

Die Grundpfeiler der Privatautonomie: Handlungs-, Willens- und Entscheidungsfreiheit

Bezeichnet „Autonomie“ ganz umfassend den Zustand der Selbstbestimmung des Menschen, beschränkt sich der Unterfall der Privatautonomie auf das Begründen und Ausformen rechtlicher Beziehungen. Diese Freiheit, Privatrechtsverhältnisse nach eigenem Willen konstituieren und ausgestalten zu können, schließt mit ein, dass der Einzelne seine Präferenzen nicht erklären muss, sein Tun oder Unterlassen nicht zu rechtfertigen braucht: „Die private Autonomie reicht soweit, wie das Rechtssubjekt *nicht* Rede und Antwort stehen, für seine Handlungspläne *keine* öffentlich akzeptablen Gründe angeben muß.“¹ Privatautonomie ist also frei von kommunikativen Zwängen und erlaubt dem Einzelnen „seine Glückseligkeit auf dem Wege (zu) suchen, welcher ihm selbst gut dünkt“². Sie hat insofern eine „negative“, abwehrrechtliche Dimension, die sich gegen den Staat, aber auch gegen Übergriffe anderer Privatrechtssubjekte richtet. Die Idee der Selbstbestimmung lässt sich allerdings nicht auf diese „negative“ Komponente reduzieren, sie hängt auch von Kompetenzen in der Person des Freiheitsträgers ab und impliziert Verantwortung. Erklärt jemand im Privatrechtsverkehr seinen Willen, muss deshalb ein Bündel unterschiedlicher Kriterien erfüllt sein, um dem Erklärenden sein Handeln zurechnen zu können. Von dieser Zurechnung des Handelns, des Akts der In-Geltung-Setzung einer Regelung, ist wiederum die Zurechnung des Erklärungssinns zu unterscheiden, ob der Erklärende auch für das von ihm Kundgegebene vollumfänglich einzustehen hat, falls er subjektiv etwas anderes intendierte, als er objektiv erklärte.³

A. Die beiden Basisfreiheiten

Die Zurechnung eines Tuns oder Unterlassens, *in concreto* die Zurechnung der Kundgabe einer Erklärung, setzt sowohl Handlungs- als auch Willensfreiheit voraus.⁴

- 1 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 153; stark angreifbar ist daher die These von *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 750 ff., dass jede Ungleichbehandlung, d. h. jede „nicht-identische Behandlung mindestens zweier Personen in einer – auch nur hypothetischen – Vergleichssituation“, rechtfertigungsbedürftig sei.
- 2 *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793, AA VIII, S. 273 ff. (290); zur Unterscheidung zwischen der „äußeren“ und der „inneren“ Freiheit bei *Kant* s. *Hruschka*, in: Kaufmann/Renzikowski, Freiheit als Rechtsbegriff, 2016, S. 19 ff. (19 ff.).
- 3 Zur Unterscheidung von Handlung und Erklärungssinn *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsge-schäfts, 1930, S. 34.
- 4 S. zu diesen beiden Aspekten auch schon *Neuner*, AcP 218 (2018), S. 1 ff. (2 f.); *ders.*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 32 Rn. 2 ff.

I. Die Handlungsfreiheit

Handlungsfreiheit bedeutet, dass man das tun kann, was man tun möchte.⁵ Erforderlich, aber auch ausreichend ist die schlichte Kausalität zwischen dem (natürlichen) Willen und der Handlung: Meine Hand hebt sich, weil ich es will. Die Handlungsfreiheit kann aus exogenen (z. B. bei *vis absoluta*) oder endogenen Gründen (z. B. bei Bewusstseinsstörungen) fehlen. Kann der Handelnde nicht frei agieren, ist er für sein Tun nicht verantwortlich. Er ist rechtsgeschäftlich zu nichts verpflichtet. Eine Haftung kommt lediglich aus *c. i. c.* in Betracht, falls der Betroffene keine Vorkehrungen gegen willenslose (*sine voluntate*), aber vorhersehbare Handlungen trifft. Das Musterbeispiel ist der Auktionsbesucher, der weiß, dass es aufgrund eines chronischen Leidens immer wieder zu nervösen Zuckungen seiner rechten Hand kommt (die vom Auktionator als Gebote missverstanden werden können).⁶

Wie frei oder unfrei der Wille gebildet wurde, ist für die Kausalität und damit für die Handlungsfreiheit unerheblich. Hebt der Auktionsbesucher seine Hand, weil ihn der Hintermann anderenfalls tötet, handelt der Bedrohte unter massivem Zwang, aber doch gewollt: „*tamen coactus voluit*“⁷. Auf diese Digestenstelle bezogen sich auch die Verfasser des BGB und erachteten eine durch Drohung oder Betrug abgegebene Willenserklärung für wirksam, obgleich anfechtbar.⁸ Dasselbe gilt für eine Erklärung, die auf einem Irrtum beruht, und zwar selbst dann, wenn der Erklärende aufgrund eines Schreibfehlers oder Versprechers etwas anderes äußert, als er tatsächlich will. Auch in dieser Konstellation ist der Wille kausal für die Erklärung, das irrtümlich Geäußerte rückführbar auf die Intention. Auf die Kontroverse, ob eine solche fehlerhafte Selbstbestimmung noch als „Selbstbestimmung“ zu begreifen ist, kommt es hier nicht an.⁹ Es besteht zumindest Handlungsfreiheit: Der Erklärende konnte erklären (war so frei zu erklären), was er erklären wollte.

II. Die Willensfreiheit

Während die Handlungsfreiheit die Ursächlichkeit des natürlichen Willens für das Erklärte verlangt, dient die Willensfreiheit dazu, auf einer reflexiven Ebene den natürlichen Willen zu evaluieren. Sie ist die Kompetenz, das, was man will, das spontane „Wollen erster Ordnung“, zu beherrschen. Die Willensfreiheit befähigt den Einzelnen, seine faktisch handlungsleitenden Wünsche und Bedürfnisse kritisch zu hinterfragen, an Gründen zu messen und deren Be-

5 S. Tugendhat, *Anthropologie statt Metaphysik*, 2007, S. 57 ff. (57); Frankfurt, *The Journal of Philosophy* Vol. 68 (1971), S. 5 ff. (15); Heun, *JZ* 2005, 853 ff. (858).

6 Staudinger/Singer, *BGB*, 2017, Vorb. zu §§ 116–144 Rn. 50.

7 Dig. 4, 2, 21, 5; s. hierzu näher Schindler, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung*, 2005, S. 9 ff.; Gutmann, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, 2001, S. 61 ff.

8 Mot. I S. 204 f.

9 Bejahend: Canaris, *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, 1971, S. 422; verneinend: Singer, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, 1995, S. 75; s. dazu auch unten im Text bei Fn. 64 ff.

friedigung falls erforderlich zu suspendieren.¹⁰ Man spricht deshalb auch von einem „Wollen zweiter Ordnung“¹¹.

Das BGB berücksichtigt die eingeschränkte Willensfreiheit von Minderjährigen typisierend nach Altersstufen (§§ 104 ff., 1303, 2229 BGB). Ab Erreichen der Volljährigkeit wird die Willensfreiheit als Regelfall vorausgesetzt.¹² Befindet sich eine Person „in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ (z. B. infolge fortgeschrittener Demenz) oder vorübergehend in einem solchen Zustand (z. B. infolge Drogenkonsums) ist deren Willenserklärung gem. §§ 104 Nr. 2, 105 BGB nichtig. Ein Vertrauensschaden ist grundsätzlich nicht zurechenbar. Bei einer vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit sind allerdings (genauso wie bei Bewusstseinsstörungen, die die Handlungsfreiheit ausschließen) Schadensersatzansprüche aus *c. i. c.* denkbar, wenn der Betroffene vorhersehen hätte können, dass er in dieser Konstitution eine rechtliche Erklärung abgibt.¹³

B. Die Entscheidungsfreiheit

Ohne Handlungs- und Willensfreiheit ist eine Erklärung nicht zurechenbar. Beides sind indes nur pauschale, unspezifische Grundvoraussetzungen, die die *konkrete* Entscheidungssituation nicht näher berücksichtigen. Die Handlungsfreiheit berücksichtigt nicht, wie der Wille, das „Wollen erster Ordnung“, zustande kommt, die Willensfreiheit berücksichtigt nicht, welche besonderen kontextbezogenen Anforderungen an den reflexiven Willen, das „Wollen zweiter Ordnung“, zu stellen sind. Neben der Handlungs- und Willensfreiheit muss daher zusätzlich die Entscheidungsfreiheit gewährleistet sein, die hinsichtlich des „Wollens erster Ordnung“ primär durch exogene Faktoren und hinsichtlich des „Wollens zweiter Ordnung“ primär durch endogene Faktoren beeinträchtigt sein kann.¹⁴ Auch kumulative Störungen können auftreten.

I. Der Schutz des unmittelbaren Wollens

Zu den Hauptformen einer exogenen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit gehören die Drohung und die Täuschung. Beide sind dadurch gekennzeichnet, dass sie auf das „Wollen erster Ordnung“ einwirken, die reflexive Ebene aber hiervon unberührt bleibt. Der Betroffene

10 *Tugendhat*, Anthropologie statt Metaphysik (oben Fn. 5), S. 57 ff. (57 ff., speziell S. 58: „In der älteren philosophischen Tradition ist das klar gesehen worden. Aristoteles unterschied zwischen sinnlichen und rationalen Wünschen (De Anima III, 10). Ein sinnlicher Wunsch ist einer, der einfach eine Tatsache des Bewusstseins ist. Rationales Wünschen ist reflektiertes, überlegtes Wünschen. Wenn wir überlegen, fragen wir nach Gründen. Die Fähigkeit zu überlegen und nach Gründen zu handeln ist das, was für Aristoteles die Menschen von anderen Tieren unterscheidet.“).

11 *Frankfurt*, The Journal of Philosophy Vol. 68 (1971), S. 5 ff. (6 ff. „second-order desires“); aus dem juristischen Diskurs *Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 227.

12 Zur entsprechenden Beweislast BGHZ 198, S. 381 ff. (Tz. 24); *Ellenberger*, in: Palandt BGB, 80. Aufl. 2021, § 104 Rn. 8, § 105 Rn. 4.

13 Zur *actio libera in causa* s. *Kiehnle*, AcP 218 (2018), S. 816 ff. (834 ff.).

14 Von „Entscheidungsfreiheit“ spricht mittlerweile auch der Gesetzgeber, s. u. a. § 4a Abs. 1 S. 2 UWG.

vermag seinen Willen zum Handeln zu evaluieren, er will aber überhaupt nur infolge von Zwang oder Irreführung handeln. Der Schutz vor einer solchen Fremdbestimmung ist liberaler, abwehrrechtlicher Natur. Anders als der Drohende oder Täuschende führt der Wucherer die unfreie Willensbildung nicht selbst herbei, nutzt eine Zwangslage aber unbillig aus. In all diesen Fällen kann man präzisierend von einer Beeinträchtigung der „Entschließungsfreiheit“ sprechen.

1. Die Irreführung

Unter einer Irreführung ist die Erregung oder Aufrechterhaltung einer Fehlvorstellung zu verstehen, die den Willensentschluss beeinflusst: Der Verkäufer bewegt den Käufer zum Vertragsschluss, indem er ihm vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos etwas wahrheitswidrig erklärt.

a) Die vorsätzliche Irreführung

Wird die Irreführung vorsätzlich herbeigeführt, kann der Getäuschte gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB darüber bestimmen, ob er seine Erklärung binnen Jahresfrist anfechtet (§ 124 Abs. 1 BGB) oder bestehen lässt. Neben der Anfechtung kommt ein Anspruch aus *c. i. c.* in Betracht, der ebenfalls die Entschließungsfreiheit schützt.¹⁵ Eine Vertragsaufhebung (§ 249 Abs. 1 BGB) kann jedoch richtigerweise nur binnen der Jahresfrist des § 124 BGB (und nicht innerhalb der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB) verlangt werden, um Wertungswidersprüche zum Anfechtungsrecht zu vermeiden.¹⁶ Eine schadensersatzrechtliche Vertragsaufhebung erfordert zudem, dass der Vertrag ohne die Irreführung nicht geschlossen worden wäre (*dolus causam dans*).¹⁷ Das Gleiche gilt für die deliktischen Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB (Betrug) und aus § 826 BGB, die beide ebenfalls die Entschließungsfreiheit schützen.¹⁸

b) Die fahrlässige Irreführung

Bei einer nur fahrlässigen Irreführung legt ein Umkehrschluss zu § 123 Abs. 1 BGB nahe, dass der Irrrende seine Willenserklärung nicht anfechten kann. *Hans Christoph Grigoleit* konnte jedoch einen umfassenden Funktionswandel der Rechtsordnung aufzeigen und plädierte deshalb für eine Derogation des Vorsatzdogmas.¹⁹ Dieses Modell einer offenen Gesetzeskorrektur des § 123 Abs. 1 BGB stellte die systemkonformste Fortbildung des Rechts zur Informa-

15 Vgl. *Lorenz*, ZIP 1998, 1053 ff. (1055); *Grigoleit*, NJW 1999, 900 ff. (901 f.); a. A. die Rspr., die für den Anspruch auf Vertragsaufhebung einen Vermögensschaden fordert, BGH NJW 2013, 1591 ff. (Tz. 9); 1998, 302 ff. (303 ff.).

16 *Singer/Finckenstein*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 123 Rn. 104; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 129 ff.; a. A. BGH NJW 2013, 1591 ff. (Tz. 9) mwN.

17 Ausführlich *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 75 ff.

18 Vgl. nur BGH NJW 2020, 1962 ff. (Tz. 47) mwN.; zur Regelverjährungsfrist bei deliktischen Ansprüchen s. *Singer/Finckenstein*, in: Staudinger (oben Fn. 16), § 123 Rn. 105 mwN.

19 *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung (oben Fn. 16), S. 52 ff.

tionshaftung dar. Zwischenzeitlich hat der Gesetzgeber indes selbst die Reformbedürftigkeit gesehen und die Haftung für fahrlässige Irreführung als Unterfall der *c. i. c.* dem Grunde nach anerkannt.²⁰ Auch wenn die vorvertragliche Haftung für „fahrlässige Täuschung“ nunmehr in den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB verankert ist, gilt es, wie bei der vorsätzlichen Irreführung, Wertungswidersprüche mit dem Recht der Anfechtung zu verhindern. Die vorvertragliche Haftung für „fahrlässige Täuschung“ hat sich daher ebenfalls, soweit als möglich, am Regelungsmodell der §§ 123 f. BGB auszurichten, indem die Beweislastverteilung, die Frist des § 124 BGB²¹ sowie die (extensivere) Zurechnung des Verhaltens von Hilfspersonen übernommen werden.²²

c) Die unverschuldete Irreführung

Ein Vertragspartner kann den anderen auch schuldlos in die Irre führen. Dieser hat dann die Möglichkeit, die Willenserklärung nach § 119 BGB anzufechten. Schadensersatz muss der Irrende gem. § 122 Abs. 1 BGB jedoch nicht leisten, weil die Beeinträchtigung der Entschlie-ßungsfreiheit aus der Sphäre des Anfechtungsgegners stammt.²³ Darüber hinaus bezwecken die §§ 5, 5a UWG einen speziellen Schutz vor irreführenden geschäftlichen Handlungen, doch begründen diese Vorschriften (derzeit noch) keine Ansprüche für den einzelnen Verbraucher.²⁴

2. Der Zwang

Anders als eine Täuschung, die auf die Willensbildung unmerklich und manipulativ einwirkt, übt eine Drohung *erkennbaren* Druck auf das „unmittelbare Wollen“ aus und ist als solche grundsätzlich nicht rechtswidrig. Das offene Inaussichtstellen eines Nachteils ist häufig sogar ein notwendiges Instrument, um Vertragsverhandlungen effektiv führen zu können. Bedient sich der Drohende allerdings eines rechtswidrigen Mittels, verfolgt er einen rechtswidrigen Zweck oder ist die Zweck-Mittel-Relation rechtswidrig, dann führt der Eingriff in die Entschlie-ßungsfreiheit zu gravierenderen Folgen als bei der Täuschung gem. § 123 Abs. 2 BGB, indem auch die von einem Dritten geäußerte Drohung zur Anfechtung legitimiert. Ebenso wie bei der Irreführung kann die Einwirkung des „Drohenden“ auf die Entschlie-ßungsfreiheit vorsätzlich, fahrlässig oder schuldlos erfolgen.

20 Vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 126, 163.

21 Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), S. 273 ff. (319 mit dem Argument, dass § 121 BGB primär Fälle betrifft, bei denen den anderen Teil keine Mitverantwortung trifft); für eine analoge Anwendung des § 121 BGB *Singer/Finckenstein*, in: Staudinger (oben Fn. 16), § 123 Rn. 104; *Armbrüster*, in: MüKo, BGB, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 103.

22 Ausführlich *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung (oben Fn. 16), S. 137 ff.

23 S. näher *Singer*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 122 Rn. 19.

24 S. nur *Singer/Finckenstein*, in: Staudinger (oben Fn. 16), § 123 Rn. 106; zum geplanten Klagerecht für Verbraucher gem. § 9 Abs. 2 UWG-E s. *Maaßen*, GRUR-Prax 2021, 7 ff.

a) Die vorsätzliche Herbeiführung einer Zwangslage

Tatbestandlich verlangt § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB, dass der Bedrohte zumindest mit *dolus eventualis* in eine Zwangslage versetzt wird, die ihn zur Abgabe einer bestimmten Willenserklärung bewegt. Über die Widerrechtlichkeit seines Handelns braucht sich der Drohende jedoch nicht bewusst zu sein, weil § 123 BGB die Entschließungsfreiheit schützt.²⁵ Ebenso wie bei der Täuschung kommen zusätzlich Ansprüche aus *c. i. c.* (mit der umstrittenen Frist des § 124 BGB) sowie aus Delikt in Betracht.²⁶

Als Rechtsfolge einer widerrechtlichen Drohung sieht § 123 Abs. 1 BGB die Anfechtbarkeit der Willenserklärung vor. Hiergegen wird rechtspolitisch eingewandt, dass der Bedrohte an der Aufrechterhaltung eines krass nicht-präferenzkonformen, ineffizienten Vertrags typischerweise kein Interesse hat und entsprechende Verträge deshalb mit der Nichtigkeit sanktioniert werden sollten.²⁷ Wie bei einer Kollusion, bei der der Vertreter und der Geschäftsgegner zum Nachteil des Vertretenen bewusst zusammenwirken,²⁸ ist indes die autonomiewahrende Rechtsfolge des § 123 Abs. 1 BGB durchaus adäquat. Der Bedrohte war in seiner Willensfreiheit nie eingeschränkt und sollte deshalb genauso frei auch über die Aufrechterhaltung des Vertrags entscheiden können. Besteht zwischen Leistung und Gegenleistung allerdings ein auffälliges Missverhältnis i. S. v. § 138 Abs. 2 BGB, ist von einer Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Inhaltssittenwidrigkeit auszugehen, zumal der Drohende eine Zwangslage nicht nur ausnutzt, sondern überdies selbst schafft.²⁹

b) Die fahrlässige Herbeiführung einer (Schein-)Zwangslage

Ähnlich wie eine Irreführung kann auch eine Zwangslage fahrlässig herbeigeführt werden, wenn jemand unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einen anderen durch den Anschein einer Drohung zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst (z. B. durch ein unsorgfältig verfasstes Schreiben, das als Drohung interpretiert wird).³⁰ Der vermeintlich Bedrohte kann in diesem Fall zwar nicht gem. § 123 Abs. 1 BGB seine Erklärung anfechten, doch kommt wie bei einer „fahrlässigen Täuschung“ ein Anspruch aus *c. i. c.* auf Vertragsaufhebung in Betracht.³¹

25 Ausführlich *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff (oben Fn. 7), S. 258 ff.

26 S. nur BGH NJW 2013, 1591 ff. (Tz. 9); *Singer/Finckenstein*, in: Staudinger (oben Fn. 16), § 123 Rn. 104 f.

27 *Eidenmüller*, in: Zimmermann, Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 103 ff. (121 f.).

28 Zur analogen Anwendung von § 177 BGB bei kollusivem Zusammenwirken s. *Singer*, Anm. zu BGH LM H. 10/99 § 166 BGB Nr. 6; *Leenen*, BGB, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 9 Rn. 108.

29 Vgl. *Singer/Finckenstein*, in: Staudinger (oben Fn. 16), § 123 Rn. 101; *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung (oben Fn. 7), S. 28.

30 Auf die Verschuldensfähigkeit kommt es bei der Drohung nicht an; vgl. nur *Hefermehl*, in: Soergel, BGB, 1999, § 123 Rn. 51; *Singer/Finckenstein*, in: Staudinger (oben Fn. 16), § 123 Rn. 88.

31 S. oben im Text bei Fn. 20.

c) Die unverschuldete Herbeiführung einer (Schein-)Zwangslage

Denkbar ist auch, dass einem anderen der Eindruck einer Bedrohung ohne Verschulden vermittelt wird, woraufhin dieser eine Willenserklärung abgibt. Ist dem scheinbar Drohenden der Anschein der Drohung nicht zurechenbar (z.B. dem Geschäftsunfähigen, der unsorgfältig ein Schreiben verfasst, das als Drohung verstanden wird), hat der vermeintlich Bedrohte keinen Schadensersatzanspruch. Er irrt sich grundsätzlich auch nur über die Zwangslage, doch ist es geboten, ihm, vergleichbar dem schuldlos Irreführten, ein Anfechtungsrecht analog § 119 Abs. 2 BGB zuzubilligen.³²

d) Das Ausnutzen einer Zwangslage

Eine Zwangslage ist im Rechtsverkehr nichts Ungewöhnliches. Wer einen Behandlungsvertrag mit dem Krankenhausträger abschließt, bei der Bank ein Darlehen aufnimmt oder auch nur Lebensmittel erwirbt, dem bleibt oft „nichts anderes übrig“. Zu einem rechtlichen Problem wird ein solcher Vertragsschluss erst dann, wenn der Anbieter die eingeschränkte oder faktisch aufgehobene Entschließungsfreiheit des Nachfragenden ausnutzt. Ein Arzt darf daher zum Beispiel eine Notfall- oder akute Schmerzbehandlung nicht von einer besonderen Honorarvereinbarung abhängig machen (§§ 2 Abs. 1 S. 4 GOÄ, 2 Abs. 1 S. 3 GOZ). Darüber hinaus gilt ganz generell, dass bei einem Kontrahierungszwang jeweils zusätzlich ein inhaltlicher Zwang im Sinne angemessener Bedingungen gewährleistet sein muss.³³ Neben den spezialgesetzlich geregelten sowie den allgemein anerkannten Fällen eines Abschluss- und Inhaltszwangs schützen vor allem das Verbot des Wuchers (einschließlich des wucherähnlichen Geschäfts), das Widerrufsrecht bei Außergeschäftsraumverträgen und das Gebot „fairen Verhandeln“ vor dem unbilligen Ausnutzen einer Zwangslage.

aa) Der Wucher

Der Tatbestand des Wuchers gem. § 138 Abs. 2 BGB hat zwei Facetten. Er berücksichtigt zum einen die drei intrinsisch begründeten Schwächemerkmale, nämlich die „Unerfahrenheit“ (z. B. des gerade volljährig Gewordenen), den „Mangel an Urteilsvermögen“ (z. B. des gering Ausgebildeten) und die „erhebliche Willensschwäche“ (z. B. des geschäftsfähigen Drogenabhängigen), die alle primär das „Wollen zweiter Ordnung“, die reflexive Kompetenz mindern. Die Entschließungsfreiheit, das „unmittelbare Wollen“ wird hingegen primär von dem Merkmal der „Zwangslage“ erfasst. Der Betroffene kann in dieser Situation typischerweise seine Bedürfnisse evaluieren, jedoch den konkreten Entschluss aufgrund faktischer Dringlichkeiten nicht ungezwungen fassen. *De lege lata* sind solche Beeinträchtigungen des „Wollens erster Ordnung“ und damit verbundene (strukturelle) Ungleichgewichtslagen nicht per se kompensationsfähig. Sie werden gem. § 138 Abs. 2 BGB aber dann relevant, wenn die Zwangslage „ausgebeutet“ wird und objektiv ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Die damit verbundene Rechtsfolge der Nichtigkeit liegt allein in

32 Vgl. Rehberg, in: BeckOGK, BGB, 2020, § 123 Rn. 193.

33 S. nur Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (oben Fn. 4), § 48 Rn. 18 mwN.

der aus einer Gesamtschau folgenden Sittenwidrigkeit des Vertragsinhalts begründet, denn verglichen mit der autonomiewahrenden Rechtsfolge der Anfechtbarkeit bei einer Drohung gem. § 123 BGB wird beim Wucher die Zwangslage nur ausgenutzt und es wird auch in beiden Fällen die Entschließungsfreiheit und nicht das reflexive Wollen eingeschränkt.

bb) Der Außergeschäftsraumvertrag

Zahlreiche Widerrufsrechte wollen dem Entscheidungsträger eine „zweite Reflexionschance“³⁴ einräumen. Manche Widerrufsrechte schützen neben dem reflexiven Wollen aber auch das unmittelbare Wollen. Insbesondere die §§ 312b BGB, 305 KAGB schließen Situationen mit ein, in denen der Kunde durchaus überlegt, aber *nolens volens* einen Vertrag abschließt, um den renitenten Verkäufer an der Haustüre wieder los zu werden. Ebenso rational können Teilnehmer einer „Kaffeeahrt“ entscheiden, wenn sie ein Produkt allein deshalb erwerben, um das Verkaufslokal wieder zeitnah verlassen zu können. Auch psychologischer Druck kann bei Außergeschäftsraumverträgen in einer Weise ausgeübt werden, dass der Kunde nur *nolens volens* kontrahiert. Häufig werden bei Außergeschäftsraumverträgen allerdings Überrumpelungen oder ein zeitlicher Druck hinzukommen, sodass beide Ebenen des Wollens beeinträchtigt sind.

e) Das unfaire Verhandeln

Zu den großen Dauerbaustellen der Rechtsgeschäftslehre gehören jene Konstellationen, die nicht unmittelbar von den Tatbeständen der Drohung, des Wuchers oder den einzelnen Widerrufsrechten erfasst werden, die Betroffenen aber ebenfalls in ihrer Entscheidungsfreiheit erheblich beeinträchtigen. Die zahlreichen Reformvorschläge reichen von der Hinzufügung eines Absatzes 3 zu § 138 BGB (Kreditwucher)³⁵ über die Einfügung eines § 123a BGB (ungebührliches Verhalten)³⁶ bis hin zur Etablierung eines allgemeinen Widerrufsrechts (bei Überrumpelung oder Wettbewerbsverstößen).³⁷ Seit 2015 bestimmt nunmehr § 4a Abs. 1 S. 1 UWG, dass „unlauter handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte.“ Diese Neuregelung begründet derzeit jedoch noch kein Klagerecht für Verbraucher.³⁸

34 Eidenmüller, AcP 210 (2010), S. 67 ff. (91).

35 BT-Drs. 8/456; s. auch Hadding, Gutachten zum 53. DJT, 1980, S. 230 f.

36 Eidenmüller, in: Zimmermann, Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss (oben Fn. 27), S. 103 ff. (121); Berens, Fremdbestimmung des Konsumenten bei der Vertragsanbahnung insbesondere durch Irreführung, 1998, S. 342 f.; zur Abänderung von § 123 Abs. 1 BGB s. u. a. den Vorschlag von Sack, BB 1987 Beilage 2 zu Heft 5, S. 1 ff. (28).

37 Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I 1981, S. 479 ff. (519 ff.); s. zu diesem Vorschlag auch Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (oben Fn. 17), S. 124 ff.

38 Anders aber die Schadensersatzpflicht gem. § 9 Abs. 2 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerbebereich, online abrufbar unter www.bmjd.de.

Rechtsfortbildende Vorschläge gibt es ebenfalls bereits in sämtliche Richtungen, die mit der *lex lata* aber nicht immer uneingeschränkt vereinbar sind. Dies gilt für das grundlegende Konzept von *Manfred Wolf*, wonach die tatsächliche Entscheidungsfreiheit zu den Wirksamkeitsbedingungen einer Willenserklärung zählt.³⁹ Auch das alternative Plädoyer zugunsten einer analogen Anwendung von § 123 BGB auf psychische und ähnliche Zwangslagen⁴⁰ kann schwerlich auf eine Gesetzeslücke gestützt werden. Eine Extension der gesetzlich geregelten Widerrufsrechte⁴¹ ist im Hinblick auf deren jeweiligen persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich ebenfalls nur sehr begrenzt möglich.⁴²

Geht man stattdessen von § 138 Abs. 2 BGB als gesetzlichem Orientierungsmaßstab aus,⁴³ ist signifikant, dass die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht allein mit einem auffälligen Missverhältnis der Leistungen begründet werden kann. Der Gesetzgeber hat das „für die Rechts- und Verkehrssicherheit gefährliche (...) Rechtsmittel“ der *laesio enormis* ganz bewusst nicht normiert.⁴⁴ Methodisch zulässig und sachlich geboten ist jedoch, ab einem besonders groben Missverhältnis von der widerlegbaren Vermutung einer verwerflichen Gesinnung auszugehen, die zur Sittenwidrigkeit des wucherähnlichen Geschäfts gem. § 138 Abs. 1 BGB führt.⁴⁵ Wie bereits der Normtext („insbesondere“) zum Ausdruck bringt, handelt es sich bei § 138 Abs. 2 BGB lediglich um einen Spezialfall und keine abschließende Regelung eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts. Auch Bürgschafts-, Ehe- und sonstige Verträge, bei denen ein Vertragspartner die Zwangslage des anderen unbillig ausnutzt, um einen unangemessenen Vorteil zu erzielen, können daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein.⁴⁶ Dasselbe gilt für das Ausnutzen einer Zwangslage, wenn zwar kein auffälliges Missverhältnis vorliegt, jedoch zusätzliche sittenwidrige Umstände die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen.⁴⁷

Problematisch sind vor allem die Fälle der Überrumpelung, das Ausbeuten einer seelischen Zwangslage sowie das Ausüben eines ungebührlichen Zeitdrucks. Als *leading case* diente lange Zeit eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1988, in der nahe Angehörige aus Furcht vor einer Strafanzeige gegen den Täter eine Bürgschaftserklärung unter erheblichem Zeitdruck

39 *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 101 ff.; kritisch namentlich *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (oben Fn. 9), S. 18 ff. mwN.

40 *Weiler*, Die beeinflusste Willenserklärung, 2002, S. 616 ff.; s. auch schon MünchKomm/Kramer, BGB, 4. Aufl. 2001, § 123 Rn. 57; kritisch namentlich *Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, 2007, S. 888 ff.; *Schindler*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und Drohung (oben Fn. 7), S. 179 ff.

41 *S. Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003, S. 1165 ff.; *Gerhardt*, Zur Analogiefähigkeit verbraucherschützender Widerrufsrechte, 2015, S. 200 ff. (online abrufbar).

42 S. nur BAG NJW 2019, 1966 ff. (Tz. 13 ff.).

43 S. hierzu auch *Singer*, in: FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 981 ff. (998 ff.).

44 Mot. II S. 321; s. näher *E. Koch*, in: FS Kanzleiter, 2010, S. 237 ff. (244 f.); *Finkenauer*, in: FS Westermann, 2008, S. 183 ff. (187).

45 BGH NJW-RR 2017, 1261 ff. (Tz. 20); NJW 2014, 1652 ff. (Tz. 5 f.) mwN.

46 *S. Ellenberger*, in: Palandt (oben Fn. 12), § 138 Rn. 37 ff., 46 ff. m. umf. N.

47 *S. Ellenberger*, in: Palandt (oben Fn. 12), § 138 Rn. 35 m. umf. N.

abgaben.⁴⁸ Das Gericht verneinte die Anfechtbarkeit gem. § 123 Abs. 1 BGB, weil das Ausnutzen einer seelischen Zwangslage nicht einer widerrechtlichen Drohung gleichstehe, und ließ es zudem für die Annahme von Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB nicht genügen, dass die seelische Zwangslage durch Zeitdruck verstärkt wurde. Sehr lebensnah erscheint die damalige Annahme des BGH freilich nicht, dass in einer derart prekären Situation, in der zwei Beauftragte in der Wohnung der betagten Mutter erscheinen und ihr vorhalten, ihr Sohn habe einen hohen Geldbetrag unterschlagen, keine konkludente Drohung „im Raum steht“.⁴⁹ Jedenfalls erging in deutlichem Kontrast zu dieser Entscheidung im Jahr 2019 ein Urteil des BAG, nach dem das „Gebot fairen Verhandeln“ verletzt wird, „wenn eine psychische Drucksituation geschaffen oder ausgenutzt wird, die eine freie und überlegte Entscheidung des Vertragspartners erheblich erschwert“⁵⁰. Auch in diesem aktuellen Fall wurde die Betroffene in ihrer Wohnung aufgesucht und von ihrem Arbeitgeber zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags veranlasst. Dieser Vertrag wäre als sittenwidrig i. S. v. § 138 Abs. 1 BGB zu beurteilen, wenn der Arbeitgeber zugleich eine erkennbar krankheitsbedingte Schwäche der zu Hause weilenden Arbeitnehmerin ausgenutzt hätte. Das nur unangekündigte Aufsuchen der Arbeitnehmerin in ihrer Wohnung stellt nach der bisherigen Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 BGB indes noch keine sittenwidrige Überrumpelung dar. Das BAG leitete deshalb im Anschluss an *Stephan Lorenz* ein Gebot „fairen Verhandeln“ aus § 241 Abs. 2 BGB ab (Pflicht zur Rücksichtnahme auf die „Interessen des anderen Teils“).⁵¹ Dieses Gebot „fairen Verhandeln“ bedarf der Konturierung,⁵² ist aber insbesondere für die Fälle der Überrumpelung und der Ausnutzung einer psychischen Zwangslage die adäquate Rechtsgrundlage.⁵³ Damit werden die Hürden für eine Vertragslösung zwar gesenkt, doch entspricht dies der gesetzgeberischen Ausgestaltung und Fortentwicklung der *c. i. c.*, die auch fahrlässige „Täuschungen“ und „Drohungen“ erfasst,⁵⁴ intensive Aufklärungspflichten begründet⁵⁵ und dem generellen Wertungswandel der Rechtsordnung hin zu einem stärkeren Schutz der Entscheidungsfreiheit Rechnung trägt⁵⁶ – wie immer man diese Tendenz rechtspolitisch bewerten mag.

- 48 BGH NJW 1988, 2599 ff.; s. auch BGH NJW-RR 1996, 1281 ff. (1282); zustimmend *Wendtland*, in: BeckOK, BGB, Stand 2021, § 123 Rn. 26, 28; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 2016, Rn. 893 mwN.
- 49 Vgl. *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (oben Fn. 17), S. 481 mit Fn. 1515 (s. auch Fn. 1516 zur Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts).
- 50 BAG NJW 2019, 1966 ff. (Tz. 34); s. auch LAG Mecklenburg-Vorpommern NZA-RR 2020, 520 ff. (Tz. 24).
- 51 BAG NJW 2019, 1966 ff. (Tz. 31 ff.); für ein Widerrufsrecht bei Aufhebungsverträgen am Arbeitsplatz gem. § 312 BGB a. F. plädierte *Singer*, RdA 2003, 194 ff. (196 f.).
- 52 Vgl. *Kamanabrou*, RdA 2020, 201 ff. (206 ff.); *Plum*, MDR 2020, 69 ff. (70); speziell zur unbilligen Ausnutzung von Rationalitätsasymmetrien (Preisdifferenzierungen u. a.) *Ebers*, MMR 2018, 423 ff. (426 f.); *Schäfers*, AcP 221 (2021), S. 32 ff. (44 ff.).
- 53 Vgl. *Lorenz*, I. FS Canaris, Bd. I, 2007, S. 777 ff. (784 ff.); a. A. *Fischinger*, NZA 2019, 729 ff. (730 ff.).
- 54 S. oben im Text bei Fn. 20, 30 sowie *Schäfers*, AcP 221 (2021), S. 32 ff. (58).
- 55 Vgl. *Bachmann/Ponßen*, NJW 2019, 1969 f. (1970).
- 56 S. zum Wertungswandel eingehend *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung (oben Fn. 16), S. 50 ff.

II. Der Schutz des reflexiven Wollens

Unfares Verhandeln kann neben dem unmittelbaren auch das reflexive Wollen beeinträchtigen, vor allem wenn ein unangemessener Zeitdruck ausgeübt wird. Abgesehen von solchen Gemengelagen gibt es verschiedene Rechtsinstitute, die speziell der Willensfreiheit dienen. Die Willensfreiheit hat – anders als die (rein kausalitätsbezogene) Handlungsfreiheit – eine doppelte Relevanz: Sie ist *conditio sine qua non*, um überhaupt eigenständig am Rechtsverkehr teilnehmen und eine Willenserklärung wirksam abgeben zu können. In ihrer anspruchsvolleren Bedeutung erfasst sie darüber hinaus die Kompetenz, eine *konkrete* Entscheidung ungeachtet deren Komplexität überlegt treffen zu können. Fehlt diese spezielle Befähigung im Einzelfall, gibt es für den Gesetzgeber zwei Interventionsmöglichkeiten. Er kann Schutzmaßnahmen erlassen, um zu verhindern, dass Dritte das Defizit unbillig ausnutzen, oder er kann Optimierungsmaßnahmen ergreifen, die das Defizit beheben sollen.

1. Das Ausnutzen von Defiziten

Die Fähigkeit, das unmittelbare Wollen zu evaluieren, kann aus unterschiedlichen Gründen eingeschränkt sein. Liegt eine intrinsische Schwäche in Form von Unerfahrenheit, mangelndem Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche vor und beutet ein anderer dieses Defizit aus, ist bei einem auffälligen Leistungsmisverhältnis das Rechtsgeschäft wegen *Wuchers* gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig. Die Nichtigkeit tritt gem. § 138 Abs. 1 BGB auch dann ein, wenn kein objektives Leistungsmisverhältnis vorliegt, die Leistung aber offenkundig nicht den Bedürfnissen des unerfahrenen Käufers entspricht (wie etwa der Verkauf von Bettzeug i. H. v. 3.373 DM an eine über 70-jährige Aussiedlerin⁵⁷ oder der Verkauf einer Trockenreinigungsanlage i. H. v. 41.000 DM unter Ausnutzung der Unerfahrenheit an einen gerade volljährig Gewordenen⁵⁸). Bei der Verwendung von *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* ist der Kunde typischerweise situativ verhindert, seinen Entschluss näher zu überprüfen. Er wird aus pragmatischen, aber auch aus rationalen Gründen keine Zeit finden, um die gestellten Bedingungen zu lesen, während der Verwender sie für eine Vielzahl von Verträgen professionell vorzuformulieren vermag. Fehlen dem Kunden überdies Ausweichmöglichkeiten (z. B. bei vereinheitlichten Verbands-AGB), ist bereits das unmittelbare Wollen eingeschränkt. Neben der Kontrolle von AGB kann auch ein *Widerrufsrecht* der missbräuchlichen Ausnutzung von Reflexionsschwächen entgegenwirken, wenn etwa ein unvorbereiteter Kunde in psychologisch zusetzender Weise und ohne gründliche Überlegungschance zum Vertragsabschluss gedrängt wird (weshalb z. B. die §§ 312 g Abs. 1 Alt. 1, 355 BGB, 305 KAGB eine 14-tägige Bedenkzeit einräumen). In all diesen Konstellationen dient die gesetzgeberische Intervention nicht allein dem sozialen Schutz des Schwächeren, vielmehr auch der Abwehr des Stärkeren im Sinne der *iustitia commutativa*.

57 AG Siegen NJW-RR 2000, 1653 f.

58 BGH NJW 1966, 1451 f.

2. Die Kompensation von Defiziten

Bei der Kompensation von Defiziten geht es allein darum, die reflexive Kompetenz zu stärken, ohne dass ein anderer Schwächen ausnutzt. Die gesetzgeberische Intervention ist fürsorglich, aber autonomieorientiert und insofern kein „harter“ Paternalismus, der dem Einzelnen die Privatautonomie entzieht (wie z. B. das Verbot der Verfallvereinbarung gem. § 1229 BGB oder die Anordnung der Nichtigkeit von Verträgen über künftiges Vermögen gem. § 311b Abs. 2 BGB). Die Instrumentarien zur Gewährleistung der Willensfreiheit i. e. S. sind vielfältig: Zweckdienlich ist auch in diesem Kontext die Einräumung einer Bedenkzeit in Verbindung mit einem *Widerrufsrecht*, wenn der Kunde den Vertragsgegenstand nicht vorab inspizieren konnte (z. B. gem. § 312g Abs. 1 BGB bei einem Fernabsatzvertrag) oder die besonderen Risiken langfristiger Verträge eine gründlichere Abwägung erfordern (z. B. gem. § 485 BGB beim Teilzeit-Wohnrechtevertrag). *Formvorschriften* sollen ebenfalls vor Übereilung schützen. Besonders deutlich zeigt dies § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG, wonach dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt werden soll. Schließlich dienen auch *soziale Informationspflichten* dazu, Defizite im Bereich des reflektierten Wollens zu kompensieren. Sie sind ein Medium der Umverteilung und legen, im Unterschied zu Wahrheits- und Warnpflichten, dem Verpflichteten auf, Informationen allein deshalb weiterzuleiten, um beim (potentiellen) Vertragspartner die Kompetenz zu selbstbestimmten Entscheidungen zu stärken.⁵⁹ So ist z. B. ein Darlehensgeber gem. § 491a Abs. 3 S. 1 BGB verpflichtet, dem Darlehensnehmer vor Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags angemessene Erläuterungen zu geben, damit dieser „in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob der Vertrag dem von ihm verfolgten Zweck und seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird.“

C. Der Gebrauch der Privatautonomie

Bestehen Handlungs-, Willens- und Entscheidungsfreiheit, kann der Einzelne so agieren, wie er agieren möchte. Er ist kompetenziell in der Lage, eine vom freien Willen geleitete Erklärung abzugeben, sodass er für dieses Tun auch verantwortlich ist: für das Handheben in der Versteigerung, für das Versenden der Email, für die Sprechhandlung, ganz generell für das In-Geltung-Setzen einer Regelung. Noch nicht entschieden ist damit aber, ob dem Erklärenden auch der Sinn seiner Erklärung, so wie ihn der Empfänger redlicherweise verstehen musste, vollumfänglich zurechenbar ist. Oder anders gewendet: Ist der Erklärende auch für das uneingeschränkt verantwortlich, was er frei erklären konnte, aber subjektiv gar nicht wollte? Setzt eine Willenserklärung nur die Freiheit voraus, erklären zu können, was man will, oder eben auch einen Willen? Nur die abstrakte Kompetenz oder ein konkretes Wollen?

Inwieweit der Einzelne für eine ihm zurechenbare fehlerhafte Selbstbestimmung vollumfänglich einzustehen hat, wird rechtsvergleichend unterschiedlich beurteilt (s. nur Art. II.-7:201 DCFR, Art. 4:103 PECL).⁶⁰ Die gegenläufigen Prinzipien des Vertrauens- und Verkehrs-

59 Ausführlicher Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (oben Fn. 4), § 10 Rn. 52f.

60 Ausführlich Kramer, Der Irrtum beim Vertragsschluss – Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, 1998; rechtshistorisch Harke, Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht, 2005.

schutzes legitimieren allerdings keine unverhältnismäßige Inanspruchnahme.⁶¹ Als Kompensation kommt eine Anfechtbarkeit der fehlerhaften Erklärung in Betracht, doch kann dieses Gestaltungsrecht die intentionalen Voraussetzungen einer Willenserklärung nicht substituieren. Die alternative Konzeption einer „Willenserklärung ohne Willen“⁶² macht buchstäblich wenig Sinn. Eine Willenserklärung setzt daher voraus, dass der Erklärende überhaupt etwas erklären will, den *Kommunikationswillen*. Sie erfordert außerdem eine rechtsgeschäftliche Ambition, den *Partizipationswillen*.⁶³ Ob darüber hinaus auch noch eine bestimmte Rechtsfolge intendiert sein muss, also ein *Geschäftswille* erforderlich ist, hat *Reinhard Singer* in seiner Monographie „Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen“ eingehend analysiert. Dabei erachtet er die intentionalen Voraussetzungen einer Willenserklärung als konstituierende Elemente der Idee der Selbstbestimmung: „Von Selbstbestimmung kann jedoch nicht die Rede sein, wenn zwar der Akt als solcher willentlich in Geltung gesetzt worden ist, nicht aber die in diesem Akt verlautbarten Rechtsfolgen. Fehlerhafte Selbstbestimmung ist daher in Wahrheit keine Selbstbestimmung.“⁶⁴ Dieser Konzeption liegt ein handlungsbezogener Begriff von Selbstbestimmung zugrunde. Man kann den mehrdeutigen Ausdruck „Selbstbestimmung“ aber auch vom Begriff der „Autonomie“ (Selbstgesetzgebung) ableiten, der etymologisch aus dem Griechischen stammt und als Zustand der Selbstbestimmung beschrieben wird.⁶⁵ Dieser Zustand beruht seinerseits auf Kompetenz,⁶⁶ sodass *Gerald Dworkin* zu einer fähigkeitsbezogenen Definition gelangt: „(...) Autonomy is conceived of as a second-order capacity of persons to reflect critically upon their first-order preferences, desires, wishes and so forth and the capacity to accept or attempt to change these in light of higher-order preferences and values. By exercising such a capacity, persons define their nature, give meaning and coherence to their lives and take responsibility for the kind of person they are.“⁶⁷ Die Frage, wie fehlerhafte Selbstbestimmung zu qualifizieren ist, geht freilich über die Themenstellung dieses kleinen, seitenbegrenzten Beitrags hinaus, der lediglich aufzeigen soll, dass Handlungs-, Willens- und Entscheidungsfreiheit die Grundvoraussetzungen einer selbstbestimmten Teilnahme am Rechtsverkehr sind.

61 Vgl. *Singer*, in: *Staudinger* (oben Fn. 6), Vorb. zu §§ 116–144 Rn. 22 mwN.

62 *Werba*, Die Willenserklärung ohne Willen, 2005; *Leenen*, BGB Allgemeiner Teil (oben Fn. 28), § 5 Rn. 30; s. auch *de la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 33 ff.

63 S. zuletzt *Hennemann*, Interaktion und Partizipation, 2020, S. 106 ff.

64 *Singer*, in: *Staudinger* (oben Fn. 6), Vorb. zu §§ 116–144 Rn. 17; s. auch schon oben Fn. 9; ähnlich *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 262.

65 *Kluge/Seebold*, Etymologisches Wörterbuch, 25. Aufl. 2011, S. 78 (Stichwort „Autonomie“); v. *Ungern-Sternberg*, Entstehung und Inhalt des Begriffs „Autonomie“ in der griechischen Antike, in: *Battegay/Rauchfleisch*, Menschliche Autonomie, 1990, S. 9 ff. (13): „Autonomie bedeutet also Eigenständigkeit innerhalb eines größeren Machtbereichs“; diese begriffliche Herleitung bezieht sich allerdings hauptsächlich auf das Politische, nicht auf das einzelne Individuum und ist insofern wiederum vieldeutig; s. den Chor in *Sophokles*, *Antigone*, Vers 821 f.: „Dir selber Gesetz (autónomos), gehst einzige du Lebend hinunter zum Hades“, zit. nach v. *Ungern-Sternberg*, aaO, S. 16, der *autónomos* hier nicht als „of one's own free will“ versteht („Antigone stirbt doch keineswegs freiwillig“), sondern „in Konsequenz des eigenen, selbstgewählten Handelns“.

66 Die Begriffe „Autonomie“ und „Selbstbestimmung“ werden daher auch häufig synonym gebraucht; s. nur *Magnus*, RphZ 2017, 225 ff. (225).

67 *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 20.