

**Schriften zum Bürgerlichen Recht**

---

**Band 321**

**Die Willenserklärung  
ohne Willen**

**Von  
Ulf Werba**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ULF WERBA

Die Willenserklärung ohne Willen

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 321

# Die Willenserklärung ohne Willen

Von

Ulf Werba



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier  
hat diese Arbeit im Jahre 2003 / 2004 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 3-428-11750-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2003/2004 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Sie wurde mit dem „Förderpreis des Freundeskreises Trierer Universität e.V.“ ausgezeichnet.

Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Wieling danke ich für seine vielfältige Unterstützung, die ich während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte erfahren habe, und die Erstellung des Erstgutachtens. Herrn Prof. Dr. Franz Dorn danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Düsseldorf, im Juni 2005

*Ulf Werba*



# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| <b>Einleitung</b> .....  | 11 |
| <b>A. Geschichtliche Grundlagen des Rechts der Willenserklärung</b> .....                    | 14 |
| I. Entstehung des Begriffs Willenserklärung .....  | 14 |
| II. Willens- und Erklärungstheorie .....   | 17 |
| III. Zergliederung des Willens .....   | 19 |
| IV. Redaktionsgeschichte des BGB .....   | 22 |
| V. Entstehungsgeschichte der Irrtumsanfechtung .....   | 23 |
| VI. Geltungstheorie .....  | 26 |
| <b>B. Erklärungsbewußtsein</b> .....   | 28 |
| I. Einführung .....  | 28 |
| II. Rechtsprechung und Lehre .....   | 29 |
| 1. Rechtsprechung .....  | 29 |
| 2. Lehre .....   | 31 |
| III. Wortlaut des § 119 .....  | 32 |
| IV. Privatautonomie .....  | 35 |
| V. Ergänzung der Privatautonomie durch das Element der Selbstverantwortung ..                | 37 |
| VI. Die Bedeutung des Vertrauensschutzprinzips für den Tatbestand der Willenserklärung ..... | 40 |
| VII. Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Zurechnung .....                        | 43 |
| VIII. Bedeutung der Auslegungsgrundsätze für den Tatbestand der Willenserklärung .....       | 47 |
| IX. Angemessenheit der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen ohne Erklärungsbewußtsein ..... | 49 |
| X. Erklärungsbewußtsein als Kriterium für eine wertungsmäßige Trennung .....                 | 54 |
| XI. Argument aus § 118 .....   | 55 |
| 1. Argumentum a maiore ad minus .....  | 55 |
| 2. Unvergleichbarkeit .....  | 57 |
| 3. Sinn eines Wahlrechts bei fehlendem Erklärungsbewußtsein .....                            | 59 |
| 4. Ausnahmecharakter und historische Interpretation .....                                    | 63 |
| 5. Einschränkende Auslegung .....  | 63 |

|   |     |
|---|-----|
| XII. Die Kategorie einer eigenständigen Vertrauenshaftung für Erklärungen ohne Erklärungsbewußtsein .....                     | 65  |
| XIII. Die Unterscheidung Flumes zwischen konkludenten und ausdrücklichen Willenserklärungen .....                             | 69  |
| <b>C. Handlungswille</b> .....  | 71  |
| I. Begriff des Handlungswillens .....   | 71  |
| II. Dogmengeschichtliche Entstehung des Handlungswillens .....  | 73  |
| 1. Die Hervorhebung des Handlungswillens als eigenständiges Willenselement durch Brinz .....                                  | 74  |
| 2. Zitelmanns Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Willen .....  | 75  |
| III. Kritik an dem Postulat der Unentbehrlichkeit des Handlungswillens im Tatbestand der Willenserklärung .....               | 76  |
| 1. Kritik an der Lehre Zitelmanns .....   | 76  |
| 2. Die Willenserklärungen durch Unterlassen als „Ausnahmen“ von dem Grundsatz des Handlungswillens .....                      | 78  |
| 3. Deduktion des Handlungswillens aus einem allgemeinen Handlungsbegriff .....  | 81  |
| 4. Privatautonomie .....  | 82  |
| 5. Bedeutung der Auslegungsgrundsätze für den Handlungswillen .....   | 83  |
| 6. Argument aus § 120 .....   | 83  |
| 7. Regelung des fehlenden Handlungswillens in § 119 I 2. Alt. ....  | 84  |
| 8. Der Handlungswille als Zurechnungskriterium .....  | 86  |
| 9. Willenserklärungen durch Schweigen .....   | 87  |
| a) Schweigen als konkludente Willenserklärung auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalls .....                          | 87  |
| aa) Ablehnende Auffassungen zur Willenserklärung durch Schweigen in der Literatur und Stellungnahme zu diesen Ansichten ..... | 89  |
| bb) Bestimmung des Erklärungswertes einer Unterlassung .....  | 92  |
| cc) Fallgruppenbildung in Literatur und Rechtsprechung .....  | 93  |
| b) Erklärungsfiktionen .....  | 95  |
| aa) Dogmatische Einordnung der sog. Erklärungsfiktionen .....   | 96  |
| (a) Qualifizierung als unwiderleglich vermutete Willenserklärungen .....  | 96  |
| (b) Kritik an der Qualifizierung der sog. Erklärungsfiktionen als Willenserklärungen und Stellungnahme zu dieser Kritik ..... | 99  |
| bb) Die Besonderheit der Verweigerungsfiktionen .....   | 102 |
| cc) Anfechtbarkeit der sog. Erklärungsfiktionen .....   | 102 |
| IV. Ergebnisse .....  | 106 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>D. Zurechnung</b> .....   | 108 |
| I. Begriff der Zurechnung .....  | 108 |
| II. Grundlegung des Zurechnungsgedankens durch Manigk .....  | 110 |
| III. Kritische Würdigung der Ansicht Manigks .....   | 113 |
| IV. Die Lehre von einer eigenständigen Vertrauenshaftung für zurechenbar ge-<br>setzte Erklärungstatbestände ..... | 115 |
| V. Zurechnungskriterien .....  | 118 |
| 1. Veranlassung .....  | 119 |
| 2. Verschulden .....   | 120 |
| 3. Verschuldensunabhängige Zurechnung im BGB .....   | 121 |
| 4. Einwände gegen das Verschulden als Minimalerfordernis der Zurechenbar-<br>keit einer Willenserklärung .....     | 123 |
| 5. Risikoprinzip .....   | 124 |
| a) Das Zurechnungsprinzip der §§ 118, 119, 120, 122, 130 .....   | 126 |
| aa) §§ 120, 130 .....  | 127 |
| bb) § 122 .....  | 130 |
| cc) Ergebnis .....   | 132 |
| b) Die Bedeutungszurechnung bei der Auslegung .....  | 133 |
| 6. Der Wille als Zurechnungsfaktor .....   | 135 |
| a) Erklärungsbewußtsein als Zurechnungsfaktor .....  | 135 |
| b) Handlungswille als Zurechnungskriterium .....   | 136 |
| 7. Ergebnis .....  | 138 |
| VI. Beispiele zugerechneter Willenserklärungen ohne Handlungswillen .....  | 139 |
| 1. Abhandengekommene Willenserklärung .....  | 139 |
| 2. Computerirrtum .....  | 142 |
| 3. Der Blankettmißbrauch .....   | 144 |
| 4. Reflexbewegung .....  | 147 |
| <b>E. Duldungs- und Anscheinsvollmacht</b> .....   | 150 |
| I. Duldungsvollmacht .....   | 150 |
| 1. Rechtsscheinhaftung .....   | 150 |
| 2. Rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung .....  | 152 |
| 3. Duldungsvollmacht als Vollmachtsgundgabe gem. § 171 .....   | 154 |
| II. Anfechtbarkeit wegen Konkludenzirtums .....  | 158 |
| III. Anscheinsvollmacht .....  | 160 |
| <b>F. Zusammenfassung in Thesen</b> .....  | 164 |
| <b>Literaturverzeichnis</b> .....  | 165 |
| <b>Sachregister</b> .....  | 182 |



## Einleitung

Die Willenserklärung wird nach ganz h.M. in einen objektiven und einen subjektiven Tatbestand unterteilt. Danach ist neben einer Erklärung, die aus der Sicht eines objektiven Empfängers (§§ 133, 157<sup>1</sup>) auf einen Rechtsfolgewillen schließen läßt, auf der subjektiven Seite ein mit der Erklärung übereinstimmender Wille erforderlich. Der Gesetzgeber hat jedoch für den Fall des Irrtums, d. h. der Abweichung des Gewollten vom Erklärten, entschieden, daß der Erklärende zunächst an seine Erklärung gebunden ist. Er kann sich nur durch unverzügliche (vgl. § 121) Anfechtung von der rechtsgeschäftlichen Bindung lösen und muß dann dem anderen den Schaden ersetzen, den dieser im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Willenserklärung erlitten hat (vgl. § 122). Die Voraussetzung eines wirksamen Willens als Teil einer Willenserklärung ist damit aufgegeben.

Trotz dieser gesetzlichen Entscheidung will man den Willen als Tatbestandsmerkmal der Willenserklärung in weiten Teilen des Schrifttums nicht aufgeben. Die §§ 119 ff. sollen danach nur bestimmte Fälle der Abweichung des Erklärten vom Gewollten erfassen: Der Wille wird in drei Elemente unterteilt, in den Geschäftswillen (den Willen ein bestimmtes Rechtsgeschäft vorzunehmen), in das Erklärungsbewußtsein (das Bewußtsein überhaupt irgendeine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben) und den Handlungswillen (der Wille zur Ausführung der Erklärungshandlung), wobei die Irrtumsregelung nur für den fehlerhaften Geschäftswillen gelten soll. Während die Behandlung der Erklärung ohne Erklärungsbewußtsein streitig ist – nach heute wohl h.M. liegt bei Verschulden des Erklärenden eine Willenserklärung vor –, wird der Tatbestand der Willenserklärung bei fehlendem Handlungswillen fast einhellig abgelehnt<sup>2</sup>. Auf der Grundlage dieser heute gängigen Dreiteilung des Willens soll dessen Bedeutung für den Tatbestand der Willenserklärung untersucht werden.

Vorab ist zu klären, welche Bedeutung der Anfechtungsregelung für die Tatbestandsmäßigkeit des Willens zukommt. Möchte man nur solche Tatbestände als Willenserklärung bezeichnen, welche zu einer Erfüllungshaftung führen, so ist wegen der einseitigen Vernichtbarkeit der Willenserklärung durch Anfechtung nach §§ 119 ff. sogar der fehlerfreie Geschäftswille ein unverzichtbares Tatbestands-

---

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

<sup>2</sup> Vgl. zu der Trennung von objektivem und subjektivem Tatbestand und der Dreiteilung des subjektiven Tatbestandes etwa *Larenz/Wolf*, § 24 Rn. 3 ff.; *Köhler*, § 7 Rn. 4 ff.; *Medicus*, Rn. 605 ff.; *ders.*, BR, Rn. 129 ff.; *Brox*, Rn. 82 ff.; *Erman/Palm*, Vor § 116 Rn. 2 ff.; *Staudinger/Dilcher*, Vorbem zu §§ 116–144 Rn. 16 ff.; *Soergel/Hefermehl*, Vor § 116 Rn. 11 ff.

merkmal der Willenserklärung. Nach dieser Auffassung findet das Erfordernis des Erklärungsbewußtseins in § 119 ein *argumentum a fortiori*. Wenn schon die mit fehlerhaftem Geschäftswillen abgegebene Willenserklärung nach §§ 119, 142 I, 122 lediglich den Ersatz des Vertrauensschadens – und keine Erfüllungshaftung – begründet, so muß dies erst recht für das Erklärungsbewußtsein gelten. Dementsprechend sieht Alfred Manigk, der Anfang des 20. Jahrhunderts zahlreiche wegweisende Arbeiten zur Rechtsgeschäftslehre geschrieben hat, in der Anfechtbarkeit eine gesetzliche Verneinung des dem Gesetz zugrunde liegenden Begriffs der Willenserklärung. Nach Ansicht von Manigk kann zwar schon ein Teiltatbestand Rechtsfolgen auslösen, wobei aber die Erheblichkeit des Gesamttatbestandes nicht übersehen werden darf. Die Zurechenbarkeit des Erklärungssinnes mit ihrer Zerstörung durch die Anfechtbarkeit beruhe auf dieser Tatbestandsteilung. Der Begriff der Willenserklärung könne aber nur aus dem Gesamttatbestand bestimmt werden, denn dem Teiltatbestand fehle die volle Wirksamkeit, da er von dem den wirklichen Willen umfassenden Gesamttatbestand der Willenserklärung vernichtet, endgültig also von diesem bestimmt werde. Aus den §§ 116 ff. ergebe sich, daß der Wille notwendiger Bestandteil der Willenserklärung sei. Denn es sei ein Widerspruch, einmal den äußeren Erklärungstatbestand für den Tatbestand der Willenserklärung genügen zu lassen, dann aber die Anfechtbarkeit auf den fehlenden Willen zu stützen<sup>3</sup>.

Daß die Anfechtbarkeit eines zurechenbaren Erklärungstatbestandes der Annahme einer Willenserklärung jedoch nicht entgegensteht, ergibt sich daraus, daß die angefochtene Willenserklärung nicht ohne Folgen bleibt, sondern zunächst wirksam ist und sogar nach Anfechtung den Ersatz des Vertrauensschadens gemäß § 122 zu Folge hat. Die Anfechtungsregelung knüpft dabei an den Tatbestand der Willenserklärung an, d. h. sie setzt eine Willenserklärung voraus, die angefochten werden kann. Was, wenn nicht eine Willenserklärung, muß denn angefochten werden, um eine endgültige Bindung zu verhindern? Woran wird denn der irrtümlich Erklärende gebunden, wenn er nicht (rechtzeitig) anfechtet? Bei der Bestimmung des Tatbestandes der Willenserklärung geht es darum, festzustellen, ob das Vertrauen des Empfängers auf einen objektiven Erklärungstatbestand geschützt wird. Auch im Falle einer Anfechtung kann der Erklärende sich seiner – wenn auch gegenüber der Erfüllungshaftung abgeschwächten – Erklärungsverantwortung nicht entziehen. Eine Willenserklärung liegt hingegen nicht vor, wenn an einen (objektiven) Erklärungstatbestand keinerlei Rechtsfolgen anknüpfen, da er dem Verursacher

---

<sup>3</sup> So *Manigk*, Irrtum und Auslegung, S. 79 ff., 82; *ders.*, Tatsachen, juristische, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, S. 853 Nr. 7 ff.; *ders.*, Stillschweigend bewirkte Vollmachten, S. 590 (633 und 640); *ders.*, DJZ 1902, 279 (281); ebenso *Harr*; S. 66, 68, 69 und passim; *Erbach*, S. 14; *Brinkmann*, S. 23; *Schuster*, S. 6; *Baier*; S. 32, führt auch die Erklärungs- und Willentheorie auf den Gegensatz zwischen Teil- und Gesamttatbestand zurück: „Während die Erklärungstheorie den abgetrennten äußeren Erklärungstatbestand, weil er Rechtsfolgen auszulösen vermag, für den Begriff der Willenserklärung genügen lassen will, betrachtet die Willentheorie den Gesamttatbestand, in welchem der Rechtsfolgewille erheblich ist.“ Vgl. zur Tatbestandsteilung auch *Kühne*, S. 1 ff., insbes. S. 6.

nicht zugerechnet werden kann und ihn somit keine Erklärungsverantwortung trifft. Ferner hat die Festlegung des Tatbestandes der Willenserklärung Bedeutung für die Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften, die sich auf die Willenserklärung beziehen (§§ 104 ff., 116 ff.); denn nur für Willenserklärungen gelten die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und Anfechtung. Die Anfechtbarkeit setzt also gerade das Vorliegen einer Willenserklärung voraus und führt nicht zur Negierung des Tatbestandes einer Willenserklärung. Eine Willenserklärung liegt auch dann vor, wenn der Erklärende letztlich – nach erfolgter Anfechtung – nur für den Vertrauensschaden einzustehen hat.