

Die Auslegung der Privatautonomie

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

LL. M., Cristina Giner Rommel

Mainz

2008

Erstberichterstatter:

Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Handelsrecht

Univ.-Prof. Dr. iur. ...

Zweitberichterstatter:

Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Römisches Recht

Univ.-Prof. Dr. iur. ...

26. November 2008

Meinem lieben Freund Dr. med. dent. ... und meinen lieben Eltern in Dankbarkeit gewidmet

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	I
1 Gegenstand der Untersuchung.....	1
2 Rechtsordnung Privatrecht.....	9
2.1 Privatautonomie.....	10
2.2 Privatrechtsverhältnis.....	13
2.2.1 Rechtsgestaltungsfreiheit: Culpa in contrahendo.....	14
2.2.1.1 Willensmangelrecht.....	25
2.2.1.1.1 Willenserklärung.....	26
2.2.1.1.1.1 Differenzierung zwischen Rechtsgeschäft und Rechtswillenserklärung: differenzierte Rechtsfolge.....	33
2.2.1.1.1.2 Zwei Elemente.....	46
2.2.1.1.1.2.1 Willensinhalte.....	47
2.2.1.1.1.2.2 Die Erklärung.....	49
2.2.1.1.1.2.3 Verhältnis von Willen und Erklärung.....	52
2.2.1.1.1.2.3.1 Einheit.....	52
2.2.1.1.1.2.3.2 Keine Einheit	54
2.2.1.1.1.2.4 Theorienstreit.....	56
2.2.1.1.1.2.4.1 Willentheorie.....	57
2.2.1.1.1.2.4.2 Erklärungstheorie.....	59
2.2.1.1.1.2.4.3 Empfängerhorizontstheorie.....	60
2.2.1.1.1.2.4.4 Die Verknüpfung von Savignys Lehre mit der Empfängerhorizontstheorie.....	64
2.2.1.1.1.3 Erklärung als Zurechnungselement.....	66
2.2.1.1.1.3.1 Rechtsgestaltungsmacht - Selbstbestimmung des Erklärenden.....	69
2.2.1.1.1.3.2 Rechtsgestaltungsschranke - Schutzobliegenheit des Erklärenden.....	70
2.2.1.1.1.3.3 Rechtsnachteil wegen schuldhafter Obliegenheitsverletzung des Erklärenden.....	71
2.2.1.1.1.3.3.1 Unterschiedliche Obliegenheitsverletzungen.....	71
2.2.1.1.1.3.3.1.1 Willensmangel.....	71
2.2.1.1.1.3.3.1.1.1 Fehlen des Handlungswillens.....	72

2.2.1.1.1.3.3.1.1.2	Fehlen des Rechtsbindungswillens.....	73
2.2.1.1.1.3.3.1.1.3	Fehlen des Geschäftswillens.....	74
2.2.1.1.1.3.3.1.1.4	Fehlen des Motivwillens.....	74
2.2.1.1.1.3.3.1.2	Erklärungsmangel.....	74
2.2.1.1.1.3.3.2	Unterschiedlicher Verschuldensgrad.....	74
2.2.1.1.1.3.3.3	Unterschiedlicher Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung.....	78
2.2.1.1.1.3.3.3.1	Willensmangel.....	79
2.2.1.1.1.3.3.3.1.1	Vorsatz.....	79
2.2.1.1.1.3.3.3.1.1.1	Mentalreservation (§ 116 Satz 1).....	79
2.2.1.1.1.3.3.3.1.1.2	Scherzerklärung (§ 118 i. V. m. § 122 I).....	79
2.2.1.1.1.3.3.3.1.2	Fahrlässigkeit - Irrtum (§ 119 i. V. m. § 122 I).....	81
2.2.1.1.1.3.3.3.1.3	Einverständnis (§ 117).....	82
2.2.1.1.1.3.3.3.2	Erklärungsmangel.....	82
2.2.1.1.1.3.3.3.2.1	Formale Auslegungsregel (§ 133).....	82
2.2.1.1.1.3.3.3.2.2	Materiale Auslegungsregel.....	83
2.2.1.1.1.3.3.3.2.2.1	Vermutung (Obliegenheit).....	83
2.2.1.1.1.3.3.3.2.2.2	Fiktion (Last).....	83
2.2.1.1.2 Erklärungsinterpretation.....		85
2.2.1.1.2.1	Differenzierung zwischen Einigungsauslegung (§ 157) und Willensauslegung (§ 133).....	88
2.2.1.1.2.2	Zwei Elemente.....	93
2.2.1.1.2.2.1	Interpretation.....	94
2.2.1.1.2.2.2	Erklärung.....	95
2.2.1.1.2.2.3	Verhältnis.....	96
2.2.1.1.2.2.3.1	Einheit.....	96
2.2.1.1.2.2.3.2	Keine Einheit.....	97
2.2.1.1.2.3	Interpretation als Zurechnungselement.....	98
2.2.1.1.2.3.1	§ 133.....	98
2.2.1.1.2.3.2	Grundlagen für die Zurechnung der normativen Auslegung.....	99
2.2.1.1.2.3.2.1	Vertrauensschutz des Empfängers.....	99

2.2.1.1.2.3.2.2	Schranken des Vertrauensschutzes - Schutzobliegenheit des Empfänger.....	99
2.2.1.1.2.3.2.3	Rechtsnachteil wegen schuldhafter Obliegenheitsverletzung des Empfängers.....	101
2.2.1.1.2.3.2.3.1	Unterschiedliche Obliegenheitsverletzungen.....	101
2.2.1.1.2.3.2.3.2	Unterschiedlicher Verschuldensgrad.....	101
2.2.1.1.2.3.2.3.3	Unterschiedlicher Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung.....	102
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1	Interpretationsmangel.....	102
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1	Vorsatz.....	102
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1.1	Mentalreservation (§ 116 Satz 2).....	102
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1.2	Irrtum (§ 119 i. V. m. § 122 II).....	102
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1.3	Scherzerklärung (§ 118 i. V. m. § 122 II).....	104
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1.4	§ 123.....	105
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.2	Fahrlässigkeit	106
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.2.1	Irrtum (§ 119 i. V. m. § 122 II).....	106
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.2.2	Scherzerklärung (§ 118 i. V. m. § 122 II).....	107
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.3	Einverständnis.....	107
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.3.1	Scheinerklärung (§ 117 I).....	107
2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.3.2	Fahrlässiges Einverständnis.....	109
2.2.1.1.2.3.2.3.3.2	Erklärungsmangel.....	110
2.2.1.1.2.3.2.3.3.2.1	Formale Auslegungsregel (§ 133).....	110
2.2.1.1.2.3.2.3.3.2.2	Materiale Auslegungsregel.....	113
2.2.1.1.2.3.2.3.3.2.2.1	Vermutung (Obliegenheit).....	113
2.2.1.1.2.3.2.3.3.2.2.2	Fiktion (Last).....	113
2.2.1.1.3 Rechtsnachteilsausgleich zwischen Erklärendem und Empfänger		115
2.2.1.1.3.1	Die Generalregelung des § 254, Quotenteilungsprinzip.....	116
2.2.1.1.3.2	Die Sonderregelungen der §§ 116 ff.....	116

2.2.1.2 Einigungsmangelrecht.....	118
2.2.1.2.1 Einigungserklärung.....	118
2.2.1.2.1.1 Differenzierung zwischen Vertrag und Einigungserklärung.....	118
2.2.1.2.1.2 Zwei Elemente.....	119
2.2.1.2.1.2.1 Einigung.....	120
2.2.1.2.1.2.2 Erklärung.....	120
2.2.1.2.1.2.3 Verhältnis.....	120
2.2.1.2.1.2.3.1 Einheit (Konsens).....	121
2.2.1.2.1.2.3.2 Keine Einheit (Dissens).....	123
2.2.1.2.1.3 Erklärung als Zurechnungselement.....	125
2.2.1.2.1.3.1 Gemeinsame Vertragsfreiheit.....	125
2.2.1.2.1.3.2 Gemeinsame Vertragsschranke.....	125
2.2.1.2.1.3.3 Gemeinsamer Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung....	126
2.2.1.2.1.3.3.1 Verschiedene Abschlussformen.....	126
2.2.1.2.1.3.3.1.1 Vertrag durch Angebot und Annahme (Fiktion).....	126
2.2.1.2.1.3.3.1.2 Vertrag durch Verhandlung (Vermutung).....	126
2.2.1.2.1.3.3.2 Unterschiedliche Obliegenheitsverletzungen.....	127
2.2.1.2.1.3.3.2.1 Einigungsmangel.....	127
2.2.1.2.1.3.3.2.2 Erklärungsmangel.....	127
2.2.1.2.1.3.3.3 Unterschiedlicher Verschuldensgrad.....	127
2.2.1.2.1.3.3.4 Unterschiedlicher Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung.....	128
2.2.1.2.1.3.3.4.1 Erklärungsmangel.....	128
2.2.1.2.1.3.3.4.1.1 Formale Auslegungsregel (§ 157).....	128
2.2.1.2.1.3.3.4.1.2 Materiale Auslegungsregel.....	128
2.2.1.2.1.3.3.4.1.2.1 Vermutung (§ 154).....	128
2.2.1.2.1.3.3.4.1.2.2 Fiktion: Lastenverletzung durch Angebot und Annahme (§§ 150 II und 151).....	130
2.2.1.2.1.3.3.4.2 Einigungsmangel (§ 155).....	134

2.2.1.2.2 Erklärungsinterpretation.....	136
2.2.1.2.2.1 Differenzierung zwischen Ausübung des Rechtsgeschäfts (§ 242) und Auslegung der Einigungserklärung (§ 157).....	136
2.2.1.2.2.2 Zwei Elemente.....	137
2.2.1.2.2.2.1 Interpretation.....	137
2.2.1.2.2.2.2 Erklärung.....	137
2.2.1.2.2.2.3 Verhältnis.....	137
2.2.1.2.2.2.3.1 Einheit.....	138
2.2.1.2.2.2.3.2 Keine Einheit.....	138
2.2.1.2.2.2.3 Interpretation als Zurechnungselement.....	138
2.2.1.2.2.2.3.1 Gemeinsamer Vertrauensschutz.....	139
2.2.1.2.2.2.3.2 Gemeinsame Vertrauensschränke.....	139
2.2.1.2.2.2.3.3 Gemeinsamer Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung...	139
2.2.1.2.2.2.3.3.1 Unterschiedliche Obliegenheitsverletzungen.....	139
2.2.1.2.2.2.3.3.2 Unterschiedlicher Verschuldensgrad.....	139
2.2.1.2.2.2.3.3.3 Unterschiedlicher Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung.....	140
2.2.1.2.2.2.3.3.3.1 Erklärungs­mangel.....	140
2.2.1.2.2.2.3.3.3.1.1 Formale Auslegungsregel (§ 157).....	140
2.2.1.2.2.2.3.3.3.1.2 Materiale Auslegungsregel - Vermutung (§ 154).....	141
2.2.1.2.2.2.3.3.3.2 Interpretationsmangel.....	142
2.2.1.2.2.2.3.3.3.2.1 § 155.....	142
2.2.1.2.2.2.3.3.3.2.2 Einverständnis.....	144
2.2.1.2.2.2.3.3.3.2.2.1 Scheingeschäft (§ 117 II).....	144
2.2.1.2.2.2.3.3.3.2.2.2 Fahrlässiges Einverständnis.....	145
 2.2.1.2.3 Rechtsnachteilsausgleich.....	 148
 2.2.2 Rechtsausübungsfreiheit: Das Seinsollen.....	 149
 3 Gesamtwürdigung.....	 155

Literaturverzeichnis

- Amtliche Ausgabe: Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 5 Bde., 2. A., Berlin 1896 (zit. Mot. I, II usw.)
- Anwaltkommentar: Deutscher Anwalt Verein, Schuldrecht, 2002
- Bähr, Otto: Über Irrungen im contrahieren, in: Regelsberger, Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 14, Jena 1875, S. 393-427 (zit. Bähr, J. J.)
- Bähr, Peter: Grundzüge des BGB, 9. Auflage, 1995 (zit. Bähr, Grundzüge)
- Bähr, Otto: Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Kassel 1892 (zit. Bähr, Gegenentwurf)
- Bamberger/Roth: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2003
- Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Küpisch, Berthold u. a.: Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, 2. Bd., Heidelberg 1995
- Binder, Julius: Philosophie des Rechts, Berlin 1925
- BGB Studienkommentar: BGB Studienkommentar, 7. A., München 2004
- Brehmer, Nikolaus: Wille und Erklärung, Zur Geltung, Tatbestand und Zurechnung der Willenserklärung, in: Frank, Jürgen/Rückert, Joachim u.a. (Hrsg.): Fundamenta Juridica, Hannoversche Beiträge zur rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung, 20. Bd., Baden-Baden 1992
- Brox: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 29. A., 2005
- Brox/Walker: Allgemeines Schuldrecht, 30. A., München 2004
- Brox/Walker: Besonderes Schuldrecht, 31. A., München 2006 (zit. Brox/Walker, Schuldrecht BT)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, Juristen-Zeitung 2001, S. 499-530
- Canaris, Claus-Wilhelm: Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über Schutzpflichtverletzungen, Juristen-Zeitung 1965, S. 475-481 (Canaris, JZ 1965)
- Cosack, Konrad: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts: Die Allgemeine Lehre und das Recht der Forderungen, Bd. 1, 1913
- Von Craushaar, Götz: Der Einfluss des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung, in: Nipperdey (Hrsg.): Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 24, München 1969
- Danz, Erich: Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 46, Jena 1905, S. 381-480

- Danz, Erich: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage, 3. A., Jena 1911 (zit. Danz, Ausl. Rechtsg.)
- Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 6. A., 1899
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Halbband 2, 15. A., Tübingen 1960
- Erman: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. A., 2004
- Evans-von Krbek, Franziska-Sophie: Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens- oder Sorgfaltspflichtverletzung, Überlegungen zu einer gemeinsamen Grundlegung der Culpa in contrahendo ..., in: Grunsky, Wolfgang/Lieb, Manfred/Medicus, Dieter (Hrsg.): Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 179, Tübingen 1979
- Fischer, Otto: Rechtsgeschäftliches Beiwerk. (Demonstratio), in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 76, Jena 1826, S. 1-52
- Flume, Werner: Das Rechtsgeschäft, Bd. 2, 4. A., 1992 (zit. Flume)
- Flume, Werner: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2000 (zit. Flume, ZIP)
- Foer, Reiner: Die Regel „Falsa demonstratio non nocet“ unter besonderer Berücksichtigung der Testamentsauslegung: Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Rechtswissenschaft, 624 Bd., Frankfurt am Main u. a. 1987
- Frotz, Gerhard: Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in Contrahendo, in: Faistenberger, Christoph/Mayrhofer, Heinrich (Hrsg.): privatrechtliche Beiträge, Gedenkschrift Franz Gschnitzer, Aalen 1969
- Hammen, Horst: Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 29, Berlin 1983
- Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht, in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 42, Jena 1901, S. 413-458
- Jacobsohn, Adolf: Die Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtums, in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 56, Jena 1910, S. 329-411
- Jsay, Hermann: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929
- Jahrbuch des deutschen Rechts, 1903
- Jakobs/Schubert: Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 1985
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre, Das Problem der Gerechtigkeit, 2. A., Wien 1960
- Kohler, Josef: Studien über Mentalreservation und Simulation, in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 16, Jena 1878, S. 91-158

- Kohler, Josef: Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft, in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 16, Jena 1878, S. 325-356 (zit. Kohler, 2)
- Von Jhering, Rudolf: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 4, Jena 1861, S. 1- 112 (zit. von Jhering, J. J.)
- Von Jhering, Rudolph: Theorie der juristischen Technik, in: Krawietz, Werner (Hrsg.): Wege der Forschung: Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Bd. 434, Darmstadt 1976, S. 11-82
- Larenz, Karl: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, 1. A. von 1930, Frankfurt am Main 1966 (zit. Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg.)
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 14. A., 1987 (zit. Larenz, AT)
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. A., Berlin, Heidelberg 1991 (zit. Larenz, Methodenlehre)
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. A., München 2004
- Larenz, Karl; Vertrag und Unrecht, 1. Teil: Vertrag und Vertragsbruch, in: Dahm/Eckhardt/Huber (Hrsg.): Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, Reihe A, Hamburg 1836
- Leenen, Detlef: Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages, zugleich ein Beitrag zur Lehre von Dissens, in: Grunsky, Wolfgang/Lieb, Manfred/Medicus, Dieter (Hrsg.): Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 188, Tübingen 1988
- Looschelders, Dirk: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1. A., 2003
- Manigk, Alfred: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft, in: Leonhard, Rudolf (Hrsg.): Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, 5. Heft, Breslau 1901 (zit. Manigk, Anwend.)
- Manigk, Alfred: Das rechtswirksame Verhalten: Systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts, Berlin 1939
- Manigk, Alfred: Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen: Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung, in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 49, Jena 1955, S. 459-486 (zit. Manigk, J. J.)
- Manigk, Alfred: Das Wesen des Vertragsschlusses in der neuen Rechtsprechung Beiträge zur Lehre zur Lehre vom Konsens und Dissens, in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 75, Jena 1925, S. 127-236 (zit. Manigk, J. J., Bd. 75)

- Mayer-Mali, Theo: Vertrag und Einigung, Teil I der „Studien zum Vertrag“, in: Dietz, Rolf/ Hübner, Heinz (Hrsg.): Festschrift für Carl Nipperdey, München und Berlin 1965
- Münchener Kommentar: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. A., 2001
- Mazzacane, Aldo: Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842. Ius commune, Bd. 63, Frankfurt am Main 1993
- Medicus: Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage 2002
- Medicus: Schuldrecht (zit. Medicus, Schuldrecht)
- Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Bd. 1, Berlin 1899 (zit. Mugdan I)
- Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, Berlin 1899 (zit. Mugdan II)
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 65. A., 2006
- Planck: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 5 Bde., 4. A., Berlin 1913
- Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen: Bürgerliches Gesetzbuch, 3./4. A., Berlin 1910
- Reichs-Justizamt (Hrsg.) : Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 7 Bde., Berlin 1897 (zit. Prot. I, II usw.)
- Radbruch, Gustav: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914 (zit. Radbruch, Grundzüge).
- Radbruch, Gustav: Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. A., Stuttgart 1952 (zit. Radbruch, Einführung).
- Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie, 6. A., Stuttgart 1963 (zit. Radbruch, Rechtsphilosophie).
- Röhl, Klaus F.: Allgemeine Rechtslehre, Köln u. a. 1994
- Rückert, Joachim (Hrsg.): Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, Baden-Baden 1997
- Rümelin, Gustav: Juristische Begriffsbildung, in: Krawietz, Werner (Hrsg.): Wege der Forschung: Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Bd. 434, Darmstadt 1976, S. 83-106
- Von Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen Römischen Rechts, 8 Bde., Berlin 1840 (zit. von Savigny, I, II usw.)
- Von Savigny, Friedrich Carl: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft, Heidelberg 1814 (zit. Savigny, Beruf)
- Scholtz, Gunter: Ethik und Hermeneutik: Schleiermachers Grundlegung der Geisteswissenschaften, Frankfurt am Main, 1995
- Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand: Das corpus Juris civilis in's Deutsche übersetzt, in: Otto, Carl Ed./Schilling, Bruno (Hrsg.), Leipzig, 1831

- Schröder, Jan: Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule, München 2001
- Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. A., 1999
- Sohm, Rudolf: Institutionen Geschichte und System des römischen Privatrechts, in: Wenger, Leopold (Hrsg.), 17. A., Berlin 1949.
- Stier-Somlo, Fritz/Elster, Alexander (Hrsg): Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 5 Bde., Berlin und Leipzig 1926-1928
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zu §§ 241 ff; §§ 241-242, 13. A., Berlin 1995 (zit. Staudinger, II)
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Buch 1. Allgemeiner Teil §§ 90-133; §§ 1-54, 63 BeurkG (Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren), Berlin 2004 (zit. Staudinger, I)
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 5./6. A., München und Berlin 1910 (zit. Staudinger 5./6. A.)
- Strauch, Robert G: Zu Frage subjektiver Voraussetzungen in § 162, Diss. Universität Bonn 1997
- Söllner, Alfred: Einführung in die Römische Rechtsgeschichte, 5 A., München 1996
- Teichmann, Arndt: Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Betriebsberater 2001, S. 1485-1492
- Studienkommentar zum BGB: Studienkommentar zum BGB, erstes und drittes Buch (§§ 1-1296), 2. A., Frankfurt am Main 1979
- Trupp, Andreas: Die Bedeutung des § 133 BGB für die Auslegung von Willenserklärungen, NJW 1990 Heft 21, S. 1346-1347
- Von Tuhr, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1. Hälfte: Die rechtserheblichen Tatsachen insbesondere das Rechtsgeschäft, München und Leipzig 1914
- Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. A., Frankfurt a. M., 1900
- Zeller, Ernst: Auslegung von Gesetz und Vertrag, 1989
- Zeller, Otto: Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Äußerungen zum Allgemeinen Theil, Neudruck der Ausgabe 1890, Osnabrück 1967
- Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre. Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Bd. 93, 8. A., München 2003
- Zitelmann, Ernst: Die juristische Willenserklärung, in: Regelsberger, Ferdinand/Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Jherings Jahrbucher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 16, Jena 1878, S. 357-436

1 Gegenstand der Untersuchung

§ 122 II BGB¹ i. V. m. § 119 I bestimmt, dass die Ersatzpflicht nach der Anfechtung nicht eintritt, wenn der Beschädigte den Grund der Anfechtbarkeit kannte oder hätte kennen müssen. Liegt dies jedoch vor, so ist, laut einheitlicher Auslegung des § 119 I i. V. m. § 122 II², die Willenserklärung nicht anfechtbar. Da das vom Gewollten abweichend Erklärte nicht gilt, besteht für den Erklärenden kein Grund seine Willenserklärung anzufechten. Somit besteht diese Arbeit darin, dieses Problem näher zu betrachten, um entweder der Auslegung der h. M. oder dem Wortlaut und damit auch den Sinn des Gesetzes zu folgen.

Deutlich wird dieser Sachverhalt an dem Beispiel, dass B A die ihm zustehenden 100.000 €bar zurückzahlen will, A das Geld aber nicht annimmt. Später, als die freundschaftliche Beziehung abgekühlt ist, verlangt A von B die Zahlung von 100.000 € mit dem Hinweis darauf, er habe das Geld B nur geliehen. B beruft sich aber auf Schenkung. A könnte ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages abgegeben haben, der eine Rückzahlungspflicht begründet, es könnte aber auch ein Schenkungsvertrag zustande gekommen sein.

Ob B der innere Wille von A bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, ist aber laut h. M.³ anhand des Vorrangs der Auslegung vor dem Willens- oder Einigungsmangel von Wichtigkeit, und zwar für die Bedeutung der Willenserklärung. Unterscheiden muss man allerdings zwischen der Meinung, die den Vorrang der Auslegung vor der Anfechtung nur in dem Fall des erkannten Willens anwendet, ihr Grundsatz hieße somit Vorrang des erkannten Willens, und der Auffassung, die noch drastischer den Vorrang der Auslegung vor der Anfechtung anwendet, für den Fall nicht nur des Kennens, son-

¹ Vorschriften des BGB werden ohne Gesetzesangabe zitiert.

² Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 119 Rn. 60 i. V. m. § 122 Rn. 10, S. 1112 „Danach müsste der Irrende seine Erklärung anfechten, auch wenn der Erklärungsempfänger genau wusste, was der Erklärende wirklich erklären wollte. Diese Konsequenz wird aber allgemein nicht gezogen ... vielmehr richtigerweise das tatsächliche Verständnis wie bei der Falsa Demonstratio für entscheiden erachtet“; Erman/Palm, 11. A., 2004, § 122 Rn. 9, S. 284 „Hatte der Anspruchsteller den Scherzcharakter oder den Irrtum erkannt, so gilt die Erklärung unabhängig von den objektiven Erklärungstatbestand so, wie sie gewollt (und verstanden) war, ... so daß eine Anfechtung ausscheidet“; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 119 Rn. 7, S. 89 „Hat der ErklGegner den wirklichen Willen erkannt, so ist dieser maßgebend, auch wenn er im Lhn der Erklärung keinen od nur einen unvollkommenen Ausdr gefunden hat ...“; Soergel/Hefermehl, 13. A., 1999, § 122 Rn. 5; Bamberger/Roth, 2003, § 122 Rn. 10; Staudinger/Singer, I, 2004, § 119 Rn. 40, S. 515 „Aber eine solche Interpretation hätte die systemwidrige Konsequenz, das Anfechtung der Auslegung vorginge. Das Gegenteil ist richtig und folgt insbesondere daraus, dass die §§ 119 ff. eine den Anforderungen des § 122 Abs. 2 entsprechende, objektiv normative Auslegung von Willenserklärungen voraussetzen“; Danz, S. 423 ff.

³ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28, 29; BGH NJW 1990, 1913; 1988, 2878, 2879.

dern auch des Kennenmüssens. Für die letztgenannte Auffassung wäre § 122 II eine unnötige Platzverschwendung im Gesetz.

Die Lösung des Falles für die Vertreter des Vorrangs des erkannten Willens würde zunächst eine Auslegung nach § 133 i. V. m. § 157 bedeuten. Wird der wahre Wille erkannt, so gilt das in Wahrheit Gewollte auch dann, wenn die Erklärung etwas anderes besagt, wenn also eine Falschbezeichnung vorliegt. Wird der wahre Wille jedoch nicht erkannt, so wird die Willenserklärung in dem gewöhnlichen Sinne ihrer Wörter wirksam. Da jedoch die objektive Erklärung etwas anderes besagt als der Erklärende wollte, kann er sie mit Schadensersatzpflicht anfechten. Der Schadensersatzanspruch des Empfängers entfällt aber, wenn er den Willen des Erklärenden hätte kennen müssen. Somit gilt nur die Alternative des Kennenmüssens in § 122 II als zutreffend, als Ausschlussfall des Schadensersatzes.

Die Lösung des Falles für die Vertreter des Vorrangs des Kennenmüssens würde eine Auslegung nach § 133 i. V. m. § 157 bedeuten. Wird der wahre Wille erkannt, so gilt das in Wahrheit Gewollte auch dann, wenn die Erklärung etwas anderes besagt, wenn also eine Falschbezeichnung vorliegt. Wird der wahre Wille nicht erkannt, so wird die wirksam gewordene Vertragserklärung mit dem Inhalt wirksam, wie sie vom sorgfältigen Empfänger hätte verstanden werden müssen, mit Hinzuziehung aller Umstände des Sachverhaltes: die normative Auslegung nach dem Empfängerhorizont. Erst jetzt kann der Erklärende seine Erklärung anfechten, wenn diese Auslegung seinem Willen nicht entspricht.

Die Auslegung und die Anfechtung der Willenserklärung als zwei nebeneinander in Rangordnung (Vorrang der Auslegung vor der Anfechtung) stehende Lösungen, wie es von der Literatur vertreten wird, sind ausführlich zu untersuchen und letztendlich zu bewerten.

Des Weiteren besagt § 116 S. 2, dass bei erkanntem Vorbehalt die Erklärung nichtig sei. Jedoch ist nach einheitlicher Auslegung der Literatur die in § 116 S. 2 vorgesehene Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht anwendbar, wenn der Erklärungsempfänger den geheimen Vorbehalt erkannt hat⁴. Kannte der Empfänger den Grund der Nichtigkeit, den insgeheim gewollten anderen Rechtsfolgewillen, dann ist die Willenserklärung in diesem Sinne wirksam und somit nicht mangelhaft. Dieses nenne ich den Vorrang der Aus-

⁴ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 35 Rn. 11 „Vielmehr gilt die Erklärung mit dem Inhalt, wie er vom Erklärungsempfänger erkannt worden ist.“

legung vor dem Willens- oder Erklärungsmangel. Wie soll dieser Widerspruch beurteilt werden?

Beispiel: Arbeitgeber A sagt zu B: „Sie sind gekündigt!“, obwohl er in Wirklichkeit B eine Gehaltserhöhung anbieten möchte. Es liegt ein Fall des „bösen Scherzes“⁵ vor. B kennt aufgrund von Gesprächen mit Kollegen den wirklichen Willen von A. Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Erklärung: „Sie sind gekündigt!“, nichtig. Nach der h. M. jedoch ist der wirkliche Wille einer Gehaltserhöhung wirksam.

Das gleiche Problem betrachte ich bei der Meinung, die den Dissensfall (§§ 154, 155) für den Fall vertritt, dass weder eine wirkliche innerliche noch eine gerechte normative (Beobachterhorizontsauslegung) Übereinstimmung besteht. Denn wenn bereits eine Beobachterhorizontsauslegung vorliegen muss, um einen Einigungsmangel festzustellen, scheidet die zweite Auslegung der Paragraphen („... im Zweifel ...“ und „... sofern anzunehmen ist ...“) wegen Unnötigkeit aus.

Beispiel: A und B vereinbaren die Zahlung in Dollar. C, Kreditgeber des B, ist eine amerikanische Bank. Nach dem Gesetzeswortlaut (§ 154) liegt ein offener Einigungsmangel (Dissens) vor, wegen der objektiv mehrdeutigen Erklärung „Dollar“ (amerikanische oder kanadische?). Dissens geht vor Auslegung. Doch unzweifelhaft - aufgrund des Kreditgebers - ist der Betrag in amerikanischen Dollar zu entrichten. Der Vertrag ist somit wirksam, obwohl erklärungsbeängelt. Nach der h. M. jedoch liegt ein objektiv normativer Konsens und keinesfalls ein Dissens vor. Insoweit kann § 154 nicht zur Anwendung kommen⁶. Auslegung geht vor Dissens. Entscheidend sind dabei die erklärungsrelevanten Umstände. Nach dem Anhaltspunkt des Kreditgebers ergibt sich als Zahlungsmittel der amerikanische Dollar.

Beide aufgegriffenen Probleme (§ 122 II und § 116 S. 2) haben als Ursache den Grundsatz der Lehre und Rechtssprechung, dass die Willenserklärung nur mit dem Inhalt gilt, wie er beim Empfänger angekommen ist (Auslegung nach dem Empfängerhorizont). Dieses ist aber dem Gesetz nicht unmittelbar zu entnehmen. Das Gegenteil ist der Fall.

⁵ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 35 Rn. 8.

⁶ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 29 Rn. 73.

Ersichtlich werden beide Problematiken durch folgende Skizze:

- Vorrang der Auslegung vor der Anfechtung → aber § 122 II
- Vorrang der Auslegung vor dem Willensmangel → aber § 116 S. 2

Verstehen ist Begreifen einer Vorstellung oder eines Sinngehaltes, kurz „Nachdenken eines Vorgedachten“ oder „Erkenntnis eines Erkannten“⁷. Hierfür benötigen wir zwei Rollen: die des Erklärenden, der seine Absicht darstellt, und die des Empfängers, der diese Absicht auslegt. Wenn diese Rollen von den Gesetzen des richtigen Denkens (Logik) behandelt werden, dann ist von der ethischen Logik die Rede; im Gegensatz zu der logischen Ethik, wenn die Rollen von den Gesetzen des richtigen Handelns (Ethik) behandelt werden⁸. Beide Gesetze überschneiden sich. Somit werde ich hinsichtlich der Gesetze der logischen Ethik sowohl die Willenserklärung als auch die Erklärungsinterpretation jeweils logisch und ethisch betrachten.

Die Frage, warum ein rechtliches Versprechen einen Bedeutungsinhalt hat, ist der ethischen Logik, Rechtstheorie oder juristischen Methodenlehre⁹ zu entnehmen¹⁰. Die Frage, warum ein rechtliches Versprechen verpflichtet, ist unter Einbeziehung der logischen Ethik oder Rechtsgeschäftslehre zu beantworten. Die Erheblichkeit des Willens für die Bedeutung ist ein Bereich der Logik, die des Willens für die Verpflichtung ist dem Recht zugeordnet. Ob ein unrichtiger Ausdruck verpflichtet, ist eine ewig kontroverse Rechtsfrage¹¹, aber wie oder was dieser Ausdruck bedeutet, ist eine logische Frage. Somit werde ich versuchen, die Sprachwissenschaft mit der Rechtswissenschaft zu verbinden, um der Erklärung den objektiven Sinn seines Begriffes erstmals, bevor man mit der Willensauslegung konfrontiert wird, zu geben und nicht ihr den Sinn des Emp-

⁷ Radbruch, Grundzüge, 1914, S. 187.

⁸ Radbruch, Einführung, 9. A., 1952, S. 13; Isay, 1929, S. 145.

⁹ Binder, 1925, § 30, S. 891 ff.; S. 893, Unterscheidung zwischen der emotionalen Logik oder Denkens (Psychologie, Recht ...) und der formalen Logik (Mathematik und Naturwissenschaft) in der „Zweckidee“.

¹⁰ Röhl, 1994, S. 3 ff.; Mot., 2. A., 1896, I, S. 155; Mugdan, I, 1899, S. 437 „Vorschriften dieser Art sind im Wesentlichen Denkregeln ohne positiv rechtlichen Gehalt; der Richter enthält Belehrungen über praktische Logik“; Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 133 Rn. 3, S. 1273 „Es kann daher eine „Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften“ formuliert werden“; Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, § 15 „Die Logik der Rechtswissenschaft“.

¹¹ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 46, 79 über die schon in den römischen Quellen beherrschende Frage: „Quid actum est?“; S. 51, im griechischen Recht von Platon vertretene Unwirksamkeit des erzwungenen Versprechens; S. 81, die eigene Bedeutung der Treue im germanischen Recht; Vorwort, die altjüdische Rechtsauffassung der Veräußerlichung des rechtlich erheblichen.

fängerhorizontes zu verleihen. Denn die im ganzen Gebiet der Privatautonomie bemerkbare Rücksicht auf das wirklich Gewollte oder das erklärt Gewollte ist durch den Grundsatz der Empfängerhorizontsauslegung, der durch Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden ist, meines Erachtens verkompliziert. Gegenstand der nachfolgenden Erörterung soll somit auch die Empfängerhorizontstheorie sein.

Vor dem Erlass des BGB konnte keine Einigung erzielt werden, die das Willensmangelrecht betrifft: Die Anhänger der Erklärungstheorie¹² stellten maßgeblich auf die äußere Erklärung ab, während die Anhänger der Willenstheorie¹³ den wahren Willen des Erklärenden als entscheidend bewerteten. Beide vertreten Interessen, die in Korrelation stehen, und somit musste ein Recht entwickelt werden, welches beide harmonisiert. Weitestgehend setzt das Gesetz dies auch um.

Der Theorienstreit in der Zeit der Kodifikation des BGB bestimmt die ganze Kontroverse. Meine Untersuchung wird sich dem römischen Recht näher zuwenden, denn bereits das römische Recht führt uns die spätere Unbrauchbarkeit beider Theorien des 19. Jahrhunderts vor Augen¹⁴. Der Gesetzgeber hat für einzelne Fallgruppen ihm interessengerecht erscheinende Lösungen geregelt. Die Literatur aber entwickelt mit der normativen Auslegung aus der Sicht des Empfängers ein für sie logisch-systematisches System, um eine widerspruchsfreie Rechtsordnung zu erreichen, die an einigen Bereichen an ihre Grenzen stößt. Außerdem ist mit der von der h. M. Bewertung der Geschichte des Willens- und Einigungsmangelrechtes äußerst achtsam vorzugehen. Somit werde ich zwischen Geschichte und Bewertung der Geschichte durch die Wissenschaft abgrenzen, weil die Geschichte die Entstehung dieses Rechtssystems beeinflusst hat.

Demgemäß wird zum Begreifen einer Willenserklärung die historische Entwicklung des Begriffes „Rechtsgeschäft“ und seine stufenmäßige Separation von dem Begriff „Willenserklärung“ erforderlich sein. Die Willenserklärung hat als alleinige Tatbestandselemente den Willen und die Erklärung und somit halte ich ein fremdes Element für falsch, das die Empfängerhorizontsauslegung bedeuten würde. Dieses benötigt Abstiche in die Rechtsgeschäftslehre: Das Rechtsgeschäft war von einer Tatsache (der Wille) in der älteren Auffassung zu einer Rechtsfolge (die Bindung) in der heutigen Zeit umgewandelt worden.

¹² Bähr, J. J., 1875, S. 401.

¹³ Von Savigny, Jus Commune, Bd. VIII, 1979.

¹⁴ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 38, 44 ff.

- | |
|---|
| <p>1) Tatsache (Willenserklärung = Rechtsgeschäft) → Rechtsfolge (Schuldrecht)</p> <p>2) Tatsache (Willenserklärung) → Tatbestand (Rechtsgeschäft) → Rechtsfolge (Schuldrecht)</p> <p>3) Tatsache (Wille und Erklärung) → Tatbestand (Willenserklärung) → Rechtsfolge (Rechtsgeschäft)</p> <p>Tatbestand (Rechtsgeschäft) → Rechtsfolge (Schuldrecht)</p> |
|---|

Ziel dieser Arbeit wird zusätzlich sein, die Äußerung und die Auslegung der Willens- und Einigungserklärung als Bestandteile eines Systems des Ausgleichs der Obliegenheitsverletzung des Erklärenden und des Empfängers jeweils im Bereich der Culpa in contrahendo zu bilden, in gleicher Weise, wie bei der Pflichtverletzung des Schädigers das Mitverschulden des Geschädigten im Bereich des Schadensrechtsersatzes nach § 254 ausgleichend wirkt. Schematisch ist dieser Sachverhalt folgenderweise darstellbar:

<p>Willenserklärung des Erklärenden ↔ Erklärungsinterpretation des Empfängers</p> <p>Einigungserklärung der Erklärenden ↔ Erklärungsinterpretation der Empfänger</p>
--

Von der h. L. wird gesagt, dass bei einseitigen Erklärungen der Wille des Erklärenden nach § 133 und bei Verträgen der Wille beider Parteien nach § 157 zu berücksichtigen ist¹⁵. Dann aber wird behauptet, dass bei Verträgen zunächst versucht werden muss, die autonome Wertung der Parteien nach § 133 zu vollziehen. Ist diese aber nicht festzustellen, wird sie durch die heteronome Wertung von Treu und Glauben nach § 157 ersetzt. Somit kommt es sowohl zu einer Vermischung der Auslegung der Willenserklärung mit der Auslegung der Einigungserklärung, als auch zu einer Auflösung des Unterschiedes zwischen erläuternder und ergänzender Auslegung¹⁶.

Die systematische Ordnung des BGB fordert die Rechtswissenschaft auf, sich an diese Systematik zu halten. Darin zeigt sich die wichtige Bedeutung von Titel 2. mit dem Sachzusammenhang der Willenserklärung, im Unterschied zu Titel 3. mit dem Sachzusammenhang der Einigungserklärung; beide im 3. Abschnitt des 1. Buches des BGB.

¹⁵ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 43.

¹⁶ Palandt, 65. A., 2006, § 133 Rn. 22.

Gegen diese Regeln der Gesetzeskunst verstößt die h. L. immer wieder. Es ist zwischen der Auslegung der einzelnen Willenserklärung und der Auslegung der Einigungserklärung (Vertrag) zu unterscheiden. § 133 bemüht sich, das vom Einzelnen Erklärte zu ermitteln, wodurch ein Interessenkonflikt zwischen Privatautonomie und Vertrauensschutz besteht. Mittels § 157 ist der gemeinsam erklärte Wille festzustellen. Dies führt zu einem Interessenkonflikt zwischen gemeinsamer Vertragsfreiheit und Vertrauensschutz.

Demgemäß inspiriert, strukturiert sich auch das Inhaltsverzeichnis dieser Arbeit mit den Abschnitten „1.1 Willensmangelrecht“ und „1.2 Einigungsmangelrecht“.

Titel 2. BGB → Willenserklärung

Titel 3. BGB → Einigungserklärung

Durch die unsystematische Einstellung der Literatur wird weiterhin eine Eliminierung der gesetzlichen Unterscheidung des Mangels bewirkt. Denn sowohl bereits das römische Recht als auch das heutige Recht berücksichtigen für die Differenzierung zwischen Willensmangel und Erklärungsmangel das formale Element der Willenserklärung: die Erklärung. Ein Willensmangel besteht bei eindeutiger Erklärung, ein Erklärungsmangel bei undeutlicher Erklärung. Demgemäß gliedert sich das Inhaltsverzeichnis.

Titel 2. BGB Willenserklärung → Willensmangel → Erklärung eindeutig §§ 116 ff.

→ Erklärungsmangel → Erklärung undeutlich § 133

Titel 3. BGB Einigungserklärung → Willensmangel → Erklärung eindeutig § 155

→ Erklärungsmangel → Erklärung undeutlich §§ 157
154 u. a.

Im Folgenden wird der Versuch unternommen, die bekannten Grundsätze der Auslegung von der Willenserklärung (§ 133), der Einigungserklärung¹⁷ (§ 157), dem Gesetz und dem Rechtsgeschäft (§ 242) getrennt, nicht gegenseitig oder ergänzend aus dem Gesetz zu begründen¹⁸. Die Vorschriften sind über ihre ursprüngliche Bedeutung hinaus

¹⁷ Fischer, J. J., Bd. 76, 1826, S. 4 „... daß eine Willenserklärung (bzw. bei Verträgen Willenseinigung) ...“

¹⁸ Trupp, NJW, 1990, S. 1346 ff.

zu Rechtsgrundsätzen entwickelt worden und bei derart weitem Verständnis ist eine Abgrenzung, die nicht nur ihrem Wortlaut, sondern auch ihrem zutreffenden Sinn entspricht, unmöglich.

Alle drei Paragraphen sind inspiriert von denselben Wertmaßstäben: Vertrauensschutz und Verantwortung als Ausfluss des ethischen Personalismus. Dabei kommen sie in verschiedener Weise zur Geltung.

Rechtsgestaltungsrecht → § 133 Willenserklärung und § 157 Einigungserklärung
(Allgemeiner Teil)

Rechtsausübungsrecht → § 242 Rechtsgeschäft
(Besonderer Teil)

Die Tatsache, dass in Wahrheit sowohl der Richter als auch der Einzelne gleichermaßen mit der Auslegung befasst sind und dadurch eine allgemeine Rechtshermeneutik entsteht, erfordert zudem weitere Untersuchungen¹⁹.

Abschließend, wenn „Rechtswissenschaft verstehende Kulturwissenschaft“²⁰ ist, dann ist in einer Demokratiekultur Staatsrecht das Verstehen der Demokratie als der Wille des Volkes²¹, und in einer Privatautonomiekultur Privatrecht das Verstehen der Privatautonomie als der Wille des Menschen²². Wenn noch hinzukommt, dass Verstehen menschlicher Äußerungen oft durch Auslegung geschieht, dann ist die Folgerung dessen, dass man im Privatrecht von Auslegung der Privatautonomie sprechen kann. Dies stellt auch den Titel und den Inhalt dieser Dissertation dar.

¹⁹ Rückert, 1997, S. 35; A. A. Larenz, Methodologie, S. 206.

²⁰ Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 216.

²¹ Hammen, 1983, S. 54 ff.; Schröder, 2001, S. 192 ff.

²² Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 220; Larenz, Methodenlehre, 6. A., 1991, S. 204; Röhl, 1994, S. 72; Zippelius, 8. A., 2003, Methodelehre, S. 21.

2 Rechtsordnung Privatrecht

Das Verhalten im Bereich der logischen Darstellung der Rechtssätze, die entweder eine Willenserklärung oder aber auch eine Einigungserklärung formulieren, mit dem Zweck ein Rechtsgeschäft zu konstituieren (logische Ethik), sowie auch die §§ 122 II und 116 S. 2 befinden sich innerhalb des BGB im Titel 2. und 3., Abschnitt 3., des Buches 1. Allgemeiner Teil, welche die §§ 116-157 enthalten. Das Verhalten im Bereich der praktischen Anwendung des Schuldrechtsgeschäftes, nach dem § 242 handelt, ist im Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse festgelegt. Das Bürgerliche Recht ist ein Teil des Privatrechts. Das Privatrecht ist derjenige Teil der Rechtsordnung, der die Beziehung der einzelnen Personen als Bürger zueinander regelt.

Im Allgemeinen Teil des BGB, auf dem meine Untersuchungen basieren und in dem sich auch die §§ 122 II und 116 S. 2 ordnen, sind die Begriffe und Rechtsinstitute, die das Privatrecht insgesamt beherrschen, zusammengefasst. Durch weitgehende Abstraktion werden konkrete Regelungen auf Regelungen zurückgeführt²³, die immer allgemeiner werden. Je weiter die Abstraktion vorangetrieben wird, desto unverständlicher wird die Regelung. Der Allgemeine Teil ist Paradigma der kompletten Abstraktion. Die für die Darstellung dieses Allgemeinen Teils notwendigen Rechtsprinzipien, die darin stillschweigend vorausgesetzt werden, sind wesentlich für meine Untersuchung. Deshalb beginne ich zunächst mit der Privatautonomie, die den subjektiven Rechtsvorstellungshorizont vorschreibt, um dann in dem Punkt „Privatrechtsverhältnis“ diese Rechtsvorstellung in ihren Aufbaustufengang nachzuvollziehen: zuerst Rechtsgestaltung sodann Rechtsausübung.

²³ Sohm, 17. A., 1949, S. 28, m. w. N.

2.1 Privatautonomie

Die Willens- und Einigungserklärungsbedeutung richtig abzugrenzen ist das Hauptgeschäft der juristischen Auslegung im Privatrechtsbereich. Hier stellt sich die schwierige Frage, auf welche Vorstellungsinhalte es ankommen soll, welcher Vorstellungshorizont zu entnehmen ist. Ein kurzer Einblick in das grundlegende Ordnungsprinzip der Privatautonomie führt zu der Ansicht, dass die Auslegung den persönlichen Vorstellungen des Erklärenden (subjektive Auslegung) entspricht. Die geschichtlich festgestellte Rechtsnatur der Willenserklärung als Akt privatautonomer Rechtssetzung, wird uns bei der Suche einer der Tatbestandselemente – dem Willen – behilflich sein. Denn Normen können im Prinzip nur gemäß dem wirklichen Willen des zur Rechtssetzung Ermächtigten gesetzt werden.

Vor Auslegungsproblemen steht nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern jede Geisteswissenschaft, weil die Grundoperation des richtigen Denkens (Logik), sei diese durch die Sprache oder durch andere Zeichen zustande gekommen, immer präsent ist²⁴. Will man aber die Eigenart juristischer Privatauslegung (Auslegung im BGB) richtig würdigen und unterscheiden, z. B. von der philologischen Auslegung in der Literaturwissenschaft, in der der subjektive Sinn in den Hintergrund hinter einer Erforschung des objektiven Sinnes der Dichtung tritt, dann muss man den Stellenwert der Privatautonomie enthüllen²⁵. Größte Aufgabe des Privatrechts ist die Gewährleistung der Privatautonomie.

Dass die Privatautonomie Rechtsquelle ist, weil das Privatrecht privatautonom entstanden ist, lehrt die Geschichte des Rechts, in der die Institute der Willenserklärung und des Rechtsgeschäftes nicht auf den Boden der staatlichen Rechtskodifikation erwachsen, sondern längst ausgebildet²⁶ waren und selbst das altrömische Recht die vorgesezte Rechtsentwicklung, die es vorfand, übernahm²⁷ (Stufenaufbau des Rechts von unten nach oben im ältesten Recht). Den römischen, griechischen und den anderen Rechten der Antike waren das Recht des Tausches und Kaufes, des Eheschlusses, die Culpa-Lehre und Willensmängel nicht unbekannt²⁸.

²⁴ Röhl, 1994, S. 107.

²⁵ Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 210 ff.; Grundzüge, S. 185 ff.

²⁶ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 27 ff.

²⁷ Über die Urgeschichte der Stadt Rom und die Grundlagen der römischen Rechtsentwicklung; Sohm, 17. A., 1949, S. 35 ff.; über die Zeit des Stadtrechts; Sohm, 17. A., 1949, S. 47.

²⁸ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 27, 47 Fn. 1, S. 51.

Die Menschenwürde, geregelt in Art. 1 GG, und die durch Art. 2 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit schützen die Privatautonomie. Die Stufenfolge des, in staatlicher Kodifikation, formalen Aufbaus des Rechts in der Verfassung bis hinab zur Privatautonomie beweist, dass der Geltungsgrund der Privatautonomie in der übergeordneten Rechtsordnung insbesondere im staatlichen Gesetz liegt. Das Recht wächst von oben nach unten in Stufenfolge²⁹. Unsere Rechtsordnung überlässt den Bürgern die Ausübung und Gestaltung ihrer Rechte in eigener Entscheidung (Privatautonomie, Selbstbestimmung, Selbstverantwortung, eigene Entscheidung). Ihre Grenzen findet sie in höherwertigem Interesse, welche die Verletzung rechtfertigen. Das ist das Prinzip des gegenseitigen Achtens. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Privatautonomie sei Rechtsverhältnisse in eigener Verantwortung selbst zu gestalten³⁰ und auszuüben. So ergibt sich ihre Funktion als Rechtsquelle³¹. Auch die Rechtsquellenlehre in der klassischen Volksgeistlehre von Savignys, der die Auffassung vertrat, dass der Volksgeist das positive Recht erzeuge³², ist entscheidend für die Auslegungsvorstellung des Allgemeinen Teiles des BGB. Von Savignys Erbe ist nicht zu unterschätzen, man kommt an ihm nicht vorbei, nicht nur, weil die zu einer Kodifikation erforderliche systematische Durcharbeitung des Rechtsstoffes von von Savignys „System“ im Jahre 1840 geführt hat, sondern weil von Savignys bedeutendster Schüler Windscheid in der 1. Kommission zur Abfassung des BGB führend mitgearbeitet hat³³. Die Idee: „Das Gesetz soll einen Gedanken aussprechen“, wodurch der Gesetzgeber zum „Organ des Volksrechts“, wird oder der Gedanke: „Das Gesetz soll irgendein Rechtsverhältnis fixieren“³⁴, wird von von Savigny als ein Fall der Feststellung von vorhandenen Rechtsverhältnissen im Gesetz behandelt, der auch auf Rechtsgeschäfte zu übertragen ist. Eine allgemeine Rechtshermeneutik entsteht, weil sich mit der Auslegung nicht nur der Richter und die Rechtswissenschaft, sondern auch der Einzelne beschäftigen muss³⁵. Dagegen enthält die Lehre von Savignys folgende Unstimmigkeit: Die Auswir-

²⁹ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 28, 3.

³⁰ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 2 Rn. 17: Sehr beachtlich sind die rechtsphilosophischen Ausführungen von Kohler, 2. J. J., Bd. 16, 1878, S. 329 „Das Recht sagt nicht: ‚Wolle einen Rechtseffekt und ich gebe ihn Dir‘ ...“; S. 332 „Allerdings gibt sich daher das Recht in die Gewalt des Menschen, aber nicht, weil dieser den Rechtseffekt wollen kann, sondern weil er den Akt wollen kann, welcher den Rechtseffekt erzeugt.“

³¹ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 85.

³² Von Savigny, I, 1840, S. 14.

³³ Hammen, 1983, S. 66, 67.

³⁴ Von Savigny, I, 1840, S. 39 ff.

³⁵ Radbruch, S. 35.

kung des Willensprinzips in seiner Willenserklärungslehre, so dass eine Erklärung ohne Willen keinerlei Wirkung habe³⁶.

Gesetze sind nur gesetztes Recht; Recht und Gesetz decken sich nicht. Dieses liegt in dem Volkswillen, weil die Rechtskultur demokratisch ist. Die Privatautonomie des Menschen wird auch als Rechtsquelle mancher Privatrechtsverhältnisse, die durch ein Rechtsgeschäft entstehen, erkannt (z. B. § 311 BGB). Beide – Volkswille und Personenwille – sind durch die Auslegung zu enthüllen, allerdings nicht ohne Schranken.

Unter den Normen des BGB unterscheidet man zwingende Rechtsnormen (*Ius cogens*) und nachgiebige Rechtsnormen (*Ius dispositivum*). Nach dem Grundsatz der Rechtsgestaltungs- und Rechtsausübungsfreiheit können die Parteien in den Grenzen des zwingenden Rechts frei miteinander vereinbaren. Das Gesetz hält eine ergänzende Regelung bereit, die nur insoweit zur Anwendung kommt, als die Parteien selbst keine andere Regelung getroffen haben. Soweit einzelne Inhalte nicht schon durch zwingendes Recht vorgegeben sind, besteht zur Rechtsbestimmung und -ausübung die Parteivereinbarung und ergänzend das dispositive Gesetzesrecht³⁷. Das Bestehen vom objektiven Dispositivrecht im germanischen Recht ist ein Beweis der Anerkennung des Institutes des Rechtsgeschäftes und folglich der Privatautonomie. Insbesondere die Sätze „Willkür bricht Stadtrecht“ oder „Alle Gedinge brechen gemeines Recht“ bringen das Rangverhältnis der Rechtsquellen zur Geltung³⁸.

³⁶ Hammen, 1983, S. 118.

³⁷ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 3 Rn. 94 ff.; Sohm, 17. A., 1949, S. 24; von Tuhr, 1914, § 51, S. 178, 186; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 81.

³⁸ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 82.

2.2 Privatrechtsverhältnis

Das Privatrecht im objektiven Sinn, das alle privatrechtlichen Rechtsnormen umfasst, regelt die Beziehungen zwischen Personen untereinander. Diese Rechtsbeziehungen nennt man Privatrechtsverhältnisse. Das Privatrechtsverhältnis enthält auf der einen Seite ein subjektives Recht und auf der anderen Seite eine entsprechende Pflicht. Unter subjektivem Recht versteht man die dem Einzelnen vom Privatrecht im objektiven Sinne verliehene Macht. Das subjektive Recht ist also eine Willensmacht. Diese Rechtsmacht ist jedoch nicht schrankenlos auszuüben³⁹.

Das Privatrecht gewährt die persönliche, allgemeine Handlungsfreiheit, die im Grundgesetz von Art. 2 Abs. 1 geschützt wird. Diese allgemeine Handlungsfreiheit enthält die tatsächliche und die rechtliche Handlungsfreiheit. Erstgenannte verwirklicht sich in Realakten, die zweite in Willenserklärungen und Rechtsgeschäften. In der rechtlichen Handlungsfreiheit unterscheidet man die Rechtsgestaltungsfreiheit von der Rechtsausübungsfreiheit⁴⁰. Hieraus resultieren zwei Rechtswillensmächte (Privatautonomie): Die Rechtsmacht der Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen, die Rechtsgestaltungswillensmacht, und die Rechtsmacht der Selbstaübung von Rechtsverhältnissen, die Rechtsausübungswillensmacht. Ich werde folgend zwischen Rechtsgestaltungs- und Rechtsausübungsfreiheit unterscheiden. Diese sind erstens im BGB, Buch 1. Allgemeiner Teil und zweitens in den einzelnen Büchern des BGB, Buch 2. bis 5. geregelt.

Dank der Tatbestandslehre wird eine Lehre von Rechtsgeschäft und Willenserklärung ermöglicht, der ich mich auch zuwenden werde. Gesetze enthalten einen abstrakten Tatbestand und ordnen eine Rechtsfolge an. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts fand die Entwicklung der Lehre von der Rechtskausalität ihren führenden Vertreter in *Bernhard Windscheid*⁴¹. Diese Denkform wird der Ausdruck eines idealistischen Ansatzes des rechtswissenschaftlichen Positivismus sein. Es wird betont, dass Rechtsverhältnisse nicht real existieren, weil Rechte keine körperlichen Dinge sind. Allerdings wird diese Auffassung sowohl von *Manigk* als auch von *von Tuhr* verworfen, weil sie der Meinung waren, dass Rechten als geistige Dinge eine Realität zusteht⁴². Ansonsten besagt die juristische Kausalität, dass ein Tatbestand Rechtswirkungen nach sich zieht und dies der

³⁹ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 3 Rn. 1 ff.; § 13 Rn. 1 ff.

⁴⁰ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 2 Rn. 17, 19, § 22 Rn. 20; Flume, 4. A., 1992, § 4 5.

⁴¹ Windscheid, 8. A., 1900, Bd. 1, § 63, S. 176, Fn. 1.

⁴² Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 2; von Tuhr, 1914, S. 5 Fn. 7, 10.

faktischen Kausalität gegenüberzusetzen ist; die Welt des Rechts ist die beliebige und willkürliche Notwendigkeit zwischen Tatbestand und Rechtsfolge, die faktische Kausalität dagegen – wie die ganze Welt der Tatsachen – ist von den Gesetzen des Müssens beherrscht. Dies entspricht der Lehre *Kants*, der zwischen „Sinnenwelt“ und „intelligible Welt“ unterschied. Somit nahm die Tatbestandslehre, die das Schrifttum nach *von Savignys* Tatsachenlehre entwickelte, ihren Abschluss⁴³. Danach konnte ein System der Privatrechtsakte aufgebaut werden, das den Reichtum der rechtlichen Ursachen im Privatrecht und aller Kasuistik des Rechts in Rechtsbegriffe ordnete⁴⁴. Schon *von Savigny* unterteilte systematisch die Tatbestände in rechtsgeschäftliche und nicht rechtsgeschäftliche⁴⁵. Die Folge des Ordnungsdenkens waren Rechtsbegriffe, die wie „Rechtsgeschäft“ oder „Willenserklärung“ auf Unsicherheit und Verschiedenheit der Auffassungen gründeten⁴⁶.

Drei Entstehungstatbestände (Realakt, Rechtsgeschäft und Willenserklärung) von Rechtsverhältnissen (jeweils gesetzliches, rechtsgeschäftliches und rechtsgeschäftsgestaltendes Rechtsverhältnis) sind meines Erachtens zu unterscheiden⁴⁷.

2.2.1 Rechtsgestaltungsfreiheit: Culpa in contrahendo

Wegen der großen Bedeutung der Culpa in contrahendo hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden bei der Schuldrechtsreform von 2001/2002, die Voraussetzungen für die Entstehung des Schuldverhältnisses in § 311 II gesetzlich zu regeln. Für die Entstehung dieses rechtsgeschäftsähnlichen Rechtsverhältnisses nennt § 311 verschiedene Tatbestände: Die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, Vertragsanbahnung und die ähnlichen geschäftlichen Kontakte.

Das rechtsgeschäftsähnliche oder vorvertragliche Rechtsverhältnis ist sehr innovativ im deutschen gesetzlichen Schuldrecht, nicht jedoch im Allgemeinen Teil und auch nicht im Gewohnheitsrecht, denn schon vor der Neuregelung des § 311 II war es einvernehmlich anerkannt. Schließlich ist die Culpa in contrahendo ein Institut mit Tradition in der

⁴³ Hammen, 1983, S. 74 ff.

⁴⁴ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 8.

⁴⁵ Von Savigny, III, 1840, S. 4.

⁴⁶ Mugdan, I, 1899, S. 421; Hammen, 1983, S. 79 ff.

⁴⁷ A. A. Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 13, S. 229 Fn. 12.

römischen Rechtslehre⁴⁸ und in der Pandektenwissenschaft⁴⁹.

Nach der Konzeption des historischen BGB-Gesetzgebers sind zwei Entstehungsgründe von Schuldrechtsverhältnissen zu unterscheiden: Das Rechtsgeschäft und das Gesetz, je nachdem, ob der Wille des Menschen oder dagegen der Gesetzgeberwille als Rechtsquelle eingesetzt wird. Eine Zwischenkategorie hat allerdings in neuerer Zeit (SchuldRModG) Bedeutung erlangt: Das Schuldrechtsverhältnis aus Vertragsverhandlungen oder sonstigen geschäftlichen Kontakten (§ 311 II). Vor Inkrafttreten des SchuldRModG jedoch enthielt, wie bereits erwähnt, der Allgemeine Teil im § 145, dass der Antragende im Interesse des Empfängers eines Angebotes, an seinen Antrag gebunden ist. Innerer Grund dieser Anerkennung war das Vertrauensprinzip oder wie es *Ballerstedt* formuliert: „Die Lehre der Culpa in contrahendo ist aus dem Gedanken von Treu und Glauben entwickelt worden ...“⁵⁰. Auch §§ 122, 179 und 307 a. F.⁵¹ (§ 307 a. F. regelte die Verschuldenshaftung auf das Vertrauensinteresse bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit und entspricht dem heutigen § 311a) begründen diese Auffassung⁵².

Vorweg muss jedoch folgendes berücksichtigt werden: Zu den Rechtsinstituten von allgemeiner Bedeutung im BGB und darüber hinaus im Privatrecht gehören die in dem Allgemeinen Teil des BGB befindlichen, vor allem die Rechtsgeschäftslehre mit der Willenserklärung und dem Vertrag. Der Gesetzgeber beginnt das BGB durch eine weitgehende Abstraktion mit einer allgemeinen Regelung. Der Herausbildung allgemeiner Begriffe verdankt besonders der AT des BGB (Buch 1. des BGB) seine Existenz. Das BGB geht also in seinem Aufbau vom Allgemeinen zum Besonderen. Man bezeichnet diese Methode als Ausklammerungsmethode. Diese ist einmal innerhalb der einzelnen Bücher des BGB durchgeführt worden, sie greift aber über die einzelnen Bücher des

⁴⁸ Von Jhering, J. J., Bd. 4, 1861, S. 8 „Der wichtigste Fund von allem aber war mir der, daß das römische Recht selbst in zwei Fällen, dem des Verkaufs einer res extra commercium und einer nicht existierenden Erbschaft, die Schadensersatzverbindlichkeit ausgesprochen hatten.“

⁴⁹ Von Jhering, J. J., Bd. 4, 1861, S. 44 „... dass ich die Erfordernisse des Contracts, deren Mangel nach der Theorie der Culpa in contrahendo begründet, auf drei Punkte zurückführe ... und Zuverlässigkeit des Willens“; S. 48 „... indem ich nachweise, wie jener Grundsatz (Culpa in contrahendo) ... in einer Reihe einzelner Fälle in der Doctrin und neuerer Gesetzgebungen zu Anwendung gebracht worden ist ... nämlich den der Rücknahme einer Offerte in § 105 und den des Irrtums in § 179“, und für den Irrtum „Ist jedoch derselben (der Erklärende) durch eigenes grobes oder müßiges Versehen in dem Irrtum geraten, und der andere hat nicht gewusst, das der Erklärende sich irrte, so ist der Erklärende zum Erlaß des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet“; Mot., 2. A., 1896, I, S. 195 „Die in Abs. 3 (§ 97 Scherzgeschäft) sowie an anderen Stellen anerkannte Haftung für die Eingehung eines Rechtsgeschäfts unterlaufende Fahrlässigkeit – Culpa in contrahendo – ist schon den bisherigen Gesetzgebungen nicht fremd ...“

⁵⁰ Ballerstedt, S. 502.

⁵¹ Mot., 2. A., 1896, II, S. 178.

⁵² Looschelder, § 10 Rn. 181, 183.

BGB hinaus. Das Gemeinsame an den Büchern 2.-5. ist im Allgemeinen Teil (Buch 1.) vorangestellt. In diesem Bereich (Buch 1. Abschnitt 3.) sind somit bis zu sechs Titel enthalten. Meine Arbeit besteht in der Untersuchung der Willenserklärung (Titel 2.) und der Einigungserklärung (Titel 3. „Vertrag“).

Gegen diese Regel der Gesetzeskunst, der richtigen Einordnung der allgemeinen Vorschriften eines Gesetzeswerks, hat der Gesetzgeber bei dem SchuldRModG in mehrfacher Weise verstoßen, denn ein enger sachlicher Zusammenhang besteht zwischen den Vorschriften über das Rechtsgeschäft (AT des BGB) und dem Rechtsverhältnis der Rechtsgeschäftsvorbereitung (§ 311 II). Der Sachzusammenhang entsteht nicht nur wegen des engen Zeitpunktes der Vertragsverhandlungen und des Vertragsabschlusses, sondern auch, weil die Culpa in contrahendo im Willensmangelrecht in § 116 ff. oder §§ 149 und 179 schon entwickelt worden war, die bereits im Allgemeinen Teil enthalten sind. Wenn §§ 116 ff. und einvernehmlich⁵³ § 311 II Culpa in contrahendo sind, warum sind sie nicht zusammen geregelt? Außerdem gelten Vertragsverhandlungen nicht nur bei Schuldverträgen, sondern auch wegen der übergreifenden Bedeutung dieses Rechtsverhältnisses bei anderen Verträgen im Sachenrecht, Erbrecht, Familienrecht usw.

Die Folge des Missbrauchs der systematischen Ordnung führt zu Rechtsunsicherheit in dem Gebiet der Rechtsverhältnisse durch Rechtsgeschäftsgestaltung⁵⁴. Die h. L. betrachtet dieses Rechtsgebiet als gesetzliches Schuldverhältnis.

⁵³ Münchener/Emmerich, 4. A., 2001, § 311 Rn. 54; BGHZ 60, 223 (224); Canaris, JZ, 2001, 519; Teichmann, 2001, S. 1492; Staudinger/Singer, I, 2004, Vorb. zu §§ 116-144, Rn. 39.

⁵⁴ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 2 Rn. 79, 80.

Die theoretische Unsicherheit stellt sich folgendermaßen dar: Eine gewisse Nähe zu den rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen ergibt sich daraus, dass die Aufnahme von Vertragsverhandlungen bzw. des geschäftlichen Kontaktes auf privatautonomer Entscheidung der Beteiligten beruht. Der Tatbestand enthält jeweils eine Willenserklärung, die Rechtsfolgen sind dagegen unterschiedlich⁵⁵. Dennoch handelt es sich nach h. M. um ein gesetzliches Schuldverhältnis⁵⁶.

Meines Erachtens handelt es sich um ein allgemeines Rechtsgestaltungs-Rechtsverhältnis, welches als eine autonome Kategorie von dem gesetzlichen und von dem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis unterschieden werden müsste. Erstens, und bezüglich des Elementes „allgemeines Rechtsgestaltungsverhältnis“, basiert es auf der Rechtsgestaltungsfreiheit in der Form von Willenserklärungen als Rechtswillensäußerungs-Tatbestand, im Gegensatz zur tatsächlichen Handlungsfreiheit in der Form von Realakt als Handlungs-Tatbestand, und zur Rechtsgeschäftsausübungsfreiheit in der Form von Rechtsgeschäft als Rechtsgebundenheits-Tatbestand (hierzu Punkt B. 2 Privatrechtsverhältnis). Deshalb kann man mit Recht von gesetzlichen Rechtsfolgen kraft privatautonomer Rechtsgestaltung durch Willens- und Einigungserklärung (BGB AT), kraft privatautonomer Rechtsausübung durch Rechtsgeschäft (BGB BT) und kraft Gesetzes durch Realakt (BGB BT) sprechen.

⁵⁵ Looschelder, § 5 Rn. 89.

⁵⁶ Larenz, AT, 14. A., 1987, § 9 „... gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht“; Brox/Walker, 30. A., 2002, Allg. Schuldrecht, § 5 Rn. 2; Münchener/Kramer, 4. A., 2001, Vor § 116, Rn. 2, S. 1059 „... und damit auch gleichzeitig Argumente für den Stellenwert einer eigenständigen (nicht rechtsgeschäftlichen) Vertrauenshaftung“; Canaris, JZ 1965, 475 (478) Fn. 34 für die Zerlegung des Schuldverhältnisses in zwei nebeneinander laufende Schuldverhältnisse; vertragliche Leistungspflichten und gesetzliche Schutzpflichten; (476) „... sondern in einem besonderen „Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen“, das unabhängig von Willen der Parteien zustande kommt, also gesetzlicher Natur ist.“; A. A. Evans-von Krbek, 1979, S. 89 „Sie soll unabhängig vom Parteiwillen bestehen, so „gesetzlicher“ natur sein ...“; S. 90 „Gegen diese Lösung wird eingewandt ...“; S. 91 „Die ‚Attraktivität des Einfachen‘ ... die die Annahme eines einheitlichen, die Fälle der c. i. c. und pVV umfassenden, gesetzlichen Schutzpflichttatbestandes, verpufft mit diesen Einwänden scheinbar“; S. 100 „... daß es sich weder um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt ... noch auch um ein vertragliches ... sondern um ein rechtsgeschäftsähnliches Verhältnis“; A. A. Ballerstedt, S. 507 er selbst fügt dem Rechtsgeschäft durch bindende Willenserklärung als zweite Art das Rechtsgeschäft als „Verpflichtung durch Gewährung in Anspruch genommenen Vertrauens“ hinzu; S. 508 „... der Unterscheidung zwischen Verpflichtung kraft Willenserklärung und kraft Inanspruchnahme des Vertrauens erweist sich weiter ...“

Zweitens, und hinsichtlich des von der h. L. genannten Begriffes „gesetzlich“: Wenn das Gesetz die rechtsgeschäftliche Rechtsbestimmung den Parteien überlässt, hat es für Voraussetzungen und Inhalt der Rechtsgeschäfte gewisse Schranken gezogen. Einige dieser Rechtsätze regeln die Gültigkeitserfordernisse entstehender Contractsverhältnisse, andere hingegen den Inhalt und die Wirkungen bestehender Rechtsgeschäfte⁵⁷. Da der rechtsgeschäftliche Wille nur durch die Sanktion der Rechtsordnung wirksam wird, können nur Rechtswirkungen entstehen, die das Gesetz oder die nicht unmittelbar beteiligten Genossen der Rechtsgemeinschaft gestattet⁵⁸. Ob der Erklärende haften will, ist irrelevant. Dieses ergibt weder eine gesetzliche noch eine rechtsgeschäftliche tragfähige Haftungsgrundlage. Daraus sollte nicht die Konsequenz gezogen werden, dass als Gegensatz des rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisses das gesetzliche Schuldverhältnis, welches als Rechtsfolge der Willenserklärung betrachtet wird, steht. Insoweit ist der Parteiwille für die Schranken eines Rechtsgeschäfts- und Rechtsgestaltungsverhältnisses (Willens- und Einigungserklärung) ohne Bedeutung.

Gesetzlich im weiteren Sinne entspricht die Totalität der Rechtsordnung, und somit ist die Privatautonomie ihrem Gesetz untergeordnet, d. h. gesetzliches Rechtsverhältnis. Im engeren Sinne aber ist ein Rechtsverhältnis gesetzlich, das die Rechtswirkung unabhängig vom Willen eintreten lässt. Der Durchbruch des Willens als rechtlich bindendes Element nach der Sekundärstufe des römischen Rechtsformalismus zeigt, dass es auf den zugrunde liegenden Willen ankam⁵⁹. Auch wenn die Anspruchsgrundlage die Rechtsnorm des § 311 II ist, bedeutet dies noch nicht ein gesetzliches Rechtsverhältnis, denn der Culpa in contrahendo obliegt eine privatautonome Entscheidung. Dass das Gesetz Grenzen als Schutzpflichten ordnet, ist als solidarische Rücksichtnahme dem Freiheitsgebrauch ohnehin immanent. Beschränkungen der individualrechtlichen Freiheiten (Willenserklärung und Rechtsgeschäft) für das Zusammenleben aller Menschen sind selbstverständlich und ändern deshalb nicht den Charakter der Rechtsverhältnisse. In der Kodifikation werden die Selbstgestaltungsakte zwar gleichfalls legale Tatbestände, deren Wirksamkeit im Gesetz geregelt ist, aber sie behalten in diesem Rahmen ihre

⁵⁷ Evans-von Krbeek, 1979, S. 90 zitiert Larenz, AT, 14. A., 1987, § 9 I, S. 114, „Zum einem nämlich wird das Leistungsverhältnis nur in seinem KeRn. nicht aber in seinem ganzen Umfang durch den Parteiwillen bestimmt. Seine nähere Ausgestaltung – etwa hinsichtlich der Modalitäten der Leistung, der Rechtsfolgen von Leistungsstörungen und der Begründung von einzelner Nebenleistungspflichten – werde also weitgehend durch das meist dispositive Gesetzesrecht mitbestimmt.“

⁵⁸ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 30; von Tuhr, 1914, § 51, S. 178.

⁵⁹ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 79.

Funktion als Akte der Selbstgestaltung⁶⁰.

Schon von *Jhering* äußerte sich in diesem Sinne, indem er das Kontrahieren selbst als stillschweigende Übernahme der Garantie des Vorhandenseins der Erfordernisse des Kontrakts ansah. Der „contractliche Verkehr“ verlangt vom Kontrahenten Zuverlässigkeit und Wahrheit seiner Äußerungen und Mitteilungen, und somit muss dieses Rechtsverhältnis unter dem Schutz der Regeln seines Erachtens stehen⁶¹.

Drittens, und zwar hinsichtlich des von der h. L. genannten Elementes „Schuldverhältnis“, ist das Schuldrecht ein geldwertes Recht, das zum Bestandteil des Vermögens gehört⁶². Dieses gilt unabhängig davon, dass der Leistung nicht unbedingt die Erhebung des Vermögens des Gläubigers folgen soll⁶³. Das Rechtsgeschäftsgestaltungsrecht hingegen hat keinen Geldwert und kann nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein. Hierbei handelt es sich um relative Schutzpflichten und nicht um Schuldpflichten⁶⁴. Diese Schutzpflichten sind für das Bürgerliche Recht nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes und somit als Leistungspflichten von Bedeutung (analog der „unerlaubten Handlung“), sondern als Verhaltensanordnungen.

Im § 311 II i. V. m. § 241 II geht es um reine Schutzpflichten. Die Platzierung im BGB BT Buch 2. (Schuldrecht) ist ein Fehlschlag⁶⁵. Es ähnelt zwar diesem Recht, weil es sich in beiden Gebieten um relative Ansprüche auf ein Tun oder Unterlassen gegen eine bestimmte Person handelt. Im BGB BT geht es aber grundsätzlich um Leistungspflichten (§ 241 I), die von Schutzpflichten ergänzt werden können (§ 241 II). Die bereits im BGB AT Buch 1. Abschnitt 3, der das Rechtsverhältnis des Rechtsgeschäfts entwarf, ordnet, geregelten reinen Schutzobliegenheiten und -pflichten entstanden, bevor die Schuldrechtsreform eingeführt wurde. Diese sind zu ergänzen mit dem von der Schuldrechtsreform im BGB BT integrierten § 311 II i. V. m. § 241 II.

Unsicherheit umfasst aber auch das Praktische oder die Anwendung des Rechts: Beispielsweise ist bei dem Zustandekommen eines ungünstigen Vertrages durch fahrlässige

⁶⁰ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 3.

⁶¹ Von Jhering, J. J., Bd. 4, 1861, S. 42; Staudinger/Singer, I, 2004, Vorb. zu §§ 116-144 Rn. 22.

⁶² Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 21 Rn. 8, S. 380.

⁶³ Looschelders, 1. A., 2003, S. 7-8.

⁶⁴; Larenz, AT, 14. A., 1987, § 2 II, S. 14 “Derartige Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflicht sind das Schuldverhältnis aus Vertragsverhandlung ... Von einem “Schuldverhältnis” können wir hier, da es an einer primären Leistungspflicht fehlt, freilich nur in einem weiteren, übertragenen Sinne sprechen. Doch hat sich die Bezeichnung „Schuldverhältnis“ auch für derartige, zunächst nur Verhaltenspflichten begründende Rechtsverhältnisse durchgesetzt“; § I 2, S. 11 „Die (primären) Leistungspflichten, und zwar die Hauptleistungspflichten, bestimmen je nach ihrer Art und Verknüpfung im Schuldverhältnis den Typus des betreffenden Schuldverhältnis.“

⁶⁵ Flume, ZIP, S. 1428, über die Position des § 241 a) „... wahrhaft ungeheuerlich.“

Täuschung fraglich, ob die §§ 123 und 124 nicht als abschließende Sonderregelungen zu betrachten sind. § 123 lässt die Anfechtung nur bei arglistiger Täuschung zu. Nach § 124 muss bei der Anfechtung eine kurze Frist gewahrt werden. Damit erscheint es schwer vereinbar mit der Rückgängigmachung des Vertrages wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (§§ 280 I, 311 II, 241 II), jede fahrlässige Täuschung ausreichen zu lassen und in diesem weniger gravierenden Fall auch noch auf eine Ausschlussfrist zu verzichten. Wie löst man diese Konkurrenz?⁶⁶

Ich betrachte die §§ 116 ff. im Allgemeinen Teil, als Sonderregelungen bezüglich der Willenserklärung. Die Rechtsbeziehung im § 311 II, enthält meiner Meinung nach eine Vorverlagerung und Erweiterung gegenüber der im Allgemeinen Teil. Sie umfasst zwar die Willenserklärung, benötigt jedoch nicht zwingend eine⁶⁷. Deshalb ist die Platzierung fehlgeschlagen, da diese Regelung eigentlich in den Allgemeinen Teil gehörte. Somit sehe ich in dem obigen Fall keine Konkurrenz der Regelungsbereiche. Es handelt sich um eine Willenserklärung, die durch fahrlässige Täuschung bemängelt ist. Dies ist durch Willensmangelrecht zu beurteilen, und da § 123 nur die arglistige Täuschung benachteiligt, ist die fahrlässige Täuschung kein Anfechtungsgrund. Es handelt sich also um die Culpa in contrahendo durch mildere Verschuldung.

BGB AT → C. i. c. Ordnung nach Zeitgeschehen	1) § 311 II
	2) §§ 116 ff.

Der erste Tatbestand, der in § 311 II Nr.1 geregelt ist, ist die Zeitspanne zwischen dem Beginn der Vertragsverhandlung und der Beendigung dessen oder einem Vertragsabschluss.

§ 311 II Nr. 2 rückt die Entstehung des vorvertraglichen Rechtsverhältnisses auf die Vertragsanbahnung vor. Erforderlich ist, dass der Geschädigte erhöhte Einwirkungs-

⁶⁶ Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 118 Rn. 2, S. 88 „Erkennt der Erklärende, dass der Gegner die Erkl als ernstl gewollt ansieht, muss er diesem aufklären; tut er das nicht, kann er sich gem § 242 nicht auf § 118 berufen“; § 122 Rn. 6, S. 94 „Trifft den Erklärenden ein Verschulden, besteht neben dem Anspruch aus § 122 ein ErsAnspr aus c. i. c. ... Für den Anspruch aus c. i. c. gilt die Begrenzung auf das ErfInteresse nicht. Statt II ist § 254 anzuwenden ...“; Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 122 Rn. 6, S. 1161 „Die Haftung aus § 122 Abs. 1 stellt keinen Fall der (verschuldensabhängigen!) Haftung aus Culpa in contrahendo dar. Sie setzt kein Verschulden voraus ... Die beiden Haftungen schließen einander aber nicht aus ...“; A. A. Manigk, J. J., Bd. 75, 1925, S. 139 „Es gibt in diesem Sinne eine Erklärungshaftung und eine die Wirksamkeit der Erklärung beherrschende culpa in declarando. Sie ist der Rechtstitel einerseits für die Wirksamkeit der Erklärung, andererseits für die Schadensersatzpflicht des Erklärenden, der von seiner ihm bindende Erklärung loskommen will.“

⁶⁷ AnwKomm/Krebs, § 311 Rn. 18.

möglichkeiten darbietet, im Hinblick auf die in Aussicht stehende vertragliche Rechtsbeziehung. Vertragsfremde Zwecke werden hierdurch nicht geschützt. Der potentielle Kunde muss aber nicht einen festen und bestimmten Vertragszweck haben.

Bei dem letzten Tatbestand des § 311 II Nr. 3 handelt es sich um einen Auffangtatbestand, dessen genaue Reichweite unklar ist und in der auch nichtvertragliche Willenserklärungen, die ein einseitiges Rechtsgeschäft begründen, zu lesen sein können. Das ist das vorrechtsgeschäftliche Rechtsverhältnis, die Rechtsgeschäftsgestaltung. Aus dem Wortlaut „ähnliche geschäftliche Kontakte“ ist zu entnehmen, dass soziale oder gesellschaftliche Kontakte nicht ausreichend sind, es muss sich um geschäftliche Kontakte handeln, gleichgültig, ob es zur Rechtsgeschäftsentsstehung kommt oder nicht, weil ja gerade diese Zeitspanne zu berücksichtigen ist. Der Geschädigte muss auf ein Rechtsgeschäft abzielen, im Gegensatz aber zu Nr. 2 genügt ein Rechtsgeschäfts- und nicht nur ein Vertragszweck. Ich meine § 311 II Nr. 3 sei auf „ähnliche Kontakte“, d. h. Verhandlungen (Nr. 1) und Anbahnungen (Nr. 2), bezogen, die aber nicht einen Vertrag (Nr. 1 und 2), sondern ein – laut „geschäftlich“ – einseitiges Rechtsgeschäft gestalten können.

Auch im Gefälligkeitsverhältnis im Gegensatz zum Gefälligkeitsvertrag, nach einer Auffassung der Rechtssprechung und einem Teil der Literatur, wird analog den Grundsätzen der Culpa in contrahendo gehaftet. Dies ergibt Schadensersatzansprüche wegen Schutzpflichtverletzung bei Vorliegen eines gefälligen Kontaktes, aufgrund dessen man auf die Sorgfalt des anderen Teiles vertrauen kann. Für die Rechtssprechung aber handelt es sich um ein vertragliches Schuldverhältnis, das darauf beruht, dass der Gefällige einen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck bringt und sich der Geschäftswille auf das Entstehen von Sorgfaltspflichten beschränkt⁶⁸. In der Literatur hingegen wird unter den gleichen Voraussetzungen ein gesetzliches Schuldverhältnis bejaht⁶⁹. Wichtigste Konsequenz der ersten Meinung sind die Anwendbarkeit des § 278 und die generelle Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden⁷⁰.

Dies wird jedoch von der traditionellen Rechtssprechung und h. L. verneint⁷¹. Ich folge der traditionell h. M., denn ein Einspruch auf Schadensersatz nach § 280 I i. V. m. § 311

⁶⁸ BGHZ 21, 102, 106; Schreiber, Jura 2001, 810, 811.

⁶⁹ Medicus, Schuldrecht, Rn. 191 ff.; Münchener/Kramer, 4. A., 2001, Einl. vor § 241 Rn. 37, 33; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, Einl. vor § 241 und § 311 Rn. 19.

⁷⁰ Einzelfälle wären z. B. die Beaufsichtigung auf die zu einem Kindergeburtstag eingeladenen Kinder (Celle NJW-RR 87, 1384), Mitnehmen der Kinder im Pkw bei der Fahrt zum Kindergarten oder Fahrgemeinschaften i. d. R. bejaht (Mädrich NJW 82, 860), Einladung zur Treibjagd, verneint (RG 128, 42).

⁷¹ Erman/Werner, 11. A., 2004, Einl. vor § 241 Rn. 33a; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, Einl. vor § 241 Rn. 7; Looschelders, 1. A., 2003, § 5 Rn. 97.

II i. V. m. § 241 II setzt voraus, dass zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis besteht. Gemäß § 311 II Nr. 3 muss nicht notwendig ein Vertrag vorliegen, erforderlich ist aber ein geschäftlicher Kontakt. Rein soziale Kontakte, wie im Gefälligkeitsverhältnis, können nicht ausreichen. Im Ergebnis ist eine Haftung im Rahmen von Gefälligkeitsverhältnissen zu beurteilen, allein nach den Vorschriften des Deliktrechts für Rechtsgüter und absolute Rechte (§ 823)⁷² und für schuldrechtliche Forderungen (§ 826), auf die der Schutz auf vorsätzliche sittenwidrige Schädigung beschränkt ist.

Erfasst werden aber auch nach dieser Rechtsprechung als geschäftliche Kontakte Verhältnisse, die überhaupt nicht auf einen Rechtsgeschäftsabschluss abzielen⁷³. Denkbar wäre eine Sonderverbindung durch eine rechtmäßige Abmahnung⁷⁴ oder durch die Erteilung von Bankauskünften an Nicht-Berechtigte⁷⁵.

Durch solche Abmachungen (Gefälligkeiten) und professionelle Tätigkeiten wird lediglich die tatsächliche Handlungsfreiheit in Gang gesetzt, mehr als im gesetzlichen, allgemeinen Rechtsverkehr möchte man nicht tätig sein. Deshalb sind solche Handlungen, als Realakte durch gesetzliche Rechtsverhältnisse zu beurteilen. Da eine generelle Pflicht zur Rücksichtnahme auch außerhalb eines relativen Rechtsverhältnisses zentrale Funktion des Deliktsrechts ist, benötigt die Sanktion dieses Verhaltens keine Sonderverbindung. Zwischen Schutzpflicht aus Geschäftsgestaltung und aus deliktischen Verkehrspflichten besteht ein qualitativer Unterschied, der eine „besondere Rücksicht“ (§ 241 II Diskussionsentwurf und Konsolidierungsfassung⁷⁶) rechtfertigt. Dieser sei das gesteigerte Vertrauen in der Sphäre von Rechtsgeschäftsbereitenden.

Andererseits und bezüglich der richtigen Einordnung des BGB ist auch die Position des § 241a. fehlgeschlagen⁷⁷. Meines Erachtens geht es hier um Schutzpflichten und nicht um Schuldpflichten und wäre somit besser in dem Allgemeinen Teil besser behoben.

Die Literatur stimmt in der Bedeutung zu, dass es sich hier um das Schweigen auf ein Angebot, das in der Lieferung unbestellter Sachen und Leistungen geschieht, handelt, welches nicht als Annahme angesehen werden kann. Hiermit bestätigte sich laut dieser Meinung der allgemeine Grundsatz, dass Schweigen nicht auf eine Willenserklärung

⁷² OLG Koblenz VersR 1996, 1246 (Schwieger Vater hilft Schwiegertochter aus Gefälligkeit bei Sägearbeiten, wobei sie verletzt wird, § 823 I, 823 II i. V. m. 229 StGB, 253 II).

⁷³ Palandt/Heinrichs, SchuldRModG, § 311 Rn. 10; da gegen Münchener/Emmerich, 4. A., 2001, § 311 Rn. 64.

⁷⁴ BGH NJW 95, 715.

⁷⁵ BGH ZIP 1998, 1134; Canaris, JZ, 2001, 499 (520).

⁷⁶ Canaris, NJW, 524.

⁷⁷ Flume, ZIP, 1427 (1428) „... wahrhaft ungeheuerlich (die Position des Paragraphen).“

deuten könnte oder zumindest in der Regel eine Ablehnung sei⁷⁸.

Ich würde dies anders erläutern, und zwar durch den Satz „Durch die Lieferung ...“, wird nur das Verhalten des Anbietenden berücksichtigt, aber kein einziger Bezug auf eine Tätigkeit bzw. Untätigkeit oder Schweigen des Empfängers genommen. Folglich beschränkte sich für mich diese Regelung auf die Lieferung. Was könnte die alleinige Lieferung unbestellter Sachen für einen Rechtsverhältnis verursachen, das gerade der § 241 a) zu verleugnen vermag? Natürlich das Rechtsverhältnis der Rechtsgestaltung oder das „Rechtsgeschäftsähnliche“ (§§ 311 II Nr. 2 und 3 i. V. m. 241 II), wodurch der Empfänger der Leistung verpflichtet wäre, sie sorgfältig zu verwahren und gegebenenfalls den angerichteten Schaden zu ersetzen. Dagegen wird die Lieferung einer Ware oder die Erbringung einer Leistung, wenn ein Irrtum nicht erkannt wurde oder nicht hätte erkennen werden müssen, als Werbe oder Probesendung betrachtet. Der Empfänger kann nicht nur Untätigkeit mit seinem Schweigen äußern, sondern auch diese Lieferung z. B. durchlesen und wegwerfen ohne dass dieses eine stillschweigende Annahme wäre⁷⁹, denn die Lieferung bewirkt nicht einmal eine Anbahnung von Vertragsverhandlungen und schon gar nicht ein Angebot. Dieser letzte Gedanke behindert auch die Hinzuziehung des § 151 und insofern gerät man mit ihm nicht in Widerspruch.

Worin besteht aber der große Unterschied zwischen dem Fahren auf einem gebührenpflichtigen Parkplatz und dem Blättern in einer unbestellten Zeitschrift. Verpflichtet die Inanspruchnahme der Leistung die Bezahlung des festgelegten Entgeltes, wie z. B. das Fahren auf einem gebührenpflichtigen Parkplatz oder das Besteigen einer Straßenbahn?

Meines Erachtens ist diese Frage zu bejahen. Beim Anbieten eines Parkplatzes handelt es sich um eine *Invitatio ad offerendum*, wie auch bei der Zusendung der unbestellten Zeitschrift mit dem Unterschied, dass ein Antrag zum Angebot⁸⁰ von Seiten des Empfängers der *invitatio* (z. B. das Drücken des Tor-Knopfes) erfolgt, bevor ihm die Inanspruchnahme der Leistung gestattet ist. Ihm wird die Einwirkungsmöglichkeit auf seine Interessen nicht aufgedrängt und insofern ist der § 241 a. nicht kompetent.

⁷⁸ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 29 Rn. 65 ff., S. 566.

⁷⁹ A. A. Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 29 Rn. 68, S. 567 „Eine solch weitgehende Einschränkung allgemeiner rechtsgeschäftlicher Grundsätze (§ 151) kann aber aus § 241 a) nicht entnommen werden ... deshalb kann ... die Zueignung, der Verbrauch oder die bewusste Inanspruchnahme der Leistung als konkludente Vertragsannahme interpretiert werden.“

⁸⁰ A. A. Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 30 Rn. 8 der als Beispiel bezüglich des § 151 einführt „Wer in einen Automaten Geld einwirft und die angebotenen Waren oder Berechtigungsnachweise wie z. B. Fahrkarten entnimmt, lässt mit dieser Handlung seinen Willen zur Annahme des Angebotes erkennen ... auch wenn der Automatenbesitzer von dem Vorgang keine Kenntnis erlangt“; Oertmann, 3./4. A., 1910, § 145, S. 532 „Es sind überall wahre Angebote.“

Nach der juristischen Kausalität⁸¹, worauf eine Tatsache Rechtswirkungen nach sich zieht, wäre jenes Rechtsverhältnis der Rechtsgeschäftsgestaltung, dasjenige, wodurch eine Willenserklärung ein Rechtsgeschäft zur Folge hat. Somit wirkt der gesetzte Tatbestand entsprechend kausal einer natürlichen Ursache, die eine ursächliche Rechtsfolge verursacht. Diese Rechtsnotwendigkeit zeigt, dass die Kausalität nicht nur auf den Gebieten des Naturgeschehens, sondern als Beziehung zwischen Grund und Folge auch auf allen Gebieten des Urteilens herrscht⁸². Bei der juristischen Kausalität, der Rechtsausübungsfreiheit hingegen, steht das Rechtsgeschäft als Tatbestand der Schuld-, Familien-, Erb- und Sachenrechtsfolge.

Insofern wenn eine Aufteilung nach den verschiedenen Rechtsinhalten vorfällt, würde das Rechtsgeschäftsrecht die erste Art sein, die auch in dem Allgemeinen Teil des BGB geregelt wäre, während Familien-, Persönlichkeits-, Herrschafts-, Leistungs- und Erbschaftsrechte die zweite Art wäre und dem Besonderen Teil des BGB zugeteilt sein würden.

Rechtsgeschäftsgestaltung → Willens- oder Einigungserklärung → Rechtsgeschäft (Tatbestand) (Rechtsfolge)
Rechtsgeschäftsausübung → Rechtsgeschäft → Schuld-, Familien-, Erbrecht,... (Tatbestand) (Rechtsfolge)

Stattdessen wurde gegen Ende des 19. Jahrhunderts die Auffassung vertreten, wonach Rechtsgeschäft der juristische Tatbestand ist, zu welchem eine Willenserklärung als Tatsache gehört⁸³. Auf diese erörterte Lehre werde ich in dem Punkt, in dem zwischen Willenserklärung und Rechtsgeschäft differenziert wird, näher eingehen.

⁸¹ Von Tuhr, 1914, S. 5, Fn.10; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 2.

⁸² Von Tuhr, 1914, S. 5; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 4.

⁸³ Hammen, 1983, S. 74.

2.2.1.1 Willensmangelrecht

Der Stellenwert des Willensmangelrechts ist, einen rechtlichen Mechanismus von Regeln zur Verfügung zu stellen, innerhalb dessen eine gerechte Kommunikation stattfinden soll, als beste Voraussetzung für die Richtigkeitsgewähr des Rechtsgeschäfts. Wenn die Rahmenbedingungen stimmen, so dass die Verständigung intellektuell–volitiv ungestört vor sich geht und sich gleichberechtigte Partner gegenüber stehen, dann wird für beide Seiten eine akzeptable Lösung vereinbart. Es handelt sich hier nicht um inhaltliche Maßstäbe für die Vertragsgerechtigkeit, sondern für die Freiheit und Gleichheit der Verständigung, um dadurch zu einer optimalen Ordnung zu führen⁸⁴. Vor diesem Hintergrund wird die Hartnäckigkeit des Streits zwischen Willens- und Erklärungstheorie im vorletzten Jahrhundert, als die Redaktionsgeschichte stattfand, verstanden. Ende 1867 war der erste Entwurf vollendet, der sich für die Willenstheorie entschied. Die Willens- und Erklärungsdogmas wurden aber keineswegs „rein“ durchgeführt. Der zweite Entwurf betonte stärker den Gedanken des Vertrauensschutzes.

Der Jurist der Gegenwart steht vor einer der schwierigsten Fragen der Lehre vom Rechtsgeschäft: Die schon in den römischen Quellen beherrschende Frage: „Quid actum est?“, die im griechischen Recht von Platon vertretene Unwirksamkeit des erzwungenen Versprechens⁸⁵, die eigene Bedeutung der Treue im germanischen Recht⁸⁶ oder die altjüdische Rechtsauffassung der Veräußerlichung des rechtlich erheblichen⁸⁷.

⁸⁴ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, vor § 116 Rn. 3; Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 2 Rn. 33, 34.

⁸⁵ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 51, 53.

⁸⁶ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 81; Stier-Somlo/Elster, Bd. 6, 1926, S. 54 ff.

⁸⁷ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, im Vorwort nazional-sozialistische Auffassung „Der Neubau eines deutschvölkischen Privatrechts fordert ... daß dabei keine rasefremden (jüdische Rechtsauffassung) Bestandteile Verwendung finden“; S. VI. „... daß jüdische Autoren sich auch den deutschen Unwelteinwirkungen anzupassen...haben.“

2.2.1.1.1 Willenserklärung

Das BGB enthält weder eine Begriffsbestimmung der Willenserklärung noch eine des Rechtsgeschäftes⁸⁸. Die logische Existenz von Begriffen in der Rechtsordnung hängt nicht davon ab, ob sie ausdrücklich im Gesetz definiert sind. Die Klarstellung der Normen ist eine Aufgabe der Rechtswissenschaft, weil der Regelfall eine institutionelle Regelung unter der Voraussetzung von Begriffen ist⁸⁹. Es sind Schöpfungen des Rechts; rechtliche Wirkungen als Ergebnis einer Regelung.

Die Bildung von Rechtsbegriffen, im Hinblick darauf, Tatbestände und Rechtswirkungen unter bestimmte Kategorien zu bringen, tritt schon an die Stelle einer Menge von Rechtssätzen mit *Mucius Scaevolas* Werk um 100 v. Chr.⁹⁰ Mit diesem Fortschritt gelangt Recht wie Rechtswissenschaft zu einer höheren Entwicklungsstufe⁹¹; von einer allgemeinen, wenig inhaltsreichen Vorstellung werden präzise, spezialisierte Begriffe gebildet.

Es ist eine auffallende Erscheinung, dass es der Jurisprudenz noch nicht gelungen ist, sich über die allgemeinen und am häufigsten gebrauchten Begriffe wie „Rechtsgeschäft“, „Willenserklärung“, „dingliches und obligatorisches Recht“ zu einigen⁹². Es wird daher in der folgenden Untersuchung größtmögliche Sorgfalt auf die Klarstellung der Herkunft der zu behandelnden Institute des Rechtsgeschäftes und der Willenserklärung gelegt. Schon aus diesem Grunde ist eine geschichtliche Grundlage nicht zu entbehren. Zunächst einmal möchte ich erstmals näher auf den Rechtsbegriff „Willenserklärung“ bzw. auf den Begriff der „Erklärung“ eingehen, der in der Rechtsgeschichte unserer Kodifikation vorkam ist.

Die Meinung, dass die fehlende gesetzliche Regelung der Tatbestandsvoraussetzungen der Willenserklärung darauf zurückzuführen ist, dass beim Erlass des BGB keine

⁸⁸ Flume, 4. A., 1992, § 2 1.

⁸⁹ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 116.

⁹⁰ Sohm, 17. A., 1949, S. 92.-

⁹¹ Krawietz, S. 85 ff.

⁹² Flume, 4. A., 1992, § 2, 5, S. 31 „Wie für alle abstrakte Begriffe gilt für den Begriff des „Rechtsgeschäftes“ – „Willenserklärung“... – der in den Digesten Iustinians D, 17, 202 berichtete Satz Iavolen: omnis definitio in iure civilis periculosa est; § 2, 3, S. 25 „Die Begriffe „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ werden vielfach synonym gebraucht. Die Begriffe stimmen überein, wenn ... beim Vertrag ist demnach zwischen Willenserklärung und Rechtsgeschäft zu unterscheiden“, so ergibt sich mit logischer Notwendigkeit eine Differenzierung, die mit den Begriffen Tatbestand und Rechtsfolge arbeiten sollte; Von Tuhr, 1914, 1. Teil, 1. Band, S. 206 „Eine Zwischenstufe zwischen absoluten und relativen Rechte hat das BGB im Grundbucht recht geschaffen durch die Ausgestaltung der Vormerkung.“

Einigung erwirkt werden konnte, trifft meines Erachtens nicht zu, weil die Anhänger der Erklärungstheorie auf die äußere Erklärung abzielten, während die Anhänger der Willenserklärung den wahren Willen des Erklärenden als entscheidend bewerteten⁹³. Der Gesetzgeber ging von einer festen Begriffsbildung, also von Tatbeständen aus, die sich im Leben verwirklichen. Die Präzisierung der Begriffe ist aber dem Interpreten überlassen, der eine Verschiedenheit an gegebenen Lösungen gebildet hat⁹⁴.

Schon die Verfasser des 1. Entwurfes ahnten die Kritik, die auf sie aufgrund des § 72 zukommen könnte, der lautete: eine Willenserklärung könne sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen, und sprachen sich in den Motiven aus: Der § 72 sollte trotz seiner Selbstverständlichkeit als Regel von grundlegender Bedeutung gelten⁹⁵. Leider entschied sich die 2. Kommission genau für die entgegengesetzte Meinung, die dem Antrag zur Streichung der Vorschrift des § 72 stattgab, weil sie den Paragraphen für „lehrhaft“, „entbehrlich“ und mit „zahlreichen Ausnahmen versehen“ hielt⁹⁶. Dazu erscheint mir die Literatur einen entscheidenden Beitrag hinzugefügt zu haben, in dem sie die Vorschrift als „entbehrlich“ und „wertlos“ bezeichnete⁹⁷.

Dieses Absehen nicht nur von einer Begriffbestimmung, sondern auch von einer Rechtsnorm, überließ der Wissenschaft eine schwierige Entscheidung nach der Tatsache der Erklärung. Darum herrschte ein äußerst unerfreulicher Streit in der Rechtswissenschaft; die Einen knüpften an das Merkmal der Handlung für die schlüssige Willenserklärung an und an das Merkmal der Unterlassung für die stillschweigende Willenserklärung⁹⁸, die Anderen an das Merkmal der Erklärung für die erste und an das der Betätigung für die zweite Willenserklärung⁹⁹. Andere hingegen unterschieden zwischen der Möglichkeit der unmittel- oder mittelbaren Willenserklärung¹⁰⁰ oder der Vollzogenheit, entweder durch Worte oder durch andere Zeichen, gegebenenfalls für die ausdrückliche oder die stillschweigende Willenserklärung.

Auch heute noch wird von der Literatur gerne vertreten: Die stillschweigende Wil-

⁹³ Flume, 4. A., 1992, § 4, 6; Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 24 Rn. 25-28.

⁹⁴ Rümelin, 1976, S. 87 ff.

⁹⁵ Mugdan, I, 1899, S. 436; Mot., 2. A., 1896, I, S. 153.

⁹⁶ Mugdan, I, 1899, S. 685; Prot. I, 1897, S. 144.

⁹⁷ Zeller, Otto, 1890, S. 131 zitierte Autoren sind Holder, Hellmann, Schilling, Brodowski, Goldschmidt, Bitelmann, Jacob, Gierke.

⁹⁸ Planck, 4. A., 1913, Vorb. 3 zu §§ 116 ff.

⁹⁹ Oertmann, 3./4. A., 1910, Vorb. zu §§ 104 ff., S. 329.

¹⁰⁰ Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, Einl. zu §§ 116 ff., S. 388.

lenserklärung durch konkludente Handlung oder *facta concludentia*¹⁰¹. Gemeint ist damit die Willensbetätigung. Als Paradigma wird im BGB AT die Vertragsannahme nach § 151 angeführt. Im BGB BT werden als andere Beispiele die *derelictio* (§ 959), die Erbschaftsannahme (§ 1943) und die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes durch den Verbrauch der Sache geregelt.

Worauf aber das Gesetz seiner ganzen Tendenz nach hinzielt, ist ein Maß von Deutlichkeit. Die „ausdrückliche“ wäre die deutliche Willenserklärung und die „stillschweigende“ die undeutliche oder mehrdeutige Willenserklärung¹⁰².

Zu berücksichtigen ist, dass der Paragraph die Grundlage für die folgenden Bestimmungen gebildet hatte, weil die Behandlung der Willensmängel im Sinne der §§ 95 ff. (heutige §§ 116 ff.) nur bei ausdrücklichen Willenserklärungen möglich war¹⁰³. Dieses war beeinflusst durch das Pandektenrecht. Immerhin ein Einblick in die römische Privatrechtsfrage: „*Quid actum est?*“, zeigt, dass die Prüfung dieses Gegenstandes nur bei einer zweifelhaften Willenserklärung zu berücksichtigen war. Sobald das Wort jedoch nur eine Bedeutung hatte, wurde nach der *voluntas* nicht geforscht, zumindest nicht um den Inhalt der Erklärung durch Auslegung zu ermitteln, sondern um gegenüber dem ermittelten eindeutigen Inhalt den Mangel festzustellen. Bei dieser erkannten mangelhaften Willenserklärung konnte weder der Wille noch die Erklärung wirken, dagegen aber die Auslegung der mehrdeutigen oder zweifelhaften Willenserklärung, die zur Wirksamkeit des erkannten Willens führte¹⁰⁴.

Willensmangelrecht → Willensmangel→Erklärung deutlich (§ 95 ff. heutige §§ 116)
→ Erklärungsmangel→Erklärung undeutlich (§ 73 heutiger § 133)

Dies entspricht dem Standpunkt unserer heutigen Gesetzgebung bei der Unterscheidung zwischen Erklärungsmangel in § 133 und Willensmangel in den §§ 116 ff. Die Motive zum 1. Entwurf des BGB behandelten die Willensmängel (§§ 95 ff. heutige §§ 116 ff.) nur für den Fall einer „völlig unzweideutigen Willenserklärung“¹⁰⁵, *per argumentum e contrario* lässt sich eine mehrdeutige Willenserklärung konstruieren. Au-

¹⁰¹ Flume, 4. A., 1992, § 5 3; Staudinger/Kramer, I, 2004, vor § 116 Rn. 18-28.

¹⁰² Von Tuhr, 1914, S. 417; Manigk, *rechtsw. Verhalten*, 1939, S. 214, 276, 295 ff. „Willenserklärung“, „Willensgeschäft“; Jacobsohn, J. J., Bd. 56, 1910, S. 335.

¹⁰³ Oertmann, 3./4. A., 1910, Vorb. zu §§ 104 ff., S. 330.

¹⁰⁴ Manigk, *rechtsw. Verhalten*, 1939, S. 51 ff.

¹⁰⁵ Mot., 2. A., 1896, I, S. 190; Mugdan, I, 1899, S. 457.

Berdem wird in den Motiven die Ausnahme der Anwendbarkeit der Mentalreservation auf die stillschweigende und nicht nur auf die ausdrückliche Willenserklärung erläutert. Dies sollte die Absicht des Erklärenden mit der Folge der Nichtigkeit und nicht die Wirksamkeit bei erkanntem Willen seitens des Empfängers bestrafen (§ 95, S. 2). Bei regelmäßiger Anwendung der Auslegungsregel auf eine undeutliche Willenserklärung, wäre sonst die Hinzuziehung des § 73, heutiger § 133, und die Wirksamkeit des erkannten Willens geboten.

Außerdem unterschied auch § 74 stillschweigend bei den Arten von Willenserklärungen zwischen denjenigen, deren Wirksamkeit davon abhängig war, dass sie einem Beteiligten abgegeben werden und per argumentum e contrario denjenigen, die keinen Empfänger haben. Dies macht eine weitere Untersuchung des Begriffes „Erklärung“ notwendig.

Von Tuhr und auch Leonhard definierten Willenserklärung als eine privatrechtliche Willensäußerung, weil man von „Erklärung“ nach guter deutscher Redeweise nur sprechen könne, wenn eine Äußerung zur Wahrnehmung durch andere Menschen bestimmt sei, welches nicht der Fall sei bei einsamen Willenserklärungsakten der occupatio oder derelictio¹⁰⁶. Somit identifizierten sie Willenserklärung im weiteren Sinne mit Willensäußerung, die sowohl eine Willenserklärung im engeren Sinne als auch eine Willensbetätigung beinhalten konnte. Im Einklang mit den oben genannten Autoren differenzieren andere zwischen empfangsbedürftiger und nicht empfangsbedürftiger Willenserklärung, je nachdem ob sie einer Adressierung bedürfen oder nicht, nach der eingebürgerten Unterscheidung Zitelmanns¹⁰⁷. Anderen hingegen schien diese Bezeichnung als „Zuwiderlaufe der Sprachgebrauche“ oder als „Verwilderung“ des Begriffes Erklärung, weil eine Person, die sich nur äußert, ohne jemandem etwas klar zumachen, nichts erklärt¹⁰⁸. Die Betätigung hat für sie keinen Kundgabezweck, welcher aber erforderlich ist für eine Erklärungshandlung. Sie verstehen unter Willenserklärung nur die empfangsbedürftige, die dem Erklärungsgeschäft gleichgestellt ist, und unter Willensverwirklichungen die nicht empfangsbedürftige Willenserklärung oder „Willensgeschäfte“.

Dass die Verfasser die Willenserklärung im weiteren Sinne als Willensäußerung bezeichneten, also unter Willenserklärung nicht nur die eines Adressaten bedürftigen Äu-

¹⁰⁶ Von Tuhr, 1914, S. 105, 400; Leonhard, S. 36.

¹⁰⁷ Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, Einl. zu §§ 116 ff., S. 390; Enneccerus/Nipperdey, Bd . 1, S. 146.

¹⁰⁸ Hellmann, J. J., Bd. 42, 1901, S. 419; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 57 ff., WE, WG, S. 305 ff.; Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, Einl. zu §§ 104 ff., S. 343.

ßerungen, lässt sich aus den Motiven direkt beweisen. Bezüglich des § 74 wird in den Motiven von einer Willenserklärung gesprochen, zu deren Wirksamkeit nicht erforderlich ist, dass sie gegenüber einem Beteiligten abgegeben werden¹⁰⁹. Auch innerhalb der Paragraphen über Willensmängel wird auf diese Erklärung hingewiesen: Die Beweislast in § 95 kann z. B. nicht nur von dem Empfänger der Erklärung, sondern von jedem Dritten erhoben werden¹¹⁰; die Fälle der Scherzerklärung sowie die des Irrtums beschränken seine Wirkung nicht auf Erklärungen, deren Wirksamkeit erforderlich ist, dass ein Empfänger gegenübersteht, sondern sie finden auf streng einseitigen Willenserklärungen Anwendung, von den letztwilligen Verfügungen abgesehen¹¹¹. Der Grund für diese Gleichbehandlung ist das Verkehrsinteresse¹¹². Folglich ist diese Einigkeit der Willenserklärung in der rechtlichen Behandlung durchgreifend, weil die Rechtssätze über die Willenserklärung auch auf die Willensbetätigung anwendbar sind.

Im Gegensatz dazu beschränken die Vertreter der Willensverwirklichung den Anwendungsbereich der §§ 116 ff. auf die Willenserklärung im engen Sinne, weil nur dort die Wahrnehmungssphäre und das Interesse eines Erklärungsgegners berührt werden.

Im Einvernehmen mit den Verfassern ist folgende Einteilung im BGB berücksichtigt:

a) Empfangsbedürftige Willenserklärung

Sofern Willenserklärungen Rechtsfolgen erzeugen, die in die Rechtsverhältnisse eines anderen eingreifen und dessen Rechtslage verändern, muss sich der Empfänger informieren können. Die Information des Betroffenen gilt als Zweck des Zugangs von empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Dadurch entstehen entweder mehrseitige oder einseitige Rechtsgeschäfte.

Der Erklärende äußert sich im Bereich der Culpa in contrahendo, dabei handelt es sich um ein Rechtsgestaltungs-Rechtsverhältnis, welches auf Grund § 242 entstanden ist, um den Erklärenden mit Schutzpflichten und -obliegenheiten zu belasten und ihm somit seine Willensäußerung zurechenbar zu machen.

¹⁰⁹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 156; Mugdan, I, 1899, S. 438.

¹¹⁰ Mot., 2. A., 1896, I, S. 192; Mugdan, I, 1899, S. 458.

¹¹¹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 200; Mugdan, I, 1899, S. 463.

¹¹² Mot., 2. A., 1896, I, S. 201; Mugdan, I, 1899, S. 463.

b) Nicht empfangsbedürftige Willenserklärung

Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind nicht an eine andere Person gerichtet. Es gibt keine Person, die sich auf die, durch eine Willenserklärung geschaffene Rechtslage einstellen müsste¹¹³. Dadurch entsteht nur ein einseitiges Rechtsgeschäft. Es genügt in dieser Hinsicht zu verweisen auf das Testament, die Auslobung, die Aneignung einer bisher niemandem gehörenden beweglichen Sache (§ 958) oder die Aufgabe des Eigentums an einer beweglichen Sache (§ 959), die derelictio eines Grundstückes, die Aufgabe des Vorkaufsrechtes, die Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft, den Verzicht auf das Inventarrecht usw. Auch die Erbschaftsannahme (§ 1943) durch die so genannte *pro herede gestio*, d. h. durch eine Betätigung, welche den Willen vollzieht, die Erbschaft behalten zu wollen, oder die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes durch den Verbrauch der durch das anfechtbare Rechtsgeschäft erlangten Sachen, sind nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen.

Vorsicht ist allerdings in einem einzigen Fall geboten, in dem durch eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung ein Vertrag, also ein mehrseitiges Rechtsgeschäft, entstehen kann: Dem der Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden (§ 151)¹¹⁴.

Aber auch nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen müssen, wenn sie überhaupt Wirkung entfalten wollen, von jemandem zur Kenntnis genommen werden. Das Gesetz bewertet das Interesse des an dem Rechtsverhältnis Beteiligten dadurch geringer, dass die Erklärung nicht an ihn gerichtet sein muss, also keinen Zugang erfordert. Das Zugangserfordernis beruht auf dem Interesse an rechtzeitiger Information. Nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen sind wirksam, ohne dass sie einem anderen zugehen müssen. Die Willenserklärung hat nicht die Informationsfunktion, jemandem etwas mitzuteilen. Hiermit scheidet aber weder die Erklärungsinterpretation eines Dritten noch die Ausdrucksobliegenheit des Erklärenden aus; Erklärungs- und Willensmängel der §§ 133 und 116 ff. sind anzuwenden¹¹⁵. Eine Ausnahme tritt nur in Ansehung des § 116¹¹⁶ ein.

¹¹³ Brox, 29. A., 2005, § 4 Rn. 93.

¹¹⁴ Mot., 2. A., 1896, I, S. 172; Mugdan, I, 1899, S. 447. „... durchbricht auch den Grundsatz des § 77, nach welchen der geeinte Wille der Vertragsschließenden gegenseitig erklärt sein muß“; von Tuhr, 1914, S. 476.

¹¹⁵ Mot., 2. A., 1896, I, S. 200; Mugdan, I, 1899, S. 463; A. A. Larenz /Wolf, § 30 Rn. 14 ff.; und für Testamente § 28 Rn. 95 “Es gilt allein § 133, nicht § 157.”; Trupp, NJW, 1990, S. 1347.

¹¹⁶ § 116 „... wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt.“; Mot., 2. A., 1896, I, S. 192; Mugdan, I, 1899, S. 458.

Auch als Ausnahme der Anwendung der damaligen §§ 95 ff. verhielt sich im 1. Entwurf das Testament im Fall eines Willensmangels, also bei einer eindeutigen Willenserklärung: Bei einer einseitigen letztwilligen Verfügung ist es interessengerecht, dass der wirklich erkannte Wille des Erblassers gilt (§ 1779), denn hier würde der Erblasser nicht der leidende Teil sein, sondern der, welcher nach dem wahren Willen die Erbschaft erhalten sollte. Schließlich gilt hier das Willensdogma ohne Einschränkungen¹¹⁷.

Gleiche Behandlung wie in § 73 (heutiger § 133), und somit keine Ausnahme der Anwendung dieses Paragraphen, sollte jedoch der Erklärungsmangel (undeutliche Willenserklärung) bei der letztwilligen Verfügung (§ 1778) erhalten¹¹⁸. Eine streng einseitige Willenserklärung, die keinen Adressaten benötigt¹¹⁹, weil es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das nach dem Tod einer Person wirksam wird, und somit ungewiss ist, liegt hier vor. Bei diesem befristeten Rechtsgeschäft, bei dem das Wirksamwerden von einem zukünftigen, sicheren Ereignis abhängt, d. h. dem Tod einer Person, muss die Willenserklärung nicht zugangsgeschützt sein. Der Auslegung der Willenserklärung bedarf es dennoch.

Fazit dieser Untersuchungen sollte ein Begriff der Erklärung als Ereignis des Seelenlebens sein, dass ein Verhalten, sowohl durch Handlung als auch durch Unterlassung, eine Erklärung oder eine Betätigung (d. h. mit oder ohne Abgabe gegenüber einem Empfänger) bedeuten kann, ausdrücklich oder stillschweigend (d. h. deutlich oder undeutlich).

¹¹⁷ Mot., 2. A., 1896, I, S. 191; Mugdan, I, 1899, S. 458 „Eine Ausnahme tritt nur in Ansehung der letztwilligen Verfügung ein“; Mot., 2. A., 1896, I, S. 200; Mugdan, I, 1899, S. 463 „Beide Vorschriften finden – von den letztwilligen Verfügungen (§ 1779) abgesehen – auch auf streng einseitige Willenserklärungen Anwendung“; Mot., 2. A., 1896, V, S. 45, 5).

¹¹⁸ Mot., 2. A., 1896, V, S. 43, 4).

¹¹⁹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 156; Mugdan, I, 1899, S. 438; Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, Einl. zu §§ 104 ff., S. 343 b) „Das Gesetz selbst läßt, in dem es bei letztwilligen Verfügungen von Erklärung spricht, erkennen, daß es unter Erklärungen nicht nur die eines Adressaten bedürftigen Äußerungen versteht.“

2.2.1.1.1 Differenzierung zwischen Rechtsgeschäft und Willenserklärung: differenzierte Rechtsfolge

Wie verhalten sich Willenserklärung und Rechtsgeschäft? Diese Beziehung von Willenserklärung und Rechtsgeschäft hat sich meines Erachtens im Laufe der Rechtsgeschichte verändert und hängt mit der Entwicklung des Rechtsgeschäftsbegriffes zusammen. Grundsätzlich betrachte ich drei Auffassungen dieser Verbindlichkeit: Willenserklärung ist gleich Rechtsgeschäft, Willenserklärung ist ein Bestandteil eines Rechtsgeschäftstatbestandes und Willenserklärung als Tatbestand einer Rechtsfolge, die ein Rechtsgeschäft ist¹²⁰. Dies entspricht der stufenmäßigen Entwicklung der Privatautonomie von Formalismus bis hin zu Abstraktion des Rechtsgeschäftes.

Eine überspitzte Begriffsjurisprudenz kann zu der verkehrten Ansicht gelangen, dass das Rechtsgeschäft und die Willenserklärung ein Produkt der Theorie des 19. Jahrhunderts sei. Wahr ist, dass die Abstraktion des Rechtsgeschäftes (Rechtsgeschäft als Rechtsfolgenbegriff) erst aus dem gemeinrechtlichen Denken entstand, allein dadurch, dass die römische Rechtsordnung förmlich, streng und fallbezogen erschien, sowohl in den XII Tafeln als auch in den *Corpus Iuris Civilis* von *Justinian*, weshalb es auch von *Savigny* ein ganzes Jahrtausend später darauf ankam, diese Ansätze durch fortschreitende Systematisierung auszubauen¹²¹. Eine allgemeine Lehre vom Rechtsgeschäft konnten die Römer nicht ausbilden, dies ist erst durch die Pandektenwissenschaft entwickelt worden und tritt erst im modernen Recht stark hervor¹²². Dennoch liegt der Ursprung des Rechtsgeschäftes, als Institut der Rechtsordnungen, weder in einem genauen terminologischen Ausdruck in der Rechtsgeschichte noch in einem exakten Begriff dieses Institutes. Jener Ursprung liegt in der Funktion der selbständigen Rechtsgestaltung und dies ist von alters her gewährt durch die Rechtsordnung.

In der Primärstufe naturalistischer Formlosigkeit trennten sich das Rechtliche vom Sittlichen und Konventionalen durchaus nicht, die rechtlich-sittlichen Gestaltungen waren unmittelbare Willensverwirklichungen, das Regelmäßige erhob sich zum Rechtmäßigen, weil der Rechtssatz sich von der Tatsächlichkeit nicht entfernte¹²³. In den äußere-

¹²⁰ Oertmann, 3./4. A., 1910, Vorb. zu §§ 104 ff., S. 317; A. A. Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, Einl. zu §§ 104 ff., S. 345.

¹²¹ Hammen, 1983, S. 30 ff.

¹²² Sohm, 17. A., 1949, S. 211.

¹²³ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 76 ff.; Radbruch, Einführung, 9. A., 1952, S. 13.

ren Realvorgängen z. B. des Nehmens und Gebens vollendete sich die rechtliche Begehrung.

Die Formalität entsprang dem Rechtsbewusstsein und dem Bedürfnis, das spezifisch Rechtliche und unbedingt Zwingende vom Sittlichen und Unverbindlichen abzuheben. Wort und Realvorgang waren dann erforderlich, um ein Rechtsgeschäft zu tätigen. Das altrömische Recht, wie es in den XII Tafeln erschien, war förmlich und streng. Den vermögensrechtlichen Verkehr beherrschten zwei Rechtsgeschäfte: Die mancipatio und das Nexum¹²⁴. Der Vorwurf, sie hätten nicht einmal Ausdrücke, welche das Rechtsgeschäft oder den Vertrag als solchen bezeichnen, ist anhand dieser zwei Institute nicht begründet¹²⁵. Was deutlich unterschiedlich war, ist der Begriff dieser Ausdrücke.

Die mancipatio war ein feierlicher Kauf „per aes et libram“: Vor fünf Zeugen, mit feierlichen Worten und Zuwägung des, den Kaufpreis darstellenden, ungemünzten Kupfermetalls wurde die gekaufte Sache als sein Eigentum durch den Käufer ergriffen. In den Worten und dem Realvorgang lag die Körperlichkeit des Rechtsgeschäftes, das weder unter Irrtum noch unter Auslegung der Willenserklärung litt, denn diese wurde nicht als ein Zweielementen-Tatbestand erachtet.

Der Realvorgang wurde jedoch bald zum Fiktivvorgang, weil das Metall durch das gemünzte Geld ersetzt wurde, und somit das Zuwägen des Metalls keine Zahlung mehr war. Die wirkliche Zahlung lag außerhalb der mancipatio¹²⁶. Dieses bedurfte einer Regelung der Rechtsausübung, die sich von der Regelung des Rechtsgeschäftes unterschied.

Der Dualismus von Inhalt und Form, d. h. von Wille und Erklärung, wurde dann in der römischen Rechtsentwicklung zu einem Problem. Der Durchbruch des Willens als rechtlich bindendes Element eines Versprechens kam schließlich durch den römischen Prätor, der in den zweifelhaften Erklärungen¹²⁷ fragte: „Quid actum est?“, und auch durch die mancipatio fiducia¹²⁸, einen teilweise formlosen Vertrag, dessen Inhalt nach Maßgabe der Umstände konstruiert wurde, zu denen aber natürlich auch das Pactum conventum gehörte, aber dessen Dasein die Mancipatioformel mit einem Treuevorbehalt klarstellte. Dennoch, das Rechtsgeschäft als eine durch Einigkeit des Willens entstandene Gebundenheit, die im Ius gentium durch die Berücksichtigung der aequitas

¹²⁴ Sohm, 17. A., 1949, S. 48.

¹²⁵ Sohm, 17. A., 1949, S. 211; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 64 ff.

¹²⁶ Sohm, 17. A., 1949, S. 49.

¹²⁷ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 46, 79.

¹²⁸ Sohm, 17. A., 1949, S. 58.

und im *Ius civile* durch den *Bonae-Fides*-Grundsatz bestimmt war¹²⁹, verlangte jedoch noch keine abstrakte oder formlose Natur¹³⁰, sondern lediglich den wirklichen Willen nachzuvollziehen. Die Zeit der alten Rechtsgeschäfte, respektive des Rechtsformalismus, die der Vorschrift nach buchstäblich, streng und nach sollenden Typen gestaltet sein musste, war vorbei¹³¹.

In der Pandektenwissenschaft, also der Wissenschaft von dem römischen justinianischen Privatrecht in der veränderten Gestalt tausend Jahre später, hatte *von Savigny* die Ausdrücke „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ gleichbedeutend gebraucht¹³². Diese Identifizierung wurde ermöglicht durch die Lehre, ein rechtliches Verhältnis könne aufgrund eines einzelnen Ereignisses, einer juristischen Tatsache, entstehen, sich ändern oder enden. In seiner Tatsachenlehre wurde der Begriff „Tatsache“ als Allgemeinbegriff aller Bedingungen zur Bewirkung eines rechtlichen Erfolges. Als einzelnes Ereignis betrachtete er die Übereinstimmung von Wille und Erklärung¹³³. Somit konnte er die altmodische Betrachtung des Rechtsgeschäftes der Sekundärstufe wieder hervorrufen, in der sich das Rechtsgeschäft mit der Erklärung identifizierte, und den Begriff „Willenserklärung“ inhaltslos machte, in dem er das Verhältnis ihrer Bestandteile zueinander (Wille und Erklärung) vermied. Die gemeinrechtliche Literatur folgte der Rechtsgeschäftslehre *von Savignys*¹³⁴. Die Gleichstellung von Willenserklärung und Rechtsgeschäft wurde zunächst beibehalten¹³⁵.

Früher herrschte ein anderer Rechtsbegriff, respektive der „Grund des Rechtsgeschäftes“¹³⁶ bot ab jetzt einen optimalen Schutz der beiden Betroffenen. Weil aber durchaus bestritten blieb, was man im Recht als „Ursache“ einer Wirkung anzusehen hat, brachte diese Entwicklung im Rechtsgestaltungsbereich erstmals die Problematik bezüglich des Geltungsgrundes für den geschäftlichen Rechtserfolg; die Einen sahen dies im Willen

¹²⁹ Sohm, 17. A., 1949, S. 64 ff., 375; Söllner, 1996, S. 74 ff.

¹³⁰ Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 45 „Die Rechtsfolge ... hat „keine gegenständliche Wirklichkeit, weder in der physischen noch in der psychischen Welt ...“, Fn. 1 m. w. N.

¹³¹ Mayer-Mali, 1965, S. 511 „Die Ablösung des Typenzwangs durch eine auch als Gestaltungsfreiheit verstandene Vertragsfreiheit ...“

¹³² Von Savigny, III, 1840, S. 5, „Diese Tatsachen heißen Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte.“

¹³³ Von Savigny, III, 1840, S. 99, 257; Hammen, 1983, S. 113.

¹³⁴ Windscheid, 8. A., 1900, Bd. 1 § 69, S. 186, Rechtsgeschäft als „eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung.“

¹³⁵ Enneccerus/Nipperdey, § 145, S. 896; auch in der gesamten Pandekten-Jurisprudenz, Dernburg, Windscheid, Dabelow, ist Rechtsgeschäft gleich Willenserklärung.

¹³⁶ Brehmer, 1992, S. 39 „Er stellt also ... auf deren Rechtfertigung ...“; S. 40 „... bezieht sich der Geltungsgrund ... auf den Grund ihrer rechtlichen Befolgung.“

des Gesetzgebers, die Anderen im Willen der Parteien¹³⁷. Man verkannte hiermit erstens, dass der „Geltungsgrund“ auf das „Prinzip“¹³⁸ hindeutete, im Gegensatz zu dem „Grund des Rechtsgeschäftes“, das deren „Rechtfertigung“¹³⁹ aufweist. Und eigentlich hatte sich die rechtsschöpferische Bedeutung der Privatautonomie als „Geltungsgrund“ der rechtsgeschäftlichen Rechtsfolgen nicht geändert. Lediglich der Gerechtigkeitsgehalt oder der „Grund des Rechtsgeschäftes“, dem optimalen Schutz beider Betroffener halber, und deren tatbestandlicher „Rechtsgrund“¹⁴⁰ hatten sich umgestaltet.

Zweitens wurde auch die rechtsphilosophische Auffassung nicht berücksichtigt, dass jede Rechtsquelle ihre letzte Ermächtigung von der Idee und dem Wesen des Rechtes herleitet¹⁴¹.

Angesichts dessen wandelte sich diese Problematik und es wurde über den „tatbestandlich konstituierten Rechtsgrund“ diskutiert. Es ist die Zeit des Willens- und Erklärungsdogmas für den Rechtsgeschäftsbegriff. Das 19. Jahrhundert brachte in der rechtsgeschäftlichen Ebene, wie auch im gesetzlichen Wissenschaftsbereich, mit der Diskussion zwischen juristischem Positivismus und willkürlichem Parlamentarierwillen¹⁴² den Schlagabtausch zwischen Willenstheorie und Erklärungstheorie.

¹³⁷ Manigk, Anwend., 1901, S. 5 „Die einen geben den Gesetz selbst dieses Prädikat, andere sehen, falls eine Wirkung rechtsgeschäftlich beabsichtigt war, im Parteiwille oder der menschliche Handlung die wirkende Ursache“; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 2 „Seit dem 19. Jahrhundert wurde über die Frage gestritten, ob der Parteiwille oder das Gesetz die Ursache der Rechtswirkungen sei“; Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 45 „Wir fragen zunächst, ob es logisch sinnvoll sein könne, daß die Willenserklärung, wie es die herrschende Lehre annimmt, das Wollen der Rechtsfolge bezeichnet“; S. 57 „Ebenso wenig ... hat es einen Sinn, zu fragen, ob die Geltung der Rechtsfolge auf der Willenserklärung oder dem Gesetze beruht ...“; Zitelmann, J. J., Bd. 16, 1878, S. 357 „Die herrschende Lehre spricht der juristischen Willenserklärung ... diejenige juristische Wirkung zu, welche der Erklärende hat herbeiführen wollen ...“; S. 358 „Der herrschende Lehre ist neuestens von Windscheid eine eingehende Vertheidigung zu Theil geworden. Er nennt als Gegner der herrschenden Theorie Regelsberger 1868, Röver 1874, Bähr, J. J., 1875 1875, Schlossmann 1876, Hölder 1876. Hinzugesetzt werden kann ... Lotmar 1875 ... ferner Kohler 1877 ...“

¹³⁸ Brehmer, 1992, S. 38 „... die Geltung der Rechtsfolge kennzeichnende Prinzip.“

¹³⁹ Brehmer, 1992, S. 39.

¹⁴⁰ Brehmer, 1992, S. 40 „... Begründung, warum resp. in Erfüllung welcher Erfordernisse die Geltung resp. die Rechtsfolge von Rechts wegen ... eintritt.“

¹⁴¹ Kohler, 2, J. J., Bd. 16, 1878, S. 328 „... wenn das Recht sich zum Willen verhält, wie der Thon in der Hand des Töpfers und der Wille das Recht so figurirt, wie der Töpfer den Thon: dann gebe ich meine Position bereitwillig auf und lege besiegt den Meister meine Waffen zu Füßen“; S. 331 „In der That, das Recht sagt nicht: „Wähle Dir ein Rechtseffekt, ich gewähre ihn Dir“; Binder, 1925, S. 905 „Besteht die so genannte Rechtsfolge in einer logischen Beziehung des Tatbestandes auf den Rechtssatz, in seiner Normbetroffenheit ... so kann sie weder verursacht noch bezweckt werden, weder von der Partei, noch vom Gesetzgeber ...“

¹⁴² „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“ über Kirchmann in Radbruch, Grundzüge, 1914, S. 203; Rechtsphilosophie, S. 222; Einführung, S. 241; kritisch gegen Kirchmann, Binder, 1925, S. 843 ff.

Aber dieses Mal verkannte man zusätzlich¹⁴³, dass die Tatbestandselemente nicht den Wirksamkeitsvoraussetzungen oder -hemmungen (Geltungserfordernis) gleichgesetzt werden konnten.

Der Umschwung gegen Ende des 19. Jahrhunderts hing mit der Entwicklung der Lehre vom Tatbestand zusammen. Da der allgemeine Tatbestand eine Gesamtheit rechtlicher Bedingungen bedeutete, konnte die Gleichstellung von Willenserklärung und Rechtsgeschäft nicht mehr aufrechterhalten werden¹⁴⁴. Je einfacher das Rechtsverhältnis ist, umso weniger muss geregelt werden; je komplizierter es ist, umso vollständiger muss verordnet werden, und insofern verdichtet sich ein Gesetz mit einer unzähligen Zahl von Rechtsfolgen. Dieses Letzte reflektiert meistens einen Rechtsfortschritt wegen der gesamten Berücksichtigung aller betroffenen Rechte. Dieses war in Bereich der Rechtsgestaltung im Hinblick auf den Vertrauensschutz geschehen. Das Wort Rechtsgeschäft wurde in einen doppelten Sinn¹⁴⁵ gebraucht; für den Gesamttatbestand des entsprechenden Rechtserfolgs und für die Parteiverhandlung oder Willenserklärung als Bestandteil an sich. In einem solchen Maximalbegriff mussten aufgenommen werden: Die Geschäftsfähigkeit, die Zurechnungsfähigkeit, die Zustimmung eines Dritten, die legalen Bedingungen hinsichtlich des Inhaltes eines Rechtsgeschäftes, Formvorschriften usw. Somit konnte alles angesprochen werden, was die in dem BGB („Abschnitt 3. Rechtsgeschäfte“) gegebenen allgemeinen Normen betraf, zwecks Auffindung eines legalen Begriffs des Rechtsgeschäftes.

Es wurde bald im Schrifttum eingesehen, dass dies nicht die Art war, Begriffsjurisprudenz zu machen. Dass von den Eigenschaften, welche mehreren gleichmäßig benannten Dingen zukommen, nicht alle für die begriffliche Subsumtion gleiche Bedeutung haben, da sich wieder andere ebenso benannte Dinge finden, die diese Eigenschaften nicht haben, wurde im Strafrecht mit der entsprechenden Unterscheidung von Tatbestandsele-

¹⁴³ Brehmer, 1992, S. 18 „... und wird dementsprechend entweder im Willen oder in der Erklärung das wesentliche und ausschlaggebende Element sowohl der tatbestandsvermittelten Geltungsanknüpfung als auch der geltungsgrundvermittelten Geltungsbegründung gesehen.“; z. B. von Craushaar, S. 62 „4. Die Notwendigkeit, dem Geltungsgrund Vertrauensschutz im Begriff der Willenserklärung Rechnung zu tragen“.

¹⁴⁴ Hammen, 1983, S. 73 ff.

¹⁴⁵ Kelsen, 2. A., 1960, S. 261 „... das Wort Rechtsgeschäft zur Bezeichnung sowohl des normerzeugenden Aktes als auch der durch den Akt erzeugten Norm gebraucht“; Flume, 4. A., 1992, § 5 7, S. 78 „Die Regelung als das Ergebnis des Rechtsgeschäfts ist von dem Rechtsgeschäft als Akt, als Vorgang ... Die Vorschriften über das Rechtsgeschäft zerfallen in solche, welche den Akt des Rechtsgeschäfts betreffen ... Geschäftsfähigkeit ... Willensmängel ... Form ... Zugang ... Vertragsschluß ... und in solche betreffs der durch das Rechtsgeschäft geschaffenen Regelung ... über die Auslegung ... Grenzen rechtsgeschäftlicher Regelungen ... Vorschriften über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit ...“

menten und Bedingungen der Strafbarkeit unentbehrlich¹⁴⁶. Der Begriff „Delikt“ z. B. wurde juristisch nicht durch alle normierten Voraussetzungen der Fälle der Delikts haftung gebildet. Die Deliktsfähigkeit war eine wesentliche Voraussetzung der Haftung aus Delikt, aber kein Element des Deliktaktes. Diese Unterscheidung zwischen Tatbestandselementen und Wirksamkeitsvoraussetzungen durchdrang auch die Zivilwissenschaft¹⁴⁷. So erhebt sich die Frage, welche Merkmale den Begriff „Rechtsgeschäft“ konstituieren, wenn der Begriff nicht mehr als die Gesamtheit der die Rechtswirkung erzeugenden Bedingungen gesehen werden kann. Vor allem aber taucht die wiederholte Frage nach der Unterscheidung zwischen „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ auf.

In den bisherigen Untersuchungen über das Rechtsgeschäft ist mehrfach behauptet worden, das BGB stelle die Begriffe „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ einander gleich oder als Synonym¹⁴⁸. Diese Meinung kann auf den Umstand zurückgeführt werden, es fände sich eine Definition in den Motiven, in denen es heißt: „Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung ...“ Diese Definition soll dem Stand der Lehre der damaligen Zeit entsprechen, was wohl daran liegt, dass einer der führenden Vertreter der Pandektenwissenschaft, *Bernhard Windscheid*, lange Zeit Mitglied der 1. Kommission war. Auch die Systematik des BGB, der 3. Abschnitt des 1. Buches trüge die Überschrift „Rechtsgeschäfte“ und der 2. Titel dieses Abschnittes die Überschrift „Willenserklärung“, sorgte für diese Identifizierung. Dies ist freilich nur eine Vermutung.

Auch *Manigk* betrachtete „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ als weitestgehend gleichbedeutend, jedoch nicht einander komplett überschneidend, einschließend oder inbegriffen; es gibt Erklärungsgeschäfte und Willensgeschäfte¹⁴⁹. Somit wird dem umfassenden Begriff des „Rechtsgeschäftes“ die Spezies „Willenserklärung“ untergeordnet.

Ich behaupte aber, dass das BGB diese Identifizierung nicht enthält¹⁵⁰. Laut h. M. damals und auch heute ist bei einem Rechtsgeschäft die Willenserklärung der Parteien

¹⁴⁶ Rümelin, 1976, S. 89; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 116 ff.

¹⁴⁷ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 117 “Die differentia specifica der Art und Unterart hebt aber das genus proximum nicht auf, sondern bestätigt es”; von Craushaar, S. 59 „daß der Tatbestand einer Willenserklärung ...“ i. V. m. S. 60 „daß die Wirksamkeit einer Willenserklärung ...“

¹⁴⁸ Flume, 4. A., 1992, § 2 3, 4, 5; Hammen, 1983, S. 89; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 117.

¹⁴⁹ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 103, 117.

¹⁵⁰ Oertmann, 3./4. A., 1910, Vorb. zu §§ 104 ff., S. 317; Endemann, § 60 Anm. 10; Dernburg, § 91 Nr. 6; A. A. Danz, S. 389; Hellmann, J. J., Bd. 42, 1901, S. 415; Staudinger/Loewenfeld, 5./6.A., 1910, Einl. zu §§ 104 ff., S. 344; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 117; von Tuhr, 1914, S. 18, 399.

eine zum Tatbestand gehörende Tatsache¹⁵¹. Logisch betrachtet sollen alle Stücke des Tatbestandes gleich unentbehrlich für den Erfolg sein, es findet jedoch eine Wertung der zum Tatbestand gehörenden Tatsachen statt, welche darin ihren Ausdruck findet, dass man gewisse Tatsachen als Ursachen des Rechtserfolges betrachtet. Dieser soll der Blickwinkel der Motive sein, in denen es heißt: „...Willenserklärung nur als ein Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes ...“¹⁵².

Auch meines Erachtens wird der Begriff „Tatbestand“ als Oberbegriff, als „rechtsgeschäftlicher Tatbestand“ oder als „Rechtsgeschäft“ aufgefasst, der die Gesamtheit der Rechtsfolgen bedingenden Tatsachen bezeichnet. Die Verfasser des BGB behandelten die Willenserklärung als Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, und zwar als das ausschlagende Moment, den eigentlichen Grund¹⁵³. Das Gesetz unterscheidet deshalb nicht streng zwischen der Willenserklärung einerseits und dem Rechtsgeschäft andererseits. So auch die Motive: „... die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft in der Regel als gleichbedeutend gebraucht“¹⁵⁴. Dies zeigt sich deutlich an folgenden Paragraphen: Nach §§ 119, 120 und 123 sollen bestimmte mangelhafte Willenserklärungen anfechtbar sein; § 142 dagegen spricht dann von anfechtbarem Rechtsgeschäft.

Auch der dritte Abschnitt des Allgemeinen Teils (§§ 104 ff.) ist zwar mit „Rechtsgeschäft“ überschrieben, aber schon die §§ 105 I und 107 sprechen von „Willenserklärung“. Die §§ 116–124 verwenden wieder den Ausdruck „Willenserklärung“, während die §§ 125, 134 und 138 dies als „Rechtsgeschäft“ bezeichnen. Dieser Wechsel des Ausdrucks zeigt, dass der Unterschied zwischen beiden Begriffen nur gering ist. Je näher man auf dem Weg dem Ziel „Rechtsgeschäft“ kommt, desto mehr spricht das BGB von „Rechtsgeschäft“, anstatt von „Willenserklärung“.

Als Schlussfolgerung liegt damit nahe, dass die Verfasser damals nicht von der ersten Stufe der Entwicklung des Rechtsgeschäftes und seiner Identifikation mit der Willenserklärung ausgingen, sondern von der zweiten Stufe, also der Splittung von der Wil-

¹⁵¹ Von Tuhr, 1914, S. 147 Fn. 21, S. 399 Fn. 1; Enneccerus/Nipperdey, § 145, S. 895 „Diesem gesamten oder doch durch den Willen in Bewegung gesetzten Tatbestand nennen wir Rechtsgeschäft“; Staudinger/Dilcher, I, 2004, Vorb. zu §§ 116-144 Rn. 1; A. A. für die Unterscheidung zwischen Willenserklärung oder Vertrag (übergreifend das Rechtsgeschäft) als Akt und als Regelung, Flume, 4. A., 1992, § 5 7, S. 78; für die Unterscheidung zwischen Abschluss und Wirksamkeit des Vertrages Leenen, 1988, S. 385, 391 ff.

¹⁵² Mot., 2. A., 1896, I, S. 126; Mugdan, I, 1899, S. 421.

¹⁵³ A. A. Hammen, 1983, S. 89.

¹⁵⁴ Mot., 2. A., 1896, I, S. 126; Mugdan, I, 1899, S. 421.

lenserklärung als Tatsache und dem Rechtsgeschäft als Tatbestand.

Dennoch vertrete ich die am Anfang erwähnte dritte Auffassung¹⁵⁵, welche die Willenserklärung als Tatbestand der Rechtsfolge „Rechtsgeschäft“ berücksichtigt und von der ich auch das Privatrechtsverhältnis der Rechtsgestaltung entwickle.

Juristische Tatsachen und Tatbestände (Tatsachenkomplexe) sind sowohl körperliche als auch geistige Dinge, die kraft des Gesetzes tatsächlich existieren. Sie können tatsächliche Ereignisse und Zustände der Außenwelt oder des Seelenlebens und ebenfalls rechtliche Zustände sein, an welche das Recht Rechtswirkungen binden will¹⁵⁶. Die Ausdrücke „Tatsache“ und „Tatbestand“ verleiten zwar zu dem Missverständnis, dass nur äußeres Geschehen rechtlich erheblich werden könnte; Rechte, Rechtsverhältnisse, rechtliche Eigenschaften und auch seelische Faktoren können jedoch auch der juristischen Kausalität unterworfen werden¹⁵⁷.

In Bezug auf das vorher Gesagte über die Natur juristischer Tatsachen und Tatbestände, müssen die Willenserklärung als ein tatsächliches Ereignis des Seelenlebens (Wille) und der Außenwelt (Erklärung) und das Rechtsgeschäft als ein rechtlicher Zustand definiert werden. Die Natur Letztgenannten sehe ich als Grund dafür, dass sein Rechtsbegriff immer wieder Schwierigkeiten bereitet hat.

Rechtsgeschäft → Rechtsfolge der Rechtsgestaltung (BGB AT)

→Tatbestand der Rechtsausübung (BGB BT)

Abgesehen davon, dass juristische Begriffe sowohl Tatbestände als auch Rechtswirkungen bezeichnen können, dass es also Tatbestandsbegriffe und Rechtswirkungsbegriffe gibt, stelle ich mir die entscheidende Frage, ob nicht dies der eigentliche Grund ist, der das Rechtsgeschäft von der Willenserklärung unterscheidet: Willenserklärung als Ursache wäre ein Tatbestandsbegriff; Rechtsgeschäft wird somit ein Rechtswirkungsbegriff für die rechtliche Gebundenheit der Parteien. Die restlichen Bedingungen würden

¹⁵⁵ Oertmann, 3./4. A., 1910, Vorb. zu §§ 104, S. 317 „Unter Rechtsgeschäft kann man den die Rechtswirkung erzeugenden Tatbestand in seiner Gesamtheit verstehen ... statt dessen oder daneben auch die Summe der Rechtsfolgen des Vorganges mit dem Wort Rechtsgeschäft bezeichnet“; Ähnliche (für „daneben“) Auffassung Leenen, 1988, S. 386 der zwischen Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages differenziert „Die Frage nach der Wirksamkeit eines Vertrages läßt sich nur stellen, wenn immerhin ein Vertrag vorliegt ... Auch ein nichtiger Vertrag bleibt ein Vertrag.“

¹⁵⁶ Von Tuhr, 1914, S. 4 Fn. 7, S. 8.

¹⁵⁷ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 5; Krawietz, S. 84; Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 219.

als nicht bestimmende Begriffselemente angesehen, weil das begriffliche Wesen auf jede Konkretisierung verzichten sollte. Auch ein Teil der Literatur der Kodifikation vertritt diese Auffassung, diese war jedoch die Mindermeinung¹⁵⁸. Denn die derzeitige von der Rechtskodifikation ausgelöste Stufe mit der Wiederentdeckung des Auslegungsmechanismus, den *von Savigny* dogmatisch im System von 1840 aufgeklärt hatte¹⁵⁹, lieferte das Bedürfnis, die Rechtsgestaltung von der Rechtsausübung zu trennen. Sie macht es nötig, zwischen Willenserklärung und Rechtsgeschäft zu differenzieren, die jeweils eine körperliche (Wille und Erklärung) und eine geistige oder abstrakte Realität (Gebundenheit) bedeuten. Das Rechtsgeschäft war von einer Tatsache – der Wille – in der älteren Auffassung zu einer Rechtsfolge¹⁶⁰ – die Bindung – in der heutigen Zeit umgewandelt worden.

Eine Übersicht über die Entwicklung des Rechtsgeschäftes von Tatbestandsbegriff bis zum Rechtsfolgenbegriff verdeutlicht diese Ausführungen:

1. Naturalismus: Realvorgang (Übergang von der Sitte zum Recht)
2. Formalismus: Wort + Realvorgang (Recht)
 - I. Tatsache (Wort + Realvorgang) → Rechtsfolge (Sachenrecht)
3. Voluntarismus: Wille oder Einigung (Treue vom Empfänger aus gesehen)
 - I. Tatsache (Wille = Rechtsgeschäft) → Rechtsfolge (Schuldrecht)
 - II. Tatsache (Willenserklärung) → Tatbestand (Rechtsgeschäft) → Rechtsfolge (Schuldrecht)
4. Idealismus: Bindung

Tatsache (Wille + Erklärung) → Tatbestand (Willenserklärung) → Rechtsfolge (Rechtsgeschäft)

Tatbestand (Rechtsgeschäft) → Rechtsfolge (Schuldrecht)

¹⁵⁸ Oertmann, 3./4. A., 1910, Vorb. zu §§ 104 ff., S. 317 b); Brehmer, 1992, S. 54 „Auch wenn die Willenserklärung das Mittel und der Rechtsgrund des Rechtsgeschäfts ist ... Andererseits ist das Rechtsgeschäft ... die Voraussetzung des Eintritts der Rechtsfolge“; S. 57 „Die Willenserklärung ist als Mittel des Rechtsgeschäfts ...“

¹⁵⁹ Rückert, 1997, S. 35 „... das Geschäft der Auslegung in wesentlich gleich ist, bei Gesetzen, Schriften von Juristen, Rechtsgeschäften´. Im System führt er in 1840 diese Vorstellung prägnant dahin aus, dass in Wahrheit Rechtswissenschaft, Richter und Einzelne gleichermaßen mit Auslegung befasst seien“; Über die Bedeutung von Savigny für die allg. dogmatischen Grundlagen des BGB Hammen, 1983, § 7, S. 108.

¹⁶⁰ Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 46 „Die Rechtsfolge erschöpft sich auch nicht in der Normbetroffenheit des Tatbestandes. Sie ist gewiss nichts Dinghaftes, sie gehört weder der psychischen noch der physischen Wirklichkeit an ...“

Ab jetzt gelten drei Prämissen: Erstens, dass eine Rechtsfolge nicht ausgelegt werden kann¹⁶¹, weil Auslegung nicht die Feststellung der Rechtsfolge ist. Zweitens, dass eine Rechtsfolge einen Tatbestand benötigt. Drittens, dass der Gegenstand der Auslegung der Tatbestand des Rechtsgeschäftes, also die Willenserklärung ist. Auffällig und auf dieses hinweisend ist die Wandelung der Titulierungen mit dem Ausdruck „Auslegung des Rechtsgeschäftes“¹⁶² in „Auslegung der Willenserklärung“¹⁶³.

Das Auslegungsziel – d. h. die Erforschung des positiven oder negativen Willens oder der positiven oder negativen Einigung – und das Auslegungsergebnis – welches die Berücksichtigung des Empfängerschutzes und seines Verschuldens bei der Obliegenheitsverletzung des richtigen Verständnisses beinhaltet, d. h. die Verschmelzung der Willens- und Erklärungslehren – sind heutzutage unterschiedlich. Dieses verursacht die Wirksamkeit oder Nichtigkeit der Willenserklärung und davon abhängig, aber separat bei Wirksamkeit, als positive Rechtsfolge, das Rechtsgeschäft.

Dabei entferne ich mich noch weiter von der Gleichartigkeit der Bezeichnungen „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ mit dem Gedanken, dass die Willenserklärung jede positive oder negative Rechtsfolgenäußerung ist, zu der auch ein positiver oder negativer Rechtsfolgewillen gehört. Es handelt sich also um zwei selbständige Elemente, wobei das Rechtsgeschäft im Gegenteil dazu jede positive Rechtsfolge ist, d. h. eine Änderung, Entstehung, Endigung oder Aufrechterhaltung eines Rechtsverhältnisses.

Willenserklärung oder Einigungserklärung (+, -)	→	Äußerung von Rechtsfolgewillen (+, -)
Rechtsgeschäft (+)	→	Rechtsfolge

¹⁶¹ Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg; S. 45 „ob man sinnvollerweise überhaupt einen Rechtserfolg wollen kann. Das wird in der Rechtsphilosophie Binders verneint ... sie (Rechtsfolge) hat „keine gegenständliche Wirklichkeit, weder in der physischen noch in der psychischen Welt“, sie kann daher noch bewirkt noch bezweckt und also auch nicht gewollt werden ...; S. 57 „Weil die Willenserklärung nicht zugleich der Geltungsgrund (als überzeitlicher Geltungsgrund, nämlich die Idee und Wesen des Rechtes) der Rechtsfolge ist, darum ist die Auslegung, die Feststellung ihres Sinnes, auch nicht mit der Feststellung der Rechtsfolge identisch ...“

¹⁶² Larenz, „Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts“; Danz, „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte“.

¹⁶³ Trupp, NJW, 1990, „Die Bedeutung des § 133 BGB für die Auslegung von Willenserklärungen“; Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 „Die Auslegung von Willenserklärungen“.

Folglich ist mindestens eine positive Rechtsfolgenerklärung die notwendige Voraussetzung für ein Rechtsgeschäft¹⁶⁴. Das Rechtsgeschäft kann nur das Ergebnis des Vorganges einer positiven Rechtsfolgenerklärung sein. Aber nicht nur die positive Rechtsäußerung, also die, die eine rechtsgeschäftliche Rechtsfolge ausdrücken soll, ist eine Willenserklärung. Was sollten sonst eine Ablehnung einer Offerte oder eine Verweigerung einer Genehmigung sein, wenn sie keine Rechtswirkungen hervorrufen, welche ja das Wesen eines Rechtsgeschäftes darstellen? Nach der BGB-Auffassung in jedem Falle keine Rechtsgeschäfte und folglich auch keine Willenserklärungen, denn diese sind gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges¹⁶⁵. Eine andere Auffassung, aber immer noch in der Linie des Gedankens, dass die Willenserklärung eine Tatsache des Tatbestandes Rechtsgeschäft sei, versteht unter „Rechtsgeschäft“ auch das Nichteintreten einer Rechtsfolge, was zum Ergebnis führt, diese Akte als empfangsbedürftige Willenserklärung, die zu einseitigen Rechtsgeschäften führen, zu betrachten¹⁶⁶.

Nach dem hier Vertretenen, wäre die Verweigerung eine Willenserklärung und die Ablehnung ein Element einer Einigungserklärung, die jeweils aber kein Rechtsgeschäft verursachen, weil sie eine negative Rechtsfolgenäußerung hervorrufen¹⁶⁷. Die Abgabe einer negativen Rechtsfolgenerklärung bewirkt kein Rechtsgeschäft, was aber nicht heißen soll, dass die Variante der mangelhaften oder mangelfreien Willenserklärung ausbleiben muss.

Demgemäß, durch die Abgabe einer positiven und gültigen Rechtsfolgenerklärung wird ein Rechtsgeschäft getätigt, das fehlerhaft oder fehlerfrei sein kann, abhängig von der mangelhaften oder mangelfreien Willenserklärung. Somit käme § 142 zum Einsatz, d. h. nicht nur die Willenserklärung wäre anfechtbar (§ 119), sondern auch das fehlerhafte Rechtsgeschäft (§ 142).

¹⁶⁴ A. A. Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 37 ff.

¹⁶⁵ Oertmann, 3./4. A., 1910, § 182, 10, S. 673.

¹⁶⁶ Von Tuhr, 1914, S. 106, Fn. 18; Soergel/Wolf, § 146 Rn. 4, § 182; Erman/Palm, 11. A., 2004, § 183 Rn. 9, S. 535 „Sie ist ebenfalls eine empfangsbedürftige Willenserklärung und zugleich Rechtsgeschäft ...“; § 146 Fn. 10, S. 1492 „Sie ist ein einseitiges Rechtsgeschäft.“

¹⁶⁷ Von Tuhr, 1914, S. 106, Fn. 18; S. 1492; § 182 Rn. 20, S. 1826 “Die Verweigerung der Genehmigung hat rechtsgestaltende Wirkung. Sie ist, wie ihre Erteilung, eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ... Das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft ist nunmehr für alle beteiligten unwirksam. Als rechtsgeschäftliche Willenserklärung kann die Verweigerung der Genehmigung nichtig oder anfechtbar sein. Insoweit gelten die allgemeinen Regeln“; Staudinger/Gursky, I, 2004, § 182 Rn. 35 Verweigerung sei eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung, d. h. keine echte Willenserklärung aber wie eine solche zu behandeln, und verursacht kein einseitiges Rechtsgeschäft.

Diese Denkform, in der die Rechtsordnung einen Tatbestand mit einer Rechtsfolge¹⁶⁸ verknüpft, ist im Grunde die Folge der so genannten „juristischen Kausalität“¹⁶⁹: An eine positive oder negative gültige Rechtsfolgenäußerung knüpft das Gesetz jeweils ein oder kein Rechtsgeschäft.

Folglich hat die Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäft und Willenserklärung nicht nur Sinn¹⁷⁰, wenn ein Rechtsgeschäft aus mehreren Willenserklärungen entsteht¹⁷¹. Ich betrachte für die folgenden Aussagen deshalb die vertragliche, die nicht vertragliche und die streng einseitige Willenserklärung, also jede Art von Willenserklärung, sei sie empfangsbedürftig oder nicht, denn man kann nicht beides als dasselbe betrachten.

Bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen ist die Entäußerungsfunktion der Abgabe der Erklärung die einzige, mit der der Wille des Erklärenden seinen inneren Bereich verlässt und sich äußerlich erkennbar manifestiert. Die rechtzeitige Informationsfunktion ist nicht zu deren Wirksamkeit erforderlich, weil niemand sich hierauf einstellen muss. Alle anderen Bedingungen jedoch, insbesondere das Festhalten am Worte, müssen aber erfolgreich gegeben sein, damit das Verkehrsinteresse nicht beeinträchtigt wird.

Außerdem tritt die rechtsgeschäftliche Folge nicht schon deshalb ein, weil sie gewollt ist: Erforderlich ist, dass die Rechtsordnung das gewollte Rechtsgeschäft anerkennt. Die von den Parteien erstrebte Rechtsfolge – das Rechtsgeschäft also – tritt ein, wenn ein Geschäftsfähiger eine mit seinem Willen übereinstimmende oder nicht übereinstimmende Erklärung abgibt, gegebenenfalls bei einem Vertrag die Geschäftsfähigen eine

¹⁶⁸ Ähnlich Flume, 4. A., 1992, § 5 7, S. 78 „Die Willenserklärung als Akt ist ein Vorgang. Hiervon zu unterscheiden ist die Willenserklärung als das Ergebnis des Akts, als Regelung ... und so steht neben den Vertragsschluß der Vertrag als das Ergebnis des Vertragsabschlusses.“; Leenen, 1988, S. 386 „Das Gesetz aber versteht unter Vertrag nicht etwa die Gesamtheit der Voraussetzungen für den Eintritt der von den Kontrahenten angestrebten Rechtsfolgen. Insbesondere gehört die „Wirksamkeit“ nicht zu dem tatbestandlichen Merkmalen eines Vertrages.“

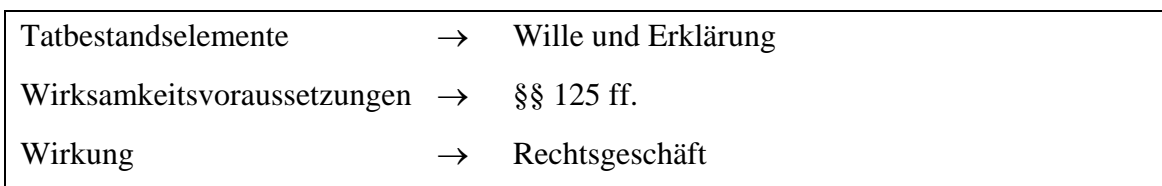
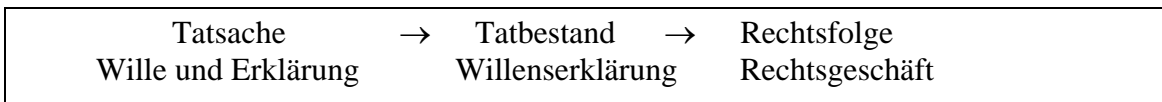
¹⁶⁹ Es ist bestritten, welches als Ursache einer Rechtswirkung anzusehen ist, Brehmer, 1992, S. 37 „... soll im folgenden versucht werden, den verschiedenen rechtlichen Gründen und denen ihnen zugeordneten Bezeichnungen ein mehr an Kontur und Klarheit zu geben“; Manigk, Anwendung., S. 7 „Die Ursache jeder Wirkung ist vielmehr ein vom objektiven Recht als Voraussetzung für dieselbe normierte Tatbestand“; A. A. Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 46 „Darin hat Binder vollkommen recht, daß zwischen Tatbestand und Rechtsfolge kein Kausalverhältnis obwaltet. Die Rechtsfolge wird nicht durch die Willenserklärung „verursacht“ sondern sie tritt mit ihr in Geltung, weil und sofern ihr die Rechtsordnung Geltung verleiht ... verursacht können nur sinnlich – wahrnehmbare Vorgänge ...“; Binder, 1925, S. 903 „Gibt es auf dem Gebiete des Rechts ... die Kausalität der Natur ... oder gibt es nur die Kausalität der Freiheit?“; S. 905 „... sondern die Verwechslung eines logischen Zusammenhangs mit einem Ursächlichen Zusammenhange ... Besteht die so genannte Rechtsfolge in einer logischen Beziehung des Tatbestandes auf den Rechtssatz, in seiner Normbetroffenheit ...“; S. 906 „... weil die Rechtsfolge ... überhaupt nicht im Sinne eines kausalen Vorgangs „eintritt“.“

¹⁷⁰ A. A. Flume, 4. A., 1992, § 2 3d).

¹⁷¹ A. A. Medicus, AT, 8. A., 2002, § 21 Rn. 243.

mit ihrer Einigung übereinstimmende oder nicht übereinstimmende Erklärung abgeben, keine Nichtigkeitsgründe entgegenstehen, die Mitwirkung Dritter nicht erforderlich ist und keine Bedingung und Befristung entsteht.

Jeder abstrakte Rechtssatz nennt die Tatsachen, bei deren Vorliegen die Rechtswirkung eintreten soll. Die Gesamtheit dieser Tatsachen pflegt man mit dem Ausdruck „Tatbestand des Rechtssatzes“ zu bezeichnen. Innerhalb eines Tatbestandes werden i. d. R. mehrere Tatsachen unterschieden; nur ausnahmsweise erscheint eine Rechtsfolge als Wirkung einer Tatsache, so z. B. der Erwerb der Rechtsfähigkeit als Folge der Geburt. Ich betrachte die Willenserklärung als Tatbestand, der die unabhängigen Tatsachen Willen und Erklärung enthält, welcher den entsprechenden Erfolg oder die Rechtswirkung (Rechtsgeschäft) bewirkt, wenn die übrigen Voraussetzungen hinzutreten¹⁷².



Abschließend: Das Privatrecht stützt sich auf die Privatautonomie. Das Mittel der Privatautonomie für die Rechtsausübungsfreiheit ist das Rechtsgeschäft und für die Rechtsgestaltungsfreiheit die Willenserklärung. Die Willenserklärung ist der Kern des Rechtsgeschäftes. Sie ist aber nicht mit dem Rechtsgeschäft identisch. Deutlich wird dies, wenn von der Gebundenheit an das Rechtsgeschäft, die Gebundenheit an den geäußerten Willen (Willenserklärung) unterschieden wird. Der Antragende ist gemäß § 145 grundsätzlich an sein Angebot gebunden, weil er vertraulich sein muss. Der Schuldner aber ist verpflichtet gemäß § 242 die Leistung zu bewirken. Ich differenziere zwischen dem rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnis oder Rechtsgeschäftsausübungsverhältnis (BGB BT) und dem rechtsgeschäftsähnlichen Rechtsverhältnis oder Rechtsgestaltungsverhältnis, auch Culpa in contrahendo genannt (BGB AT). Beide befinden

¹⁷² Oertmann, 3./4. A., 1910, Vorb. zu §§ 104 ff., S. 317 b) „Unter Rechtsgeschäft kann man den die Rechtswirkung erzeugenden Tatbestand in seiner Gesamtheit verstehen ... statt dessen ... die Summe der Rechtsfolgen des Vorganges mit dem Wort Rechtsgeschäft bezeichnen.“

sich im Bereich der rechtlichen Handlungsfreiheit, im Gegensatz zur oben genannten tatsächlichen Handlungsfreiheit. Erstgenanntes regelt die Ausübung der Rechte aus Rechtsgeschäft, das andere die Gestaltung dessen (Punkt B. 2 Privatrechtsverhältnis).

Im Bereich der Culpa in contrahendo, d. h. rechtsgeschäftsähnliche oder vorvertragliche Schuldverhältnisse, gibt es Schutzpflichten (§ 311 II i. V. m. § 241 II) und auch Schutzobliegenheiten (Willensmangelrecht §§ 116-122) des Erklärenden und des Empfängers. Ein Bündel von Berechtigungen (Rechte und Befugnisse) und Belastungen (Pflichten und Obliegenheiten) konsolidieren ein Rechtsverhältnis. Im Endeffekt ist das nur die Verschuldung von Belastungen bei der Vorbereitung eines Rechtsgeschäftes. Und in diesem Bereich erreicht die Willenserklärung eine besondere Position: Sie ist Gegenstand einer besonderen Regelung, in dem ihr der Titel 2. (BGB) gewidmet ist und entwickelt eigene Rechtsfolgen im Bereich der Culpa in contrahendo, u. a. § 145, in dem der Antragende an seinen Antrag gebunden ist und der Empfänger eine günstige Rechtsposition erlangt: Er kann den Antrag annehmen oder ablehnen. Mit der Willenserklärung entsteht eine Obliegenheit (nicht eine Pflicht) den Empfänger zu schützen, weil die äußere Erklärung in der Verantwortung des Erklärenden liegt.

2.2.1.1.1.2 Zwei Elemente

Begriffe, die in Rechtssätzen verwendet sind, zu präzisieren, bedeutet die gemeinschaftlichen Merkmale anzugeben, die in den unter diesem Begriff subsumierten Dingen enthalten sind.

Die Beantwortung dieser Frage bei dem Begriff „Willenserklärung“ ist einfach, weil der Untersuchende nicht im Zweifel zu sein braucht, welche Dinge unter dem betreffenden Begriff zu subsumieren sind: ein Telefonat, eine mündliche Aussage, ein Faxschreiben, ein Brief, das Handheben bei einer Versteigerung usw. Es handelt sich schließlich bei der Willenserklärung um eine körperliche Existenz, um ein tatsächliches Ereignis der Außen- und Innenwelt (Wille und Erklärung); anders als bei dem Rechtsgeschäft, welches als Rechtsverhältnis eine geistige Realität – ein rechtlicher Zustand – ist¹⁷³.

¹⁷³ Von Tuhr, 1914, S. 5 Fn. 7; Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 219.

Dann braucht nur festgestellt zu werden, welche Merkmale gleichmäßig bei sämtlichen unter diesen Begriff fallenden Objekte vorkommen, um die den Begriff konstituierenden Merkmale zu erhalten¹⁷⁴.

Nach der Rechtstheorie, welche die juristische Logik oder das wissenschaftliche Denken in der Jurisprudenz behandelt, sich unter anderen also um die analytische Theorie der Rechtssprache kümmert¹⁷⁵, würde die Willenserklärung eine menschliche Äußerung mit Sinngehalt und eine menschliche Vorstellung bedeuten. Für eine sprachliche Willenserklärung stehen somit Wörter und bestimmte subjektive Vorstellungsinhalte oder Absichten. Von der Tatsache, dass eine Privatautonomie sub- oder präexistiert, ist deren verbale Formulierung zu unterscheiden. Willenserklärung enthält eine Äußerung und eine Absicht des Erklärenden darüber, was geschehen oder nicht geschehen soll.

Auch der Wortlaut „Willenserklärung“ ergibt, dass zwei Merkmale gegeben sein müssen: Der äußere Erklärungstatbestand (Äußerung oder Erklärung) und der innere Willenstatbestand (Wille). Dies gilt als sicherer Stützpunkt bei der Klarstellung des legalen Begriffes der Willenserklärung.

Welches Verhalten umfasst nach Ausscheidung aller Wirksamkeitshemmungen und -voraussetzungen den legalen Tatbestand der Willenserklärung? Genau das Gleiche wie im logischen Bereich. Unterschiedlich sind nur die Folgen der Übereinstimmung oder Nicht-Übereinstimmung seiner Tatbestandselemente; die Willenserklärung wird somit eine Bedeutung haben oder nicht und dies wird den Gesetzen der Logik zuzuschreiben sein. Aus dem Blickwinkel der Ethik betrachtet, wird die Willenserklärung durch die Rechtsordnung jemanden verpflichten oder nicht, je nach Obliegenheitsbeachtung.

Obwohl der Sinn des den Begriff der Willenserklärung tragenden § 133 in der Theorie sehr umstritten war und noch ist, befindet sich darin das Wesen der Willenserklärung.

¹⁷⁴ Rümelin, S. 83 ff.

¹⁷⁵ Röhl, 1994, S. 3.

2.2.1.1.1.2.1 Willensinhalte der Willenserklärung

Hiernach geht es um den ausschließlich innerlich gebliebenen Willen, der zwar nichts für das Auslegungsergebnis zu bewirken vermag, jedoch Bestandteil sowohl der Willenserklärung als auch der Erklärungsinterpretation ist, weil diese das Auslegungsziel bestimmt: Das Auslegungsziel ist nicht gleich dem Auslegungsergebnis.

Innovativ und infolgedessen nochmals zu erwähnen, ist der vorherige erwähnte Standpunkt meinerseits, wodurch die bei der Willenserklärung beabsichtigte Einwirkung auf die Rechtslage auch darin bestehen kann, dass eine Rechtsfolge nicht eintritt. Die Gestaltungsfreiheit im Bereich der einseitigen Rechtsgeschäfte und die Abschlussfreiheit im Bereich der mehrseitigen Rechtsgeschäfte erlauben dem Einzelnen, selbst darüber zu entscheiden, ob und mit wem er ein Rechtsgeschäft schließen oder nicht schließen will. Diese Freiheit hat also somit eine positive und eine negative Komponente. Weil der Tatbestand dieser Freiheit die Willenserklärung ist, kann das Tatbestandselement auf das es jetzt ankommt, der Wille, bzw. der Motiv-, Rechtsfolge- und Geschäftswille negativ oder positiv auftreten, d. h. eingestellt sein auf eine oder keine Rechtsveränderung (Entstehung, Endigung, Veränderung oder Aufrechterhaltung eines Rechtsverhältnisses).

a) Handlungswille

Bezeichnet den Willen etwas zu tun oder zu unterlassen, der die innerliche Antriebskraft, zu handeln oder nicht zu handeln, bestimmt.

b) Rechtsbindungswille

Unter dem Rechtsbindungswillen versteht man das Bewusstsein, eine rechtsgeschäftliche Erklärung (Erklärungsbewusstsein) abzugeben, also im rechtsgeschäftlichen Bereich und nicht im außerrechtlichen Bereich tätig zu sein. Er umfasst den Willen, rechtsgeschäftlich zu handeln.

c) Geschäftswille

Das Vorliegen eines wirklichen Rechtsfolgewillens, positiven oder negativen Inhalts, ist ebenso legales Begriffsmerkmal der Willenserklärung wie das Erklärungsbewusstsein. Der Geschäftswille ist der Wille einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Erfolg¹⁷⁶, eine Veränderung oder eine Aufrechterhaltung eines rechtlichen Zustandes, mit seiner Erklärung zu erreichen. Eine laienhafte Vorstellung und nicht der juristisch exakte Wille genügt.¹⁷⁷

d) Motivwille

Der Motivwille ist ein psychologischer Bereich der von *von Savigny* stammt. Er differenzierte zwischen Erklärungsirrtum als beachtlich, und Motivirrtum als unbeachtlich. Wegen des starken Merkmals der Intimität ist dieser Wille sogar von *von Savigny*, Vater der Willenstheorie, als unbeachtlich gewertet. Bezüglich dieses Bereichs wandelt sich die Willenstheorie in Erklärungstheorie um.

Er ist der Wille, einen bestimmten Umstand als Beweggrund des Geschäftswillens zu haben. Als Folge der freien Willensentschließung gehört er nicht zum Bereich der Willenserklärung, sondern zu dem Bereich der Willensbildung.

2.2.1.1.1.2.2 Die Erklärung

Juristen verständigen und verstehen sich mittels Rechtstexten. Nicht nur Rechtsnormen sondern auch Rechtsgeschäfte sind meistens Rechtssätze¹⁷⁸. Beide Arten fassen rechtliche Vorstellungen in Worte. Spätestens damit ist auf die Rechtstheorie, also die strukturellen und formellen Elemente des Rechts, zurückzugreifen. Wir analysieren die Sprache (oder andere Zeichen), weil nur durch sie der Mensch erklären kann, was er Rechtsgestaltendes im Sinn hat. Wörter bezeichnen also Vorstellungen oder Sinngehalte¹⁷⁹.

¹⁷⁶ A. A. Kohler, 2, J. J., Bd. 16, 1878, S. 333 „Der rechtsgeschäftliche Wille ist daher nicht der auf die Rechtsfolgen gerichtete Wille ... sondern er ist der auf den Vollzug des Rechtsakts gerichteter Wille ...“; Binder, 1925, S. 904 „... sie (Rechtsfolge) ist nichts was in irgend einem Sinne bewirkt oder bezweckt werden könnte.“

¹⁷⁷ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 24 Rn. 12.

¹⁷⁸ Larenz, Methodenlehre, 6. A., 1991, S. 204.

¹⁷⁹ Zippelius, 8. A., 2003, S. 22.

Die Beziehung zwischen Wort und Bedeutung oder Begriff ist nicht unbestritten; der Begriffsskeptizismus besagt, dass die Worte keine Bedeutung an sich haben, sondern ihre Bedeutung immer fließt und sich verändert, so dass es nie um eine Anwendung der Regelbedeutung geht. Dieser Regelskeptizismus basiert auf einer prinzipiellen Unge- nauigkeit der Sprache und plädiert für eine allgemeine Bedürftigkeit der Auslegung für das Inhaltsverständnis aller Texte¹⁸⁰. Von Savignys hilfreiche Methodenlehre z. B. ent- stand zur Ermittlung des Inhalts aller Begriffe und Gesetze des Corpus Iuris Civilis, d. h. bei einem „gesunden Zustand“ des Gesetzes, von dem ich folgern kann, dass er die Mehrdeutigkeit der Ausdrücke als den normalen Zustand erkannte¹⁸¹.

Die entgegengesetzte Meinung heißt Bedeutungsrealismus, denn es existieren erfolg- reiche Versuche, eine exakte Begriffsbestimmung zu determinieren, wie es bei der lexi- kalischen Definition der Fall ist. Dass sich der Begriff oder die Bedeutung im Laufe der Zeit verändern kann, steht dem nicht entgegen, wie dies in dem zuvor erörterten Fall der Änderung des Rechtsgeschäftsbegriffes im Laufe der Zeit, von den zwölf Tafeln bis zum BGB, geschehen ist.

Ich gehe hier vom Bedeutungsrealismus aus und somit kann der Wortlaut eindeutig, mehrdeutig oder undeutlich sein, je nach dem Begriffskern. Auf die verkehrstypische Erklärungsbedeutung ist jetzt zurückzugreifen, also auf den objektiven Begriff des Wor- tes. Das ist die objektive Erklärungsbedeutung nicht aus dem Empfängerhorizont gese- hen. Es geht um den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks und nicht um die Berücksichti- gung, der außerhalb der Erklärung liegenden Umstände, die den Empfänger möglicher- weise beeinflussen können. Es ist die Frage, was der alleinige Wortlaut vermuten lässt. Des Weiteren lassen mehrdeutige oder undeutliche Worte immer einen Spielraum, der als Begriffshof bezeichnet wird, somit ist die Bedeutung ständig im Fluss, weil sie bis an die äußerste Grenze des Begriffshofes reichen kann¹⁸². Weil sie unterschiedliche Vorstellungsinhalte verbinden, besteht die Auslegungsarbeit darin, sie richtig zu verste-

¹⁸⁰ Röhl, 1994, S. 39 ff.; Larenz, Methodenlehre, 6. A., 1991, S. 205; Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 35 Rn. 11, S. 645 „Die Erklärung (geheimer Vorbehalt) gilt deshalb mit dem Sinn, wie er aus dem Empfängerho- rizont zu verstehen war.“

¹⁸¹ Von Savigny, I, S. 213 „Beim gesunden Zustand ...“ des Gesetzes-Textes stehen Ausdruck und Ge- danke in Harmonie, man braucht dann nur Regeln für „sichere und vollständige Einsicht in den Inhalt des Gesetzes“; Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 12 „Das Wort ... ist nicht so fest mit einer be- stimmten Bedeutung verbunden, daß es stets dasselbe besagte“; S. 40 „Wir können also nicht vom Wort- laut ausgehen, sondern müssen fragen, was die Erklärung ihrem Sinne nach bedeutet ...“

¹⁸² Röhl, 1994, S. 14, 18, 39, 41; Zippelius, 8. A., 2003, S. 20, 46 „Wörter ... sind regelmäßig mehrdeu- tig“, „Die Grenze des möglichen Wortsinnes ist auch die Grenze der Auslegung“; Larenz, Methodenlehre, 6. A., 1991, S. 206 „Vielmehr weist die Bedeutung der meisten Worte eine mehr oder minder große Variationsbreite auf.“

hen, und zwar kontextabhängig. Deren Bedeutung ist keineswegs kontextfrei.

Aus dem vorher kommentierten, abgeschafften, aber dennoch nicht ungeltenden § 72 des 1. Entwurfs sind die zwei Arten von Willenserklärungen zu entnehmen, und aus der Wissenschaft und den Motiven was darunter zu verstehen ist: Die ausdrückliche Erklärung ist ein deutliches Verhalten durch Handeln, das den Geschäftswillen entweder in Wort und Schrift oder in das dem Erklärenden geeignet scheinende Mittel zum Ausdruck bringt, wenn sich ihre Bedeutung ohne Berücksichtigung der Umstände aus der, als Erklärungsmittel dienenden Handlung, ergibt. Stillschweigend wird die Erklärung, wenn sie undeutlich ausgedrückt wird, was nicht nur dem Ausdruck zu Folge Stille oder Schweigen beinhaltet, also eine Unterlassung, sondern das ungenaue Verhalten durch Handlung. Nach *von Tuhr* kann sich eine stillschweigende Willenserklärung in einer ungenauen Handlung und in einer Unterlassung ereignen¹⁸³.

Das Schweigen ist somit eine undeutliche Willenserklärung; insofern hat dies einen Erklärungswert, sodass ich behaupten kann, dass es mit dem Einsatz des § 133 zu einer Unwirksamkeit der Willenserklärung bei Versagen der Auslegung durch den Empfänger führt¹⁸⁴. Die materialen Auslegungsregeln aber verhindern diese Unwirksamkeit einer Erklärung wegen Unbestimmtheit oder Mehrdeutigkeit und wenn diese auf ein Schweigen treffen, dann ist die im Gesetz angegebene Bedeutung maßgeblich und das Schweigen wird positiv oder negativ (z. B. als Annahme oder Ablehnung) wirksam. Die Tragweite der Fiktionen für das Schweigen ist noch relevanter, denn wenn das Gesetz bestimmt, dass ein Schweigen in den §§ 108 II und 177 II als Genehmigung gilt, dann ist keine Auslegung mehr möglich.

Die bei der Willenserklärung eindeutig geäußerte Einwirkung auf die Rechtslage (ausdrückliche Willenserklärung) kann darin bestehen, dass eine Rechtsfolge eintreten oder nicht eintreten soll, denn die Willenserklärung ist die positive oder negative Rechtsfolgenäußerung eines positiven oder negativen Rechtsfolgewillens.

¹⁸³ Von Tuhr, 1914, S. 420 „Ein besonders wichtiger Fall der stillschweigenden Willenserklärung ist die Erklärung durch Unterlassen ...“

¹⁸⁴ Von Tuhr, 1914, S. 420 „Ein besonders wichtiger Fall der stillschweigenden Willenserklärung ... insbesondere durch Schweigen“; A. A. Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn.67, S. 528 “Das Schweigen ... dass eine rechtsgeschäftliche Erklärung gar nicht vorliegt oder sie als Ablehnung zu verstehen ist“; § 29 Rn. 62 „... von Schweigend zu unterscheiden ist die stillschweigende Erklärung, die als konkludentes Verhalten eine Willenserklärung zum Ausdruck bringt und deshalb als Annahme gedeutet werden kann.“

2.2.1.1.1.2.3 Verhältnis von Willen und Erklärung

Vernünftig verständigt sich der Mensch, der logisch spricht, d. h. dessen Gedankengang mit der Wortbedeutung übereinstimmt. Wer die zutreffende Wortbedeutung nicht vollzieht, erklärt sich logisch falsch. Es ist zu klären, welche Geltungsgründe oder Rechtstatbestände der Willenserklärung für die unterschiedlichen zwei Rechtsfolgen – Rechtsgeschäft oder kein Rechtsgeschäft – existieren und insofern wie das Verhältnis von Willen und Erklärung dabei eine Rolle spielt.

In zwei Arten von Verhältnissen zwischen Willen und Erklärung (Einheit und keine Einheit) sind sechs Tatbestände zu unterscheiden:

- Negative Einheit
- Positive Einheit
- Negative Uneinheit: Positiver Wille und negative Erklärung¹⁸⁵
- Positive Uneinheit: Negativer Wille und positive Erklärung
- Negative undeutliche Uneinheit: Negativer Wille und undeutliche Erklärung¹⁸⁶
- Positive undeutliche Uneinheit: Positiver Wille und undeutliche Erklärung

2.2.1.1.1.2.3.1 Einheit

Die erste Art der Verhältnisse, die Einheit, ist der Normalfall, in dem sich der Wille und die Erklärung decken. Der Erklärende hat sich im Bereich der ethischen Logik richtig ausgedrückt und im Bereich der logischen Ethik richtig gehandelt. Danach wäre die Willenserklärung mangelfrei. Bei einer fehlerfreien Willenserklärung stimmen der tatsächliche innere und der äußere Erklärungstatbestand überein. Der innere Wille hat korrekt in der Erklärung Ausdruck gefunden.

¹⁸⁵ Münchener/Schramm, 4. A., 2001, § 182 Rn. 20 „Als rechtsgeschäftliche Willenserklärung kann die Verweigerung der Genehmigung nichtig oder anfechtbar sein.“

¹⁸⁶ Für den Fall einer undeutlichen negativen Willenserklärung (Verweigerung): Münchener/Schramm, 4. A., 2001, § 182 Rn. 22, 23, S. 1827 „Nur die erkennbar als endgültig gemeine Genehmigungsverweigerung macht das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft nichtig. Bestehen begründete Zweifel daran, daß die Ablehnung das letzte Wort ist, tritt diese Rechtsfolge nicht ein ... Die Verweigerung der Genehmigung ist wie die Erteilung nicht an eine Form gebunden und kann daher auch konkludent erklärt werden. Das schlüssige Verhalten muß aber einen zwingenden Rückschluß auf eine abschließende und endgültige Entschließung zulassen, die Genehmigung nicht zu erteilen.“

Dies ist z. B. der Fall, in dem A seiner Freundin zum Geburtstag am 12.10. ein Geschenk machen möchte. Er geht davon aus, dass sie Schmuck liebt, dass sie am 12.10. Geburtstag hat und dass er 500 € zur Verfügung hat. Somit will A einen Ring für 500 € kaufen und erklärt: „Ich kaufe diesen Ring für 500 €“.

A gelangt auf Grund einer Reihe von Motiven zu dem Willen, eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen. Entsprechend dieses Geschäftswillens gibt er seine Willenserklärung bekannt.

Der Erklärende hat entsprechend seiner Obliegenheit gehandelt, er hat sich korrekt ausgedrückt. Zunächst trifft den Erklärenden eine Ausdruckssorgfalt. Ist diese Verhaltensanforderung von Seiten des Erklärenden nicht erfüllt, tritt erst dann die gegenseitige Obliegenheit des Empfängers zur Auslegungssorgfalt ein. Ist aber, wie im vorliegenden Fall, eine mangelfreie Willenserklärung entstanden und abgegeben worden, ist ein Fehler weder bei der Willensbildung, noch bei der Erklärung aufgetreten, d. h. herrscht eine Einheit zwischen Willen und Erklärung, besteht kein Grund, den Empfänger mit einem Rechtsgebot in eigenem Interesse (Obliegenheit) zu belasten. Denn weicht die Erklärung vom wirklichen Willen des Erklärenden nicht ab, dann sollte dem Empfänger außer der Erklärung kein mit einer anderen Bedeutung weiteres Auslegungsmaterial zur Verfügung stehen. Egal wie sorgfältig er sein mag, er wird niemals eine Vermeidung jeglichen Schadens unternehmen, wenn es keinen Schaden gibt. Anders sieht es die h. M. die es überspitzt folgendermaßen formuliert: „Ob eine Erklärung auslegungsbedürftig ist, muss durch Auslegung ermittelt werden¹⁸⁷.“

Dagegen möchte ich nur bemerken, dass die Frage ob eine Pflicht oder eine Obliegenheit stattfindet, niemals durch Pflicht- oder Obliegenheitsverwirklichung zu beantworten ist, somit kann auch der Frage ob eine Willenserklärung auslegungsbedürftig ist, nicht durch die Auslegung beantwortet werden. Eine Willenserklärung ist auslegungsbedürftig oder nicht entsprechend der Uneinheit oder Einheit seiner Tatbestandselemente.

Liegt kein Willensmangel vor, muss der Empfänger immer von dem Erklärten auf den Willen des Erklärenden schließen, ansonsten würde der Erklärende sich richtig ausdrücken, der Empfänger dies aber falsch verstehen, weil er es anders auslegen müsste. Außerdem braucht er sich nicht einem nicht existenten Schaden zu entziehen.

¹⁸⁷ BGH NJW-RR 1996, 1458; Münchener/Mayer-Mali/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 46.

Dieses letzte könnte der Grund sein, weshalb diese Fälle, in denen sich die positive oder negative Erklärung mit dem Willen deckt, also die mangelfreie Willenserklärung, nicht bei der Auslegung im Allgemeinen Teil zu finden sind. Wenn überhaupt, befinden sich solche Regelungen im Besonderen Teil. Dies trifft jedoch nur bezüglich der positiven Variante der Willenserklärung zu (Wille und Erklärung positiv), die ein fehlerfreies Rechtsgeschäft erzeugt, in dem die gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Rechtsverhältnisse platziert sind. Ein Beispiel hierfür ist § 958, der die Aneignung betrifft, in der diese Koordination zweier Elemente, Wille und Erklärung, in den Begriffen Eigenbesitz und Nehmen enthalten ist. Die negative mangelfreie Willenserklärung oder negative Variante (Wille und Erklärung negativ) hingegen, in dem sie keine Rechtsfolgen erzielt, verursacht auch kein Rechtsgeschäft, das eine Rechtsveränderung bewirken könnte und somit wird sie weder von dem Allgemeinen Teil noch von dem Besonderen Teil berührt.

2.2.1.1.1.2.3.2 Keine Einheit

Aus dem weit verbreiteten Grundsatz des Vorrangs der Auslegung vor der Anfechtung ergibt sich eine fehlerhafte Willenserklärung und insofern ein Willensmangel, wenn das Ergebnis der Auslegung nach dem Empfängerhorizont und der Wille uneinig sind¹⁸⁸. Merkwürdig wird diese Lehre wenn man bedenkt, dass sie die §§ 116 S. 2 und 122 II wirkungslos macht¹⁸⁹: Wenn es auf die Empfängerhorizontauslegung maßgeblichen Sinn der Erklärung ankommt, um den Willensmangel festzustellen, dann ist bereits eine Auslegung geführt worden, so dass die von den Paragraphen verkündete Auslegung nach dem Willensmangel ausfällt, weil eine doppelte Auslegung unsinnig wäre.

Als Willensmangel im weiteren Sinne bezeichne ich im Gegensatz dazu die Fälle, in denen der Wille und die Erklärung differieren, auch wenn das unkompliziert klingen sollte. Häufig decken sich die positive Rechtsfolgenerklärung und der negative Wille

¹⁸⁸ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 36 Rn. 30, S. 659 „Beim Inhaltsirrtum, bei dem der wirkliche Wille des Erklärenden und die durch Auslegung zu ermittelnde inhaltliche Bedeutung der Erklärung auseinanderfallen, wird besonders deutlich, daß das Vorliegen eines Irrtums vom Ergebnis der Auslegung abhängig ist; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 116 Rn. 15, S. 86 „Die Willenserklärung kann fehlerhaft sein, weil der Wille des Erklärenden und der durch Auslegung ermittelte Inhalt seiner Erklärung auseinanderfallen“; § 119 Rn. 7, S. 89 „Die Feststellung; dass Wille und Erklärung nicht übereinstimmen, setzt voraus, dass zunächst der Inhalt der Erklärung durch Auslegung (§§ 133, 157) ermittelt wird ...“; A. A. von Craushaar, S. 42 „Zunächst wird untersucht, ob überhaupt ein rechtsgeschäftlicher Wille geäußert wurde ... so ist die zweite Prüfung, die Berechtigungsprüfung (Auslegung), anzuschließen.“

¹⁸⁹ Trupp, NJW, 1990, S. 1346 ff.

nicht (entweder kein Rechtsbindungswillen oder ein anderer Geschäftswille), dieses ist dann die von mir oben genannte „positive Uneinheit“. Eine mangelhafte Willenserklärung, die ein fehlerhaftes Rechtsgeschäft verursacht. Ich möchte den Fall noch hinzufügen in der eine negative Rechtsfolgenklärung mit dem Willen nicht übereinstimmt, weil der Wille eben positiv gestimmt ist („negative Uneinheit“). Dieser Fall verursacht eine mangelhafte Willenserklärung, niemals jedoch auch noch nach Gültigkeit der Willenserklärung, ein Rechtsgeschäft¹⁹⁰. Es finden sich aber auch solche Fälle, in denen ein undeutlicher Ausdruck (Erklärungsmangel) offenbart wird und der dazu gehörige Rechtsfolgewille positiv oder negativ¹⁹¹ sein kann („positive oder negative undeutliche Uneinheit“). Hierbei handelt es sich auch um einen Zwiespalt in der Willenserklärung mit einer gesetzlichen Auswirkung (§ 133 u. a.).

Mangelhafte Willenserklärung → Wille (-), Erklärung (+) → Fehlerhaftes Rechtsgeschäft (Anfechtung § 119)	→ Wille (+), Erklärung (-)
	→ Wille (+) oder (-), Erklärung undeutlich

Fehlerhaft ist die Willenserklärung, wenn der innere und der äußere Erklärungstatbestand nicht übereinstimmen. Dies ist der Fall, wenn z. B. A beim Versandhaus X eine Stereo-Anlage XY bestellen will. Beim Ausfüllen unterläuft ihm ein Fehler. Er schreibt: „Stereo-Anlage YX“. Diese ist jedoch 100 € teurer. Der mit der Erklärung geäußerte Geschäftswille - Kaufvertrag über YX - und der innere Geschäftswille - Kaufvertrag über XY - fallen auseinander.

¹⁹⁰ Von Tuhr, 1914, S. 106, Fn.18; /Schramm; § 182 Rn. 20, S. 1826 “Die Verweigerung der Genehmigung hat rechtsgestaltende Wirkung. Sie ist, wie ihre Erteilung, eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ... Das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft ist nunmehr für alle beteiligten unwirksam. Als rechtsgeschäftliche Willenserklärung kann die Verweigerung der Genehmigung nichtig oder anfechtbar sein. Insoweit gelten die allgemeinen Regeln“; Staudinger/Gursky, I, 2004, § 182 Rn. 35 Verweigerung sei eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung, d. h. keine echte Willenserklärung aber wie eine solche zu behandeln, und verursacht kein einseitiges Rechtsgeschäft; A. A. sie ist ein einseitiges Rechtsgeschäft: , § 146 Fn. 10, S. 1492 „Sie ist ein einseitiges Rechtsgeschäft“; Soergel/Wolf, § 146 Rn. 4, § 182; Erman/Palm, 11. A., 2004, § 183, Rn. 9, S. 535 „Sie ist ebenfalls eine empfangsbedürftige Willenserklärung und zugleich Rechtsgeschäft ...“

¹⁹¹ Für den Fall einer undeutlichen negativen Willenserklärung (Verweigerung): Münchener/Schramm, 4. A., 2001, § 182 Rn. 22, 23 „Nur die erkennbar als endgültig gemeine Genehmigungsverweigerung macht das zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäft nichtig. Bestehen begründete Zweifel daran, daß die Ablehnung das letzte Wort ist, tritt dieses Rechtsfolge nicht ein ... Die Verweigerung der Genehmigung ist wie die Erteilung nicht an eine Form gebunden und kann daher auch konkludent erklärt werden. Das schlüssige Verhalten muß aber einen zwingenden Rückschluß auf eine abschließende und endgültige Entschließung zulassen, die Genehmigung nicht zu erteilen.“

Vorab taucht die Frage auf, ob eine solche fehlerhaft zustande gekommene Willenserklärung, also eine Falschbezeichnung, Rechtsfolgen nach Willensmangelrecht auslöst, wenn nachträglich entweder der Empfänger bereit ist die Willenserklärung in der von dem Erklärenden gewollten Inhalt gelten zu lassen oder der Erklärende die Willenserklärung bestätigt hat. Nur der zweite Fall ist ausdrücklich im Gesetz geregelt (§ 144) und benötigt daher keine besondere Bemerkung mehr. Zur gesetzlichen und gerichtlichen Entscheidung kommen nur die Fälle in Betracht, in dem ein Interessenkonflikt besteht. Es reicht somit nicht nur eine Abweichung zwischen Willen und Erklärung, sondern die Parteien müssen dadurch zu Streitigkeiten oder Differenzen wegen unterschiedlichen Verständnisses geraten. Wenn sie sich aber anderweitig einigen, kommt es auf nichts Weiteres an, als die Willenserklärung eben in diesem Sinne zu verstehen.

Zurück zu dem Beispiel, da eine einheitliche gesetzliche Lösung fehlt, ist diese unter Berücksichtigung, der in den §§ 116–124 und § 133 enthaltenen Einzelregelungen zu erhalten. Außerdem ist diese auch nach den römischen Quellen, die für die verschiedenen Positionen unterschiedlich normierte Fälle brachten, eine richtige Entscheidung, denn man kann nicht die Bereitstellung einer allgemeinen Formel für solch einen schwierigen Bereich erwarten.

2.2.1.1.1.2.4 Theorienstreit

Der Theorienstreit im 19. Jahrhundert ist der Streit vom klassisch-liberalen zum liberal-sozialen Privatrecht. *Larenz/Wolf* sagen dazu, es seien die gegensätzlichen Anforderungen der Selbstbestimmung einerseits, sowie des Vertrauensschutzes andererseits, die sich im Willensmangelrecht entgegenkommen¹⁹². Die Umsetzung des Prinzips des gegenseitigen Achtens in der Privatrechtsordnung wird es erforderlich machen, dass sie nicht gegensätzlich, sondern komplementär und rücksichtvoll wirken, weil die Freiheit nicht isoliert betrachtet, sondern nur in der sozialen Gemeinschaft geschützt werden kann. Zur Anerkennung der Selbstbestimmung der Entscheidungen gehört auch, dass man für diese Verantwortung übernimmt.

Dennoch, in den nachkommenden römischen Formulierungen kündigen sich deutlich, die schon im klassischen römischen Recht erkennbaren doktrinären Gegensätze rechtli-

¹⁹² Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 35 Rn. 1.

cher Behandlung der Willenserklärung an, und dies bringt einem zum vollen Bewusstsein, dass es sich im 19. Jahrhundert um einen rückständigen und altertümlichen Streit gehandelt hat und es die dringliche Aufgabe der Gegenwart ist, ihn zu lösen.

2.2.1.1.1.2.4.1 Willenstheorie

Dieser Standpunkt wird noch nicht einmal von der Position des Bedeutungsskeptizismus erreicht, denn ein Willenstheoretiker vernachlässigt jegliche Auslegung und somit jede Grenze des Sinnspielraums eines Wortes. Er verachtet sogar die wahrgenommene Erklärung, er verabscheut sie als unsignifikant. Sein Grundsatz lautet im Großen und Ganzen, dass eine subjektive vom Erklärendenhorizont oder der Erklärendenvorstellung aus gesehene Inhaltsbedeutung, bei sowohl undeutlichen als auch eindeutigen Willenserklärungen, vorherrschen sollte.

Schon unter den römischen Klassikern gab es eine erklärungs- und willentheoretische Argumentation: „...Dies, sagt Tubero, leuchte ihm wenig ein; denn, wozu, spricht er Benennungen als nur um den Willen des Erklärenden anzuzeigen?“ Der Text berichtet über die entgegengesetzte Lehre *Tuberus*, der den persönlichen Sprachgebrauch des Testators berücksichtigt. Dagegen schrieb *Servius*: „Denn nicht nach der Meinung Einzelner, sondern nach dem allgemeinen Gebrauche müssten Benennungen verstanden werden.“¹⁹³

Selbst wenn die Willenstheoretiker bei dem Sinn einer Willenserklärung nach dem wirklichen Willen forschten, verfiel die justinianische Gesetzgebung nie in willentheoretische Überspannungen¹⁹⁴. Es wurde niemals im Gesetz einseitig willentheoretisch argumentiert, denn die Lehre, dass eine willensbemängelte Willenserklärung immer gemäß dem erweislichen wirklichen Willen auszulegen sei, wie es bei der Diskussion im Schrifttum nach *von Savigny* der Fall war, war für die Römer unrichtig, sobald der Erklärende etwas von seinem Willen Abweichendes eindeutig erklärt hatte.

¹⁹³ Sintenis, 1830, Bd. 3, D. 33, 10, 7, S. 501; Fischer, J. J., Bd. 76, 1826, S. 30 und 31.

¹⁹⁴ Sintenis, 1830, Bd. 1, D. 13, 5, I, 4, S. 94 „Durch dieses Edikt begünstigt der Prätor die natürliche Billigkeit, in dem er die aus Einigsein eingegangene constitute beschützt, weil es ein schweres Vergehen ist, das gegebene Wort zu verletzen“; Bd. 4, D. 34, 7, 52, 9, S. 590 „Es reicht zu einer Verbindlichkeit auch die bloße Einwilligung hin, wenn sie auch mit Worten ausgedrückt werden konnte“; Bd. 4, D. 36, 3, 34, 7, S. 738 „Wenn ich ... in der Absicht ... so wird, wenn gleich Titius es in der Absicht angenommen hat ...“; dagegen aber Sintenis, 1830, Bd. 4, D. 39, 3, 20, S. 72 „... den die Einwilligung eines Irrenden ist nichtig.“

Später stand die Willenstheorie vor allem unter dem Einfluss *von Savignys*¹⁹⁵, in der in 1840 im System III vertretenen Lehre. Sie zielte entscheidend auf den Willen des Erklärenden ab und kam infolgedessen zu dem Ergebnis, dass eine Erklärung, die nicht durch einen entsprechenden Willen gedeckt sei, keine Rechtswirkung entfalte. Die Unrichtigkeit dieser Konsequenz ist Folge der Durchsetzung der römischen privatrechtlichen Methodentheorie; die nicht mit dem Willen entsprechende Erklärung war immer nichtig. Das wäre ein Ergebnis zu Gunsten des Erklärenden und zu Ungunsten des Empfängers. Dass *von Savigny* diese Theorie in einigen Fällen wie bei der Mentalreservation im Sinne der Erklärungstheorie und wie beim Irrtum über Eigenschaften modifiziert hat, macht ihn nicht zu einem Erklärungstheorie-Vertreter¹⁹⁶.

Die Übertreibung dieses Gedankens hinsichtlich des Willenselementes führte zum berühmten Willensdogma, wodurch auch die eindeutige, aber fehlerhafte Willenserklärung, nicht nichtig, sondern wirksam nach dem wirklichen Willen wurde¹⁹⁷.

In der Folgezeit war man bemüht, eine mildere Lösung zu finden, unter Berufung auf das römische Recht. Den Anfang machte *Jhering* mit seiner Lehre von der Culpa in contrahendo. Aus diesem Prinzip folgte, dass der Vertragspartner des Irrenden gegen diesen einen Schadensersatzanspruch habe¹⁹⁸. Die 1. Kommission legte den Vorschriften über die Willensmängel diese Fundamente zugrunde¹⁹⁹. Die Willenserklärung war nichtig bei den unterschiedlichen Willensmängeln, außer bei grober Fahrlässigkeit, wobei der Urheber, außer der schuldlose, für Schadensersatz haftete.

¹⁹⁵ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 24 Rn. 26 „wie Luig gezeigt hat, ist Savignys Irrtumslehre aber keineswegs als konsequent willentheoretisch zu verstehen. Sie enthält viel mehr Elemente der Willenstheorie und einer an der Erklärung orientierten Auffassung in eigenartiger Mischung.“

¹⁹⁶ Hammen, 1983, § 7, S. 116 ff.

¹⁹⁷ Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, Vorb. zu §§ 116, S. 25, 26; Zitelmann, J. J., Bd. 16, 1878, S. 371 „Die Willenserklärung in diesem Sinne ist also Absichtserklärung ...“; S. 375 „... erkläre was du willst, und du sollst es, soweit irgend angänglich, haben“ entgegen Kohler, J. J., Bd. 16, 1878, Fn. 144.

¹⁹⁸ Von Jhering, J. J., Bd. 4, 1861, S. 75 ff.

¹⁹⁹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 191; Mugdan, I, 1899, S. 457. „Der Entwurf folgt dem Willensdogma durchbricht es aber in verschiedenen Richtung.“

2.2.1.1.2.4.2 Erklärungstheorie

Diese stand unter dem Einfluss des Bedeutungsrealismus in Rom. Sobald ein Wort nur eine klare Bedeutung haben konnte, wurde nicht mehr nach dem Willen geforscht, zumindest nicht, um den Inhalt der Erklärung zu ermitteln, sondern gegebenenfalls um einen Willensmangel festzustellen und die Erklärung unwirksam zu machen. Das heißt: Keine Inhalts- oder Willensauslegung, sondern Mangelsauslegung und Nichtigkeitsfolge bei einer eindeutigen Willenserklärung, im Gegensatz zur subjektiven Inhaltsauslegung und Wirksamkeit des Willens bei undeutlicher Willenserklärung.

Wie oben schon berührt wurde, ist der Titel D. 33, 10 „de suppellectile legata“ von erheblichem Interesse hinsichtlich der Auslegungsmethode der Klassiker. Der beherrschende Grundsatz ist hier der objektive Sprachgebrauch der Wörter. Nach *Servius* entscheidet der allgemeine Sprachgebrauch, weil: „Wenn Jemand das, von dem es nicht zweifelhaft ist, dass es zu einer anderen Gattung gehört ... so durfte man nicht annehmen, dass unter dem vermachten Hausrate auch diese Gegenstände begriffen seien“ oder „nicht annehmen dürfe, Jemand habe etwas gesprochen, ohne sich dazu der eigentümlichen Bezeichnung bedient zu haben. Denn obgleich die Absicht des Sprechenden früher und wichtiger ist, als die Sprache, so nimmt man doch nicht an, dass Jemand ohne Sprache geredet habe ...“²⁰⁰ Auch ferner: „Wenn in den Worten keine Zweideutigkeit liegt, so darf die Frage nach der Absicht nicht zugelassen werden“²⁰¹ oder: „Wenn etwas in einem Testament zweideutig oder schlecht ausgedrückt worden ist, so muss man es nachsichtig auslegen ...“²⁰²

Dabei handelte es sich um die Lehre, dem sich das römische Gesetz zuwendete, weil es nicht einseitig erklärungs-theoretisch argumentierte, sondern lediglich bei der Auslegung auf die Deutlichkeit einer Erklärung hinwies²⁰³.

²⁰⁰ Sintenis, 1830, Bd. 3, D. 33, 10, 7, S. 501.

²⁰¹ Sintenis, 1830, Bd. 3, D. 32, 25, I, S. 357.

²⁰² Sintenis, 1830, Bd. 3, D. 34, 5, 25, S. 584.

²⁰³ Sintenis, 1830, Bd. 4, D. 44, 7, 38, S. 586 (Paul) „Nicht die Gestalt der Buchstaben ist es, die uns verbindlich macht, sondern der Sinn, welchen sie ausdrücken, weil man angenommen hat, dass Dasjenige nicht minder gültig sei, was durch Schrift, als was durch artikulierte Töne der Sprache bezeichnet wird“ und für einen schlechten Glauben, Sintenis, 1830, Bd. 4, D. 34, 7, 54, S. 591 „Scheinkontrakte haben auch bei Käufen keine rechtliche Wirksamkeit der Verbindlichkeit, in dem der gute Glaube des Geschäfts nur ein erdichteter ist, ohne dass er in der Tat stattfindet.“

Ein Vergleich dieser römischen Theorie mit der Erklärungstheorie im 19. Jahrhundert ermöglicht mir die Ansicht, dass die in Rom hervorgebrachte Theorie abgeschwächerter war. Der Interpretationsbedarf, sogar bei klaren Texten, in diesem Fall jedoch nur um den Mangel festzustellen, wurde in Rom niemals verleugnet, welches aber in der Pandekten-Wissenschaft den Streitpunkt bedeutete. Rom war sich schon damals sicher, dass die Kundgebung der voluntas nicht ein Beweismittel für den selbständig wirkenden Rechtsfolgewillen sei, und daher waren sie überzeugt von dem Einfluss des Willens in die Rechtssphäre. Andere Maßstäbe aber erreichte die Theorie vor der Kodifikation²⁰⁴. Hier wurde nämlich um den Kern und Begriff der Willenserklärung disputiert. Der Zwei-Elemente-Tatbestand der Willenserklärung wurde auf ein Element, die Erklärung, reduziert und folglich eine Erklärungstheorie kreiert. Nach der Erklärungstheorie mussten die Parteien nur ihre Erklärung wollen.

Die in den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts entstandene, so genannte Erklärungstheorie, hielt das Erklärte für entscheidend. Diese entstand aus der Übertreibung der vergangenen römischen Erklärungslehre. Die Willenserklärung sollte Rechtsfolgen auslösen, auch ohne den entsprechenden Willen. Diese Entscheidung wirkt zu Gunsten des Empfängers und zu Ungunsten des Erklärenden.

2.2.1.1.1.2.4.3 Empfängerhorizonttheorie²⁰⁵ oder Geltungstheorie²⁰⁶

Larenz/Wolf meinen, dass es der Lehre und Rechtsprechung dank der Geltungstheorie gelungen ist, die Streitigkeiten zu beenden, da Wille und Erklärung, gemäß der Geltungstheorie, eine funktionale Einheit bilden und insofern wäre die privatautonome Entscheidungsfreiheit für die verantwortliche Zurechnung des Vertrauens nicht ohne Bedeutung²⁰⁷.

²⁰⁴ Kohler, 2, J. J., Bd. 16, 1878, S. 333 „Der rechtsgeschäftliche Wille ist daher nicht der auf die Rechtsfolgen gerichtete Wille ... sondern er ist der auf den Vollzug des Rechtsakts gerichtete Wille; die Willensaktion ist nicht die Manifestation des die Rechtsfolgen wollenden Willens, sondern die Manifestation des den Rechtsakt wollenden Willens ...“

²⁰⁵ Larenz, Meth. Ausl. Rechtg., S. 69 „Auslegung ist Feststellung der rechtlich maßgeblichen Erklärungsbedeutung“.

²⁰⁶ Larenz, Meth. Ausl. Rechtg., S. 42-45.

²⁰⁷ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 6, § 24, Rn. 31; Larenz, Methodologie, S. 347; Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 34 ff, 69.; Enneccerus/Nipperdey, § 145 II A 2; Flume, 4. A., 1992, § 4, 7, S. 45 ff.

Aber keine andere Aussage hätte man von dem Erfinder dieser Lehre erwartet. Danach gilt die Erklärung in dem Sinne, in dem sie allein der Empfänger nach der Kontextabhängigkeit der Bedeutung verstehen konnte; das ist nach Hinzuziehung aller Umstände des Falles, insbesondere die Redesituation, die Zeit, der Ort, der Sprachgebrauch des Erklärenden usw., nach der einseitig interessengerechten Auslegung in redlicher Denkweise, auch wenn diese sich von dem gemeinten Sinne des Erklärenden entferne²⁰⁸. Dabei handelt es sich nicht um den wirklichen Willen sondern um den gerechten Willen des Erklärenden.

Hierbei könnte ein Bedeutungs skeptiker Anerkennung finden, denn in ähnlicher Weise wie er, verachten die Empfangstheoretiker jede mögliche eindeutige Bedeutung eines Wortes, wenn sie mit der Empfängervorstellung uneinig ist. Sie vernachlässigen die Wortbedeutung, was nicht heißen soll, dass sie den Worten jegliche mögliche Eindeutigkeit absprechen. Letztgenanntes unterscheidet beide Auffassungen voneinander.

Vertreter der Willenstheorie, wie z. B. *Windscheid* und *Enneccerus*, entwickelten sich weiter zur Geltungstheorie²⁰⁹. *Enneccerus* betrachtete das BGB als willentheoretisch, allerdings stark eingeschränkt durch die Interessen des Gegners und des Verkehrsschutzes.²¹⁰ Unrichtig ist, meinte *Flume*, wenn die Geltungstheorie in den Gegensatz zur Willenstheorie und zur Erklärungstheorie gestellt wird, weil sie ein Zusammenwirken beider erreicht. Insofern soll sie im wirklichen Gegensatz zur Willenstheorie stehen, als sie sich gegen das Nichtigkeitsdogma der Willenstheorie wendet, das die Erklärung, die nicht dem Willen entspricht grundsätzlich nichtig sein müsse. Die Geltungstheorie soll in Wirklichkeit nichts anderes sein, als eine abgeschwächte Erklärungstheorie, weil die Erklärung der Geltungsgrund für die gewollte Rechtsfolge ist²¹¹.

Meiner Meinung nach ist es richtig, diese neue Lehre als innovativ zu beurteilen. Bisher wurde zwischen der Erklärendenvorstellung oder der Erklärungsvorstellung diskutiert²¹². Der Blickwinkel des Empfängers, d. h. die Empfängervorstellung, war niemals

²⁰⁸ Larenz, Methodenlehre, 6. A., 1991, S. 347.

²⁰⁹ Enneccerus/Nipperdey, § 145, S. 899 „Durch die Doppelgleisigkeit der Rechtsgründe für die Geltung wird die Schaffung eines einheitlichen Begriffs der Willenserklärung verhindert“; S. 898 „die Willenserklärung sei nicht innerer Wille ... auch nicht Erklärung, sondern der in der Willenserklärung verwirklichende Wille. Damit äußert er nicht mehr lediglich einen inneren Willen, sondern setzt ihn in Geltung (Geltungstheorie)“; S. 1024 „In Wahrheit führt das BGB deshalb gar keinen Kompromiß zwischen Willens- und Erklärungstheorie durch ...“

²¹⁰ Enneccerus/Nipperdey, S. 1023.

²¹¹ Flume, 4. A., 1992, § 4, 7, S. 47.

²¹² Sintenis, 1830, Bd. 4, D. 50, 17, 168, I, S. 1282 „Wenn das, was geschehen ist, dunkel ist, so erhält es eine Auslegung der Willensmeinung (Urhebers) gemäss“ oder Sintenis, 1830 Bd. 4, D. 45, I, 80, S. 627 „bei zweifelhaften Ausdrücke, soll die angemessenste nach den Urheber Willen (nicht nach dem Empfängerhorizont) Auslegung erfolgen.“

das Auslegungsziel. Von diesem Zeitpunkt an kommt eine dritte Vorstellung hinzu, die Empfängeransicht.

Wie es dazu gekommen ist, glaube ich nachvollziehen zu können: Anzufangen ist von den, in der römischen Gesetzgebung anzuwendenden Grundsätzen. Deren gab es drei: Erstens, dass die Einwilligung eines Irrenden oder das bloße Scheingeschäft nichtig waren²¹³, zweitens, dass wenn in den Worten keine Zweideutigkeit lag, die Frage nach der Absicht nicht zugelassen werden durfte²¹⁴ und drittens, dass wenn das Geschehene dunkel war, dieses eine Auslegung der Willensmeinung gemäß des Urhebers erhalte²¹⁵.

Die Römer waren Willenstheoretiker im Falle einer undeutlichen Willenserklärung und nur halb willentheoretisch eingestellt im Falle einer deutlichen Willenserklärung, in der weder der Wille noch die Erklärung wirksam war.

Dabei fällt jedoch etwas auf, und zwar die Position des Empfängers, mit der von ihm erkannten Auslegung oder der Auslegung, die er hätte kennen müssen. Alle möglichen römischen Entscheidungen des Falles richten sich auf die quaestio voluntatis, was grundsätzlich richtig ist, wenn man die Gültigkeit des Willens von einer schuldhaften Auslegungsverletzung seitens des Empfängers abhängig macht. Dies taten sie angeblich, nach meinen Untersuchungen, nicht.

Zusammenfassend könnte man das Ergebnis einer römischen mangelhaften Willenserklärung als gültig nach dem wirklichen Willen bei einer undeutlichen Willenserklärung betrachten im Gegensatz zur Ungültigkeit bei einer deutlichen Willenserklärung.

Die Pandekten-Wissenschaft entfernte sich deutlich von diesen gesetzlichen römischen Quellen. Die Meinungsverschiedenheiten zweier Lehren, Willens- und Erklärungstheorie, brachte mit sich die Spaltung der Tatbestandselemente der Willenserklärung. Zwei Ergebnisse entsprangen der mangelhaften Willenserklärung; einerseits einseitig die Gültigkeit des Willens, andererseits einseitig die Gültigkeit der Erklärung, je nach Theorienrichtung des Verfassers. Mit dem Gegensatz der Willens- und Erklärungstheorie konnte aber der Stand der Lehre durchaus nicht erschöpft sein, denn eigentlich hatte sich die Rechtsauffassung nur verschlechtert und die Position des Empfängers hatte man noch nicht als zu berücksichtigen erkannt.

²¹³ Sintonis, 1830, Bd. 4, D. 39, 3, 20, S. 72 „... denn die Einwilligung eines Irrenden ist nichtig“ oder „Nulla enim voluntas errantis.“

²¹⁴ Sintonis, 1830, Bd. 3, D. 32, 25, I, S. 357.

²¹⁵ Sintonis, 1830, Bd. 4, D. 50, 17, 168, I, S. 1282.

Meines Erachtens taucht jetzt die erhoffte Empfängerhorizonttheorie auf, um diese Lücke zu beseitigen. Damit wird das Ergebnis einer mangelhaften Willenserklärung der gerechte Wille des Erklärenden nach der Empfängerhorizontauslegung sein, um endlich den Empfänger in Schutz zu nehmen oder ihn zu benachteiligen, im Hinblick auf sein Verschulden; d. h. die gerechte und sorgfältige Empfängervorstellung, bei deutlicher und undeutlicher Willenserklärung, vorbehaltlich der Möglichkeit des Erklärenden, diese Erklärung wegen Irrtums über ihren Inhalt anzufechten.

Die Empfängerrolle ans Licht zu bringen, empfinde ich als vorbildliche Leistung, aber mein Standpunkt ist der einer Erklärendenhorizontsauslegung, d. h. die nach dem wirklichen Willen schuldhaftige Auslegung, wobei bei Unschuld des Empfängers die Erklärungsbedeutung hinzuzuziehen ist.

Der Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie gilt praktisch als erledigt, nachdem das Gesetz die Regulierung der Problematik entschieden hatte (§§ 116 ff.). Während im 19. Jahrhundert auf Grund dieser Theorien nach der Lösung des Problems gesucht wurde, gilt heutzutage nur die Frage, ob die Rechtssätze ein Kompromiss sind oder eher in die eine oder andere Richtung tendieren. Im Großen und Ganzen kann man sagen, dass eine gesetzliche Zwischenlösung stattfindet, welche dem römischen Recht sehr ähnlich, jedoch verbessert ist. Die Willenserklärung sehe man weder als alleinigen privatautonomen Willen, noch als einzigen Vertrauensakt, sondern als das Zusammenwirken beider Bestandteile, die zu einer Einheit führen, auf Grund des geregelten Rechtsverhältnisses²¹⁶. Somit entsteht ein Rechtsverhältnis der Rechtsgeltung als Gefüge von Rechten und Befugnissen, Pflichten, Gebundenheiten und Obliegenheiten in untrennbarer Weise, die zu einem letztendlichen Ergebnis, der Rechtsgestaltung, führen.

²¹⁶ Prot I, 16, S. 90 „Nach einem Einleitenden des Referenten und...verständigte man zunächst dahin, daß sich weder das Willensdogma noch die demselben gegenüberstehende Vertrauensmaxime (Erklärungstheorie) ... durchführen lasse ... die einzelnen in Betracht kommenden Fälle getrennt ins Auge zu fassen, ohne zu der einen oder der anderen Theorie positiv Stellung zu nehmen.“

2.2.1.1.1.2.4.4 Die Verknüpfung von Savignys Lehre mit der Empfängerhorizontstheorie

Rückert erwähnt die Vorlesung 1824/1825 als Grund für die Entstehung einer allgemeinen Rechtshermeneutik in der von Savigny notiert hätte, dass „das Geschäft der Auslegung im wesentlichen gleich ist, bei Gesetzen, Schriften von Juristen, Rechtsgeschäften“²¹⁷. „Allgemeine Rechtshermeneutik“ ist in dem Sinne einer Methode der Auslegung sowohl für Öffentliches Recht als auch für Privatrecht zu verstehen. Dieses bringe ich in Verbindung mit der von der Lehre und Rechtsprechung für das Privatrecht später entwickelten Empfängerhorizontauslegung²¹⁸.

In der Tat unterscheidet sich die von von Savigny entspringende Auslegung, von mir als „Wissenschaftshorizontauslegung“ bezeichnet, von der Empfängerhorizontauslegung kaum: Wenn man mit der ersten vermuten kann, dass der Wille des Gesetzgebers sei, eine gerechte Regelung zu schaffen, so darf man nach der zweiten die redliche Denkweise des Erklärenden als Auslegungsmaxime hinzuziehen. Dessen ungeachtet ist beides weniger eine Erfahrungstatsache, als eine Maxime, die zugrunde gelegt wird, weil es eine Ordnung für das Zusammenleben vernünftiger und denkender Personen sein soll.

Außerdem tritt noch eine Gemeinsamkeit hinzu: Der vertretene Grundsatz der Auslegung vor der Anfechtung in der Privatrechtslehre könnte seinen Ursprung in dieser neuen Orientierung der Hermeneutik des 19. Jahrhunderts haben.

Tatsächlich hatte Savigny einen innovativen exegetischen Interpretationsbegriff der den alten Begriff beschränkte. Die Jahrhunderte lang übliche Ausdehnung oder Einschränkung des Gesetzeswortlautes oder das Problem des mehrdeutigen Gesetzes waren für von Savigny keine wahre Interpretation mehr²¹⁹.

Die metapositive Instanz, die die Juristen des späten 15. bis zum frühen 17. Jahrhundert in der Naturrechtsphilosophie gesucht hatten, liegt jetzt in der positiven Gesetzgebung²²⁰. Für ein aus der Vernunft geschöpftes Naturrecht ist kein Platz, seit dem das Wesen des Rechts, selbständig menschliche Lebensordnung – somit positives Recht ist.

²¹⁷ Rückert, 1997, S. 35.

²¹⁸ Enneccerus/Nipperdey, § 205 I 5; von Tuhr, 1914, § 64 Anm. 29 ff.; Medicus, AT, 8. A., 2002, Rn. 323; Brox, 29. A., 2005, Rn. 133; Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 6.

²¹⁹ Schröder, 2001, S. 214 ff.; Rückert, 1997, S. 51 ff.

²²⁰ Mazzacane, 1993, S. 38; Schröder, 2001, S. 74, 21, 111 ff.

Da das neue Naturrecht nur noch als subsidiäre Rechtsquelle galt, hatte das positive Recht Vorrang.

Noch bevor es eine Wandelung zur einen rein positivistischen Gesetzesbegriff zugehen könnte, beansprucht die Wissenschaft selbst Recht herzustellen. Seine eigenartige Interpretation wird wie seine ganze Methodologie eine Theorie der Erfindung in der Rechtswissenschaft und immer im Dienste einer wissenschaftlichen Rechtsbildung sein. Durch ein rationalistisches Rechtsverständnis, ist es möglich das ganze Recht geschichtlich-vernunftmäßig zu konstruieren, wobei sich für diese wissenschaftliche Rechtsfindung das abwertend gemeinte Schlagwort „Begriffsjurisprudenz“ eingebürgert hat²²¹.

Diese neue Interpretation hatte mit dem Erklärungs- und Willensmangel keine Konnexion. Somit ist der Gesetzgeber, wie auch der Erklärende auf die Auslegung angewiesen, wodurch sich erst entscheidet ob seine Rechtserklärung zu bemängeln ist. Die frühere Lehre jedoch startete von einem Mangel oder einer Divergenz des Willens, sens oder ratio des Gesetzes mit dem Wortlaut. Die jetzige aber legt die Willenserklärung erstmals aus, um einen möglichen Mangel festzustellen.

Und wenn man konsequent *von Savignys* wissenschaftliche Vorfahren untersucht, wird man sehen welchen geistesgeschichtlichen Zusammenhang die Empfängerhorizonttheorie hat, nämlich mit der „romantischen“ Hermeneutik um 1800. Insbesondere konnte die berühmt-berüchtigte Formel vom „Besserverstehen“ auch so gedeutet werden, dass der Interpret sein eigenes Verständnis an die Stelle des Textautors setzen konnte oder sogar musste. In der neuen Hermeneutik nach *Schlegel* kommt es darauf an: „Um jemand zu verstehen muss man klüger sein als er ...“ oder: „kritisieren heißt einen Autor besser verstehen als er sich verstanden hat.“ In dieser ganz neuen Richtung gehen auch seine Bemerkungen über die Unendlichkeit der Interpretation und die Unergründlichkeit des Werks, die geradezu eine Antihermeneutik begründen²²².

Aber bei maßgebenden Vertretern der neuen Lehre wie *Schleiermacher* finden sich solche revolutionären Vorstellungen nicht vollständig, denn wie *Schröder* erwähnt duldet er keine Überschreitung des Wortsinnes²²³, und sie sind auch für die Rechtswissenschaft bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts nicht bedeutsam geworden. Sie greifen in den Gedankengang nennenswerter Juristen wie *Radbruch*, dank dessen Begründungen diese Interpretation begreifbar wird. Nach diesen spricht der Staat nicht in den persönlichen

²²¹ Schröder, 2001, S. 168, 270.

²²² Schröder, 2001, S. 210 ff.

²²³ Schröder, 2001, S. 213.

Äußerungen der an der Entstehung des Gesetzes Beteiligten, weil der Wille des Gesetzgebers nicht der Wille des Gesetzesverfassers ist. Insofern kann der Ausleger das Gesetz besser verstehen als seine Verfasser, er muss sogar klüger sein als seine Verfasser²²⁴. Danach ist es erlaubt positives Recht zu konstruieren, denn Rechtswissenschaft ist Wissenschaft vom objektiven Sinn, nicht vom subjektiven Sinn des Rechts. Nicht notwendig festzustellen ist, wie das Recht gemeint war, sondern wie es zu verstehen ist, und dieses ist die objektiv gültige Sinnbedeutung der Rechtssätze²²⁵.

2.2.1.1.1.3 Erklärung als Zurechnungselement²²⁶

Das Recht hält an einem formalen Element immer fest. In diesem Bewusstsein sind die Römer auch in ihrer späteren Entwicklung in der Tertiärstufe mit dem Grundsatz der bona fides nicht zur Willenstheorie übergegangen²²⁷. Der erklärungs-theoretische Kern des Tatbestandes des Rechtsgeschäftes war zu allen Zeiten selbstverständliche Voraussetzung. Auch nachdem die Epoche des Rechtsformalismus überwunden war und die Wichtigkeit von mens und animus erschienen war, ließ sich die Annahme nicht halten, dass der Schritt von einer Erklärungs- zur Willenstheorie vollzogen worden wäre. Die lingua blieb vielmehr die selbstverständliche Voraussetzung jedes Tatbestandes einer Willenserklärung. Die richtige Erklärung des Rechtsfolgewillens blieb für den Eintritt der Rechtsfolge unerlässliche Bedingung, auch in der justinianischen Gesetzgebung des

²²⁴ Radbruch, Rechtsphilosophie, 1963, S. 210 ff.

²²⁵ Binder, 1925, S. 897 „Ähnlich wie der Begriff des Rechts an der Idee des Rechts orientiert ist, ist auch der Begriff jedes einzelnen Rechtsinstituts aus der Beziehung auf seine spezifische Idee zu gewinnen“; S. 898 „... wie der Gesetzgeber den Tatbestand deuten musste, um begründetermaßen daran die Rechtsfolge anknüpfen zu können“; in der Tat sind der Rechtsbegriff und alle Begriffe des Rechtes Zweckbegriffe, weil sie den Sinn haben der Rechtsidee (Gerechtigkeit) zu dienen. Dennoch Recht kann ungerecht sein, und trotzdem noch Recht sein, weil es lediglich den Sinn hat, gerecht zu sein (Radbruch, S. 91). Letzteres wird leicht überflogen von den Vertretern der objektiv vernünftigen Auslegung.

²²⁶ Und nicht „Erklärung als Geltungsgrund“ wegen: Brehmer, 1992, S. 34 „Der Geltungsgrund und die tatbestandlich formierte Geltungsvoraussetzung, sind weder identische Kategorien ...“; S. 36 „Dieses Abstellen allein auf die tatbestandliche Erforderlichkeit des Willens und die ... Gleichsetzung von Tatbestand und Geltungsgrund findet sich jedoch nicht nur bei Palandt – Heinrichs, sondern generell im Schrifttum, also auch bei Flume und Larenz ...“; S. 45 „Sind aber Tatbestand und Geltungsgrund unterschiedliche Dimensionen rechtlicher Regelung, sind sie auch bei der Willenserklärung nicht per se zu verquicken oder gleichzusetzen“; Auch nicht „Erklärung als Tatbestand“ wegen: Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 118 „Die Unterscheidung von Tatbestandselementen und Wirksamkeitsvoraussetzungen ...“; S. 120 „Durch die Trennung der Wirksamkeitsvoraussetzungen ergibt sich methodisch die Möglichkeit, in den wesentlichen Bestandteilen das Grundsätzliche zu erfassen ... Die Wirksamkeitsvoraussetzungen: ... Zurechnungsfähigkeit ...“, für die Verwechslung von Geltungsgrund und Rechtsfertigung, von Craushaar, S. 42 „Geltungsgrund der Willenserklärung ist daher der Vertrauensschutz.“

²²⁷ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 50, 51; A. A. Sohm, 17. A., 1949, S. 216.

Corpus Iuris Civilis. Den Römern ist niemals unklar gewesen, was mit dem Satz: „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit“²²⁸, gemeint ist, welche Bedeutung nach römischem Recht der wirkliche Wille bei der Bestimmung der Rechtsfolgen einer Willenserklärung hat: Der Wille bestimmt den Sinn des Wortes; aber ohne das Wort ist er rechtserheblich nicht geäußert.

Diese respektvolle Berücksichtigung der Erklärung (formales Element der Willenserklärung) zeigt sich deutlich in der damaligen Unterscheidung von mehrdeutiger und eindeutiger Willenserklärung. Bei der eindeutigen, aber irrtümlichen Willenserklärung konnte weder der erkannte Wille noch die Erklärung wirken, im Gegensatz zu der mehrdeutigen, in der der Wille wirksam wurde²²⁹. Dieses entspricht auch dem heutigen Recht. Kannte der Empfänger eine eindeutige aber vorsätzliche Willenserklärung, kann weder der Wille noch die Erklärung wirksam werden, die Willenserklärung ist dann nichtig (§ 116 S. 2). Eine erkannte vorsätzliche und undeutliche Willenserklärung ist im Gegensatz dazu nach dem Willen wirksam (§ 133).

Noch drastischer verhielten sich die Römer im Testamentsrecht, in dem nicht wie in der Gegenwart die Willentheorie herrschte, sondern auch der erweislich wirkliche Wille nicht in Kraft zu setzen war, wenn etwas Abweichendes eindeutig erklärt wurde²³⁰. Diese Rechtssicherheit in der Unentberlichkeit des Formaltatbestandes, dass dieser die Rechtsfolgen auslöst, ist bis heute vorhanden.

Eine Abweichung dieser Behandlung erhielt der *error in nomine*. In diesem Sinne wurde das wirklich Gewollte²³¹ positiv wirksam, sodass ein Namensfehler durch Richtigstellung korrigierbar war²³²; d. h., dass bei einer eindeutigen Willenserklärung im Sinne des wirklichen Willens die Korrektur durch Auslegung vorgenommen wurde, so dass das unter der falschen Personenbezeichnung wirklich Gewollte wirksam wurde. Dagegen konnte grundsätzlich bei einer eindeutigen fehlerhaften Willenserklärung we-

²²⁸ Sintonis, 1830, Bd. 4, D. 50, 16, 219, S. 1217.

²²⁹ Sintonis, 1830, Bd. 3, D. 34, 5, 3, S. 573 (Paul) „Bei einem zweideutigen Ausdruck sagt man nicht Beides, sondern bloß das, was man meint; wer mithin etwas Anderes sagt, als er meint, sagt weder das, was die Worte ausdrücken, weil er das nicht meint, noch das, was er meint, weil er dies nicht ausspricht.“

²³⁰ Manigk, *rechtsw. Verhalten*, 1939, S. 51.

²³¹ Manigk, *rechtsw. Verhalten*, 1939, S. 51 schreibt zusätzlich „erkennbar“, aber in dem römischen Fragment ist die Auslegung des Empfängers nicht zu berücksichtigen, ausschließlich der Wille des Erklärenden.

²³² Sintonis, 1830, Bd. 3, D. 30, 4, S. 223 „Wenn jemand in dem Namen eines Grundstücks geirrt und das Cornelische statt des Sempronischen genannt hat, so ist das Sempronische zu gewähren ... denn die Namen der Dinge sind unveränderlich, die der Menschen veränderlich“; Fischer, J. J., Bd. 76, 1826, S. 31 „Das ist ein durch Auslegung zu behebender *error nominis*, während ein *error in corpore* das Vermächtnis ungültig machen würde ... Bei dem ersteren soll die korrektive Auslegung gestattet sein, während bei letzterer eine Abänderung im Wege der Auslegung verboten ist.“

der der Wille noch die Erklärung wirken (wie auch nach heutigem Recht bzw. eindeutigen Vorschriftenwortlaut der §§ 116 S. 2 und 118). Gleiches geschah bei dem Rechnungsfehler²³³.

Die heutzutage im ähnlichen Sinne (korrektive Auslegung) verstandene „Falsa Demonstratio non nocet“ (eine falsche Bezeichnung schadet nicht)²³⁴ hat allerdings wenig von dem alten Grundsatz beibehalten²³⁵. Ganz im Gegenteil drückt sie in der Gegenwart den Vorrang des übereinstimmenden Verständnisses²³⁶, den Vorrang des erkannten Willens²³⁷ (bei sowohl undeutlichen als auch eindeutigen Willenserklärungen, welches die Römer gerade in dem letzten Fall nicht geduldet hätten, außer bei einem Namensmangel) und schließlich für Verträge auch den Vorrang des übereinstimmenden Willens²³⁸ aus.

Dagegen wollte der Satz „falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet neque heredi instituto“ (D. 45, 1, 33), als einer von *Fischer* erwähnten²³⁹ Sätzen, nur aussagen, dass das zur Bestimmung des Willensinhalts nicht Erforderliche einer rechtsgeschäftlichen Erklärung unerheblich und deshalb seine Richtigkeit gleichgültig ist. Dieses hatte aber mit der gezogenen Grenze der korrektiven Auslegung (um die es jetzt geht) keinen Zusammenhang²⁴⁰, d. h. um die Frage, wie weit eine unrichtige Be-

²³³ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 51.

²³⁴ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 30, S. 517; Flume, 4. A., 1992, § 16, 2a.

²³⁵ Fischer, J. J., Bd. 76, 1826, S. 34.

²³⁶ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 35 Rn. 21 „Die Nichtigkeit des Scheingeschäfts entspricht dem im Zusammenhang mit der Auslegung des Rechtsgeschäfts dargelegten Grundsatz, daß eine Erklärung, die von den Beteiligten übereinstimmend in dem gleichen Sinne aufgefaßt wird, ungeachtet ihrer sonstigen Bedeutung in dem von ihnen gemeinten Sinne gilt (falsa demonstratio non nocet ...).“

²³⁷ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 36 Rn. 29, S. 658 bezüglich der Falsa Demonstratio „Dies gilt auch, wenn der Erklärungsempfänger den Irrtum erkannt hat sich bewusst der Erkenntnis verschlossen hat, was der Erklärende meinte. Die Erklärung ist dann in dem irrtümlich gemeinten Sinn zu verstehen und deshalb nicht anfechtbar“; Enneccerus/Nipperdey, § 166, S. 1032 „Besonders wichtig ist, daß die zwar unrichtig ausgedrückte, vom Geschäftsgegner aber richtig verstandene Erklärung in dem gemeinten Sinne gültig ist“; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 119 Rn. 7, S. 89 „Hat der ErklGegner den wirkl Willen erkannt ... Falschbezeichnungen sind entspr dem Grds falsa demonstratio non nocet unschädli ...“

²³⁸ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 31, S. 517 bezüglich Falsa Demonstratio „Bei einem Vertrag kommt es nicht nur auf das gemeinsame Verständnis, sondern darüber hinaus auf den übereinstimmenden Willen an“; § 29 Rn. 72, S. 568 bezüglich des Konsenses „... so gelten die gemäß ihrem übereinstimmenden Willen („falsa demonstratio non nocet ...“); Enneccerus/Nipperdey, § 166, S. 1032 im Hinblick auf Falsa Demonstratio „Auch wenn bei einem Verträge beide Parteien schlechthin das gleiche wollen, ihre Erklärungen aber infolge beiderseitigen gemeinsamen Irrtums von ihren Willen abweichen, ist der Vertrag in der Regel gültig, und zwar mit dem gewollten Inhalt“; § 166, S. 1032, Fn. 11 „Die Römer stellten den Satz auf: Falsa Demonstratione res (legatum) non perimitur (oder falsa demonstratio non nocet).“

²³⁹ Fischer, J. J., Bd. 76, 1826, S. 17.

²⁴⁰ Fischer, J. J., Bd. 76, 1826, S. 31 „Mit der demonstratio im technischen Sinne hat die ganze Stelle ... nicht das allergeringste zu tun.“

zeichnung des Gegenstandes der Hauptanordnung durch Auslegung beseitigt werden kann (D. 30, 4; D. 33, 10, 7). Die Abgrenzung liegt somit in der Bedeutungslosigkeit von Nebenbemerkungen gegenüber der Unentberlichkeit der Hauptanordnung.

Deshalb ist es unrichtig, hier mit dem römischen Begriff *Demonstratio* und der Regel *Falsa Demonstratio non nocet*, welche man mit der römischen Regel substituiert hat, zu operieren, als ob es sich um die Verwendung jener Regel im römischen Sinne handele.

Vor allem der ursprüngliche *error in nomine* und die *Falsa Demonstratio* waren nicht gleich dem Vorrang des übereinstimmenden Verständnisses, dem Vorrang des erkannten Willens oder dem Vorrang der Auslegung vor der Anfechtung sowie auch nicht dem Vorrang des übereinstimmenden Willens. Deshalb wäre der Satz, dass eine fehlende oder unrichtige Bezeichnung des Gegenstandes bei Vorliegen jener Fälle das Rechtsgeschäft nach römischer Rechtsauffassung nicht unwirksam machte, ganz unhaltbar.

Es geht mir nicht darum, die römischen Rechtssätze unbesehen in das geltende Recht zu übertragen, sondern nur darum, sie als Leitfaden für die Erforschung des geltenden Rechts zu benutzen und dabei zugleich der Verwendung irriger Meinungen über die Bedeutung der römischen Sätze entgegenzutreten.

Für die Zurechnung mangelhafter Willenserklärungen sind folgende Grundlagen darzulegen:

2.2.1.1.3.1 Rechtsgestaltungsmacht - Selbstbestimmung des Erklärenden

Verständlich ist die systematische Stellung der §§ 116-124 am Anschluss an die Bestimmungen der Geschäftsfähigkeit, in denen es darum geht, einer rechtsgeschäftlichen Willensbildung so lange Relevanz abzusprechen, als keine Gewähr für deren Vernünftigkeit besteht. Die Voraussetzung für die Gültigkeit einer Willenserklärung ist die Geschäftsfähigkeit des Erklärenden, diese ist die Fähigkeit, willentlich rechtsgeschäftlich zu handeln. Diese Fähigkeit ist im BGB, Titel 1. Abschnitt 3. (§§ 104 ff.) behandelt. Somit ist auch innerhalb des BGB AT die Ausklammerungsmethode weitergeführt.

Rechtsgeschäftliche Willenserklärungen sind rechtliche Handlungen, die neben der Geschäftsfähigkeit auch die allgemeine Handlungsfähigkeit verlangen. Die Geschäftsfähigkeit ist sodann eine besondere Handlungsfähigkeit, welche die allgemeine Hand-

lungsfähigkeit voraussetzt.

Nicht handlungsfähig, weil sie nicht fähig sind, sich willentlich gesteuert zu verhalten, sind Säuglinge und Bewusstlose. Nicht geschäftsfähig, als fähig Rechtsgeschäfte selbstverantwortlich wirksam vorzunehmen, sind Minderjährige, die noch nicht das 7. Lebensjahr vollendet haben (§ 104 Nr. 1), und Personen, die sich in einem Zustand nicht vorübergehender krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden (§ 104 Nr. 2).

2.2.1.1.1.3.2 Rechtsgestaltungsschranke - Schutzobliegenheit des Erklärenden

Eine Vorschrift ist wünschenswert, die vergleichbar mit § 133 (bezogen auf die Erklärungsinterpretation), aber im Rahmen der Willenserklärung, lauten würde: Bei der Äußerung des Rechtswillens hat der Erklärende sich richtig auszudrücken und nicht an seinem Willen zu haften oder der innere Wille muss korrekt in der Erklärung Ausdruck finden.

Der Erklärende hat sich um die richtige Verständigung zu bemühen, da er die Möglichkeit hat, seinen Willen eindeutig und unmissverständlich zu formulieren; die Äußerung des Rechtswillens²⁴¹. Obliegenheiten sind Verhaltensanforderungen, zu deren Erfüllung man nicht wie bei Rechtspflichten gezwungen werden kann, deren Beachtung aber im eigenen Interesse liegt, um sonst eintretende Nachteile zu vermeiden. Es sind Rechtsgebote im eigenen Interesse oder Verhaltensanforderungen in eigener Sache. Trotz dieser Bindung an das eigene Interesse sind Obliegenheiten einer Person zugleich auch im Interesse eines anderen auferlegt, ohne dass dieser aber ein dementsprechendes Verhalten von dem Belasteten fordern und einklagen kann. Die Rechtsordnung sieht hier von jedem Erfüllungszwang und auch von einer Schadensersatzpflicht im Falle der Nichterfüllung ab und begnügt sich stattdessen mit schwächeren Sanktionen. Diese bestehen in der Regel in dem Verlust einer günstigen Rechtsposition oder in einem sonstigen Rechtsnachteil für denjenigen, an den sich die Obliegenheit richtet.

²⁴¹ Frotz, 1969, S. 176 „Da die Schutzpflicht in contrahendo nicht als Korrelat gewährten Vertrauens, sondern als Korrelat der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten des Pflichtigen zu verstehen ist ...“

Im Willensmangelrecht bedeutet der Rechtsnachteil der Obliegenheitsverletzung (Willens- oder Erklärungsmangel) für den Erklärenden die Gültigkeit der Erklärungsbeurteilung.

2.2.1.1.3.3 Rechtsnachteil wegen schuldhafter Obliegenheitsverletzung des Erklärenden

2.2.1.1.3.3.1 Unterschiedliche Obliegenheitsverletzungen

Eine klare Übersicht über den Inhalt des Titels 2. ist nötig, und es erlaubt mir, die §§ 116-124 als Willensmangelparagraphen zu bezeichnen, während der § 133 sich mit dem Erklärungsmangel befasst²⁴². Ein Problem entsteht, wenn die zum Zustandekommen des Rechtsgeschäftes abgegebenen Erklärungen mehrdeutig, missverständlich oder widersprüchlich sind (Erklärungsmangel), oder die Erklärung eindeutig, der Wille des Erklärenden jedoch unterschiedlich ist (Willensmangel im engeren Sinne). Das Gesetz muss sich mit der Lösung dieser Fälle befassen, um die Regelung der Rechtsfolgen mangelhafter Willenserklärungen zu klären. Dafür entwickelt es die richtige Äußerung und die richtige Auslegung oder Interpretation der Willenserklärung. Rechtswillensäußerung und Rechtswillensforschung als Obliegenheiten, erstens von Seiten des Erklärenden und zweitens von Seiten des Empfängers, sind zwei sich ergänzende Mittel der Gerechtigkeit der Rechtswillensmacht.

2.2.1.1.3.3.1.1 Willensmangel

Die den Rechtsnachteil begründende Kausalität betrifft den Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Erklärenden und einem bestimmten Erfolg, insbesondere den Eintritt einer Obliegenheitsverletzung. Der Erklärende muss eine Obliegenheit aus dem Rechtsgestaltungsverhältnis verletzt haben.

Ob einem Verhalten überhaupt kein Handlungswille, kein Rechtsgeschäftswille oder ein anderer Rechtsgeschäftswille zu Grunde liegt, ist der Kern der reinen objektiven

²⁴² A. A. Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, Einl. zu §§ 116 ff., S. 395 „Die §§ 116-124 befassen sich mit...den Willens- und Erklärungsmängeln.“

Obliegenheitsverletzung. Der Handelnde muss den falschen Eindruck oder den Willensmangel verursacht haben.

Die Gruppierung folgender Fälle basiert auf dem Willenselement, bei dem vom Willensmangel Betroffenen. Ob dieser Mangel dem Erklärenden bewusst ist oder nicht, und wenn nicht, ob Fahrlässigkeit besteht oder nicht, ist erst im Punk 2. zu beurteilen.

Das Gesetz unterscheidet zwischen Mangel in der Willensbildung oder Motivmangel (d)), wenn bereits der Entschluss des Willens gestört ist, und Mangel in der Willenserklärung oder Kundgabefehler (a), b), c)), wenn die Erklärung von dem Willen abweicht, weil der Wille mangelhaft erklärt wurde.

Der erste Mangel ist grundsätzlich unbeachtlich, weil das BGB nur die Fälle der arglistigen Täuschung und widerrechtlichen Drohung (§ 123) und dem Eigenschaftsirrtum (§ 119 II) regelt.

Folgende Möglichkeiten gilt es zu betrachten:

2.2.1.1.1.3.3.1.1.1 Fehlen des Handlungswillens

Ein Fehlen des Handlungswillens liegt bei einer Erklärung vor, die jemand abgibt im Schlaf, in der Narkose, in einer mechanischen Reflexbewegung, wie z. B. der Aufschrei aufgrund einer Verletzung, oder bei unwiderstehlicher Gewalt, also bei vis absoluta, wie z. B. wenn A B gewaltsam die Hand führt und ihn so zwingt, eine Bürgschaft zu unterschreiben. Der Handlungswille fehlt auch dem Säugling, dem in Ohnmacht gefallenem oder dem Bewusstlosen.

Das BGB hat den Tatbestand des fehlenden Handlungswillens in § 105 II mit dem Begriff „Bewusstlosigkeit“ erfasst²⁴³.

In den erwähnten Fällen hat der Erklärende die Erklärungshandlung nicht willensgesteuert geführt, weil er den Willen nicht hatte, überhaupt Etwas zu tun oder zu unterlassen. Hierhin gehören auch die Fälle, in dem der Erklärende die Erklärung überhaupt nicht abgegeben hat, z. B. der Nachbar A bestellt unter den Namen von B im Versandhaus X Waren für 500 €

²⁴³ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, vor § 116 Rn. 8; A. A. Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 6 Rn. 20.

2.2.1.1.1.3.3.1.1.2 Fehlen des Rechtsbindungswillens

Wollte der Erklärende keine Willenserklärung abgeben, so fehlt ihm der Rechtsbindungswille oder das Erklärungsbewusstsein.

Immer wieder genannt ist die Trierer Weinversteigerung, in der A die Hand erhebt, um einen Freund zu begrüßen. Die Unterschrift eines Vertrags, in der Annahme es sei ein Glückwunschsreiben, sowie die Abgabe einer Willenserklärung bei Drohung mit einer vorgehaltenen Pistole (*vis compulsiva*) sind ebenfalls zu erwähnen.

Ich betrachte drei Fälle dieses Mangels, die ausdrücklich im BGB geregelt sind. Das sind die zwei Arten der Geschäftsunfähigkeit, die vom Alter abhängige und die vom Alter unabhängige, in dem § 104 Nr. 1 und Nr. 2²⁴⁴, und die Nichtigkeit der Willenserklärung des vorübergehend geistig Gestörten in § 105 II.

Das BGB regelt, außer bei diesen oben genannten Fällen im Abschnitt 3. Titel 1., nicht ausdrücklich in den §§ 116 ff., ob es sich um Rechtsbindungswillensmängel oder Geschäftswillensmängel handelt. Dieses Problem ergibt sich etwa dann, wenn – wie im Trierer Weinversteigerungsfall – dem Erklärenden der Rechtsbindungswille fehlt. Die Lösung könnte streitig sein. Die Ansicht, nach welcher der Rechtsgeschäftswille auf bestimmte Rechtsfolgen gerichtet sein müsse²⁴⁵ – die Rechtsfolgentheorie – wurde von den Anhängern der Grundfolgentheorie kritisiert²⁴⁶. Dieser letzten Ansicht ist eine Willenserklärung zurechenbar, der es an Rechtsbindungswillen mangelt. Das ist auch rech- tens, denn es macht keinen Unterschied für die Ausdruckssorgfalt, ob dem Erklärenden überhaupt kein Rechtsgeschäftswillen zugrunde liegt, oder ob er einen anderen Rechtsgeschäftswillen hat. In beiden Fällen ist der Empfänger schutzbedürftig²⁴⁷.

Somit betrachte ich die §§ 116 ff., als regelten sie die Tatbestände des fehlenden Rechtsbindungs- und Rechtsgeschäftswillens.

²⁴⁴ A. A. Münchener/Kramer, 4. A., 2001, vor § 116 Rn. 13.

²⁴⁵ Von Craushaar, S. 60 „... daß die Wirksamkeit einer Willenserklärung grundsätzlich von dem Vorliegen eines Erklärungsbewusstseins abhängt ...“

²⁴⁶ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, vor § 116 Rn. 14.

²⁴⁷ Brox, 29. A., 2005, Rn. 137.

2.2.1.1.1.3.3.1.1.3 Fehlen des Geschäftswillens

Wenn der Erklärende mit seiner Erklärung rechtsgeschäftlich etwas anderes wollte, weil der geäußerte und der innere Geschäftswille nicht übereinstimmen, spricht man von einem Mangel im Geschäftswillen. Deutlich wird dieser Sachverhalt, wenn A einen Vertrag kündigt, er ihm in Wirklichkeit aber anfechten will.

2.2.1.1.1.3.3.1.1.4 Fehlen des Motivwillens

Die Willensbildung ist mangelhaft zustande gekommen, wenn z. B. A seiner Freundin einen Ring schenken will und davon ausgeht, sie habe am 12. 10. Geburtstag und liebe Schmuck. Sie hat aber am 10.12. Geburtstag und mag keinen Schmuck.

2.2.1.1.1.3.3.1.2 Erklärungsmangel

Ist eine Erklärung stillschweigend abgegeben worden, bedeutet dies die Undeutlichkeit i. w. S. des Erklärungsmittels, sei das die Sprache, ein Zeichen, ein Bild usw. und infolgedessen leidet die Erklärung an einem Mangel, der durch die Inhaltsauslegung behoben werden muss. Zwei Arten von Undeutlichkeit i. w. S. nämlich die Undeutlichkeit i. e. S. und die Mehrdeutigkeit sind zu unterscheiden.

2.2.1.1.1.3.3.2 Unterschiedlicher Verschuldensgrad

Nach dem Grundsatz „casum sentit dominus“ fällt ein Schaden grundsätzlich dem zur Last, der ihn erlitten hat. Verantwortung für das selbstbestimmte Verhalten ist ein Rechtsgrundsatz aus dem ethischen Personalismus. Verursachung allein ohne Schuld reicht nicht, um für den Schaden zu haften. Der Schädiger ist nur dann haftbar, wenn ihm durch sein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten ein Schaden zuzurechnen

ist²⁴⁸.

Rechtsvergleichend betrachtet, ist dies jedoch nicht selbstverständlich. Während die kontinental-europäischen Rechte (Frankreich, Deutschland, Italien, Spanien ...) vom Verschuldensprinzip ausgehen, wird im anglo-amerikanischen Rechtskreis (England, USA) grundsätzlich kein Verschulden erforderlich.

Verschulden konkretisiert sich im Vorsatz und in der Fahrlässigkeit. Schuldhaft handelt derjenige, der selbstbestimmte Entscheidungen trifft²⁴⁹. Das Verschuldensprinzip bestimmt, dass Rechtsfolgen, die an menschliches Verhalten anknüpfen, in subjektiver Hinsicht erstens die Fähigkeit erfordern willentlich zu handeln²⁵⁰.

Somit ist nicht derjenige handlungsfähig, der keinen Handlungswillen hat. Folglich handelt nicht schuldhaft, wer keinen Handlungswillen hat. Die Obliegenheitsverletzung in dem oben benannten Punkt 1) (das Fehlen des Handlungswillens) ist dem Erklärendem nicht zuzurechnen. Der Erklärende hat deshalb keine Rechtsnachteile, seine Erklärung ist nichtig. Dies ergibt sich aus § 105 II, wonach die Erklärung des Unbewussten nichtig ist.

Rechtsfolgen allerdings, die an ein bestimmtes menschliches Verhalten anknüpfen, wie Rechtsgeschäft, erfordern in subjektiver Hinsicht noch eine zweite Fähigkeit: die Geschäftsfähigkeit. Im Gesetz ist die Willenserklärung des Geschäftsunfähigen (§ 105 I) und des geistig Gestörten (§ 105 II) nichtig. In diesen beiden Fällen des Fehlens des Rechtsbindungswillens, ist dem Erklärenden somit nicht zurechenbar, weil er nicht verantwortlich ist.

Abgesehen von den oben genannten Personen (Handlungsunfähige, Geschäftsunfähige und vorübergehend Gestörte), sind alle anderen bei Fehlen des Rechtsbindungswillens und des Geschäftswillens schulfähig, sonst hätte es keinen Sinn die nicht Verschuldensfähigen auszuschließen.

Dass die §§ 116 und 117 Vorsatz erfordern ist nicht umstritten²⁵¹.

Die Auffassung aber, dass beim erklärungsbezogenen Irrtum (§ 119 I) gleichgültig ist, ob den Erklärenden ein Verschulden trifft oder nicht²⁵², ergibt folglich auch die Meinung, dass es sich bei der in § 122 begründeten Ersatzpflicht um eine verschuldensu-

²⁴⁸ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 2 Rn. 23.

²⁴⁹ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 2 Rn. 23.

²⁵⁰ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 6 Rn. 6.

²⁵¹ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 35 Rn. 6 ff.

²⁵² Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 36 Rn. 8; Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, § 119, S. 405; Bähr, Grundzüge, 9. A., 1995, § 7 II 2.

nabhängige Haftung für eine Schutzpflichtverletzung handelt²⁵³. Diese Rechtslehre sieht in dieser Bestimmung keinen Anwendungsfall des Rechtsgedankens der Culpa in contrahendo, eines die Ersatzpflicht begründenden Verschuldens bei der Rechtsgeschäftsgestaltung oder des Vertragsabschlusses, weil sie auch der Meinung ist, dass der Anfechtende seinen Irrtum nicht verschuldet haben muss. Dabei handelt es sich um eine vom Verschulden unabhängige Vertrauens- oder Anscheinshaftung²⁵⁴. Es soll neben der Anfechtung nach § 122 eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen nach § 311 II i. V. m. § 241 II und §§ 280 und 282 gegenüber dem Erklärungsempfänger im Betracht kommen²⁵⁵. Der Grund für diese Ansicht ist, die Schadensersatzbegrenzung auf das Erfüllungsinteresse zu umgehen.

Ich bezweifle diese Auffassung²⁵⁶: Schon von *Jhering*²⁵⁷ führte 1861 oben genannte Haftung auf Culpa in contrahendo zurück, noch bevor das BGB entstanden war. Er stellte sich die Frage, „ob nicht der irrende Teil dem Gegner auf Erlass des durch seine Schuld ihm verursachten Schadens hafte?“ Er belegt dies mit Hilfe des Beispiels, dass jemand 100 Pfund von einer Ware bestellen möchte, dabei aber das Pfund-Zeichen mit dem Zentner-Zeichen verwechselt. Er fragt sich, wer den Schaden, in diesem Fall die Verpackungs- und Versandkosten, zu tragen habe. Nach einer kurzen Beschwerde

²⁵³ Erman/Palm, 11. A., 2004, § 122 Rn. 10, S. 284 „Da der Ersatzanspruch nach § 122 keinen Fall der Verschuldenshaftung darstellt, ist er von der c. i. c. zu trennen.“

²⁵⁴ Larenz, AT, 14. A., 1987, § 9 I a); § 20 II c) (6. A.); § 36 Rn. 114; Flume, 4. A., 1992, § 21 6; Enneccerus/Nipperdey § 171 g) S. 1057 „Es liegt ein Fall des Veranlassungsprinzips vor“; Brox, 29. A., 2005, § 18 Rn. 445 „Veranlassungshaftung“; Canaris, JZ, 2001, S. 520; Looschelders, 1. A., 2003, § 30 Rn. 665; Erman/Palm, 11. A., 2004, § 122 Rn. 1; Jahrbuch des deutschen Rechts, 1903, § 122, S. 72.

²⁵⁵ Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 118 Rn. 2, S. 88 „Erkennt der Erklärende, dass der Gegner die Erkl als ernstl gewollt ansieht, muss er diesem aufklären; tut er das nicht, kann er sich gem § 242 nicht auf § 118 berufen“; § 122 Rn. 6, S. 94 „Trifft den Erklärenden ein Verschulden, besteht neben dem Anspruch aus § 122 ein ErsAnspr aus c. i. c. ... Für den Anspruch aus c. i. c. gilt die Begrenzung auf das ErfInteresse nicht. Statt II ist § 254 anzuwenden ...“; Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 122 Rn. 6, S. 1161 „Die Haftung aus § 122 Abs. 1 stellt keinen Fall der (verschuldensabhängigen!) Haftung aus Culpa in contrahendo dar. Sie setzt kein Verschulden voraus ...“; A. A. Manigk, J. J., Bd. 75, 1925, S. 139 „Es gibt in diesem Sinne eine Erklärungshaftung und eine die Wirksamkeit der Erklärung beherrschende culpa in declarando. Sie ist der Rechtstitel einerseits für die Wirksamkeit der Erklärung, andererseits für die Schadensersatzpflicht des Erklärenden, der von seiner ihm bindende Erklärung loskommen will.“

²⁵⁶ Mot., 2. A., 1896, I, S. 200 „Der Entwurf durchbricht die Regel (Nichtigkeit) für diejenigen Fälle, in welchen den Irrenden grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Ist die dem Irrenden zur Last fallende Fahrlässigkeit keine grobe, so lässt sich an dieselbe billigerweise keine weitere Folge knüpfen, als das der Erklärende dem Empfänger der Willenserklärung für das negative Interesse haftbar gemacht wird“; Bähr, Gegenentwurf, 1892, § 108 (97), S. 27 „Ist eine Willenserklärung, die mit dem wirklichen Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt, weil diese irrtümlich abgegeben würde, so bindet sie gleichwohl denselben, wenn er sie in einer ihm zuzurechnenden Weise abgegeben hat“; zur Begründung diesen und den folgenden Paragraphen, welche an die Stelle der §§ 97–102 des Entwurfs treten sollen, eine sehr gute Auffassung, § 792 (707), S. 167 „Für eine Handlung die jemand in gutem Glauben, dazu berechtigt zu sein, vorgenommen hat, ist er nicht zum Schadensersatz verpflichtet, es sei denn, dass der Irrtum, auf den sein guter Glauben beruhte, ihm zu Schuld anzurechnen ist.“

²⁵⁷ Von Jhering, J. J., Bd. 4, 1861, S. 2 ff.

über die damalige Rechtslehre und Gesetzeslage („die Literatur lies mich über diese Frage fast gänzlich im Stich. Die meisten Lehrbücher berühren sie gar nicht“), kommt er zur Schlussfolgerung, dass von einer Anwendbarkeit der Grundlagen über „contractliche culpa“ nicht die Rede sei. Auf Seite 7 kommt er zum Grundsatz der Culpa in contrahendo. Um seine theoretischen Ausführungen zu verstärken, versucht er nachzuweisen, wie jener Grundsatz in einer Reihe einzelner Fälle in der Gesetzgebung zur Anwendung gebracht worden ist. Nämlich die der Rücknahme einer Offerte (§ 105 BGB a. F.) und die des Irrtums (§ 79 BGB a. F.)²⁵⁸. Dieser letzte Fall ist der uns am meisten betreffende, weil er den Irrtum als „grobes oder müßiges Versehen“ – also schuldhaft – betrachtet.

Meines Erachtens handelt es sich um zwei zeitlich abgegrenzte Verletzungen im Bereich der Culpa in contrahendo; im § 119 um eine Obliegenheit der Ausdruckssorgfalt des Erklärenden und im § 122 um eine Schutzpflicht aus rechtsgeschäftlichen Verhandlungen. Dass man die Erste der Obliegenheiten ohne Verschulden betrachtet, entschuldigt nicht die Tatsache, die Haftung im § 122 nicht als Culpa in contrahendo zu qualifizieren. Worin liegt der Mangel an Verschulden, wenn der Erklärende seine Willenserklärung im Wissen seines Willensmangels anfechtet? Er verschuldet im Gegensatz dazu seine Anfechtung mit dem höchsten Grad – nämlich Vorsatz – denn ihm ist bekannt, dass mit der Anfechtung seine Willenserklärung nichtig wird. Eigentlich könnte der Abbruch von Vertragsverhandlungen im Allgemeinen keine Haftung begründen. Eine Ausnahme gilt jedoch, wenn der eine Teil im Hinblick auf das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes einen besonderen Vertrauenstatbestand schafft und dadurch den anderen zu Vermögensdispositionen veranlasst²⁵⁹. Scheitert das Rechtsgeschäft dann aus Gründen, die in der Sphäre des Ersten liegen, so kann eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen gerechtfertigt sein. Somit ist die Haftung aus C. i. c. gerechtfertigt. Die Abgabe einer Willenserklärung ist ein besonderer Fall der Schaffung eines Vertrauenstatbestands. Deswegen richtet und begrenzt sich der Anspruch auch auf das Vertrauensinteresse. Der Erklärende war nicht vertrauensvoll, weil er von dem mehr als in Aussicht gestellten Rechtsgeschäft Abstand nimmt. Die Schutzpflicht für das Vertrauensinteresse wurde schuldhaft verletzt, der Schädiger muss dem Geschädigten die nachteiligen Dispositionen ersetzen. Im entsprechenden Abschnitt über den § 119 werde

²⁵⁸ Von Jhering, J. J., Bd. 4, 1861, S. 20 ff.

²⁵⁹ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 31 Rn. 25 ff.

ich ausführlich den rechtsgeschichtlichen Hintergrund erläutern.

Auch gegenüber den Gedanken bin ich skeptisch²⁶⁰, dass bei der Scherzerklärung (§ 122 I i. V. m. § 118) der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens unabhängig von einem Verschulden des Erklärenden besteht²⁶¹. Die Konzeption, es sei in § 118 eine Pflichtverletzung begangen worden, erfordert nämlich ein Verschulden. Zur rechtsgeschichtlichen Begründung komme ich noch in den Punkt über den § 118.

Nach der hier vertretenen Auffassung muss das Verhalten nicht nur gegen eine Obliegenheit verstoßen, sondern schuldhaft sein. Es wird von „Verschulden gegen sich selbst“ gesprochen im Fall einer Obliegenheitsverletzung, die ein Mitverschulden verursacht²⁶². Das BGB sieht eine differenzierte Regelung mit abgestufter Verantwortlichkeit vor. Verschulden setzt Verantwortung voraus und infolgedessen bei fehlender Verantwortungsfähigkeit kann von keinem Verschulden gesprochen werden.

2.2.1.1.1.3.3 Unterschiedlicher Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung

Wird die Obliegenheit nicht beachtet, so muss der Erklärende zwar bestimmte rechtliche Nachteile hinnehmen, er handelt aber nicht rechtswidrig und ist daher nicht Schadensersatzpflichtig. Ich betrachte erstmals nur die §§ 116 ff. in den Fällen, in denen keine Mitverantwortlichkeit des Empfängers besteht. Somit trifft die Obliegenheitsverletzung nur den Erklärenden.

²⁶⁰ Mot., 2. A., 1896, I, S. 194 „Bei der nach dem Willensdogma sich ergebende Richtigkeit einer solchen Willenserklärung hat es zu bewenden, wenn dem Erklärenden eine Fahrlässigkeit nicht zu last fällt ... Allein die Gleichstellung der beiden Fälle würde der Verschiedenheit in der schwere des Verschuldens des Erklärenden nicht gerecht.“

²⁶¹ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 35 Rn. 16; Erman/Palm, 11. A., 2004, § 118 Rn. 2 „Ein Verschulden des Erklärenden bei der Fehleinschätzung ist unbeachtlich.“

²⁶² BGHZ 9, 316 (318); Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 254 Rn. 12.

2.2.1.1.1.3.3.3.1 Willensmangel

2.2.1.1.1.3.3.3.1.1 Vorsatz

2.2.1.1.1.3.3.3.1.1.1 Mentalreservation (§ 116 Satz 1)

Die Mentalreservation liegt vor beim bewussten Abweichen von Willen und Erklärung mit Täuschungsabsicht auf Seiten des Erklärenden. Als Beispiel ist der Fall zu nennen, bei dem A, dem im Sterbebett liegenden B, alle Schulden erlässt, dies jedoch nach dem Tod von B gar nicht vorhat. Rechtsnachteil der Obliegenheitsverletzung ist die Gültigkeit der Erklärung. Diese Rechtsfolge ist dem 1. und 2. Gesetzesentwurf schon von Anfang an zu entnehmen²⁶³.

2.2.1.1.1.3.3.3.1.1.2 Scherzerklärung (§ 118 i. V. m. § 122 I)

Die Scherzerklärung liegt vor beim bewussten Abweichen von Willen und Erklärung ohne Täuschungsabsicht von Seiten des Erklärenden. Nach dem Wortlaut der Verbindung beider Paragraphen ist nicht eine Obliegenheitsverletzung begangen worden, die eine Wirksamkeit als Rechtsnachteil bewirken würde, sondern eine Pflichtverletzung, weil die Willenserklärung nichtig ist (§ 118), der Erklärende aber zum Schadensersatz verpflichtet wird (§ 122 I).

Dass es ohne Belang ist, ob den Erklärenden ein Verschulden trifft oder nicht, wurde schon oben kritisiert. Die rechtsgeschichtliche Begründung dazu lautet:

Der 1. Entwurf des § 118 im § 97²⁶⁴ sah anders aus. Bei grober Fahrlässigkeit war eine Obliegenheitsverletzung die Ursache für die Gültigkeit in Abs. 2, Fahrlässigkeit aber bedeutete in Abs. 3 eine Pflichtverletzung, die mit Schadensersatzpflicht behaftet war. Lag kein Verschulden vor war dies auch nicht von Nachteil in Abs. 1, der die Nichtigkeit der Willenserklärung statuierte. Verschulden also spielte im 1. Entwurf eine entscheidende Rolle.

Der 2. Entwurf änderte die Rechtslage des § 93 (entspricht jetzt § 118) i. V. m. § 97 (entspricht jetzigem § 122 I) in den jetzigen Wortlaut. Es lag somit schon damals eine Pflichtverletzung mit Schadensersatzpflicht des Erklärenden vor.

²⁶³ Mugdan, LXXXIII.

²⁶⁴ Mugdan, LXXXIII, § 97.

Dass die gesamte Literatur das Verschulden des Scherzenden vernachlässigte, lag daran, dass in den Protokollen zum 2. Entwurf der Satz²⁶⁵: „... Die Verpflichtung zum Schadensersatz ohne Rücksicht auf ein ihn treffendes Verschulden aufzuerlegen ...“, erschien. Am Anfang des Absatzes: „Es sei eine Anomalie, eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung im Falle grober Fahrlässigkeit des Erklärenden als gültig zu behandeln...“, glaube ich aber zur erkennen, dass sich die ganze Diskussion über Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit nur, um den im 1. Entwurf § 97 Abs. 2 geregelten Scherz, aufgrund grober Fahrlässigkeit, drehte, der die Gültigkeit bewirkte. Es folgt auch noch eine Differenzierung zwischen dolus und culpa lata, die begründet, dass der Scherz nicht wie die Mentalreservation die Willenserklärung wirksam macht und der Gedanke, dass die grobe von der simplen Fahrlässigkeit nicht leicht zu unterscheiden ist.

Somit habe ich keine Bedenken darin, dass es sich bei dem jetzigen § 118 um den schuldhaften Scherz handelt²⁶⁶. Außerdem erscheint sonst ein kompletter Bruch mit dem Verschuldensgedanken der 1. Kommission. Mit obigem Satz, es solle auf ein Verschulden verzichtet werden, wurde klar dargestellt, dass der neue § 97, nicht wie der Schadensersatz berechtigende Paragraph im 1. Entwurf § 97 Abs. 3, die Fahrlässigkeit erwähnen muss, da dies schon der neue § 93 implizierte.

Als hundertprozentige Schöpfung der Willenstheorie und insofern den Erklärenden favorisierend, könnte man den § 118 auf dem Boden der Geltungstheorie auslegen, um somit den Empfänger zu schützen. Rechtsfolge daraus wäre, vergleichbar mit dem § 119, dass die Willenserklärung wirksam, aber anfechtbar wäre. Dadurch würde die Sonderstellung des § 118, als Ausnahme des Vertrauensschutzes, wegfallen. Das wäre auch gerechtfertigt, denn die schuldhafte Obliegenheitsverletzung des Scherzenden würde mit der Wirksamkeit sanktioniert. Wenn er aber seine Willenserklärung anfechten würde und wenn der Empfänger nach § 122 I keine Obliegenheitsverletzung begangen hat, ist er zum Schadensersatz verpflichtet.

²⁶⁵ Prot I, Prot. 17, S. 99.

²⁶⁶ A. A. Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 118 Rn. 2, S. 88 „Erkennt der Erklärende, dass der Gegner die Erkl als ernstl gewollt ansieht, muss er diesem aufklären; tut er das nicht, kann er sich gem § 242 nicht auf § 118 berufen.“

Dies jedoch ist dem klaren Wortlaut des § 118 nicht entsprechend, nachdem es bei der Nichtigkeit allein darauf ankommt, dass der Erklärende erwartet, der Mangel der Ernsthaftigkeit werde nicht verkannt, unabhängig davon, ob die fehlende Ernsthaftigkeit objektiv aus der Erklärung nicht erkennbar war und somit der Empfänger eine schuldhaft Obliegenheitsverletzung begangen hat. Die Sanktion erwartet ihn in § 122 I mit der Schadensersatzpflicht.

2.2.1.1.1.3.3.1.2 Fahrlässigkeit - Irrtum (§ 119 i. V. m. § 122 I)

Durch das unbewusste Abweichen von Willen und Erklärung kommt ein Irrtum vor. Die rechtsgeschichtliche Entwicklung dieses Sachverhaltes geschah wie folgt:

Im 1. Entwurf war der § 98 zuständig für den Irrtumsmangel. In Abs. 1 wurde der unverschuldet Irrende nicht bestraft, seine Willenserklärung war nichtig. § 99 Abs. 1 betrachtete die grobe Fahrlässigkeit als Grund für die Wirksamkeit, und in Abs. 2 wurde die Schadensersatzpflicht für den Fahrlässigen geregelt. Dies ähnelte sehr dem dahinter stehenden § 97.

Der 2. Entwurf erneuerte den Irrtumsfall komplett mit § 94, so wie er heutzutage erscheint. Als Rechtsfolge der Obliegenheitsverletzung des Erklärenden ist seine Willenserklärung wirksam, aber anfechtbar. § 97 regelte die Schadensersatzpflicht.

Die verschuldensunabhängige Obliegenheitsverletzung, von der neuen und alten²⁶⁷ Literatur vertreten, basiert auf dem im Protokoll zum 2. Entwurf Gesagten: „Von dem Entwurf weicht dieser Antrag insbesondere insofern ab, als die Schadensersatzpflicht eintreten soll, ohne Rücksicht darauf, ob dem Irrenden ein Verschulden an dem Irrtume zur Last fällt, oder nicht²⁶⁸“.

Meiner Meinung nach ist folgender Satz auf der nächsten Seite entscheidend: “Die Gründe ... in Abweichung von dem Entwurf die Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Irrenden eintreten und die Unterscheidung zwischen grober und sonstiger Fahrlässigkeit, waren dieselben ... wie in § 97.“ Diese waren ja, den *dolo* von der *culpa lata* zu unterscheiden, weil sie nicht gleich verwerfbar sind, und die Grenzlinie zwischen grober und nicht grober Fahrlässigkeit zu ignorieren. Sie diskutierten somit

²⁶⁷ Cosack, S. 244; Oertmann, 3./4. A., 1910, § 122, S. 418; Endemann, S. 303.

²⁶⁸ Prot I, Prot. 18, S. 106-107 II B.

über die irrtümliche, verschuldensabhängige Willenserklärung, die sie als gültig aber anfechtbar beschlossen. Dem vorherigen Satz, weswegen der Antrag im Gegensatz zum 1. Entwurf auf Verschulden verzichtet, entnehme ich dem wortwörtlichen Sinne nach, dass der neue § 97 sich vom alten § 99 Abs. 2 unterscheiden soll, indem er das Verschulden nicht zu erwähnen braucht²⁶⁹. Das Verschulden ist schon im § 94 inbegriffen.

2.2.1.1.1.3.3.1.3 Einverständnis (§ 117)

Der § 117 ist unter Einbeziehung der Obliegenheitsverletzung des Empfängers und nicht nur der des Erklärenden zu berücksichtigen. Aus diesem Grunde werde ich sie in Verknüpfung mit der Verletzung des Empfängers erwägen.

2.2.1.1.1.3.3.2 Erklärungs-mangel

2.2.1.1.1.3.3.2.1 Formale Auslegungsregel (§ 133)

Schon in den Motiven erscheint der Gedanke, dass die stillschweigenden Willenserklärungen vom Gesetz ausnahmsweise ausdrücklich hervorgehoben werden, wenn es erforderlich ist dieses zu betonen²⁷⁰. Ansonsten wird sie ohne weiteres gestattet²⁷¹.

Hat sich der Erklärende missverständlich ausgedrückt, obliegt ihm der Nachteil der Unwirksamkeit seiner Willenserklärung, wenn er diese Dunkelheit, die eine Obliegenheitsverletzung darlegt, zu verschulden hat und sie nicht von dem Empfänger durch Auslegung behoben wird²⁷².

Hierbei handelt es sich um den Grundsatz im § 133 (römischer Ursprung²⁷³) dass die

²⁶⁹ Mugdan, LXXXIII, § 99 II „Fällt dem Urheber eine Fahrlässigkeit zur Last, welche keine grobe ist, so haftet der Selbe dem Empfänger für Schadensersatz nach Maßgabe von § 97 III“; vom 2. Entwurf neuen § 97 „Ist eine Willenserklärung nichtig nach § 93 oder auf Grund der §§ 94, 95 angefochten ...“

²⁷⁰ Mugdan, I, 1899, S. 436; Mot., 2. A., 1896, I, S.153.

²⁷¹ Mugdan, I, S. 748 „Stillschweigende Willenserklärungen stünden im allgemeinen den ausdrücklichen gleich, es liege kein zwingender Grund vor, hier eine stärkere Form zu fordern.“

²⁷² Sintenis, 1830, Bd. I, D. 18, 21, S. 346 (Paul) „Labeo schreibt, die Dunkelheit eines Vertrages müsse er zum Nachteil des Verkäufers, der ihm aufgestellt habe, als zu dem des Käufers ausgelegt werden, weil erstere vor der Abfassung des Vertrages sich deutlicher habe ausdrücken können.“

²⁷³ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 55 „S. ferner D. 35, I, 101 pr. und 33, 10, 7, 2 if. Die in ihrem Sinn zweifelhafte We. wird danach aus dem ihr zugrunde liegenden wirklichen Rechtsfolgwillen heraus ausgelegt ... In diesem Sinne wird heute dem Erklärenden wie dem Erklärungsgegner die Erklärung als abgegeben bzw. als zugerechnet.“

in ihrem Sinn zweifelhafte Willenserklärung nach dem ihr zugrunde liegenden wirklichen Rechtsfolgewillen ausgelegt werden muss. Was er aber nicht verhindert ist eine Unwirksamkeit der Willenserklärung als Rechtsnachteil einer Obliegenheitsverletzung des Erklärenden²⁷⁴. In dem gleichen Sinne klärten die römischen Rechtsquellen ein identisches Problem. Dieses wird bei der Berücksichtigung des § 133 im Bereich der Erklärungsinterpretation näher erläutert.

2.2.1.1.1.3.3.3.2.2 Materiale Auslegungsregel

2.2.1.1.1.3.3.3.2.2.1 Vermutung (Obliegenheit)

Zusammenfassend beinhaltet dieses eine Vermutung der Wirksamkeit der Willenserklärung als Rechtsnachteil, der den auslösenden Grund einer Obliegenheitsverletzung des Erklärenden hat. Die Geltung des aufgestellten Satzes („die Wirksamkeit der stillschweigenden Willenserklärung“) trifft auch auf die Vermutungen zu mit dem Unterschied, dass ihnen bei der Obliegenheitsverletzung des Erklärenden nicht der Nachteil der Unwirksamkeit der Willenserklärung bei fehlgeschlagener Auslegung obwaltet sondern die Wirksamkeit nach dem normativen mutmaßlichen Willen, der im Gesetz normiert wird. Auf die Schaffung zahlreicher Auslegungsregeln, gemäß denen der Sinn einer undeutlichen Willenserklärung unter Beweislastumkehr gesetzlich bestimmt werden müsste, wird in den römischen Quellen berücksichtigt²⁷⁵.

2.2.1.1.1.3.3.3.2.2.2 Fiktion (Last)

Generell bedeutet dieses eine Fiktion der Wirksamkeit der Willenserklärung als Rechtsnachteil einer Lastenverletzung des Erklärenden. Die Geltung der stillschweigenden Willenserklärung ist nun nicht mehr ausnahmslos (jedoch nur in dem einzigen Falle des Schweigens) nachdem die Unterscheidung der stillschweigenden und ausdrücklichen Willenserklärung ab den 2. Entwurf wegfiel. Der 1. Entwurf aber ordnete diese Fiktionen in den §§ 65 V, 123 III und 86 I für die gesamte – nicht nur für die durch Schwei-

²⁷⁴ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28, Rn. 100, 101, S. 538; Staudinger/Singer, I, 2004, § 133, Rn. 23.

²⁷⁵ Sintenis, 1830, Bd. 4, D. 45, I, 47 für Termine; D. 45, I, 28 für die Übergabe des Besitzes.

gen – stillschweigende Willenserklärung²⁷⁶(weitere Angaben über den § 86 (jetzigen § 151) siehe Punkt I). Im heutigen Gesetz jedoch erfolgt die Fiktion nur in dem einzigen Falle des Schweigens.

Bei den Lasten handelt es sich um Regeln, die Rechtsnachteile enthalten, die im Gegensatz zu den Obliegenheiten kein Verschulden voraussetzen. Hier zeigt sich, dass nicht der Sinn jeder Willenserklärung vom wirklichen Willen des Erklärenden her bestimmt wird und was noch bemerkenswerter ist, dass es sich um eine Lastenverletzung des Erklärenden handelt, ohne dass es zu einer Obliegenheitsentstehung des Empfängers kommt, sodass er nicht zur Auslegung geboten wird. Dementsprechend werde ich nicht die Lasten nicht bei der Obliegenheitsverletzung des Empfängers berücksichtigen, denn es bleibt bei der einzigen Lastenverletzung des Erklärenden.

Wenn das Gesetz bestimmt das ein Verhalten durch Unterlassen als Willenserklärung gelten soll, wird dieses Verhalten nur in seinen Wirkungen und nicht in seinen Voraussetzungen einer Willenserklärung gleichgesetzt. Daher ist anzunehmen, dass die Genehmigung verweigert ist, auch wenn den Genehmigungsberechtigten bei Ablauf der Genehmigungsfrist die Geschäftsfähigkeit fehlt²⁷⁷.

Es finden sich Fälle, in denen eine Äußerung nicht durch bloßes Schweigen verlangt wird. Bei denen eine solche nicht vorliegt, demnach Schweigen hinzutritt, wird nach dem gesetzlichen Willen ausgelegt und insofern gilt gemäß den §§ 108 II S. 2 und 177 II S. 2 die Genehmigung als verweigert, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist erklärt wird²⁷⁸.

²⁷⁶ Mugdan, I, 1899, S. 436; Mot., 2. A., 1896, I, S. 153.

²⁷⁷ Von Tuhr, 1914, S. 424 ff.

²⁷⁸ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn.77 ff., S. 530.

2.2.1.1.2 Erklärungsinterpretation

Die Titulierung dieser Dissertation „Die Auslegung der Privatautonomie“ erfordert einige Erläuterungen bezüglich des Interpretationsbegriffes, denn schließlich bedeutet diese aufgestellte Aussage, dass man im Privatrecht von Auslegung der Privatautonomie sprechen kann.

Das Verstehen menschlicher Äußerungen geschieht in der heutigen Zeit oft durch Auslegung.

Ein präziser und einheitlicher Begriff der Interpretation, allerdings bezüglich der Gesetze, hatte sich bis in das frühe 17. Jahrhundert hinein nicht entwickelt. Ältere Autoren der Neuzeit neigten dazu, die eigentliche Interpretation in dem Sinne der Korrektur, Einengung und Ausdehnung zu sehen und nicht für die Erörterung der Wortbedeutung. Andere hingegen tendierten dahin, dass als Interpretation streng genommen nur die Korrektur und Einengung gelten, die Ausdehnung dagegen möchten sie nur noch als Rechtsfortbildung oder Extension des Gesetzgeberwillens scharf voneinander trennen. Aber auch als Sinnermittlung und somit Interpretation wurde die uneigentliche Extension verstanden, wenn der zu enge Wortlaut wegen der „mens“ (Sinn) überschritten wird. Eine Extension im eigentlichen Sinne konnte nämlich nur dann gegeben werden, wenn das Gesetz auch noch über die „mens“ hinaus ausgedehnt wurde. Immerhin versuchten auch andere den ganzen Bereich in einem Begriff zu bringen, mit einer Dreiteilung der Auslegung in deklarative, restriktive und extensive. Die Komprehension oder deklarative Interpretation konnte die Erörterung der eigentlichen Wortbedeutung oder die Korrektur dessen einbeziehen²⁷⁹.

Dennoch hielt diese Rechtsliteratur zusammen dank dem zeitgenössischen rationalistischen Rechtsverständnis, das in der Interpretationslehre zurückstrahlte. Auf den Willen des Gesetzgebers kam es niemals an, wenn seine Vernünftigkeit nicht einsichtig war. Es herrschte eine starke rationalistische Methoden- oder Interpretationslehre.

Schröder begründet diese Diskrepanz mit der Auffassung, dass die Interpretationsliteratur der frühen Neuzeit (16. Jahrhundert) von dem rezipierten römischen Recht

²⁷⁹ Schröder, 2001, S. 48 ff.

in Gestalt der *Digesten* ausging, die jeweils vor der Schwierigkeit standen, den Begriff der Interpretation, allerdings bezüglich der Gesetze, genauer zu bezeichnen. Weiterhin führt er auf, dass die Glosse zu D. 1, 2, 1 eine Interpretation im engen Sinne, für die offensichtliche Wortbedeutung ist, und eine Interpretation im weiteren oder uneigentlichen Sinne für die Korrektur, Einengung und Ausdehnung des Wortlautes bezeichnet. Aber nach diesem Fragment des *Digesten* oder *Pandekten* ist solch eine Lektüre nicht ersichtlich.

Die Römer vertraten eine Auslegung bei Dunkelheit der Wortbedeutung und in dieser Hinsicht waren sie Willenstheoretiker (D. 1, 3, 19 „Bei mehrdeutigem Wortlaut des Gesetzes soll man lieber die Bedeutung annehmen, die fehlerfrei ist, zumal da auf diese Weise auch der Wille des Gesetzes erschlossen werden kann“). Bei klarem, d. h. nach üblichem Sprachgebrauch oder Wortsinne bestreiten sie hingegen eine Interpretation des Inhalts und insofern eine Korrektur, sie verhielten sich erklärungsbewusster. Gleichwohl gelang es zu einer Interpretation des Mangels, und somit wurde die Rechtserklärung im Falle eines Willensmangels nichtig (D. 1, 3, 15 „Was gegen die Grundsätze des Rechts bestimmt worden ist, können wir nicht als Rechtsregel befolgen“). Für eine fortschreitende Auslegung waren sie offen (D. 1, 3, 11 „Und deshalb muß das, was von Kaiser anfänglich geregelt wird mittels Auslegung...näher bestimmt werden“).

Meiner Meinung nach, und zwar begründet aus Fragmenten des *Digesten*, widerspiegeln sich diese Aussagen im Bereich der „contracten“ des *Digesten*, somit war für die Privatautonomie die Erklärung der Worte keine Auslegung, dagegen doch die Ermittlung der Gedanken aus anderen Umständen als den undeutigen Worten²⁸⁰.

Es bleibt aber dabei, dass die juristische Interpretation nach der Doktrin nicht einheitlich war. Im frühen 17. Jahrhundert gewinnt der positivistische Gesetzesbegriff allmählich an Boden und ihm folgte eine Voluntarisierung der Interpretationslehre. *Suárez*, Jesuit und Professor der Theologie u. a. in Rom, Alcalá und Coimbra, führte eine Unterscheidung von drei Arten der Interpretation ein: Die authentische, usuale und doktrinale. Weiterhin wurde Mitte des 17. Jahrhunderts die doktrinale Interpretation, nach der von *Thomasius* begründeten Lehre, in eine grammatische und eine logische eingeteilt. Die Unterteilung der logischen in deklarative, extensive und

²⁸⁰ Behrends, 1995, D. 32, 25, I „Wenn in den Worten keine Zweideutigkeit liegt, so darf die Frage nach der Absicht nicht zugelassen werden“; D. 50, 17, 168, I „Wenn das was geschehen ist, dunkel ist, so erhält es eine Auslegung der Willensmeinung gemäß.“

restriktive Auslegung entspricht den drei in der alten Deklaration versteckten Interpretationsarten. Die sinnüberschreitende Rechtsfortbildung gehört nicht mehr zur Interpretation, weil der Wille des Gesetzgebers große Bedeutung bekam²⁸¹.

Die Zeit um 1800 gilt für die allgemeine Hermeneutik als die eines Neubeginns. Die führenden Köpfe waren *Schleiermacher* und *Schlegel*, ihnen folgte *von Savigny*²⁸². Ein Novum ist der Begriff der Interpretation, in der die Grammatik, der Kontext, die Kenntnis des Autors und die Entstehungsgeschichte gleichberechtigt nebeneinander standen. So musste der Interpret die objektiven und subjektiven Elemente miteinander kombinieren, sodass eine Interpretation nach dem Wissenschaftshorizont aufgenommen wird. Für die Rechtswissenschaft eine fantastische Auffassung. Diese Lehre widerspiegelt sich in der gegenwärtig im Privatrecht vertretenen Empfängerhorizontauslegung.

Insbesondere konnte die berühmte Formel der „romantischen“ Hermeneutik vom „Besserverstehen“ so gedeutet werden, dass der Interpret sein eigenes Verständnis an die Stelle des Textautors setzen konnte und müsste²⁸³. Deshalb ist jetzt der Textautor nicht mehr sein bester Interpret, und nun schaffte die Rechtswissenschaft zum ersten Mal in der Geschichte positives Recht; wissenschaftliches Recht wird Rechtsquelle.

Heutzutage vertritt man, dass das Verstehen menschlicher Äußerung entweder immer durch Auslegung, nämlich durch Empfängerhorizontauslegung geschieht oder nur gelegentlich durch Auslegung wenn die Willenserklärung mangelhaft ist, weil diese entweder zweideutig (man den Wortsinn nicht unmittelbar innwerden kann) oder eindeutig, aber falsch ist. Diese Ansichten entsprechen zweier Interpretationsrichtungen²⁸⁴. Durch den am Anfang stehenden Satz: „Das Verstehen menschlicher Äußerungen geschieht oft durch Auslegung“, wird ersichtlich, dass ich die zweite Auffassung vertrete, die schon die römische Wissenschaft entwickelte.

²⁸¹ Schröder, 2001, S. 75 ff., 134, 141 ff.

²⁸² Schröder, 2001, S. 210 ff.

²⁸³ Schröder, 2001, S. 212.

²⁸⁴ Larenz, Methodologie, S. 214.

2.2.1.1.2.1 Differenzierung der Einigungsauslegung (§ 157) und Willensauslegung (§ 133)

Die Auslegung durch den Juristen hat drei Gegenstände: Gesetze, Willenserklärung und Einigungserklärung. Das Ziel dieser Auslegung ist immer die Willensforschung. Unterschiedlich ist der Blickwinkel, weil nicht alle Willenserklärenden identisch sind und weil die Erkenntnismöglichkeit, wegen der Verschiedenheit des Adressaten, differiert. Somit gibt es verschiedene Auslegungsregeln. Wenn sich die Tatbestände und die Rechtsfolgen, wie bereits erwähnt, unterscheiden, warum werden § 133, 157 und 242 gemeinsam kommentiert?²⁸⁵

Zu einer Stellungnahme der Redakteure des 1. BGB-Entwurfs kam es leider nicht ausdrücklich kommen²⁸⁶. Das mögliche Spannungsverhältnis bestand aber zwischen § 133 und § 157²⁸⁷ (§ 73 und § 359 des 1. Entwurfes) und darüber wurde schon damals gesagt, der erste Paragraph sollte für Willenserklärungen und der zweite für Verträge²⁸⁸ gelten. § 242 hatte noch keine entsprechende Vorschrift, bis der 2. Entwurf den § 224 komplett umstrukturierte und in Teilen zerstückelte und einer der neuen Teile – § 206 im 2. Buch „Schuldrecht im Allgemeinen“ – seine Parallele im Besonderen Teil wurde. Der 2. Entwurf platzierte § 359 vollkommen anders, nämlich im Allgemeinen Teil im § 127, gleich dem heutigen § 157. § 73 wurde § 90, behielt aber seine Position im Allgemeinen Teil. Somit entstanden die drei Paragraphen und erst jetzt konnte man diskutieren.

Weswegen bestimmt § 133, dass bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille des Erklärenden und bei § 157 der Grundsatz von Treu und Glauben entscheidend sind²⁸⁹? Diese Untersuchung möchte ich gerne durchführen.

Es wird mehrmals gesagt, dass es in Wahrheit einen solchen Unterschied zwischen der Auslegung von einer Willenserklärung und von einem Vertrag nicht gibt und die

²⁸⁵ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 261, S. 314.

²⁸⁶ Münchener/Mayer-Mali/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 9.

²⁸⁷ A. A. Münchener/Roth, 4. A., 2001, § 242 Rn. 17 „eine Vorläufervorschrift zum heutigen § 157 bestand daneben bereits in § 73“; aber g. A. Münchener/Mayer-Mali/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 9 „da dessen Vorgängernorm (§ 157) - § 359 des 1. Entwurfs - ...“

²⁸⁸ Mot., 2. A., 1896, I, S. 154 „... Auslegung, theils allgemein für Willenserklärungen, theils in Beschränkung auf Verträge“; Mot., 2. A., 1896, II, S. 197 „Neben der in § 73 für Rechtsgeschäfte überhaupt gegebene Norm stellt der Entwurf ... für Verträge in Anwendung der hieraus resultierende Verpflichtung die besondere Vorschrift des § 359 auf.“

²⁸⁹ Trupp, NJW, 1990, S. 1346 ff.

gesetzliche Unterscheidung missglückt ist. Die gesetzliche Grundlage für die Auslegung bilden die Vorschriften der §§ 133 und 157. Die Vorschrift des § 133 gilt dem Wortlaut nach nur für die Auslegung jeder einzelnen Willenserklärung. Sie sei aber auch auf Verträge anzuwenden²⁹⁰. Die Vorschrift des § 157 betrifft ihrem Wortlaut nach nur den Vertrag. Sie gelte aber auch für das einseitige Rechtsgeschäft und für die einzelne vertragliche Willenserklärung²⁹¹. Von der h. M. vertreten wird, dass der Satz „Treu und Glauben“ als rechtlich maßgebenden Sinn des Rechtsgeschäftes interpretiert werden muss, mit dem Einwand, dass die Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung jeder Rechtsnorm und jedes Rechtsgeschäftes beachtet werden müssen (verfassungskonforme Auslegung).

Larenz/Wolf verstehen den Unterschied der §§ 157 und 133 hauptsächlich in der interessengerechten Auslegung²⁹² und die Verständnismöglichkeit²⁹³ oder dem Blickwinkel entweder beider Parteien bei einem Vertrag oder einer Partei bei einer nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Insofern verdient im § 157 mit dem Grundsatz von Treu und Glauben das heteronome Gerechtigkeitsprinzip den Vorzug vor der autonomen Wertung der Parteien, das dem wirklichen Willen entspricht²⁹⁴. Der Wille des Erklärenden ist bei der Auslegung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen, wie im Falle des Testamentes, maßgeblich und mithin kein Schutz des Empfängerhorizontes. Empfangsbedürftige Willenserklärungen werden nach dem berühmten Empfängerverständnis ermittelt.

Auch *Manigk* berücksichtigt den § 157 als Generalklausel, welche die Erheblichkeit des beim Adressaten durch das Verhalten objektiv erzeugten Vertrauens in den Vordergrund rückt, insofern den verkehrsmäßig gewöhnlichen Willen²⁹⁵. Dieser Grundsatz der Auslegung nach der Verkehrsauffassung steht mit dem der Rücksicht auf den wirklichen Willen aus § 133 für ihn durchaus nicht im Gegensatz. Beide Paragraphen ergänzen sich und es wäre sinnlos darüber zu streiten, ob der § 133 objektivistisch oder sub-

²⁹⁰ Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 7 „Dem Wortlaut nach scheint § 157 nur auf die Auslegung ganzer Verträge zu beziehen, doch wird man ihn auch für die Auslegung einzelner Willenserklärungen in Betracht ziehen können ...“; Münchener/Mayer-Maly, 4. A., 2001, § 133 Rn. 19; Staudinger/Dilcher, I, 2004, § 133 Rn. 77; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 133 Rn. 1.

²⁹¹ Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 133 Rn. 1; Medicus, AT, 8. A., 2002, § 24 Rn. 319; Brox, 29. A., 2005, § 6 Rn. 136; Enneccerus/Nipperdey, § 205 I 5; von Tuhr, 1914, § 64 Anm. 29 ff.

²⁹² Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 43, S. 521.

²⁹³ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 33 Rn. 8, S. 620.

²⁹⁴ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 33 Rn. 8, S. 620; § 28 Rn. 11, S. 511; § 28 Rn. 4, S. 509; S. 535, § 28 Rn. 94 ff.; Trupp, NJW, 1990, S. 1346 ff.

²⁹⁵ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 154, 218.

jektivistisch sei²⁹⁶. Diese Einstellung erinnert an das Gleichgewicht objektiver und subjektiver Momente in der historisch-philologischen Exegese von *Schleiermacher* und von *Savigny*. Insofern kritisiert *Manigk* die absolut objektivistische Lehre, die die Erklärung als etwas von dem wirklichen Willen Losgelöstes ansieht, dessen Sinn rein von außen her und ohne Rücksicht auf Person und Absicht des Erklärenden zu bestimmen sei. Andererseits kann keine Rede davon sein, dass der als wirklich festgestellte Wille nun auch den durch Auslegung festzustellenden Inhalt der Erklärung ergäbe und hier strahlt die Wissenschaftshorizontauslegung in Form von der Empfängerhorizontauslegung zurück. *Manigk* weist auf zitierte Stellen in der Rechtsprechung hin, um aus diesen Entscheidungen die Auslegungslehre der Gerichte zu beweisen²⁹⁷. Und zwar, dass sie etwas anderes tun als die Erklärungstheoretiker wahrhaben wollen. Neben der ausdrücklichen Erklärung liegen schlüssige Nebenumstände die das wirkliche Wollen erkennbar machen könnten und in diesem Sinne sei die Auslegung „relativ objektivistisch“²⁹⁸. Diese ist widersprüchlich mit meiner folgenden Meinung, die ich ja gerade von ihm hergeleitet habe, und zwar aus seinem gleichen Werk, aber einem unterschiedlichen Kapitel.

Mit einer hervorragend rechtsgeschichtlichen Grundlage versucht *Manigk* das Institut und die Funktion des Rechtsgeschäftes im römischen und im nordgermanischen Recht nachzuvollziehen. Somit erzeugt er das Begreifen für den Leser der vorgesezlichen Privatautonomie, ihr Ausdruck und Wesen²⁹⁹. Logisch erscheint, dank seiner Forschung, die Entwicklung des rechtsgeschäftlichen Willens als Geltungsgrund der autonomen Rechtssätze.

Dementsprechend die Geschichte der Ermächtigung zur Rechtssetzung: Zwischen dem römischen Wort und dem germanischen Symbol besteht grundlegender Unterschied, der die stufenmäßige Entwicklung der deutschen Privatautonomie vorantreibt und den Vorsprung klarstellt³⁰⁰. Die römische *mancipatio* der zwölf Tafeln hatte eine vorgeschriebene sollende Form für den Inhalt des Aktes. Dieser könnte gültig nur in Form der vorgeschriebenen Verlautbarung und der realen Handlungen vorgenommen

²⁹⁶ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 201.

²⁹⁷ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 188.

²⁹⁸ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 201.

²⁹⁹ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 73 ff.

³⁰⁰ A. A. *bona fides* für die Wurzel des Grundsatzes Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, Einleitung zu §§ 241 ff., § 242 Rn. 2; Staudinger/Coing, I, 2004, § 133 Rn. 8; unsicher Strauch, 1997, S. 31 „Unklar ist, ob es sich bei der Paarformel um eine eigenständige deutsche Rechtsentwicklung oder um eine Frucht des Römischen Rechts handelt.“

werden. Das Wort gibt über den Inhalt des Geschäfts Auskunft, und es verpflichtet andererseits ohne weiteres. Der germanische Handschlag und die Schrifturkunde – hierfür verweist er auf das Rechtssprichwort, es sei zugesagt „mit Hand und Mund“ – sind dagegen nur ein gebotenes Zeichen für das Zustandekommen eines rechtlich bindenden Vertrages. Sie formalisieren nicht dessen konkreten Inhalt. Wird der Inhalt streitig, so beweist das Symbol als solches nichts. Die Verlautbarung oder Schrifturkunde und der Handschlag seien im germanischen Recht das Sinnbild der eigentlichen Treue, auf der die Rechtsgestaltung überhaupt ruht³⁰¹. Das Treueprinzip kennzeichnete das rechtlich Bindende, als willentlich erzeugte Verpflichtung. Von daher seien die Symbole nur eine Bekräftigung des Willens, nicht die Bedingung der Wirksamkeit des Willens.

Dass diese Rechtsstufe schon eine Entwicklung der selbstbewussten Rechtsgestaltung darstellt, beweist sich darin, dass das freiwillige Versprechen das bindende Element ist. Manche von *Manigk* erwähnten Autoren sehen diese große Revolution als beeinflusst durch das Christentum. Die altrömischen Formalakte dienten im Gegenteil noch dazu das rechtlich Zwingende vom sittlichen und konventionellen Unverbindlichen zu unterscheiden.

Vernehmlich in den *Digesten* ist die Überlegenheit des germanischen Treueprinzips in dem römischen Grundsatz der *bona fides*. Zahlreiche Stellen beweisen das Verlangen nach wirklichem Willen bei der Normierung der Rechtsfolgen eines privatautonomen Aktes³⁰². Erforderlich ist erstmals eine kurze römische Rechtsquellen-Einleitung:

Ulpian lehrt im D. 1, 1, 1, 2, dass das Recht sich in öffentliches und privatrechtliches gliedert. Dieses letzte setzt sich: „... aus Vorschriften des Naturrechts, des Völkergemeinrechts und des Zivilrechts zusammen.“ Im D. 1, 1, 1, 3: „Naturrecht ist das, was die Natur alle Lebewesen gelehrt hat“. Im D. 1, 1, 1, 4: „Völkergemeinschaftsrecht ist das Recht, das die menschlichen Völkerschaften befolgen.“ Gai im D. 1, 1, 9: „Denn das Recht, welches sich jedes Volk selbst bildet, ist seinem Staate allein eigenthümlich und wird als solches bürgerliches Recht genannt.“³⁰³

Der D. 1, 1, 11 von Paulus und der D. 1, 1, 9 von Gai verfeinern den Unterschied zwischen Völkergemeinschaftsrecht und Zivilrecht mit dem Attributen der gleichmäßige und immer währenden Billigkeit für das Erstgenannte und dem Voraussetzungen der

³⁰¹ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 74, 75.

³⁰² Sintenis, 1830, Bd. 1, S. 316 (D. 2, 14, 1) „Die Billigkeit der Vorschrift dieses Theils vom Edicte ist im Naturrechte gegründet. Denn was ist mit menschlicher Treue und Glauben so übereinstimmend, als die Aufrechterhaltung dessen, vorüber Menschen sich vereinigt haben?“

³⁰³ Sintenis, 1830, Bd. 1.

eigenen staatlichen Gerechtigkeit für das zuletzt Genannte.

Aber schon in der justinianischen Ansicht der *Digesten* werden die *bona fidei iudicia*, die den Völkerrechtsgeschäften gleichkommen, dem Zivilrecht zugerechnet³⁰⁴. Dass die völkerrechtliche *bona fides*, Treu und Glauben im Rechtsverkehr bedeutete ist ersichtlich in dem Fragment des D. 18, 1, 1, 2: „Der Kauf ist völkerrechtens, und deshalb kommt er durch gegenseitige Einwilligung zu Stande“ oder im D. 50, 17, 116: „Nichts ist der Einwilligung, auf welcher auch die Klagen guten Glaubens beruhen, so zuwider als Gewalt und Furcht ...“ Die dem germanischen Geschäft seinen Rechtscharakter gebende „Mannestreue“, welche die Freiheit und Ernstlichkeit des Willens stattgibt, wird auch zur Auslegung aller Kontrakte herangezogen: D. 4, 10, 4 „Es ist billig, bei contracten auf den guten Glauben zu sehen.“

Andererseits wird der Grundsatz auch als Maßstab, nach dem der Richter die Rechtsgeschäftsausübung zu beurteilen hatte, gelten. Dieses ist in den folgenden *Digesten*-Fragmenten inbegriffen: D. 43, 26, 2, 2 „... Denn es ist der Natur nach billig, dass du nur so lange von meiner Gefälligkeit gebrauch machen dürftest, als ich will, und dass ich widerrufen kann sobald ich meinen Willen geändert habe“ und D. 4, 34, 11 „Wenn jemand Geld oder gewisse Sachen zur Aufbewahrung angenommen hat, so soll er selbige Dem, welcher sie hinterlegt hat, sobald der selbe will, sofort zurückgeben ...“

Widersprüchlich erscheint mir auch *Schmidt* (nicht nur *Manigk*), der die Spur dieser Fragmente in seinem Kommentar eigentlich hinterlassen hat, um danach seine Auffassung über den Grundsatz von Treu und Glauben aus der Sicht des „reasonable man“ zu verstehen. Er vertritt insofern für den Regelungsinhalt der §§ 157 und 242 jenen, den verständlicherweise redliche Parteien getroffen hätten³⁰⁵. Auch, dass er die Maßstäbe der *aequitas*, *bonus et aequum* und *bona fides* einheitlich betrachtet, empfinde ich als verfehlt³⁰⁶. Die *Digesten* lehren im ersten Buch (D. 1, 1, 11): „Von Recht spricht man in mehrfacher Bedeutung.“ Demzufolge werden mehrfach Ausdrücke verwendet, die sich nicht auf die gleiche Gerechtigkeit beziehen, denn Gerechtigkeit sei: „Jedem sein Recht zukommen zu lassen“ (D. 1, 1, 10), wobei das Recht jedes Einzelnen Unterschiede aufweist. Insofern (D. 1, 1, 6): „Das Zivilrecht ist das Recht, das weder vom Naturrecht oder Völkergemeinrecht völlig abweicht noch beiden in allen Punkten folgt.“ Es ist von drei Rechtsbegriffen die Rede und dieses muss man bei der Auslegung berücksichtigen.

³⁰⁴ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 4, S. 235; Sohm, 17. A., 1949, § 13, S. 64.

³⁰⁵ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 262 ff., S. 314.

³⁰⁶ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 5, S. 236.

Dass die Willkür Stadtrecht bricht tritt in zahlreichen Ermächtigungsnormen des BGB in Erscheinung. Dass das Stadtrecht die Willkür ebenfalls bricht, ohne dass hier Widersprüchlichkeit bestünde, ist vornehmlich, wenn ius cogens oder zwingende Regeln vinkulieren, wie z. B. bei der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes. Dass aber der persönliche Wille immer in Übereinstimmung mit dem gemeinschaftlichen Volkswillen, wie die Empfängerhorizonttheorie und die Theorie des Verständnisses eines neutralen Beobachters, die den Grundsatz von Treu und Glauben als heteronome Wertung aus dem Standpunkt der Verfassung vertreten, ist meines Erachten durch das Treueprinzip gewahrt. Auch die Bestrebungen denen der Sozialismus entsprechen wollte, dass die Funktion der Privatautonomie durch legale Normung verdrängt werde, haben sich nicht durchgesetzt. Gemeinschaftsinteressen werden genügend durch Gültigkeitsbedingungen oder Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäftes erfasst. Der persönliche Rechtswille bleibt aber immer noch Tatbestandelement oder Geltungsgrund des Rechtsgeschäftes³⁰⁷.

Streiten die Parteien über die Auslegung einer Willenserklärung, liegt ein anderer Tatbestand vor, als wenn sie es über den Inhalt eines Vertrages oder Einigungserklärung tun. Es ist jeweils der § 133 und der § 157 heranzuziehen. Gemeinsamkeit herrscht bei der Aufgabe der Auslegung (Sinnermittlung eines Willens).

2.2.1.1.2.2 Zwei Elemente

Im Gegensatz zu der fehlenden gesetzlichen Regelung der Tatbestandsvoraussetzungen der Willenserklärung, ist die Erklärungsinterpretation – die Interpretation der Willenserklärung – gesetzlich festgestellt.

§ 133 bestimmt, dass bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen ist und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften sei. Der Paragraph versetzt uns in die Lage einer ungeeinigten Willenserklärung, dokumentiert somit einen Lebenssachverhalt – die Willenserklärungsinterpretation – und ordnet eine Rechtsfolge an: die Willensinterpretation.

³⁰⁷ Mot., 2. A., 1896, I, S. 192; Mugdan, I, 1899, S. 458 bezüglich des § 96 (§ 117) „Die Nichtigkeit ergibt sich schon aus dem Grundsatz, daß nur der wirkliche Wille rechtserzeugende Kraft hat. Da dieser Satz indessen besonderen Ausdruck im Entw. nicht gefunden hat ... ist auf die Nichtigkeit des Scheingeschäftes ausdrücklich hingewiesen.“

Außerdem ergibt sich nach dem Wortlaut „Erklärungsinterpretation“ eine äußere Erklärung und eine innere Willensinterpretation.

2.2.1.1.2.2.1 Interpretation

Der wirkliche – sowohl positive als auch negative – Rechtswille des Erklärenden muss festgestellt werden. Diese Sinnermittlung ist nicht immer einfach, weil sie oft durch die Ausdrücke der Umgangssprache erschwert wird. Trotzdem kommt es auf diesen Willen an, nach dem Grundsatz der Privatautonomie. Dieses Ziel und damit diese Rechtsfolge der Willenserforschung für den Empfänger haben die §§ 133 und 116 ff. vor Augen. Dass er für dieses Ziel als gutgläubiger Interpret handeln muss und insofern schuldlos, ist ein allgemeines Rechtsprinzip.

In Gegenüberstellung hierzu steht die normative Auslegung aus dem Empfängerhorizont³⁰⁸, die besagt, dass der Empfänger sorgfältig – im Sinne von vernünftig – interpretieren muss und dass es nicht darauf ankommt, was der Erklärende in Wahrheit gewollt hat – im geraden Widerspruch zu dem von § 133 ausdrücklich Gesagten - oder wie der Empfänger die Erklärung tatsächlich verstanden hat, sondern wie er sie nach Treu und Glauben (§ 242) hätte verstehen müssen³⁰⁹. In dieser Richtung unterscheidet *Larenz* zwischen denjenigen, die die objektive Methode rein durchführen und denjenigen, die die Bedeutsamkeit des subjektiven Willens mit der objektiven Auslegung zu vereinigen versuchen, basierend auf den Grundsatz der *Falsa Demonstratio*³¹⁰.

Meines Erachtens ist aber rechtmäßig, in Anbetracht der Interessen des Erklärenden und des Empfängers, dass der Letzte den Willen des Ersten erforschen muss³¹¹. § 133 ergibt diese Rechtsfolge, ohne dass dabei § 157 hinzugezogen werden muss. Diese Lehre macht die Bedeutung der Willenserklärung abhängig von der, wenn auch sorgfältigen, Empfängervorstellung³¹². Aber bei der richtigen Auslegung, einen Bereich der e-

³⁰⁸ Larenz verantworten dafür Danz, Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 1 „Dagegen ist seit dem Buche von Danz über die Auslegung die Überzeugung herrschend geworden ...“ BGH NJW 1990, 1913; BGH NJW 1988, 2878, 2879; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 133 Rn. 9; Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 23 ff.; Art. 8 Abs. 2 UN-Kaufrecht.

³⁰⁹ Danz, Ausl. Rechtsg., Vorwort „... daß die Auslegung ... es nicht mit der Feststellung einer inneren Absicht, sondern nur mit der Deutung der Willenserklärung zu tun hat ...“ BGHZ 23, 240, 254; RGZ 85, 108, 117.

³¹⁰ Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 14 ff. Rudolf und Leonhard für die ersten, Titze, Oertmann, Hölder, Manigk, Enneccerus, von Tuhr für die zweiten.

³¹¹ Larenz, Meth. Ausl. Rechtsg., 1. A., 1930, S. 5 „Dagegen scheint es so, als besage der § 133 nichts anderes, als der Satz: ‚Eine Willenserklärung gilt in dem Sinne, in dem sie von ihrem Urheber gemeint ist.‘“

³¹² Mot., 2. A., 1896, I, S. 155 für den Vorgänger des § 133, § 73 „Unhaltbar erscheint ferner die für das gemeine Recht vertretene Regel, dass es nicht auf den wirklichen Sinn der Rede, sondern darauf ankomme, wie der andere Vertragsschließende dieselbe nach dem Umständen auffassen musste.“

thischen Logik oder Methodologie, geht es um das richtige Verständnis, und dieses so darf man vermuten, liegt in dem Willen des Erklärenden³¹³. Die Auslegung nach dem Empfängerhorizont, d. h. von seinem Blickwinkel aus gesehen, sollte lediglich dahin führen, das Verschulden des Empfängers zu ermitteln, um entweder den Willen oder die Erklärung gelten zu lassen. Stattdessen versucht die Lehre die Feststellung einer bemängelten Willenserklärung oder einer Obliegenheitsverletzung des Erklärenden mit der Auslegung darzulegen. Diese wurde aber im Bereich der schuldhaften Uneinigkeit der Willenserklärung schon bestimmt.

In vergleichbarer Situation sieht sich z. B. der Käufer, der den Kaufpreis bezahlen muss. Somit muss auch der Interpret bei der Willensinterpretation den Willen interpretieren. Wird jeweils eine Verletzung begangen, so werden sie jeweils bei Verschuldung bestraft.

2.2.1.1.2.2.2 Erklärung

Eine Willenserklärung ist meistens eine Zusammensetzung von Worten. Diese bezeichnen eine transsubjektive, also mitteilbare Vorstellung³¹⁴: die verkehrstypische Erklärungsbedeutung. § 133 enthält dieses Element, wenn er von „Buchstaben“ spricht. Jedenfalls ist auch meine Meinung aufzuklären bezüglich der Möglichkeit eines rechtlich positiven oder negativen buchstäblichen Sinnes des Ausdrucks oder Wortlautes.

³¹³ Zeller, Ernst, 1989, S. 427 wird die These vertreten, dass die Auslegung in beiden Fällen den gleichen Grundsätzen folge; A. A. Larenz, Methodologie, S. 347.

³¹⁴ Zippelius, 8. A., 2003, S. 20.

2.2.1.1.2.2.3 Verhältnis

2.2.1.1.2.2.3.1 Einheit

Einheit besteht, wenn der hinter der Erklärung stehende Wille des Erklärenden gleich ist, also nicht abweicht. Die Willensauslegung unterscheidet sich nicht von der Erklärung. Die Einheit zwischen Willensinterpretation und Erklärung ist Folge der Erfüllung der Ausdrucksobliegenheit von Seiten des Erklärenden. Meines Erachtens ist das schädigende Ereignis erforderlich, um die Vorhersehbarkeit eines schädigenden Ereignisses analysieren zu können, um somit die schuldhaft Obliegenheitsverletzung des Empfängers festzustellen. Denn diese Obliegenheitsverletzung besteht darin Vorkehrungen dagegen treffen zu können³¹⁵. Ein Mitverschulden kommt nur dann in Betracht, wenn die Vermeidung des Schadens in den Verantwortungsbereich des Geschädigten fällt. Kommt es zu keinem Schaden, in diesem Fall zu keinem Willens- oder Erklärungsman- gel des Erklärenden, ist es ohne Belang, dass der Empfänger nicht auslegt, weil er damit nichts vermeiden kann. Steht dem Empfänger für ein richtiges Verständnis außer der Erklärung kein weiteres Material zur Verfügung, muss er eben keine Willensauslegung führen. Wenn Wille und Erklärung eine Einheit bilden, dann ist nur eine Erklärungsbe- deutung erforderlich. Die Obliegenheit den Willen zu erforschen (§ 133) belastet ihn nicht.

Die oben genannte Einheit in der Willenserklärung entspricht einer Einheit in der Er- klärungsinterpretation. B sollte in dem davor beschriebenen „Ring-Fall“ ohne Hinzu- ziehung weiterer Anhaltspunkte aus der Erklärung „ich kaufe den Ring für 500 €“ auf den wirklichen Willen von A schließen, den Ring für 500 € zu kaufen.

Dennoch, was geschieht wenn A eine Stereoanlage will und dies auch erklärt, also Einheit bei der Äußerung des Rechtswillens besteht, B aber diese nicht einheitlich inter- pretiert und den Willen von A auslegt, er wolle eine Stereoanlage YX?

Das Gesetz regelt nur die Fälle des Willensmangels im Willensmangelrecht, dank gegenseitiger Obliegenheiten und mit dem Ausgleich der Obliegenheitsverletzungen in den §§ 116 ff. Für eine falsche Interpretation gibt es auf dem ersten Blick keine Rechtsmittel zum Schutz, diese Fälle sind nicht geregelt.

³¹⁵ Looschelders, 1. A., 2003, § 51, S. 409 ff., § 1 Rn. 26.

Könnte es der Fall einer Gesetzeslücke sein?³¹⁶ Um dies behaupten zu können, wollte ich intensiver nachforschen.

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist der Empfänger lediglich durch das Festhalten des Erklärenden an seine Erklärungsbedeutung geschützt. In diesem Fall muss er richtig verstehen, also sich die Vorstellung des Erklärenden zu Eigen machen, sich in das Gedankengut des Erklärenden versetzen. Ist diese Last nicht erfolgt, entsteht ein Nachteil und es ist auch richtig so, denn er soll nicht begünstigt werden wenn er nicht richtig versteht oder auslegt. Bei derart schuldlosen oder schuldhaften Falschverstehen gilt die Erklärungsbedeutung, weil der Erklärende sich richtig ausgedrückt hat. Selbst aber wird er kein Erklärender und infolgedessen muss niemand seine Absichten auslegen, um möglichst einen Mangel bei seiner Auslegung festzustellen. Anders als wenn der Empfänger auch verstanden werden muss, z. B. im Falle eines Vertrages.

Im Falle eines mehrseitigen Rechtsgeschäftes hingegen könnte die Auslegung der Einigungserklärung sicherlich als Schutzmittel dem Empfänger, der selbst als Erklärender handelt, dienen. Diese Lösung nimmt Rücksicht auf den Empfänger und könnte somit die Lehre von der Empfängerhorizontalauslegung, von seiner Aufgabe den Verkehr zu schützen, befreien. Denn wenn die falsche Auslegung der Willenserklärung des Erklärenden bei der Auslegung der Einigungserklärung bekannt wird oder hätte werden müssen, sofern der Empfänger jetzt auch verstanden werden muss, dann wird er in seinem Glauben und Willen geschützt, weil die Einigungserklärung in diesem Sinne ausgelegt und gültig wird.

2.2.1.1.2.2.3.2 Keine Einheit

Im zuvor genannten „Stereoanlagen-Fall“, wenn sich dagegen bei der Bestellung der Wille und die Erklärung von A trennen, fordert das Gesetz von B, weil er die Möglichkeit hat, das Verhalten von A zu interpretieren, denn in der Realität gehen Wille und Erklärung separate, nicht entsprechende Wege. Dadurch kann es ihm gelingen, den wirklichen Willen des Erklärenden zu ermitteln. Dies wäre nicht der Fall, wenn er eine Stereoanlage XY möchte und auch XY erklärt, im Gegensatz zum obigen Fall, in dem

³¹⁶ Von Tuhr, 1914, S. 542 “... denn während die Anfechtung dem zugebote steht, der sich über den Inhalt seiner eigenen Erklärung irrt, gibt es kein entsprechendes Rechtsmittel zum Schutz dessen, der eine fremde Erklärung mißversteht.“

er XY will, aber YX erklärt. Keine Einheit in der Äußerung des Rechtswillens entspricht keiner Einheit in der Interpretation der Erklärung.

2.2.1.1.2.3 Interpretation als Zurechnungselement

2.2.1.1.2.3.1 § 133

Der § 133 unterscheidet nicht zwischen zwei Arten von Willenserklärungen. Alle Willenserklärungen werden also gleichartig ausgelegt. Wie vereinigt sich diese Forderung mit der führenden Meinung von *Larenz*, die für eine einem anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung einen anderen Grundsatz aufstellt? Nach ihm sei es dem Gesetz nicht unmittelbar zu entnehmen, sondern von der Lehre und der Rechtsprechung entwickelt worden, aber bei der Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen ist die Verständnismöglichkeit des Empfängers einzuholen³¹⁷. Das ist die Empfängerhorizontauslegung. Diese Darstellung ist meines Erachtens unbefriedigend. Sie begründet, dass die empfangsbedürftige Willenserklärung eine Informationsfunktion hat, die dem Vertrauensschutz dient. Dieses hindert aber nicht daran den Vertraulichen im Gegensatz dazu mit der Willensinterpretation zu belasten. Somit erreicht man eine Symbiose beider Interessen, d. h. eine Gemeinschaft zu gegenseitigem Nutzen.

Anders geschah es nach *Larenz/Wolf* bei der Auslegung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen. Hierbei soll es sich um den zuständigen Bereich des § 133 handeln³¹⁸. Die Entäußerungsfunktion der Abgabe der Erklärung, sei die einzige Funktion der Willenserklärung, nicht die Informationsfunktion, weil niemand sich hierauf einstellen muss und kein Vertrauensschutz besteht. Es gäbe keinen Interessenkonflikt zwischen Privatautonomie und Vertrauensinteresse in der Rechtsgestaltungsphase. Die Auslegung des einseitigen Rechtsgeschäftes, das durch eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung entstanden ist, erfolgt nach § 133. Es sei der interessengerechten Interpretation zu folgen, die einseitig zur Anwendung kommt und insofern den wirklichen Willen nachvollzieht.

Meiner Meinung nach ist das einzige Kriterium worauf der § 133 beschränkt werden

³¹⁷ *Larenz/Wolf*, 9. A., 2004, § 28 Rn. 6, S. 509.

³¹⁸ *Larenz/Wolf*, 9. A., 2004, § 28 Rn. 94 ff., S. 535.

könnte die Undeutlichkeit der Erklärung i. w. S., so wie die *Digesten* es auch taten³¹⁹. Für die verschiedenen Schuldgrade einer Obliegenheitsverletzung seitens des Empfängers bei einer deutlichen Willenserklärung (Interpretationsmangel) stellen hingegen die §§ 116 ff. die zutreffende Regelung.

2.2.1.1.2.3.2 Grundlagen für die Zurechnung der normativen Auslegung

2.2.1.1.2.3.2.1 Vertrauensschutz des Empfängers

Wenn der Erklärende privatautonome Entscheidungen treffen kann, darf sich der Empfänger auf dieses Verhalten verlassen. Vertrauensschutz ist das Gegenstück von der Privatautonomie. Beides sind Grundlagen des Willensmangelrechts.

2.2.1.1.2.3.2.2 Schranken des Vertrauensschutzes - Schutzobliegenheit des Empfängers

Ich vergleiche die Obliegenheit des Interpreten, den Erklärenden richtig zu verstehen, wie z. B. die Obliegenheit des § 133 den „wirklichen Willen zu erforschen“ (§ 133), mit jeder anderen Verhaltensvorschrift des BGB. Keiner der Autoren betrachtet § 133 als völlig normale Vorschrift, die keinen versteckten Hintergrund hat. Stattdessen ist sie als unvollständig zu betrachten und somit entweder mit dem Grundsatz des Empfängerhorizontes oder mit dem § 157 oder § 242 zu kombinieren.

Meines Erachtens ist § 133 eine übliche Rechtsnorm für undeutliche Willenserklärung, die zu vergleichen wäre z. B. mit der Pflicht des Käufers zur Bezahlung des Kaufpreises. Der Interpret ist somit gefordert, den wirklichen Willen des Erklärenden herauszufinden. Verletzt er aber diese Verhaltensanforderung, und dieses ist leicht festzustellen, wenn er schlicht und einfach nicht zu dem Gewollten gelangt, in gleicher Weise, wie wenn der Verkäufer sich beschwert, weil der Käufer ihn nicht bezahlt, begeht er

³¹⁹ Sintenis, 1830, Bd. 4, D. 50, 17, 168, I, S. 1282 „Wenn das Geschehen dunkel ist, dann enthält es eine Auslegung der Willensmeinung (des Urhebers) gemäss.“

eine Widrigkeit die noch mit der Prüfung des Verschuldens zu bemerken ist.

Deswegen ist die Vorstellung der h. M. von mir nicht einzusehen, wenn sie meint, dass es unbestritten sei, dass für die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärung grundsätzlich gerade nicht der wirkliche Wille des Erklärenden gilt, sondern der objektive Erklärungsgehalt nach dem Empfängerhorizont. Die so entstandene Diskrepanz zwischen Wortlaut und Auslegung nach der h. L. des § 133 hat mir Grübeln bereitet. Der Wortlaut der Norm ist entscheidend. Der Interpret muss den wirklichen Willen des Erklärenden herausfinden. Ist dies nicht geschehen, ist erst jetzt die Frage nach dem Empfängerhorizont zu stellen, nämlich dann, wenn es um sein Verschulden geht, um die sich daraus ergebende Rechtsfolge zu ziehen. Außerdem erreichen die §§ 116 ff. gleichen Auslegungsmechanismus bei Deutlichkeit der Erklärung, und mit den Merkmalen „kannte“ (§ 116 S. 2) oder „kennen musste“ (§ 122 II), beschaffen sie Verschuldensmaßstäbe für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Ob er das kannte oder hätte kennen müssen ist, in den §§ 116 ff. ein Mittel der Beurteilung seines Verschuldens. Denn um die Verantwortlichkeit eines Geschehens zu prüfen, muss festgestellt werden, ob er gutgläubig handelt oder nicht.

Somit sollte aus der Redlichkeit des Empfängers, die so genannte „normative Auslegung nach dem Empfängerhorizont“, ein Maßstab folgen, der die Verantwortung auf Vorsatz und fahrlässige Rechtsverletzung stützt (Verschuldensprinzip). Nicht hingegen ein Maßstab für den Regelungsinhalt der Willenserklärung, so wie ursprünglich von Rechtsprechung und Literatur durchdacht. Sie sollte auch kein Maßstab sein, der nur durch die Auslegungsregel des § 157 zu entnehmen ist, sondern sollte ganz einfach eine Verschuldensprüfung sein.

Darüber hinaus enthält § 242 für das Schuldrecht – und nach h. M. für das gesamte Recht – den Grundsatz von Treu und Glauben. Im Fall der Willenserklärungsinterpretation jedoch, benötigen wir diesen Grundsatz nicht. Für das Vertrauensrecht ist er nicht zuständig (weiteres im II).

2.2.1.1.2.3.2.3 Rechtsnachteil wegen schuldhafter Obliegenheitsverletzung des Empfängers

Die Obliegenheitswidrigkeit ist als Rechtsnachteil begründender Tatbestand das Gegenstück zur Rechtswidrigkeit bei den haftungsbegründenden Tatbeständen (§ 280). Der Unterschied liegt darin, dass bei der Obliegenheitswidrigkeit ein Rechtsnachteil für selbstschädigendes Verhalten eintritt.

Bei der Rechtsanwendung trifft oft der Fall zu, dass der Geschädigte den Schaden mit verursacht hat. Die Frage ist dann, unter welchen Voraussetzungen die Mitverursachung relevant ist und welche Rechtsfolgen daran zu knüpfen sind. Die §§ 116 ff. und 133 treffen hierfür die Entscheidungen des Ausgleichs der Obliegenheitsverletzungen des Erklärenden und des Empfängers.

2.2.1.1.2.3.2.3.1 Unterschiedliche Obliegenheitsverletzungen

Parallel zu den Arten der Obliegenheitsverletzung des Erklärenden, stehen die Arten der möglichen Obliegenheitsverletzung des Empfängers. Einem Willensmangel bei dem Ersten steht ein Interpretationsmangel des Zweitens entgegen. Dieses geschieht wenn der Empfänger etwas anderes versteht als den wirklichen Willen des Erklärenden, unabhängig davon, ob sein Vorstellungsvermögen sich an dem verkehrüblichen Sinn der Erklärung orientiert oder ob er nach anderen Umständen Ausschau gehalten hat, so dass sein Verständnis von dem Ausgedrückten differiert. Desgleichen löst ein Erklärungsmangel des Erklärenden einen Erklärungsmangel des Empfängers aus. D. h. dass der Empfänger im Endeffekt nichts versteht, weil er sich mit dem typischen Sinn der undeutlichen Erklärung zufrieden gibt.

2.2.1.1.2.3.2.3.2 Unterschiedlicher Verschuldensgrad

Ebenso wie der Erklärende wird auch der Empfänger nur bei einer schuldhaften Obliegenheitsverletzung benachteiligt.

2.2.1.1.2.3.2.3.3 Unterschiedlicher Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1 Interpretationsmangel

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1 Vorsatz

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1.1 Mentalreservation (§ 116 Satz 2)

Liegt vor bei bewusstem Abweichen von Willen und Erklärung von Seiten des Erklärenden und bewusstem Abweichen von Erklärung und Interpretation von Seiten des Empfängers. Vorsätzlich handeln somit beide. Als Rechtsfolge tritt die Nichtigkeit der Willenserklärung hinzu. Der Fall der möglichen Fahrlässigkeit von Seiten des Empfängers ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Die Literatur ist in diesem Fall nicht sehr hilfreich³²⁰. In den Motiven zu den Entwürfen des BGB ist aber mit Genauigkeit zu entnehmen, dass der Fall des „Kennenmüssens“ nicht dem „Kennen“ entspricht³²¹. Dieser Fall des Verschuldens also ist, abgewogen mit dem Vorsatz des Erklärenden, irrelevant. Das Gesetz schränkt den Sorgfaltsmaßstab für die Obliegenheitsverletzung des Empfängers selbst ein. Das bedeutet eine mildere Verschuldung, ausschließlich auf Vorsatz („kannte“).

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1.2 Irrtum (§ 119 i. V. m. § 122 II)

Allumfassend beleuchtet diese Verknüpfung von Paragraphen das Resultat einer fahrlässigen Obliegenheitsverletzung von Seiten des Erklärenden in Begleitung von einer vorsätzlichen Obliegenheitsverletzung des Empfängers.

Der Grundsatz der Auslegung vor der Anfechtung besagt, dass das Vorliegen eines Irrtums vom Ergebnis der Auslegung abhängig ist³²². Dies ergibt zwei Mechanismen, die zur Hilfe des Erklärenden bei Willensmangel dienen; die Auslegung nach dem normativen Empfängerhorizont und wenn trotz dieser Gerechtigkeit, das gerechte Wollen

³²⁰ Außer; Flume, 4. A., 1992, § 20 I „Das Kennenmüssen ist dem Kennen nicht gleichgestellt“

³²¹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 192 „Die Nichtigkeit auch für den Fall auszusprechen, daß der Empfänger den Mangel der Übereinstimmung bei Aufwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters hätte kennen müssen, ist Anstand genommen.“

³²² Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 36 Rn. 30; Brox, 29. A., 2005, § 18 Rn. 408; Danz, S. 426; von Tuhr, 1914, § 67, S. 570; Flume, 4. A., 1992, § 21 2.

dem Erklärenden nicht zugute gekommen ist, weil es nicht seinem Willen entspricht, entwickelt das Gesetz einen zweiten Mechanismus: Die Anfechtung (§ 122), als Pflichtverletzung mit Haftungspflicht. Mit dieser Meinung höhlen sie nur den § 122 II aus. Als besser empfinde ich dem Wortlaut zu folgen.

Das Problem bei den oben genannten Theorien ist, dass sie die Ersatzpflicht ausschließen, wenn der andere nicht auf die Erklärung vertraut hat oder vertrauen durfte, und insofern schließen sie sich an den buchstäblichen Sinn des § 122 II. Dieses ist immerhin widersprüchlich mit dem zuvor Erklärten, nämlich der Vorrang der Auslegung vor der Anfechtung. Denn wenn sie dieser Meinung sind, mussten sie quasi diesen Absatz 2 des § 122 vernachlässigen. Das tun sie aber nicht und begehen somit einen Fehler³²³.

Die einzigen, die diese Theorie entsprechend anwenden, wenn Sie auf § 122 II eingehen, sind *Danz*³²⁴ und *Flume*³²⁵. Beide kommen zum Ergebnis, man habe den § 122 II, insoweit er von Kenntnis des Geschädigten im Falle des § 119 spricht, einschränkend dahingehend auszulegen, dass die Kenntnis des Geschädigten erst nach dem Vertragsschluss zukommt³²⁶. Ich vergleiche diesen Gedanken mit dem Wortlaut des § 990 Satz 2. Problematisch ist dabei die Tatsache, dass sich § 122 II nicht auf „später“ bezieht, wie es der Wortlaut in § 990 tut.

Eine – meiner Ansicht nach sehr gewagte – Meinung ist die Auffassung, dass die Regelung für den Empfänger nicht in Frage kommen kann³²⁷.

Enneccerus gelangt bezüglich des „Kennens“ des § 122 II zum gleichen Ergebnis³²⁸. Für ihn sei es eine unglückliche Formulierung, weil nach dem Grundsatz der *Falsa Demonstratio non nocet* noch nicht einmal die Irrtumsproblematik zur Anwendung kommt, weil die Erklärung, wenn der Empfänger den Willen kannte, in dem vom Irrendem gemeinten Sinn gilt. Er vergleicht den Fall, in dem die Erklärung im gleichen Sinne ver-

³²³ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 36 Rn. 115; Brox, 29. A., 2005, § 18 Rn. 445; Flume, 4. A., 1992, § 21 7; von Tuhr, 1914, § 67, S. 599; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 119 Rn. 7, S. 89 „Auslegg geht der Anf vor. Hat der ErklGegner den wirkl Willen erkannt, so ist dieser maßgebend ...“ dieses ist widersprüchlich mit § 122 Rn. 7, S. 94 „Der Gegner ist für die Vorauss von II bewpflicht ...“

³²⁴ Danz, 46, S. 426: „Kennt der eine Vertragspartner die Bedeutung, in welcher der andere Teil, die Vertragsworte braucht, so entsteht ein Vertrag entsprechend dieser Bedeutung der Worte. Dieser Vertrag ist nicht anfechtbar; § 122 II muss daher einschränkend ausgelegt werden.“

³²⁵ Flume, 4. A., 1992, § 21 7.

³²⁶ Auch: Staudinger/Singer, I, 2004, § 119 Rn. 40, S. 515 „Infolgedessen ist die Anwendung des § 122 Abs. 2 auf den Fall beschränkt, dass der Erklärungsempfänger erst nach dem Vertragsschluss den Irrtum bemerkt ...“; Trupp, NJW, 1990, S. 1347.

³²⁷ Münchener/Palm, 4. A., 2001, § 122 Rn. 11.

³²⁸ Enneccerus/Nipperdey, § 21 7, Fn. 19 i. V. m. § 21 2; Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, § 122, S. 421.

standen wird (*Falsa Demonstratio non nocet*), mit dem Fall, in dem der Empfänger den Willen des Erklärenden kannte (§ 122 II).

Meines Erachtens gilt, nach dem Wortlaut der Vorschrift und nach den Gedanken des Verfassers³²⁹, die Anfechtung vor der Auslegung. Dies wird sich weiter unten als quotenteilungsgemäß erweisen. Der Erklärende muss sich wegen seiner Fahrlässigkeit um die Anfechtung bemühen und der Empfänger verliert wegen der Vertrauenswidrigkeit seinen Schadensersatzanspruch. Das ist beiderseitig gerecht.

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1.3 Scherzerklärung (§ 118 i. V. m. § 122 II)

Bei der Scherzerklärung handelt es sich um eine misslungene Scheinerklärung³³⁰. Der Erklärende geht davon aus, dass der Erklärungsempfänger erkennt, dass er mit der Erklärung keine Rechtsfolge auslösen will.

Nach dem klaren Wortlaut des § 118 kommt es allein darauf an, dass der Erklärende erwartet, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt. Somit greift diese Vorschrift auch ein, wenn der Empfänger die fehlende Ernstlichkeit erkennt oder hätte erkennen müssen. Dieser klare Wortlaut ist auch § 119 zu entnehmen und trotz allem wird er von der Literatur anders ausgelegt. Diese besagt, dass wenn der Empfänger den Irrtum kennt oder hätte kennen müssen, die Willenserklärung nichtig sei. Nach Meinung der Literatur liegt hierbei der Vorrang der Auslegung vor der Anfechtung, obwohl nach dem Wortlaut der Vorrang der Anfechtung vor der Auslegung gilt.

³²⁹ Prot. 18, S. 106 II B „Zum Schutze des Dritten wollte Antrag 4. als Voraussetzung der Anfechtbarkeit hinzukommen lassen, dass der andere Teil das kannte oder kennen musste“ das ist zum Teil vergleichbar mit der Auslegung vor der Anfechtung, aber „dagegen soll Antrag 1. den Schutz des Empfängers darin erreichen, dass ihm ein Schadensersatzanspruch gegeben wird, unter der Voraussetzung weder kannte noch kennen müsste“ dies sei Anfechtung vor der Auslegung, und „Die Kommission lehnte den im Antrag 4. enthaltene Vorschlag und entschied sich zu Gunsten des von Antrag 1. eingenommene Standpunkt.“

³³⁰Mot., 2. A., 1896, I, S. 194; Mugdan, I, 1899, S. 459; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 118 Rn. 2.

§ 118 wird aber von der Literatur nach dem Wortlaut verstanden und nicht anders ausgelegt³³¹. Ursache dafür ist nicht nur der klare Wortlaut des § 118, sondern auch, dass der Grundsatz der Auslegung vor der Anfechtung bei der Scherzerklärung keine andere Wirkung entfalten würde. Die Willenserklärung ist nach dem Scherz auszulegen und somit nichtig, ob der Empfänger den Scherz erkennt oder nicht. § 118 ist entstanden auf der Grundlage der Willenstheorie, die den Bedürfnissen des Empfängers nicht gerecht wird. Um ihn gerechter zu behandeln, könnte man einen Hauch Erklärungstheorie hinzufügen, in dem man die Willenserklärung als wirksam, aber anfechtbar erklärt.

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.1.4 § 123

Anfangen muss man mit der unbewussten Obliegenheitsverletzung des Erklärenden im Stadium der Willensbildung. Der Motivwille ist bemängelt. Die Begründung seiner Willenserklärung entspricht nicht der Realität. Die Folgerung daraus ist, dass seine Willenserklärung gültig ist. Danach ist die Frage der Anfechtung zu klären. Dabei geht es um die Verletzung von Aufklärungs- und Beratungsobliegenheiten von Seiten des Empfängers, der arglistig den Erklärenden täuscht oder ihm widerrechtlich droht. Liegt dies vor, so ist der Erklärende zur Anfechtung berechtigt. Seine Erklärung ist wirksam, aber anfechtbar.

Von der Literatur gerne vertreten wird die Meinung, dass der Getäuschte neben der Anfechtung auch Schadensersatz, auf Grund der gesetzlichen Ansprüche aus §§ 280 und 282 i. V. m. § 311 II i. V. m. § 241 II oder aus § 823 II, geltend machen kann. Er könnte aber auch auf die Anfechtung verzichten und Schadensersatz verlangen³³². Ich empfinde das Willensmangelrecht als Sonderregelung im Bereich der gesamten Culpa in contrahendo. § 123 würde somit eine abschließende Regelung bedeuten, die dem Erklärenden keinen Schadensersatzanspruch anbietet.

³³¹ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 118 Rn. 4, S. 1091 „Die namentlich von *Bailas* vertretene Ansicht, wonach nur die Scherzerklärung nichtig sei, bei der der Erklärende objektiv berechtigterweise davon ausgegangen war, die mangelnde Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, widerspricht darüber hinaus § 122: § 122 Abs. 1 statuiert eine Schadensersatzpflicht auch für den Fall des § 118. Nach 122 Abs. 2 fällt dieses Schadensersatzpflicht weg, wenn der Erklärungsempfänger der Grund der Nichtigkeit kannte oder kennen musste.“; A. A. Erman/Palm, 11. A., 2004, § 122 Rn. 9, S. 284 „Hatte der Anspruchsteller den Scherzcharakter oder den Irrtum erkannt, so gilt die Erklärung unabhängig von den objektiven Erklärungstatbestand so, wie sie gewollt (und verstanden) war ... so daß eine Anfechtung ausscheidet.“

³³² Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 37 Rn. 19; BGH NJW 1997, 254; BGH NJW-RR 1998, 904, 906.

Hinzugezogen werden könnte dasjenige, welches bezüglich des Betrugsbegriffes die Motive erwähnt: Wenn Betrug die Entstehung des den Willen betreffenden Irrtum erzeugt, d. h. Betrug in der Willensbildung dann ist § 102 heutiger § 123 ins Auge zu fassen, wenn aber Betrug das Dasein des Willens betreffenden Irrtum bewirkt, d. h. Betrug bei der Willenserklärung, dann sollen die §§ 98 oder 99 heutige §§ 118 oder 119 Anwendung erlangen.

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.2 Fahrlässigkeit

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.2.1 Irrtum (§ 119 i. V. m. § 122 II)

Im Grunde ist nach dieser Verkettung beider Paragraphen zu erfassen, welche Auswirkungen zwei fahrlässige Obliegenheitsverletzungen, sowohl von dem Erklärenden als auch von dem Empfänger, hervorrufen.

Die h. M. kommt zum Ergebnis, dass eine Anfechtung der irrtümlich formulierten Erklärung nach § 119 I ausscheiden kann, wenn der Erklärende sich eines objektiv falschen Ausdrucks bedient. Der Erklärende ist nach den Regeln über die normative Interpretation (§ 133 i. V. m. § 157) an seine irriige Ausdruckweise nicht gebunden, wenn dieser Irrtum offenbar auffallen würde. Beispielsweise erklärt *Kramer*³³³, dass Verkäufer A irrtümlich ausdrückt: „Ich verkaufe ein Auto für 1.000 €“, dabei sei aber eindeutig gewesen das er 10.000 € wollte. Der Käufer B glaubte trotzdem an einen günstigen Kaufabschluss und akzeptierte. In diesem Fall sei laut h. M. ein Kaufvertrag zu einem Kaufpreis in Höhe von 10.000 € abgeschlossen worden. Trotz ausdrücklichen Wortlauts sei der Wille unmissverständlich gewesen.

Für diese Rechtsfolge gibt es keine Rechtsgrundlage im Gesetz. Ganz im Gegenteil betrachtet § 119 die irrtümliche Willenserklärung als wirksam, d. h. in dem Autofall den Kaufpreis in Höhe von 1.000 € aber anfechtbar, mit oder ohne Schadensersatzanspruch. B hat auf Grund seiner Fahrlässigkeit, die den Kaufpreis betrifft, diesen für 1.000 € zu akzeptieren, keinen Vertrauensschaden erlitten und somit keinen Schadensersatzanspruch erworben (§ 122 II).

³³³ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 119 Rn. 59.

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.2.2 Scherzerklärung (§ 118 i. V. m. § 122 II)

Dazu sind keine weiteren Angaben notwendig als die im Punkt 1) c), außer dass man die Fahrlässigkeit anstatt des Vorsatzes berücksichtigen muss.

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.3 Einverständnis

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.3.1 Scheinerklärung (§ 117 I)

Wenn der Empfänger die Erklärung nicht in gemeinverständlichem Wortsinn, sondern in Einverständnis mit dem Erklärenden in einem anderen Sinn versteht, liegt eine Scheinerklärung vor. Deutlich wird dies an folgendem Beispiel: A gibt B gegenüber schriftlich ein Schuldanerkenntnis über 10.000 € ab, das B notfalls seinen Gläubigern vorlegen will. Es besteht Einverständnis darüber, dass A dem B nichts schuldet. Das Schuldanerkenntnis ist nur zum Schein erklärt worden.

Wenn der Erklärende und der Empfänger die Willenserklärung durch vorsätzliche Einstimmung in dem gleichen, obwohl von der gewöhnlichen Bedeutung abweichenden Sinne gewollt haben, dann gilt, nach h. M.³³⁴, der Grundsatz der *Falsa Demonstratio non nocet*. Darauf ist es zurückzuführen, dass die Willenserklärung, wie der § 117 II vorschreibt, wirksam im Sinne des gemeinsam Gewollten ist. Dieses besagt die erste, von der h. M. appellierte Alternative des Grundsatzes der *Falsa Demonstratio* in der Form des übereinstimmenden Verständnisses, jedoch nicht in der Alternative des vom Empfänger erkannten Willens (Punkt „1. 1. 3. Erklärung als Zurechnungselement“). Es gilt der Vorrang des vorsätzlichen, übereinstimmenden Verständnisses. Insoweit ist bei der Scheinerklärung der Grundsatz der *Falsa Demonstratio non nocet* einzusetzen, mit der Folge des Vorrangs des übereinstimmenden Verständnisses³³⁵.

³³⁴ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 117 Rn. 24, S. 1089 „... nach der Regel der *„falsa demonstratio non nocet“* ...“

³³⁵ Flume, 4. A., 1992, § 16 2a; A. A. weil sie den Grundsatz nur i. V. m. dem Vorrang des richtig erkannten Willens und dem des übereinstimmenden Willens einschalten: Enneccerus/Nipperdey, § 167, S. 1032 “Besonders wichtig ist, dass die zwar unrichtig ausgedrückte, von dem Geschäftspartner aber richtig verstandene Willenserklärung in den gemeinten Sinne gültig ist (die Fn. 11 weist auf dem römischen Grundsatz *„Falsa Demonstratio res (legatum) non perimitur“* das sie mit *„falsa demonstratio non nocet“* angleichen). Auch wenn bei einem Verträge beide Parteien schlechthin dasselbe wollen, ihre Erklärungen aber infolge beiderseitigen gemeinsamen Irrtums von ihrem Willen abweiche, ist der Vertrag in der Regel gültig, und zwar mit dem gewollten Inhalt”; Verwendung eines anderen römischen Grundsatzes für das übereinstimmende Verständnis (Scheingeschäft): Enneccerus/Nipperdey, § 165, Fn. 10, S. 1026 *„Quae non sunt, simulo, uae sunt, ea dissimulantur.“*

Allerdings behaupte ich, dass der beherrschende Satz in der römischen Auffassung nicht i. V. m. dem Scheingeschäft angesehen wurde (Punkt „1. 1. 3. Erklärung als Zurechnungselement“). Dafür sorgt ein anderes Fragment³³⁶. Hinzukommend entschieden die römischen Quellen in den *Digesten* bezüglich der Frage, wie sich die Rechtsordnung den verdeckten Geschäften gegenüber verhalten sollte, weder nach der einen (Nichtigkeit) noch nach der anderen (Wirksamkeit) Richtung³³⁷.

Der Grundsatz der *Falsa Demonstratio* besagte insbesondere die Unerheblichkeit von Nebenbestimmungen (z. B. die Bedeutungslosigkeit des Personennamens – Sempronianisches und Cornelianisches Gut - für Kaufverträge über ein Grundstück, wenn diese an sich genügend sind und der Name für die Bezeichnung des Gegenstandes nicht notwendig ist im D. 18, 1, 9) für die Wirksamkeit des Vertrages.

Im Endeffekt bleibt die Rechtsfolge unterschiedslos, obgleich die Begründung mannigfach auftreten kann. Ich bin mit dieser h. M., was die Rechtsfolge, jedoch nicht den Grundsatz betrifft, einverstanden. Nicht jedoch vertrete ich die Ausdehnung dieser Rechtsfolge auf Fälle, die im Gesetz (nach dem Vorbild des *Digesten*) geregelt sind, weil dies nicht notwendig ist, wenn keine Gesetzeslücke vorhanden ist³³⁸. Damit denke ich an die Fälle des erkannten Willens mit der Folge des Vorrangs des erkannten Willens.

Meines Erachtens kommt es nicht zum gleichen Ergebnis, wenn der Erklärungsempfänger den Willen erkannt hat, als wenn er damit einverstanden ist. Die Erklärung sollte nach h. L. in dem irrtümlich gemeinten Sinne zu verstehen sein, falls der Empfänger diesen erkannt hat. Das ist der bekannte Vorrang des erkannten Willens, wodurch die Willenserklärung von der Anfechtung befreit wird³³⁹.

Übereinstimmung heißt aber nicht, nur den inneren Geschäftswillen erkannt zu haben, sondern, dass die andere Partei einverstanden mit dem Gewollten ist und diese Rechtsfolgen ebenfalls bezweckt. Der Empfänger wollte sich nicht auf den Schutz seines Vertrauens an dem Anschein einer Willenserklärung in Zukunft berufen, sondern er stimm-

³³⁶ Sintenis, 1830, Bd. 2, D. 18, I, 55 „Ein blosser Scheinverkauf wird als nicht abgeschlossen betrachtet“; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 47, 48; Verwendung eines anderen römischen Grundsatzes für das übereinstimmende Verständnis (Scheingeschäft): Enneccerus/Nipperdey, § 165, Fn. 10, S. 1026 „Quae non sunt, simulo, uae sunt, ea dissimulantur.“

³³⁷ Kohler, J. J., Bd. 16, 1878, S. 145 „Gewöhnlich aber findet sich eine derartige Bestimmung nicht, hier ist es Sache der Jurisprudenz, den wahren Gedanken des Gesetzes aus seiner Umhüllung herauszuschälen“; In der Tat wird nur das Scheingeschäft von den Klassikern als nichtig bezeichnet in D. 23, 2, 30; 18, 1, 38, 50, 17, 16; 44, 7, 54; 18, 1, 55; 23, 4, 27.

³³⁸ A.A. Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 119 Rn. 59; § 122 Rn. 11.

³³⁹ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 36 Rn. 29; § 28 Rn. 29; Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 119 Rn. 59.

te überein mit dem Empfänger in dem Sinne, den die Willenserklärung zukünftig haben soll.

Für die Fälle eines Interessenkonflikts (z. B. bei lediglich erkanntem Willen) regelt das BGB in den §§ 116 ff. die jeweiligen Obliegenheitsverletzungen mit dem Ausgleich der entsprechenden Rechtsnachteile. Somit bewirkt der erkannte Wille des Erklärenden bei § 116, dass die Willenserklärung nichtig ist. Dies ist zum einen zu Ungunsten des Empfängers, der eine Obliegenheitsverletzung begangen hat, weil die Willenserklärung nichtig ist, und zum anderen zu Ungunsten des Erklärenden, weil das Gewollte nicht gilt. Auch für die Quotenteilung der Rechtsnachteile und somit zu einem Mittelweg, um sowohl den Interessen des Erklärenden als auch denen des Empfängers Rechnung zu tragen, ist die Willenserklärung im § 119 gültig, aber anfechtbar. Dies ist zum einen zu Ungunsten des Erklärenden, der eine Obliegenheitsverletzung begangen hat, weil die Willenserklärung erstmals wirksam ist, und zum anderen zu Ungunsten des Empfängers, weil der Vertrauensschadensersatz auf Grund seiner Obliegenheitsverletzung entfällt.

Außerdem tritt noch hinzu, entgegen des Vorrangs des erkannten Willens, dass die ursprüngliche *falsa demonstratio* nicht nur nicht gleich dem Vorrang des übereinstimmenden Verständnisses, sondern auch nicht dem Vorrang des erkannten Willens oder dem Vorrang der Auslegung vor der Anfechtung sowie auch nicht dem Vorrang des übereinstimmenden Willens war (wie zuvor von mir bemerkt).

2.2.1.1.2.3.2.3.3.1.3.2 Fahrlässiges Einverständnis

Während der Grundsatz des Vorrangs des übereinstimmenden Verständnisses bei vorsätzlicher Falschbezeichnung – für die h. M. der Grundsatz der *Falsa Demonstratio non nocet* (Falschbezeichnung schadet nicht) – bei der Willenserklärung (§ 117 I, II) und der Einigungserklärung (§ 117 II) im Gesetz geregelt ist, wird der Grundsatz des Vorrangs des übereinstimmenden Verständnisses bei fahrlässiger Falschbezeichnung nicht geregelt. § 122 II äußert sich nur angesichts des Kennens oder Kennenmüssens des Willens des Erklärenden. Dies entspricht aber nicht dem Einverständnis des Empfängers mit dem Willen des Erklärenden. Hier liegt meiner Meinung nach eine Lücke im Gesetz vor.

Zur Lückenfüllung könnte das Scheingeschäft in der Alternative eines fahrlässigen und nicht vorsätzlichen (welches geregelt ist durch § 117) Einverständnisses gelten. Insofern wäre die Willenserklärung wirksam, in dem von beiden übereinstimmend gemeinten Sinne, weil es eine Lösung wäre, die keine der beiden Parteien benachteiligte, da sie auf das von beiden Gewollte und Verstandene abzielte.

2.2.1.1.2.3.2.3.3.2 Erklärungs-mangel

2.2.1.1.2.3.2.3.3.2.1 Formale Auslegungsregel (§ 133)

Der römische Satz: „In claris non fit interpretatio“ muss hinsichtlich der Vorschrift des § 133 hinzugezogen werden. Dass diese Eindeutigkeitsregel der Römer, die sie anfangs vertraten, im Gegensatz zu der Gegenwartigen, nicht gegen das damalige Verbot der Buchstabeninterpretation verstieß, ist zu hinterfragen.

Der Grund hierfür liegt in dem unterschiedlichen Begriff des „Verbotes der Buchstabeninterpretation“ für die Römer. Sie interpretierten ursprünglich nur bei Undeutlichkeit der Wörter, und insofern verboten sie die Interpretation bei Deutlichkeit der Wörter. Die Interpretation stand nicht für die Ermittlung des Wortsinnes, sondern des Willenssinnes. Insofern verboten die Römer die Wortauslegung³⁴⁰. Später sahen sie ein, dass auch bei eindeutiger Willenserklärung ein Irrtum möglich war. Hier taucht die quaestio voluntatis dennoch trotz jenes Satzes auf, aber nicht um den Inhalt der Erklärung durch Auslegung zu ermitteln, sondern um gegenüber dem ermittelten Inhalt der Erklärung den error (Irrtum) festzustellen³⁴¹. Somit galt der Satz „in claris non fit interpretatio“, als dass bei deutlichen Wörtern keine Willensauslegung, sondern Mangelsauslegung erfolgen sollte.

³⁴⁰ Sintenis, 1830, Bd. 3, D. 32, 25, I, S. 357 “Wenn in den Worten keine Zweideutigkeit liegt, so darf die Frage nach der Absicht nicht zugelassen werden.”

³⁴¹ Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 54.

Nach heutiger Sicht genießt das Verbot der Buchstabeninterpretation Beachtung, sowohl bei der Auslegung durch § 133 als auch bei der durch § 157³⁴². Dabei werden beide Vorschriften von der h. M. nicht nur für den Fall der undeutlichen, sondern auch der eindeutigen Willenserklärung hinzugezogen. Nach h. M. sind somit auch eindeutige Erklärungen einer Inhaltsauslegung zugänglich, d. h. eine Interpretation um nicht nur den Mangel, sondern auch den Inhalt festzustellen³⁴³.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, bei eindeutigen Willenserklärungen sei eine Auslegung unzulässig, da diese Erklärungen weder auslegungsbedürftig noch auslegungsfähig sind³⁴⁴. Dieses Letzte entspricht dem ersten Entwicklungsstadium der Römer mit dem eindrucksvollen Satz: „In claris non fit interpretatio.“

Die h. M. unterscheidet sich von der römischen Auffassung³⁴⁵, die meines Erachtens auch die Verfasser des BGB in den Motiven vertreten wollten. Beide – die h. L. und die Verfasser – gleichen sich in der Auffassung an, dass sowohl eine eindeutige als auch eine undeutliche Willenserklärung auslegungsbedürftig sein kann. Mannigfach behandelten die Verfasser jedoch den § 73 (entspricht § 133) mit dem Hintergrund einer undeutlichen Manifestation³⁴⁶. Insofern fassten sie eines der Verbote der Buchstabeninterpretation, das im § 73 zum Ausdruck kam, im Zusammenhang mit der undeutlichen Erklärung ab, was bedeuten sollte, dass die Interpretation nicht die, ohnehin unverständlichen, Wörter, sondern den Sinn erforschen musste.

Dennoch soll dieses meines Erachtens nicht verkünden, dass der Paragraph die einzige Vorschrift ist, die das Buchstabeninterpretationsverbot betrifft. Die §§ 116 ff. enthalten hingegen ein gleiches Verbot. Unterschiedlich sind der Gegenstand, also eine deutliche Willenserklärung, und die Rechtsfolge, d. h. ihre Unwirksamkeit. Demnach versteht sich ebenfalls die Interpretation als eine Obliegenheit zur Willensermittlung bei einer

³⁴² Staudinger/Singer, I, 2004, § 133 Rn. 6 „Das in § 133 ausgesprochene Verbot der Buchstabeninterpretation ist sowohl bei der empirischen als auch bei der normativen Auslegung zu beachten ...“; Soergel/Wolf, § 133 Rn. 27 „Die Eindeutigkeitsregel verstößt gegen das Verbot der Buchstabeninterpretation ...“; Münchener/Mayer-Mali/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 46; Flume, 4. A., 1992, § 16 2a.

³⁴³ BGH NJW-RR 1996, 1458; Münchener/Mayer-Mali/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 46.

³⁴⁴ Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 133 Rn. 6; BGH LM § 157 [C] Nr. 6; offengelassen in BGHZ 80, 246, 249.

³⁴⁵ erinnert an dem § 133, Sintenis, 1830, Bd. 4, D. 44, 7, 38, S. 586 (Paul) „Nicht die Gestalt der Buchstaben ist es, die uns verbindlich macht, sondern der Sinn, welchen sie ausdrücken, weil man angenommen hat, dass Dasjenige nicht minder gültig sei, was durch Schrift, als was durch artikulierte Töne der Sprache bezeichnet wird“, dieses unmittelbar nach der Frage des Sinnes des mehrdeutigen Verbs „Thun“.

³⁴⁶ Mot., 2. A., 1896, I, S. 155; Mugdan, I, 1899, S. 437, bezüglich § 73 (gleich § 133) „... gegen denjenigen auszulegen sei, dessen Pflicht es gewesen wäre, deutlicher zu reden ...“; Mot., 2. A., 1896, I, S. 190; Mugdan, I, 1899, S. 457, bezüglich einer Einleitung zu den §§ 95 ff. (gleich §§ 116 ff.) „... daß eine in ihrer Erscheinung völlig unzweideutige Erklärung ...“

mangelhaften aber deutlichen Willenserklärung. Erst wenn sich herausstellt, dass der Wille als nicht schuldhaft erkannt werden konnte, kommt, z. B. nach § 116, den Buchstaben die Wirksamkeit zu Gute. Letztgenanntes, die Wirksamkeit der Willenserklärung nach dem eindeutigen Wortlaut, ist jedoch niemals eine Interpretation. Diese und damit auch die Unwirksamkeit der Willenserklärung scheiden aus, nachdem die Unschuld der Obliegenheitsverletzung bewiesen wird.

Auch in § 119 i. V. m. § 122 ist stillschweigend eine Buchstabeninterpretation verboten. Nach dem eindeutigen Wortlaut schreiben die Paragraphen die Anfechtung vor der Auslegung vor. Allerdings ist dieses Letzte nicht unbestritten, nach der entgegengesetzten Theorie der Auslegung vor der Anfechtung. Erstmals gilt der Wortlaut der Erklärung und nachdem dieser jedoch angefochten wurde, wird eine Interpretation durchgeführt, die nicht die Bedeutung der Buchstaben, sondern den wahren Willen erkennen soll.

Verbot der Buchstabeninterpretation

Römer → undeutliche Erklärung → Willensinterpretation (Willenserklärung wirksam)
→ deutliche Erklärung → Mangelsinterpretation (Willenserklärung nichtig)
„in claris non fit interpretatio“: Keine Interpretation des Willens, sondern des Mangels

H. L. → undeutliche/deutliche Erklärung → Willensauslegung (§ 133)

Verfasser → undeutliche Erklärung → Willensauslegung (§ 133)
→ deutliche Erklärung → Mangelsauslegung (§ 116 ff.)

Der zuvor referierte § 133 sollte die Methode der Auslegung einer undeutlichen Willenserklärung besagen, d. h. das Verfahren, das geltende privatautonome Recht zu ermitteln. Hierbei handelt es sich um den im § 133 beschriebenen Grundsatz, dass die in ihrem Sinne zweifelhafte Willenserklärung nach dem ihr zugrunde liegenden wirklichen Rechtsfolgewillen ausgelegt werden muss.

2.2.1.1.2.3.2.3.3.2.2 Materiale Auslegungsregel

2.2.1.1.2.3.2.3.3.2.2.1 Vermutung (Obliegenheit)

Das Bedürfnis, das Vertrauen auf den Rechtsschein einer Willenserklärung zu schützen, erfordert eine Reihe von Vorschriften, anfangend mit §§ 116 ff. § 151 trägt auch diesem Schutzbedürfnis im Allgemeinen Rechnung. So liegt etwa bei den Fällen des „sozialtypischen Verhaltens“, §§ 186 ff., 314, 364 II, 926 I S. 2, 2066 ff., eine verkehrsmäßig typisierte oder standardisierte Willenserklärung, die den allgemeinen Regeln über die Rechtsgeschäftsgestaltung (§§ 104 ff.; §§ 116 ff.) voll unterliegen, vor. Als materiale Auslegungsregeln werden sie von den formalen unterschieden, weil sie das Resultat der Auslegung – lediglich eine widerlegbare Vermutung – darstellen³⁴⁷. Ihnen ist zu verdanken, dass der Erklärung ein Sinn beigemessen wird, obgleich der Erklärende damit einverstanden ist oder etwas anderes wollte, und in dem letzten Fall immer nur wenn dem Empfänger dieses nicht bekannt war und auch nicht sein musste.

An dieser Stelle aber prüfe ich das Ergebnis der Obliegenheitsverletzung des Empfängers, welches ergibt, dass der Willenserklärung der Sinn beigemessen wird, der dem wirklichen Willen entspricht.

2.2.1.1.2.3.2.3.3.2.2.2 Fiktion (Last)

Gesetzlich anerkannte Rechtsscheine der Willenserklärung sind auch §§ 168–173 für die Vollmacht, § 108 II Satz 2 und § 177 II Satz 2 für die Genehmigung, § 455 Satz 2 für den Kauf auf Probe, § 545 für das Mietverhältnis, die Lehre der Duldungs- und Anscheinsvollmacht und die Fälle der §§ 146 I, 516 II S. 2, 568, 625 und 362 HGB³⁴⁸. Dies sind alles Fälle, in denen ein Verhalten, vor allem das Unterlassen oder das Schweigen, kraft Gesetzes, in einzelnen Fallgestaltungen als Willenserklärung gilt. Sie werden als gesetzlich fingierte Willenserklärungen bezeichnet. Die Besonderheit bei diesen konkreten Fällen ist, dass die Willenserklärung kraft Rechtsscheins nicht durch die Anfechtung des § 119, zugunsten des Erklärenden, beseitigt werden kann, und

³⁴⁷ Münchener/Mayer-Mali/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 55; Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 100.

³⁴⁸ S. auch die Aufzählung bei Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 107, 15 und 17; Münchener/Kramer, 4. A., 2001, vor § 116 Rn. 30; Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 77 ff.

grundsätzlich die Vorschriften über die Willensmängel keine Anwendung finden. Diese sind von den Motiven als „Strafvorschriften“ und nicht bloß als Wahrscheinlichkeitsrechnungen zu beurteilen und mit dem Begriff „positive Auslegungsvorschriften“ bezeichnet, weil sie einen positiven Charakter in sich tragen, da gegen denjenigen Erklärenden, den sie betreffen, zuletzt nicht auszulegen sei³⁴⁹. Deshalb könnte man sie als Erklärungs- und nicht als Auslegungsregeln betrachten. Sie schließen Letztgenannte nach misslungenem Erfolg nämlich aus, d. h. wenn nach der Auslegung oder Hinzuziehung aller Umstände des Falles nicht der wirkliche Wille erforscht wird. Daher wird der Erklärung ein gesetzlicher Sinn beigemessen, obgleich der Erklärende etwas anderes wollte und dies vom Empfänger erkannt wurde oder er dies hätte erkennen müssen. Nach einer eventuellen Obliegenheitsverletzung des Empfängers ist folglich nicht nachzuforschen, weil es sich um eine Lastenverletzung des Erklärenden handelt.

³⁴⁹ Mugdan, I, S. 437; Mot., 2. A., 1896, I, S. 155.

2.2.1.1.3 Rechtsnachteilsausgleich des Erklärenden und des Empfängers

Bis jetzt wurde der Versuch unternommen, das Rechtsverhältnis der Äußerung des Rechtswillens zu untersuchen, um danach Obliegenheiten zu verteilen, nämlich die des Erklärenden und die des Interpreten. Weitere Rechtsfolgen waren die, die sich daraus ergeben, dass die Obliegenheiten erstmals nur von Seiten des Erklärenden, sodann von beiden Seiten jeweils schuldhaft verletzt wurden. Die Frage, die sich zunächst ergibt, ist die der letztendlichen Rechtsfolge, also die des Rechtsfolgenausgleichs. In gleicher Weise wie § 254, der die Schadenshaftung nach dem Maß der jeweiligen Verantwortlichkeit beider Seiten verteilt, ist zwischen Erklärendem und Empfänger aufzuteilen. Das Maß der Verantwortlichkeit richtet sich nach dem Gewicht der Verursachungsbeiträge i. V. m. der Prüfung des Verschuldens.

Zwischen zwei Grundentscheidungen hat der Gesetzgeber zu wählen: Die Abwägung sollte im Allgemeinen zu einer anteiligen Verteilung des Nachteiles zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger führen. Die Verantwortlichkeit eines Beteiligten kann aber so stark überwiegen, dass der Beitrag des anderen vollständig zurücktritt. Hat einer der Beteiligten Vorsatz, der andere aber nur Fahrlässigkeit zu verschulden, so ist regelmäßig der Schaden von dem zu tragen, dem Vorsatz zur Last fällt³⁵⁰.

Vor Inkrafttreten des BGB aber hatte ein anderer Grundsatz gegolten, bei dem das Mitverschulden des Geschädigten im Anspruchsbereich des Schadensersatzes zu einem vollständigen Haftungsausschluss des Schädigers führte. Die Verfasser des BGB wollten dennoch die Stellung des Geschädigten verbessern und der Gerechtigkeit entsprechen. Das führte zur Stellungnahme des § 254, auf den sich zahlreiche Einzelvorschriften beziehen (u. a. § 4 HaftpflichtG, § 6 ProdHaftG). Andere Sonderregelungen entsprechen dennoch dem Alles-oder-Nichts-Prinzip.

Zu untersuchen ist, welchem der beiden Prinzipien der Gesetzgeber, bei den oft kommentierten und nicht leicht auszulegenden Vorschriften über den Willensmangel (§ 116 ff.), folgt.

³⁵⁰ BGHZ 98, 148 (159); RGZ 76, 313 (323).

2.2.1.1.3.1 Die Generalregelung des § 254; Quotenteilungsprinzip

Als Generalregelung gilt § 254 nicht nur, weil er sich im Allgemeinen Teil befindet, sondern auch, weil er zu einer neuen Generation von Paragraphen gehört, die mit dem davor vertretenen Alles-oder-Nichts-Prinzip konfrontiert werden sollten.

Trotz dieser Bemühungen gibt es noch einige Paragraphen, die dem erhofften Ziel entgegenstehen. Dies trifft z. B. auf die §§ 320-322 zu. Bei gegenseitigen Verträgen besteht zwischen den Hauptleistungspflichten ein besonders enger Zusammenhang. Dies beruht darauf, dass die Hauptleistungspflichten in einem Austauschverhältnis stehen. Man spricht von synallagmatischer Verknüpfung. Liegen die Voraussetzungen des § 320 vor, so muss der Schuldner die Leistung nicht mehr erbringen. Die Nichtleistung ist deshalb nicht pflichtwidrig. Im Hintergrund des Leistungsverweigerungsrechts liegt ein theoretischer Streit über das Wesen des Synallagmas, der in der Zeit vor Inkrafttreten des BGB seinen Ursprung hat.

2.2.1.1.3.2 Die Sonderregelungen der Willenserklärung (§§ 116 ff.)

Der Gesetzgeber hat für einzelne Fallgruppen und angesichts des Verschuldensgrads beider Parteien ihm interessengerecht erscheinende Lösungen gesucht. Ob für die Verfasser des BGB das Alles-oder-Nichts-Prinzip oder das Quotenteilungsprinzip für die jeweiligen Mängel entscheidend war, möchte ich gerne näher betrachten.

Ich ging, weiter oben, davon aus, der Theorienstreit sei die Ursache der einzelnen Entscheidungen in den jeweiligen Paragraphen. So steht es auch in der gesamten Literatur. Dieses ist jedoch nur die halbe Wahrheit. Die Verfasser des BGB wollten nicht nur gegenüber dieser Problematik, sondern auch auf die Frage, ob zwischen beiden Obliegenheiten eine synallagmatische Verknüpfung besteht oder nicht, eine Lösung finden.

Außer der Scherzerklärung in § 118, die eindeutig willentheoretisch ist und insofern die römische Rechtsauffassung widerspiegelt, erkenne ich als Hintergrund aller anderen Entscheidungen einen Zwiespalt³⁵¹, weil der Gesetzgeber sowohl das Vertrauens- als auch das Privatautonomieinteresse vertreten wollte. Somit ist also die erste Lösung zur

³⁵¹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 191 „Der Entwurf folgt dem Willensdogma, durchbricht aber dasselbe in verschiedenen Richtungen.“

ersten Problematik getroffen worden. Der Kernpunkt liegt wie oben gesagt, in dem unterschiedlichen Ausgleich der beiderseitigen Obliegenheiten.

Wenn in § 116 Satz 2 die Willenserklärung nichtig ist, stehen die Schutzobliegenheiten im relativen Austauschverhältnis. Somit ist die widrige Mentalreservation des Erklärenden, wenn der Empfänger sie kannte und dadurch selber obliegenheitswidrig gehandelt hat, nicht sanktionsbedürftig. Dieses ist jedoch nur zum Teil wahr, weshalb ich auch oben bereits lediglich für ein relatives Austauschverhältnis plädierte. Es könnte dem Erklärenden, der beispielsweise eine seinem Willen nicht entsprechende Erklärung wissentlich abgibt, aber eine andere Rechtswirkung wollte, die Wirksamkeit dieses Willens gestattet werden, wenn man ihn vollkommen unbestraft lassen wollte. Die Vorschrift tut dies aber nicht.

Was den § 116 Satz 1 anbelangt, könnte er auch zur anteiligen Verteilung des Schadens führen, wenn man den Vorsatz des Erklärenden gegenüber der möglichen Fahrlässigkeit des Empfängers als so stark überwiegend betrachtet, dass der Schaden (Willenserklärung wirksam nach der Erklärung) nur von ihm getragen werden soll.

Hingegen enthält § 117 I eine Austauschreaktion, weil der übereinstimmende Wille zu Gunsten des Erklärenden wirkt. Die Willenserklärung hat dabei die Bedeutung, die er wollte. Dieser Paragraph ist synallagmatisch eingestellt.

In § 118 i. V. m. § 122 II hingegen treffen sich eine Pflichtverletzung des Erklärenden, die schadensersatzpflichtig ist, und eine Obliegenheitsverletzung des Empfängers, die mit dem Rechtsnachteil des Schadensersatzausschlusses behaftet ist. Der Ausgleich ist zu Gunsten des Erklärenden, weil die Willenserklärung nichtig ist und die Schadensersatzpflicht entfällt. Dies hat zur Folge, dass das Alles-oder-Nichts-Prinzip zur Anwendung kommt.

Anders geschieht es im § 119 I und II i. V. m. § 122 II. Hier wird quotengemäß sanktioniert, erstens der Erklärende in § 119 I und II mit der Wirksamkeit seiner Willenserklärung und zweitens der Empfänger in § 122 II mit dem Ausschluss seines Schadensersatzanspruchs. Identisch verhält sich § 123 I: Wer eine gestörte Willensbildung hatte, begeht eine Obliegenheitsverletzung. Dennoch kann er seine wirksame Willenserklärung anfechten, weil der Empfänger ihn getäuscht oder ihm gedroht hat, also ebenfalls eine Obliegenheitsverletzung begangen hat. Beide Paragraphen sehen kein Austauschverhältnis zwischen den Obliegenheiten. Sie plädieren für eine Quotenteilung der Sank-

tion³⁵².

Die Entscheidung für das eine oder das andere Prinzip könnte mit dem hohen oder niedrigen Verschuldensgrad zusammenhängen, so dass im Falle des Vorsatzes des Erklärenden – Synallagma und im Falle der Fahrlässigkeit des Erklärenden – Quotenteilung gewählt worden ist. Alles spricht dafür.

2.2.1.2 Einigungsmangelrecht

2.2.1.2.1 Einigungserklärung

2.2.1.2.1.1 Differenzierung zwischen Vertrag und Einigungserklärung

Im dritten Abschnitt des BGB wird genauso wenig zwischen Rechtsgeschäft und Einigungserklärung wie zwischen Rechtsgeschäft und Willenserklärung³⁵³ differenziert³⁵⁴. Die Interpretation der Einigungserklärung erfolgt nämlich gemäß § 157, der die Auslegung nach Treu und Glauben von „Verträgen“ regelt. Gleiches geschieht außerdem, wenn man dem Standpunkt des BGB folgt (Einigungserklärung als Bestandteil und Rechtsgeschäft als Tatbestand) im Hinblick auf eine mangelhafte Einigungserklärung. Insofern legiert § 154 beide Begriffe wenn er schreibt: „... alle Punkte eines Vertrages geeinigt ...“ oder § 155 „... bei einem Vertrage ... in Wirklichkeit nicht geeinigt ...“

³⁵² A. A. Mitverursachung gemäß § 254: Looschelders, 1. A., 2003, Rn. 1020; Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 36 Rn. 115; Ausschluss Schadensersatz und zwar vollständig, da § 122 II als Spezialregelung dem § 254 vorgeht und wegen Haftung auf Veranlassungsprinzip: RGZ 57, 87 (89), RGZ 81, 395 (399), BGH NJW 1969, 1380 (sagt § 122 II liegt nicht vor, aber Empfänger schuldlos mitveranlasst und dadurch § 254, aber § 254 ist doch schuldhaftes Obliegenheitsverletzung?), Enneccerus/Nipperdey; S. 1059, Soergel/Hefermehl, § 122 Rn. 6; nicht eingehend wegen Ausschluss des § 122 II weil der Irrende nicht anzufechten braucht: Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 122 Rn. 11; keine Äußerungen: Von Tuhr, 1914, § 67 S. 599.

³⁵³ Fischer, J. J., Bd. 76, 1826, S. 4 „... daß eine Willenserklärung (bzw. bei Verträgen Willenseinigung)

...“
³⁵⁴ Mayer-Mali, 1965, S. 510 „Voraussetzung dieser dogmengeschichtlich ersten Konfrontation von Vertrag und Einigung war der schuldrechtliche Typenzwang. Er verwehrte mancher Einigung den Zugang zur Klagbarkeit als Kontrakt ...“; S. 511 „Diesmal geht es uns ja ... um eine Überwindung der Vorstellung von der Selbstverständlichkeit der Konvergenz von Vertrag und Einigung.“

Die Differenzierung zwischen Einigungserklärung und Vertrag³⁵⁵ taucht sehr eindrucksvoll auf, wenn man die Ablehnung der Offerte als einen Fall der gescheiterten Einigung und sie insofern als eine negative Einigungserklärung betrachtet, die zu keinem Rechtsgeschäft führt. Nach der Rechtsgeschäftslehre, die beides – Rechtsgeschäft und Einigungserklärung – auf eines reduziert, könnte diese Ablehnung wohl kaum eine Einigungserklärung und auch keine Willenserklärung sein, weil sie kein Rechtsgeschäft erzeugt. Was soll sie sonst sein? Nur wenn man die Unterscheidung Einigungserklärung und Vertrag akzeptiert, und wenn man sie als zwei differenzierte Begriffe wahrnimmt, kann man die Ablehnung eines Angebotes als eine negative Einigungserklärung ansehen und sie somit rechtlich auffassen, weil eine Einwirkung auf die Rechtslage auch darin bestehen kann, dass eine Rechtsänderung, welche der Handelnde herbeiführen könnte, nicht eintritt. Meiner Auffassung nach gibt es Einigungserklärungen, die kein Vertrag sind.

Ich betrachte den § 157 (analog des § 133) als eine Folgerung daraus, dass im Bereich der Einigungserklärung ein beiderseitiges Einvernehmen oder sein Gegenteil – die Unstimmigkeit – als Willenselement bedürftig sind.

2.2.1.2.1.2 Zwei Elemente

Für die Bestimmung der Tatbestandselemente eines fehlerfreien Rechtsgeschäftes entscheidend war der von der 2. Kommission gestrichene § 77³⁵⁶. Danach wurde für die Schließung eines Vertrages die gegenseitig erklärte Willensübereinstimmung erforderlich. Diese zwei Elemente sind auf das fehlerhafte Rechtsgeschäft übertragbar mit dem Unterschied, dass sie nicht miteinander harmonieren.

Übertragen auf den Bereich der Einigungserklärung, bedeutet dieses für die fehlerhafte Einigungserklärung eine Konfliktsituation zwischen der Einigung und der Erklärung, für die eine Lösung geschaffen worden ist.

³⁵⁵ 1. Entwurf § 77 „Zur Schließung eines Vertrages wird erfordert, dass die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären.“

³⁵⁶ Mugdan, S. 688.

Von diesem Standpunkt aus kann niemals ein drittes Element ins Spiel hinzukommen³⁵⁷, und insofern kann ich der Auslegung nach der gerechten Einigung oder nach der Einigung vom Beobachterhorizont nicht zustimmen. Die Einigungserklärung beinhaltet eine positive oder negative Rechtsfolgenklärung und eine positive oder negative Einigung als zwei selbstständige Elemente.

2.2.1.2.1.2.1 Einigung

Zwei Einigungen sind zu berücksichtigen, je nachdem ob die Einigung der wirklichen oder der mutmaßlichen Einigung entspricht. Die Erste bedeutet der übereinstimmende Wille zweier oder mehr Parteien.

Nach der Zweiten ist wie folgt zu argumentieren: Obwohl Privatrechtssubjekte nicht an die Grundrechte gebunden sein können, wirken sie schließlich auch auf die Rechtsgeschäfte und insbesondere auf die Verträge ein. Das ist die so genannte „Drittwirkung oder mittelbare Wirkung der Grundrechte“. Dies geschieht über die Generalklauseln des BGB (§§ 138, 157, 242, 826).

2.2.1.2.1.2.2 Erklärung

Die Erklärung betrifft die Bedeutung der Wörter nach dem gemeinverständlichen Sprachgebrauch.

2.2.1.2.1.2.3 Verhältnis

Eine Geschichte der juristischen Methodenlehre, welche Methoden- und Rechtsquellenlehre vereint, behandelt bereits *Jan Schröders* Buch über „Recht als

³⁵⁷ Mot., 2. A., 1896, I, S. 155; Mugdan, I, 1899, S. 438 „Bedenklich ist nicht minder ... daß, wenn die Worte eines Vertrages deutlich sind, der Sinn anzunehmen sei welche sie geben, ausgenommen, wenn bewiesen werden kann, daß alle bei dem Vertrage Beteiligten damit einen anderen Sinn verbunden haben.“

Wissenschaft“. Schon *Justinian* wies darauf hin, als er das Prinzipium des ersten Fragmentes des ersten Buches der *Digesten* so begann: „Wer das Recht studieren will, muss zunächst wissen, woher das Wort Recht, *ius*, stammt. Das Recht ist aber nach der Gerechtigkeit, *iustitia*, benannt.“ Wie *Celsus* treffend definierte, ist das Recht die: „Kunst des Guten und Gerechten“. Im Anschluss daran beschreibt er im 3. Buch das Verfahren der Interpretation und ordnet somit eine Methodologielehre. Damit ist gemeint, dass die Methode der Rechtswissenschaft (die Verfahrensweise, das geltende Recht zu ermitteln) mit dem Gegenstand des Rechts (der Rechtsbegriff und die jeweiligen Rechtsquellen) zusammenhängt.

Gleiches möchte ich im Hinblick auf folgende privatrechtliche Methodentheorien erreichen. Dieses Ineinandergreifen von Rechtsquellen- und Methodenlehre wird folgend sichtbar: Auf der Erheblichkeit des Willens bzw. der Einigung beruhte das ganze Rechtsgeschäftssystem der Römer; sie waren also annähernd Willenstheoretiker. Als Gegenstück präsentierte sich danach die Beobachterhorizontsauslegung, mit der Maßgeblichkeit dieser heterogenen Vorstellung. Das BGB soll letztlich meines Erachtens beide Perspektiven mit den entsprechenden Paragraphen (besonders §§ 154, 155) nachvollziehen können.

2.2.1.2.1.2.3.1 Einheit (Konsens)

Nach *von Tuhrs* Auffassung herrscht Konsens nur im Falle einer äußeren Übereinstimmung, d. h. wenn das Angebot und die Annahme inhaltlich Deckung finden³⁵⁸. Eine andere Richtung enthält der Konsens für diejenigen, die dieses mit der Übereinstimmung der wirklichen Einigung und der normativen Empfängerhorizontsauslegung verwechseln. Zuletzt aber betrachten *Larenz/Wolf* den Konsens in zweifacher Weise: den inneren oder wirklichen und den äußeren oder nach der Beobachterhorizontsauslegung veranlassten Konsens³⁵⁹.

Die römischen *Digesten* betrachteten den *consensus* hingegen für den Fall der Einigung der Parteien (positive Einigung), die die Gültigkeit des Kontraktes (positive Erklä-

³⁵⁸ Von Tuhr, 1914, S. 481.

³⁵⁹ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, S. 568, § 29, Rn. 71 ff.

rung) bewirkte³⁶⁰. Diese Auffassung entspricht dem willenschützenden Gedanken der Römer.

Meiner Meinung nach sollte der heutige BGB-Konsens in der Übereinstimmung der wirklichen und der geäußerten Einigung, sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht liegen, d. h. dass sowohl bei einer Einigung als auch bei Uneinigkeit der Parteien dieses fehlerfrei ausgedrückt wurde und demnach eine fehlerfreie Einigungserklärung vorliegt. Ist diese negativ, so bleibt es bei der Einigungserklärung. Dagegen verursacht eine positive, fehlerfreie Einigungserklärung zusätzlich ein fehlerfreies Rechtsgeschäft.

³⁶⁰ Sintenis, 1830, Bd. 2, D. 18, 1, 9, S. 343 „Beim Kaufe und Verkaufe muss bekanntlich Übereinstimmung herrschen ...“

2.2.1.2.1.2.3.2 Keine Einheit (Dissens)

Aus dem weit verbreiteten Grundsätzen der Empfängerhorizontauslegung und des Vorrangs der Auslegung vor der Anfechtung ergibt sich eine fehlerhafte Einigungserklärung, bzw. ein Einigungsmangel oder Dissens, sowohl wenn eine innerliche Unstimmigkeit herrscht³⁶¹ als auch wenn das Ergebnis der Auslegung nach dem Blickwinkel beider Parteien, aus der Sicht eines neutralen Beobachters (ich nenne sie Beobachterhorizontauslegung), und die negative Einigung nicht übereinstimmen³⁶². Den gleichen Grundsatz, aber mit leicht veränderter Meinung, vertreten diejenigen den Dissens für den Fall, dass weder eine wirkliche innerliche noch eine gerechte normative (Beobachterhorizontauslegung) Übereinstimmung hervorsteht³⁶³.

Insofern könnte der Grundsatz auch „Vorrang der Auslegung vor dem Einigungsmangel“ heißen. Problematisch erscheint mir dieser als der Grundsatz, der sodann die §§ 154 und 155 verwirft. Denn wenn bereits eine Beobachterhorizontauslegung vorliegen muss, um einen Einigungsmangel festzustellen, dann scheidet die zweite Auslegung der Paragraphen wegen Unnötigkeit aus. Zuletzt bezieht *von Tuhr* den Dissensfall nur auf die Erklärung, denn seinen Gedanken nach kommt es weder beim Dissens noch beim Konsens auf den inneren Willen an³⁶⁴.

Meiner Ansicht nach sollte eine fehlerhafte Einigungserklärung im Sinne des BGB geschehen, wenn die positive oder negative Einigung (sowohl kein Rechtsbindungswil-

³⁶¹ I. V. m. offenem Dissens (§ 154): Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 154 Rn. 3 „Offener Dissens liegt vor, wenn sich beide Parteien bewußt sind, daß sie sich noch nicht über alle Vertragspunkte einig geworden sind ...“; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 154 Rn. 1, S. 161 „Haben sich die Parteien über den Inhalt des Vertrages noch nicht vollständig geeinigt ...“; Erman/Hefermehl, 11. A., 2004, § 154 Rn. 2, S. 462.

³⁶² I. V. m. offenem Dissens (§ 154): Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 154 Rn. 6 „Die Annahme, daß bei offenem Dissens kein Vertrag geschlossen sei, gilt danach „im Zweifel“ ... Ansonsten aber ist Vertragsperfektion trotz offenen Dissenses möglich.“; Erman/Hefermehl, 11. A., 2004, § 154 Rn. 6, S. 462 „In einem solchen Fall ist ... auch ohne Einigung ... ein Vertrag zustande gekommen.“

³⁶³ I. V. m. offenem (§ 154) und verstecktem (§ 155) Dissens: Manigk, J. J., Bd. 75, 1925, S. 160 und 166 „... der Tatbestand des Dissenses in zwei verschiedene Voraussetzung wurzelt: 1. Die Vertragserklärungen der beiden Parteien haben verschiedenen Inhalt, 2. es fehlt die innere Willensübereinstimmung. – Die erste Voraussetzung beruht auf dem Wesen der Willenserklärung und dessen Auslegung ...“; Lorenz/Wolf, 9. A., 2004, § 29, Rn. 74, S. 569 „In Falle eines Dissenses liegt weder ein innerer Konsens des beiderseitigen Willens noch ein äußerer Konsens der Erklärungen vor“, § 33, Rn. 8, S. 620; Bamberger/Roth, 2003, § 154 Rn. 7; h. M für nur i. V. m. verstecktem Dissens (§ 155): Enneccerus/Nipperdey, § 163, S. 1003 „Der Inhalt jeder Erklärung ist daher zuerst durch Auslegung zu ermitteln“; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 119 Rn. 8, S. 89; § 155 Rn. 2 und 3, S. 159 und 160 „Stimmt der innere Wille der Parteien überein, besteht kein Dissens, auch wenn der objektive Inhalt der Erklärung voneinander abweicht ...“; Erman/Hefermehl, 11. A., 2004, § 155 Rn. 2, S. 464 „Die Annahme eines Dissenses setzt voraus, daß sich die beiderseitigen Erklärungen ihrem Inhalt nach objektiv nicht decken.“

³⁶⁴ Von Tuhr, 1914, S. 481; Oertmann, 3./4. A., 1910, § 119, S. 407 „... beim Dissens stimmen die Erklärungen nicht einmal als solche überein, der Mangel ist objektiv.“

len oder einen anderer Geschäftswille) und die deutliche, positive oder negative (Einigungsmangel), oder undeutliche (Erklärungsmangel) Erklärung differieren, so einfach ist das. Dennoch, auf diesen ähnlichen Gedanken kamen schon frühzeitig andere Juristen: die römisch klassischen *Digesten*.

Tatsächlich gingen sie mit den Bezeichnungen „consensum“ und „dissentient“ der Auffassung nach, dass bei einem eindeutigen Kontrakt (positive Erklärung), in dem sich dennoch die Parteien in Wirklichkeit uneinig waren (negative Einigung: kein Rechtsbindungswillen oder ein anderer Geschäftswille), dieser Vertrag nichtig war³⁶⁵. Dieses dissentient drückte somit schon damals den aktuellen im BGB (§ 155) enthaltenden Fall des Einigungsmangels aus. Unterschiedlich ist nur die jetzige Rechtsfolge, die nicht nur die Unwirksamkeit sondern auch die Wirksamkeit des Vertrages berücksichtigt. Consensum hingegen herrschte in einem äußerlichen Kontrakt bei der entsprechenden innerlichen Übereinstimmung der Beteiligten. Auf die Erheblichkeit des Willens bzw. der Einigung beruhte nun ihr ganzes Rechtsgeschäftssystem³⁶⁶.

Als Ergebnis möchte ich gerne hervorheben sowohl die Entwicklungszüge, die meines Erachtens die juristische Interpretationslehre im privatrechtlichen Bereich gezeigt hat, als auch die Berührung beider Lehren, d. h. die der Rechtsquellen und die der Methode, die sogar vorletztes Jahrhundert mit der Beobachterhorizontsauslegung bis hin zur Verwechslung der Erklärendenvorstellung mit der Empfängervorstellung geführt hat. Diese Darstellung beansprucht prinzipiell das Begreifen der Harmonisierung der grundlegenden Veränderungen der Rechtsquellenlehre mit den Neuorientierungen der Methodenlehre im Laufe der Geschichte.

³⁶⁵ Sintenis, 1830, Bd. 2, D. 18, 1, 9, S. 343 „Beim Kaufe und Verkaufe muss bekanntlich Übereinstimmung herrschen ... Wenn sie uneinig sind, so ist der Kauf nicht vollendet“; Bd. 4, D. 44, 7 57, S 591 „Bei der Kontrahierung eines jeden Rechtsgeschäfts gilt die Regel, dass sie mögen guten Glaubens sein oder nicht, wenn ein Irrtum ins Spiel kommt, sodass ... die ganze Verhandlung ungültig ist ... verschiedene Ansicht sind, die Gesellschaft ungültig ist, in dem sie auf Übereinstimmung beruht.“

³⁶⁶ Mayer-Mali, 1965, S. 510 „Die Einigung als Basis aller Kontrakte ...“; S. 511 „Mögen schon die Klassiker, mögen schon Justinians Juristen die Abhängigkeit des contractus von der conventio betont haben ... Das Vertrag und Einigung auseinanderfallen können, wird derart immer seltener ins Auge gefasst.“

2.2.1.2.1.3 Erklärung als Zurechnungselement

Die Grundlagen für die Zurechnung mangelhafter Einigungserklärung sind folgend aufgeführte:

2.2.1.2.1.3.1 Gemeinsame Vertragsfreiheit

Es ist weniger auf die Gestaltungsfreiheit im rechtlichen Bereich zu achten, als auf den Begriff der Gemeinsamkeit. Andere verwandte Begriffe hätten auf den ersten Blick auch Verwendung haben können, dem ist aber nicht so. Zu erwähnen sind solche wie Gegenseitigkeit, Wechselseitigkeit, Beiderseitigkeit. Trotzdem ist von einer „Gemeinsamkeit“ im Bereich der Einigungserklärung zu sprechen, denn Einigung ist gleich Übereinstimmung und dieses bedeutet nach dem Wortlaut eine Gemeinsamkeit.

Insofern ist folgend von einem fiktiven gemeinsamen (aller Parteien) Erklärenden und von einem fiktiven gemeinsamen (aller Parteien) Empfänger die Rede, weil nur so ein rechtlicher Mechanismus der Verständigung (Methodenlehre)³⁶⁷ im Einigungserklärungszweig konstruiert werden kann. Dem gemeinschaftlichen Erklärenden steht somit ein gemeinschaftlicher Empfänger gegenüber. Und in dieser Korrelation findet ein Obliegenheitsaustausch des besseren Verständnisses wegen statt. Behandelt wird schließlich die Einigungserklärung, in der die Integration zweier oder mehr Willen unternommen wird, welches einen gemeinsamen oder vereinten Erklärenden benötigt. Gleichartiges wird dem Empfänger bei der Erklärungsinterpretation geschehen.

2.2.1.2.1.3.2 Gemeinsame Vertragsschranke

Dazu vergleiche 1.1.3 a).

³⁶⁷ Münchener/Mayer-Mali/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 3 „Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften.“

2.2.1.2.1.3.3 Gemeinsamer Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung

2.2.1.2.1.3.3.1 Verschiedene Abschlussformen³⁶⁸

2.2.1.2.1.3.3.1.1 Vertrag durch Angebot und Annahme (Fiktion)

Die §§ 145-153 behandeln, schon nach deren Wortlaut, Fragen der Antrag-Annahme-Technik. Den Abschluss des Vertrages von der wirklichen Einigung abhängig zu machen, wird in dieser Technik besonders streng³⁶⁹ berücksichtigt. Außerhalb der Erklärungen können keine „Regelungswünsche“³⁷⁰ angemeldet werden. Insofern müssen sie sich vollständig abdecken, um eine Einigungserklärung zu erreichen. Ist dieses geschehen, kann man von einer normierten Abdeckung als Einigungserklärungsfiktion ausgehen. Die Einigungserklärung ist gültig; eine Auslegung scheidet aus, weil die Rechtsfolgen der Antrag-Annahme-Übereinstimmung gesetzlich festgelegt sind.

Dieses Letzte charakterisiert eine Last; die Zuteilung von Risiken und Nachteilen, die im Gegensatz zu den Obliegenheiten auch ohne ein Verschulden gegen sich selbst eintreten³⁷¹.

2.2.1.2.1.3.3.1.2 Vertrag durch Verhandlung (Vermutung)

Dieses widerspricht zwar ganz der h. M., die in den §§ 154, 155 und 157 eine Regelung des Vertragsabschlusses im Wege von Antrag und Annahme sieht, aber meiner Meinung nach kommt den §§ 154, 155 und 157 eine Bedeutung für die spezifischen Probleme der Technik gemeinsamer Zustimmung zu³⁷².

Alle drei Paragraphen drücken die Rechtsgebote, die wirkliche Einigung richtig auszudrücken und richtig zu interpretieren, aus; jeweils in eigenem Interesse des gemein-

³⁶⁸ Leenen, 1988, S. 404 ff.; S. 417 „Jeder Abschlusstechnik ist ein Teil der §§ 145-155 als gesetzliche Regelung zugeordnet. Die §§ 145-153 betreffen ausschließlich den Vertragsschluß im Wege von Antrag und Annahme, die §§ 154 und 155 regeln den Vertragsschluß im Wege gemeinsamer Zustimmung zu einem Vertragstext.“

³⁶⁹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 166; Mugdan, I, 1899, S. 443 „Der Verkehr erfordert eine glatte und rasche Abwicklung der Geschäfte ...“

³⁷⁰ Leenen, 1988, S. 407.

³⁷¹ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 13 Rn. 39, S. 235.

³⁷² Leenen, 1988, S. 404 „a) Die ausschließliche Geltung der §§ 154 und 155 für die Abschlusstechnik gemeinsamer Zustimmung“.

samen Erklärenden und des gemeinsamen Empfängers. Dieses sind Obliegenheiten, die im Fall einer Verletzung schuldhaft benachteiligt werden. Zusätzlich ordnet der § 154 eine Vermutung für die undeutliche Einigungserklärung bei einer zweifelhaften Auslegung.

2.2.1.2.1.3.3.2 Unterschiedliche Obliegenheitsverletzungen

2.2.1.2.1.3.3.2.1 Einigungsmangel

Dieser liegt vor, wenn ein Dissens eintritt, indem die Erklärung zwar eindeutig einen Sinn manifestiert, dieser jedoch widersprüchlich mit der wirklichen, positiven oder negativen Einigung ist.

2.2.1.2.1.3.3.2.2 Erklärungsmangel

Entsteht mit dem Dissens zwischen einer undeutlichen Einigungserklärung und einer positiven oder negativen Einigung.

2.2.1.2.1.3.3.3 Unterschiedlicher Verschuldensgrad

Wie jede Obliegenheitsverletzung ist diese auch zu verschulden. Keine Eigentümlichkeiten als die des Verschuldensprinzips, sind deshalb zu besprechen. Dennoch, die Gemeinsamkeit des Verschuldensgrads bedingt, den Blickwinkel zweier Personen bei der Zurechnung des Rechtsnachteils zu beachten.

2.2.1.2.1.3.3.4 Unterschiedlicher Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung

Wird die Obliegenheit nicht beachtet, so müssen die Parteien, in ihrer Stellung als gemeinschaftliche Erklärende zwar bestimmte rechtliche Nachteile hinnehmen, sie handeln aber nicht rechtswidrig und sind daher nicht schadensersatzpflichtig. Ich betrachte erstmals nur die §§ 150 ff. in den Fällen, in denen keine Mitverantwortlichkeit der Empfänger besteht. Somit trifft die Obliegenheitsverletzung nur den Erklärenden.

2.2.1.2.1.3.3.4.1 Erklärungs-mangel

2.2.1.2.1.3.3.4.1.1 Formale Auslegungsregel (§ 157)

Hierbei handelt es sich um den im § 157 vorhandenen Grundsatz, dass die, in ihrem Sinn zweifelhafte, Einigungserklärung nach der ihr zugrunde liegenden wirklichen Rechtsfolgeeinigung ausgelegt werden muss. Was § 157 aber nicht verhindert, ist eine Unwirksamkeit der Einigungserklärung als Rechtsnachteil einer Obliegenheitsverletzung des gemeinsamen Erklärenden³⁷³. In dem gleichen Sinne lösten die römischen Rechtsquellen ein identisches Problem. Dieses wird bei der Berücksichtigung des § 157 im Bereich der Erklärungsinterpretation näher erläutert.

2.2.1.2.1.3.3.4.1.2 Materiale Auslegungsregel

2.2.1.2.1.3.3.4.1.2.1 Vermutung (§ 154)

§ 154 enthält die aktuelle Fassung des antiken offenen Dissenses. Die h. M. deutet mit dem Ausdruck „offen“ auf den subjektiven Zustand der Parteien, denen der Mangel der Einigung bewusst ist³⁷⁴.

³⁷³ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 100, 101, S. 538.

³⁷⁴ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 29 Rn. 80 ff., S. 571; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 154 Rn. 2; Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, § 154, S. 520 „...also nur den Fall der den Parteien bewussten Unvollständigkeit der Einigung, des sog. offenen Dissenses...“; § 155, S. 521 „...uneinig geblieben sind ohne sich dessen bewusst geworden zu sein.“; Oertmann, 3./4. A., 1910, § 154 „...die Fälle einer bewusst unvollkommenen Einigung...“

Nach den Motiven zu dem Entwurf ist aber vielmehr Bezug genommen worden auf eine, sich nicht in allen Punkten mit der Verhandlung deckende, Unverbindlichkeit³⁷⁵. Demzufolge, wenn kein erklärtes Einverständnis über die Bestimmungen eines Rechtsgeschäftes erzielt worden war, galt der Vertrag im Zweifel als nicht geschlossen. Dieses erinnert an den Fall der Bedeutungsvermutung bei Erklärungsmangel im Bereich der Willenserklärung. Danach hatte eine undeutliche Erklärung im Zweifel eine normative Inhaltsbestimmung³⁷⁶, um somit der Unwirksamkeit einer unverständlichen Willenserklärung zu entkommen.

Es ist wohl auf die Psyche der Parteien in den Motiven Rücksicht genommen worden, diese Berücksichtigung entsteht meiner Meinung nach aber immer im Dienste der Begründung oder Aufklärung eines Erklärungsmangels³⁷⁷. Insofern ist eine nicht erfolgte innerliche Einigung bei sich nicht deckenden Erklärungen eher erkennbar als bei einem Einigungsmangel, in dem die Erklärungen übereinstimmen.

Dieses begründet meine Einstellung, den in diesem Paragraphen enthaltenen, offenen Dissens als Erklärungsmangel zu betrachten. Insofern resultiert aus der alleinigen Obliegenheitsverletzung des gemeinsamen Vertragserklärenden (denn bei „im Zweifel“ hat der gemeinsame Vertragsempfänger keine Obliegenheitsverletzung begangen), der sich undeutlich manifestiert hat, kein Rechtsgeschäft. Konsequenz des § 154 ist die Vermutung, die die Bedeutung dieser Einigungserklärung im Zweifel als eine negative Einigung beurteilt: eine mutmaßliche negative Einigung.

³⁷⁵ Mot., 2. A., 1896, I, S. 162; Mugdan, I, 1899, S. 441 „...der Vertrag nicht eher geschlossen ist, als bis ein gegenseitig erklärtes Einverständnis über diese Bestimmungen erzielt ist“; Mot., 2. A., 1896, I, S. 202; Mugdan, I, 1899, S. 464 „...die beiderseitigen Erklärungen aber infolge eines Mißverständnisses sich nicht decken, ohne daß die Vertragsschließenden sich dessen bewusst geworden sind ...“

³⁷⁶ Mot., 2. A., 1896, I, S. 155; Mugdan, I, 1899, S. 437 „Einzelne der in den Gesetzen sich befindenden Auslegungsregeln tragen einen positiven Charakter.“

³⁷⁷ Mot., 2. A., 1896, I, S. 202; Mugdan, I, 1899, S. 464 „...ohne daß die Vertragsschließenden sich dessen bewusst geworden sind ... daß die Parteien den Vertrag als geschlossen angesehen haben ...“

2.2.1.2.1.3.3.4.1.2.2 Fiktion: Lastenverletzung durch Angebot und Annahme (§§ 150 II und 151)

Das bei einer mit Bedingungen oder Einschränkungen versehenen Annahme der Vertrag nicht zu Stande kommt, ist eine fortbleibende, lang anhaltende Bestimmung im Entwurfsprozess des aktuellen § 150 II.

Der 1. Entwurf betrachtete in § 88 die dem Vertrage (der Regel nach) nicht gleichzeitig zusammenschließenden Willenserklärungen: Der Antrag sollte voran gehen, die Annahme folgte nach³⁷⁸. Dadurch entstand der Vertrag durch Angebot und Annahme. Im Gegensatz hierzu würde die rechtliche Bedeutung, der die Vertragsschließung bezweckten Verhandlungen³⁷⁹, durch andere Bestimmungen herbeigeführt. Unter den letzten galt z. B. § 78 (aktueller § 154). Dieses brachte mit sich den Vertrag durch Verhandlung³⁸⁰.

Dass eine Verzögerung der Annahme, sowohl durch eine verspätete als auch durch eine unvollständige Annahme, den Antragenden schädigte, war oft im Entwurfsgespräch mitberücksichtigt³⁸¹. Dieses hervorzuheben war die Aufgabe des gesamten § 88. Durch die Bildung einer Fiktion eines neuen Antrages für die verspäteten, bedingten oder einschränkenden Annahmen gründete der Paragraph gleichzeitig eine schuldlose Last für den Annehmenden, seine Annahme ordnungsgemäß zu formulieren. Diese gleiche Aussage wird durch den gegenwärtigen § 150 II wiederholt.

Andererseits deutete der antike im 1. Entwurf vorgeschlagene § 86³⁸² auf etwas anderes als der heutige § 151 hin. Er beschränkte sich auf die Art der stillschweigende (undeutliche) Willenserklärung unter Abwesenden, die ausnahmsweise zulässig war. A sensu contrario war der Regelfall die Unzulässigkeit einer stillschweigenden Willenserklärung, was der Konsequenz der Lastenverletzung entsprach – die Annahme eines An-

³⁷⁸ Mot., 2. A., 1896, I, S. 164; Mugdan, I, 1899, S. 443 „Die in einem Vertrage sich zusammenschließenden Willenserklärungen erfolgen der Regel nach nicht gleichzeitig. Die eine, der Antrag, geht voran, die andere, die Annahme, folgt nach.“

³⁷⁹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 162; Mugdan, I, 1899, S. 442 „... wenn er auf die Anträge des Gegners nicht eingeht, sondern über einzelne Punkte Verhandlungen anknüpft ...“; Mot., 2. A., 1896, I, S. 163; Mugdan, I, 1899, S. 442 „Etwas anderes kann auch nicht gelten, wenn eine Punktation in dem Sinne vorliegt, daß eine Aufzeichnung des in den nach dem Gesetze wesentlichen Bestandtheilen vereinbarten in anderen Theilen aber noch unfertigen Vertrages stattgefunden hat.“

³⁸⁰ Leenen, 1988, S. 404.

³⁸¹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 166; Mugdan, I, 1899, S. 443 „Der Verkehr erfordert eine glatte und rasche Abwicklung der Geschäfte ... auf den Verkehr lähmend einwirkt“; Mot., 2. A., 1896, I, S. 169; Mugdan, I, 1899, S. 445 „... bei ordnungsmäßiger rechtzeitiger rechtzeitiger Absendung der Antwort ... eine alsbaldige Entschliebung auf seinen Antrag.“

gebotes nicht ausdrücklich zu äußern³⁸³. Eine Lastenverletzung und nicht eine Obliegenheitsverletzung war vorhanden und dieses war ersichtlich in der nicht nur schuldsondern auch auslegungsunabhängigen Bedeutungsfolge: die Unwirksamkeit wegen Undeutlichkeit der Willenserklärung. Die Verfasser betrachteten den Vertrag durch Angebot und Annahme als eine Art des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes, die erhöhte Schutzanforderungen im Hinblick auf das Verständnis der Erklärung beanspruchte.

Bezüglich des Ausnahmefalls in der die stillschweigende Annahme gestattet war, wurden zwei Arten berücksichtigt. Fälle erster Art erfolgten durch die Ausführung einer Bestellung. Zulässig war auch zweitens die Inanspruchnahme einer nicht bestellten, aber zugesandten Leistung³⁸⁴. Außerdem erlaubte er in beiden Sachverhalten die Annahme ohne Zugang.

Der 2. Entwurf änderte den antiken § 86 in der Gestalt des neuen § 124³⁸⁵, der von einer stillschweigende Annahme nicht sprach. Erwähnt wurde nur die einfache Annahme, welches sowohl die stillschweigende als auch die ausdrückliche andeutete. Die Befreiung des Erfordernisses des Zugangs wurde aber beibehalten. Abgeschafft wurden auch die zwei in den § 86 genannten Fälle der Ausführung und der Inanspruchnahme.

Der aktuelle § 151 weist keine nennenswerten Unterschiede im Vergleich zum § 124 auf. Umstritten ist die Rechtsnatur der Annahme i. S. d. § 151 wegen der Titulierung „Annahme ohne Erklärung...“; gibt es somit eine Willenserklärung ohne Erklärungshandlung?

Die h. M. ist der Auffassung, es handele sich um eine echte, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung³⁸⁶. Die Gegenansicht nimmt an, es handele sich um eine Willensbetätigung, auf die jedoch die Regeln der Willenserklärung anzuwenden seien³⁸⁷. Entscheidend ist die Frage, ob das Rechtsgeschäft nur aus Willenserklärungen oder auch aus Willensbetätigungen besteht³⁸⁸.

Beide Auffassungen gleichen sich an in der Beurteilung des Paragraphen, d. h. ihn als

³⁸² Mugdan, I, 1899, LXXX, I § 86.

³⁸³ Mot., 2. A., 1896, I, S. 172; Mugdan, I, 1899, S. 447 „... Die stillschweigende Annahme eines Antrages ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn der Antragende ausdrückliche Annahme gefordert hat. Ihre Zulässigkeit ist aber der Regel nach aber auch für die Fälle zu verneinen, in welchen er ein derartiges Verlangen nicht besonders gestellt hat ...“

³⁸⁴ Mot., 2. A., 1896, I, S. 172; Mugdan, I, 1899, S. 447.

³⁸⁵ Mugdan, I, 1899, LXXX, II § 124.

³⁸⁶ Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 151 Rn. 1; Staudinger/Bork, I, 2004, § 151 Rn. 14; Brehmer, 1992 JuS 1994, 386, 387.

³⁸⁷ BGH, Urt. V. 14.10.2003–XI ZR 101/02; BGH NJW 2000, 276, 277.

³⁸⁸ Brox, 29. A., 2005, § 8 Rn. 193, 194, für keine Unterscheidung zwischen Willenserklärung und Willensbetätigung; Unterscheidung aber Rechtsgeschäft durch Willensbetätigung Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 24 Rn. 23.

Annahme mit Entbehrlichkeit des Zugangs, zu interpretieren. Eine Annahme ohne Erklärung ist eine, die keinen Zugang benötigt, ohne Kundgabezweck also. Es sollte dann heißen, Annahme ohne Zugang, und nicht ohne Erklärung. Sie differieren darin, dass für die h. M. das Rechtsgeschäft nicht durch sonstiges Verhalten entsteht, wofür die Vertreter des sozialtypischen Verhaltens plädieren, sondern durch ein nicht empfangsbedürftiges Erklärungsverhalten, also alleiniger Tatbestand die Willenserklärung sein kann³⁸⁹. Diese Meinung begreift die Willenserklärung als einzigen Tatbestand des Rechtsgeschäftes; z. B. das Bereitstellen der Leistung als konkludente Vertragsannahme oder die Inanspruchnahme der Leistung als konkludente Annahme des Angebots³⁹⁰. Was aber als Erklärungstatbestand der Willenserklärung verstanden wird, ist eine Willensbetätigung, unterscheidet sich also nicht von der anderen Meinung.

Eine andere Auffassung behauptet: Der Paragraph sollte heißen „Annahme durch Schweigen“ oder „ohne Tätigkeit“, nicht „ohne Erklärung“. Die Willenserklärung ist eine konkludente Erklärung, die in Ausnahmefällen durch Untätigkeit gestaltet werden kann. Das Schweigen kann im Einzelfall den Schluss auf einen bestimmten Geschäftswillen zulassen oder als Willenserklärung zu werten sein³⁹¹. Sie betrachten das Geschehen als Zustandekommen des Vertrages durch Schweigen. Im Falle des § 151 ist kraft Vereinbarung oder kraft Verkehrssitte, weil eine Obliegenheit zur Gegenerklärung angemessen ist, die Bedeutung des Schweigens als Willenserklärung aufzufassen. Zum Beispiel enthält das freibleibende Angebot regelmäßig nur eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten. Erfolgt daraufhin ein Angebot, ist der frei Anbietende verpflichtet, sich über das, in der Antwort auf seine Erklärung liegende, Angebot unverzüglich zu äußern. Gibt er keine Erklärung ab, wird in seinem Schweigen die Annahme des Angebots gesehen³⁹². Eine entsprechende Verkehrssitte besteht – nach dem Vorbild des § 516 II – im Allgemeinen bei unentgeltlichen Zuwendungen und bei für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäften³⁹³. Zum Beispiel die Annahme eines selbständigen Garantieversprechens, eines Schuldbeitritts, einer Bürgschaft oder eines Angebots zur Abtretung einer Forderung kommen hier in Frage.

Meines Erachtens ist sich nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift zu richten,

³⁸⁹ BGHZ 173/99.

³⁹⁰ BGHZ 95, 393, 399; Brox, 29. A., 2005, Rn. 194; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, Einf. zu § 145 Rn. 27.

³⁹¹ Von Tuhr, 1914, S. 420 „... so kann z. B. aus einem Schweigen auf eine Offerte nach § 151 die Annahme der Offerte gefolgert werden.“

³⁹² Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 145 Rn. 4; Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 145 Rn. 7.

³⁹³ BGH NJW 1999, 1329; 2000, 276, 277.

nicht nach seiner Überschrift. Die Annahme also ist unentbehrlich und diese ist eine Willenserklärung, die sowohl in einer Erklärung als auch in einer Betätigung vorkommen kann. Berücksichtigt sind somit sowohl die ausdrückliche als auch die stillschweigende Willenserklärung. Der Zugang der Annahme ist verzichtbar, wenn der Antragende denselben nicht erwartet oder nach der Verkehrssitte, nicht mit dem Zugang der Annahme zu rechnen ist. Dieses Letzte kann sich aber, in Anbetracht des § 241a., nur auf den alleinigen Fall der Ausführung einer Bestellung beschränken, und die Inanspruchnahme der unbestellten Leistung nicht einbeziehen. Dieser Sachverhalt ist durch den § 241a. schon gedeckt. Die Begründung ist wie folgt: Die Zusendung unbestellter Waren könnte als Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags und zur Übereignung angesehen werden. Dieses Angebot würde durch Ingebrauchnahme oder sonstige Aneignungshandlungen angenommen sein. Nunmehr stellt § 241a. I klar, dass durch die Lieferung durch einen Unternehmer an einen Verbraucher keine Ansprüche begründet werden, weil die Lieferung kein Angebot ist. Dies bedeutet, dass auch Aneignungshandlungen nicht als Annahme i. S. d. § 151 gewertet werden können³⁹⁴.

Andererseits ist das Versenden von bestellter Ware bei einem Versandgeschäft gleich der Annahme eines Kaufvertrages. Der Inhaber des Versandgeschäfts, der die Ware zum Versand bringt, betätigt damit seinen Annahmewillen³⁹⁵. Ebenso ist die Reservierung des Zimmers vom Hotelier eine Annahme des Beherbergungsvertrags, weil der Anbieter nicht erwartet, von dem Angebot ausdrücklich unterrichtet zu werden oder das ihm die Annahme mitgeteilt wird.

³⁹⁴ Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 241a Rn. 3; Schwarz NJW 2001, 1449; Lorenz JuS 2000, 833, 841.

³⁹⁵ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 151 Rn. 50, 54.

2.2.1.2.1.3.3.4.2 Einigungsmangel § 155

Von dem in § 154 geregelten offenen Dissenses unterscheidet die h. M. den verdeckten Dissenses, der im § 155 so geregelt ist, dass in dem die Parteien ihrer mangelnden Einigung nicht bewusst sind. Entscheidend ist also der Grad des Verschuldens, Absicht in § 154 und Fahrlässigkeit in § 155.³⁹⁶

Ich bin der Meinung, dass diese Vorschriften sich mit dem Auseinandergehen von Willen und Erklärung befassen, dem Erklärungs- (§ 154) und Einigungsmangel (§ 155)³⁹⁷.

Die Vorschrift des § 155 enthielt ursprünglich, in der Gestalt des § 100 des 1. Entwurfes, sowohl den Fall eines Einigungs- als auch den Fall eines Erklärungsmangels³⁹⁸. Der 2. Entwurf dagegen beschränkte den Paragraphen auf den alleinigen Fall des „verdeckten Dissenses“³⁹⁹ respektive den „Mangel völliger Übereinstimmung“.

Meiner Meinung nach besagt der Ausdruck „völliger“, dass sich der damals neue § 117 auf den Einigungsmangel begrenzte. Die Forderung den Paragraphen in „systematischer Hinsicht“ hinter der alten Vorschrift zu platzieren, die den Erklärungsmangel behandelt hatte (§ 78) und die von den Verfassern als „offenen Dissenses“ gekennzeichnet wird⁴⁰⁰, veranschaulicht meine Unterstellung. Ihm blieb im Grunde nur der Fall der Einigungserklärung übrig. Außerdem rechtfertigte sich diese leichte (§ 100), im Gegensatz zu der strengen, Behandlung der Fälle (§ 78) in dem Bedürfnis des Verkeh-

³⁹⁶ Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 29 Rn. 80 ff., S. 571; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 154 Rn. 2; Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, § 154, S. 520 „... also nur den Fall der den Parteien bewussten Unvollständigkeit der Einigung, des sog. offenen Dissenses ...“; § 155, S. 521 „... uneinig geblieben sind ohne sich dessen bewusst geworden zu sein.“; Oertmann, 3./4. A., 1910, § 154 „... die Fälle einer bewusst unvollkommenen Einigung...“

³⁹⁷ Ähnlich Studienkommentar zum BGB/Hadding, 2. A., 1979, § 154, S. 84 der darauf abstellen möchte, ob die Willenserklärungen „schon äußerlich“ nicht übereinstimmen und somit ist der Erklärungszwiespalt den Parteien in der Regel bewusst „Beim offenen Dissens stimmen die Willenserklärungen meistens schon äußerlich nicht überein ... Der Erklärungszwiespalt ist den Partnern idR. Bewußt“; § 154, S. 85 „Beim verdecktem Einigungsmangel stimmen die Erklärungen zwar äußerlich überein, gehen aber nach dem jeweils gemeinten Inhalt in Wahrheit auseinander.“

³⁹⁸ Mot., 2. A., 1896, I, S. 202; Mugdan, I, 1899, S. 464 „Möglich ist, daß die Erklärungen der Vertragsschließenden zwar übereinstimmen, aber auf Seiten eines von ihnen Wille und Erklärung sich nicht decken ... Denkbar ist aber auch, daß Wille und Erklärung auf Seiten eines jeden der Vertragsschließenden übereinstimmen, die beiderseitigen Erklärungen aber infolge eines Missverständnisses sich nicht decken ...“; Oertmann, 3./4. A., 1910, § 155, S. 557 „Der § 100 des Entw. I sollte allerdings (Mot., 2. A., 1896, S. 202) beide Fälle decken ...“

³⁹⁹ Mugdan, I, 1899, S. 721, § 100.

⁴⁰⁰ Mugdan, I, 1899, S. 721, § 100 “In systematischer Hinsicht empfehle es sich, die Fälle des offenen und des verdeckten Dissenses im Zusammenhange abzuhandeln und deswegen die Vorschrift hinter § 78 einzuschalten.“

res nach Aufrechterhaltung der Verträge⁴⁰¹, und dieses trifft bekanntlich nur bei Einigungsmängeln zu, in denen die Erklärung eindeutig ist, jedoch nicht mit der Einigung konsolidiert⁴⁰².

Ebenfalls, wie wäre sonst zu behaupten, dass die Vorschrift des § 155 schon dann anzuwenden ist, wenn nur eine Partei den Vertrag irrtümlich für geschlossen hält, die andere Partei aber vom Einigungsmangel weiß (sog. einseitig versteckter Dissens)⁴⁰³, wenn man mit der h. M. vertritt, dass sich die Parteien, im Falle des § 155, der mangelnden Einigung nicht bewusst sind?

Ein großer Unterschied besteht zwischen der Obliegenheitsverletzung des Erklärenden beim Willensmangel in der Willenserklärung und der Obliegenheitsverletzung der Erklärenden beim Einigungsmangel in der Einigungserklärung. Im ersten Fall, wer sich auf die Nichtigkeit der Erklärung beruft, mag dies der Erklärende, der Empfänger oder ein Dritter sein, muss den Mangel der Übereinstimmung des Erklärten mit dem wirklichen Willen, und außerdem das Wissen auf Seiten des gemeinsamen Empfängers beweisen. Im zweiten Fall, wer sich auf die Wirksamkeit der Erklärung beruft, mag dies der gemeinsame Erklärende, der gemeinsame Empfänger oder ein Dritter sein, muss den Mangel der Übereinstimmung des Erklärten mit dem wirklichen Willen, und außerdem das fehlende Wissen auf Seiten des gemeinsamen Empfängers beweisen. Die alleinige Obliegenheitsverletzung des gemeinsamen Erklärenden ist im Bereich der Einigungserklärung prozessual beweisbelastend. D. h. dass die Vorschrift von der Nichtigkeit der Einigungserklärung als Rechtsnachteil für die schuldhaftige Obliegenheitsverletzung des gemeinsamen Empfängers ausgeht⁴⁰⁴. Es gilt die Beweislast für die alleinige Obliegenheitsverletzung des Erklärenden und seinen entsprechenden Rechtsnachteil (Wirksamkeit der Einigungserklärung) auf den es jetzt ankommt.

⁴⁰¹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 202; Mugdan, I, 1899, S. 464.

⁴⁰² Staudinger/Loewenfeld, 5./6. A., 1910, § 155 „... aber die mehreren Willenserklärungen stimmen (vielleicht trotz gleichen Wortlautes...) inhaltlich nicht überein“; Erman/Hefermehl, 11. A., 2004, § 155 Rn. 8, S. 464 „Entsprechende Anwendung des § 155 wird befürwortet, wenn die Erklärungen eindeutig sind, aber beide Parteien etwas anderes als das Erklärte und etwas anderes als der Gegner gewollt haben“; A. A. Oertmann, 3./4. A., 1910, § 155, S. 557 „Nicht aber ist der Tatbestand erfüllt, wenn die Erklärungen übereinstimmen: dann ist die Erklärung objektiv vollzogen, und der etwaige subjektive Willensmangel kann nur nach § 119 zur Anfechtung verwendet werden. Der Wortlaut des § 155 ist allerdings in dieser Hinsicht nicht klar und könnte auch auf den Fall passend erscheinen, wenn der Mangel der Einigung nur den Geschäftswillen und nicht auch die Erklärungen selbst trifft.“

⁴⁰³ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 155 Rn. 2.

⁴⁰⁴ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 155 Rn. 3 „gilt nach § 155 ein Vertrag von vornherein als nicht geschlossen ... sofern nicht anzunehmen ist ...“

Andererseits besteht die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des Paragraphen auf die Fälle einer negativen Erklärung, aber positiver Einigung. Weil ich wie bereits erwähnt jedoch der Ansicht bin, dass eine fehlerhafte Einigungserklärung im Sinne des § 155 anzuwenden wäre, wenn die positive oder negative Einigung (entweder kein Rechtsbindungswillen oder ein anderer Geschäftswillen) und die deutliche, positive oder negative Erklärung nicht übereinstimmen (Einigungsmangel).

2.2.1.2.2 Erklärungsinterpretation

2.2.1.2.2.1 Differenzierung zwischen Ausübung des Rechtsgeschäftes (§ 242) und Auslegung der Einigungserklärung (§ 157)

Es wird von der h. M. vertreten, dass der Satz „Treu und Glauben“ als rechtlich maßgebenden Sinnes des Rechtsgeschäftes interpretiert werden soll, mit dem Einwand, dass die Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung jeder Rechtsnorm und jedes Rechtsgeschäftes beachtet werden müssen (verfassungskonforme Auslegung).

§ 242 weist eine enge Verwandtschaft mit § 157 auf. Bei beiden geht es um Treu und Glauben und Verkehrssitte. Der Gegenstand ist jedoch unterschiedlich, einerseits in § 157 der Vertrag als simple Einigungserklärung oder Abschlusstatbestand und andererseits in § 242 das Rechtsgeschäft als Rechtsverhältnis. Davon abweichend, meiner Denkweise nach, ist das Ziel des § 157 die Ermittlung des wirklichen Parteienwillens mit der erfolgreichen oder nicht geschehenen Einigung, wodurch eine Verständnisobligenheit entsteht und das Ziel des § 242 die Anwendung des wirklichen Parteienwillens, womit eine Leistungspflicht veranlasst wird.

2.2.1.2.2.2 Zwei Elemente

2.2.1.2.2.2.1 Interpretation

Die Frage lautet, ob die Einigungserklärung nach dem gerechten Willen, wobei Gerechtigkeit in dem Sinne von Interessenabwägung der Verfassung oder des Volkes verstanden wird, oder nach der wirklichen Einigung⁴⁰⁵ interpretiert werden soll.

Von den Motiven unterstützt⁴⁰⁶, vertrete ich die zweite Lösung. Somit ergibt sich die rechtsschöpferische Bedeutung der Privatautonomie und ihre Funktion als Rechtsquelle, denn das Privatrecht ist größtenteils das Verstehen der Privatautonomie, allerdings mit den Gültigkeitsbedingungen, die auf der erforderlichen Ermächtigung durch die Verfassung beruhen.

2.2.1.2.2.2.2 Erklärung

Der Begriff der Erklärung hat nichts anderes auszusagen, als den Sinn einer Veröffentlichung innerlicher Willensgedanken.

2.2.1.2.2.2.3 Verhältnis

Es ist zu klären, welche Geltungsgründe oder Rechtstatbestände der Erklärungsinterpretation für die unterschiedlichen zwei Rechtsfolgen – Rechtsgeschäft oder kein Rechts-

⁴⁰⁵ Sintenis, 1830, Bd. 1, S. 316 (D. 2, 14, 1) „Die Billigkeit der Vorschrift dieses Theils vom Edicte ist im Naturrechte gegründet. Denn was ist mit menschlicher Treue und Glauben so übereinstimmend, als die Aufrechterhaltung dessen, vorüber Menschen sich vereinigt haben?“

⁴⁰⁶ Mot., 2. A., 1896, I, S. 155; Mugdan, I, 1899, S. 437 „Unhaltbar erscheint ferner die für das gemeine Recht vertretene Regel, daß es bei einem Verträge nicht auf den wirklichen Sinn der Rede des Vertragsschließenden, sondern darauf ankomme, wie der andere Vertragsschließende sie nach den ihm vorliegenden Umständen auffassen musste. Anzuerkennen ist nur, daß von dieser Auffassung die Tragweite der vom anderen abgegebenen Erklärung abhängt; die Gegenpartei bei ihrer Erklärung in dem mißverstandenen Sinne festzuhalten, wäre gleichbedeutend mit einer Durchbrechung des den §§ 77, 78 Abs. 1, 100, 114 zu Grunde liegende Prinzipes“; Mugdan, I, 1899, S. 837 (Denkschrift zum BGB, S. 28) „Schließlich stellt der § 153 den wichtigen Grundsatz auf, daß Verträge so auszulegen sind wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsitte es erfordern. In Verbindung mit der Vorschrift des § 129, daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen ist und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften ist, wird jener Grundsatz dahin wirken, daß der Richter das ganze durch einen Vertrag begründeten Rechtsverhältniß den Beteiligten gegenüber nach seinem wahren Inhalte zur Geltung bringt.“

geschäft – existieren und insofern wie das Verhältnis von Interpretation und Erklärung dabei eine Rolle spielt.

In zwei Arten von Verhältnissen zwischen Interpretation und Erklärung (Einheit und keine Einheit) sind sechs Tatbestände zu unterscheiden:

- Negative Einheit
- Positive Einheit
- Negative Uneinheit: Positive Interpretation und negative Erklärung
- Positive Uneinheit: Negative Interpretation und positive Erklärung
- Negative undeutliche Uneinheit: Negative Interpretation und undeutliche Erklärung
- Positive undeutliche Uneinheit: Positive Interpretation und undeutliche Erklärung

2.2.1.2.2.2.3.1 Einheit

Siehe dazu 2.2.1.2.1.2.3.1

2.2.1.2.2.2.3.2 Keine Einheit

Siehe dazu 2.2.1.2.1.2.3.2

2.2.1.2.2.3 Interpretation als Zurechnungselement

Die Grundlagen für die Zurechnung der normativen Auslegung sind folgend aufgezzeichnet.

2.2.1.2.2.3.1 Gemeinsamer Vertrauensschutz

Bei der Einigungserklärung bedarf die Auslegung, in der die Integration zweier (Vertrag) oder mehr (mehrseitiges Rechtsgeschäft) Interpretationen unternommen wird, eines gemeinsamen Empfängers. Insofern entsteht ein vereinter Vertrauensschutz.

2.2.1.2.2.3.2 Gemeinsame Vertrauensschanke

Besteht in der Obliegenheit des gemeinsamen Interpreten, den gemeinsamen Erklärenden richtig, nach Treu und Glauben, zu verstehen.

2.2.1.2.2.3.3 Gemeinsamer Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung

Folgende Vorschriften treffen die Entscheidungen des Ausgleichs der Obliegenheitsverletzungen des gemeinsamen Erklärenden und des gemeinsamen Empfängers.

2.2.1.2.2.3.3.1 Unterschiedliche Obliegenheitsverletzungen

Im Bereich der Willenserklärung wurde schon mit den Obliegenheitsverletzungen des Erklärungs- und Interpretationsmangels vertraut gemacht. Diese Inhalte sind auf die Einigungserklärung zu übertragen.

2.2.1.2.2.3.3.2 Unterschiedlicher Verschuldensgrad

Bekannt sind die Verschuldensgrade des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit. Über diese sollen keine weiteren Angaben gemacht werden.

2.2.1.2.2.3.3.3 Unterschiedlicher Rechtsnachteil schuldhafter Obliegenheitsverletzung

2.2.1.2.2.3.3.3.1 Erklärungsmangel

2.2.1.2.2.3.3.3.1.1 Formale Auslegungsregel (§ 157)

§ 157 gibt eine Grundregel über die Auslegung der Verträge, die nach Treu und Glauben verlaufen soll. Für die Auslegung der Willenserklärungen ist § 133 zuständig. Dagegen sind die Meinungen der Literatur jedoch verschieden⁴⁰⁷. Dieses ist bereits ausführlich behandelt worden.

Als Rechtsnachteil der Obliegenheitsverletzung seitens des gemeinsamen Empfängers (keinen Zweifel), sollte von meinem Standpunkt aus § 157 die Wirksamkeit der Einigungserklärung und zwar mit der Bedeutung der innerlichen Einigung bewirken. Entgegengesetzt ist dennoch die h. M. mit der Wirksamkeit des Vertrages nach der Beobachterhorizontsauslegung. Dieser Schlagabtausch ist aber längst ausgeführt worden.

In Bezug auf das von mir Vertretene (die Einigungserklärung als Rechtsgrund für die Rechtsfolge des Rechtsgeschäftes) betrachte ich die Vorschrift als Auslegungsregel von Einigungserklärungen; zudem auch noch die Auslegungsregel von undeutlichen Einigungserklärungen, d. h. Einigungserklärungen die an einem Erklärungsmangel leiden. Und zwar als Auslegungsregel in formaler Weise, welche die Methode jedoch nicht das Ergebnis der Verständigung verordnet. Folglich verhindert er nicht die Unwirksamkeit der Willenserklärung als Rechtsnachteil der alleinigen Obliegenheitsverletzung des Erklärenden. Letztgenannte unterscheidet sie von den materialen Auslegungsregeln, welche die undeutliche und insofern unwirksame Erklärung, im Zweifel, mit einer eindeutigen und wirksamen Bedeutung ausrüsten.

Zwecks dem Weiterverfolgen dieser Vorschrift im 1. Entwurf gehe ich von § 359 aus. Sein anfänglicher Wortlaut verrät den Auslegungscharakter jedoch nicht⁴⁰⁸. Dennoch die Auffassung des Verfassers diesen als Interpretationsregelung zu betrachten, lässt sich an einer anderen Stelle ersehen: § 224 des 1. Entwurfes⁴⁰⁹ der die Verpflichtung zur Leistung vorschrieb (diese Vorschrift verpflichtete den sowohl gesetzlichen als auch

⁴⁰⁷ Oetmann, § 157, S. 562; Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 261 ff.

⁴⁰⁸ Mugdan, II, 1899, XXXIV, § 359 „Der Vertrag verpflichtet den Vertragsschließenden zu demjenigen, was sich aus dem Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrsitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt.“

⁴⁰⁹ Mugdan, II, 1899, V, § 224.

rechtsgeschäftlichen Schuldner, die ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken) sollte ergänzt werden, um den Umfang „vollständig“ zu erkennen, durch die Auslegung des Gesetzes oder gegebenenfalls des Rechtsgeschäftes. Die Verweisung auf § 73 „...der wirkliche Wille...“ und § 359 „...nach dem Gesetz, die Verkehrssitte und Treu und Glauben...“⁴¹⁰ für die Auslegung der Rechtsgeschäfte, verdeutlicht den Auslegungscharakter des § 359.

Der Vorschrift die Form einer Auslegungsregel zu geben, ist der 2. Kommission zu verdanken⁴¹¹. Dieser wurde bald klar, dass es im Besonderen Teil des BGB bzw. im Schuldrecht darum gehen sollte, eine Vorschrift zu schaffen, die sich auf die Bewirkung des Gesetzes, eventuell des Rechtsgeschäftes beschränkte, im Gegensatz zu dem Allgemeinen Teil des BGB bzw. den Paragraphen § 72 ff. des 1. Entwurfes, die sich mit der Auslegung des Rechtsgeschäftes beschäftigten. Darum kreierten die Verfasser sowohl den neuen § 206, als Ersatz des alten § 224, der die Ausführung der Leistung selbständig, d. h. ohne eine Verbindung mit den Vorschriften der Auslegung, regulierte, als auch den § 127 (heutiger § 157), der sich mit der Auslegung der Verträge auseinandersetzte.

Nach all dem kann gesagt werden, dass die Auslegungsobliegenheit von der Erfüllungsverpflichtung differiert. Hiermit unterscheiden sich die Bereiche des „Wollensollens“ von dem „Seinsollen“; die Rechtsgestaltungs- von der Rechtsausübungsfreiheit⁴¹².

2.2.1.2.2.3.3.3.1.2 Materiale Auslegungsregel - Vermutung (§ 154)

Als Rechtsnachteil der Obliegenheitsverletzung des Empfängers (keinen Zweifel), sollte meiner Meinung nach die Einigungserklärung Wirksamkeit nach der wahren Einigung gewinnen. Anders jedoch geschieht es für die h. M., für die der Vertrag nach der Beob-

⁴¹⁰ Mot., 2. A., 1896, II, S. 26; Mugdan, II, 1899, S. 14. „... mittels Auslegung des Gesetzes, bz. des Rechtsgeschäfts, auf dem die Verbindlichkeit beruht (vgl. § 73, 359).“

⁴¹¹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 1252; Mugdan, II, 1899, S. 522 „Endlich sei dem Antrage 2 auch darin zuzustimmen, daß er die Form einer Auslegungsregel gebe.“

⁴¹² A. A. Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 266, S. 316 „In diesem Falle kann man zwar keine differenten Regelungsbereiche in den Rechtsnormen nach § 157 („rechtliches Wollen“) und nach § 242 („rechtliches Sollen“) annehmen, so dass insoweit die Voraussetzung für eine Konkurrenz gegeben wäre.“

achterhorizontsauslegung geschlossen wird⁴¹³. Letztlich für diejenigen, die bereits eine Beobachterhorizontsauslegung durchgeführt haben und einer doppelten Auslegung entgegen möchten (diese Auslegung, nach der erkennbar wird, dass die Parteien sich vertraglich binden wollen, ist vormals durchgeführt worden, insbesondere mit der Behauptung, dass der Dissens das Auseinanderfallen von Willen und Beobachterhorizontsauslegung darlegt), bedeutet „keine Zweifel“ die tatsächlich spätere Vertragsdurchführung⁴¹⁴.

2.2.1.2.2.3.3.3.2 Interpretationsmangel

2.2.1.2.2.3.3.3.2.1 § 155

Dieser Paragraph lässt sich unterschiedlich interpretieren, je nachdem, ob man ihn im ursprünglichen Sinn oder in der modernen Lesart versteht. Beide möchte ich gerne vortragen, um den Schwierigkeitsgrad des Nachvollziehens der neuesten Denkweise hervorzuheben.

Nach der römischen Rechtsauffassung las sich die Vorschrift in dem Sinne, dass wenn sich die Parteien äußerlich in der Erklärung einigen, aber innerlich oder in Wirklichkeit uneinig sind, so der Vertrag nichtig sei⁴¹⁵. Aber jene Entscheidung *Ulpianus* war in ihrer Absolutheit unrichtig. Ein die Einigungserklärung beherrschender Rechtstitel der *Culpa* in *contrahendo* oder in *declarando* etablierte sich langsam sowohl einerseits für die Wirksamkeit der Erklärung, andererseits für die des Willens jeweils nach Obliegenheitsverletzung des Erklärenden oder des Empfängers. Insofern galt, nach der Ergänzung des Verfassers im Hinblick auf den Empfängerschutz, das Erklärte, falls der Emp-

⁴¹³ Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 154 Rn. 7, S. 1539 „Sofortige Vertragsbindung trotz offenen Dissenses kann sich aber auch konkludent aus dem Umständen (bzw. der Interessenlage) ergeben, insbesondere auch aus Handelsbrauch ... Lindacher spricht hier zutreffend von einer „selbstinterpretation durch späteres Verhalten“; Palandt/Heinrichs, 65. A., 2006, § 154 Rn. 2, S. 161.

⁴¹⁴ Larenz/Wolf, 9. A., 2004 § 29 Rn. 81, S. 571 „Nach richtiger Ansicht, ist anzunehmen, daß die Parteien den Vertrag in Geltung setzen, wenn sie, obgleich sie wissen, daß die Regelung eines Nebenpunktes noch aussteht, in beiderseitigem Einvernehmen mit der Ausführung des Vertrags beginnen.“

⁴¹⁵ Sintonis, 1830, Bd. 2, S. 343 (D. 18, 1, 1, 9) „... man mag also über den Kauf selbst, oder über den Preis, oder über irgend einen Punkt uneinig sein, so ist der Kauf nicht vollendet. Wenn demnach das Cornelianische Gut zu verkaufen vermeinte, du aber das Sempronianische mir zu verkaufen gedachtest, so ist der Kauf nichtig ...“; Bd. 1, S. 316 (D. 2, 14, 1, 3) „So allgemein ist der Ausdruck *Convention*, dass *Pedius* ganz consequent sagt, es gäbe keinen *Contract*, keine Verbindlichkeit, welche nicht in sich eine *Convention* enthalte, mag sie durch Handlung oder durch Worte entstehen; denn selbst die *Stipulation*, welche durch Worte entsteht, ist nichtig, wenn sie nicht Übereinstimmung der Parteien voraussetzen darf.“

fänger die Einigung nicht schuldhaft interpretieren konnte⁴¹⁶.

Nach der h. M. hingegen kommt es außer dem innerlichen Missverstehen noch darauf an, was wirklich erklärt worden ist, dieses ist aber entgegen dem, was der Gegner als Willen des Erklärenden annehmen durfte⁴¹⁷. Tatbestandsmerkmale des § 155 sind somit eine innerliche Uneinigung und eine fehlende Übereinstimmung nach der Empfängerhorizontsauslegung. Darüber, welches sich aus dem Wortlaut ohne weiteres ergibt, äußert sich keiner. Mit diesem Hintergrund soll die Einigungserklärung eine, nur in Bezug auf das teilweise gültig Vereinbarte, Aufrechterhaltung genießen, wenn dieses nach der erneuten Empfängerhorizontsauslegung dem hypothetischen Parteiwillen entgegenkommt. Dieses mag als Beleg für eine künstliche und unwahrscheinliche Interpretation des § 155 genügen.

Andere behaupten sogar dem § 155 darf eine Regelung des Dissenses nicht entnommen werden⁴¹⁸.

Die Nichtbeachtung der Prozesslast, die schuldfreie Verletzung der Interpretationsobliegenheit von Seiten des Empfängers zu beweisen, ergibt die Nichtigkeit der Einigungserklärung, weswegen die Vorschrift mit dem Rechtsnachteilausgleich des Mitverschuldens des gemeinsamen Empfängers zuerst beginnt; es gilt nicht das Vereinbarte und somit die Nichtigkeit der Einigungserklärung. Der Grund hierfür könnte sein, dass der gemeinsame Empfänger gleichzeitig auch der gemeinsame Erklärende ist, und somit geht die Vorschrift davon aus, dass er die wirkliche Uneinigkeit kennt, wenn er nicht das Gegenteil beweist.

Als Fazit gilt, dass zwei selbständige Gründe zur der Nichtigkeit der Einigungserklärung und insofern zur dem Rechtsnachteil des Empfängers beitragen: Die Nichtbeachtung der Beweislast der schuldfreien Obliegenheitsverletzung und die schuldhafte Obliegenheitsverletzung, beides von Seiten des gemeinsamen Empfängers.

⁴¹⁶ Mot., 2. A., 1896, I, S. 202; Mugdan, I, 1899, S. 464 2 „... zu beweisen ist, ... daß anzunehmen ist, der Vertrag würde auch ohne eine Bestimmung über ihn eingegangen worden sein, ...“

⁴¹⁷ Münchener/Hefermehl, 4. A., 2001, § 155 Rn. 4, S. 464 „Bei der Prüfung, ob Eindeutigkeit oder Mehrdeutigkeit vorliegt, kommt es allerdings nicht nur auf den äußeren Wortlaut, sondern auch auf den durch Auslegung der Erklärung zu ermittelnden Sinn des Ganzen an (§§ 133, 157)“; BGB Studienkommentar/Kropholler, 7. A., 2004, § 155 „Weil nur durch Auslegung (§ 133, 157) unter Würdigung aller Umstände entscheiden kann, ob die Erklärungen sich decken (dann Anfechtung nach § 119 ff.) oder nicht decken (dann versteckten Dissens)“; Planck/Strohal, 4. A., 1913, § 155 „Es ist daher zunächst der Inhalt der Willenserklärung jeder der Parteien, im Wege der Auslegung ... festzustellen.“

⁴¹⁸ Leenen, 1988, S. 418 „Die vollständige Regelung des Dissenses ergibt sich aus einer Gesamtanalogie zu dem enthaltenen Vorschriften über den Abschluss des Vertrages einerseits, die Auswirkung der Teilnichtigkeit einer Vertrages andererseits.“

2.2.1.2.2.3.3.2.2 Einverständnis

2.2.1.2.2.3.3.2.2.1 Scheingeschäft (§ 117 II)

Der § 117 ist unter Einbeziehung der Obliegenheitsverletzung des gemeinsamen Empfängers und nicht nur der des gemeinsamen Erklärenden zu berücksichtigen. Aus diesem Grunde ist er nur in Verknüpfung mit der Verletzung des Empfängers zu erwägen.

Beschrieben wird insgesamt (Abs. 1 und 2) das vorsätzliche Einverständnis des Empfängers. Meines Erachtens ist der Abs. 2 zu betrachten sowohl im Bereich des Willensmangels (Willenserklärung, Titel 2.) als auch in dem des Einigungsmangels (Einigungserklärung, Titel 3.). Außerdem sorgte für das Scheingeschäft im Bereich der Verträge (Einigungserklärung) ein beherrschender Satz in der römischen Auffassung⁴¹⁹.

Für die h. M. hingegen ist bei der Scheinerklärung der Grundsatz der *Falsa Demonstratio non nocet* einzusetzen mit der Folge des Vorrangs des übereinstimmenden Verständnisses. Dass dieses nicht weiter dramatisch ist, weil die Rechtsfolge erhalten bleibt, wurde schon abgehandelt. Dabei ging es um die Willenserklärung und ich widersprach der Ausdehnung der Rechtsfolge des übereinstimmenden Verständnisses auf die Fälle des erkannten Willens. Im Bereich der Einigungserklärung ist gleichermaßen zu verfahren. Insofern widerspreche ich hier der Ausdehnung der Rechtsfolge auf die Fälle des übereinstimmenden Willens.

Die Erklärung sollte nach h. L. in dem gewollten und nicht in dem irrtümlich ausgedrückten Sinne zu verstehen sein, falls Konsens eintritt. Das ist der bekannte Vorrang des übereinstimmenden Willens. Meines Erachtens kommt es nicht zum gleichen Ergebnis, wenn Konsens oder Einverständnis eintritt. Es folgen im nächsten Punkt (Fahrlässiges Einverständnis) weitere Aufklärungen.

⁴¹⁹ Sintenis, 1830, Bd. 2, D. 18, I, 55 „Ein blosser Scheinverkauf wird als nicht abgeschlossen betrachtet“; Bd. 4, S. 591 (D. 45, 7, 54) „Scheincontracte haben auch bei Käufen keine rechtliche Wirksamkeit der Verbinklichkeit“; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 47, 48; Verwendung eines anderen römischen Grundsatzes für das übereinstimmende Verständnis (Scheingeschäft): Enneccerus/Nipperdey, § 165, Fn. 10, S. 1026 „Quae non sunt, simulo, uae sunt, ea dissimulantur.“

2.2.1.2.2.3.3.2.2.2 Fahrlässiges Einverständnis

Während der Grundsatz des Vorrangs des übereinstimmenden Verständnisses für die vorsätzliche Falschbezeichnung (die h. M. deutet auf den Grundsatz der *Falsa Demonstratio non nocet* (Falschbezeichnung schadet nicht) hin) bei der Willenserklärung (§ 117 I, II) und der Einigungserklärung (§ 117 II) im Gesetz festgelegt wird, ist das übereinstimmende Verständnis für die fahrlässige⁴²⁰ Falschbezeichnung nicht vorgesehen.

Zur Lückenfüllung könnte das Rechtsgeschäft in der Alternative eines fahrlässigen, und nicht vorsätzlichen (welches geregelt ist durch § 117) Einverständnisses oder Scheingeschäftes gelten. Insofern wäre die Einigungserklärung wirksam, in dem von beiden übereinstimmend gemeinten Sinne, weil es eine Lösung ist, die keine der beiden Parteien benachteiligt, da sie auf das von beiden Gewollte und Verstandene abzielt.

Anschaulich wird dies an dem „Haakjöringsköd“ Fall⁴²¹. Hierbei einigten sich die Parteien über den Verkauf einer bestimmten Dampferladung Haakjöringsköd (norwegischer Ausdruck für Haifischfleisch). Beide wollten hingegen Walfischfleisch als Kaufgegenstand. Die Parteien haben einen wirksamen Kaufvertrag über die Dampferladung Walfischfleisch geschlossen (dieses ist unbestritten).

Bei der Begründung langt die h. M. zu der Auffassung, dass bei einem Vertrag der Grundsatz *Falsa Demonstratio non nocet* den Vorrang des übereinstimmenden Willens (innerer Konsens) bedeutet⁴²². Als Begründung wird folgendes erwähnt: „Wenn wir hinsichtlich des Namens nicht übereinstimmen, aber über den Gegenstand einig sind, so unterliegt es keinem Zweifel, dass der Kauf gültig sei; denn der Irrthum hinsichtlich des Namens ist von keinem Belang, wenn man in dem Gegenstand einig ist“⁴²³.

Dennoch verstehe ich dieses anders. Entgegen der h. M. tritt vorwiegend hinzu (wie

⁴²⁰ Foer, 1987, verwendet die Regel *falsa demonstratio non nocet* für den alleinigen Fall der fahrlässigen Übereinstimmung, S. 26 „Das zufällig übereinstimmende Parteiverständnis“ „Während für das bewußte gemeinsame ... die Rechtsfolge beim Scheingeschäft direkt dem Gesetz zu entnehmen ist, trifft dies für ein unbewusstes Abweichen der Vertragsparteien vom objektiven Erklärungssinn ... nicht zu.“

⁴²¹ RGZ 99, 147.

⁴²² Larenz/Wolf, 9. A., 2004, § 28 Rn. 31, S. 517 „Das gemeinsame Verständnis genügt für einseitig empfangsbedürftige Willenserklärungen. Bei einem Vertrag kommt es nicht nur auf das gemeinsame Verständnis, sondern darüber hinaus auf den übereinstimmenden Willen an“; § 29 Rn. 72, S. 568 „... so gelten sie gemäß ihren übereinstimmenden Willen („*falsa demonstratio non nocet*“ ...); Enneccerus/Nipperdey, § 166, S. 1032 „...ist der Vertrag in der Regel gültig, und zwar mit dem gewollten Inhalt“; Münchener/Kramer, 4. A., 2001, § 119 Rn. 58; BGH NJW 1984, 721; RGZ 99, 147 (148) (Haakjöringsködsfall).

⁴²³ Sintenis, 1830, Bd. 2, S. 343 (D. 18, 1, 9).

zuvor bemerkt), dass die ursprüngliche *falsa demonstratio* in Rom niemals den Vorrang des übereinstimmenden Willens bedeutete. Eigentlich müsste die von der h. M. angestrebte Rechtsfolge, wenn sie sich schon auf diesen römischen Grundsatz bezieht, und zwar nicht nur um lateinisch zu sprechen, sondern um jene Regel im römischen Sinne zu verwenden, nur i. V. m. einer unerheblichen Nebenbestimmung hinzugezogen werden, dessen Richtigkeit für die rechtsgeschäftliche Erklärung gleichgültig wäre. Dagegen, weder der erkannte Wille, noch der Konsens beanspruchten in Rom (Paradigma für das BGB) die Rechtsfolge der Gültigkeit des Gewollten.

Gegebenenfalls sorgt folgende Aufklärung für ein besseres Verständnis: Erstens muss man davon ausgehen, dass für die Römer (als auch für das heutige Recht) zwei Fragen äußerst wichtig waren: Ob Bezeichnungen und Beschreibungen, welche für die Bestimmung des Gegenstandes des Rechtsgeschäftes, der in Betracht kommenden Person und der den eigentlichen Geschäftsinhalt ausmachende Dinge entbehrlich waren (Frage nach der *Falsa Demonstratio non nocet*), unerheblich für das Rechtsgeschäft waren und ob im Laufe der korrektiven Auslegung erforderliche Dinge, die nach dem Wortlaut unrichtig erscheinen, richtig zu stellen waren (Willensmangelfragen, *error in nomine*).

Somit ist zurück zu der Begründung der h. M. und i. V. m. der ersten Frage – der Widerspruch bezüglich des entbehrlichen Personennamens eines Grundstückes – für den Kaufvertrag ohne Belang, wenn man über den Gegenstand einig ist: „Wenn wir hinsichtlich des Namens nicht übereinstimmen, aber über den Gegenstand einig sind ... dass der Kauf gültig sei.“ Dagegen, wenn man nicht nur über den Personennamen eines Grundstückes (Sempronianische, Cornelianische Gut) sondern auch über den Gegenstand uneinig war, war der Vertrag nichtig. Und zusätzlich wäre die Uneinigkeit nicht bezüglich eines Personen- sondern Sachennamens (Wein, Essig), dann reichte nicht nur die Übereinstimmung bezüglich des Gegenstandes, weil in Anbetracht der Substanz auch Missklang herrscht: „Nun ist die Frage, ob, wenn man in dem Gegenstande einig ist, aber in der Substanz ein Irrtum obwaltet, z. B. wenn man Essig für Wein, Erz für Gold ... der Kauf gültig sei? ... dass der Kauf nichtig sei, so oft ein Irrtum über den Stoff obwaltet.“

Andererseits handelt es sich bei dem Haakjöringsköd Fall um die zweite Frage, inwieweit eine unrichtige Bezeichnung des unentbehrlichen Gegenstandes der Hauptanordnung (Walfischfleisch) durch Auslegung korrigiert (Haifischfleisch) werden kann.

Zweitens, dass keine Verbindung zwischen beiden Fragen vorfiel. Insofern hatte die Frage nach der korrektiven Auslegung (Korrektur eines falschen Ausdrucks nur für den

Fall eines Personennamens oder error in nomine) mit der ersten (Falsa Demonstratio) keine Berührung. Insofern hat die von der h. M. bezogene Überschrift von D. 18, 1, 9 mit Auslegungsrecht nichts zu tun. Dieses übertragen auf den Haakjöringsköd Fall bewirkt, dass die Falsa Demonstratio nicht anzuwenden wäre.

Drittens, dass die römischen Quellen in den *Digesten* für den Fall eines Scheingeschäftes (Willensmangel) und bezüglich der Frage, wie sich die Rechtsordnung den verdeckten Geschäften gegenüber verhalten sollte, weder nach der einen (Nichtigkeit), noch nach der anderen (Wirksamkeit) Richtung ausdrücklich äußerten⁴²⁴.

Insofern ist nach den neuen Argumenten zu fragen. Folgende stehen für mich nach heutiger Sicht zur Verfügung; insbesondere weil die Parteien nicht nur als gemeinsamer Erklärender das Gleiche wollten, sondern auch als gemeinsamer Empfänger übereinstimmend das Gleiche verstanden haben, soll die Wirksamkeit der Einigungserklärung mit dem Inhalt der wirklichen Einigung zustande kommen.

Denn für die Fälle eines Interessenkonflikts zwischen dem Erklärenden und dem Empfänger im Bereich der Einigungserklärung in der Form der lediglichen Einigung, regelt das BGB in den §§ 150 ff. die jeweiligen vom gemeinsamen Erklärenden und vom Empfänger Obliegenheitsverletzungen mit dem Ausgleich der entsprechenden Rechtsnachteile. Für die Fälle eines Interessenkonflikts in der Form eines übereinstimmenden Verständnisses dagegen, ist auf den § 117 zu verweisen, nachdem die Einigungserklärung wie gewollt wirksam werden sollte (§ 117 II entsprechend für Fahrlässigkeit). Der übereinstimmende Wille ist nicht das übereinstimmende Verständnis. Deswegen sollte nicht gleich der innere Konsens die Gültigkeit der Einigung erwecken.

Illustrativ ist der Fall, dass A und B einig sind, dass das Gemälde für 500 € verkauft werden soll. A aber versehentlich einen gemeinsamen Kaufvertrag über das Bild für 400 € schreibt. A und B unterschreiben. Nichts unterscheidet sich wenn A und B irrtümlich das Gleiche verstehen (500 €) von dem Fall, wenn B weiß, dass A für das Bild 500 € haben will und damit auch einverstanden ist. Der Kaufvertrag ist unbestritten mit 500 € wirksam geworden. Ein anderer Sachverhalt liegt jedoch vor, wenn B mit dem Betrag von 500 € auf den sich A und B vorher geeinigt hatten, nicht einverstanden ist und als Empfänger lieber den geschriebenen Betrag von 400 € wahrnehmen will.

⁴²⁴ Kohler, J. J., Bd. 16, 1878, S. 145 „Gewöhnlich aber findet sich eine derartige Bestimmung nicht, hier ist es Sache der Jurisprudenz, den wahren Gedanken des Gesetzes aus seiner Umhüllung herauszuschälen“; In der Tat wird nur das Scheingeschäft von den Klassikern als nichtig bezeichnet in D. 23, 2, 30; 18, 1, 38, 50, 17, 16; 44, 7, 54; 18, 1, 55; 23, 4, 27.

Die h. M. plädiert für beide Fälle für den inneren Konsens. Meines Erachtens kommt es nicht zum gleichen Ergebnis bei einem inneren Konsens, in dem der gemeinsame Empfänger (A + B) mit dem Verständnis einverstanden ist (1. Alternative), wie bei einem inneren Konsens, in dem der gemeinsame Empfänger den Sachverhalt richtig verstanden hat, damit jedoch nicht einverstanden ist (2. Alternative).

Für den ersten Fall ist meines Erachtens die Lücke, dank der entsprechenden Anwendung des § 117, auf die Fälle eines fahrlässigen (weil A irrtümlich 500 € versteht) übereinstimmenden Verständnisses oder Scheingeschäftes, zu schließen. Im zweiten Fall dagegen herrscht kein Einverständnis des gemeinsamen Empfängers (A + B) mit dem gemeinsamen Erklärenden. Für diesen Interessenkonflikt ist das Gesetz nicht lückenhaft. Der gemeinsame Empfänger (A + B) sollte meines Erachtens nach § 155 zu beurteilen sein: Insofern gilt das Vereinbarte nur insofern B nicht richtig ausgelegt hat oder auslegen konnte. B hat richtig ausgelegt, weil er den Willen (500 €) kannte. Das Vereinbarte (400 €) gilt nicht, das Gewollte (500 €) auch nicht.

2.2.1.2.3 Rechtsnachteilsausgleich

Für welchen Ausgleich der Gesetzgeber gesorgt hat, ob er der Mitverschuldung quotengemäß oder nicht Rechtsfolgen vorschreibt, ist leicht im Bereich der Einigungserklärung zu beantworten. Denn diejenigen Paragraphen, in der eine Mitverschuldung hervortreten kann (§§ 154, 155), bieten nur zwei Rechtsfolgen: Wirksamkeit nach dem Wortlaut der Erklärung oder Nichtigkeit der Einigungserklärung bei Mitverschuldung des Verletzten. Dieses entspricht einer relativen Alles-oder-Nichts-Lösung, denn eine absolute Lösung bevorzugte beim Mitverschulden die Wirksamkeit der wirklichen Einigung.

Der § 157 dagegen ist Paradigma der absoluten Alles-oder-Nichts-Lösung. Bei Mitverschulden des Empfängers ist die Einigungserklärung wirksam nach dem Gewollten. Ohne Mitverschulden ist sie, wegen der Undeutlichkeit des Wortlautes, ungültig.

2.2.2 Rechtsausübungsfreiheit: Das Seinsollen

Warum der Realvorgang der Leistung zu einem Fiktivvorgang wurde, und warum die Idealisierung dieses Vorganges eine Schuldrechtsfolge in den *Digesten* verursachte, möchte ich gerne erläutern. Außerdem und vorausgesetzt, dass sich diese Schuldrechtsfolge nach dem Grundsatz von Treu und Glauben bestimmt und dass dieser im römischen Rechtsverkehr die wirkliche Einigung bedeutete, ist nach dem Standpunkt der herrschenden Literatur, die diesem Grundsatz als Billigkeitsmaßstab eines neutralen Beobachters bewertet⁴²⁵, zu fragen.

Das altrömische Recht, wie es in den XII Tafeln erschien, war förmlich und streng. Den vermögensrechtlichen Verkehr beherrschten zwei Rechtsgeschäfte: Die *mancipatio* und das *Nexum*⁴²⁶. Der Vorwurf, sie hätten nicht einmal Ausdrücke, welche das Rechtsgeschäft oder den Vertrag als solche bezeichnen, ist anhand dieser zwei nicht begründet⁴²⁷. Was deutlich unterschiedlich war, ist der Begriff dieser Ausdrücke.

Die *mancipatio* ist ein feierlicher Kauf „per aes et libram“: Vor fünf Zeugen, mit feierlichen Worten und Zuwägung des den Kaufpreise darstellendes, ungemünztes Kupfermetalls, wird die gekaufte Sache als sein Eigentum durch den Käufer ergriffen. In den Worten und dem Realvorgang liegt die Körperlichkeit des Rechtsgeschäftes, das weder unter Irrtum noch unter Auslegung der Willenserklärung litt, denn diese wurde nicht als ein Zwei-Elementen-Tatbestand erachtet.

Der Realvorgang wurde jedoch bald zum Fiktivvorgang, weil das Metall von dem gemünzten Geld ersetzt wurde und somit das Zuwägen des Metalls keine Zahlung mehr war. Die wirkliche Zahlung lag außerhalb der *mancipatio*⁴²⁸. Das Ritual der *mancipatio* schloss eine bloße Scheinzahlung in sich ein. Dieses bedurfte einer Regelung der Rechtsausübung, die sich von der Regelung des Rechtsgeschäftes unterschied.

Insofern galt der Grundsatz des Treu und Glaubens jetzt auch als Maßstab, nach dem der Richter die Rechtsgeschäftsausübung zu beurteilen hatte. Dieses ist in den folgenden *Digesten*-Fragmenten inbegriffen: D. 43, 26, 2, 2 „... Denn es ist der Natur nach

⁴²⁵ Erman/Werner, 11. A., 2004, § 242 Rn. 2; Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 64, S. 251 „... objektiven, gesellschaftlichen Wertung ... im Sinne des sozialen Ideals objektiv richtig ...“; Rn. 266 „... welche Vereinbarung von rechtlichen Parteien ... die „Parteien selbst“ identisch mit dem „reasonable man“...“; Soergel/Teichmann, § 242 Rn. 124“... wie redliche Vertragspartner vereinbart hätten“; Endemann, S. 592 „... letztes Ziel ... rechtlichen Zusammenlebens.“

⁴²⁶ Sohm, 17. A., 1949, S. 48.

⁴²⁷ Sohm, 17. A., 1949, S. 211; Manigk, rechtsw. Verhalten, 1939, S. 64 ff.

⁴²⁸ Sohm, 17. A., 1949, S. 49.

billig, dass du nur so lange von meiner Gefälligkeit gebrauch machen dürftest, als ich will, und dass ich widerrufen kann sobald ich meinen Willen geändert habe.“ Und D. 4, 34, 11 „Wenn jemand Geld oder gewisse Sachen zur Aufbewahrung angenommen hat, so soll er selbige Dem, welcher sie hinterlegt hat, sobald der selbe will, sofort zurückgeben...“

In gleicher Art und Weise verhielten sich 1500 Jahre später die Verfasser des deutschen BGB, als sie über die Art der Erfüllung einer Verbindlichkeit für alle Schuldverhältnisse entschieden⁴²⁹.

Ausgegangen sind sie vom § 224 des 1. Entwurfes⁴³⁰, den die zweite Kommission beurteilte. Diese Vorschrift verpflichtete den sowohl gesetzlichen als auch rechtsgeschäftlichen Schuldner, die ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken. Der Umfang „vollständig“ ließ sich dennoch nicht erkennen. Somit musste die Auslegung des Gesetzes oder gegebenenfalls des Rechtsgeschäftes (§ 73 „... der wirkliche Wille ...“ und § 359 „... nach dem Gesetz, die Verkehrssitte und Treu und Glauben ...“) herangezogen werden⁴³¹.

Der 2. Kommission wurde aber bald klar, dass es im Besonderen Teil des BGB bzw. im Schuldrecht darum gehen sollte, eine Vorschrift zu schaffen, die sich auf die Bewirkung des Gesetzes, eventuell des Rechtsgeschäftes beschränkte, im Gegensatz zu dem Allgemeinen Teil des BGB bzw. den Paragraphen § 72 ff. des 1. Entwurfes, die sich mit der Auslegung des Rechtsgeschäftes beschäftigten. Darum kreierten sie einen neuen § 206, als Ersatz des alten § 224, der die Ausführung der Leistung selbständig, d. h. ohne eine Verbindung mit den Vorschriften der Auslegung, regulierte. Dementsprechend war die Leistung für den Schuldner so zu bewirken wie Treu und Glauben, mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.

Nach all dem kann gesagt werden, dass die Auslegungsobliegenheit von der Erfüllungsverpflichtung differiert. Hiermit unterscheiden sich die Bereiche des Wollensollens von dem Seinsollen, die Rechtsgestaltungs- von der Rechtsausübungsfreiheit⁴³².

⁴²⁹ Mot., 2. A., 1896, II, S. 607, 608, 1250-1253; Mugdan, II, 1899, S. 521, 522.

⁴³⁰ Mugdan, II, 1899, V, § 224.

⁴³¹ Mot., 2. A., 1896, II, S. 26; Mugdan, II, 1899, S. 14.

⁴³² Münchener/Mayer-Mali/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 21, bezüglich §§ 133 („Wollen“) und 242 („Sollen“); A. A. Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 266, S. 316 „In diesem Falle kann man zwar keine differenten Regelungsbereiche in den Rechtsnormen nach § 157 („rechtliches Wollen“) und nach § 242 („rechtliches Sollen“) annehmen, so dass insoweit die Voraussetzung für eine Konkurrenz gegeben wäre“; Staudinger/Singer, I, 2004, § 133 Rn. 3, S. 1208 „§§ 133 und 157 ... für die Zeit bis zum Vertragsschluss ebenso wie für die Zeit danach“; Rn. 7, S. 1211 „... so dass die Grenzschnur zwischen beiden Normen (§§ 242 und 157) an Präzision und Bedeutung verloren hat.“

Es könnte indessen die Frage auftauchen nach der Verallgemeinerung des Maßstabes Treu und Glauben für alle Schuldverhältnisse (gesetzliche und rechtsgeschäftliche)⁴³³ und in diese Richtung gingen auch die Verhandlungen der 2. Kommission⁴³⁴: Während auf die Art der Erfüllung einer Verbindlichkeit die Bezugnahme von Treu und Glauben für alle Schuldverhältnisse passe (die Parteien können sowohl rechtsgeschäftliche als auch gesetzliche Rechtsbeziehungen durch das Rechtsgeschäft abändern (Abänderungsfreiheit)), betraf die Frage nach der Entstehung einer Verbindlichkeit nur vertragsmäßige Schuldverhältnisse (Schranken der privatautonomen Entstehungsbestimmung (gesetzliche Rechtsverhältnisse) sind zwingende Rechtsnormen für einzelne Bereiche, die abweichende Vereinbarungen ausschließen). Aber damit war noch nicht alles gesagt, denn durch eine im Allgemeinen Teil stehenden Vorschrift sollte die Maßgeblichkeit von Treu und Glauben außerdem nicht nur obligatorische Verträge, sondern alle Verträge betreffen. Insofern entstand der § 127 (heutiger § 157), der sich mit der Auslegung der Verträge auseinandersetzte.

Welcher ist jedoch der Maßstab des Eingriffes mit Hilfe des § 242, der Parteiwille⁴³⁵ oder der gesellschaftliche Wille⁴³⁶? Für die Betrachtung einer Entwicklung des § 242 als Vorschrift des BGB von der ursprünglichen Vorgeschichte der Vorschrift des § 242 selbst steht die h. L.⁴³⁷ Der Vorwurf der Verkennung der Entstehungsgeschichte wird dann von der h. L. widerlegt mit der Behauptung, um die Entstehung des BGB selbst und nicht die Vorgeschichte dessen seien sie bemüht⁴³⁸. Dieses wäre vertretbar, wenn sie selbst die Vorgeschichte und die Entwicklung des § 242 auseinanderhielten. Mit dem ständigen Rückblick auf römische Grundsätze (Falsa Demonstratio, übereinstimmendes Verständnis, guter Glaube) wird dieses jedoch gerade nicht gefordert. Außerdem, weshalb hätte sich der Sinn des Treu und Glaubens von der ursprünglichen subjektiven „geistigen Erwartungshaltung“ zu einem „allgemein akzeptierten Verhaltensmus-

⁴³³ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 55, S. 248 „... die Erkenntnis, dass § 242 in Schuldverhältnisse regelnd eingriff“; Rn. 59, S. 249 „Der Umfang ... in den rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Regelungen“ Rn. 65 ff., S. 251, „... nur bei dispositiven Gesetzesrecht angenommen, bald aber auch schon auf zwingendes Gesetzesrecht erstreckt“; Rn. 73, S. 254 „... bei jedem Schuldverhältnis (gleich ob privatautonom oder „kraft Gesetzes“ begründet).“

⁴³⁴ Mot., 2. A., 1896, II, S. 1251, 1252; Mugdan, II, 1899, S. 522.

⁴³⁵ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 60, S. 249 „Der Maßstab ... konnte der Parteiwille sein ...“

⁴³⁶ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn.64 „... objektiven, gesellschaftlichen Wertung...“

⁴³⁷ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 51 ff. “2. Abschnitt: Entwicklung der Vorschrift seit 1900“; Strauch, 1997, S. 33 „... die Formel unterschiedlich interpretieren. Je nachdem, ob man sie ursprünglich ... oder einheitlich im Sinne einer eher modernen Lesart versteht.“

⁴³⁸ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn. 67.

ter“ verwandelt, wenn der gute Glaube noch wie ursprünglich „subjektive Bewusstseinsanlage einer Person“ geblieben ist⁴³⁹.

Somit stehe ich für eine Verknüpfung der Vorgeschichte der Vorschrift des § 242 mit der Entstehung des § 242 als Vorschrift des BGB. Der Maßstab wäre der Parteiwille. Hierfür verweise ich auf die Motive und Protokolle der Verfasser des BGB⁴⁴⁰. Was die Entwicklung des § 242 betrifft, kann ich nur meine Bedenken äußern, dass in dem die h. M. auf die Vorgeschichte und die Entstehung als Begründung oftmals verweist, dieses mehrmals irrig geschieht.

Folgend gehe ich auf das Rechtsgeschäft respektive das rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnis ein:

Der 3. Abschnitt des Allgemeinen Teils ist mit Rechtsgeschäft überschrieben. Dieser Zentralbegriff des Bürgerlichen Rechts wird dort allerdings nicht ausdrücklich definiert. Gleichfalls geschieht es im 2. Titel des 3. Abschnitts mit der Willenserklärung. Auch der mögliche Inhalt des Schuldrechts wird in § 241 I nicht näher konkretisiert, was die verschiedenen Auffassungen in der Literatur verursacht. Das ist den jeweiligen Parteivereinbarungen oder dem Gesetz zu entnehmen. Diese Methode der weitgehenden Abstraktion ist die Folge des Bestrebens, das BGB nicht zu umfangreich werden zu lassen.

Die Verfasser des ersten Entwurfs des BGB haben mit Absicht von einer solchen Bestimmung abgesehen⁴⁴¹. In den Motiven zum 1. Entwurf wird Bezug genommen auf die Rechtsgestaltungsmacht der Willenserklärung als Bestandteil des Rechtsgeschäftes⁴⁴². Somit definiert die Rechtsordnung nicht das Rechtsgeschäft an sich, sondern nur die konkreten, anerkannten Rechtswirkungen oder die „rechtliche Gestaltung“⁴⁴³ im Besonderen Teil. Dies führt zu den bestimmten Aktstypen wie Kaufvertrag, Einigungsübertragung oder Testament, die alle unter der Abstraktion „Rechtsgeschäft“ begriffen

⁴³⁹ Zur „bona fides“ Staudinger/Schmidt, II, 13. A., 1995, § 242 Rn.7.

⁴⁴⁰ Mugdan, I, 1899, S. 837 „... wird jener Grundsatz dahin wirken, daß der Richter das ganze durch einen Vertrag begründete Rechtsverhältnis den Beteiligten gegenüber nach seinem wahren Inhalte zur Geltung bringt.“

⁴⁴¹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 126; Mugdan, I, 1899, S. 421 „Der im sächs. GB. § 88 gemachte Versuch eine Begriffsbestimmung regt zu Nachfolge wenig an. Die Gefahr, durch eine wie immer geartete Fassung irre zu leiten, ist ungleich größer, als...daß sie wirkliche Rechtsgeschäfte verkennt“; und bezüglich des Willenserklärungsbegriffes: Mot., 2. A., 1896, I, S. 153; Mugdan, I, 1899, S. 436 “Derartige begriffliche Feststellungen sind nicht Aufgabe des Gesetzes”; Flume, 4. A., 1992, § 2 I.

⁴⁴² Mot., 2. A., 1896, I, S. 126; Mugdan, I, 1899, 421 „Das Wesen des Rechtsgeschäfts wird darin gefunden, daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichtete Wille, sich betätigt und das der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte, rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht.“

⁴⁴³ Mot., 2. A., 1896, I, S. 126; Mugdan I, 1899, S. 421 „...und daß der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht.“

werden. Der Begriff „Rechtsgeschäft“ ist also die Abstraktion aller in der Rechtsordnung formierten Aktstypen. Für die Verfasser bedeutete das Rechtsgeschäft einen Tatbestand aus mindestens einer Willenserklärung, an den die Rechtsordnung des gewollten Rechtsverhältnisses knüpft. Dieses ist lediglich ein Tatbestandsbegriff.

Meine Auffassung ist eine andere (wie schon mehrmals erwähnt). Im Rechtsgestaltungsbereich kann das Rechtsgeschäft die mögliche Rechtsfolge einer Willens- oder Einigungserklärung sein. Und somit ist das ein Rechtsfolgenbegriff. Im Rechtsausübungsbereich ist es der Tatbestand einer Familien-, Schuld-, Erb- und Sachenrechtsfolge. Was das Rechtsgeschäft betrifft ist es ein Tatbestandsbegriff⁴⁴⁴.

Es werden unterschiedliche Arten von Rechtsgeschäften differenziert:

a) *Einseitige Rechtsgeschäfte*: Diese enthalten die Willenserklärungen nur einer Person. Beispiele sind die Kündigungserklärung, Anfechtungserklärung, Auslobung oder Testamenterrichtung.

b) *Mehrseitige Rechtsgeschäfte*: Enthalten die Willenserklärung mehrerer Personen (mindestens zweier). Zu den mehrseitigen Rechtsgeschäften gehören Verträge, Gesamtakte und Beschlüsse.

c) *Verpflichtungsgeschäfte*: Unter einem Verpflichtungsgeschäft versteht man ein Rechtsgeschäft, durch das die Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird. Es wird ein relatives Rechtsverhältnis als Sonderbeziehung kreiert.

d) *Verfügungsgeschäfte*: Rechtsgeschäfte, durch die ein Recht⁴⁴⁵ oder Rechtsverhältnis⁴⁴⁶ übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird. Es wird ein relatives oder absolutes Rechtsverhältnis modifiziert.

⁴⁴⁴ Brehmer, 1992, S. 52 „Das Rechtsgeschäft als Rechtsgrund der Rechtsfolge“; S. 53 “Es sind der Eintritt und die Geltung der rechtsgeschäftlichen Rechtsfolge also stets und immer dadurch gekennzeichnet, daß sie allein an das Rechtsgeschäft und nicht etwa schon allein an die Willenserklärung(en) für sich geknüpft sind.“

⁴⁴⁵ Enneccerus/Nipperdey, § 14 3; Flume, 4. A., 1992, § 11, 5b.

⁴⁴⁶ Von Tuhr, 1914, § 54.

Das Rechtsgeschäft ist der Tatbestand des üblicherweise genannten Rechtsgeschäftsverhältnisses, der Entstehungsgrund also für das Rechtsausübungsverhältnis im Bereich der rechtlichen Handlungsfreiheit. Geregelt wird dieses Rechtsverhältnis im BGB BT.

Zu der gerechten Anwendung schuldrechtlicher Rechtsgeschäfte gelangt man, wenn man den Wortlaut des § 242 ernst nimmt, also im Sinne, dass der Schuldner die Leistung nach Treu und Glauben (Privatautonomie) erbringen muss. Für sämtliche rechtsgeschäftliche Rechtsverhältnisse muss man aus § 242 einen allgemeinen Gedanken entnehmen, den des Interessenausgleichs nach Treu und Glauben (sachenrechtliche, familienrechtliche, erbrechtliche u. a. Rechtsverhältnisse).

Die Parteien können nach dem Grundsatz der Gestaltungsfreiheit selbst entscheiden, durch die Willens- und Einigungserklärung, welchen Inhalt ihre Rechtsbeziehung haben soll. Sie können aber auch selbst nach dem Grundsatz der Rechtsausübungsfreiheit sowohl rechtsgeschäftliche als auch gesetzliche Rechtsbeziehungen durch das Rechtsgeschäft bewirken. Bis hierhin gelten also dispositives oder nachgiebiges Recht. Schranken der privatautonomen Inhaltsbestimmung sind zwingende Rechtsnormen für einzelne Bereiche, die abweichende Vereinbarungen ausschließen.

3 Gesamtwürdigung

Nachdem ich sowohl die Willenserklärung als auch die Einigungserklärung als Tatbestand des Rechtsgestaltungsverhältnisses identifiziert habe, wollte ich wahrnehmbar machen, dass die Rechtsfolge das Rechtsgeschäft sein könnte. Der 3. Abschnitt (BGB) wird nicht unbegründet als „Rechtsgeschäfte“ tituliert. Er ist schließlich derjenige, der sich mit dieser Art der Rechtsfolgen befasst. Nämlich diejenige, die durch Willenserklärungen erzeugt wird.

Ähnlich ist der Sachverhalt bei dem Rechtsausübungsverhältnis, das den Tatbestand des Rechtsgeschäftes und die Familien-, Schuld-, Erb- und Sachenrechtsfolgen der verschiedenen Rechtsbereiche im Besonderen Teil miteinander verknüpft. Denn auch hier nennen sich die unterschiedlichen Bücher nicht unmotiviert; z. B. das 2. Buch „Recht der Schuldverhältnisse“, weil es als Rechtsfolge eine Schuld aufweist.

Somit sind die §§ 133 und 157 i. V. m. §§ 116 ff. anwendbar für die Zeit bis zum Zustandekommen des Rechtsgeschäftes und § 242 für die darauf folgende Zeit⁴⁴⁷. Das gerechte Wollensollen (Willensmangelrecht) ist nicht gleich dem gerechten Seinsollen (z. B. Schuldrecht)⁴⁴⁸. Der Rechtsgestaltung des Erklärenden ist die Rechtsauslegung des Empfängers im Allgemeinen Teil des BGB gegenübergestellt. Dies unterscheidet sich von der Zuteilung der Rechtsausübung des Gläubigers und der Rechtsverpflichtung des Schuldners im Besonderen Teil des BGB; es vollzieht sich eine Konkretisierung auf die Lebenswirklichkeit von der Abstraktheit der Verbindungsvorstellung. Die Rechtsverhältnisse entstehen durch ein Wollensollen und materialisieren in einem Seinsollen⁴⁴⁹.

Anschließend an *von Jherings* Ausführungen und entgegen der h. M., nehme ich das Rechtsgestaltungsrecht und dadurch auch das Willens- und Einigungsmangelrecht als *Culpa in contrahendo* an. Der für Polemik sorgende § 122 II i. V. m. § 119 I wird von mir entgegen der h. M. als nicht einschränkend, d. h. als nicht für die Zeit nach Wirksamwerden der Willenserklärung ausgelegt, und in den Bereich der *Culpa in contrahendo* eingesetzt. Ich würde diesen Fall lösen, anfangend mit dem Erklärenden und seiner Ausdrucksobliegenheit. Aus dem § 119 folgt, dass die Erklärung wirksam ist, wenn er

⁴⁴⁷ Staudinger/Singer, I, 2004, § 133 Rn. 3 „... gelten die §§ 133 und 157 in gleicher Weise für einzelne Willenserklärungen, Verträge, Beschlüsse und Rechtsgeschäfte aller Art, für die Zeit bis zum Vertragsschluss ebenso wie für die Zeit danach ...“

⁴⁴⁸ Soergel/Hefermehl, § 133 Rn. 3; BGHZ 16, 8.

⁴⁴⁹ Radbruch, Einführung, 9. A., 1952, S. 15.

diese Obliegenheit mit seinem Irrtum verletzt hat⁴⁵⁰. Er kann jedoch anfechten. Erst jetzt ist die normative Auslegung des § 122 II, als Obliegenheit des Empfängers den wahren Willen des Erklärenden auszulegen, hinzuzuziehen⁴⁵¹. Ob der Empfänger dies verschuldet, mit dem Kennen oder Kennenmüssen, ist in § 122 II von Bedeutung für den Ausschluss des Schadensersatzes. Das ist ein perfekter Ausgleich (d. h. beide überschneiden sich komplett) der beiderseitigen Obliegenheitsverletzungen (Willenserklärung und Erklärungsinterpretation) vom Gesetzgeber.

Meiner Ansicht nach ist das individuelle Verständnis, das Kennen oder Kennenmüssen, im Wege des Verschuldens der Auslegung zu ermitteln. Diese muss jedoch im Fall des Irrtums immer erst nach der Anfechtung geschehen. Dies widerspricht im Übrigen auch nicht dem Wortlaut des Gesetzes im § 122 II.

Demgemäß gilt im Willens- und Einigungserklärungsbereich eine verschuldensabhängige und nicht eine verschuldensunabhängige Haftung, wie von der Literatur gerne vertreten. Somit konnte ich gewissensfrei nach Obliegenheiten im 2. und 3. Titel des 3. Abschnitts suchen. Ich entwickelte ein Obliegenheitskonzept sowohl von Seiten des oder der Erklärenden (Willens- oder Einigungserklärung) als auch von Seiten des Empfängers oder der Empfänger (Erklärungs- oder Einigungsinterpretation). Die §§ 116 ff. und 154 ff. boten mir die ständige Rechtsgrundlage dafür.

Dass der § 133 die Auslegungsobliegenheit des Empfängers unabhängig von dem § 157 enthalten kann, widerspricht außerdem jeder anderen Meinung. Allerdings glaube ich für eine feste Überzeugung diesbezüglich gesorgt zu haben. Das Einzige von § 133 vorgeschriebene Ziel ist die Auslegung der Willenserklärung. Dieser Anwendungsbereich überschneidet sich allerdings nicht mit dem in § 157 geregelten („Verträge“)⁴⁵². Die Paragraphen sind nicht einander widersprechende, aber auch nicht sich gegenseitig ergänzende⁴⁵³. Es ist nicht Integration (h. M.), sondern Separation angesagt⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Mot., 2. A., 1896, I, S. 194 „Die Willenserklärung ist nichtig, wenn der Erklärende nicht fahrlässig gehandelt hat, gültig bei grober Fahrlässigkeit.“

⁴⁵¹ Mot., 2. A., 1896, I, S. 194 „Der Anfechtungsausschluss bei grober Fahrlässigkeit und die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit fallen aus, wenn der Empfänger den Willen kannte oder kennen musste.“

⁴⁵² A. A. Soergel/Hefermehl, § 133 Rn. 1; Münchener/Mayer-Maly/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 19; Bamberger/Roth, 2003, § 133 Rn. 19; Staudinger/Singer, I, 2004, § 133 Rn. 3 „... gelten die §§ 133 und 157 in gleicher Weise für einzelne Willenserklärungen, Verträge, Beschlüsse und Rechtsgeschäfte aller Art, für die Zeit bis zum Vertragsschluss ebenso wie für die Zeit danach ...“

⁴⁵³ A. A. Staudinger/Singer, I, 2004, § 133 Rn. 6, S. 1210 „Beide Normen kommen jeweils nur unter bestimmten Voraussetzungen ... zur Anwendung und ergänzen sich daher ...“

⁴⁵⁴ A. A. Münchener/Mayer-Mali/Busche, 4. A., 2001, § 133 Rn. 19.

Für die Rechtslücke der fahrlässigen Übereinstimmung des Verständnisses sowohl im Bereich der Willenserklärung als auch der Einigungserklärung stellte ich entsprechend den § 117 zu Verfügung. Denn Paradigma für das übereinstimmende Verständnis ist der § 117 mit seinen Absätzen I und II, jedoch nur bei Vorsatz. Die h. M. dagegen engagiert im Bereich der Einigungserklärung für die gleichen Fälle den Vorrang des übereinstimmenden Willens.

Die Verirrung des Grundsatzes der *Falsa Demonstratio* teile ich jedoch nicht. Der Vorrang der Übereinstimmung des Verständnisses, der Übereinstimmung des Willens und der Vorrang der Auslegung vor der Anfechtung sind nicht unter der gleichen Rechtsfolge und schon gar nicht unter dem gleichen römischen Grundsatz (*Falsa Demonstratio*) zu klassifizieren. Ich setzte lieber auf den Wortlaut des Gesetzes, d. h. dem Vorrang der Anfechtung vor der Auslegung im Irrtumsfall im § 119 I i. V. m. § 122 II.

Zuletzt wurde der Ausgleich der Obliegenheitsverletzungen im Bereich der Willenserklärung und der Einigungserklärung auf sinnvolle Gerechtigkeit hin geprüft. Dies ergab im ersten Bereich eine relative Alles-oder-Nichts-Lösung (Nichtigkeit) in den §§ 116, 117 und 118 oder aber eine quotengemäße Verteilung im § 119 i. V. m. § 122 II und § 123, die zu nichts anderem als zur vernünftigen Gerechtigkeit tendiert. Allein eine relative Alles-oder-Nichts-Lösung sowohl in § 154 als auch in § 155 konnte für den zweiten Bereich in Betracht gezogen werden.

Die Diskussion über das Verhältnis zwischen dem Rechtserklärenden und dem Rechtsempfänger hat in meinen Augen eine gesteigerte Tragweite, und ich hoffe zur Erläuterung der wissenschaftlichen Erkenntnis beigetragen zu haben.

Lebenslauf

Name: Cristina Giner Rommel

Anschrift: Avda. Cataluna 9, 67-68
46020 Valencia
Spanien

Telefon: 0034-963610574
crgiro@gmx.de

Geburtsdatum: 12. Oktober 1978

Geburtsort: Valencia, Spanien

Familienstand: ledig

Staatsangehörigkeit: deutsch und spanisch

Schulbildung: 1984-1996 Colegio Guadalaviar, Valencia
- EGB (Grundschule)
- BUP (Grundschule)
- COU (Allgemeine Hochschule)

Schulabschluss: Selectivo im Juni 1996 (entspricht Abitur)

Hochschulausbildung: **1996-2002** Studium der Rechtswissenschaften an der
Universidad Cardenal Herrera - CEU, Valencia, Spanien
2002 Erlangung des offiziellen Universitätsdiploms
1999-2000 Erasmus-Programm an der Johannes
Gutenberg-Universität in Mainz
2004-2005 Magisterstudiengang (LL.M.) an der Johannes
Gutenberg-Universität in Mainz mit dem Abschluss
„magna cum laude“

Berufliche Tätigkeiten: **2005-2006** KPMG Frankfurt