

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, Rimplar
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
-------------------------	----

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
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 Dienstleistungen	83
b)	Anwaltliche Pflichten aufgrund des Anwaltsvertrags	85
aa)	Sachverhaltsermittlung	86
(1)	Ermittlung des tatsächlichen Sachverhalts und relevanter Interessen	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 Auskunfts- 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 Dahrendorfschen Sinn	510
5. Dahrendorfs Rollenverständnis und die anwaltlich umzusetzenden Mandanteninteressen 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 Verständnis von Muss-/Soll- und Kann-Erwartungen	513
aa) Position	513

bb) Muss-Erwartungen und Mandanteninteressen	515
(1) Grundsätzliche Eignung von Muss-Erwartungen zur Interessenumsetzung	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“ <i>in Bezug</i> 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) Angehörigenbürgschaft	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 General- klauseln – Methodik der Vertragsgestaltung als „flexibles System“	986
II. Die einzelnen Schritte einer Methodik anwaltlicher interessenorientierter Ver- tragsgestaltung	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 Umsetzungshand- lungen	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).