsequenzen für das Setzen sprachlicher Zeichen sowie für die Gesprächsführung | 408 |
| d) Besonderheiten aufgrund der Zielausrichtung auf die Interessenbildung – Einsatz von „Mustern“ | 410 |
| e) Konsequenzen der Besonderheiten der Interessenbildung | 412 |
| f) Topische Herangehensweise als Weg zur Interessenbildung | 413 |
| 3. Rechtliche Beratung | 415 |
| C. Kommunikation mit dem (den) potentiellen Vertragspartner(n) | 417 |
| I. Einführung | 417 |
| II. Veränderte Ausrichtungen der Kommunikation – Vorliegen von Kommunikation mit veränderten Rahmenbedingungen | 417 |
| III. Auswirkungen auf das Wie und auf das Ziel der Kommunikation | 421 |
| 1. Auswirkungen auf das Ziel der Kommunikation | 422 |
| 2. Kommunizierte Nachrichten und ihr Einfluss auf die Notwendigkeit und den Umfang von Interessen- und Informationsweitergaben | 423 |
| a) Einführung | 423 |
| b) Sachebene und sachliche Botschaft als Plattform von Interessen- und Informationsweitergaben | 424 |
| aa) Sachebene und unerlässliche Botschaften | 425 |
| bb) Öffnung des Informationsflusses auf der Sachebene hin zur Entwicklung des eigentlich Gewollten | 427 |
| c) Auswirkungen der Selbstoffenbarungs- und Beziehungsebenen auf den Informationsfluss | 428 |
| IV. Anwaltlicher Umgang mit und Nutzbarmachung von kommunizierten Botschaften als prägender Teil der Vertragsverhandlungen | 431 |
| 1. Einführung | 431 |
| a) Begriffsbestimmung der Vertragsverhandlung | 431 |
| b) Kritische Auseinandersetzung mit einer begrifflichen Erfassung und Schlussfolgerung | 433 |
| 2. Einsatz, Nutzbarmachung und „Gefahren“ der Sachebene | 435 |
| a) Verständliche Überbringung von Informationen | 435 |
| b) Korrekte und vollständige Überbringung von Informationen | 437 |
| c) Variable Informationsweitergabe zur Erreichung des Regelungsziels | 440 |
| d) Auswirkungen des Umgangs mit Informationen auf den Auftritt des Anwalts als Interessenvertreter | 442 |
| e) Manipulativer Umgang mit Informationen aus dem außerrechtlichen Bereich | 444 |
| f) Zusammenhang von anwaltlichem Selbstverständnis und Informationsweitergabe | 445 |

- g) Hinwendung zu einer kooperativen Verhandlungsweise 447
- h) Vermeidung von Störungen im Kommunikationsvorgang 450
- i) Codierungs- und Decodierungsproblematik bei „weiteren“ Interessen ... 453
- j) Anwaltliche Begleitung/Vertretung (auch) der anderen Vertragspartei ... 455
- 3. Selbstoffenbarungsebene 457
- 4. Beziehungs- und Appellebenen 458
 - a) Unterschiedliche Fokussierungen auf der Beziehungsebene 459
 - b) Appellebene als Belastungs- und Manipulationsfaktor 460
- V. Wahl eines strukturierten Verfahrens als Beitrag zur Interessenumsetzung 460
 - 1. Einführung 460
 - 2. Phasen einer rationalen Verhandlung mit Struktur 462
 - a) Eröffnungsphase 462
 - b) Rahmenphase 463
 - c) Themenphase 464
 - d) Informationsphase 465
 - e) Argumentationsphase 466
 - f) Entscheidungsphase 468
 - g) Fixierung der Ergebnisse 468
- D. Fazit zur Interessenwahrnehmung und Kommunikation 468

3. Teil

**Rollenorientierung innerhalb von Vertragsverhandlung
und Vertragsgestaltung**

- A. Einführung 470
 - I. Öffnung zum Rollenverständnis in Bezug auf den Anwalt selbst 471
 - II. Anwalt und die für den Mandanten zu entwerfenden Rollen 474
- B. Positionierung innerhalb von Vertragsverhandlung und -gestaltung 475
 - I. Vornahme einer Trennung von Position und Rolle 475
 - II. Präzisierung des Positionsbegriffs 477
 - III. Positionierungen des Anwalts 479
 - 1. Grundlagen 479
 - 2. Ausgangspunkt einer Positionierung durch die BRAO: Rechtsberatung und
-vertretung 481
 - 3. Anwalt als Rechtsberater/-vertreter im Sinne eines einseitigen (Mandanten-)
Interessenvertreters 482
 - 4. Positionierung über § 18 BORA 484
 - 5. Fazit 487
 - IV. Zu schaffende (neue) Positionierung des Mandanten 487

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| C. Rollenverständnisse in der Vertragsgestaltung | 487 |
| I. Einführung in das Rollenverständnis | 487 |
| II. Begrenzung der Rollenuntersuchung | 490 |
| 1. Anwalt in der Berufsrolle | 490 |
| 2. Kreation der durch den Mandanten aufgrund des Vertrags zu erfüllenden Rollenerwartungen | 492 |
| III. Rolle – Suche nach Inhalt und Schärfe bei Dahrendorf | 492 |
| 1. Einführung | 492 |
| 2. Muss-Erwartungen und Rolle | 493 |
| a) Begrifflichkeit der Muss-Erwartungen | 493 |
| b) Tätigkeit des Anwalts (in seinem Berufsfeld) | 495 |
| aa) Bezugsgruppen des Anwalts | 495 |
| bb) Muss-Erwartungen an den Anwalt | 496 |
| (1) Muss-Erwartungen aufgrund der BRAO | 497 |
| (2) Muss-Erwartungen durch das BGB (Anwaltsvertrag) | 500 |
| cc) Zwischenfazit: Muss-Erwartungen als Faktor anwaltlichen Handelns | 502 |
| c) Muss-Erwartungen und vom Mandanten zu übernehmende Position/Rolle | 504 |
| 3. Öffnung zur Berücksichtigung anderer Sanktionsformen – Übergang zu Soll- und Kann-Erwartungen | 504 |
| a) Soll-Erwartungen | 504 |
| aa) Begrifflichkeit | 504 |
| bb) Schwierigkeiten der inhaltlichen Erfassung/Abgrenzung bezüglich der Rolle des Anwalts als solchen | 505 |
| cc) Soll-Erwartungen in Bezug auf die zu schaffende Mandantenrolle .. | 507 |
| b) Kann-Erwartungen | 507 |
| aa) Begrifflichkeit und inhaltliche Erfassung | 507 |
| bb) Inhaltliche Kriterien für Kann-Erwartungen | 509 |
| cc) Fazit | 510 |
| 4. Zwischenergebnis bezüglich der verschiedenen Erwartungen im Dahren- dorfschen Sinn | 510 |
| 5. Dahrendorfs Rollenverständnis und die anwaltlich umzusetzenden Mandan- teninteressen im Besonderen | 511 |
| a) Einführung | 511 |
| b) Interessen des Mandanten und ihre Einbettung in die Funktionen des Rechts als Ausgangspunkt | 512 |
| c) Umsetzung der (Mandanten-)Interessen durch das Dahrendorfsche Ver- ständnis von Muss-/Soll- und Kann-Erwartungen | 513 |
| aa) Position | 513 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb) Muss-Erwartungen und Mandanteninteressen | 515 |
| (1) Grundsätzliche Eignung von Muss-Erwartungen zur Interessensumsetzung | 515 |
| (a) Gesetz als Verhaltensangebot und Leitlinie | 516 |
| (b) Bedeutung von Sanktionen | 517 |
| (c) Zwischenfazit | 518 |
| (2) Muss-Erwartungen als (problematischer?) Faktor bezüglich der Umsetzung von Mandanteninteressen | 519 |
| (a) Unsicherheitsfaktor Rechtsprechung | 519 |
| (b) Umgang mit Präventionsüberlegungen | 520 |
| (c) Berücksichtigung von Verfahrensbedingungen | 524 |
| cc) Soll- und Kann-Erwartungen sowie Mandanteninteressen | 526 |
| 6. Fazit | 528 |
| a) Mandant | 528 |
| b) Anwalt | 532 |
| IV. Notwendige Einbettung der Rolle in einen größeren Kontext – Hinwendung zu Parsons | 534 |
| 1. Einführung | 534 |
| 2. Handlung | 536 |
| 3. Einzelne (Teil-)Systeme | 538 |
| a) Verhaltensorganismus | 538 |
| b) Kulturelles System | 539 |
| aa) Einführung | 539 |
| bb) Bedeutung der Verfassung im kulturellen System | 540 |
| cc) Anwalt als Interessenvertreter und Organ der Rechtspflege | 541 |
| c) Soziales System | 543 |
| aa) Bedeutung von Normen | 544 |
| bb) Soziales System als Interaktionssystem | 545 |
| (1) Situation | 545 |
| (2) „Vorboten“ möglicher Probleme in Bezug auf Vertragsverhandlung und -gestaltung | 546 |
| (3) Bedeutung eines symbolischen Systems | 547 |
| d) Persönlichkeitssystem | 549 |
| 4. Rolle bei Parsons | 550 |
| a) Grundsätzliches Rollenverständnis | 550 |
| aa) Status | 551 |
| bb) Rolle | 551 |
| cc) Konsequenzen einer normgeprägten Rolle bei Parsons | 552 |
| dd) Vermittlung von Erwartungsmustern | 554 |
| b) „Rollen und Wollen“ | 556 |
| aa) Bedeutung der need-dispositions | 556 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| bb) Internalisierung und Sanktion | 557 |
| cc) Funktionale Bedeutung der Rolle | 558 |
| dd) Rolle und Motivation | 559 |
| (1) Sozialisation und Voluntarismus | 560 |
| (2) Gratifikation als Motivation | 562 |
| ee) Sanktion und formale Organisation | 564 |
| c) Kritisches Zwischenresümee | 565 |
| aa) Einschränkung des Einzelnen in seiner Freiheit | 565 |
| bb) „Sozialisation“ des Mandanten | 568 |
| cc) Problematik gleichlaufender Interpretationen | 569 |
| dd) Schwierigkeit der Rollenkombination | 570 |
| ee) Problem der sich entwickelnden Beziehung | 571 |
| ff) Zwischenergebnis | 572 |
| d) Pattern variables | 572 |
| aa) Einführung – Die Modi des Handelns | 572 |
| (1) Objekte der Orientierung | 573 |
| (2) Parsons' Modi des Handelns und die Notwendigkeit der Integration des Mandanten in den Vertragsverhandlungsprozess | 574 |
| (3) Evaluativer Orientierungsmodus | 575 |
| (4) Unterscheidung in drei Modi der Wertorientierung | 576 |
| (a) Kognitiver Modus | 576 |
| (b) Appreziativer Modus | 578 |
| (c) Moralischer Modus | 579 |
| (d) Unterschiedliche Handlungstypen | 580 |
| bb) Pattern variables | 580 |
| (1) Affektivität – affektive Neutralität | 581 |
| (2) Selbstorientierung – Kollektivitätsorientierung | 583 |
| (3) Universalismus – Partikularismus | 585 |
| (4) Zuschreibung – Leistung/Eigenschaft – Leistung | 587 |
| (5) Spezifität – Diffusität | 589 |
| cc) Zwischenresümee | 592 |
| e) AGIL-Schema | 592 |
| aa) Einzelne Funktionen | 593 |
| (1) G-Funktion („goal-attainment“) | 593 |
| (2) A-Funktion („adaption“) | 594 |
| (3) I-Funktion („integration“) | 595 |
| (4) L-Funktion („latent pattern maintenance and tension management“) | 596 |
| bb) Anwendung/Umsetzung des AGIL-Schemas | 599 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| cc) AGIL-Schema und Vertragsverhandlungen sowie Vertrag | 599 |
| (1) Einführung | 599 |
| (2) G-Funktion innerhalb von Vertragsverhandlung und Vertrag | 602 |
| (3) A-Funktion innerhalb von Vertragsverhandlung und Vertrag | 604 |
| (a) Vertragsabschließende Partei | 605 |
| (b) Schaffung von Ressourcen | 606 |
| (c) Vertragsrecht als Rahmenbedingung | 607 |
| (aa) Bedeutung des Vertragsrechts | 608 |
| (bb) Zwingendes Recht | 608 |
| (cc) Dispositives Recht | 609 |
| (4) I-Funktion innerhalb von Vertragsverhandlung und Vertrag | 609 |
| (a) Einführung | 609 |
| (b) Weg zur Integration | 610 |
| (c) Bedeutung des Vertragsrechts | 612 |
| (d) Situation der Vertragsverhandlungen | 614 |
| (5) L-Funktion innerhalb von Vertragsverhandlung und Vertrag | 614 |
| (a) Einführung | 614 |
| (b) Allgemeine Wertemuster | 615 |
| (c) Außervertragliche Grundlagen des Vertrags | 616 |
| (d) Tension management | 618 |
| dd) Resümee | 618 |
| 5. Parsons' Rollenverständnis – Schwächen als Begründungsansatz einer gestaltenden Tätigkeit | 620 |
| V. Schöpferische Individualität in Vertragsverhandlung und -gestaltung – Öffnung zum symbolischen Interaktionismus | 622 |
| 1. Grundausrichtung an George Herbert Mead | 623 |
| a) Annäherung an die Rolle über das Symbol | 624 |
| aa) Gesten | 624 |
| bb) Symbole | 627 |
| b) Rollenübernahme | 628 |
| aa) Rolle und Interaktion | 628 |
| bb) Sozialisation | 630 |
| (1) „Play“ und „Game“ | 630 |
| (2) Generalisierter Anderer | 632 |
| (3) Soziale Kontrolle | 634 |
| cc) Generalisierter Anderer als „Interpretationshilfe“ | 634 |
| c) „Self“ | 636 |
| aa) Möglichkeit zur Selbstbezüglichkeit | 637 |
| bb) Phasen des „I“ und des „Me“ | 638 |
| d) Dialogischer Prozess | 642 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| e) (Erweitertes) Rollenverständnis bei Mead und die Auswirkung auf den „unabhängigen Einzelnen“ | 643 |
| f) Nutzbarmachung der Meadschen Erkenntnisse für die interessengeleitete Vertragsverhandlung/-gestaltung | 646 |
| aa) Anwalt innerhalb der Vertragsverhandlung (und -gestaltung) – „Positionierung“ von Kreativität | 647 |
| bb) Kreativität am Beispiel der Optionensammlung | 647 |
| (1) Bedeutung von „Me“/„I“ für den handelnden Anwalt | 648 |
| (2) Einflussnahme von „I“ und „Me“ des Mandanten | 649 |
| cc) Lösungsfindung | 650 |
| (1) Durch den Anwalt | 650 |
| (2) Notwendige Einbindung des Mandanten | 652 |
| 2. Fortführung der Meadschen Grundlagen | 653 |
| a) Rollendistanz | 654 |
| aa) Bedeutung der Rollendistanz | 654 |
| bb) Situation der Vertragsverhandlung | 655 |
| (1) Verhandelnder Anwalt | 655 |
| (2) Leistung des Mandanten | 655 |
| cc) Rollendistanz als Wegbereiter zur Kreativität | 656 |
| b) Role-making | 658 |
| aa) Untrennbarkeit des role-makings von role-taking und Rollendistanz | 658 |
| bb) Rahmenbedingungen und Fertigkeiten | 659 |
| (1) Äußere Rahmenbedingungen | 659 |
| (2) Persönliche Fertigkeiten | 660 |
| cc) Eigene Rollenentwicklung als notwendige Basis vertragsgestalterischer Überlegungen | 662 |
| dd) Defizite bei einer Fokussierung auf das role-making innerhalb der Vertragsgestaltung | 663 |
| (1) Einführung | 664 |
| (2) Repressionstheorem als notwendiges Element innerhalb der (juristischen) Vertragsgestaltung | 664 |
| (3) Repression und Freiheit | 666 |
| (4) Problem der Machtfrage innerhalb des role-makings | 669 |
| 3. Resümee | 670 |
| VI. Die Rolle – Notwendige Denkkategorie innerhalb von Vertragsverhandlung und -gestaltung | 671 |

4. Teil

**Dritthaftungsproblematik beim Umgang des Interessenvertreters
mit Informationen – Haftung des Anwalts gegenüber dem
potentiellen Vertragspartner des Mandanten**

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| | 674 |
| A. Einführung | 674 |
| B. Rat, Empfehlung und Auskunft im Kontext von Vertragsverhandlungen | 676 |
| I. Einführung | 676 |
| II. Auskunft | 677 |
| 1. Begriff | 677 |
| 2. Omnipräsenz von Auskünften | 678 |
| 3. Situative Anlage der Auskunftserteilung | 679 |
| III. Rat und Beratung | 680 |
| 1. Begriff | 680 |
| 2. Bedeutung innerhalb von Vertragsverhandlungen | 682 |
| IV. Empfehlung | 683 |
| C. Auskunft, Rat, Empfehlung und Interessenverbindungen | 683 |
| I. Weitergabe, Empfang und Suche von/nach Informationen | 684 |
| II. Umgang mit Informationen durch den Anwalt | 685 |
| 1. Ausrichtung an Mandanteninteressen | 685 |
| 2. Einfluss der (Mit-)Bestimmung der anwaltlichen Position durch die Stellung als Organ der Rechtspflege auf die Informationsweitergabe | 687 |
| a) Problem der Informationslast | 687 |
| b) Zwischenfazit | 688 |
| D. Juristische Haftungsansätze bezüglich Auskunft, Rat und Empfehlung des Anwalts gegenüber dem potentiellen Vertragspartner des Mandanten innerhalb von Vertrags- verhandlungen | 689 |
| I. Hintergrund für die Suche nach Haftungsansätzen | 690 |
| 1. Omnipräsenz des Informationsaustauschs | 690 |
| 2. Mögliche Defizite des Deliktsrechts | 690 |
| a) Eingreifen des § 823 Abs. 1 BGB aufgrund einer Garantenpflicht des Anwalts | 691 |
| b) (Verkehrs-)Pflichten zum Schutz fremden Vermögens | 693 |
| c) § 826 BGB als Lösung? | 697 |
| aa) Gefahr sittenwidrigen Verhaltens seitens des Anwalts in der Ver- tragsverhandlung | 698 |
| bb) Vorsatzerfordernis | 700 |
| d) Verbleiben von Defiziten | 700 |

| | | |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. | Begründung eines (stillschweigenden) Auskunftsvertrags zwischen Anwalt und Drittem | 701 |
| 1. | RGZ 52, 365 ff. – Wegweisung zum stillschweigenden Auskunftsvertrag ... | 702 |
| a) | Inhalt der Entscheidung RGZ 52, 365 ff. | 702 |
| b) | Haftungsansatz und Zusammenhang zur Interessen- und Rollensicht | 704 |
| aa) | Haftungselemente und Informationslast des Dritten | 704 |
| bb) | Abstellen auf die Berufstätigkeit des Anwalts | 707 |
| (1) | Einführung | 707 |
| (2) | Ausgangspunkt in der Positionierung des Anwalts | 707 |
| (3) | Weg in den notwendigen Konflikt für den anwaltlich Handelnden | 708 |
| (4) | Weg in die Fiktion von Willenserklärungen | 711 |
| cc) | Frage nach der Berufsbezogenheit der Informationen | 714 |
| dd) | Vorliegen eines Bedürfnisses des Dritten nach einer verlässlichen Auskunft | 717 |
| ee) | Beweislast als Anknüpfungspunkt der Probleme des Dritten | 718 |
| ff) | Antizipierbarkeit als Problem auf Seiten des Anwalts | 718 |
| (1) | Aktive (gewollte) Erwartungsentwicklung | 719 |
| (2) | Fokussierung auf objektivierte Merkmale | 720 |
| gg) | Zwischenresümee | 721 |
| 2. | Willenselement im Kontext von Antizipation und Reaktion – Fortentwick- lung der Rechtsprechung | 721 |
| a) | Irrelevanz des tatsächlichen Willens | 723 |
| b) | „Rückbesinnung“ auf die Rechtsgeschäftlichkeit | 724 |
| aa) | Veränderte Ausrichtung der Rechtsprechung | 724 |
| bb) | Objektive Elemente der Willenserklärung | 725 |
| cc) | Subjektive Elemente der Willenserklärung und ihre Erforderlichkeit | 726 |
| 3. | Bleibende Kritik am Ansatz des stillschweigenden Auskunftsvertrags | 729 |
| 4. | „Ausweg“ über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte? | 731 |
| III. | Konzentration auf die Profession – Weg in die Berufshaftung (Hopt) | 734 |
| 1. | Einführung | 734 |
| 2. | Wertungselemente und Rollenverständnisse | 737 |
| a) | Berufliche Spezialisierung bzw. Auftreten am Markt als Ausgangspunkt | 737 |
| aa) | Feststellung einer Spezialisierung oder eines Marktauftritts | 737 |
| bb) | Flexibilität in Bezug auf Erwartungshaltungen | 739 |
| cc) | Stabilisierung von Erwartungen | 740 |
| dd) | Zwischenresümee | 741 |
| b) | Schutz des Unterlegenen als Zwecksetzung | 741 |
| c) | Optimierung am Markt | 744 |
| 3. | Berufsrecht als Teil eines privaten Marktrechts | 745 |
| a) | Einführung | 745 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Vier Schichten des Berufsrechts nach Hopt | 747 |
| c) Konkretisierung | 748 |
| aa) Marktspezifisches Berufsrecht | 748 |
| bb) Berufsbezogenes Berufsrecht | 749 |
| cc) Privatautonom konkretisiertes Berufsrecht | 751 |
| 4. Voraussetzung für das Berufsrecht | 751 |
| a) Beruf | 752 |
| b) Selbständigkeit | 752 |
| c) Berufseinschlägiges Auftreten am Markt | 755 |
| 5. Bestimmung des Inhalts des Berufsrechts | 757 |
| 6. Kritik und Folgerungen | 758 |
| IV. Fachmannseigenschaft und Kommunikation (Jost) | 762 |
| 1. Einführung | 762 |
| 2. Auskunftshaftung als „Erklärungshaftung“ | 764 |
| a) Fachmannseigenschaft | 766 |
| b) Bedeutung der Kommunikation | 768 |
| aa) Kommunikation als Zubewegen auf den Dritten und Erwartungsaufbau | 768 |
| bb) Aufbau einer (verpflichtenden) Beziehung | 769 |
| cc) Informationsbeziehung des Anwalts zum Dritten (potentieller Vertragspartner des Mandanten) | 771 |
| (1) Überlegenheit des anwaltlichen Auskunftsgewäbers | 772 |
| (2) Angewiesenheit des Dritten | 774 |
| (3) Gerichtetheit | 776 |
| (a) „Entlassen“ der Auskunft in den Verkehr und steuerndes Willenselement | 776 |
| (b) Lösung im Kommunikationsweg | 778 |
| (c) Problem der angelegentlich in der Vertragsverhandlung getätigten Äußerungen | 779 |
| c) Zwischenfazit | 780 |
| 3. Weitere Haftungsvoraussetzungen | 781 |
| 4. Abschließendes Resümee und Kritik | 783 |
| V. Haftung aufgrund Selbstbindung (Köndgen) | 786 |
| 1. Einführung | 786 |
| 2. Verpflichtungsgrund von Auskunfts- und Raterteilungen bei Köndgen | 788 |
| a) Kommunikatives Handeln mit Geltungsanspruch | 789 |
| aa) Geltungsanspruch | 789 |
| bb) Geltungsanspruch gerade bei Rat und Empfehlung | 792 |
| cc) Geltungsanspruch und Selbstdarstellung | 793 |
| dd) Begründung der Vertragsähnlichkeit | 794 |
| ee) Zwischenresümee | 797 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) Marktbezogenheit der Auskunft | 798 |
| c) Berufsrolle des Auskunftgebers | 800 |
| d) Personeller Schutzbereich | 803 |
| e) Rollenkonflikt als Haftungsausschlussgrund | 804 |
| aa) Eingrenzung der tatsächlichen Begebenheiten | 804 |
| bb) Bestehen von Rollenbeziehungen | 805 |
| cc) Bestehen von Rollenkonflikten | 809 |
| (1) Konflikt nicht als notwendige Folge | 809 |
| (2) Aktualisierung des Rollenkonflikts | 810 |
| (3) Bedeutung des Haftungsrechts | 810 |
| (4) Aufgreifen von Konfliktängsten | 813 |
| dd) Rangfolgen für die Berufsrolle(n) und Konsequenz des Haftungsausschlusses | 813 |
| (1) Grundsätzliche Fokussierung auf das Verhältnis zum Mandanten | 813 |
| (2) Problem der Nachrangigkeit des Dritten | 814 |
| (3) Möglichkeit der Berücksichtigung des Dritten | 815 |
| 3. Resümee | 818 |
| VI. „Vertrauen“ als notwendige (Vor-)Überlegung des Verhältnisses zwischen Anwalt und Dritten – Nutzbarmachung der Vertrauenshaftung nach Canaris | 818 |
| 1. Einführung | 818 |
| 2. Vertrauenshaftung als Folge von Vertragsverhandlungen durch den Anwalt | 822 |
| a) Vorrang der Vertragshaftung | 823 |
| b) Zweispurigkeit der Vertrauenshaftung bei Canaris | 825 |
| c) Vertrauenshaftung zwischen Vertrags- und Deliktshaftung | 827 |
| d) Culpa in contrahendo und Vertrauenshaftung | 828 |
| e) Vertrauen | 829 |
| aa) Problem der Fassbarkeit des „Vertrauens“ | 829 |
| bb) Schaffung von Strukturen | 830 |
| cc) Probleme der Umsetzung innerhalb von Vertragsverhandlungen etc. | 831 |
| (1) Ebene Anwalt – Mandant | 832 |
| (2) Ebene Anwalt – Dritter | 833 |
| f) Ubiquität | 835 |
| aa) Vertrauen als Spezifikum in verschiedenen Haftungsformen | 835 |
| bb) Vertrauensgedanke als konstituierendes Prinzip | 836 |
| cc) Vertrauensgedanke und Vertrag | 837 |
| (1) Zu schließender Vertrag | 837 |
| (2) Bedeutung des Vertragsgestalters (als Verhandlender) | 840 |
| 3. Resümee und Folgerungen | 841 |

VII. § 311 Abs. 3 BGB – Gesetzlicher Lösungsansatz für die Auskunftshaftung oder
Sammelbecken alter Probleme? 842

1. Einführung 842

 a) Aufnahme der Dritthaftung in das BGB 842

 b) Keine grundsätzliche Auflösung „alter Probleme“ 845

2. Haftungsvoraussetzungen 847

 a) Schuldverhältnis 847

 aa) Tatbestandsmerkmale aus § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB 849

 (1) Vorliegen von Vertragsverhandlungen oder eines Vertragsschlusses 849

 (2) Inanspruchnahme von Vertrauen in besonderem Maße für sich durch den Dritten 851

 (a) Vertrauen 852

 (aa) Problem der Operationalität 852

 (bb) Bestimmung im normativen Kontext 853

 (aaa) Vertrauensnehmen und -geben als aktiver Prozess 853

 (bbb) Role-making 854

 (ccc) Betonung der Erwartung 856

 (b) Inanspruchnahme von Vertrauen 858

 (aa) Nutzen situativer Erwartungen 860

 (bb) Rückgriff auf vorhandene Erwartungsbilder (Rollen) und der damit einhergehenden Typisierung 862

 (cc) Inanspruchnahme von Vertrauen durch role-making 867

 (dd) „Annahmeproblematik“ 869

 (ee) „Annahme“ *in Bezug* auf die Inanspruchnahme 873

 (c) „Für sich“ 876

 (d) In besonderem Maße 877

 (e) Erhebliche Beeinflussung 879

 bb) Zwischenresümee 882

 b) Vorliegen einer Pflichtverletzung 882

 aa) Einführung 882

 bb) Inhalt des Schuldverhältnisses 883

 (1) Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses als Problem der Pflichtenbestimmung 884

 (2) Pflichteninhalt in Abhängigkeit von der anwaltlich gerierten Rolle 886

 (a) Anwalt als (juristischer) Fachmann 887

 (aa) Auskunft 888

 (bb) Rat und Empfehlung 890

 (b) Anwalt als Vermittler 890

 (c) Zwischenfazit 891

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (d) Sonderproblematik: Begrenzung der Pflichten aus § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB in „zeitlicher“ Hinsicht | 891 |
| cc) Verletzung der Pflichten | 892 |
| c) Vertretenmüssen | 892 |
| d) Schaden und Kausalität zur Pflichtverletzung | 893 |
| 3. Resümee | 894 |

5. Teil

Konsequenzen der Bedeutung der Interessenwahrnehmung in der Vertragsgestaltung – Notwendigkeit einer anwaltlichen Methodik

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| | 899 |
| A. Einführung | 899 |
| I. Positionaler Ausgangspunkt des Anwalts und daraus folgende maßgebliche Sichtweise | 899 |
| II. Blick auf das Recht | 900 |
| III. Notwendigkeit einer zweckorientierten Methodik der Vertragsgestaltung | 901 |
| B. Subjektive Interessen des Mandanten als notwendiger Ausgangspunkt | 903 |
| I. Einführung | 903 |
| II. Umgang mit den Interessen des Mandanten | 904 |
| 1. Erforschung der Interessen des Mandanten | 904 |
| a) Mittel zur Selbstbestimmung | 904 |
| b) Interessenerforschung als eine Form von „Machtoption“ | 908 |
| 2. Bewertung der Mandanteninteressen | 910 |
| a) Möglichkeit zur Interessenabstufung | 910 |
| b) Bewertung von Mandanteninteressen als Schritt hin zur rechtlichen Beur- teilung | 910 |
| c) Eröffnung weiterer Optionen aufgrund rechtlicher Kenntnisse | 911 |
| III. Zwischenresümee | 912 |
| C. Notwendigkeit der Berücksichtigung der Interessen des Vertragspartners | 914 |
| I. Einführung | 914 |
| II. Formale Willenseinigung als Ausgangspunkt eines (gegenseitigen) Interessen- ausgleichs in der Vertragsgestaltung | 916 |
| III. Bedeutung der Selbstbestimmung | 918 |
| 1. Einführung | 918 |
| 2. Steuerbare Einflussfaktoren | 920 |
| 3. Unbeeinflussbare Faktoren | 922 |
| 4. Zwischenresümee bezüglich methodischer Folgerungen | 923 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| D. (Funktionaler) Umgang mit dem Recht | 923 |
| I. Begriff des Normalstatuts | 924 |
| 1. Funktionaler Einsatz | 924 |
| a) Grundsätzliches Nutzen einer Infrastruktur | 924 |
| b) Besondere Form der Funktionalität | 925 |
| c) Typen aus der Kautelarpraxis | 926 |
| 2. Methodische Konsequenzen | 926 |
| II. Umgang mit dem Gestaltungsbedarf – Freiheitliches Denken am Anfang der (weiteren) gestalterischen Überlegungen | 927 |
| 1. Ausgangspunkt wiederum in den subjektiven Interessen | 928 |
| 2. Entstehung von Grenzen | 930 |
| III. Funktionaler Umgang mit Grenzen | 931 |
| 1. „Sichere“ Grenzen | 931 |
| a) Regelungen bezüglich der Abschlussfreiheit | 931 |
| b) Zwingende inhaltliche Vorgaben | 932 |
| c) Sonstige Grenzen durch zwingendes Recht | 933 |
| d) „Auflösung“ der Grenzfunktion | 933 |
| 2. Zwingendes Recht als gestalterischer „Unsicherheitsfaktor“ | 934 |
| a) Grundsätzliche Problematik um den gestalterischen/methodischen Um- gang mit Generalklauseln – Zwischen Zwang und Gestaltungsoptionen | 934 |
| aa) Einführung | 934 |
| (1) Begriff der Generalklausel | 934 |
| (2) Funktionen der Generalklauseln | 935 |
| (3) „Folgeprobleme“ für den gestaltenden Anwalt | 937 |
| bb) Wertende Betrachtung als Ausgangspunkt | 937 |
| cc) Fallgruppenbildung | 938 |
| (1) Suche nach systematischer Ordnung | 938 |
| (2) Vorliegen von „Fallgruppennormen“ | 940 |
| (3) Fallvergleich bzw. typisierender Fallvergleich | 942 |
| (4) Zwischenresümee | 943 |
| dd) Maßstäbe, Wertungsfaktoren und Konkretisierungen | 944 |
| ee) Exemplifikationen der Schritte anhand möglicher inhaltlicher Ver- tragskontrolle mittels Generalklauseln (§§ 138 Abs. 1, 242 BGB) | 946 |
| (1) „Fallgruppennormen“ | 946 |
| (a) Angehörigenbürgerschaft | 947 |
| (aa) Wertungsfaktoren | 949 |
| (aaa) Verfassungsgerichtliche „Vorgaben“ | 949 |
| (bbb) Folgerungen | 951 |
| (bb) Berücksichtigung des Einzelfalls | 951 |
| (b) Ehevertrag | 952 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (2) Fallvergleich bzw. typisierter Fallvergleich exemplifiziert hinsichtlich der Paritätsproblematik | 955 |
| (a) Einführung | 955 |
| (b) Notwendigkeit des Umgangs mit Fallgruppen | 956 |
| (c) Eingrenzungsmöglichkeiten mittels Fallgruppen/Fallgruppenvergleichs | 958 |
| (d) Einzelfallbetrachtung | 962 |
| (aa) Notwendigkeit | 962 |
| (bb) Verbindung zu den Wertungsfaktoren | 964 |
| (3) Einzelfallbetrachtung | 970 |
| b) (Grundsätzliche) Methodische Herangehensweise des Anwalts beim Umgang mit Generalklauseln | 970 |
| aa) Feststellung von Beteiligteninteressen | 971 |
| (1) Feststellung der involvierten Mandanteninteressen | 971 |
| (2) Ermittlung der Interessen des potentiellen Vertragspartners sowie von Drittinteressen | 971 |
| (3) Zwischenresümee | 972 |
| bb) „Subsumtion“ unter den Gesetzestext der Generalklausel | 972 |
| cc) Abgleich der Interessen mit Fallgruppennormen/Fallgruppen | 973 |
| dd) Aufdeckung/Erarbeitung der relevanten Wertungsfaktoren für die jeweilige Gestaltungssituation | 974 |
| (1) Klärung, was als Wertungsfaktor in Betracht kommt | 974 |
| (2) Fallgruppennormen und Wertungsfaktoren | 975 |
| (3) Fallgruppen und Wertungsfaktoren | 976 |
| (4) Umgang mit Wertungsfaktoren in gestalterischen Situationen ohne einschlägige Fallgruppennormen oder Fallgruppen | 977 |
| (a) Zuweisung von Bedeutung in Bezug auf die ermittelten Interessen | 978 |
| (b) „Einstieg“ in den Umgang mit beweglichen Elementen | 979 |
| (aa) Wertungsfaktoren, „Abstufungen“ von Wertungsfaktoren und Wechselwirkungen zu anderen Wertungsfaktoren | 980 |
| (bb) Gestalterischer Umgang mit beweglichen Elementen | 981 |
| (aaa) Eigener wertender Vorgang | 981 |
| (bbb) Ausdrückliche Fixierung involvierter Interessen | 981 |
| (ccc) Aufnahme von Wertungsfaktoren in den Vertrag | 982 |
| (ddd) Schaffung oder Modifizierung von „Umweltfaktoren“ | 983 |
| (eee) Resümee | 983 |
| (5) Nochmaliger Rekurs auf Fallgruppennormen/Fallgruppen | 984 |
| c) Methodischer Umgang mit Generalklauseln – Beitrag für eine (Gesamt-) Methodik der Vertragsgestaltung | 985 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| E. Methodik einer interessengeleiteten anwaltlichen Vertragsgestaltung | 986 |
| I. Folgerungen der Erkenntnisse um den methodischen Umgang mit Generalklauseln – Methodik der Vertragsgestaltung als „flexibles System“ | 986 |
| II. Die einzelnen Schritte einer Methodik anwaltlicher interessenorientierter Vertragsgestaltung | 990 |
| 1. Sachverhaltsermittlung im weiten Sinn | 990 |
| 2. Bestimmung des/der Interessenziels/-ziele des Mandanten | 991 |
| 3. Bestimmung des Rechtsziels | 993 |
| 4. Abklärung der Möglichkeiten der rechtlichen Infrastruktur | 993 |
| 5. Feststellung von Gestaltungsbedarf | 995 |
| 6. Herausbildung von Gestaltungsalternativen | 995 |
| 7. Auswahl unter den Gestaltungsalternativen und Entwicklung der endgültigen Vertragsklauseln/des endgültigen Gesamtvertrags | 997 |
| 8. Niederschrift des Gesamtvertrags und Vornahme etwaiger Umsetzungshandlungen | 999 |
| Schlussthesen | 1000 |
| Literaturverzeichnis | 1007 |
| Stichwortverzeichnis | 1049 |

Einführung

Verträge sind ubiquitär, wir leben in einer Vertragsgesellschaft.¹ Jeden Tag schließt der Einzelne in der Regel zahlreiche Verträge ab. Es ist oftmals ein selbstverständlicher Vorgang. Diese „Selbstverständlichkeit“ ist aber auch ein Grund, warum über den Vertrag, was er voraussetzt, was er bedeutet und was man mit ihm erreichen will und kann, häufig kaum oder nicht im ausreichenden Maß reflektiert wird. Gerade eine differenzierte Betrachtungsweise ist aber erforderlich, um Verträge, ihr Verständnis, ihre Möglichkeiten und Grenzen zu begreifen und auszuschöpfen.

Im Alltagsleben tritt der Vertrag vor allem als juristischer Vertrag in typisierten Formen in Erscheinung. Erfasst sind etwa alltägliche Geschäfte² wie (Ein-)Käufe (§ 433 BGB) von Lebensmitteln oder die Inanspruchnahme von bestimmten Dienst- oder Werkleistungen (§ 611 bzw. § 631 BGB). Hinsichtlich solcher Verträge und des Umgangs mit ihnen sind mehrere Umstände auffallend: Diese Verträge sind eben zumeist solche im juristischen Sinn, das heißt für den Abschlussmechanismus, den inhaltlichen Rahmen, die Störfallvorsorge und die Durchsetzbarkeit hat das staatliche Recht Regelungen getroffen, auf die zurückgegriffen wird bzw. werden kann.

Das „Juristische“ an solchen alltäglichen Geschäften ist dem einzelnen Vertragspartner, vor allem, wenn er nicht in kaufmännischer Weise involviert ist, vielfach aber nicht aktuell bewusst. Man hat zwar in der Regel ein entsprechendes „sachgedankliches Mitbewusstsein“,³ das sich etwa darin zeigt, dass man weiß, für viele Leistungen eine Gegenleistung in Form der Entgeltzahlung erbringen zu müssen. „Wissen“ ist dann oft (nur) ein ständiges Begleitwissen,⁴ ein „jederzeit verfügbares Wissen“, das „aus dem Stand reproduziert werden kann“⁵.

¹ So *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 351.

² Gemeint sind damit hier Geschäfte, die von ihrem (quantitativen) Auftreten her als „alltäglich“ angesehen werden können.

³ Die Begrifflichkeit des sachgedanklichen Mitbewusstseins stammt aus dem Strafrecht, gehört dort zur Bestimmung des Wissenselements beim Vorsatz, siehe etwa *Rengier*, Strafrecht AT, § 14, Rn. 51.

⁴ Das ist eine andere Begrifflichkeit des sachgedanklichen Mitbewusstseins im Strafrecht, siehe *Rengier*, Strafrecht AT, § 14, Rn. 51.

⁵ So die entsprechende Erläuterung des sachgedanklichen Mitbewusstseins bzw. des Begleitwissens bei *Rengier*, Strafrecht AT, § 14, Rn. 51, unter Verweis auf *Rönnau*, JuS 2010, 676. Auch wenn die Beschreibung der Wissensabläufe dem Strafrecht entnommen ist, passt sie gleichwohl in den hier dargestellten Kontext.

Ein aktuelles Bewusstwerden im Sinn einer Reflexion juristischer Elemente findet am ehesten dann statt, wenn Erwartungen enttäuscht werden, das heißt, wenn es zu „Störfällen“ kommt.

Erklärungen für einen „nicht juristisch geleiteten“ Umgang mit Verträgen können sich in den Motiven und den damit verbundenen Verhaltensmustern des Einzelnen finden. Bei Verträgen des täglichen Lebens liegt der Grund ihres Abschlusses vielfach in der Notwendigkeit, (elementare) Bedürfnisse zu befriedigen. Man kauft Lebensmittel, um die Nahrungsaufnahme sicherzustellen. Man kauft Kleidungsstücke, um sich der Witterung angemessen anzuziehen. Man mietet eine Wohnung, um eine sichere Unterbringung zu haben. Die Motivation ist somit völlig unjuristisch, der juristische Vertrag ist nur eine Umsetzungsmöglichkeit zur Erfüllung der Bedürfnisse. Dementsprechend werden solche Möglichkeiten auch „erlernt“. Von klein auf wird man damit vertraut gemacht, wie bestimmte auftretende Bedürfnisse befriedigt werden können. Dazu gehört beispielsweise das Erlangen von Lebensmitteln gegen die Hingabe von Geld. Juristische Feinheiten werden in dem Kontext nicht oder vielfach nicht (unmittelbar) mit vermittelt. Der Fünfjährige, der vom Großvater zwei Euro erhält, damit er sich ein Eis kaufen kann, begreift, dass er mit Geld seinen Wunsch nach Eis erfüllen kann. In der Praxis wird der Fünfjährige, der sich mit dem Geldstück zum Eisverkäufer begibt, häufig sogar selbst das Eis „erwerben“ können. Mit der Aussage der §§ 104 Nr. 1, 105 Abs. 1 BGB wird er somit zumeist nicht vertraut gemacht. Der Eisverkäufer, der ggf. weiß, dass er an „kleine Kinder“ nichts (wirksam) verkaufen kann, wird dieses Wissen, jedenfalls bei „geringen“ Geschäften, in der Regel ebenfalls nicht umsetzen und das Geschäft mit dem Geschäftsunfähigen nicht verweigern.

Selbst wenn Geschäfte im alltäglichen Leben ein Volumen annehmen, bei dem (erwachsene) Geschäftspartner sie nicht mehr mit Minderjährigen abschließen,⁶ beobachtet der Heranwachsende dennoch immer wieder den Zusammenhang von Vertragsabschlüssen und „Wunscherfüllung“. Diese Abläufe lassen sich auch wie folgt umschreiben: Der Einzelne lernt von klein auf, sein Leben mit und durch Verträge (mit) zu gestalten. „Gestaltung“ soll hier zunächst verkürzt als Handeln zur Bewältigung und Veränderung der (eigenen) Lebensumstände begriffen werden.

Einerseits werden somit zu Beginn dieses Lernprozesses der Bedürfnisbefriedigung, ggf. auch noch in seinem weiteren Verlauf, in großen Teilen die juristischen Dimensionen von Verträgen nicht begriffen bzw. ausgeblendet. Gleichwohl kann der Einzelne aber später im weiteren Fortschreiten des Erlernens um die Möglichkeiten der eigenen Lebensgestaltung sich immer stärker zur Erfassung juristisch geprägter Zusammenhänge hinwenden.

Zum einen kann man den juristischen Aspekt als „Grenze“ erfahren. Mag der Eisverkäufer auch bedenkenlos ein Eis für zwei Euro an einen Fünfjährigen „ver-

⁶ Es mag dahingestellt bleiben, ob dies in genauer Kenntnis der Normen um §§ 104 ff. BGB geschieht, oder weil man „allgemein“ weiß, dass man meistens keine wirksamen Rechtsgeschäfte mit einem Minderjährigen abschließen kann.

kaufen“, so wird dem Versuch eines 14-Jährigen, Alkohol käuflich zu erwerben, demgegenüber häufig ein Misserfolg beschieden sein.⁷ Ein anderer Aspekt, den man durchaus ebenfalls als (lebenslangen) Lernprozess bezeichnen kann, besteht in einem immer weiter fortschreitenden Prozess der Aufklärung. So erfolgt beispielsweise durch eine breite Verbraucheraufklärung und -beratung eine Bewusstwerdung um die juristischen Abläufe von Verträgen. Das betrifft vor allem den Bereich der möglichen Reaktionen auf „Störfälle“, etwa die Kenntniserlangung um die Mängelgewährleistung beim Kauf beweglicher Sachen (§§ 434 ff. BGB).

Ein anderes Gebiet, in welchem sich die Gewichte hin zu einer stärkeren Auseinandersetzung mit juristischen Fragen im Zusammenhang mit Verträgen verschieben, ergibt sich beim Umgang mit komplexeren Sachverhalten, die vertraglich geregelt werden sollen. Zwar nicht täglich, doch keinesfalls selten, ist der Einzelne Vertragspartei eines komplexeren Vertragswerkes. Beispiele dafür können bereits Versicherungsverträge sein, Darlehensverträge, die von diversen Kreditsicherungen flankiert sind, oder der Kaufvertrag über ein Grundstück. Komplexität findet sich erst recht, wenn umfängliche atypische Situationen einer vertraglichen Regelung zugeführt werden sollen, etwa bei der Regelung der Versorgung eines Pflegebedürftigen im Alter in dessen eigenem Haus.

Auch bei vielschichtigen Sachverhalten hat der Einzelne Wünsche, die er umgesetzt wissen möchte, etwa die Absicherung der Familie im Todesfall oder den Erhalt eines Unternehmens am Markt durch Sicherstellung der Abläufe in einem Großprojekt. Hier greift der Einzelne nicht, wie etwa beim Kauf von Lebensmitteln, auf immer wieder erprobte Abläufe zurück. Man hat zwar gelernt, dass es auch für solche (komplexen) Situationen das Instrumentarium „Vertrag“ gibt, nähert sich diesem jedoch in anderer Weise, zudem in der Regel mit nicht so einer großen Selbstverständlichkeit. Der rechtliche Aspekt tritt zumeist viel stärker bzw. viel früher in den Vordergrund, wie umfangreiche Planungen bzw. eine rechtliche Beratung im Vorfeld des Vertrags zeigen können. Diese stärkere Hinwendung zu juristischen Überlegungen kann zu einer veränderten Sichtweise in Bezug auf den Vertrag als Mittel zur Veränderung sowie auf den Ort seiner (Aus-)Wirkungen führen. „Wirken“ soll der Vertrag im tatsächlichen Leben. Während sich der Einzelne bei Geschäften des alltäglichen Lebens dieser Wirkung zumeist unmittelbar bewusst ist (z. B. wird der Hunger durch den Kauf von Lebensmitteln beseitigt), er allerdings kaum oder wenig über den juristischen Weg dorthin reflektiert, kann dies bei komplexeren Verträgen anders sein. Trotz der Umsetzung von bestimmten Zielen wird hier dem juristisch Möglichen und Machbaren mehr Aufmerksamkeit gewidmet, es findet viel stärker eine aktive Auseinandersetzung mit juristischen Fragen und Problemen statt. Die Schwierigkeit, die sich dann allerdings eröffnen kann, liegt

⁷ Das Verbot folgt aus § 9 Abs. 1 Jugendschutzgesetz. Die Kenntnis der Verbotsnorm wird zumindest unter Verkäufern alkoholischer Getränke als weit verbreitet anzunehmen sein.

So haben Veranstalter und Gewerbetreibende die nach den §§ 4 bis 13 JuSchG für ihre Betriebseinrichtungen und Veranstaltungen geltenden Vorschriften durch deutlich sichtbaren und gut lesbaren Aushang bekannt zu machen (§ 3 Abs. 1 JuSchG).