

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 470

Die zugerechnete Willenserklärung

Existenz, Struktur und Kriterien

Von

Matthias Lüdeking



Duncker & Humblot · Berlin

MATTHIAS LÜDEKING

Die zugerechnete Willenserklärung

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 470

Die zugerechnete Willenserklärung

Existenz, Struktur und Kriterien

Von

Matthias Lüdeking



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen hat diese Arbeit
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D21

Alle Rechte vorbehalten

© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde

Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 978-3-428-15209-4 (Print)

ISBN 978-3-428-55209-2 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85209-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

*Meinen Eltern und
meiner Frau*

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Wintersemester 2016/17 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Zu danken habe ich an erster Stelle meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Thomas Finkenauer, M.A. Er begleitete meinen gesamten Studienweg – Grundkurs, Schwerpunktbereich und Promotion – und war mir dabei ein großes Vorbild. Einen bedeutenden Teil von dem, was ich über das BGB weiß, habe ich von ihm gelernt. Auch in persönlicher Hinsicht habe ich viel von ihm lernen dürfen. Als Doktorvater hatte er stets ein offenes Ohr und erteilte mir wertvollen Rat, räumte mir aber auch den nötigen akademischen Freiraum ein. An seinem Lehrstuhl durfte ich in den Jahren 2014 bis 2016 als akademischer Mitarbeiter arbeiten. Ohne ihn wäre diese Arbeit nicht entstanden.

Herrn Professor Dr. Christian Bermes danke ich für das Zweitgutachten, mit dem meine Arbeit auch in philosophischer Hinsicht überprüft wurde.

Weiter möchte ich meinen Lehrstuhlkollegen danken. Mit Herrn Dr. Florian Loyal konnte ich viele aufschlussreiche Gespräche über mein Thema führen. Herrn Ref. jur. Sebastian Schneider danke ich dafür, mein Manuskript kritisch gelesen zu haben.

Schließlich gebührt besonderer Dank meinen Eltern und meiner Frau.

Dußlingen, im März 2017

Matthias Lüdeking

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Geschichtliche und dogmatische Grundlegung	19
I. Begriffsgeschichte	19
1. Herkunft des Begriffs	19
2. Willens- und Erklärungstheorie	21
a) Anfänge der Willentheorie	21
b) Ursprung der Erklärungstheorie	22
c) Kontroverse zwischen Willens- und Erklärungstheorie	23
3. Gesetzgebungsverfahren und gesetzliche Regelung	25
II. Allgemeines zum Rechtsbegriff der Willenserklärung	28
1. Funktion der Willenserklärung	28
2. Geltungstheorie und Willenserklärung als performative Äußerung ..	29
a) Geltungserklärung und performative Äußerung	29
b) Keine Überwindung des Dualismus von Wille und Erklärung ..	33
3. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes	34
a) Empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklä-	
rung	34
b) Finale und normativ zugerechnete Willenserklärung	35
c) Tatbestands- und Bindungsproblem	39
d) Äußerer und innerer Tatbestand	40
e) Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung	41
III. Die Willenserklärung als tû-tû-Begriff	42
1. Herausforderung durch die Rechtssprache	42
2. Tû-tû-Allegorie und ihre Anwendung	43
a) Ross' Allegorie zum Brauch der Noît-cif	43
b) Tû-tû-Begriffe in der Rechtsordnung	45
c) Anwendung auf die Willenserklärung	48
IV. Einwände gegen die zugerechnete Willenserklärung	50
1. Manigk	50
2. Coing	51
3. Canaris	52
4. Flume	54
5. Lobinger	56
B. Grundlagen der Zurechnung der Willenserklärung	60
I. Geschichte des Zurechnungsgedankens	60

II. Zurechnungsbegriff und Zurechnungsstruktur	63
1. Zurechnungsnorm und bezogene Norm	63
2. Zwei Typen von Regeln	65
a) Regulative Regeln	65
b) Konstitutive Regeln	66
3. Logische Form der Zurechnungsnormen	67
4. Zurechnung und Rechtsfiktionen	70
a) Gesetzliche Fiktionen	70
b) Definitorische Fiktionen	71
C. Die Zurechnung des Erklärungszeichens	74
I. Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung	74
1. Entwicklung bis zum BGB	75
2. Definitionsvorschläge in der Literatur	78
a) Unmittelbar- und Mittelbarkeit	79
b) Sprachliche und nicht sprachliche Mittel	80
c) Eindeutigkeit und Uneindeutigkeit	81
d) Subjektive Bestimmung	81
e) Schweigen als Willenserklärung	82
3. Ablehnung der Unterscheidung	83
II. Kriterien der Zurechnung	84
1. Willenserfordernis	84
2. Kausalhaftung	86
3. Veranlassungsprinzip	88
4. Rechtsgedanke des § 935 BGB	89
5. Verschuldensprinzip	90
6. Risikoprinzip	92
a) Risikoverteilung und Gefahrbeherrschungsgedanke	92
b) Risikoverteilung nach einem beweglichen System	93
7. Vorschlag für die Zurechnung nach dem Risikoprinzip	95
a) Rechtfertigung einer Praxis oder einer einzelnen Handlung	95
b) Lösungsvorschlag mittels der Unterscheidung	98
III. Zurechnungsnormen für das Erklärungszeichen	100
1. Abgabe	100
2. Irrtum in der Erklärungshandlung	101
3. Falschübermittlung	102
4. Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	103
5. Duldungs- und Anscheinsvollmacht	105
D. Die Zurechnung des Erklärungsinhalts	108
I. Auslegung und Zurechnung des Erklärungsinhalts	108
II. Theorie der Implikaturen	109
1. Meinen nach Grice	110
2. Implikaturen	111

a) Konventionale Implikaturen	113
b) Konversationale Implikaturen	114
c) Stornierbarkeit konversationaler Implikaturen	117
III. Sprachliche und rechtliche Zurechnung	118
1. Sprachliche Zurechnung	119
a) Konventionale Bedeutung	119
b) Konversationale Implikaturen und Zurechnung	120
c) Arbeitszeugnisse und sprachliche Zurechnung	122
2. Rechtliche Zurechnung	126
a) Inhaltsirrtum	127
b) §§ 612, 632 BGB	127
c) Betriebliche Übung	130
3. Verhältnis von rechtlicher und sprachlicher Zurechnung	132
E. Zurechnung zugunsten des Erklärenden	135
F. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	137
Literaturverzeichnis	139
Personen- und Sachwortregister	150

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArchRWPhil	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
art.	articulus
AT	Allgemeiner Teil
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
cap.	caput
D.	Digesta Iustiniani
ders., dies.	derselbe, dieselbe
d. h.	das heißt
E I	erster Entwurf des BGB
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
etc.	et cetera
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Hrsg.	Herausgeber
JA	Juristische Arbeitsblätter

Jher.Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
lib.	liber
Mot.	Motive
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
pr.	principium
Prot.	Protokolle
q.	questio
RdA	Recht der Arbeit
resp.	responsio
RGZ	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Übers.	Übersetzer
usw.	und so weiter
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

Einleitung

[U]nd der civilistische Homunculus, d.h. der Begriff, wird produktiv und begattet sich mit andern seines Gleichen und zeugt Junge¹.

Wir haben es hier mit einer der großen Quellen philosophischer Verwirrung zu tun: ein Substantiv läßt uns nach einem Ding suchen, das ihm entspricht².

Die vorliegende Untersuchung fragt, ob die zugerechnete Willenserklärung anzuerkennen ist, was Zurechnung bedeutet und nach welchen Kriterien zuzurechnen ist. Bei der Behandlung dieser Probleme sollen neben der rechtswissenschaftlichen Literatur auch Schriften von (analytischen) Philosophen des 20. Jahrhunderts herangezogen werden³. Die Philosophie ist die allgemeinste Wissenschaft, und sie kann, indem sie allgemeine Fragen klärt, auch für die rechtswissenschaftliche Diskussion wertvolle Beiträge leisten. Hat die Rechtswissenschaft neben Gesetzesinterpretation und Rechtsfortbildung die Aufgabe, „immer aufs neue die Fülle des Rechtsstoffs unter einheitlichen Gesichtspunkten zu erfassen“⁴, so kann die Philosophie dabei eine wichtige Hilfestellung bieten. Für die zugerechnete Willenserklärung soll daher unter Berücksichtigung philosophischer Ideen versucht werden, die Rechtsmaterie auf neue Weise zu systematisieren. Als „Schlüsselbegriff des Allgemeinen Teils des BGB“⁵ gebührt es der Willenserklärung unter allen zur Verfügung stehenden Gesichtspunkten untersucht zu werden⁶.

¹ *Jhering*, Scherz und Ernst, 7.

² *Wittgenstein*, Das Blaue Buch, 15.

³ Die philosophische Tradition des 20. Jahrhunderts ist bereits in ihrer analytischen Strömung so reichhaltig, dass eine Auswahl unvermeidlich war. Zwar wurde diese vom Bestreben geleitet, einen rechtswissenschaftlichen Fortschritt bei der Behandlung der zugerechneten Willenserklärung zu erzielen, doch hätte die Auswahl zugegebenermaßen auch anders ausfallen können. Einen Überblick über die Geschichte der analytischen Philosophie und den Großteil der hier behandelten Autoren (*Wittgenstein*, *Austin*, *Searle*, *Grice* und *Rawls*) bietet *Schwartz*, 128 ff., 154, 174 ff., 285 ff. Vgl. zur analytischen Philosophie außerdem *Koch/Rüßmann*, 186 ff.

⁴ *Larenz*, Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz, 12.

⁵ *HKK/Schermaier*, §§ 116–124 Rn. 1.

⁶ Mit der analytischen Sprechakttheorie und ihrem Verhältnis zur juristischen Willenserklärung beschäftigt sich umfassend *Archavlis*, passim.

Die Themen der Unternehmung stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern bauen aufeinander auf. Der Zurechnung bedarf die Willenserklärung, weil sie die Rechtsverhältnisse als Rechtsakt gestaltet und in diesem Sinne *performativ* ist⁷. Wenn das BGB aber keine „bloß zugerechnete“ (d. h. ungewollte) Willenserklärung kennt, wie manche Stimmen behaupten⁸, so stellen sich die weiteren Fragen nach der Struktur ihrer Zurechnung und deren Kriterien nicht mehr. Zunächst ist daher zu untersuchen, ob die zugerechnete Willenserklärung überhaupt anzuerkennen ist. Gezeigt werden soll, dass unter näher zu bestimmenden Voraussetzungen auch der ungewollte Eindruck einer Willenserklärung als Willenserklärung gilt⁹.

Mit der Frage nach der Existenz der Willenserklärung hängt zusammen, wofür die Willenserklärung als Rechtsbegriff eigentlich steht. Dargelegt werden soll, dass die Willenserklärung ein *tû-tû-Begriff* ist¹⁰. Als Zwischenbegriff verbindet sie die tatbestandlich an sie anknüpfenden Normen mit Zurechnungsnormen. Mehr als ein solches „Mittel der Darstellung“ ist sie nicht¹¹, was allerdings nicht selten verkannt wird. Teilweise hält man daher die ungewollte Willenserklärung für eine „*contradictio in adjecto*“¹², befürchtet eine „Denaturierung des Begriffs des Rechtsgeschäfts“¹³ oder schreibt, immer müsse „die positivrechtliche Regelung aus dem Wesen der Willenserklärung verstanden und gewertet werden“¹⁴. Diese Fehlvorstellungen¹⁵ dürften in einem Problem gründen, das Jurisprudenz und Philosophie gleichermaßen herausfordert: sprachliche Bilder, die produktiv werden und irreführen. In ihrem Kampf gegen Irrtümer dieser Art sind sich Rudolf v. Jhering (1818–1892) und Ludwig Wittgenstein (1889–1951), die hier einleitend zitiert wurden, sehr ähnlich¹⁶.

Wenn die Willenserklärung der Zurechnung bedarf, so müssen deren Voraussetzungen bestimmt werden. Dafür ist es ratsam, zunächst die Struktur der Zurechnung in allgemeiner Form zu erfassen. Die Frage nach der Struktur der Zurechnung steht in enger Beziehung zum Verständnis der Willens-

⁷ Vgl. A. II. 2. a).

⁸ Vgl. A. IV.

⁹ Vgl. A. II. 3. b), IV.

¹⁰ Eigentum als *tû-tû-Begriff* behandeln *Keuth*, 41 ff. und *Philipps*, Das dialogische Tableau, 227 ff.; Schuld als *tû-tû-Begriff* behandelt *Burkhardt*, 62 ff.

¹¹ Vgl. A. III. 2.

¹² *Manigk*, Verhalten, 217.

¹³ *Canaris*, Vertrauenshaftung, 430.

¹⁴ *Flume*, § 4, 8 (S. 62).

¹⁵ Dazu aus sprechakttheoretischer Sicht auch *Archavlis*, 170 ff.

¹⁶ Auch sonst weisen Früh- und Spätwerk der beiden Denker beachtliche Parallelen auf. Biographisch zu v. Jhering: *J. Schröder*, 230 ff.; zu Wittgenstein: v. *Wright*, 1 ff.

erklärung als *tû-tû*-Begriff. Als Zwischenbegriff, der auf Rechtsfolgenreite performativ wirkt, wird die Willenserklärung tatbestandlich durch Zurechnungsnormen konstituiert. Die Struktur der Zurechnung bestimmt wiederum die Form dieser Normen. Es handelt bei ihnen um Normen der Form *konstitutiver Regeln*. Die Form konstitutiver Regeln lautet: „X gilt als Y“¹⁷.

Ist die Zurechnungsstruktur bestimmt, so bleibt zu klären, nach welchen Kriterien die Willenserklärung zuzurechnen ist. Dabei lassen sich die Zurechnung des Erklärungszeichens und des Erklärungsinhalts unterscheiden. Die Frage der Zurechnung des Erklärungszeichens wird regelmäßig als Problem der Abgabe der Willenserklärung behandelt, die Frage der Zurechnung des Erklärungsinhalts als Problem der Auslegung. Nach § 157 BGB hat die Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu geschehen. Diese Norm gilt anerkanntermaßen sowohl für das „Ob“ einer Willenserklärung (Abgabe) als auch für ihren Inhalt (Auslegung). Weil die Merkmale Treu und Glauben und Verkehrssitte aber höchst unbestimmt sind, müssen die Vorgaben der Norm für die Rechtsanwendung näher bestimmt werden.

Als zutreffendes Prinzip der *rechtlichen Zurechnung* von Erklärungszeichen und Erklärungsinhalt erweist sich nicht das Veranlassungs- oder Verschuldensprinzip, sondern der Gedanke einer gerechten Risikoverteilung: *Risikoprinzip*¹⁸. Das Risikoprinzip wird in der Literatur von manchen Autoren zur Lösung des Zurechnungsproblems befürwortet, doch wollen diese die Risikoverteilung regelmäßig nach einem „beweglichen System“ verschiedener Kriterien vornehmen¹⁹. Aus Gründen der Rechtssicherheit und wegen des Gebots, gleiche Fälle gleich und ungleiche Fälle ungleich zu behandeln, ist dies aber abzulehnen. Die Untersuchung entwickelt eine alternative Lösung mittels der Unterscheidung zwischen der *Rechtfertigung einer Praxis* und *einer einzelnen Handlung, die unter sie fällt*²⁰. Subsumiert werden soll nicht unter abstrakte Wertungsgesichtspunkte, sondern unter Zurechnungsnormen²¹. Diese Lösung wird anhand einiger Beispiele dargelegt (Abgabe, Erklärungsirrtum, Falschübermittlung durch Boten, kaufmännisches Bestätigungsschreiben und Duldungs- und Anscheinsvollmacht)²².

Anders als bei der ausschließlich rechtlichen Zurechnung des Erklärungszeichens findet bei der Zurechnung des Erklärungsinhalts neben der rechtlichen auch eine *sprachliche Zurechnung* statt. Diese Differenzierung ist

¹⁷ Vgl. B. II. 2., 3.

¹⁸ Vgl. C. II. 1–6. a).

¹⁹ Vgl. C. II. 6. b).

²⁰ Vgl. C. II. 7. a).

²¹ Vgl. C. II. 7. b).

²² Vgl. C. III.