

**Katharina de la Durantaye:** *Erklärung und Wille*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020. (Jus Privatum; Bd. 241) XVII, 389 S.; Ln.: 99,- €. ISBN 978-3-16-158185-4.

## I.

Zu den Allgemeinplätzen der juristischen Methodik gehört die Erkenntnis, dass „die Persönlichkeit sich bei der rechtlichen Entscheidung als mitentscheidende Instanz nie ausschalten (lässt).“<sup>1</sup> Nichts anderes gilt für Rezensionen, bei denen sich in ähnlicher Weise das hermeneutische Problem „Vorverständnis und Buchkritik“ stellt.<sup>2</sup> Wer Rationalitätsansprüchen eine dominante Rolle zuspricht, wird die Positionen der Verfasserin daher vermutlich stärker goutieren als Verfechter von *Juvenals* Diktum „*stat pro ratione voluntas*“. Die zentrale These des Buches kommt bereits auf dem Klappentext sehr deutlich zum Ausdruck: „Die Rechtsgeschäftslehre gibt einen objektiven Maßstab vor. Sie hält Menschen an, sich so auszudrücken, dass sich objektiv Erklärtes und subjektiv Gewolltes decken.“ Aber stimmt diese Objektivitätsannahme mit der *lex lata* überein? Ist es tatsächlich Aufgabe und Ziel des Privatrechtsgesetzgebers, den

---

<sup>1</sup> *Engisch*, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, S. 22.

<sup>2</sup> Diese Rezension beruht, ebenso wie alle meine früheren Buchbesprechungen im AcP, auf einer Anfrage der Herausgeber.

mündigen Bürger anzuhalten, sich in einer bestimmten Weise zu artikulieren, ihn zum „korrekten“ Marktteilnehmer zu erziehen? Und wer sind die Gewinner und Verlierer dieses paternalistischen Modells, das den Sprachgebrauch unter ökonomischen Parametern vereinheitlichen möchte?

## II.

Gesetze erheben einen Rationalitätsanspruch, sei es im überlieferten Sinne als „*ratio scripta*“<sup>3</sup> oder im Lichte der Erkenntnis, dass „rationale Gesetzgebung (...) seit der Aufklärung ein Pleonasmus (...), ein unhintergebar Maßstab für alle heutigen Formen der Rechtssetzung (ist).“<sup>4</sup> Auch der Staat selbst ist ein rein zweckrationales Gebilde, das seiner Macht nach dem Menschen überlegen, der *raison d'être* nach aber unterlegen ist: lediglich Mittel für die Zwecke seiner Bürger.<sup>5</sup> An die moderne Gesetzgebung werden deshalb verschiedene Anforderungen gestellt, die von Folgerichtigkeit, Transparenz und Begründungspflichten bis hin zu materialer Rationalität reichen, nicht zuletzt mit Blick auf das ökonomische Effizienzziel.<sup>6</sup> Analog zu dieser etatistisch ausgerichteten Perspektive kann man verfassungsrechtlich und ideengeschichtlich der Vor-Frage nachgehen, ob die einzelnen Bürger ebenfalls – wie auch immer definierten – Objektivitätsstandards unterliegen. Oder ist der Mensch im Kontrast zum Staat und zum Markt eben als Selbstzweck zu verstehen?

Die Verfasserin wählt einen anderen Einstieg und geht sofort zivilrechtlich *in medias res*, indem sie ihrer Arbeit die Eingangsthese zugrunde legt, „dass Vertragsfreiheit und Verkehrsschutz nicht grundsätzlich konfliktieren. (...) Vielmehr verhelfen Regelungen, die dem Verkehrsschutz dienen der Vertragsfreiheit zur Geltung“ (S. 1). Dieser Synkretismus leuchtet indes nicht ohne Weiteres ein: Verlangt das Gesetz die Einhaltung einer bestimmten Form (§§ 126 ff. BGB), dient das zwar dem Verkehrsschutz, aber wie steht es um die Vertragsfreiheit? Man kann nun argumentieren, dass „die Maßgeblichkeit objektiver Kriterien (...) zugleich der Erreichung subjektiver Ziele (dient)“ (S. 2), der Gesetzgeber den Akteuren also zu einem optimalen Vertragsschluss verhelfen will, doch wird die Vertragsfreiheit dann nicht mehr im negativen Sinne interpretiert, weil Handlungsalternativen (hier: in Form eines mündlichen Vertragsschlusses) versperrt werden. So verstanden wird die Vertragsfreiheit nicht allein vom Freiheitsträger definiert, sondern dient bestimmten Zwecken: Verträge sollen Bestand haben, Rückabwicklungskosten sollen vermieden werden und vieles mehr. Ein solcher positiver Freiheitsbegriff (Freiheit „wozu“?) kann in der Tat dazu führen, dass Vertragsfreiheit und Verkehrsschutz, Rechtsgeschäft und Vertrauenshaftung nicht mehr als Gegensatzpaare aufgefasst werden. Er entspricht aber zumindest nicht dem liberalen Grundrechtsver-

<sup>3</sup> Ausführlich *Coing*, *RabelsZ* 32 (1968), S. 1 ff. (4 ff.); *Knütel*, *ZEuP* 1994, 244 ff. (unter Berufung auf die *Maxime des Baldus de Ubaldis*: „*Romanæ leges, ut ratio naturalis, omnibus imperant*“).

<sup>4</sup> *Schulze-Fielitz*, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988, S. 458; s. auch *Siehr*, *VVDStRL* 78 (2019), S. 393 ff. (410) m.w.N.

<sup>5</sup> *Isensee*, *AöR* 140 (2015), S. 169 ff. (174).

<sup>6</sup> Eingehend *Steinbach*, *Rationale Gesetzgebung*, 2017, S. 3 ff. m.w.N.

<sup>7</sup> Grundsätzlich zur Unterscheidung zwischen „negativer“ und „positiver“ Freiheit *Berlin*, *Two Concepts of Liberty*, in: *Four Essays On Liberty*, 1969, S. 118 ff.

ständnis, das in der Anordnung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts (etwa gem. § 125 S. 1 BGB) jeweils einen Grundrechtseingriff sieht.<sup>8</sup> Ein solcher Grundrechtseingriff liegt richtigerweise auch und bereits dann vor, wenn das Gesetz eine „ausdrückliche“ Erklärung verlangt und beispielsweise den (gehandicapten) Patienten daran hindert, durch bloßes schlüssiges Verhalten auf ärztliche Aufklärung gem. §§ 630c Abs. 4, 630e Abs. 3 BGB zu verzichten.

Der zweckrationale Gedanke wird von der Verfasserin sodann weiter konkretisiert, indem die ökonomischen Parameter benannt werden, die für die Rechtsgeschäftslehre fruchtbar gemacht werden können: Herstellung von Allokationseffizienz, Senkung von Transaktionskosten, Überwindung ineffizienter Informationsasymmetrien und der Grundsatz der Risikoverteilung. Die mittlerweile ausbuchstabierte Kritik am Verhaltensmodell des rein rational entscheidenden *homo oeconomicus* wird ebenfalls thematisiert, doch soll rational geleitetes Handeln der Arbeit zugrunde gelegt werden, da der für die Untersuchung relevante Teil der Rechtsgeschäftslehre „nicht dem Schutz des Schwächeren dient“ (S. 20). Ob das in dieser Pauschalität stimmt, ist allerdings fraglich. Gewiss, es war eine Konkretistin, die den Begriff „Gros“ nicht kannte, im Zweifel dürfte aber der Bildungsferne und Unerfahrene eher einem Irrtum unterliegen als der Marktstarke und geschäftlich Versierte. Man kann den Anfechtungsmöglichkeiten nach § 119 BGB daher durchaus auch eine soziale Dimension zuschreiben. Noch intrikater erscheint das in diesem Kontext erneut vorgetragene Argument, dass – auf der Basis der Annahme rationalen Handelns – die Parteien angehalten werden, „sich möglichst rational zu verhalten“ (S. 21). Die damit verbundene Forderung, sich so auszudrücken, dass sich „objektiv Erklärtes und subjektiv Gewolltes decken“, mögen wiederum jene leicht erfüllen, die geschäftlich versiert und marktstark sind. Sanktioniert und ökonomisch benachteiligt werden hingegen die bildungsfernen, schwer „erziehbaren“ Schichten sowie darüber hinaus ganz generell jener Personenkreis, der die Vertragssprache weniger gut beherrscht oder seinen eigenen Sprachstil pflegen möchte. Die Verfasserin betont zu Recht: „Das Gesetz geht davon aus, dass die Parteien des Rechtsgeschäfts gleichberechtigt sind“ (S. 20). Das bedeutet aber, dass jeder Privatrechtsakteur so sprechen darf, wie er sprechen möchte. Zumal: Was heißt und wer definiert das „objektiv“ Erklärte?

### III.

Im Anschluss an die ökonomisch-zweckrationalen Vorbemerkungen untersucht die Verfasserin den Tatbestand der Willenserklärung, die Auslegung von Willenserklärungen, das Schweigen als Willenserklärung und die gewillkürte Stellvertretung.

1. Die Ausführungen zum Tatbestand der Willenserklärung beginnen mit einer Rekonstruktion der klassischen Kontroverse zwischen Willens- und Erklärungstheorie. Um eine „Störung des Rechtsverkehrs“ zu vermeiden, ist es nach Ansicht der Verfasserin gerechtfertigt, „dem Willen des Erklärenden grundsätzlich keinen Vorrang vor dem einzuräumen, was er objektiv erklärt hat“ (S. 37). Das „Erklärungsbewusstsein“ wird deshalb für den Tatbestand der Willenserklärung als irrelevant erachtet, und zwar ungeachtet dessen, ob der Erklärende fahrlässig agierte oder nicht. Begründet wird

---

<sup>8</sup> Vgl. nur *Vofskuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313 ff. (313); *Köhler*, JuS 2010, 665 ff. (666).

diese rein „objektive“, auf die Empfängersicht rekurrierende Theorie allerdings ohne näheres Eingehen auf das Gesetz (S. 37 bis 41). Auch das „Handlungsbewusstsein“ wird nicht als Voraussetzung einer Willenserklärung angesehen, ebenso wie schon in *Ulf Werbas* Dissertation mit dem bezeichnenden Titel „Die Willenserklärung ohne Willen“ (2005). Der wissenschaftliche Disput über die sachgerechte Definition einer Willenserklärung darf allerdings nicht überbewertet werden. Maßgeblich ist in erster Linie, welche rechtlichen Konsequenzen das fehlende „Handlungsbewusstsein“ impliziert. Würde die Lehre von der „Willenserklärung ohne Willen“ bei fehlendem „Handlungsbewusstsein“ stets § 105 Abs. 2 BGB (analog) anwenden, wären die Folgen weitgehend konsentiert: es läge zwar eine Willenserklärung vor, doch wäre diese nichtig; die *b.M.* würde bereits tatbestandlich eine Willenserklärung verneinen.<sup>9</sup> Anders aber die Verfasserin: Gibt jemand eine Erklärung rein reflexartig ab, ist diese wirksam, weil der Erklärende das Risiko geschaffen hat und der „*cheapest cost avoider*“ ist (S. 43).<sup>10</sup> Ob dies ökonomisch stimmt, mag dahingestellt bleiben, rechtlich ist es jedenfalls nur schwer nachvollziehbar: Besucht jemand übermüdet eine Weinversteigerung, obgleich er weiß, dass er im Schlaf zu Reflexbewegungen neigt, kommt eine Haftung aus *c.i.c.* in Betracht.<sup>11</sup> Der ökonomische Aspekt des „*cheapest cost avoider*“ ist indes kein hinreichender rechtlicher Grund für die Inanspruchnahme aus einer „Willenserklärung“, genauso wenig wie er eine deliktsrechtliche Haftung zu begründen vermag, falls der Versteigerungsbesucher ohne Verschulden, rein reflexartig den Nachbarn verletzt. Die Verfasserin konzidiert allerdings, dass der Erklärende analog § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB anfechten kann (S. 43). Übersetzt in die freiheitliche Nomenklatur bedeutet dies: Dem reflexartig Agierenden fehlt die Handlungsfreiheit, weil er sein Tun nicht steuern kann. Die „Willenserklärung“ wird ihm gleichwohl als wirksam zugerechnet, doch kann er anfechten, da seine Handlung nicht willensgeleitet war. Er hat also die paradoxe Freiheit, etwas anzufechten, was er überhaupt nicht frei erklärte, und zwar deshalb, weil das Fehlen der Handlungsfreiheit (das Erklärte ist nicht auf den Willen rückführbar) einem Erklärungsirrtum gleichen soll, bei dem selbstbestimmt (auf den Willen rückführbar) eine Erklärung fehlerhaft abgegeben wird.

Gegenüber dem objektiven Erklärungswert hat eine subjektive Willensübereinstimmung jedoch Vorrang. Denn: „Ein Vertrag, der auf einer solchen Willensübereinstimmung beruht, verspricht eine Maximierung des wechselseitigen Nutzens der Parteien“ (S. 48). Der Vorrang der subjektiven Willensübereinstimmung erfasst zudem den Fall, dass das Verhalten der Parteien sich objektiv als Willenserklärung darstellt, diese das Rechtsgeschäft jedoch übereinstimmend nicht wollen, wie etwa bei einem Scheingeschäft. Folgerichtig steht auch in diesem Kontext wieder der ökonomische Gedanke im Vordergrund und nicht die Willkür, das tun zu können, was der Einzelne vernünftiger oder unvernünftiger Weise möchte.

2. Die Leitidee der Arbeit setzt sich weiter fort bei der Auslegung von Willenserklärungen. Grundsätzlich hat diese objektiv zu erfolgen, weil die Ermittlung des objektiv Erklärten mit deutlich weniger Transaktionskosten verbunden ist als der Beweis

<sup>9</sup> Ausführlich *Leenen*, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2015, § 5 Rn. 21 ff. m.umf.N.

<sup>10</sup> Ähnlich *Leenen*, aaO., § 5 Rn. 35.

<sup>11</sup> S. auch *Staudinger/Singer*, BGB, 2017, Vorb. zu §§ 116–144 Rn. 50: Ein Auktionsbesucher weiß, dass es aufgrund eines chronischen Leidens immer wieder zu nervösen Zuckungen seiner rechten Hand kommt.

des übereinstimmend Gewollten (S. 117). Zudem werden dadurch wieder Anreize geschaffen, „sich sowohl eindeutig als auch dem Üblichen entsprechend auszudrücken“ (S. 118). Eine Ausnahme möchte die Verfasserin nur bei einem übereinstimmenden Willen der Akteure machen, da dies – entgegen neueren Annahmen<sup>12</sup> – ökonomisch sinnvoll sei. Bei einem bloß übereinstimmenden Verständnis, insbesondere bei „erkannten Irrtümern“, gelte indes der Primat der objektiven Auslegung, Sonderwissen sei nicht zu berücksichtigen (S. 76 ff.). Erkennt also *Alice*, was *Humpty Dumpty* mit „glory“ meint, gilt das „objektiv“ Erklärte und nicht das Gemeinte und so Verstandene. Das ist nicht nur deshalb verwunderlich, weil kommunikativ alles erreicht und eine konsensuale Verständigung herbeigeführt wurde, sondern *Humpty Dumpty* aus seiner dominanten Rolle<sup>13</sup> zum Schwächeren mutiert, dem aufgegeben wird, seine Worte „korrekt“ und nicht nur intersubjektiv verständlich zu verwenden. Im Beispiel der Verfasserin ist es denn auch ein ausländischer (US-)Mitbürger, der unter „brave Türsteher“ etwas anderes versteht als der herrschende Sprachgebrauch (S. 77, wobei der Adressat die Intention jedoch erfasst). Der linguistische Oktroi richtet sich damit typischerweise gegen Minderheiten und sprachlich weniger Begabte, aber auch gegen alle, die sich nicht dem „Üblichen“ (S. 118) unterwerfen wollen.

3. Den allgemeinen Ausführungen zum Tatbestand und der Auslegung von Willenserklärungen folgt der Sonderfall des Schweigens. Geht man im Sinne der Verfasserin davon aus, dass subjektive Vorstellungen den Tatbestand einer Willenserklärung grundsätzlich unberührt lassen, erscheint es nur konsequent, auch Schweigen unter diese Kategorie zu fassen. Schweigen stellt zwar in der Regel ein rechtliches *nullum* dar, doch kennen vor allem das BGB und das HGB verschiedene Ausnahmen (S. 127 ff.). Dogmatisch werden diese Regelungen von der *b.M.* als Fiktionen, Gesetzeswirkungen, Obliegenheitsverletzungen oder namentlich als Ausprägungen des Vertrauensprinzips verstanden, wohingegen nach der Lehre von der „Willenserklärung ohne Willen“ das Schweigen als formlose Willenserklärung interpretiert werden kann. In der weiteren Folge skizziert die Verfasserin, welche konkreten Umstände erfüllt sein müssen, damit Schweigen tatsächlich den Anforderungen einer Willenserklärung genügt. Liegt eine Willenserklärung vor, gelten die allgemeinen Regelungen, insbesondere zur Geschäftsfähigkeit gem. §§ 104 ff. BGB sowie zur Anfechtung gem. §§ 119, 123 BGB, und zwar ohne die Differenzierungen („Schlüssigkeitsirrtum“, „Tatsachenirrtum“ u.a.), zu denen sich die *b.M.* gehalten sieht, weil sie, abgesehen vom „beredten Schweigen“, von einer Haftung „*ex lege*“ ausgeht.<sup>14</sup>

4. Objektive Maßstäbe will die Verfasserin überdies im Recht der gewillkürten Stellvertretung anlegen. Entgegen der herkömmlichen Ansicht beruht die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nicht auf einer Vollmacht, die durch Willenserklärung erteilt wird, vielmehr gilt: „Ist der Vertreter im Außenverhältnis objektiv legitimiert

<sup>12</sup> S. *Mittelstädt*, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, 2017, S. 116 ff.

<sup>13</sup> *Lewis Carroll*, *Through the Looking Glass*, Chapter 6: „The question is,“ said *Alice*, „whether you *can* make words mean so many different things.“ „The question is,“ said *Humpty Dumpty*, „which is to be master – that’s all.“

<sup>14</sup> Zu den Differenzierungen der *b.M.* s. *Staudinger/Singer*, BGB, 2017, Vorb. zu §§ 116–144 Rn. 65 ff., 79 ff.; monographisch *Kindl*, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, 1999.

und hat der Geschäftsherr dazu einen adäquat kausalen Beitrag geleistet, kommt ein Rechtsgeschäft zwischen Vertretenem und Geschäftspartner zustande“ (S. 204). Da die objektive Legitimation keine Willenserklärung darstellt, kann sie auch nicht wegen Willensmängeln angefochten werden (S. 201, 243) und die Fälle der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung, der fortbestehenden Vollmacht sowie der Duldungs- und Anscheinsvollmacht werden gleichbehandelt (S. 198, 239 f.). Diese Schlussfolgerungen sind sicher konsequent und es braucht auch nicht hinterfragt zu werden, was eine „kausale Handlung“ ist, „die nicht von subjektiven Willenselementen getragen sein muss“ (S. 212). Allein die Prämisse, dass die gewillkürte Stellvertretung nicht auf einer Willenserklärung beruht, wirkt überraschend: Die Motive meinen unter Stellvertretung „Vertretung im Willen“<sup>15</sup>. Man mag dies als „Mystizismus“ bezeichnen und auf die Willenslehre des 19. Jahrhunderts zurückführen,<sup>16</sup> doch ändert dies nichts an der *intentio auctoris*, die Wirkungen der Stellvertretung durch die Selbstbestimmung des Vertretenen zu legitimieren. Und das kommt auch allenthalben im Gesetz zum Ausdruck: Beginnend mit der Legaldefinition der Vollmacht in § 166 Abs. 2 BGB als eine „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht“ über die Erteilung der Vollmacht durch „Erklärung“ gem. § 167 BGB bis hin zur Möglichkeit der Genehmigung gem. § 177 BGB. Man kann sich nun über diese Vorgaben im Wege „objektiver Auslegung“ oder frei nach *Paul Feyerabends* „anything goes“ hinwegsetzen. Das *Bundesverfassungsgericht* sagt allerdings: „Eine Interpretation, die sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein.“<sup>17</sup>

#### IV.

Der zweite Hauptteil der Arbeit beschäftigt sich mit „Mechanismen der Korrektur“. Man kann ihn auch als kritische, ökonomisch ausgerichtete Interpretation und Neu-Kommentierung der §§ 116 ff. BGB verstehen. Er ist weit weniger angreifbar als der erste Hauptteil, baut auf diesem partiell auf, kann aber auch eigenständig als kurze, höchst anregende Monographie in der Monographie gelesen werden.

1. Die Ausführungen beginnen mit allgemeinen Erwägungen zu den ökonomischen Prämissen. Erinnert wird zunächst daran, dass Marktteilnehmer sich systematisch irrational verhalten, die Korrektur von Fehlern und irrtumsbehafteten Verträgen auf Gerechtigkeitserwägungen beruht, aber auch aus wirtschaftlichen Gründen sinnvoll ist, vor allem um übervorsichtiges Handeln mit entsprechenden Wohlfahrtsverlusten zu vermeiden. Korrekturen kommen in Betracht, „wenn die objektive Rechtsgeschäftslehre zu einer Bindung an einen Erklärungswert führt, welcher der Präferenz des Erklärenden widerspricht“ (S. 252). Erklärungswert und Präferenz decken sich freilich nur dann nicht, wenn der Fehler *objektiv* nicht erkennbar war (S. 253); zudem gilt es die *Maxime falsa demonstratio non nocet* zu beachten.

<sup>15</sup> Mot. I S. 223 = Mugdan I S. 475.

<sup>16</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. 1992, § 43, 3 (S. 754 f.).

<sup>17</sup> *BVerfG* NJW 2019, 351 ff. (Tz. 31); 2018, 2542 ff. (Tz. 73).

Die gesetzlichen Regelungen zum erkannten Irrtum gem. § 116 S. 2 BGB sowie zur Scherzerklärung gem. § 118 BGB, bei denen der Erklärende jeweils bewusst etwas anderes erklärt als er will, werden aus ökonomischer Sicht schlüssig kritisiert. Rechtfertigen lässt sich nur die ausnahmsweise Korrektur von Irrtümern, deren Voraussetzungen aber – auch rechtsvergleichend – höchst umstritten sind. Ökonomisch betrachtet ist eine Abänderung indiziert, „wenn die Wohlfahrtsverluste, die durch eine irrumsbedingte Fehlallokation entstanden sind, die durch die Rückabwicklung verursachten Transaktionskosten übersteigen“ (S. 269). Gesetzlich berücksichtigt wird der Effizienzgedanke bei § 119 Abs. 1 BGB durch den Kontrollmaßstab des „reasonable man“<sup>18</sup>, bei § 119 Abs. 2 BGB durch das Erfordernis der Verkehrswesentlichkeit und bei § 122 BGB durch die Schadensersatzpflicht des Anfechtenden (S. 270). Im Vergleich zu alternativen Korrekturmechanismen (Anfechtungsklage, Unwirksamkeit *ipso iure*) erweist sich die Anfechtbarkeit als das effizienteste Medium.

2. Die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung wegen eines Erklärungsirrtums gem. § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB wird rechtspolitisch stark kritisiert, ökonomisch ist es dennoch sinnvoll, Präferenzen der Marktteilnehmer zur Geltung zu verhelfen (S. 291). Die Gewährung eines solchen Anfechtungsrechts bewirkt, dass der Erklärende seine Handlungen nicht übertrieben gründlich und damit unwirtschaftlich kontrolliert, begünstigt andererseits aber auch kein opportunistisches Verhalten. Da die Anfechtung rational sein muss, wird zudem volkswirtschaftlich verhindert, dass die gemeinsamen Rückabwicklungskosten die Nachteile übertreffen, die der Erklärende im Falle der Bindung an das Geschäft zu tragen hätte (S. 294).

Den Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB problematisiert die Verfasserin anhand der beiden Unterfallgruppen des Unterschrifts- und Rechtsfolgenirrtums. Der Unterschriftsirrtum berechtigt zur Anfechtung, wenn sich der Erklärende eine unrichtige Vorstellung gemacht hat. Ist er hingegen „consciously ignorant“ liegt überhaupt kein Irrtum vor (S. 296 der *b.M.* folgend). Beim Rechtsfolgenirrtum ist eine Anfechtung ausgeschlossen, soweit sich der Irrtum auf Rechtsfolgen bezieht, die das zwingende Recht vorsieht. Irrt sich der Erklärende hingegen über Rechtsfolgen des dispositiven Rechts, ist er zur Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB legitimiert (S. 302 ff.). Die Ausführungen zur analogen Anwendung von § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB bei fehlendem Handlungsbewusstsein sowie von § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB bei fehlendem Erklärungsbewusstsein knüpfen an die (bereits kritisierten) Darlegungen zur „objektiven Theorie der Willenserklärung“ an (S. 304 ff. bzw. S. 37 ff.). Beim Kalkulationsirrtum differenziert die Verfasserin: Wer sich über die Berechnungsgrundlage irrt (Gewinnerwartung), unterliegt einem nicht anfechtbaren Irrtum bei der Präferenzbildung. Bei einem Rechenfehler („Additionsirrtum“) ist die Präferenzbildung bereits erfolgt und es kann – wie bei anderen Erklärungsirrtümern – angefochten werden, sofern die Differenz zwischen Gewolltem und objektiv Erklärtem erheblich ist (S. 313 f.).

3. Ein Eigenschaftsirrtum gem. § 119 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn der Erklärende irrümlich annimmt, „dass der Geschäftsgegenstand oder Geschäftspartner über eine Eigenschaft verfügt, die sie für ihn attraktiver macht, als sie tatsächlich ist“ (S. 323). Fehlerhaft ist also der während des Entscheidungsprozesses stattfindende Abgleich mit der Präferenzordnung. Anders als bei einem Eigenschaftsirrtum hat der im Motivirrtum Befindliche die Nutzenfunktion noch nicht gebildet. Solche Fehler, die die

---

<sup>18</sup> MünchKomm/Armbrüster, BGB, 8. Aufl. 2018, § 119 Rn. 147 m.w.N.

subjektive Präferenzordnung betreffen, berechtigen nicht zur Anfechtung (S. 325). Die Bildung der Präferenz sollte das Recht nicht schützen, weil sonst der Verkehr destabilisiert, Transaktionskosten erhöht und die freiheitliche Wirtschaftsordnung missachtet würden (S. 326), doch erscheint fraglich, ob diese Argumente letztlich nicht auch gegen die Anfechtbarkeit wegen eines Eigenschaftsirrturns sprechen. Die Verfasserin führt schließlich noch aus, dass ein Irrtum über den Marktpreis nur bei preisgebundenen Gegenständen zur Anfechtung berechtigt (S. 333). Bei einem Irrtum über die eigene Leistung kommt es primär darauf an, ob die werterhöhende Eigenschaft bei Vertragsschluss im Markt bekannt war (S. 334 ff.); der über „zukünftige Eigenschaften“ Irrtende ist in aller Regel „consciously ignorant“ (S. 339) und hinsichtlich der Kreditwürdigkeit muss zwischen (relevanten) „Irrtümern über die einzelnen Faktoren, die für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit einer Person erheblich sein können, und einem Irrtum über die Wertung dieser Faktoren“ unterschieden werden (S. 342).

## V.

Die Arbeit endet mit einer konzisen Zusammenfassung der Thesen. Der Kritiker fühlt sich ein letztes Mal an Art. 1 Abs. 1 des Herrenchiemsee-Entwurfs erinnert: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“ Das Gleiche gilt selbstredend für den Markt. Die Verfasserin würde vermutlich replizieren: „Die Maßgeblichkeit objektiver Kriterien ist kein Selbstzweck. Sie fördert die subjektive Willensübereinstimmung der Beteiligten“ (S. 345). So bleibt bis zum Schluss das divergierende Vorverständnis über Paternalismus und Freiheit, Benevolentia und Bevormundung.

## VI.

Die Arbeit ist ungeachtet aller Kritik ein großer Wurf. Sie ist derart inspirierend, ideenreich und anspruchsvoll, dass man die Kritik fortschreiben könnte zu einem Gegenprojekt mit vertauschtem Titel: „Wille und Erklärung“. Damit wird zugleich die Dimension des Werkes deutlich: Die Rechtsgeschäftslehre wird neu durchdekliniert, ein in sich stimmiges Konzept entworfen und dem ökonomischen Effizienzziel konsequent zum Durchbruch verholfen. Die Arbeit besticht durch ihre gedankliche Stringenz, durch ihre geschlossene Theoriebildung, aber auch durch ihren interdisziplinären Ansatz. Sie ist angriffslustig und ebenso angreifbar, wobei zum wissenschaftlichen Fortschritt mitunter eben auch gehört, dass Regeln ignoriert und herkömmliche Denkmuster verlassen werden. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass selbst die Rechtsprechung sich in vielen Bereichen vom Willensdogma löste und zu praeter-, wenn nicht contralegalen Verkehrspflichten überging.<sup>19</sup> Viel dogmatische Zustimmung wird die Verfasserin voraussichtlich auch von jenen Stimmen erfahren, die der Idee der Willensfreiheit ohnehin skeptisch gegenüberstehen. Verfasst wurde diese Habilitationsschrift an der HU Berlin bei *Christoph Paulus*, Zweitgutachter war *Reinhard*

<sup>19</sup> S. nur *Schmoeckel*, in: Falk/Mohnhaupt, Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, S. 77 ff. (95 ff.) m.w.N.



*Singer*. Als Fazit bleibt: Man mag die Arbeit allenthalben kritisieren, sie wird den Kritiker aber nicht zur Ruhe kommen lassen, wie jene legendäre Bremse, die dem schönen Pferde Athen auf den Nacken gesetzt wurde.<sup>20</sup>

Augsburg

Prof. Dr. Jörg Neuner

---

<sup>20</sup> Zu diesem Bild *Nietzsche*, *Menschliches, Allzumenschliches*, 1878, Nr. 433 Xanthippe.