

Professor Dr. Jörg Neuner, Augsburg

Was ist eine Willenserklärung?*

Der Beitrag beschäftigt sich mit den tatbestandlichen Voraussetzungen einer Willenserklärung. Neben dem äußeren Tatbestand werden die kompetenziellen, intentionalen und materialen Grundbedingungen thematisiert.

I. Einleitung

Der Begriff der „Willenserklärung“ gehört zu den Grundbegriffen des Privatrechts. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bringt eine „Willenserklärung“ ganz pauschal die Absicht des Erklärenden zum Ausdruck, auf die Lebensverhältnisse Einfluss nehmen zu wollen („Ich will ab heute das Rauchen aufhören / mit Freunden ins Kino gehen“ usw.). Der besondere juristische Sprachgebrauch ist enger und besagt, dass Willenserklärungen der Gestaltung von Rechtsverhältnissen dienen¹. Sie sind für den Erklärenden das Medium zur privatautonomen Teilnahme am Rechtsverkehr und zugleich dazu bestimmt, von anderen Rechtssubjekten zur Kenntnis genommen zu werden². Diese doppelte Funktion kommt in dem Kompositum „Willens-Erklärung“ sehr prägnant zur Geltung, wirft bei einer Divergenz von Wille und Erklärung jedoch die Frage nach der Vorrangrelation auf. Hieran entzündete sich bereits vor Inkrafttreten des BGB die berühmte Kontroverse zwischen der sog. Willentheorie, die ausschließlich den Willen als Legitimationsgrund erachtet, und dem anderen Extremstandpunkt, der sog. Erklärungstheorie, die allein der Erklärung Bedeutung beimisst³. Dieser dogmatische Streit ist insofern überholt, als das BGB die Rechtsfolgen von Willensmängeln konkret bestimmt und divergierende Theorien mithin falsifiziert⁴. Auch eine rein prinzipiengeleitete Argumentation mit den jeweils maßgeblichen Grundsätzen der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung einerseits sowie dem Vertrauens- und Verkehrsschutz andererseits bleibt irrelevant, solange es auf der gesetzlichen Regelebene klare Vorgaben gibt.

Im Folgenden sollen daher die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Willenserklärung soweit wie möglich aus der *lex lata* hergeleitet werden. Dieser methodische Ansatz führt jedoch bezeichnenderweise zu einem weiteren, ähnlich strukturierten Problem. Da die Normen des BGB als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung den Zweck verfolgen, von den Adressaten verstanden und beachtet zu werden, kann es in

diesem legislativen Kontext ebenfalls zu einer Divergenz von Wille und Erklärung kommen. In der Folge herrscht auch auf der Gesetzesebene ein analoger Theorienstreit in Form der „objektiven“ und „subjektiven“ Auslegungslehre⁵. Aus dieser Kontroverse um den Gesetzesbegriff kann man zwar wiederum erkenntnisfördernde Rückschlüsse auf den Sinn und Zweck einer Willenserklärung ziehen, doch wird zugleich die Vorverständnisbedingtheit des juristischen Verstehens und die Unaufhebbarkeit des „hermeneutischen Zirkels“⁶ besonders augenscheinlich.

II. Die Voraussetzungen einer Willenserklärung

Bereits die zusammengesetzte Begriffsbildung legt es nahe, zwischen dem Willen und der Erklärung als tatbestandlichen Elementen einer Willenserklärung zu unterscheiden. Hieran anknüpfend werden Willenserklärungen häufig in einen „subjektiven“ und einen „objektiven“ Tatbestand aufgegliedert⁷. Diese Kennzeichnung ist jedoch insofern missverständlich, als Erklärungen in der Regel nicht *ad incertas personas* abgegeben werden, sondern an einen bestimmten Adressaten, aus dessen spezieller Perspektive sie auch zu interpretieren sind⁸.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg.

1 Zur Begriffsgeschichte s. näher Schermaier, in: *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann*, Historisch-kritischer Komm. zum BGB, 2003, §§ 116–124 Rdnr. 2; *Werba*, Die Willenserklärung ohne Willen, 2005, S. 14 ff. m. w. Nachw.

2 Vgl. *Bydlinski*, JZ 1975, 1; *Larenz*, Allg. Teil, 7. Aufl. (1989), S. 335.

3 S. zu diesem Theorienstreit näher *Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972, S. 119 ff.; *Vogenauer*, in: *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (o. Fußn. 1), §§ 133, 157 Rdnr. 34 ff. m. umf. Nachw.

4 Zur Fehlerhaftigkeit juristischer Theorien s. näher *Canaris*, JZ 1993, 377 (385 ff.).

5 S. dazu nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. (1995), S. 149 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. (2005), S. 111 ff. m. umf. Nachw.

6 Das Bild vom „hermeneutischen Zirkel“ oder der „hermeneutischen Spirale“ soll zum Ausdruck bringen: Nur wenn der Verstehende mit einem „Vorverständnis“ oder „Vorurteil“ an den Text herangeht, wird er diesen zum Sprechen bringen können. Mit anderen Worten: Nur wenn er in den Verstehenshorizont miteingeht, wird er argumentativ begründen können, was er als „vorläufiges“ Ergebnis bereits antizipiert hatte; vgl. *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. (1997), S. 46 m. w. Nachw.

7 S. z. B. *Palandt/Henrichs*, BGB, 66. Aufl. (2007), Vorb. § 116 Rdnr. 1; *Köhler*, Allg. Teil, 30. Aufl. (2006), § 6 Rdnrn. 2 f.; *Leipold*, BGB I, 4. Aufl. (2007), Rdnrn. 14, 17.

8 S. dazu auch *Jahr*, JuS 1989, 249 (251 f.).

Es erscheint deshalb sachgerechter, zwischen dem „inneren“ und dem „äußeren“ Tatbestand einer Willenserklärung zu unterscheiden⁹. Selbst diese Unterscheidung ist aber nur relativ, da Wille und Erklärung partiell zusammenhängen.

1. Der äußere Tatbestand

Der äußere Tatbestand einer Willenserklärung wird durch das Erklärte geprägt, das durch Auslegung festgestellt werden muss.

a) Die Erklärung

Eine Willenserklärung setzt als *conditio sine qua non* voraus, dass überhaupt etwas erklärt wurde. Ohne Erklärung bleibt der Wille ein reines Internum ohne reale Gestaltungsmacht und ohne intersubjektive Nachvollziehbarkeit.

aa) *Die Art der Erklärung.* Erklärungen können ausdrücklich oder konkludent abgegeben werden¹⁰, je nachdem, ob der Wille unmittelbar der Erklärung zu entnehmen ist oder nur mittelbar zum Ausdruck kommt (z.B. konkludenter Abschluss eines Beförderungsvertrags durch Einsteigen ins Taxi und Benennung des Fahrtziels)¹¹. Schweigen hat demgegenüber grundsätzlich keine Erklärungsbedeutung. Es kann zwar ausnahmsweise „beredt“ sein, wenn die Parteien dies beispielsweise vereinbaren, doch bedarf es hierfür besonderer Anhaltspunkte¹².

bb) *Der Zweck der Erklärung.* Die besondere Anforderung an eine Willenserklärung im juristischen Sinn liegt darin, dass sie jedenfalls äußerlich auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet sein muss¹³. Nur unter dieser Voraussetzung macht der Erklärende von der Option Gebrauch, Rechtsverhältnisse selbstbestimmt zu gestalten. Man spricht deshalb auch vom Erfordernis der „Kundgabe (!) eines Rechtsbindungswillens“¹⁴. Inwieweit der erklärte Rechtsbindungswille auch subjektiv tatsächlich vorhanden ist, betrifft den „inneren“ Tatbestand der Willenserklärung¹⁵. Der „äußere“ Tatbestand einer Willenserklärung fehlt insbesondere bei nur rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen (z.B. einer Nachfristsetzung), bei bloßen Gefälligkeitszusagen (z.B. zu einer Essenseinladung) oder bei reinen Tatsachenmitteilungen („haben wir die Bürgschaft übernommen ...“¹⁶).

b) Die Auslegung

Die Feststellung des „äußeren“ Tatbestands einer Willenserklärung erfolgt mittels Auslegung. Diese hat dabei nicht nur zu ergründen, ob überhaupt eine Willenserklärung vorliegt, sondern zugleich deren Bedeutung zu bestimmen¹⁷. Beides ist insofern ein einheitlicher Vorgang, als sich die Frage des Bestehens einer Willenserklärung nicht losgelöst von ihrem Aussagegehalt beantworten lässt. So kann man beispielsweise das Schreiben einer Bank nicht als Willenserklärung (Bürgschaftserklärung) auslegen, ohne zugleich den konkreten Inhalt der Erklärung zu ermitteln.

Die Sinnermittlung beginnt üblicherweise mit der semantischen Interpretation, die die Bedeutung der schriftlich oder mündlich kundgetanen Worte oder Zeichen zu eruieren versucht. Im Regelfall ist hierbei der allgemeine Sprachgebrauch maßgeblich. Ein besonderer Sprachgebrauch (z.B. „Besitz“ i. S. von § 854 I BGB) kann grundsätzlich nur zwischen juristisch geschulten Vertragsparteien oder innerhalb spezieller Verkehrskreise, etwa unter Kaufleuten, angenommen werden¹⁸.

Einer berühmten Digestenstelle zufolge, die in der sog. plain meaning rule und der Acte-clair-Doktrin fortlebt¹⁹, darf nach

dem tatsächlich Gemeinten nicht mehr gefragt werden, sofern die Worte „unzweideutig“ sind²⁰. Diese Auffassung ist jedoch schon deshalb zu rigide, weil die Feststellung der „Eindeutigkeit“ des Wortlauts sich erst im Wege der Auslegung ergibt. Eine reine Buchstabeninterpretation missachtet zudem den Parteiwillen und wird deshalb auch in §§ 133, 157 BGB von Gesetzes wegen untersagt. Lediglich bei Schriftformerfordernissen kann eine Wortlautbindung in Betracht kommen, doch beruht diese auf dem jeweiligen Formzweck und ist von der Gewinnung des Auslegungsergebnisses zu unterscheiden²¹. Letztlich entscheidend ist somit der *telos*, der wie bei der Gesetzesinterpretation objektiv oder subjektiv bestimmt werden kann. Nur wenn auch nach Ausschöpfung sämtlicher Auslegungscanones eine Mehrdeutigkeit verbleibt (z.B. bei der Bestellung von „zwei Zimmern mit drei Betten“²²), ist die Erklärung nichtig²³.

aa) *Der Vorrang der subjektiv-teleologischen Auslegung.* Nach der subjektiv-teleologischen Auslegung ist maßgeblich, welche konkreten Zwecke der Erklärende mit seiner Kundgabe verfolgte. Demgemäß verlangt § 133 BGB, den „wirkliche(n) Wille(n) zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften“. Die subjektiv-teleologische Auslegung ist vor allem bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen prioritär, weil und sofern ein Schutz des Verkehrs oder des Vertrauens Dritter entfällt²⁴. Hauptanwendungsfall ist das einseitige Testament. Die Verständnismöglichkeiten Dritter sind nur ausnahmsweise bei Erklärungen an einen bestimmten Personenkreis, wie etwa bei der Auslobung, zu berücksichtigen²⁵.

Die subjektiv-teleologische Auslegung ist des Weiteren auch bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen maßgebend,

9 So z.B. auch Bork, Allg. Teil, 2. Aufl. (2006), Rdnrn. 567, 578.

10 Das BGB verlangt nur ausnahmsweise ausdrückliche Erklärungen, vgl. §§ 244 I, 700 II, 1059 a I Nr. 1.

11 Auch sog. Willensbetätigungen (z.B. gem. §§ 151, 959 BGB) können als konkludente Willenserklärungen aufgefasst werden; vgl. Repgen, AcP 200 (2000), 533 (548 ff.); Kramer, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2006), Vorb. § 116 Rdnr. 26; Singer, Selbstbestimmung u. Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung, 1995, S. 161 ff.; a.A. Larenz/Wolf, Allg. Teil, 9. Aufl. (2004), § 24 Rdnrn. 21 ff. m.w. Nachw.

12 Vom „beredeten“ Schweigen ist das gesetzlich „normierte“ Schweigen (z.B. gem. §§ 416 II 2, 516 II 2 BGB) zu unterscheiden, bei dem es sich von vornherein nur um die Fiktion einer Willenserklärung handelt; s. zum Ganzen näher Larenz/Wolf (o. Fußn. 11), § 28 Rdnrn. 66 ff.; Staudinger/Singer, BGB, 2004, Vorb. §§ 116–144 Rdnrn. 60 ff. m. umf. Nachw.

13 Vgl. nur Medicus, Allg. Teil, 9. Aufl. (2006), Rdnr. 175; Staudinger/Singer (o. Fußn. 11), Vorb. §§ 116–144 Rdnr. 1 m.w. Nachw.

14 Vgl. BGHZ 97, 372 (377 f.) = NJW 1986, 2043 = JuS 1988, 602 (Fehrmann); Köhler (o. Fußn. 7), § 6 Rdnr. 2.

15 S. dazu näher u. II 2.

16 So die Interpretation des Sachverhalts der Bürgschaftsentscheidung (BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2279 = JuS 1986, 440 [Brehmer]) durch Canaris, NJW 1984, 2281.

17 Vgl. Larenz, Die Methode d. Auslegung d. Rechtsgeschäfts, 1930, S. 82 f.; Kellmann, JuS 1971, 609.

18 Vgl. Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 7), § 133 Rdnr. 14; Larenz/Wolf (o. Fußn. 11), § 28 Rdnr. 34; die Beweislast obliegt demjenigen, der eine Abweichung vom allgemeinen Sprachgebrauch behauptet; vgl. Stathopoulos, in: Festschr. f. Larenz, 1973, S. 357 ff. (365 f.).

19 S. näher Lüderitz, Auslegung v. Rechtsgeschäften, 1966, S. 65 ff.; Meder, Missverstehen u. Verstehen, 2004, S. 13 f., 17 ff., 234 ff. m.w. Nachw.

20 Paul. D. 32, 25, 1: „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio“; s. dazu ausf. Zimmermann, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, S. 622 ff.

21 Vgl. Wieser, JZ 1985, 407 (408); Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), § 133 Rdnr. 30 m.w. Nachw.

22 Beispiel nach Larenz (o. Fußn. 2), S. 337, 340.

23 Vgl. Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), § 133 Rdnrn. 19, 23; Medicus (o. Fußn. 13), Rdnr. 759.

24 Vgl. nur Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), § 133 Rdnrn. 6, 15; Larenz/Wolf (o. Fußn. 11), § 28 Rdnr. 94.

25 Vgl. Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 7), § 133 Rdnr. 12; Busche, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 133 Rdnr. 27.

falls der Empfänger tatsächlich versteht, was der Erklärende intendiert. Ungeachtet des allgemeinen Sprachgebrauchs gilt hier das vom Erklärenden Gemeinte, da die Kommunikation geglückt ist und der Grundsatz der Selbstbestimmung nicht durch verkehrs- oder vertrauensschutzrechtliche Aspekte überlagert wird. Kündigt beispielsweise ein Abonnent versehentlich die Zeitschrift „Jura“ an Stelle der „JuS“, muss dem Zeitschriftenhändler klar sein, dass allein die „JuS“ gemeint ist, sofern nur über die Zeitschrift „JuS“ ein Bezugsvertrag bestand²⁶. In diesem Sinne bestimmt daher auch Art. 8 I des Übereinkommens der Vereinten Nationen über internationale Warenkaufverträge (CISG), dass Erklärungen „einer Partei nach deren Willen auszulegen (sind), wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte“.

Ebenso wie der Erklärende kann auch der Empfänger in seiner Annahmeerklärung etwas „falsch“ bezeichnen. Der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ gilt hier gleichermaßen, wobei zwei Konstellationen zu unterscheiden sind: Wollten beide Parteien sich rechtlich binden und haben nur einen „falschen“ Begriff gewählt, gilt das tatsächlich Gewollte (Beispiel: Einigung über Walfischfleisch, obwohl die verwendete Bezeichnung „Haakjöringsköd“ norwegisch eigentlich Haifischfleisch bedeutet²⁷). Wollten die Parteien sich hingegen rechtlich überhaupt nicht binden, liegt ein Scheingeschäft i. S. von § 117 I BGB vor, bei dem es bereits am äußeren Tatbestand einer Willenserklärung fehlt²⁸. Subjektive Elemente prägen also auch den äußeren Tatbestand einer Willenserklärung insoweit, als es primär auf den Sprachgebrauch der Akteure und nicht auf die Verständnisperspektive außenstehender Dritter ankommt.

bb) *Der Vorrang der objektiv-teleologischen Auslegung.* Erkennt der Empfänger das tatsächlich Gemeinte nicht, erlangt das objektiv Erklärte vorrangige Bedeutung. Nach § 157 BGB muss die Auslegung des Erklärten allerdings im Lichte von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ erfolgen und darf nicht auf den „buchstäblichen Sinn“ reduziert werden. Erscheint beispielsweise auf einer Internetseite der Hinweis „Gratis Download“ in Fettdruck, stellt ein Klick auf den Button „Ja, weiter!“ keine Willenserklärung dar, auch wenn in Kleindruck hinzugefügt ist: „0900..., 0,49 Euro pro Minute“. Es fehlt hier nicht erst das sog. Erklärungsbewusstsein²⁹, sondern bereits der äußere Tatbestand einer Willenserklärung, da der Klick von einem redlichen Empfänger nur als Wille zur Fortsetzung der kostenlosen Nutzung verstanden werden kann. Ein weiteres Beispiel bildet die Kundgabe eines Rechtsfolgswillens durch einen erkennbar Geschäftsunfähigen (etwa durch ein Kleinkind). Auch hier liegt bereits äußerlich keine Willenserklärung vor.

2. Der innere Tatbestand

Stimmt der erklärte Rechtsbindungswille mit dem wirklichen Willen überein, handelt es sich um einen fehlerfreien, insgesamt gelungenen Akt privatautonomer Teilnahme am Rechtsverkehr. Eine solche „finale“³⁰, „volltypische“³¹ Willenserklärung bedarf keiner besonderen Zurechnung, da die interne Willensbildung in der externen Erklärung originalgetreu abgebildet wird. Der dogmatische Streit konzentriert sich deshalb auf die vorgelagerten Fragen, unter welchen Bedingungen eine autonome Entscheidungsfindung überhaupt möglich ist und unter welchen Voraussetzungen eine vom tatsächlichen Willen abweichende Erklärung normativ zugerechnet werden kann. Sieht man von grundlegenden neurobiologischen Zweifeln an der Idee der Willensfreiheit ab³²,

sind im Wesentlichen drei Faktoren problematisch: die Kompetenz, die Intention und die Freiheit.

a) Kompetenzielle Voraussetzungen

Die Zurechenbarkeit des äußeren Erklärungstatbestands setzt als *conditio sine qua non* voraus, dass der kundgetane Wille vernunftgeleitet gebildet werden konnte.

aa) *Die Geschäftsfähigkeit.* Nach § 105 I BGB ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig. Sonderbestimmungen gelten für Geschäfte des täglichen Lebens gem. § 105 a BGB sowie für Erklärungen von beschränkt Geschäftsfähigen gem. §§ 107 ff. BGB und von Betreuten unter Einwilligungsvorbehalt gem. § 1903 BGB. Die Rechtsfolge der Totalnichtigkeit gem. § 105 I BGB wird zwar vereinzelt als unverhältnismäßig kritisiert³³, doch ist diese Kontroverse hier nicht weiter von Bedeutung. Auch die eingriffsmildere Alternative schwebender Unwirksamkeit (mit der Möglichkeit einer Genehmigung) ist Ausdruck des Grundsatzes, dass die Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen die konstitutionelle Fähigkeit zur freien Willensbestimmung voraussetzt.

Konsequenterweise unterliegt der nicht (voll) Geschäftsfähige auch keinen subsidiären Schadensersatzansprüchen auf Grund enttäuschten Vertrauens aus c. i. c. oder § 122 BGB³⁴. Die Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs verlangt lediglich klare gesetzliche Vorgaben und Altersgrenzen, so dass insbesondere die Zwischenkategorie einer „relativen Geschäftsunfähigkeit“ (begrenzt auf „schwierige“ Rechtsgeschäfte) abzulehnen ist³⁵.

bb) *Die Handlungsfähigkeit.* Nach § 105 II BGB ist auch eine Willenserklärung nichtig, die im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird.

(1) *Die Auslegung des § 105 II BGB.* Eine vorübergehende Störung der Geistestätigkeit i. S. von § 105 II BGB liegt beispielsweise bei einem Alkohol- oder Drogenabusus vor. Eine Bewusstseinsstörung tritt z. B. beim Schlafwandeln, bei epileptischen Anfällen oder bei Hypnose ein³⁶. Nach h. L. fällt unter § 105 II BGB hingegen nicht Bewusstlosigkeit im Sinne des völligen Fehlens des Bewusstseins (Ohnmacht), da hier mangels eines Handlungswillens bereits der Tatbestand einer Willenserklärung fehle³⁷.

26 AG Wedding, NJW 1990, 1797; Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), § 119 Rdnr. 39.

27 RGZ 99, 147; s. dazu ausf. Cordes, Jura 1991, 352.

28 Vgl. Lorenz (o. Fußn. 2), S. 366; Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), § 117 Rdnr. 1 m. w. Nachw.

29 So aber AG München, MMR 2006, 184.

30 Kramer (o. Fußn. 3), S. 147 f.; Kramer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), Vorb. § 116 Rdnr. 18 a.

31 Sandrock, RabelsZ 34 (1970), 375 (376).

32 Vgl. namentlich Roth, Aus Sicht d. Gehirns, 2003; zur Gegenkritik s. z. B. Wolff, JZ 2006, 925 m. w. Nachw.

33 Vgl. Canaris, JZ 1987, 993 (996 ff.); zur Gegenkritik s. z. B. Staudinger/Knothe (o. Fußn. 12), § 105 Rdnr. 7 f. m. w. Nachw.

34 In Betracht kommt nur eine deliktische Haftung gem. § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB u. § 826 BGB, sofern die Verantwortlichkeit nicht nach §§ 827 f. BGB ausgeschlossen ist; vgl. Schmitt, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 106 Rdnr. 17 ff.; Staudinger/Knothe (o. Fußn. 12), Vorb. §§ 104–115 Rdnr. 28 m. w. Nachw.

35 Vgl. BGH, NJW 1970, 1680 (1681); Bork (o. Fußn. 9), Rdnr. 984; Kohler (o. Fußn. 7), § 10 Rdnr. 4.

36 Vgl. Staudinger/Knothe (o. Fußn. 12), § 105 Rdnr. 12 f. m. w. Nachw.

37 Vgl. Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 7), § 105 Rdnr. 2; Staudinger/Knothe (o. Fußn. 12), § 105 Rdnr. 12; Schmitt, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 105 Rdnr. 39.

Diese Auffassung überzeugt nicht. Sie ist weder mit dem Wortlaut noch mit dem telos des § 105 II BGB vereinbar. Es kann offenkundig nicht darauf ankommen, ob ein „Mausklick“, der gegenüber Dritten eine rechtsgeschäftliche Erklärung zum Ausdruck bringt, vom Versender deshalb ausgelöst wird, weil er über dem Computer bewusstlos zusammenbricht oder weil er gerade einen epileptischen Anfall erleidet. In beiden Fällen ist wertungsmäßig kennzeichnend, dass der Erklärende sein Verhalten nicht beherrscht, also nicht im Stande ist, den Willen vernunftgerecht zu bilden. Vergleichbar dem Sonderfall der Geschäftsunfähigkeit fehlt dem Erklärenden hier die Kompetenz zu einem willentlich gesteuerten Verhalten. Diese Handlungsfähigkeit liegt zum Beispiel auch bei der Anwendung von Gewalt („vis absoluta“) nicht vor, weshalb ein Analogieschluss zu § 105 II BGB geboten ist.

Die Differenzierung zwischen Bewusstseinsstörung und Bewusstlosigkeit erweist sich im Übrigen auch bei einer erneuten Vornahme des Rechtsgeschäfts als nicht sachgerecht. So erscheint es begriffsjuristisch und interessenwidrig, wenn nur bei Geschäftsunfähigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit eine Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts gem. § 141 BGB möglich ist, nicht aber bei Fehlen des Bewusstseins oder bei vis absoluta, weil hier „schon tatbestandlich kein Rechtsgeschäft vorliegt“³⁸.

(2) *Die Lehre vom Handlungswillen.* Nach der ganz h.L. erfordert eine Willenserklärung einen Handlungswillen, also den Willen, überhaupt etwas zu tun oder bewusst zu unterlassen³⁹. Fehlt der Handlungswille, besteht von vornherein nur der Anschein einer Willenserklärung.

Diese Lehre vom Handlungswillen ist dogmatisch aus mehreren Gründen abzulehnen. Sie löst sich nicht nur von der gesetzlichen Regelung des § 105 II BGB, sondern differenziert vor allem nicht hinreichend zwischen der Zurechnung der Handlung und der Zurechnung des Inhalts der Erklärung. Für die Zurechnung der Handlung ist kennzeichnend, dass es nicht auf ein „Wollen“, sondern allein auf das „Können“ ankommt. So kann man für eine Handlung gerade auch dann verantwortlich sein, wenn sie nicht gewollt ist⁴⁰. Stößt beispielsweise jemand unbewusst eine Vase um oder tritt unbewusst aufs Bremspedal, liegt deliktsrechtlich jeweils eine Handlung vor⁴¹. Auch bei einem Verschreiben oder Versprechen wird eine Willenserklärung gem. § 119 I Alt. 2 BGB dem Erklärenden zugerechnet, obwohl er die konkrete Handlung gerade nicht ausführen wollte⁴². Diese Feststellung schließt nicht aus, die Zurechnung des äußeren Tatbestands einer Willenserklärung von bestimmten voluntativen Voraussetzungen, nämlich dem Willen zur Kommunikation und Teilnahme am Rechtsverkehr, abhängig zu machen⁴³. Der Handlungswille als solcher ist allerdings kein adäquates normatives Kriterium.

Aus dem Handlungswillen, also der Absicht etwas zu tun, kann man keine Rückschlüsse auf das Vorliegen eines Kommunikationsakts in Form einer Willenserklärung ziehen. Ob eine lästige Mücke während einer Versteigerung mit „Handlungswillen“ vertrieben wird, ist nicht entscheidend für das Zustandekommen rechtsgeschäftlicher Beziehungen. Die gewollte „Muskelbewegung“ des Handhebens verfolgt zum einen keine kommunikativen Zwecke, und zum anderen eignen sich auch die höchstpersönlichen Handlungszwecke nicht als rechtliches Differenzierungskriterium. Der Wille, ein Insekt zu vertreiben, ist ein irrelevantes Internum, vergleichbar der generellen Einstellung zum Tierschutz. Die maßgebende Primärvoraussetzung für eine potenzielle Haftung reduziert sich auf die Frage, inwieweit der Handhebende als Urheber der

Erklärung zurechnungsfähig ist. Der Handlungswille erlangt hingegen weder im inneren noch im äußeren Tatbestand einer Willenserklärung Bedeutung⁴⁴.

Ausreichend und erforderlich für die Zurechnung der Handlung ist im Umkehrschluss zu § 105 II BGB somit allein die Handlungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Herbeiführung des äußeren Erklärungsstatbestands. Setzt ein Schlafender oder Bewusstloser den Anschein einer Willenserklärung, entsteht für ihn keine rechtsgeschäftliche Verpflichtung, weil er schlicht und einfach „nichts dafür kann“⁴⁵. Von der Zurechenbarkeit der Handlung ist die Zurechenbarkeit des Erklärungssinns zu unterscheiden, nämlich inwieweit der Erklärende für das verantwortlich ist, was er erklärte⁴⁶. Um diese Frage beantworten zu können, bedarf es indes vorweg der kompetenziellen Feststellung, ob überhaupt ein zur freien Willensbildung befähigtes Privatrechtssubjekt gehandelt hat.

(3) *Schadensersatzhaftung.* Fehlt die Handlungsfähigkeit, ist die Willenserklärung zwar gem. § 105 II BGB nichtig, doch kommt eine Schadensersatzpflicht wegen Verschuldens bei Vertragsschluss gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB in Betracht⁴⁷. Besucht jemand in übermüdetem Zustand eine Versteigerung und weiß, dass er im Schlaf zu Reflexhandlungen neigt, ist ihm eine entsprechende Sorgfaltspflichtverletzung anzulasten.

b) Intentionale Voraussetzungen

Die Zurechnung des Erklärten, also des kundgetanen Rechtsbindungswillens, kann aus mehreren Gründen problematisch sein: erstens, weil der Erklärende überhaupt nichts erklären wollte, zweitens, weil er etwas erklären wollte, aber ohne rechtsgeschäftliche Intentionen, und drittens, weil er eine andere als die erklärte Rechtsfolge beabsichtigte.

aa) *Der Kommunikationswille.* Ruft jemand durch sein Handeln den äußeren Tatbestand einer Willenserklärung hervor, kann ihm gleichwohl der Wille fehlen, Dritten etwas kundzutun. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn jemand in einer Versteigerung die Hand hebt, um eine Mücke zu vertreiben oder um sich am Kopf zu kratzen. Gleich gelagert ist der Fall der sog. abhanden gekommenen Willenserklärung, bei der der Erklärende einen vorläufigen, noch zu überdenkenden Entwurf einer Willenserklärung verfasst, das Schriftstück sodann jedoch durch ein Versehen des Erklärenden selbst oder eines Dritten (z. B. Sekretärin oder Mitbewohner) etwa zusammen mit anderen Briefen in die Post gelangt. Es bietet sich an, in diesen Konstellationen von einem fehlenden „Kommunikationswillen“ zu sprechen.

(1) *Der prinzipielle Ausschluss einer Erfüllungshaftung.* Die Rechtsfolgen bei fehlendem Kommunikationswillen sind im

38 Unter dieser Voraussetzung ist nach Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 7), § 141 Rdnr. 3, die Regelung des § 141 BGB unanwendbar.

39 Vgl. Larenz/Wolf (o. Fußn. 11), § 24 Rdnrn. 3 ff.; Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 7), Vorb. § 116 Rdnr. 16; Flume, Allg. Teil II, 4. Aufl. (1992), S. 46; Ahrens, JZ 1984, 986; Köhler (o. Fußn. 7), § 7 Rdnr. 4 m. w. Nachw.; a. A. Schermaier, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (o. Fußn. 1), §§ 116–124 Rdnr. 14; Brehmer, JuS 1986, 440 (443); Kellmann, JuS 1971, 609 (612 ff.).

40 Vgl. auch Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), Vorb. §§ 116–144 Rdnr. 27.

41 Vgl. Larenz/Canaris, SchuldR II/2, 13. Aufl. (1994), § 75 II 1 a (S. 361).

42 Vgl. Werba (o. Fußn. 1), S. 71 f., 84 ff.

43 S. näher u. II 2 b.

44 Sogar für eine kumulative Berücksichtigung hingegen Stephan Lorenz, Der Schutz vor d. unerwünschten Vertrag, 1997, S. 214 ff.

45 Vgl. auch Hepting, in: Festschr. 600 Jahre Universität Köln, 1988, S. 209 ff. (221).

46 Vgl. auch die Differenzierung zwischen Handlung und Erklärungssinn bei Larenz (o. Fußn. 17), S. 34.

47 Vgl. auch Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), Vorb. §§ 116–144 Rdnr. 50; Kramer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), Vorb. § 116 Rdnr. 8 Fußn. 22.

Gesetz sehr präzise und geradezu leitbildhaft geregelt⁴⁸. Eine explizite Regelung findet sich zunächst in § 794 I BGB, wonach der Aussteller einer Inhaberschuldverschreibung auch dann verpflichtet wird, wenn sie „ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist“. Eine solche Haftung auf das positive Interesse besteht namentlich auch im Wechselrecht, sofern gegenüber redlichen Zweiterwerbern der Rechtsschein einer gültigen Wechselverpflichtung veranlasst wurde (Art. 16 f. WG). Bei diesen Regelungen handelt es sich indes um eng begrenzte Sonderbestimmungen zur Gewährleistung der Umlauffähigkeit von Wertpapieren⁴⁹. Zudem begründen diese Vorschriften auch keine rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen, sondern sind Ausprägungen einer gesetzlichen Rechtsscheinhafung⁵⁰, was allein schon das Erfordernis der Schutzbedürftigkeit des Dritten zeigt.

Ein Umkehrschluss zu diesen wertpapierrechtlichen Spezialregelungen belegt, dass es im allgemeinen Zivilrecht keine Erfüllungshaftung bei fehlendem Kommunikationswillen gibt. Geradezu als „selbstverständlich“ bezeichnet es der historische Gesetzgeber, „dass die Willenserklärung dem anderen Theile in Folge des Willens des Erklärenden zugekommen sein muss“⁵¹. Auch der moderne Gesetzgeber teilt diese Auffassung und nennt als Beispiel die Aktivierung des „Sende-Befehls“ am PC ohne Willen des Erklärenden⁵². Eine weitere normtextuelle Bestätigung enthält § 172 I BGB, der für die Zurechnung des Inhalts einer Vollmachtsurkunde deren „Aushändigung“ verlangt. Zugleich besagt § 130 II BGB, dass es für die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluss ist, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. E contrario: Wird beispielsweise der Entwurf einer Willenserklärung im Zustand der Geschäftsfähigkeit verfasst und später im geschäftsunfähigen Zustand abgegeben, liegt keine Willenserklärung vor⁵³. Dasselbe gilt, wenn der Aussteller einer Bürgschaftserklärung noch vor deren Aushändigung in Ohnmacht fällt⁵⁴. Entscheidend ist stets, ob der Erklärende zum Zeitpunkt des In-Verkehr-Gelagens einen (mutmaßlichen) Kommunikationswillen hatte.

Die Gegenansicht, die trotz fehlenden Kommunikationswillens von einer (anfechtbaren) Willenserklärung ausgeht⁵⁵, findet im Gesetz keine Stütze und hebt die Unterscheidung von Fremd- und Selbstbestimmung auf⁵⁶. Auch im Ergebnis wirkt es unverhältnismäßig, denjenigen auf das positive Interesse potenziell haften zu lassen, der allenfalls fahrlässig den äußeren Tatbestand einer Willenserklärung setzte. Abgesehen von übergeordneten Verkehrsschutzanforderungen, namentlich im Bereich des Wertpapierrechts, erscheint eine Erfüllungshaftung nur angemessen, wenn der Haftende seinerseits den rechtsgeschäftlichen Vorteil sucht.

(2) *Schadensersatzhaftung*. Hinsichtlich der Haftung auf das negative Interesse ist fraglich, ob diese nur verschuldensabhängig gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB oder verschuldensunabhängig analog § 122 BGB besteht. Entsprechend der gesetzgeberischen Regelungsabsicht⁵⁷ ist eine verschärfte Haftung indiziert, sofern der Erklärende durch sein Handeln (z. B. das Verfassen des Entwurfs einer Willenserklärung) die Gefahr eines Vertrauensschadens bewusst verursachte⁵⁸.

bb) *Der Partizipationswille*. Es ist höchst umstritten, inwieweit der innere Tatbestand einer Willenserklärung neben dem generellen Kommunikationswillen weitere Elemente voraussetzt. Das Meinungsspektrum reicht von der Notwendigkeit eines konkreten Geschäftswillens über das Erfordernis eines Erklärungsbewusstseins bzw. einer Erklärungsfahrlässigkeit bis hin zum gänzlichen Verzicht auf zusätzliche Kriterien.

(1) *Die Lehre vom Geschäftswillen*. Der sog. Geschäftswille ist darauf gerichtet, bestimmte Rechtsfolgen in Geltung zu setzen. Synonym spricht man deshalb auch vom „Rechtsfolgewillen“ (bezogen auf die Herbeiführung einer ganz konkreten Rechtsfolge)⁵⁹. Der Geschäftswille fehlt, wenn der Erklärende etwas anderes nach außen erklärt als er subjektiv will, er also ein anderes oder gar kein „Geschäft“ will.

Nach einer Mindermeinung gehört der Geschäftswille zu den konstituierenden Voraussetzungen einer Willenserklärung⁶⁰. Hat sich der Erklärende beispielsweise versprochen oder versprochen, liegt keine Willenserklärung vor, sondern es tritt erst nach Versäumen der Anfechtungsfrist des § 121 BGB eine heteronome Bindung aus Gründen des Vertrauens- und Verkehrsschutzes ein⁶¹. Der Geltungsgrund einer Willenserklärung wird demnach in der willentlichen Selbstbestimmung gesehen, während insbesondere die Prinzipien des Vertrauens- und Verkehrsschutzes nur die Grundlage einer gesetzlichen, d. h. fremdbestimmten Haftung bilden können.

Diese strikte quellentheoretische Trennung hat den Vorzug hoher Methodentransparenz, ist aber mit der *lex lata* nur schwer vereinbar und auch rechtstheoretisch letztlich nicht „durchzuhalten“. So stellt sich das Problem fehlerhafter Willensbekundungen in ähnlicher Form auf der Gesetzgebungsebene, falls der Normtext die legislative Regelungsabsicht nicht korrekt wiedergibt⁶². Bei einer solchen Divergenz erscheint es ebenfalls sinnwidrig, die Geltung des „fehlerhaften“ Legislativakts auf bloßen Zwang und Fremdbestimmung zurückzuführen. Maßgebend ist vielmehr allein der Autonomiegedanke, der notwendig die Verantwortung für missglückte Formen der Selbstbestimmung miteinschließt⁶³. Demgemäß wird auch nach dem geltenden Anfechtungssystem der §§ 119 ff. BGB der Empfänger a priori in seinem Vertrauen auf das Erklärte geschützt⁶⁴. Erst nach fristgerecht erfolgter Anfechtung der zunächst wirksamen Willenserklärung wird

48 S. dazu auch schon Neuner, JuS 2007, 401 (410 f.).

49 Vgl. nur Staudinger/Marburger (o. Fußn. 12), § 794 Rdnr. 1.

50 Vgl. nur Palandt/Sprau (o. Fußn. 7), § 793 Rdnr. 8; Hueck/Canaris, Recht d. Wertpapiere, 12. Aufl. (1986), § 3 II (S. 33 ff.).

51 Mot. I, S. 157.

52 BT-Dr 14/4987, S. 11.

53 Für das Inverkehrbringen ist keine besondere Handlungskompetenz erforderlich. Das Abhandenkommen kann theoretisch sogar durch Naturkräfte erfolgen (der Entwurf wird z. B. vom Winde verweht). Lediglich das Verfassen des Schriftstückes muss zurechenbar erfolgt sein, um sodann die Zurechenbarkeit der Erklärung bestimmen zu können.

54 Beispiel nach Köhler (o. Fußn. 7), § 6 Rdnr. 12 (der jedoch unzutreffend von einem fehlenden Handlungswillen ausgeht).

55 Vgl. Palandt/Heinrichs (o. Fußn. 7), § 130 Rdnr. 4; Larenz/Wolf (o. Fußn. 11), § 26 Rdnr. 7 m. w. Nachw.

56 Vgl. auch BGH, NJW-RR 2003, 384; Leipold (o. Fußn. 7), § 12 Rdnr. 8; Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), Vorb. §§ 116–144 Rdnr. 49; Lorenz (o. Fußn. 44), S. 220.

57 Vgl. BT-Dr 14/4987, S. 11.

58 Vgl. Canaris, JZ 1976, 132 (134); Singer (o. Fußn. 11), S. 197; a. A. Bork (o. Fußn. 9), Rdnr. 615 m. w. Nachw.

59 Vgl. Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), Vorb. §§ 116–144 Rdnr. 29; Larenz/Wolf (o. Fußn. 11), § 24 Rdnr. 9; der Sprachgebrauch ist allerdings uneinheitlich; andere verstehen unter dem „Rechtsfolgewillen“ den generellen Willen, irgendeine Rechtsfolge herbeizuführen; der „Rechtsfolgewille“ ist dann gleichbedeutend mit dem „Rechtsbindungswillen“; vgl. Köhler (o. Fußn. 7), § 6 Rdnr. 2 sowie unten im Text bei Fußn. 66.

60 Vgl. aus dem neueren Schrifttum v. a. Singer (o. Fußn. 11), S. 45 ff.; ders., JZ 1989, 1030 (1031 ff.); Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 89 ff.

61 Vgl. Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), Vorb. §§ 116–144 Rdnr. 21 ff.

62 S. dazu näher Neuner (o. Fußn. 5), S. 114 f.

63 Vgl. auch Flume, in: Festschr. zum 100-jährigen Bestehen d. DJT I, 1960, S. 135 ff. (159 f.); Kramer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), Vorb. § 116 Rdnr. 39 m. w. Nachw.

64 Vgl. auch Lorenz (o. Fußn. 44), S. 223; Werba (o. Fußn. 1), S. 50 ff.

der Vertrauensschutz gem. § 122 BGB auf das negative Interesse beschränkt.

(2) *Die Lehre vom Erklärungsbewusstsein.* Das sog. Erklärungsbewusstsein wird in der Literatur uneinheitlich definiert. Manche setzen das „Erklärungsbewusstsein“ mit dem Begriff des „Erklärungswillens“ gleich⁶⁵. Dies ist jedoch insofern zu weit und pauschal, als darin lediglich der unspezifische Wille zu irgendeiner Erklärung (Kommunikation) zum Ausdruck kommt, nicht aber die konkrete Absicht, an der Definition und Gestaltung von Privatrechtsverhältnissen mitzuwirken.

Andere verstehen unter dem „Erklärungsbewusstsein“ den generellen „Rechtsfolgewillen“⁶⁶, also „dass der verlautbarte Erklärungsakt als eine Willenserklärung gewollt ist“⁶⁷. Diese Umschreibung erscheint hingegen zu eng, weil bereits derjenige am Rechtsverkehr teilnimmt, der einen Rechtsbindungswillen gegenüber Dritten kundtut, obwohl er sich subjektiv eigentlich nicht binden will. Hält beispielsweise in einer Internet-Auktion der Anbieter den Einstandspreis bewusst niedrig, obwohl er erst ab einem höheren Limit verkaufen möchte, bleibt der fehlende Bindungswille unbeachtlich⁶⁸. Ausreichend ist bereits das selbstbestimmte, fehlerfreie Erklären eines Rechtsbindungswillens⁶⁹. Wer will, dass sich Dritte auf Grund einer bewusst geäußerten Verpflichtungserklärung rechtlich binden, darf konsequenterweise die Verbindlichkeit der eigenen Erklärung nicht selbst zur Disposition stellen. Eine solche Willenserklärung ohne Rechtsbindungswillen ist dem Erklärenden zuzurechnen⁷⁰, weil er damit nur so behandelt wird, wie er selbst Dritte verpflichtet sehen möchte. Ohne diese Zurechnung würde die Idee der Privatautonomie ad absurdum geführt, weil im Zweifel jeder nur den anderen verpflichtet sehen will und durch diese latente Mentalreservation letztlich jede Erfüllungshaftung als Fremdbestimmung erschiene. Konsequenterweise ordnet deshalb auch § 116 S. 1 BGB ausdrücklich an, dass eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig ist, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen⁷¹.

Sachgerechter erscheint daher eine weiter gefasste Formulierung des „Erklärungsbewusstseins“, wonach der Wille ausreicht, „überhaupt am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilzunehmen und durch sein Handeln eine irgendwie rechtsgeschäftlich relevante Erklärung abzugeben“⁷². Der entscheidende Aspekt liegt nach dieser zutreffenden Beschreibung in dem Willen, am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilzunehmen, so dass im Unterschied zu einer Rechtsscheinhaftung nicht nur ein „Bewusstsein“ vorherrscht, sondern eine bestimmte Intention verfolgt wird. Der Erklärende will sich nicht nur bewusst auf die risikoreiche Ebene des Privatrechtsverkehrs begeben, sondern gestaltend und verändernd auf Rechtsverhältnisse einwirken. Er wird als Privatrechtssubjekt aktiv und sucht den rechtsgeschäftlichen Vorteil. Deshalb sollte man besser von einem „Partizipations-“ oder „Teilnahmewillen“ sprechen und nicht von einem bloßen „Erklärungsbewusstsein“.

(3) *Die Rechtsfolgen fehlenden Partizipationswillens.* Die klassischen Beispiele eines fehlenden Partizipationswillens bilden der „Trierer Weinversteigerungsfall“ (Heben der Hand zum Gruß), das versehentliche Unterzeichnen einer Bestellanfrage einer beabsichtigten Tatsachenmitteilung („Bürgschaftsfall“⁷³). Auch bei der Internetnutzung ist denkbar, dass jemand objektiv eine Annahmeerklärung abgibt, subjektiv jedoch nur eine unverbindliche Information abrufen möchte.

(a) *Die Ähnlichkeit mit dem fehlenden Kommunikationswillen.* Der wissenschaftliche Streit über die rechtliche Behandlung dieser Fälle eines fehlenden Partizipationswillens (bzw. „Erklärungsbewusstseins“) wird von einem subjektiven Ansatz geprägt, der den Grundsatz der Selbstbestimmung betont und auf einen Erst-recht-Schluss aus der Nichtigkeitsanordnung bei der Scherzerklärung gem. § 118 BGB verweist. Die objektive Antithese hebt die Grundsätze des Vertrauens- und Verkehrsschutzes hervor und plädiert für eine analoge Anwendung des § 119 I BGB⁷⁴.

Methodologisch aussagekräftiger als die Kontroverse um die analoge Anwendbarkeit der §§ 118, 119 I BGB ist ein wertender Vergleich mit der relativ eindeutigen Rechtslage beim „Abhandenkommen“ einer Willenserklärung⁷⁵. Während bei einer „abhandengekommenen“ Willenserklärung der Verfasser des Entwurfs zumindest einen potenziellen Rechtsbindungs- und Partizipationswillen entwickelt, fehlt dieser bei Mängeln des sog. Erklärungsbewusstseins völlig. Im Unterschied zum fehlenden „Erklärungsbewusstsein“ will der Entwurf-Verfasser zwar vorläufig gar nichts erklären, doch macht es für die Frage der rechtlichen Verbindlichkeit einer Erklärung keinen entscheidungserheblichen Unterschied, ob der Internetbenutzer den „Sendebefehl“ für eine Willenserklärung deshalb auslöst, weil er sich beim „Surfen“ vertippt oder weil er den „Aus“-Schalter verwechselt. In beiden Fällen fehlt die maßgebliche Absicht, am Rechtsverkehr teilzunehmen, also bei Austauschverträgen schon die Idee des „do ut des“. Die Annahme rechtsgeschäftlicher Verpflichtungen wirkt in beiden Konstellationen gleichermaßen deplatziert und unverhältnismäßig, weil der Erklärende seinerseits überhaupt keine rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen Dritter begehrt und diesen daher allenfalls für entstandene Schäden haftet.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Fehlen des Partizipationswillens teleologisch dem Fehlen des Kommunikationswillens gleicht. Es spielt offenkundig keine Rolle, ob jemand in einer Versteigerung die Hand hebt, um ein Insekt zu verschrecken oder einem aufdringlichen Nachbarn das Gehen nahelegen. Wie die wertpapierrechtlichen Sonderbestimmungen gem. § 794 BGB, Art. 16 f. WG sowie die allgemeinen Regelungen der §§ 130 II, 172 I BGB exemplarisch belegen⁷⁶, handelt es sich in beiden Fällen um keine Willenserklärungen.

(b) *Die Lehre von der Erklärungsfahrlässigkeit.* Vor allem die Rechtsprechung präferiert eine scheinbar vermittelnde Lö-

65 So z. B. Eisenhardt, JZ 1986, 875 (879); Leipold (o. Fußn. 7), § 10 Rdnr. 19; Brox/Walker, Allg. Teil, 30. Aufl. (2006), Rdnr. 85.

66 Köhler (o. Fußn. 7), § 6 Rdnr. 3.

67 Lorenz (o. Fußn. 44), S. 216.

68 Vgl. BGHZ 149, 129 (136) = NJW 2002, 363 = JuS 2002, 219 (Lettl); Kramer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 116 Rdnr. 5.

69 Vgl. auch Canaris, Die Vertrauenshaftung im dt. Privatrecht, 1971, S. 419 ff.

70 A. A. Lobinger (o. Fußn. 60), S. 132 f.; Eisenhardt, JZ 1986, 875 (879); Singer (o. Fußn. 11), S. 203 ff., der bei einer Mentalreservation mangels Rechtsfolgswillens eine rechtsgeschäftliche Bindung verneint und stattdessen einen vertrauensrechtlichen Ansatz wählt.

71 Die Nichtigkeitsanordnung des § 116 S. 2 BGB ist hingegen bereits im Rahmen des äußeren Tatbestands mit dem Falsch-demonstratio-Grundsatz zu erklären, sofern der Erklärungsempfänger den Vorbehalt kennt.

72 Lorenz/Wolf (o. Fußn. 11), § 24 Rdnr. 6.

73 S. dazu auch schon o. im Text bei Fußn. 16 unter Hinweis auf bereits bestehende Zweifel am äußeren Tatbestand einer Willenserklärung.

74 Ausf. Darstellung bei Werba (o. Fußn. 1), S. 28 ff.; Werner/Neureither, 22 Probleme aus d. BGB Allg. Teil, 7. Aufl. (2005), S. 22 ff.; Grigoleit/Herresthal, Allg. Teil, 2006, Rdnr. 373 m. w. Nachw.

75 Vgl. zu dieser Parallele auch Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), Vorb. §§ 116–144 Rdnr. 49; Lobinger (o. Fußn. 60), S. 229 ff. m. w. Nachw.

76 Vgl. o. II 2 b aa (1).

sung zwischen den Alternativen der Anfechtbarkeit (mit einem entsprechenden Wahlrecht) und der Nichtexistenz (verbunden mit der Unbeachtlichkeit der Frist des § 121 BGB), indem sie von einer Willenserklärung ausgeht, „wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung ... als Willenserklärung aufgefasst werden durfte“⁷⁷. Dieses Erfordernis einer sog. Erklärungsfahrlässigkeit ist allerdings nicht die „goldene Mitte“, da es im Gesetz keinen Hinweis auf ein solches Differenzierungskriterium gibt. Die Kategorie einer „fahrlässigen Willenserklärung“ ist der *lex lata* fremd⁷⁸. Das Verschulden ist lediglich notwendige Voraussetzung einer Haftung aus c. i. c. gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB, besagt aber nichts darüber, ob jemand privatautonom am Rechtsverkehr teilnimmt.

Entgegen der Rechtsprechung liegt eine Willenserklärung tatbestandlich vor, wenn die Erklärung ohne Verschulden an einen falschen Empfänger bewusst abgesendet wird (der sie sodann an den richtigen Empfänger weiterleitet)⁷⁹. Der Erklärende hat hier den erforderlichen rechtsgeschäftlichen Teilnahmewillen bekundet, zumal es keinen Unterschied macht, ob der Absender sich im Schriftstück selbst oder bei der Adresse verschreibt. Ebenso ist beispielsweise eine Willenserklärung zu bejahen, wenn der Bote die zu überbringende Erklärung verfälscht. Der Erklärende setzt hier bei seiner Teilnahme am Rechtsverkehr bewusst eine Hilfsperson ein und hat deshalb auch die dadurch ausgelöste Missbrauchsgefahr zu tragen⁸⁰.

(c) *Schadensersatzhaftung*. In Bezug auf Vertrauensschäden ist fraglich, ob diese nur nach den Grundsätzen der c. i. c. zu ersetzen sind oder auch verschuldensunabhängig analog § 122 BGB. Konsequenterweise gilt hier dasselbe wie bei „abhandengekommenen“ Willenserklärungen⁸¹: Eine verschuldensunabhängige Haftung ist lediglich im Falle einer Gefährdungshöhung und Gefahrbeherrschung gerechtfertigt⁸². Diese Voraussetzungen sind beispielsweise gegeben, wenn „deklaratorische“ Erklärungen für rechtliche Zwecke abgegeben werden (etwa im „Bürgschaftsfall“⁸³), nicht aber bei dem Heben der Hand im Hörsaal, wenn unvorhergesehen eine Versteigerung antiquarischer Lehrbücher stattfindet.

c) Materiale Voraussetzungen

Das Gesetz kann einem Rechtsgeschäft die Wirksamkeit versagen, um kollektive Güter zu schützen, um rechtsethische Mindeststandards zu wahren und vor allem, um den Handelnden selbst zu schützen. Einen Schwerpunkt bildet dabei der Schutz der Handlungsfreiheit, der sowohl eine liberale als auch eine soziale Dimension aufweist⁸⁴. Der soziale Aspekt betrifft die Sicherstellung der materialen Grundbedingungen, die für die Teilnahme am Privatrechtsverkehr notwendig sind. Ebenso wie die staatsbürgerliche Freiheit ist auch die Privatautonomie nicht bedingungslos, sondern setzt vor allem einen hinreichenden Wissens- und Kenntnisstand voraus, der es erlaubt, beispielsweise Risiken hinsichtlich des Vertragsgegenstands, des Vertragspartners oder zukünftiger Entwicklungen abzuschätzen. Der liberale Aspekt betrifft den Schutz vor externen, durch Dritte verursachte Beeinträchtigungen. Das wohl anschaulichste Beispiel einer solchen exogenen Störung bildet die widerrechtliche Drohung, bei der die Selbstbestimmung zwar formal gewahrt bleibt, weil der Bedrohte aus einer an sich völlig intakten Sphäre heraus urteilt, die materiale Entscheidungsfreiheit jedoch faktisch eliminiert ist. Vor dem Hintergrund dieser potenziellen Beeinträchtigungen des Willensbildungsprozesses stellt sich ganz generell die Frage, unter welchen rechtstatsächli-

chen Voraussetzungen eine privatautonome Entscheidungsfindung überhaupt möglich ist.

aa) *Der wissenschaftliche Diskurs*. Nach einer Mindermeinung setzt eine wirksame Willenserklärung nicht nur formale Grundbedingungen voraus, sondern auch ausreichende faktisch-wirtschaftliche Handlungsmöglichkeiten im Sinne einer „rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit“⁸⁵. Erst bei Gewährleistung dieser zusätzlichen materialen Voraussetzungen wird der einzelne Privatrechtsakteur in die Lage versetzt, selbstbestimmt an einem gerechten Interessenausgleich mitzuwirken. Gefordert wird deshalb eine tatbestandliche Erweiterung des Begriffs der Willenserklärung unter Einbeziehung der rechtstatsächlichen Gegebenheiten, die für eine freie Entscheidungsfindung notwendig sind⁸⁶.

Diese Auffassung überzeugt insofern, als die Freiheit des einzelnen Privatrechtssubjekts in ihrem jeweiligen gesellschaftlichen Kontext zu sehen ist und ohne materiale Grundbedingungen ihren Sinn verliert. Auch die Menschenwürde als fundamentalstes Rechtsgut kann nicht nur durch staatliche oder private Übergriffe verletzt werden, sondern ebenso durch Armut, Unwissenheit und Chancenlosigkeit. Die pauschale – lediglich am sachfremden Interesse ausgerichtete⁸⁷ – Lokalisierung der materialen Entscheidungsfreiheit im Tatbestand der Willenserklärung ist allerdings nicht die richtige Lösung. Sie führt methodologisch zu einer intransparenten Vermengung unterschiedlicher Prinzipien, in der Rechtspraxis zu erheblicher Rechtsunsicherheit und ist vor allem auch mit dem differenzierten gesetzlichen Schutzsystem unvereinbar⁸⁸.

bb) *Das gesetzliche Schutzsystem*. Der gesetzliche Schutz der materialen Entscheidungsfreiheit baut auf den Gedanken der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung auf. Interventionen erfolgen grundsätzlich nur partiell und nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsprinzips⁸⁹.

Zu den mildesten Eingriffen in die Privatautonomie zählen Formerfordernisse mit Warnfunktion (vgl. z. B. §§ 311 b I, 518 I BGB) und Belehrungspflichten (vgl. z. B. § 17 BeurkG). Zum Ausgleich informationeller Defizite kann auch unmittelbar der (potenzielle) Vertragspartner herangezogen werden. Solche Informationspflichten sind beispielsweise ausführlich in der BGB-InfoV geregelt und dienen zum Teil der

77 BGHZ 91, 324 (324, 330) = NJW 1984, 2279 = JuS 1986, 440 (Brehmer); 109, 171 (177) = NJW 1990, 454; 149, 129 (136) = NJW 2002, 363 = JuS 2002, 219 (Lettl); s. ferner auch Bydliński, JZ 1975, 1 (5); Gudian, AcP 169 (1969), 232 (234 ff.); Kramer, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 11), § 119 Rdnr. 99 m. w. Nachw.

78 Vgl. auch Singer (o. Fußn. 11), S. 174 (als Anhänger der „subjektiven“ Lehre), sowie Lorenz (o. Fußn. 44), S. 218 (als Anhänger der „objektiven“ Lehre).

79 A. A. BGH, NJW 1979, 2032 (2033), der die Zurechnung davon abhängig macht, ob der Erklärende mit einer Weiterleitung rechnen konnte und gerechnet hat.

80 Vgl. Marburger, AcP 173 (1973), 137 (143 ff.); Staudinger/Singer (o. Fußn. 12), § 120 Rdnr. 3; Lobinger (o. Fußn. 60), S. 232 ff.; a. A. Palandt/Henrichs (o. Fußn. 7), § 120 Rdnr. 4; Lorenz/Wolf (o. Fußn. 11), § 36 Rdnr. 18 m. w. Nachw.

81 Vgl. o. II 2 b aa (2).

82 S. dazu eingehend Singer (o. Fußn. 11), S. 194 ff.

83 BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2279 = JuS 1986, 440 (Brehmer); s. dazu auch schon o. bei Fußn. 16.

84 S. dazu auch Neuner, PrivatR u. Sozialstaat, 1998, S. 237 ff.

85 Vgl. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit u. vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 101 ff., 180; Kramer, Die „Krise“ d. liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 58 f.

86 Vgl. Wolf (o. Fußn. 85), S. 123 ff.

87 Vgl. Wolf (o. Fußn. 85), S. 167 ff., 180.

88 Vgl. auch Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im PrivatR, 1992, S. 39 ff., 215 f.; Singer (o. Fußn. 11), S. 18 ff.; Lorenz (o. Fußn. 44), S. 231 ff.

89 S. dazu auch Enderlein, Rechtspaternalismus u. VertragsR, 1996, S. 237 ff.

Unterrichtung über weitere Schutzinstrumente, vor allem über bestehende Widerrufsrechte (vgl. z.B. §§ 312 II, 355 II BGB). Widerrufsrechte sollen z.B. der Ausnutzung einer situativen Überlegenheit (wie bei Haustürgeschäften gem. § 312 I BGB) oder vertragsgegenstandsbezogenen Risiken (wie beim Verbraucherdarlehensvertrag gem. § 495 I BGB) entgegenwirken. Als weitere Option gibt es die Möglichkeit einer Anfechtung, etwa bei Drohung oder Täuschung gem. § 123 BGB⁹⁰.

Den stärksten Eingriff in die Privatautonomie bewirkt schließlich eine gesetzliche Nichtigkeitsanordnung. Nach der Grundkonzeption des § 138 II BGB tritt Nichtigkeit nur ein, wenn auf Seiten des Bewucherten die subjektiven Entscheidungsvoraussetzungen eingeschränkt sind (z.B. auf Grund von Unerfahrenheit), der Wucherer diese Situation ausbeutet und objektiv ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Das *BVerfG* geht über diesen restriktiven Ansatz hinaus und berücksichtigt stärker die materiale Entscheidungsfreiheit. Kann ein Vertragspartner den Vertragsinhalt (namentlich bei Bürgschafts-, Ehe- und Versicherungsverträgen) faktisch einseitig bestimmen, gilt es „zu verhindern, dass sich für (den anderen) Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt“⁹¹.

Darüber hinaus gibt es gesetzliche Nichtigkeitsanordnungen, die vor allem Mängeln und Gefahren des Willensbildungsprozesses bei der Einschätzung zukünftiger Entwicklungen Rechnung tragen und in letzter Konsequenz partiell auch dem Schutz des Menschenwürdekerns dienen. Beispielfhaft hervorzuheben sind das Verbot der Verfallvereinbarung gem. § 1229 BGB, die Nichtigkeit von Verträgen über künftiges Vermögen gem. § 311 b II BGB sowie das Verbot des Organhandels gem. §§ 17, 1 TPG i. V. mit § 134 BGB.

Insgesamt ist somit kennzeichnend, dass der Gesetzgeber nur punktuell und nach einem abgestuften System in die Privatautonomie eingreift. Für eine generelle Berücksichtigung der materialen Entscheidungsfreiheit als Wirksamkeitsvoraussetzung einer Willenserklärung ist daher kein Raum. Dasselbe gilt für dogmatische Ansätze, die an Stelle des Grundsatzes der Selbstbestimmung die Vertragsgerechtigkeit als materiales Funktionsprinzip heranziehen wollen⁹² oder zumindest eine „Richtigkeitsgewähr“ des Vertragsmechanismus im Sinne einer „ethisch bestimmten Gerechtigkeit“ verlangen⁹³. Diese Forderungen sind insofern problematisch, als die Vertragsfreiheit dann nur mehr eine untergeordnete Bedeutung erlangt und davon abhängt, wie „Vertragsgerechtigkeit“ konkret definiert wird. Die Vertragsfreiheit als eigenständiges, verfassungsrechtlich garantiertes Abwehrrecht steht jedoch gerade unter keinem generellen „Richtigkeitsvorbehalt“, sondern unterliegt lediglich Schranken, die gleichsam als „negativer“ Filter unbillige Ergebnisse verhindern⁹⁴. Solange sich die Privatrechtssubjekte an die Vorgaben der Rechtsordnung einschließlich der grund- und menschenrechtlichen Rahmenbedingungen halten, besteht mithin kein Anlass für eine richterliche Intervention oder Ergebniskontrolle.

III. Schlussbetrachtung

Der äußere Tatbestand einer Willenserklärung liegt vor, wenn aus der Sicht eines redlichen Empfängers das Erklärte einen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck bringt. Eine Mindermeinung beschränkt den Begriff der „Willenserklärung“ auf diese Definition, ohne die subjektive Seite des Erklärenden zu berücksichtigen⁹⁵. Eine solche Begriffsbestimmung, die zu

„Willenserklärungen ohne Willen“ führt, erscheint indes sinnentfremdend. Zwar ist einzuräumen, dass § 105 BGB etwas unpräzise die „Willenserklärung“ eines Handlungsunfähigen für „nichtig“ erklärt. Eine Definition, die auch „nichtige Willenserklärungen“ als „Willenserklärungen“ erfasst, blendet jedoch das wesentliche Element der Selbstbestimmung aus⁹⁶. Insbesondere geht die terminologische Abgrenzung zu anderen Verpflichtungstatbeständen, namentlich zur Rechts-scheinhaltung, verloren. Der Streit um den richtigen Begriff ist allerdings nicht das Entscheidende, sondern entscheidend sind die maßgeblichen gesetzlichen Wertungen, nach denen eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung tatsächlich zu Stande kommt.

Die herkömmliche subjektive Trias aus Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille gibt die maßgeblichen Sachkriterien nicht hinreichend wieder. Das Erfordernis eines Handlungswillens ist von vornherein obsolet, da es allein auf den kompetenziellen Aspekt der Handlungsfähigkeit und nicht auf die Finalität der Handlung ankommt. Der sog. Handlungswille ist erst recht auch keine „vor-tatbestandliche“, apriorische Bedingung, sondern es wird die Zurechenbarkeit der Handlung in den §§ 104 ff. BGB abschließend normiert.

Von der Zurechnung der Handlung ist die Zurechnung des Erklärungssinns zu unterscheiden. Trifft man diese Differenzierung, wird offenkundig, dass die Problematik des sog. Abgabewillens keine Parallele in § 105 BGB findet, sondern unter die Kategorie des fehlenden „Kommunikationswillens“ fällt. Im Umkehrschluss zu den wertpapierrechtlichen Sonderbestimmungen gem. § 794 BGB, Art. 16 f. WG sowie nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen gem. §§ 130 II, 172 I BGB ist der Wille zur Kommunikation grundsätzlich notwendige Voraussetzung einer Willenserklärung. Zugleich ergibt sich aus diesen Bestimmungen das weitere Erfordernis eines „Partizipationswillens“. Der herkömmliche Begriff des „Erklärungsbewusstseins“ erscheint insofern unpassend, als nicht das bloße Bewusstsein, sondern der Wille zur Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr das maßgebliche Verpflichtungskriterium bildet. Ein darüber hinausgehender Geschäftswille ist hingegen nicht erforderlich.

Eine Willenserklärung ist folglich weder eine reine „Wollenserklärung“ noch eine bloße „Erklärung ohne Willen“, sondern ihr Sinn wird wohl am besten als Geltungserklärung erfasst: „Der adaequate Ausdruck dessen, was die Willenserklärung ihrem Sinne nach bedeutet, ihres Erklärungssinnes also sind die Worte: ‚So soll es gelten‘, oder ‚So sei es rechtens‘ (‚Ita jus esto!‘)“⁹⁷.

90 Daneben besteht nach h. M. auch die Möglichkeit einer Vertragsaufhebung nach den Grundsätzen der c. i. c. gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB; s. näher BGHZ 165, 363 = NJW 2006, 845; Looschelders, SchuldR Allg. Teil, 4. Aufl. (2006), Rdnrn. 193 ff.; Lorenz (o. Fußn. 44), S. 387 ff. m. w. Nachw.; des Weiteren kann unter besonderen Voraussetzungen ein Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB in Betracht kommen; s. dazu näher Lorenz/Wolf (o. Fußn. 11), § 38 Rdnrn. 1 ff.; Singer (o. Fußn. 11), S. 222 ff. m. w. Nachw.

91 BVerfGE 114, 1 (34) = NJW 2005, 2363 = JuS 2005, 1026 (Sachs); 114, 73 (90) = NJW 2005, 2376; 103, 89 (101) = NJW 2001, 957 = FPR 2001, 137; 89, 214 (232) = NJW 1994, 36.

92 S. etwa Zweigert, in: Festschr. f. Rheinsteil II, 1969, S. 493 ff. (501).

93 S. insb. Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 130 (132 ff., 149 ff.); ders., in: Festschr. f. Raiser, 1974, S. 3 ff. (4 ff.).

94 Ausf. Canaris, in: Festschr. f. Lerche, 1993, S. 873 ff. (882 ff.); Neuner (o. Fußn. 84), S. 222 f.

95 Vgl. die Nachw. am Ende d. Fußn. 39.

96 Vgl. auch Bartholomeyczik, Festschr. f. Ficker, 1967, S. 51 ff. (70 f.).

97 Lorenz (o. Fußn. 17), S. 44 f.; s. ferner auch Canaris (o. Fußn. 69), S. 418 ff.; Stathopoulos, in: Festschr. f. Lorenz, 1973, S. 357 ff. (358 ff.); krit. namentlich Bydlinski, Privatautonomie u. objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 3 f.