

Daniel Matthias Klocke

Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille – Willenserklärung und Rechtsgeschäft



Universitätsverlag Halle-Wittenberg **uvHW**

Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille –
Willenserklärung und Rechtsgeschäft

Daniel Matthias Klocke

**Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille –
Willenserklärung und Rechtsgeschäft**

Dr. Daniel Matthias Klocke, LL.M.oec., geboren 1982, studierte von 2002 bis 2006 Rechtswissenschaften an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Anschließend wurde er durch das Land Sachsen-Anhalt im Rahmen der Graduiertenförderung bei der Anfertigung der Dissertation „Der Unterlassungsanspruch in der deutschen und europäischen Betriebs- und Personalverfassung“ unterstützt. In den Jahren 2008–2010 absolvierte er sein Referendariat beim OLG Celle. Seit 2011 ist er Mitarbeiter an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

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

CVIX

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2014

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-108-3

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	9
II.	Die Abstraktionshöhe des Allgemeinen Teils des BGB.	11
III.	Der dualistische Begriff der Willenserklärung.	13
1.	Die historischen Grundlagen.	13
a)	Die Kontroverse zwischen objektiver und subjektiver Theorie ...	14
b)	Die Bedeutung des 1. Entwurfs zum BGB und seiner Kritik	15
2.	Der klassische Inhalt des subjektiven Tatbestand der Willenserklärung.	16
a)	Der Handlungswille.	17
b)	Das Erklärungsbewusstsein	18
c)	Die Diskussion um das Fehlen des Erklärungsbewusstsein	18
d)	Die Lösung über die Abgabefahrlässigkeit	20
e)	Das Erklärungsbewusstsein in der weiteren Rechtsprechung des BGH	21
f)	Der Geschäftswille	22
g)	Der Rechtsbindungswille	23
3.	Der objektive Tatbestand der Willenserklärung	23
4.	Zwischenergebnis	25
IV.	Die Divergenz bei Ermittlung und Inhaltsbestimmung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung	26
1.	Die §§ 133 und 157 BGB als Ausgangspunkte der Auslegungstheorien	27

2.	Die Zunahme der Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs.	28
3.	Die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen . .	29
4.	Zwischenergebnis.	30
5.	Einwurf: Erklärungsbewusstsein bei der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung	30
V.	Das Rechtsgeschäft und der Rechtsbindungswille	31
1.	Der Begriff des Rechtsgeschäfts	31
	a) Die Motive	31
	b) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	32
	c) Die heute herrschende Konzeption.	32
2.	Der Rechtsbindungswille.	33
	a) Der Begriff des Rechtsbindungswillens.	33
	b) Die Ermittlung des Rechtsbindungswillens.	34
	c) Die Bedeutung des Rechtsbindungswillens für die Kategorisierungsfunktion des Rechtsgeschäfts.	34
	d) Die objektive und die subjektive Theorie des Rechtsbindungswillens.	35
3.	Zwischenergebnis.	36
VI.	Die Auflösung des Widerspruchs	38
1.	Der ausgemachte Widerspruch.	38
2.	Windscheids Lösung	39
3.	Der funktionale Ansatz	39
4.	Der Rechtsbindungswille als latenter Wille.	40
5.	Die Bezugspunkte von Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille	41

6.	Die Anforderungen an Rechtsgeschäft und Willenserklärung vor dem Hintergrund ihrer Dogmatik	42
7.	Zwischenergebnis	43
VII.	Darstellung des Systems der Rechtsgeschäftslehre	45
1.	Rechtsgeschäft und Willenserklärung als Elemente einer privatautonomen Bindung.....	45
2.	Lösung über unterschiedliche Begriffszuordnungen.....	46
a)	Der nicht mehr zutreffende Kern der herrschenden Meinung . . .	46
b)	Das Verhältnis von Willenserklärung und Rechtsgeschäft	47
c)	Hybride	48
3.	Der Irrtum über die rechtsgeschäftliche Qualität der Erklärung	48
4.	Die Kontextualisierung anhand der Rechtsprechung.....	49
VIII.	Zusammenfassung und Ergebnisse.....	51
	Literaturverzeichnis.....	53

I. Einleitung

Bei, während und nach der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches um die vorletzte Jahrhundertwende wurde kontrovers diskutiert,¹ wie der hinter einer Erklärung stehende Wille zu ermitteln ist. Anhänger der sog. subjektiven Theorie griffen auf die Vorstellung des Erklärenden, Anhänger der sog. objektiven Theorie auf den durch die Erklärung vermittelten – m.a.W.: erklärten – Willen zurück. Dieser Theorienstreit hat an Bedeutung verloren. Das Bürgerliche Gesetzbuch verfolgt über das Konzept der Willensmängel einen vermittelnden Ansatz.²

Dieses vermittelnde Konzept hat nun zu einer interessanten Spannungslage geführt: Der nachfolgende Beitrag geht der Frage nach, warum der sog. Rechtsbindungswille grundsätzlich nach dem objektiven Empfängerhorizont ermittelt wird, das Erklärungsbewusstsein sich jedoch im Grundsatz nach dem (subjektiven) Willen des Erklärenden bestimmt, obwohl Rechtsbindungswille und Erklärungsbewusstsein heute häufig synonym verwendet werden.³ Selbst wenn man die Begriffe trennt,⁴ stellt sich die Frage nach dem Differenzierungsgrund. Das Problem setzt sich auch bei den Willensmängeln fort. Da ein Rechtsbindungswille objektiv ermittelt wird, kann es keinen Willensmangel geben. Demgegenüber bejaht die heute herrschende Meinung⁵ ein Anfechtungsrecht für den Fall des fehlenden Erklärungsbewusstseins.

Gerade fehlende Differenzierungen innerhalb der Rechtsgeschäftslehre waren immer wieder Anlass für Kritik.⁶ So bemängelte *Singer*, dass Tatbestände unter-

1 So die heute vorherrschende Aufbereitung der Diskussion: *Hepting* FS Köln, 209 (210); *Wolf/Neuner*, § 30 Rn. 1 ff. auch zur sog. Geltungstheorie; differenzierter: *Flume*, S. 54 f., auf S. 58 f. mit Kritik an der Geltungstheorie; vor dem Hintergrund dieser Theorie wird der Streit dahin gehend erörtert, ob die Erklärung oder der Wille den Geltungsgrund der Willenserklärung darstellen: *NK-Feuerborn*, Vor §§ 116–144 Rn. 3; *Petersen* JurA 2006, 178 (179).

2 Instruktiv: *Singer*, S. 2; *Flume*, S. 6; kritische Zwischennotiz bei *Manigk*, Irrtum und Auslegung, S. 41.

3 *Hepting*, FS Köln, 209 (229); wohl auch *Petersen* JurA 2006, 178 (180); *Wertenbruch*, § 6 Rn. 5; *MünchKomm-Armbrüster*, Vor § 116 ff. Rn. 23; *Rüthers/Stadler*, § 17 Rn. 8 u. 33; kritisch zu dieser Tendenz: *Leenen*, § 8 Rn. 32.

4 Vgl. *Staudinger-Singer*, Vorbem. zu §§ 116ff Rn. 29.

5 BGH, BGHZ 91, 324 (329); vgl. auch die Nachweise bei *Staudinger-Singer*, Vorbem. § 116 ff. Rn. 35.

6 Vgl. etwa *Wolf/Neuner*, § 32 Rn. 1 a.E.; *Neuner*, JuS 2007, 881.

schiedlicher Struktur im Hinblick auf Tatbestand, Rechtsfolge, Geltungsgrund und Funktion in ein einheitliches System gezwängt werden würden.⁷ Auch *Bydlinski* konstatierte ein theoretisches Defizit.⁸ Vor diesem Hintergrund soll der vorliegende Beitrag die vorhandenen Strukturen klären⁹ und die praktisch funktionierende Rechtsgeschäftslehre theoretisch fundieren.

7 *Singer*, S. 3.

8 *Bydlinski*, JZ 1975, 1 (1).

9 Zum Dilemma der Forschung in diesem Bereich: *Musielak*, AcP 211, 769 (770).

II. Die Abstraktionshöhe des Allgemeinen Teils des BGB

Ein wesentliches Element zur Lösung der eingangs geschilderten Probleme ist die Klärung des Geltungsgrundes der Existenz zweier abstrakter Begriffe.¹⁰ Mit juristischen Begriffen zu hantieren, kann schnell kritisiert werden. Fälle allein über Begriffszuordnungen zu lösen, entspricht auch nicht mehr der juristischen Methodik.¹¹ Gleichwohl ist das Denken in abstrakten Begriffen für das deutsche Zivilrecht kennzeichnend.¹² So bilden die Begriffe Willenserklärung, Rechtsgeschäft und Vertrag das dogmatische Grundgerüst der Rechtsgeschäftslehre.¹³

Die beiden vorangestellten Begriffe sind die Früchte des abstrakten Rechts- bzw. Begriffsdenkens.¹⁴ Das Bürgerliche Gesetzbuch stand noch ganz im Zeichen der pandektenwissenschaftlichen Tradition des 19. Jahrhunderts.¹⁵ Die sog. historische Schule systematisierte und extrahierte aus der Vielzahl der Rechtsquellen abstrakte Rechtsgrundsätze.¹⁶ Aus diesem Ansatz ergaben sich dann Kontroversen um die Begriffsfassung der allgemeinen Strukturen. Bei der Schaffung des BGB sollten „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ jeweils unterschiedliche Konstellationen begrifflich vereinen.¹⁷

Heute geht die herrschende Meinung davon aus, dass das BGB den Begriff der Willenserklärung dann verwendet, wenn es um das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts geht.¹⁸ Ist dieses begründet, so verwendet das Gesetz bei weitergehenden Bewertungen nur noch den Begriff des Rechtsgeschäfts.¹⁹ Die Begriffe sollen sich decken, aber nicht immer synonym sein. So können mehrseitige Rechtsge-

10 Pointiert zur Kritik: *Rüthers/Stadler*, § 16 Rn. 3.

11 Zur Entwicklung *Wolf/Neuner*, § 9 Rn. 18ff; zur Entwicklung: *Bydliński*, S. 109 ff.; zum Thema ausführlich: *Leenen*, FS Canaris 699 (724 ff.).

12 *Schubab/Löhnig*, Rn. 37; *Soergel-Hefermehl*, Vor § 116 Rn. 1; *Schliemann* in: *Staudinger/Eckpfeiler* C. Rn. 6

13 *Soergel-Hefermehl*, Vor § 116 Rn. 1; *Wolf/Neuner*, § 7 Rn. 14.

14 Vgl. *Hepting* FS Köln, 209 (229), zu der Entwicklung der Rechtswissenschaft etwa: *Bork*, Rn. 28 ff.

15 Hierzu: *Honsell*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2012) B. Rn. 16.

16 Vgl. die Zusammenstellung bei *Enneccerus/Nipperdey*, 7 ff. insb. 11 ff. u. 67.

17 *Mudgan*, S. 421 u. 436.

18 *Leenen*, § 4 Rn. 57; *Staudinger-Singer*, Vorbem zu §§ 116 ff. Rn. 5.

19 *Soergel-Hefermehl*, Vor § 116 Rn. 2.

schäfte aus mehreren Willenserklärungen bestehen.²⁰ Es können aber auch andere Elemente für ein Rechtsgeschäft erforderlich sein. Eine Übereignung nach § 929 S. 1 BGB etwa setzt einen zusätzlichen Realakt in Form der Übergabe voraus.

20 Zum Ganzen: Staudinger-Singer, Vorbem zu §§ 116 ff. Rn. 5; Soergel-Hefermehl, Vor § 116 Rn. 2.

III. Der dualistische Begriff der Willenserklärung

Dies leitet nun zum ersten Begriff über, der Willenserklärung, und führt zum Erklärungsbewusstsein und zum Geschäftswillen. Die Willenserklärung stellt in gewisser Weise das Elementarteilchen der Rechtsgeschäftslehre dar.²¹ Seit jeher definiert man die Willenserklärung als eine private Willensäußerung, die auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist.²² Der Bundesgerichtshof gebraucht diese Definition – soweit ersichtlich – nur selten. Er führt weiter aus, die Willenserklärung sei die Äußerung eines Willens, der unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist; sie bringe einen Rechtsfolgewillen zum Ausdruck, das heißt einen Willen, der auf die Begründung, inhaltliche Änderung oder Beendigung eines privaten Rechtsverhältnisses abziele.²³ Diese Begriffsfassung bleibt nie ohne Ergänzungen. Denn seit jeher herrscht vor dem Hintergrund, dass sich der Gesetzgeber zwischen objektiver und subjektiver Theorie nicht entschieden hat, ein dualistischer Ansatz vor: Eine Willenserklärung hat nicht nur einen objektiven, sondern auch einen subjektiven Tatbestand.²⁴

1. Die historischen Grundlagen

Diese Erkenntnis war nicht unumstritten. Sowohl in der Wissenschaft als auch in der Gesetzgebung herrschte Streit, welches Rangverhältnis Erklärung und Willen haben sollten. Im Ausgangspunkt war die Übereinstimmung von Wille und Erklärung das „naturgemäße Verhältnis“:²⁵ Es sollte nicht gelten, was gewollt, aber nicht

21 *Petersen* JurA 2006, 178 (178): Grundbaustein eines jeden Rechtsgeschäfts; *NK-Feuerborn*, Vor §§ 116-144 Rn. 1: „Schlüsselbegriff“.

22 *Brox/Walker*, Rn. 82; *Jauernig-Mansel*, Vor § 116 Rn. 2, der darauf hinweist, dass der „Normalfall“ definiert werde, zugleich vermischt er jedoch die Definition mit der des Rechtsgeschäfts; *Köhler*, § 6 Rn. 1; andeutend, dass eigentlich nur der objektive Tatbestand definiert wird: *Palandt-Ellenberger*, Einf v § 116 Rn. 1.

23 BGH, BGHZ 145, 343 (346); BGH, NJW 1993, 2100 (2100).

24 Vgl. nur: *Wolf/Neumer*, § 30 Rn. 1; *Neumer*, JuS 2007, 881 (881); *Brox/Walker*, Rn. 83; *Hirsch*, 6. Aufl. 2009, Rn. 67; *PWW-Abrens*, Vor §§ 116 Rn. 16; *NK-Feuerborn*, Vor §§ 116-144 Rn. 4; *Köhler*, § 6 Rn. 1; *Palandt-Ellenberger*, Vor § 116 Rn. 1; kritisch: *Leenen*, § 5 Rn. 28 ff.

25 *Flume*, S. 54; *Savigny*, S. 258.

erklärt war.²⁶ Eine Erklärung ohne jeglichen Willen wurde ebenso für nicht wirksam erachtet.²⁷ Damit ging es eigentlich „nur“ noch um die Frage, ob die Erklärung oder Wille im Falle eines Irrtums Vorrang haben sollte.

a) Die Kontroverse zwischen objektiver und subjektiver Theorie

Die sich um *Savigny*²⁸ aufbauende Willentheorie betrachte den Willen „*an sich als das einzig Wichtige und Wirksame*“.²⁹ Nur, weil der Wille ein inneres Ereignis sei, bedürfe es eines Zeichens, woran dieser erkennbar sei: die Erklärung. Diese Botschaft mag eindeutig sein, tatsächlich war *Savignys* Konzept weitaus diffiziler. So unterschied er etwa absichtliche und unabsichtliche, sowie wesentliche und unwesentliche Irrtümer.³⁰

In der Folge dominierte jedoch der allgemeine Ansatz. Eine Willenserklärung war unwirksam, wenn das in der Erklärung als gewollt Bezeichnete nicht wirklich gewollt war. Postuliert wurde die Einheit von Wille und Erklärung. Die Bindungswirkung der Willenserklärung trete ein, weil sie gewollt sei.³¹

Der (wohl) bedeutendste und zugleich stark differenzierte Aufsatz zur Willentheorie stammt von *Windscheid*. Er fasste den in der Willenserklärung verwirklichten Willen so auf, dass dieser auf das Hervorbringen eines Erklärungszeichens gerichtet sein muss, durch welches bei anderen das Bewusstsein von dem Vorhandensein eines auf Veränderung in der Rechtswelt gerichteten Willens hervorgerufen werden sollte.³² Dabei erteilte er denjenigen Vertretern der Willentheorie eine Absage, die die Willenserklärung nur als Erklärung des Willens verstanden und damit die Erklärung selbst nur als Mitteilung eines Willens verstanden.³³ Er verstand die Erklärung als Ausdruck des Willens und den Willen als Willen „in seiner sinnfälligen Erscheinung“. Man mag dies auf den ersten Blick als objektives Kriterium deuten, *Windscheid* selbst ging davon aus, dass der Erklärende wissen müsse, dass die Rechtsordnung aus dem von ihm gesetzten Zeichen bestimmte Rechtsfolgen entstehen lasse. Dass eine Mentalreservation nicht wirksam sei – das war *die*

26 *Flume*, S. 54.

27 *Windscheid*, AcP 63, 72 (73).

28 Die Einordnung *Savignys* in der subjektiven Theorie ist freilich umstritten. Ganz herrschend wird er jedoch dieser Theorie zugeordnet: *Palandt-Ellenberger*, Einf v § 116 Rn. 2/3; vgl. *Larenz*, 7. Aufl. 1989, S. 333.

29 *Savigny*, S. 258.

30 *Savigny*, S. 257 u. 276.

31 Vgl. die Zusammenfassung bei *Flume*, S. 54 f.

32 *Windscheid*, AcP 63, 72 (75 und 77).

33 *Windscheid*, AcP 63, 72 (76 f.).

Domäne der sogleich darzustellenden Erklärungstheorie – bzw. eine Willenserklärung nicht zu Fall bringe, folgte für ihn daraus, dass sich niemand damit verteidigen dürfe, er habe gelogen.³⁴ Dies sei aber ein Ausnahmefall, in dem das Recht einer Willenserklärung ohne Willen Wirkung zuspreche. Im Falle grober Fahrlässigkeit wollte *Windscheid* keinen Vertragsschluss zulassen, weil sich dieser Satz nicht begründen lasse.³⁵

Der Betonung des inneren Willens widersprach die Erklärungstheorie. *Röver* wandte sich zunächst in erster Linie gegen den Satz „ohne Wille“ keine Willenserklärung.³⁶ Heute überwiegend zitiert, vertrat *Bähr*, dass derjenige, welcher in zurechenbarer Weise die äußere Erscheinung seines Willens hervorrufe, auch so haften müsse. Mit der Behauptung eines anderen inneren Willens werde er nicht gehört.³⁷ Auch wenn die Erklärungstheorie die Erklärung akzentuierte, so verlor sie den Willen nicht aus dem Blick. *Bähr* betonte, dass jeder innere Wille nur nach seiner äußeren Erscheinung bemessen werden könne. Daher könne die Annahme des Willens nur an die äußere Erscheinung desselben geknüpft werden.³⁸ *Danz* formulierte später sinngemäß, dass eine Willenserklärung das Verhalten einer Person sei, welches den Schluss auf einen bestimmten Willen zuließe.³⁹

Windscheid abstrahierte die Erklärungstheorie zur Zeit seines maßgeblichen Aufsatzes dahin, dass die Erklärungstheorie – darunter auch *Röver* – der Erklärung ohne wirklichen Willen dann Wirkung zusprach, wenn die Erklärung als Ausdruck eines solchen „nach dem gemeinen Verständnis“ verstanden werden konnte.⁴⁰

In der Folge wurde der Meinungsstreit fast unübersehbar, so dass man heute nur noch Hauptlinien hervorheben kann. Auch innerhalb der großen Theorien wurden unterschiedliche Ansätze vertreten.⁴¹

b) Die Bedeutung des 1. Entwurfs zum BGB und seiner Kritik

In den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch sind zwei Entwürfe abgebildet, die ihrerseits das Hin und Her zwischen Willens- und Erklärungstheorie dokumentieren.⁴² Der erste Entwurf unterschied zwischen dem, was gewollt und dem, was als

34 *Windscheid*, AcP 63, 72 (98).

35 *Windscheid*, AcP 63 (104).

36 *Röver*, S. 3.

37 *Bähr*, Jher Jb. 14, 393 (401).

38 *Bähr*, Jher Jb. 14, 393 (400).

39 *Danz*, S. 14 ff. u. 75 ff.

40 *Windscheid*, AcP 63, 72 (73) auch weiter zu den unterschiedlichen Facetten der Ansichten.

41 instruktiv: *Werba*, S. 17 ff.

42 Ausführlicher: *Musielak*, AcP 211 (2011), 769 (772 ff.).

gewollt erklärt wurde und folgte dem von ihm sog. Willensdogma.⁴³ Nur bei sog. unwesentlichen Irrtümern sollte das Willensdogma durchbrochen werden.⁴⁴ Im zweiten Entwurf wurde diese Entscheidung zurückgenommen, zugleich aber auch der Erklärungstheorie eine Absage erteilt.⁴⁵

In der Folge wurde auch das Bürgerliche Gesetzbuch offen interpretiert: Weder die eine noch die andere Theorie sei festgeschrieben worden.⁴⁶ So ließ sich § 116 BGB als eine Absage an eine reine Willenstheorie und § 118 BGB als Absage an eine reine Erklärungstheorie verstehen.⁴⁷ Noch deutlicher wird dies anhand des Systems der Willensmängel. Dieses Konzept lässt sich mit keiner der beiden Theorien vereinbaren, weil die Willenserklärung auf Grundlage innerer Tatsachen *beseitigt* wird. Daher wird heute konstatiert, dass das BGB vom Willensprinzip stark beeinflusst ist, dieses aber zugunsten des Verkehrs- und Vertrauensschutzes zurückgedrängt hat.⁴⁸

2. Der klassische Inhalt des subjektiven Tatbestand der Willenserklärung

Der subjektive Tatbestand der Willenserklärung wird heute in Handlungs-, Erklärungs- und Geschäftswille untergliedert.⁴⁹ Diese Willenselemente sind zwar Ergebnisse einer psychologischen Betrachtung. Es war aber stets ein Anliegen der Lehre, eine Psychologisierung der Willenserklärung zu verhindern.⁵⁰ Eine wesentliche Aufgabe dieser Zergliederung war es, das Abweichen des subjektiven vom objektiven Erklärten zu lösen und zu systematisieren.⁵¹ Liegen die drei klassischen Elemente vor, ist die Willenserklärung fehlerfrei gebildet und im Rahmen der Privatautonomie wirksam.⁵²

43 *Mudgan*, S. 457.

44 *Mudgan*, S. 461.

45 *Mudgan*, S. 715.

46 *Hepting*, FS Köln, 209 (212).

47 *Wolf/Neuner*, § 30 Rn. 3 und 5.

48 *Hepting*, FS Köln, 209 (212 f.).

49 Vgl. etwa: Palandt-Ellenberger, Einf v § 116 Rn. 16 ff.; Soergel-Hefermehl, Vor § 116 Rn. 8 ff.; Hübner, Rn. 664; Erman-A. Arnold, Vor § 116 Rn. 2 ff.; *Hepting* FS Köln, 209 (216); wie eingangs hervorgehoben beschränkt sich dieser Beitrag auf den status quo der Rechtsgeschäfte, andere Ansätze sind instruktiv bei *Musielak*, AcP 211, 769 (779 ff.) dargestellt.

50 NK-Feuerborn, Vor §§ 116–144 Rn. 5; vgl. *Werba*, S. 20 ff.

51 *Hepting*, FS Köln, 209 (216).

52 Soergel-Hefermehl, Vor § 116 Rn. 6; zum Erklärungsbewusstsein: BGH, Beschluss vom 29.6.2010 – XI ZR 293/09 = juris.de; vgl. aber zu anderen Ansätzen: *Brehm*, Rn. 138, der den subjektiven Tatbestand abwertet und vom Ergebnis her nur den Handlungswillen voraussetzt.

a) Der Handlungswille

Das erste Willenselement der Willenserklärung ist der Handlungswille. Unter Handlungswillen versteht man den Willen, der auf die Vornahme der konkreten, äußeren (Erklärungs-)Handlung gerichtet ist.⁵³ Man spricht auch vom Bewusstsein der Setzung des objektiven Tatbestands.⁵⁴

Fehlt der Handlungswille, so schließt dies nach herrschender Meinung eine Willenserklärung aus.⁵⁵ Dieser Ansicht wird nur vereinzelt widersprochen.⁵⁶ Die Gegenansicht stellt auf die Handlungsfähigkeit ab.⁵⁷ Der Streit entspinnt sich im Wesentlichen an der Formulierung des § 105 Abs. 2 BGB. Nach dieser Norm ist eine Willenserklärung nichtig, die im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird. Damit scheint die Norm im Umkehrschluss zu implizieren, dass die Willenserklärung begrifflich ein Bewusstsein nicht voraussetzt. Die herrschende Meinung begegnet dem Problem dadurch, dass im Falle der Bewusstlosigkeit bereits keine Willenserklärung vorliegt.⁵⁸ § 105 Abs. 2 BGB regelt demgegenüber nicht die volle Bewusstlosigkeit, sondern nur die Bewusstseinstörung.⁵⁹ Vor diesem Hintergrund stelle § 105 Abs. 2 BGB eine vergleichbare Wertung dar.⁶⁰

Für die herrschende Lösung spricht § 123 Abs. 1 BGB. Nach § 123 Abs. 1 BGB kann die Willenserklärung angefochten werden, die durch arglistige Täuschung oder durch widerrechtliche Drohung bestimmt wurde. Der Begriff der Gewalt findet sich dort nicht. Die Trennung von Gewalt und Drohung nimmt die klassische Differenzierung zwischen *vis absoluta* und *vis compulsiva* auf. Während der Begriff der *vis compulsiva* durch die Drohung aufgesogen wird, besteht eine scheinbare Regelungslücke bei der willensbrechenden, „absoluten“ Gewalteinwirkung.⁶¹ Da

53 NK-Feuerborn, Vor §§ 116–144 Rn. 6 (Bewusstsein); Brox/Walker, Rn. 84 (Bewusstsein); Hübner, Rn. 664; Hepting, 209 (216); Wolf/Neuner, § 32 Rn. 1; Köhler, § 6 Rn. 3; Bork, Rn. 589.

54 Petersen, JurA 2006, 178 (180); Flume, S. 46; Rütters/Stadler, § 17 Rn. 7.

55 Jauernig-Mansel, Vor § 116 Rn. 4; Hepting, FS Köln, 209 (217 f.); Rütters/Stadler, § 17 Rn. 7; NK-Feuerborn, Vor §§ 116–144 Rn. 6.

56 Brehmer, JuS 1986, 440 (443); Neuner, JuS 2008, 881 (884), der aber einen Kundgabewillen auf Tatbestandsebene diskutiert.

57 Neuner, JuS 2008, 881 (884); Wolf/Neuner, § 32 Rn. 2 f.; Staudinger-Singer, Vorbem. §§ 116 ff. Rn. 27.

58 Palandt-Ellenberger, § 105 Rn. 2; vgl. die Nachweise bei Neuner, JuS 2008, 881 (883) Fn. 37, der seinerseits in § 105 Abs. 2 BGB eine kompetenzielle Voraussetzung erblickt, ebenfalls kritisch: Wolf/Neuner, § 32 Rn. 5 ff.

59 BGH WM 1972, 972; einordnend: NK-Feuerborn (Fn. 1), § 105 Rn. 7.

60 NK-Feuerborn, Vor §§ 116–144 Rn. 6.

61 Weiterführend: Bamberger/Roth-Wendtland, 3. Aufl. 2012, § 123 Rn. 25; NK-Feuerborn, § 123 Rn. 80; Rütters/Stadler, § 17 Rn. 7.

hier die Schutzbedürftigkeit des Genötigten erhöht ist, erklärt sich die Lücke nur daraus, dass der Gesetzgeber schon keine Willenserklärung angenommen hat.⁶² Außerdem würde bei einem Verzicht auf den Handlungswillen allein der objektive Erklärungsstatbestand als Element der Willenserklärung bleiben. Das wiederum liefe darauf hinaus, die Willenserklärung nach der Erklärungstheorie zu begründen.

b) Das Erklärungsbewusstsein

Innerhalb des subjektiven Tatbestands kommt dem Erklärungsbewusstsein eine Schlüsselposition zu. Auch wenn die Frage in der Theorie überwiegt, was im Falle seines Fehlens gelten soll, so herrscht schon keineswegs Einigkeit über die Fassung des Begriffs. Überwiegend postuliert man, dass der Handelnde sich überhaupt bewusst sein müsse, dass ein anderer sein Verhalten als Äußerung eines bestimmten Geschäftswillens deuten könnte.⁶³ Ein anderes Verständnis bezieht diesen Willen weniger auf die Antizipation des Erklärungshorizonts als vielmehr auf das generelle Bewusstsein, irgendeine rechtserhebliche Erklärung abzugeben.⁶⁴ Teilweise werden diese Ansätze auch verknüpft und das erste Verständnis zur Voraussetzung für das Bewusstsein gemacht.⁶⁵ Der Bundesgerichtshof hat das Erklärungsbewusstsein in einigen frühen Urteilen modifiziert. Das Gericht sprach vom Bewusstsein, dass eine rechtsgeschäftliche Erklärung wenigstens möglicherweise erforderlich ist.⁶⁶

c) Die Diskussion um das Fehlen des Erklärungsbewusstseins

Das leitet nun zur Schlüsselfrage über. Ob beim Fehlen des Erklärungsbewusstseins eine Willenserklärung angenommen werden kann, ist – immer noch – sehr umstritten. Mag auch das Handeln ohne Handlungswillen eine vergleichbare Zurechnungsproblematik darstellen, verlagert sich an dieser Stelle das Spannungsverhältnis von Selbstbindung und Selbstverantwortung des Erklärenden bei vorhandenem Handlungswillen und fehlendem Erklärungsbewusstsein zugunsten des Verkehrsschutzes, da der streitige Tatbestand gerade bewusst gesetzt wurde.

62 BGH, DB 1975, 2075 (2075); Palandt-Ellenberger, § 123 Rn. 15.

63 Hübner, Rn. 665; Brox/Walker, Rn. 85; Köhler, § 6 Rn. 3: Rechtsfolgewille.

64 Wolf/Neuner, § 32 Rn. 1; Boemke/Ulrici § 5 Rn. 5; Flume, S. 46; Hepting, FS Köln, 209 (216); auf die Teilnahme am Rechtsverkehr gerichtet: PWW-Abrens § 116 Rn. 27; NK-Feuerborn, Vor § § 116–144 Rn. 7; Bork, Rn. 228.

65 Brox/Walker, Rn. 85.

66 BGH, NJW 1995, 953 (953); bereits zuvor: BGH, WM 1968, 775; BGH, BGHZ 167, 118 (133).

Das Strukturargument derer, die ein Erklärungsbewusstsein fordern, wurzelt in der Privatautonomie selbst. Denn die Verantwortlichkeit für einen äußeren Erklärungsvorgang solle nicht zur Unterstellung eines nicht vorhandenen Willens führen.⁶⁷

Den Hauptschauplatz der Kontroverse stellt § 118 BGB dar. Nach § 118 BGB ist eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung nichtig, wenn sie in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt. Man kann sagen: § 118 BGB enthält einen Fall des bewussten Verzichts auf das Erklärungsbewusstsein.⁶⁸ Die Unwirksamkeitsfolge resultiert allein daraus, dass der Erklärende darauf vertraut, dies werde nicht verkannt. Das bereitet zwei Probleme. Das erste erwächst aus der Stellung der Wörter „nicht ernstlich gemeint“ vor dem Tatbestandsmerkmal „Willenserklärung“. Hier neigt der Tatbestand zur Tautologie. Es liegt daher näher, diese Formulierung wie eine vorgelagerte Ausgliederung dieses Elements zu verstehen.

Das zweite Problem ist die weitergehende Bedeutung der Norm. In der Literatur wird nämlich darauf hingewiesen, dass § 118 BGB im Falle des fehlenden Erklärungsbewusstseins analog anzuwenden ist.⁶⁹ Wenn nicht einmal derjenige, der bewusst den äußeren Tatbestand einer Willenserklärung setze, anzufechten brauche, dann auch und erst recht nicht derjenige, der dies unbewusst tue.⁷⁰ Die heute herrschende Ansicht hält dem entgegen, dass es gerade an einer Willensbildung hinsichtlich der Rechtsgeltung fehle. Der Erklärende votiere beim Irrtum nicht gegen die Rechtswirksamkeit. Diese Wahl könne in der klassischen Konstellation im Nachhinein über die Anfechtung ausgeübt werden.⁷¹ Da der Erklärende bei § 118 BGB gerade wolle, dass die Erklärung keine Rechtswirkungen entfaltet, muss ihm auch nicht die Wahl eröffnet werden.

Von diesem Argument ausgehend vertrat der Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung Anfang der Achtziger Jahre einen vermittelnden Ansatz. Zwar könne eine Erklärung ohne Erklärungsbewusstsein als Willenserklärung zugerechnet werden, dies setze aber voraus, dass der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Erklärung oder sein Verhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben und

67 Hübner, Rn. 678.

68 Jauernig-Mansel, Vor § 116 Rn. 5.

69 Brehm, Rn. 133.

70 Canaris, NJW 1984, 2279 (2281).

71 Medicus, Rn. 607.

mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte.⁷²

d) Die Lösung über die Abgabefahrlässigkeit

Zunächst ist auf die dogmatische Besonderheit hinzuweisen, dass sich der Erklärende die Erklärung als Willenserklärung anrechnen lassen muss.⁷³ Wenn das Erklärungsbewusstsein fehlt, geht es dem BGH also gar nicht mehr um die Annahme einer Willenserklärung, sondern um die Zurechnung als Willenserklärung. Hierzu verwies das Gericht auf die Lösungen von *Bydlinski*, *Kramer*, *Larenz*, *Gudian*, *Brox* und *Heinrichs* sowie auf seine Rechtsprechung zur Abgrenzung von Gefälligkeits (BGHZ 21, 102, 106).⁷⁴

Diese Quellen thematisierten vor allem den Vertrauensschutz. *Bydlinski* hat – ausgehend von dem Einwand der fehlenden Selbstbestimmung des Erklärenden – hervorgehoben, dass das Recht der Willenserklärung auch das Vertrauen des Erklärungsempfängers schütze und es sich gerade nicht um ein Rechtsscheinsproblem handele.⁷⁵ Die gleiche Ansicht vertritt auch *Kramer*.⁷⁶ Nur *Larenz* und *Gudian* gingen hierüber hinaus. In der sechsten Auflage schrieb *Larenz*, es ginge zu weit, jemandem das Risiko aufzubürden, das Verhalten als Willenserklärung aufzufassen, wenn er mit der Deutung überhaupt nicht rechnen konnte, weil er sich dieser Situation, in die er sich begeben, nicht bewusst war.⁷⁷ *Gudian* sah das Verschulden als immanente Grenze des Vertrauensschutzes an und griff auf die culpa in contrahendo zurück.⁷⁸

Die Rechtsprechung ist nicht ohne Kritik geblieben. *Neuner* hat dieses Kriterium als der „lex lata“ fremd bezeichnet. Das Verschulden sei den §§ 280, 311 Abs. 2 BGB zugeordnet, nicht der Willenserklärung.⁷⁹

Die Vertreter des Vertrauenstatbestands stehen vor dem Problem, dass die allgemeine Rechtsscheinhaftung über die bloße Veranlassung des Vertrauenstatbestands hinaus keine weiteren insbesondere subjektiven Anforderungen beim Veranlasser stellt und somit die Fahrlässigkeit an diesem Punkt rechtfertigungsbe-

72 BGH, BGHZ 91, 324 (327).

73 NK-Feuerborn, Vor §§ 116–144 Rn. 7; *Brehmer*, JuS 1986, 440 (441).

74 BGH, BGHZ 91, 324 (328 ff.).

75 *Bydlinski*, JZ 1975, 1 (2).

76 MünchKomm-Kramer, 1. Aufl., § 119 Rn. 81 ff.

77 *Larenz*, S. 356.

78 *Gudian*, AcP 169, 232 (234 f.).

79 *Neuner*, Jus 2008, 881 (887); *Wolf/Neuner*, § 32 Rn. 23.

dürftig ist. Das wird bisher nur negativ beantwortet: Anderenfalls würde die Selbstbestimmung massiv reduziert und der Vertrauensschutz gegenüber der Selbstbestimmung überbewertet.⁸⁰

Mangels zwingender gesetzlicher Anhaltspunkte muss sich die Lösung des Problems auch aus der Abwägung von Rechtsprinzipien ergeben.⁸¹ Hierbei kann auch das Verschulden herangezogen werden. Dass subjektive Faktoren für den Vertrauensschutz eine Rolle spielen, erklärt sich hier gerade aus der wesentlichen Funktion der Privatautonomie. Die Abwägung Selbstbestimmung und Verkehrsschutz kann also nur dann zu kritisieren sein, wenn der Verkehrsschutz bei der Willenserklärung außer Betracht bleiben muss. Das wiederum widerspräche aber der Entscheidung des klassischen Gesetzgebers, die objektive Theorie auch zu berücksichtigen. Das Problem kann folglich über den Begriff der Willenserklärung gelöst werden. Vor diesem Hintergrund ist die Zurechnung als Willenserklärung sachgerecht. Der subjektive Tatbestand wandelt sich an dieser Stelle zur subjektiven Vermeidbarkeit des objektiv Erklärten.⁸² Das erscheint nicht unbedenklich, trifft im Ergebnis aber den richtigen Punkt. Das Erklärungsbewusstsein bleibt zwar ein Element des subjektiven Tatbestands im Falle seines Fehlens kommt aber noch eine Zurechnung als Willenserklärung in Betracht.

e) Das Erklärungsbewusstsein in der weiteren Rechtsprechung des BGH

Diese Rechtsprechung wurde in den Folgeentscheidungen weiter vertieft und fundiert. In fast allen Urteilen, die sich mit dem Fehlen des Erklärungsbewusstseins auseinandersetzen, führt das Gericht den zentralen Leitsatz immer wieder aus: *„Trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins (Rechtsbindungswillens, Geschäftswillens) liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat.“*⁸³ Vertiefte Ausführungen zur Abgabefahrlässigkeit sind nicht auszumachen. Manchmal wird die Abgabefahrlässigkeit auch gar nicht genannt.⁸⁴

80 Hepting, FS Köln, 209 (219).

81 Stärker auf die Zurechnung als solche bezogen: Hepting, FS Köln, 209 (219 ff.)

82 Hepting, FS Köln, 209 (219).

83 BGH, BGHZ 91, 324; BGH, BGHZ 109, 171 (177) mit einem guten Überblick über das Meinungsspektrum nach der Entscheidung; BGH, NJW 1995, 953 (953); BGH, NJW-RR 2012, 478 (481).

84 Vgl. etwa: BGH, NJW 1991, 2084.

Was den Tatbestand der Willenserklärung angeht, so folgt das Gericht der herrschenden Konzeption und ordnet das fehlende Erklärungsbewusstsein als pathologischen Fall ein, wenn es davon spricht dass das Erklärungsbewusstsein *ausnahmsweise* fehlen könne.⁸⁵

Die „Zurechnung als Willenserklärung“ präzierte das Gericht in einem Urteil aus dem Jahr 2007. Der BGH verneinte eine Kündigungserklärung mangels Erklärungsbewusstsein und führte dann weiter aus, dass das fehlende Erklärungsbewusstsein durch den äußeren Schein einer rechtlich verbindlichen Willenserklärung ersetzt werden könne.⁸⁶

Für die dogmatische Legitimation ist eine etwas abgelegene Feststellung des BGH interessant: Der X. Zivilsenat betonte im Zusammenhang mit einer Arbeitnehmererfindung, dass die Rechtsprechung – inklusive der Abgabefahrlässigkeit – aus den §§ 133, 157 BGB abgeleitet sei.⁸⁷

f) Der Geschäftswille

Gegenüber dem Erklärungsbewusstsein grenzt sich der Geschäftswille durch die Konkretisierung des Willens auf das Geschäft ab: Der Geschäftswille umschreibt den Willen, einen bestimmten, wirtschaftlichen, rechtlich abgesicherten Erfolg herbeizuführen.⁸⁸ Die Definitionen variieren zum Teil auch deshalb, weil der Bezugspunkt fraglich ist. Einige beziehen sich auf den Inhalt des Geschäfts⁸⁹, andere auf die Rechtsfolge der Erklärung.⁹⁰ Diese Unterscheidung muss sich nicht ausschließen, führt jedoch zu Unsicherheiten. In der Regel wird sich der Erklärende keine präzisen Vorstellungen von den Rechtsfolgen machen bzw. gemacht haben und vielmehr auf den tatsächlichen Erfolg abstellen.⁹¹ Etwas einfacher wird der Geschäftswille daher auch als Wille definiert, mit einer Erklärung eine (laienhaft) bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen.⁹²

Zwar wird der Geschäftswille vereinzelt für ein notwendiges Element der Willenserklärung gehalten.⁹³ Daraus, dass in den §§ 116–118 BGB stets der Geschäfts-

85 BGH, Urteil vom 14.05.2002 – XI ZR 148/01 = juris.de.

86 BGH, Urteil vom 13.2.2007 – XI ZR 145/06 = juris.de.

87 BGH, BGHZ 167, 118 (133).

88 Hübner, Rn. 666; Brox/Walker, Rn. 86; Boemke/Ulrici, § 5 Rn. 7; etwas kürzer: Hepting, FS Köln, 209 (216); Staudinger-Singer, Vorbem. Zu §§ 116 ff. Rn. 29; a.A.: Manigk, S. 264 ff.

89 Flume S. 47; Erman-A. Arnold, Vor § 116 Rn. 5.

90 Neuner/Wolf, § 32 Rn. 1.

91 Hübner, Rn. 679.

92 Bork, Rn. 600; NK-Feuerborn, Vor §§ 116–144 Rn. 8.

93 Singer, S. 45.

wille fehlt, folgert die heute ganz herrschende Meinung zu Recht, dass das Fehlen des Geschäftswillens auf subjektiver Ebene entbehrlich ist.⁹⁴ Sein Fehlen ist für den Tatbestand der Willenserklärung damit unbeachtlich.⁹⁵ Seine Bestimmtheit macht den Geschäftswillen vielmehr zum Hort der Willensmängel.⁹⁶

g) Der Rechtsbindungswille

Die Akzentuierung der drei klassischen Elemente exkludiert begrifflich den Rechtsbindungswillen. Häufig etwa sieht man den Rechtsbindungswillen als vom Geschäftswillen umschlossen an.⁹⁷ Die Rechtsprechung scheint in den dargestellten Leitsätzen Geschäftswille und Rechtsbindungswille gleichzusetzen.⁹⁸ Andere betonen, dass Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille zusammenhängen.⁹⁹ Zum Teil wird der Rechtsbindungswille als Element beider Tatbestände eingeordnet.¹⁰⁰ Jenseits der inhaltlichen Überlagerungen wird zur Begründung auf die eingangs zitierte Definition der Willenserklärung selbst abgestellt. Die klassische Definition der Willenserklärung solle den Willen zur rechtlichen Bindung voraussetzen.¹⁰¹ *Musielak* hat zutreffend ausgeführt, dass der Rechtsbindungswille kein wesensbestimmendes Element der Willenserklärung sein kann. Denn versteht man ihn als Wille, irgendeine rechtliche Bindung einzugehen, sei er ein Bestandteil des Erklärungsbewusstseins. Verstünde man ihn als Wille, der auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtet ist, so sei er Bestandteil des Geschäftswillens.¹⁰² Der Begriff ist für den subjektiven Tatbestand der Willenserklärung daher unerheblich.

3. Der objektive Tatbestand der Willenserklärung

Das zweite Element des dualistischen Willenserklärungsbegriffs ist der objektive Tatbestand, die nach außen getretene Erklärungshandlung.¹⁰³ Das Verhalten muss

94 Jauernig-Mansel, Vor § 116 Rn. 6.

95 Boemke/Ulrici, § 5 Rn. 14; Hepting FS Köln, 209 (217); PWW-Abrens, § 116 Rn. 28.

96 Hübner, Rn. 666.

97 Soergel-Hefermehl, Vor § 116 Rn. 6; Hirsch, Rn. 70; NK-Feuerborn, Vor §§ 116–144 BGB Rn. 8 f.; Bamberger/Roth-Wendtland, § 133 Rn. 7.

98 Jüngst wieder: BGH, Urteil vom 17. Juni 2010 – III ZR 243/09 = juris.de.

99 Brehm, Rn. 134; Petersen, JurA 2006, 178 (180); a.A. Neuner JuS 2008, 881 (886) mit eigenem Ansatz.

100 MünchKomm-Armbrüster, Vorb. §§ 114–144 Rn. 23.

101 Hepting, FS Köln, 209 (213).

102 Musielak, § 2 Rn. 55 a.E.

103 Hübner, Rn. 662 f.; Rüthers/Stadler, § 17 Rn. 3; Neuner, JuS 2007, 881 (882).

Rückschlüsse auf den Willen des „Erklärenden“ zulassen. Uneinigkeit – vor allem terminologischer Art – herrscht darüber, welcher Wille artikuliert werden muss. Einig ist man sich darin, dass die Willenserklärung eine Rechtsfolgenanordnung darstellt und daher die erkennbare Kundgabe eines natürlichen Willens nicht ausreicht.¹⁰⁴ Darüber hinaus wird häufig die Kundgabe eines Rechtsbindungswillens verlangt.¹⁰⁵ Wiederum andere stellen auf einen Rechtsfolgewillen ab, also auf die Kundgabe eines Willens, eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen.¹⁰⁶ Der Bundesgerichtshof akzentuiert ebenfalls den Rechtsfolgewillen.¹⁰⁷

Zum Teil wird ein Verhalten gefordert, welches den Schluss auf einen Geschäftswillen zulässt und dazu bestimmt erscheint, einen derartigen Geschäftswillen anderen kundzutun.¹⁰⁸ Hinter diesem Ansatz steht die Bestrebung eine Kongruenz von äußerem zum inneren Tatbestand herzustellen. Das äußere Verhalten soll Sinnbild der inneren Tatsache des Geschäftswillens sein.

Viele Autoren, die die Kundgabe eines Rechtsbindungswillens fordern, wollen die Abgrenzung von Rechtsgeschäft und Gefälligkeiten etc. in den Tatbestand der Willenserklärung übernehmen.¹⁰⁹ Diese Einordnung ist nachvollziehbar, löst sich aber zu stark vom klassischen Dogma, dass die Übereinstimmung von Erklärung und Wille das natürliche Verhältnis der beiden ist.¹¹⁰ Dieser Grundgedanke war bei Schaffung des BGB unstrittig. Die richtige Lösung liegt daher in der Tat darin, den objektiven Tatbestand hin auf die Willenselemente zu verstehen. In dieser Lesart, muss eine Handlung vorliegen, die äußerlich den Eindruck erweckt, von Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille getragen zu sein. Nur auf den Geschäftswillen abzustellen erscheint auf den ersten Blick verkürzt. Da allerdings Geschäftswille das Erklärungsbewusstsein und den Handlungswillen impliziert, liegt es sehr nahe nur auf den Geschäftswillen (Rechtsfolgewillen) abzustellen.

104 *Hepting* FS Köln, 209 (215).

105 *Petersen*, JurA 2006, 178 (179); *Hepting*, FS Köln, 209 (215); wohl auch: *Wolf/Neuner*, § 31 Rn. 2; *PWW-Abrens*, § 116 Rn. 19.

106 *Musielak*, § 2 Rn. 42; *Schwab/Löhnig*, Rn. 466; nicht differenzierend für beides: *Köhler*, § 6 Rn. 2.

107 BGH, NJW 2001, 289 (290).

108 *Erman-Arnold*, § 133 Rn. 1; *Hübner*, Rn. 663.

109 *Neuner*, JuS 2007, 881 (882); *Leenen*, § 5 Rn. 11 ff.

110 *Flume*, S. 54; *Savigny*, S. 258.

4. Zwischenergebnis

Der vorstehende Abschnitt hat deutlich gemacht, dass der Begriff der Willenserklärung komplexer ist als die heute herrschende Definition glauben macht. Tatsächlich hat die herkömmliche Definition der Willenserklärung nicht die Bewährung des subjektiven Tatbestands verarbeitet und entspricht somit nicht mehr dem Stand der Rechtsentwicklung.

Sie geht auf den Entwurf der 1. Kommission zurück und steht im Banne der Willentheorie („gerichtet“). Es ist daher kein Wunder, dass diese Definition keine Fälle löst und der BGH sie nur selten zitiert. Legt man den nicht pathologischen Fall zugrunde, ist eine Willenserklärung eine willentliche Äußerung, die erkennbar auf die Erzeugung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtet ist und von dem Bewusstsein getragen wird, dass die Erklärung als rechtserheblich verstanden wird. Dass das Erklärungsbewusstsein überwunden werden kann und der Geschäftswille entbehrlich ist, sind Fragen des pathologischen Falls und keine Frage der Definition der Willenserklärung.

IV. Die Divergenz bei Ermittlung und Inhaltsbestimmung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung

Die soeben dargestellte und aktualisierte dualistische Konzeption der Willenserklärung betont regelmäßig einen Punkt bei der Ermittlung ihrer Elemente zu gering: Ihr Aufbau ist in erster Linie auf die empfangsbedürftige Willenserklärung bezogen.¹¹¹ Dem Abstraktionsniveau des Bürgerlichen Gesetzbuches nach, liegt es näher an der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung als „Urform“ der Willenserklärung anzuknüpfen. Diese Unterteilung ist für die Existenz der Willenserklärung schon wegen § 130 Abs. 1 BGB sehr bedeutsam. Die Norm geht davon aus, dass jede Willenserklärung abgegeben werden muss, empfangsbedürftige Willenserklärung zu ihrer Wirksamkeit zusätzlich auch zugehen müssen. Anzumerken und später zu vertiefen ist dabei, dass der Entstehungsakt der Willenserklärung wiederum von subjektiven Faktoren abhängig ist. An der Abgabe fehlt es nämlich, wenn die Willenserklärung ohne den Willen des Absenders (sog. Abgabewille) in den Verkehr gelangt.¹¹²

Dies leitet zur Bedeutung der §§ 133, 157 BGB über. Es entspricht allgemeiner Ansicht, dass nicht nur der Inhalt einer Erklärung, sondern auch die Existenz einer Willenserklärung nach den §§ 133, 157, 242 BGB ermittelt wird.¹¹³ Die Ermittlungen von Existenz und Inhalt einer Willenserklärung lassen sich zwar trennen, es bestehen aber Wechselwirkungen. Der Inhalt des Erklärten hat auch für die Interessenbewertung beim „ob“ Bedeutung. Im Fall der Überwindung des fehlenden Erklärungsbewusstseins wird aber erst der mögliche Inhalt darüber entscheiden, ob (insoweit) überhaupt eine Willenserklärung vorliegt.¹¹⁴

111 *Hepting*, FS Köln, 209 (211).

112 *Soergel-Hefermehl*, § 130 Rn. 5; *Bork*, Rn. 611 u. 615.

113 *Kellmann*, JuS 1971609 (609); *Staudinger-Singer*, § 133 Rn. 8 a.E.; *Neuner*, JuS 2008, 881 (882); *Soergel-Hefermehl*, § 133 Rn. 9; *Bork*, Rn. 503.

114 *Jauernig-Mansel*, § 133 Rn. 1.

1. Die §§ 133 und 157 BGB als Ausgangspunkte der Auslegungstheorien

§ 133 BGB stellt den Grundsatz auf, dass der wirkliche Wille zu erforschen ist. Nach § 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Was nun den wirklichen Willen in § 133 BGB ausmacht ist keineswegs unumstritten. Legt man die objektive Theorie zugrunde, ließe sich vertreten, dass der erklärte Wille gemeint ist. Hingegen wird heute überwiegend vertreten, dass im Grundsatz die Ermittlung des subjektiven Willens § 133 BGB¹¹⁵ und die Ermittlung des erklärten Willens § 157 zugeordnet werden soll.¹¹⁶ Hierfür wird geltend gemacht, dass ein normativer Parteiwille als wirklicher Wille vor dem Hintergrund der Privatautonomie ein Widerspruch in sich sei.¹¹⁷ So gesehen spiegelt § 133 BGB die subjektive, § 157 BGB die objektive Theorie wider.¹¹⁸ Die subjektive Auslegung soll nun bei den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen vorrangig sein, weil und sofern kein Interesse des Verkehrs oder Dritter daran besteht, wie die Erklärung zu verstehen ist.¹¹⁹ Die herrschende Meinung versteht die Auslegung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen daher als „Domäne der Auslegung nach dem Willen des Erklärenden.“¹²⁰ Erst bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen tritt § 157 BGB hinzu.¹²¹

Paradebeispiel für eine nicht-empfangsbedürftige Willenserklärung ist das Testament. In der Tat wendet man hier nur § 133 BGB an.¹²² Der BGH stellt auf den wirklichen Willen des Erblassers ab. Ist diese Aussage noch nicht wirklich eindeutig, so fordert er weiter, dass der gesamte Text der Verfügung und auch alle dem Richter zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde ausgewertet werden, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens möglicherweise dienlich sind. Dazu gehören unter anderem die Vermögens- und Familienverhältnisse des Erblassers, seine Beziehungen zu den Bedachten und seine Zielvorstellungen. Steht der

115 BGH, NJW 2002, 1038 (1039); *Neuner*, JuS 2008, 881 (882); *Boecken* BGB, Rn. 244; *NK-Looschelders* § 133 Rn. 3; *Brox/Walker*, Rn. 135; *Medicus*, Rn. 320; a.A.: *Soergel-Hefermehl*, § 133 Rn. 1; *Leenen*, § 5 Rn. 44.

116 *NK-Looschelders*, § 133 Rn. 2; *Neuner* JuS 2008, 881 (883).

117 *Staudinger-Singer*, § 133 Rn. 5.

118 *Palandt-Ellenberger*, Einf v § 116 Rn. 2/3.

119 *Neuner*, JuS 2008, 881 (882); *Staudinger-Singer*, § 133 Rn. 15 ff.

120 *Medicus*, Rn. 322.

121 *PWW-Abrens*, § 133 Rn. 3; *Medicus*, Rn. 322 f.

122 BGH, NJW 1993, 256 (256); Hierzu: *Brox/Walker*, Rn. 131.

Erblasserwille fest und ist er formgerecht erklärt, geht er jeder anderen Interpretation, die der Wortlaut zulassen würde, vor.¹²³

2. Die Zunahme der Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs

Hierbei ist die Rechtswissenschaft nicht stehen geblieben. Von der heute herrschenden Meinung werden §§ 133 und 157 BGB bei der Auslegung von Willenserklärungen nebeneinander angewandt.¹²⁴ § 133 BGB hat wegen seiner systematischen Stellung Bedeutung für alle Rechtsgeschäfte¹²⁵ und trotz seiner spezielleren Stellung ist in § 157 BGB ein allgemeiner Rechtsgedanke und positiver Ausdruck von § 242 BGB enthalten, der immer dann eingreift, wenn ein schutzwürdiges Interesse von anderen Personen (Verkehrsinteresse) am Inhalt einer Erklärung besteht.¹²⁶ Auch inhaltlich wirken die Normen nicht statisch. In Entsprechung hierzu ermittelt die herrschende Meinung eine Willenserklärung anhand der beiderseitigen Interessenlage und des Verhaltens der Betroffenen im Einzelnen.¹²⁷ Damit eröffnet sich ein flexibles System der Willenserklärung. Bei § 133 BGB wird etwa gefolgert, dass ein unerkannt gebliebener Wille nicht berücksichtigt werden dürfe.¹²⁸ Andererseits besteht nach dem Grundsatz der *falsa demonstratio non nocet* kein Grund bei einem Vertrag am objektiv Erklärten festzuhalten, wenn die Parteien übereinstimmend das gleiche wollten.¹²⁹

Die Gewichtung des subjektiven und objektiven Ansatzes im Einzelfall ist eine Abwägungsfrage vor dem Hintergrund der Parteiinteressen.¹³⁰ Bei der Bewertung der Interessenlage schlägt bei den Willensmängeln strukturell entscheidend zu Buche, dass die Abweichung von Wille und Erklärung vom Erklärenden veranlasst wurde, während der Erklärungsempfänger nur auf den Inhalt vertraut hat.¹³¹ Daher hat der Vertrauensschutz im Ausgangspunkt in diesen Fällen strukturell Vorrang. Der Übergang von der subjektiven zur objektiven Theorie rechtfertigt sich konstruktiv aus dem Gedanken der Zunahme der Schutzbedürftigkeit des anderen Teils.

123 BGH, NJW-RR 2009, 1455 (1457).

124 MünchKomm-Busche (Fn. 3), § 133 Rn. 17 f.; NK-Looschelders, § 133 Rn. 2; Bork, Rn. 500; Palandt-Ellenberger, § 157 Rn. 1.

125 Jauernig-Mansel, § 133 Rn. 7; PWW-Ahrens, § 133 Rn. 2.

126 Medicus, Rn. 321.

127 BGH, NJW 2001, 3638 (3638).

128 Jauernig-Mansel, § 133 Rn. 7.

129 Hierzu: Brox/Walker, Rn. 133; Bork, Rn. 518.

130 NK-Looschelders, § 133 Rn. 3; Bork, Rn. 515.

131 Brox/Walker, Rn. 136.

Die Kategorisierung der herrschenden Meinung macht in Entsprechung zu dem oben genannten flexiblen System der Interpretation vom Primat des wirklichen Willens auch bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen eine Ausnahme bei an die Öffentlichkeit gerichteten Erklärungen. Das betrifft in erster Linie die Auslobung.¹³² Diese ist zwar nicht empfangsbedürftig, sie muss aber gemäß § 657 BGB der öffentlich bekannt gemacht werden. Sie ist also nicht empfangs-, sondern nur bekanntmachungsbedürftig.¹³³ Sind andere von dieser Erklärung betroffen, so sind auch bei § 133 BGB ihre schützenswerten Interessen zu berücksichtigen. So ist etwa bei der Auslobung Rücksicht auf den Verkehr zu nehmen.¹³⁴

3. Die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen

Nach dem BGH sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, bei deren Verständnis regelmäßig auch der Verkehrsschutz und der Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers maßgeblich ist, gem. §§ 133, 157, 242 BGB so auszulegen, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste.¹³⁵ Dies wird dahingehend präzisiert, dass dasjenige zum Inhalt, dasjenige wird als gewollt angesehen wird, von dem der Empfänger nach Treu und Glauben unter Rücksicht auf die Verkehrssitte ausgehen musste, es sei erklärt worden. Die Interpretation der Erklärung folgt daher den Prinzipien des objektiven Empfängerhorizonts und der Auslegungssorgfalt.¹³⁶

Im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss spricht der BGH auch davon, dass der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen sei. Dabei sei vom Wortlaut der Erklärung auszugehen und in erster Linie dieser und der ihm zu entnehmende objektiv erklärte Parteiwille zu berücksichtigen. Bei der Willensforschung seien aber auch der mit der Erklärung verfolgte Zweck, die Interessenlage der Parteien sowie die sonstigen Begleitumstände zu berücksichtigen, die den Sinngehalt der gewechselten Erklärungen erhellen können.¹³⁷ Da es also nur noch darum geht, zu ermitteln, was der Empfänger verstehen konnte, spricht man auch von der Ermittlung des normativen Willens.¹³⁸

132 Palandt-*Sprau*, § 657 Rn. 1; Bamberger/Roth-*Marggraf*, § 657 Rn. 2 mwN; *Boecken*, Rn. 249.

133 Palandt-*Sprau*, § 657 Rn. 3.

134 Staudinger-*Singer*, § 133 Rn. 17; weitergehend: MünchKomm-Busche, § 133 Rn. 11.

135 BGH, NJW 2013, 598 (599) mwN.

136 *Medicus*, Rn. 130; *Brox/Walker*, Rn. 134; *Boecken*, Rn. 245.

137 BGH, NJW 2013, 598 (599).

138 *Medicus*, Rn. 322; *Boecken*, Rn. 245; Palandt-*Ellenberger*, § 133 Rn. 9.

Den objektiven Empfängerhorizont verteidigt der BGH seit jeher. In einem Urteil aus dem Jahr 1961 widersprach das Gericht dem Abstellen auf den inneren Willen des Erklärenden mit dem Argument, es bestünde ein allgemeiner Grundsatz, dass es auf den im Rechtsverkehr erklärten Willen ankomme.¹³⁹

4. Zwischenergebnis

Obwohl §§ 133, 157 BGB auch für die Ermittlung der empfangsbedürftigen Willenserklärung entscheidend sind, verlaufen Inhaltsermittlung und Existenzermittlung nicht parallel. Die Inhaltsermittlung macht sich nicht von einer Abgabefähigkeit abhängig und die Existenzermittlung kann nicht einseitig auf den sorgfältigen Empfänger abstellen, weil sonst die objektive Theorie gelten würde (s.o.). Dabei sind die Interaktionen unverkennbar. Die Überwindung des fehlenden Erklärungsbewusstseins setzt am ausgelegten Erklärten an. Davor wird der Streit um das Erfordernis des Erklärungsbewusstseins teilweise auch so positioniert, ob die objektiv-normative Auslegung nicht nur bei der Inhalts-, sondern auch Existenzermittlung der Willenserklärung anzuwenden ist.¹⁴⁰

5. Einwurf: Erklärungsbewusstsein bei der nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung

Wenn nun die §§ 133, 157, 242 BGB bei der Frage, ob eine Willenserklärung vorliegt Anwendung finden, dann ist es nur konsequent, §§ 133, 242 BGB bei der Frage, ob eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung vorliegt, anzuwenden. Damit kommt es für den Inhalt der Willenserklärung stärker auf die subjektiven Elemente der Willenserklärung an. Insofern ist bei einer nicht-empfangsbedürftigen grundsätzlich das Erklärungsbewusstsein zu fordern.¹⁴¹ Das kann man auch aus den §§ 116–118 BGB ablesen. Gerade § 116 BGB spricht im Umkehrschluss dafür, sogar den Geschäftswillen zu fordern. Der objektive Tatbestand ist dann auf die Abgabehandlung reduziert. Konsequenterweise folgt bei einer nicht empfangsbedürftigen, nicht öffentlichkeitsbezogenen Willenserklärung aus § 133 BGB dann im Fall des Fehlens des Erklärungsbewusstseins die Unwirksamkeit.

¹³⁹ BGH, BGHZ 36, 30 (33).

¹⁴⁰ Vgl. Brox/Walker, Rn. 137.

¹⁴¹ So auch Palandt-Ellenberger, Einf v § 116 Rn. 17, der auf den fehlenden Vertrauenstatbestand abstellt.

V. Das Rechtsgeschäft und der Rechtsbindungswille

Das leitet zum Rechtsgeschäft und zum Rechtsbindungswillen über. Mit einer vergleichbar intensiven Diskussion wie die Willenserklärung kann das Rechtsgeschäft nicht aufwarten. Die Konzeption dieses Begriffs ist vielmehr historisch gewachsen.

1. Der Begriff des Rechtsgeschäfts

Die Überschrift „Das Rechtsgeschäft“ umrahmt den gesamten dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils, die §§ 104–185 BGB und damit auch die Bestimmungen über die Willenserklärungen in den §§ 116–144 BGB. Diese Normen konzentrieren sich auf die Fragen, wie Rechtsgeschäfte zustande kommen und wann sie unwirksam sind, nicht aber was unter dem Begriff zu verstehen ist.¹⁴²

a) Die Motive

Einen Ansatzpunkt für die Fassung des Begriffes liefern die Materialien zum BGB. Die Motive der ersten Kommission definieren das Rechtsgeschäft als eine Privatrechtswillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs, der nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist.¹⁴³ Die erste Kommission erblickte das Wesen des Rechtsgeschäfts darin, dass sich ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille betätigt und der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht. Dass man sich dann gegen eine Aufnahme dieser Definition entschieden hat, gründete in der ausgemachten Gefahr in der Praxis Ergebnissen herbeizuführen, die die Natur des Rechtsgeschäfts nicht abbildeten.¹⁴⁴

Mit dieser Feststellung ist nicht gesagt, dass die Definition unzureichend wäre, damit ist allein gesagt, dass der Begriff ergebnis- und wesensorientiert verstanden

142 So die knappe Zusammenfassung von *Schapp/Schnur*, Rn. 313.

143 *Mudgan*, S. 421, vgl. aber auch sodann: „besonderer Ausdruck ist dieser Auffassung nicht gegeben“.

144 *Mudgan*, S. 421.

werden soll. Die vorgenommene, grobe Einordnung der Willenserklärung beim Rechtsgeschäft dürfte sich zum Teil auch daraus erklären, dass Die 1. Kommission auf die subjektive Theorie abstellte. Insofern konnten die Begriffe zum Teil gleichgesetzt werden. Wenn der Wille stets subjektiv zu bestimmen ist, bestehen kaum Probleme Rechtsbindungswille und Geschäftswille sowie Erklärungsbewusstsein abzugrenzen.

b) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Strukturell wurde durch die Motive eine Dreiteilung vorgegeben. Der Rechtsbindungswille verbindet die Privatwillenserklärung mit den von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsgeschäftstypen. Das Reichsgericht hat hieraus geschlossen, dass neben der Willenserklärung und dem Rechtsbindungswillen auch noch einer Rechtsvorschrift bedürfe, die die Verwirklichung des rechtlichen Erfolgs zulasse.¹⁴⁵ Da es jedoch auch unwirksame Rechtsgeschäfte gebe, könne man das dritte Element aus der Begriffsfassung herausnehmen, wobei das Gericht dieses Element nicht völlig aufgab. So gesehen liegt der pathologische Fall des Rechtsgeschäfts im Fehlen der Billigung durch die Rechtsordnung und damit im unwirksamen Rechtsgeschäft.

c) Die heute herrschende Konzeption

Die heute herrschende Meinung übernimmt diese Konzeption weitgehend,¹⁴⁶ billigt dem Rechtsgeschäft aber vor allem eine kategorisierende Funktion zu. Der Begriff dient zur Abgrenzung gegenüber Realakten und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen.¹⁴⁷ Ergänzt wird dies durch eine Typisierung: Es gibt kein Rechtsgeschäft an sich, sondern nur Typen bzw. bestimmte Rechtsgeschäfte, deren Abschluss die Rechtsordnung zulässt.¹⁴⁸ Als solche Aktstypen werden in der Literatur der Schuldvertrag und die Verfügung eingeordnet.¹⁴⁹ *Flume* etwa umschrieb das Rechtsgeschäft als Abstraktion aller in der Rechtsordnung formierten Aktstypen (...).¹⁵⁰ Vor diesem Hintergrund kann man die Aktstypen weiter auffächern: auch die Vertrag-

145 RG, RGZ 68, 322 (324).

146 *Rüthers/Stadler*, § 16 Rn. 1; *Erman-A. Arnold*, Vor § 116 Rn. 1; *Bork*, Rn. 395 u. 406.

147 Vgl. *Klunzinger*, Einführung in das Bürgerliche Recht, S. 76 f.; *Singer*, S. 7; *Medicus*, Rn. 195.

148 *Soergel-Hefermehl*, Vor § 116 Rn. 3.

149 *Schapp/Schurr*, Rn. 326 f.

150 *Flume*, S. 23.

stypen der §§ 433 ff. BGB sind Typen des Schuldvertrages. Damit wird das typisierte Rechtsgeschäft zu einer Art Vorbedingung. Die Privatautonomie braucht diese rechtlichen Grundvoraussetzungen, um verwirklicht zu werden.¹⁵¹ Die Funktion des Rechtsgeschäfts wird dann darin erblickt, den Willen auch in der Rechtswirklichkeit zu realisieren.¹⁵² Inhaltlich baut die herrschende Meinung darauf auf, dass ein Rechtsgeschäft aus mindestens einer Willenserklärung bestehen müsse.¹⁵³ Das Rechtsgeschäft kennzeichnet somit dem Gesamtatbestand.¹⁵⁴ Ob ein Rechtsgeschäft dann vorliegt, bemisst sich nach dem objektiven Recht.¹⁵⁵

2. Der Rechtsbindungswille

Im Begriff des Rechtsgeschäfts nimmt der Rechtsbindungswille – neben dem Spruch der Rechtsordnung – den zentralen Platz ein. In seiner ersten Grundsatzentscheidung hat der Bundesgerichtshof betont, dass eine Gefälligkeit nur dann einen rechtsgeschäftlichen Charakter habe, wenn der Leistende den Willen habe, dass seinem Handeln rechtliche Geltung zukommen solle (...) und der Empfänger die Leistung *in diesem Sinn* entgegengenommen hat.¹⁵⁶

a) Der Begriff des Rechtsbindungswillens

Dabei ist noch nicht einmal klar, welchen Inhalt der Rechtsbindungswille¹⁵⁷ haben soll. Die Problematik wird durch pauschale Gleichsetzungen von Erklärungsbeusstsein und Rechtsbindungswillen geprägt.¹⁵⁸ Der Bundesgerichtshof betont das Wollen und nicht das Wissen, eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung einzugehen.

Als Bezugspunkt des Wollens hat es sich im Wesentlichen durchgesetzt, auf einen wirtschaftlichen Erfolg, nicht auf einen rechtlichen Erfolg abzustellen.¹⁵⁹ Für die Annahme eines Rechtsbindungswillens genügt es also, wenn aus den Umständen folgt, dass ein tatsächlicher bzw. wirtschaftlicher Erfolg angestrebt wird.

151 Singer, S. 6.

152 Leenen, § 4 Rn. 1.

153 Leenen, § 4 Rn. 14 u. 57; Wertensbruch (Fn. 3), § 6 Rn. 1.

154 Soergel-Hefermehl, Vor § 116 Rn. 2

155 Plander, AcP 176, 425 (442 f.).

156 Für den BGH grundlegend: BGH, BGHZ 21, 102 (106 f.).

157 Zur Kritik vgl. Plander, AcP 176, 425 (440 f.).

158 Vgl. die in Fn. 3 Genannten.

159 Palandt-Ellenberger, Einf v § 116 Rn. 4; Soergel-Hefermehl, Vor § 116 Rn. 19.

b) Die Ermittlung des Rechtsbindungswillens

Der Rechtsbindungswille soll auch via §§ 133, 157 BGB ermittelt werden.¹⁶⁰ Darüber hinaus rekurriert die Rechtsprechung auf feste Grundsätze.¹⁶¹ Ob der Wille vorliegt ist nicht nach dem nicht in Erscheinung getretenen inneren Willen des Leistenden zu beurteilen, sondern danach, ob der Leistungsempfänger unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste. Damit wird der Rechtsbindungswille eigentlich zu einem subjektiven Element des Erklärungsempfängers. Gleichwohl wird dies wiederum dadurch relativiert, dass es für den Schluss auf den Rechtsbindungswillens auf einen objektiven Beobachter ankommt. Die Ermittlung erfolgt dann anhand von Indizien im Hinblick auf die Interessenlagen. Vertragliche Bindungen liegen nahe, wenn für den Leistungsempfänger erkennbar wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art betroffen sind und dieser sich auf die Zusage des anderen verlässt. Der Leistende wird bereits dann geschützt, wenn er ein rechtliches oder ein wirtschaftliches Interesse aufweist. Darüber hinaus bedarf die Annahme des Rechtsbindungswillens besonderer Umstände. Gefälligkeiten des täglichen Lebens, Zusagen im gesellschaftlichen Bereich oder ähnliche Vorgänge genügen nicht. Daneben treten als klassische Indizien: Der Wert einer anvertrauten Sache, die und die Gefahrtragung beim Fehlschlagen der Leistung.

c) Die Bedeutung des Rechtsbindungswillens für die Kategorisierungsfunktion des Rechtsgeschäfts

Nicht nur die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Typen, sondern auch der Rechtsbindungswille ermöglicht eine Abgrenzung. Seit jeher werden Verträge und Gefälligkeiten über die Voraussetzung des Rechtsbindungswillens abgegrenzt.¹⁶² Während die Typen des Rechtsgeschäfts die Verbindlichkeit der Erklärung voraussetzen, ermöglicht der Rechtsbindungswille gerade die Klärung dieser Verbindlichkeit. Mit anderen Worten: Der Rechtsbindungswille wird immer dann bemüht, wenn die rechtsgeschäftliche Qualität einer Erklärung herausgearbeitet werden soll.

Daneben besteht allerdings noch eine weitere Gruppe an rechtsverbindlichen Erklärungen. Die rechtsgeschäftsähnliche Handlung setzt gerade keinen Rechts-

160 BGH, WM 1977, 739 (740); zur Auslegung: Staudinger-Singer, Vorbem zu §§ 116 ff. Rn. 29.

161 Zu Nachfolgenden: BGH, BGHZ 21, 102 (106 f.); BGH, NJW 1992, 498 (498); BGH, NJW 2009, 1141 (1142); BGH, NJW 2010, 3087 (3087); BGH, NJW 2012, 3366 (3367).

162 Instrukтив: Soergel-Wolf, Vor § 145 Rn. 83 ff.

bindungswillen voraus, dort treten die Rechtsfolgen kraft Gesetz ein. Die Erklärung bei diesen benötigt keinen Mittler zwischen Handelndem und Rechtsordnung. Der BGH betont die Nähe, da sie gewöhnlich im Bewusstsein der eintretenden Rechtsfolgen und oft sogar in der Absicht, sie hervorzurufen, vorgenommen werden.¹⁶³ So gesehen, trägt daher die Irrelevanz des Rechtsbindungswillens zur Abgrenzung bei.

d) Die objektive und die subjektive Theorie des Rechtsbindungswillens

Hepting erblickt gerade in der Feststellung über objektive Kriterien die Unverbindlichkeit des subjektiven Willens. Er postuliert die Notwendigkeit der Bewertung durch das Recht.¹⁶⁴ Die Willensindizien seien in Wahrheit nur Aspekte des Vertrauensschutzes. In der Tat ist der Unterschied beachtlich. Für die Rechtsprechung kommt es nicht darauf an, ob ein subjektiver Wille überwunden werden muss, bereits das „ob“ des Rechtsbindungswillens wird auf der Grundlage objektiver Kriterien ermittelt.

Führt man das Abstellen auf die objektive Theorie auf die Zunahme des schützenswertes Interesses des mit der Erklärung Konfrontierten zurück, so muss in jedem Fall das gleiche Schutzinteresse bestehen. Stellt man allein auf den Konfrontierten ab, so liegt es nahe, dass dieser Ansatz scheitern muss. Die Nähe zum Erklärungsbewusstsein würde eigentlich eine Rechtsbindungsfahrlässigkeit fordern, nur so wäre ein Interessengleichklang gewährleistet.

Abzustellen ist jedoch auf die Bewertung durch die Rechtsordnung. Dabei geht es weniger um ein künstliches (Allgemein)Interesse der Rechtsordnung an der Bewertung als vielmehr um die durch die objektive Theorie herbeigeführte Rechtssicherheit im Bezug auf die rechtliche Bewertung hinsichtlich der Verbindlichkeit und – das ist das entscheidende – um die Rechtsverbindlichkeit hinsichtlich aller rechtlichen Folgebewertungen. Der Rechtsbindungswille hat die Funktion, die Verbindung zwischen Rechtsordnung und Erklärung herzustellen. Anders als bei der Willenserklärung, bei der die Erklärung den Willen zur Geltung bringt,¹⁶⁵ kommt es nach der Konzeption bei der des BGB darauf an, eine „subjektive“ Verbindung

163 BGH, BGHZ 106, 163 (166).

164 *Hepting*, 209 (232).

165 Das ist eine wichtige Akzentuierung durch die sog. Geltungstheorie, nach der die Erklärung mehr als ein Beweiszeichen und ein Akt sozialer Kommunikation ist, vgl. *Larenz*, S. 334; wie *Werba*, S. 27 zu Recht ausführt, leistet die Geltungstheorie jedoch strukturell keinen weiteren Beitrag für die Willenserklärung, der nicht schon in den Erklärungs- oder Willenstheorien angelegt wären; vgl. auch Fn. 1.

mit der Rechtsordnung herzustellen. Dieses Rudiment der subjektiven Theorie wurde allerdings aus der subjektiven Fassung herausgenommen und wegen der Bewertung durch die Rechtsordnung verobjektiviert.

Gleichwohl gibt es keine rein objektive Theorie des Rechtsbindungswillens. Das wird deutlich bei der rechtlichen Behandlung des Testierwillens. Typischerweise wird über diese Figur der Entwurf von einem unverbindlichen Testament abgegrenzt (§ 2247 Abs. 3 BGB).¹⁶⁶ Gemeinhin konstituiert sich dieser aus dem Bewusstsein des Erblassers, seine Äußerung sei eine rechtsverbindliche Äußerung des letzten Willens und dem Willen, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten.¹⁶⁷ Ihn mit dem Erklärungsbewusstsein gleichzusetzen,¹⁶⁸ versagt, wenn man mit der herrschenden Meinung das Bewusstsein, dass die Erklärung als Testament aufgefasst werden könne, nicht ausreichen lässt.¹⁶⁹ Insofern liegt die Parallele zum Geschäftswillen näher.

Das deckt sich wiederum mit der Annahme, dass wegen der alleinigen Geltung des § 133 BGB der subjektive Tatbestand der Willenserklärung entscheidend ist. Da zudem § 133 BGB auch auf die Ermittlung des Rechtsgeschäfts anzuwenden ist, liegt es nahe, die Prüfung von Geschäftswillen und Rechtsbindungswillen bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung gleichlaufen und den Besonderheiten des § 2247 Abs. 3 BGB Rechnung tragen zu lassen. In diesem Fall stellt der subjektive Wille ohne Probleme die Verbindung zur Rechtsordnung her.

3. Zwischenergebnis

Das Rechtsgeschäft hat heute in erster Linie eine kategorisierende und damit abgrenzende Funktion. Es dient dazu, für die rechtliche Bewertung die Fälle auszuscheiden, die dieser nicht zugänglich sein sollen. Im Zusammenhang mit den Gefälligkeiten resümierte *Flume*, dass die Rechtsordnung für Bindungen jenseits der rechtlichen nicht zur Verfügung stehe.¹⁷⁰ Die dafür notwendige rechtsgeschäftliche Qualität wird durch den Rechtsbindungswillen vermittelt. Fehlt er kommt allenfalls eine rechtliche Bewertung nach den Grundsätzen über die rechtsgeschäftsähnliche Handlung in Betracht.

166 *Stumpf*, S. 45; *PWW-Avenarius*, § 2247 Rn. 20.

167 *Staudinger-Baumann* § 2247, Rn. 17.

168 So aber *Stumpf*, S. 45.

169 *Staudinger-Baumann* § 2247 Rn. 19 mwN.

170 *Flume*, S. 87.

Im Ausgangspunkt folgt auch der Rechtsbindungswille subjektiven Faktoren. Nur in diesem Fall kann es überhaupt zu qualitativen Überschneidungen von Rechtsbindungswille, Geschäftswille und Erklärungsbewusstsein kommen. Nimmt die Relevanz des Verkehrsschutzes zu, verobjektiviert sich der Wille. Seine Ermittlung folgt dann nicht den Grundsätzen des Erklärungsbewusstseins, sondern ist der Ermittlung des objektiven Empfängerhorizonts angenähert. Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille müssen sich daher qualitativ unterscheiden.

Stellt man nun auf einen objektiven Kern der Ermittlung des Willens ab, bedeutet das nichts anderes, als dass die Bezeichnung als Wille nunmehr trägt. Die Ermittlung des Rechtsbindungswillens ist der Ermittlung des Erklärungsbewusstseins und des Geschäftswillens entrückt. Man könnte auch einfach von der erkennbaren Rechtsverbindlichkeit der Erklärung sprechen. Nur würde dies den historischen Konnex und Kontext auflösen. Unwillentliche Erklärung wirken im deutschen Privatrecht wie Fremdkörper. Da zudem eine subjektive Facette bei der nicht empfangsbedürftigen Erklärung besteht, entspricht es zu Recht der herrschenden Meinung am Rechtsbindungswillen festzuhalten.

VI. Die Auflösung des Widerspruchs

Die Darstellung bis hierhin entspricht im Wesentlichen der herrschenden Meinung. Das Erklärungsbewusstsein und der Geschäftswille sind der Willenserklärung, der Rechtsbindungswille der Feststellung der rechtsgeschäftlichen Qualität zuzuordnen. Wie sich diese Willenselemente zueinander verhalten und worin sie sich unterscheiden, ist damit noch nicht gesagt.

1. Der ausgemachte Widerspruch

Zunächst erscheint vieles widersprüchlich: Geht man von der rechtlichen Bewertung durch §§ 133, 157, 242 BGB aus, so verlaufen die Prüfungen der rechtsgeschäftlichen Qualität und des Inhalts der Willenserklärung parallel. Mit der Zunahme der Bedeutung des Verkehrsschutzes nimmt der objektive Erklärungsinhalt den Platz des subjektiven Willens ein. Allein die Frage des „ob“ der Willenserklärung, welche ebenfalls via §§ 133, 157, 242 BGB zu ermitteln ist, geht stets vom subjektiven Willen aus und muss diesen überwinden.

In beiden Konstellationen soll eigentlich das Gleiche erreicht werden, die Selbstbestimmung soll gewahrt und der Rechtsverkehr soll geschützt werden. Die Problemstellung verläuft eigentlich parallel.¹⁷¹ Dogmatisch macht es jedoch einen Unterschied, ob das Fehlen eines Willens überwunden wird oder der Wille trotzdem festgestellt wird. Dieser Unterschied wird besonders an der Figur der Erklärungsfahrlässigkeit deutlich. Die Annahme der rechtsgeschäftlichen Qualität und die Ermittlung des Inhalts der Willenserklärung kommen ohne diese Figur aus: Handelte der Erklärende nicht fahrlässig, so liegt trotz bestimmten Inhalts und Rechtsbindungswille keine Willenserklärung vor. Die Figur der Auslegungssorgfalt mag vielleicht zu vergleichbaren Lösungen führen. Die prägnanten Fälle laufen trotzdem auseinander – von den dogmatischen Unterschieden ganz zu schweigen.

171 So Hepting, FS Köln, 209 (229).

2. Windscheids Lösung

Windscheid hat die Diskrepanz von Interpretation und Ermittlung der Willenserklärung selbst vor Inkrafttreten des BGB ausdrücklich vertreten. „Jeder Contractant hat ein Recht auf die Erklärung des anderen Contractanten in demjenigen Sinn, in welchen er sie auffassen musste.“¹⁷² Auf den Vorwurf der Inkonsequenz hin, löste *Windscheid* diesen Widerspruch dahingehend auf, ihn in das System des Vertrags einzustellen. Jeder Erklärungsempfänger habe zwar ein Recht darauf, das seiner Zustimmung das zugrunde gelegt werde, was er verstanden habe. Damit sei aber noch kein Recht erworben, dass die Erklärung auch so ausgeführt werde. Was für den Erklärenden gelte, sei damit nicht gesagt. Habe dieser sich über einen wesentliche Punkt geirrt, bestehe ein Dissens. Der Vertrag sei nichtig.¹⁷³

Diese Ausführungen haben auch noch heute ihre Relevanz, wenn bei den Vertragsparteien unterschiedliche Erklärungshorizonte bestehen. Das – kontroverse – Schulbeispiel ist der „Staatsanwaltsfall“; ein reuiger Staatsanwalt legt eine geklaute, preislich nicht mehr aktuelle Speisekarte zurück, ein Gast bestellt auf Grundlage dieser eine Speise.¹⁷⁴ Das heutige Verständnis hat *Windscheid* jedoch überholt. Der Irrtum tritt in den Hintergrund. Wie der Empfänger die Erklärung auffassen musste, tritt in den Vordergrund. Der Kern von *Windscheids* subjektiver Theorie ist daher konsequent, es kommt mangels Willenserklärung nicht zur Einigung. Eine fehlende Einigung ist bei Irrtümern aber keine zwingende Konsequenz, sondern eine Frage der Definition und Auslegung der Zustimmungserklärung¹⁷⁵ geworden. Erst hierauf folgt dann die mögliche Anfechtung wegen Irrtums über die Rechtserheblichkeit der Äußerung.

3. Der funktionale Ansatz

Wird das Problem als solches erkannt, ordnet man den Rechtsbindungswillen und das Erklärungsbewusstsein unterschiedlichen Problembereichen zu, die aus einem Verhalten resultieren. Nach *Schwab* soll es beim Erklärungsbewusstsein darum gehen, ob eine Willenserklärung vorliege, beim Rechtsbindungswillen darum, ob das Verhalten den Rückschluss auf einen Rechtsbindungswillen ermögliche.¹⁷⁶

172 *Windscheid*, AcP 63, 72 (106).

173 *Windscheid*, AcP 63, 72 (106).

174 *Medicus*, Rn. 324.

175 Hierzu: *Wolf/Neuner*, § 38 Rn. 6 u. 68; zum Annahmegriff: *Medicus*, Rn. 381.

176 *Schwab*, Iurratio 2010, 73 (75).

Ausdrücklich oder stillschweigend geht die herrschende Literatur diesen Ansatz dahingehend weiter, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille dem subjektiven, den Rechtsbindungswillen dem objektiven Tatbestand einer Willenserklärung zuzuordnen.¹⁷⁷ Dieser Ansatz hat seine Berechtigung in seiner Funktionalität und Zweckmäßigkeit. Er vereint die Begriffe. Der Ansatz kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Suche nach einem objektiven Verhaltens, das den Rückschluss auf einen Rechtsbindungswillen zulässt, nur in letzter Konsequenz nicht aber von der Definitionsfassung die Suche nach einem Rechtsbindungswillens ist. Derselbe hermeneutische Vorgang wird dann von dem Willen entfernt bzw. strukturell ausgelagert. Das setzt sich zur Rechtsprechung in einer nicht offen ausgesprochene Spannungslage. An der Figur des Rechtsbindungswillens festhaltend betont die Rechtsprechung nämlich, dass es auf den Willen ... ankomme, dass sein Verhalten rechtsgeschäftlichen Charakter habe.¹⁷⁸

Der richtige Kern dieser Ansicht liegt im objektiven Tatbestand der Willenserklärung begründet. Die Erklärung muss auf den Willen Rückschluss geben. Das ist aber der subjektive Tatbestand der Willenserklärung. Bezeichnet werden also vielmehr Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille.¹⁷⁹ Gleichwohl ist der objektive Tatbestand für den Rechtsbindungswillen deshalb von Relevanz, weil er ebenfalls die Erklärungshandlung für das Rechtsgeschäft aufzeigt.

4. Der Rechtsbindungswille als latenter Wille

*Neuner*¹⁸⁰ ist der Gleichsetzung von Rechtsbindungswille und Erklärungsbewusstsein argumentativ entgegengetreten. Ausgehend von der objektiven Ermittlung nehme man am Rechtsverkehr schon teil, obwohl man sich subjektiv nicht binden wolle. Gerade bei Internetauktionen fehle regelmäßig der Wille zur Rechtsbindung zu niedrigen Preisen, trotzdem habe der Anbieter einen Rechtsbindungswille.

Neu ist an seiner Konzeption der Bezug auf den Rechtsverkehr und die Abstraktionshöhe des Rechtsbindungswillens. Die Entscheidung zur Rechtsbindung ist laut *Neuner* viel früher gefallen. Wer wolle, dass sich Dritte auf eine bewusst geäußerte Verpflichtungserklärung hin rechtlich binden, dürfe die Verbindlichkeit der

177 Staudinger-Singer, Vorbem zu §§ 116 ff. Rn. 29.

178 BGH, BGHZ 21, 102 (106 f.); auch die neuere Judikatur legen es nahe, dass der BGH zwischen dem tatsächlichen Verhalten einerseits und dem Rechtsbindungswillen andererseits unterscheidet: BGH, NJW 2010, 2873. (2875).

179 Zu diesem Problem siehe: III. 3.

180 *Neuner*, JuS 2007, 881 (886).

eigenen Erklärung nicht selbst zur Disposition stellen. Anderenfalls würde die Idee der Privatautonomie ad absurdum geführt werden.

Legt man die Konzeption zugrunde führt diese zum Wesen des Rechtsgeschäfts über. Das Rechtsgeschäft wird zum Spruch der Rechtsordnung über die Erklärung. Die abstrakt generelle Bewertung durch Normen aktualisiert sich auch nicht durch einen aktuellen Willen, sondern wird von der Existenz des Rechts vorausgesetzt.¹⁸¹ Damit ist zum einen die Bezeichnung, ja Begründung des Rechtsbindungswillens als Willen erklärt und zum anderen das latente Wesen des Rechtsbindungswillens eingefangen.

5. Die Bezugspunkte von Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille

Auf der anderen Seite lässt sich auch das Erklärungsbewusstsein emanzipieren. Ein erster Schritt einer Erklärung liegt in der Bedeutung der subjektiven Theorie für den Willenserklärungsbegriff. Die Lösung ergibt sich aus dem Unterschied zwischen dem Erklärten und dem zu Erklärenden, also zwischen dem Zeitpunkt vor der Erklärung und nach der Erklärung. Führt man den Begriff der Willenserklärung auf die Äußerung eines auf einen Rechtserfolg gerichteten Willens zurück, so zeigt sich hier der Ablauf deutlich. Dem Willen folgt die Erklärung. Während man noch darüber streiten mag, ob es um den Rechtsfolge- oder den Rechtsbindungswillen¹⁸² geht, so ist die dogmatische Einteilung dieses Vorgangs weitgehend unumstritten. Die Erklärung setzt den Willen in Geltung.¹⁸³

Damit wird die Willenserklärung zur bindenden Widergabe des vorher herausgebildeten Willens. Für das Erklärungsbewusstsein kann es daher nur auf den subjektiven Willen ankommen. Da die Erklärung vom Willen getragen sein muss, muss der subjektive Tatbestand vor der Erklärung gebildet sein – wenn auch nur in der juristischen Sekunde davor. Solange wie die Erklärung noch nicht vorhanden ist, gibt es keinen Grund der Erklärungstheorie zu folgen. Niemand kann in diesem Moment ein Vertrauen auf den Inhalt der zukünftigen Erklärung herausbilden.

Als Grundfundament des Rechtsbindungswillens ist wegen seiner Funktion, die Erklärung mit der Rechtsordnung zu verbinden, eben diese Erklärung maßgeblich. Der wirkliche Wille ist deshalb irrelevant, weil mit der Erklärung nunmehr eine neue und auch eigenständige Grundlage geschaffen wurde. So gesehen hat die

181 Krüper-Funke, § 2 Rn. 14 ff.

182 Hierzu: III. 2 b) und g).

183 Wolf/Neuner, § 30 Rn. 6; Bork, Rn. 585.

Erklärung eine dogmatische Zäsurwirkung. Mit der Erklärung fußen die Argumente der Erklärungstheorie. Da erst mit der Erklärung die Bewertung einsetzt, erklärt sich hieraus auch, warum das objektive Element ein Bestandteil der Begriffsfassung ist. Der mit der Abgabe der Erklärung verbundene Paradigmenwechsel dokumentiert sich auch am sog. Abgabewillen. Die Rechtsordnung schützt jeden Erklärenden vor dem unbewussten Inverkehrbringen durch dieses Erfordernis.

Daraus folgt wiederum, dass ein vor Erklärung vorhandenes Erklärungsbewusstsein nur überwunden werden muss, während der Rechtsbindungswille der Erklärung selbst entspringt. Es gibt vor der Erklärung keinen Rechtsbindungswillen im Rechtssinne. Ohne das objektive Element muss noch nichts mit der Rechtsordnung verbunden werden. Trotz der Anwendbarkeit der §§ 133 157, 242 BGB verlaufen daher die Prüfungen nicht parallel. § 133 BGB schließt diese Annahme bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen aus.¹⁸⁴ Auch in dieser Konstellation liegt bereits eine Erklärung als Fundament des Rechtsbindungswillens vor, dieser ist nur nach dem wirklichen Willen zu ermitteln. Ohnehin gibt es dann keinen Grund, den Rechtsbindungswillen nicht subjektiv zu ermitteln.

6. Die Anforderungen an Rechtsgeschäft und Willenserklärung vor dem Hintergrund ihrer Dogmatik

Aus dieser Weichenstellung lässt sich auch erklären, warum die Erklärungsfahrlässigkeit erforderlich ist. Dieses Kriterium ist nichts anderes als ein Substitut für den nicht vorhandenen Willen des Erklärenden. Da dieser wirkliche Wille beim Rechtsbindungswillen nicht erforderlich war, kann die Fahrlässigkeit auch für den Rechtsbindungswillen keine Bedeutung haben. Hier entscheiden Empfängerhorizont und Auslegungssorgfalt.

Die Verwandtschaft von Fahrlässigkeit und Wille ist nicht auf den ersten Blick zu erkennen. Beide Elemente werden jedoch auf einer höheren Abstraktionsstufe zusammengeführt: Das zu Erklärende muss subjektive Elemente aufweisen. Vor der Erklärung kann dieser Wille nur subjektiv sein. Das Bundesverfassungsgericht und die überwiegende Literatur entwerfen den Begriff auf die Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben bzw. als *eigenbestimmte* Gestaltung der Rechtsverhältnisse.¹⁸⁵ Die Rede ist auch vom Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse.

184 Hierzu: IV 5.

185 BVerfG, BVerfGE 8, 274 (328); BVerfG, BVerfGE 72, 155 (170); Köhler (Fn. 22), § 5 Rn. 1; Rütters/Stadler (Fn. 3) § 3 Rn. 2.

nisse durch den Einzelnen nach seinem Willen.¹⁸⁶ Teilweise wird aber auch die Selbstverantwortung eigens hervorgehoben.¹⁸⁷ Nur dann, wenn es ein subjektives Element im Komplex von Rechtsgeschäft und Willenserklärung gibt, kann noch von einem eigenbestimmten Verhalten die Rede sein. Diese Funktion übernimmt die Abgabefahrlässigkeit.

Vor dem Hintergrund der grundrechtlichen Verbürgung¹⁸⁸ der Privatautonomie in Art. 2 Abs. 1 GG kann man die Rechtsprechung des BGH zum Überwinden des Erklärungsbewusstseins fast wie eine Grundrechtsprüfung lesen. Im Grundsatz geht es um den subjektiven Willen, dieser wird eingeschränkt durch die Interessen und Rechte des anderen Teils und die Auflösung dieses Schrankenkonflikts resultiert aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die anders verlaufenden Prüfungen der Inhaltsermittlung und des Rechtsbindungswillens stellen kein weitergehendes Problem für die Privatautonomie dar. Ohne Existenz einer Willenserklärung kann auch kein weitergehender Inhalt ermittelt werden und der Rechtsbindungswille vermittelt nur den Kontakt des Erklärten zu Rechtsordnung. Die nachfolgende Prüfung der konkreten Verbindlichkeit ist wiederum eine Frage der Existenz einer Willenserklärung.

An dieser Stelle wird dann auch die Erkenntnis wichtig, dass die Urform die nicht-empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Durch die Beibehaltung des inneren Willens, findet keine Umformung statt und die Dogmatik der Willenserklärung bleibt gleich. Da es um die Existenz einer Willenserklärung geht, ist es nicht widersprüchlich über die §§ 133, 157 BGB eine andere Dogmatik der Interpretation einzuführen.¹⁸⁹

7. Zwischenergebnis

In der juristischen Sekunde vor der Erklärung liegt ein interner Versuch der Gestaltung der Rechtslage vor. Dieser Zeitpunkt bestimmt das Erklärungsbewusstsein. Erst die folgende Erklärung kann das Fehlen des Erklärungsbewusstseins aus Verkehrsschutzgründen kompensieren. Anders ist dies beim Rechtsbindungswillens. Dort geht es nicht um die Gestaltung der rechtlichen Bindung, sondern um die Verknüpfung des Erklärten mit den Rechtsfolgen der Rechtsordnung. Daher kann der

186 BVerfG, BVerfGE 72, 155 (170).

187 Köhler, § 5 Rn. 1.

188 hierzu auch Schack, Rn. 398.

189 Hierzu: Bork, Rn. 581.

Verkehrsschutz schon strukturell in den Willen einfließen. Der hier entscheidende innere Wille ist ein latenter Wille.

VII. Darstellung des Systems der Rechtsgeschäftslehre

Von dieser Erklärung ausgehend, kann nun ein stringentes System der Rechtsgeschäftslehre entworfen werden. Durch die Emanzipierung des subjektiven Tatbestands der Willenserklärung vom Rechtsbindungswillen lassen sich auch die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung in ein dogmatisch differenziertes Verhältnis rücken.

1. Rechtsgeschäft und Willenserklärung als Elemente einer privatautonomen Bindung

Nicht nur die Willenserklärung, auch das Rechtsgeschäft wird immer wieder der Wertentscheidung des Gesetzgebers zugunsten der Privatautonomie zugeordnet.¹⁹⁰ Der Begriff des Rechtsgeschäfts verknüpft privatautonome Steuerung und Rechtsordnung. Während die Willenserklärung nur auf das Hervorrufen von Rechtsfolgen gerichtet ist, löst die Erfüllung aller Voraussetzungen des rechtsgeschäftlichen Typus die Wirksamkeit qua rechtliche Zulassung aus. In Anschluss an *Flume* lässt sich sagen, dass die Privatautonomie die Rechtsordnung als Korrelat erfordert. Die privatautonome Gestaltung wird durch die Rechtsordnung bestimmt.¹⁹¹ Dieses Wechselspiel kommt in den Begriffen Willenserklärung und Rechtsgeschäft dann gut zum Ausdruck: Während die Willenserklärung als Ausdruck der Privatautonomie wirkt, stellt die Annahme eines Rechtsgeschäfts die Erwidern der Rechtsordnung auf die Erklärung dar. Ausgangspunkt dieser Bewertungen ist der Erklärungstatbestand. Damit kann es einerseits keine Privatautonomie ohne Rechtsgeschäfte, andererseits keine Rechtsgeschäfte ohne in die Außenwelt getretene Handlungen geben.

Davon ausgehend entspinnt sich eine komplexe Interaktion. Das Vorliegen einer Willenserklärung hängt vom subjektiven und objektiven Tatbestand ab. Die Inhaltsermittlung nach § 133, 157 BGB hängt davon ab, dass die Rechtsordnung

¹⁹⁰ *Wolf/Neuner*, § 9 Rn. 23; *Köhler*, Rn. 5.

¹⁹¹ *Flume*, S. 2.

die Willenserklärung anerkennt und der Bewertung durch die §§ 133, 157 BGB unterstellt.

Man könnte dem entgegenhalten, dass auch die Ermittlung des Rechtsbindungswillens nach §§ 133, 157 BGB erfolgt. Das freilich ist nur systemgerecht, weil der Wille durch sich selbst den Kontakt vermittelt. Umgekehrt wäre dieser Prozess also nicht denkbar oder gar möglich. Die Erklärung muss also auch einen rechtsgeschäftlichen Charakter haben. Akzentuiert man diese Differenzierung, so erscheint es plausibel, warum die herrschende Lehre die Differenzierung der Rechtsprechung vereinfacht und den Rechtsbindungswillen in den objektiven Tatbestand der Willenserklärung verlagert. Die dogmatische Struktur ist jedoch eine andere.

2. Lösung über unterschiedliche Begriffszuordnungen

Die aufgezeigte Komplexität birgt eine enormes Sprengpotenzial für die traditionelle Annahme ein Rechtsgeschäft bestehe aus mindestens einer Willenserklärung.¹⁹²

a) Der nicht mehr zutreffende Kern der herrschenden Meinung

Auch in den Motiven zum BGB findet sich eine bemerkenswerte Stelle: *„Unter Willenserklärung wird die rechtsgeschäftliche Willenserklärung verstanden. Die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind der Regel nach als gleichbedeutend gebraucht. Das erste ist namentlich da gewählt, wo die Willensäußerung als solche im Vordergrund steht oder wo zugleich der Fall getroffen werden soll, dass eine Willenserklärung nur als Bestandteil eines rechtsgeschäftlichen Tatbestands in Frage kommt.“*¹⁹³

Bei näherer Betrachtung lässt sich dieser Gedanke sogar gegen die herrschende Meinung anführen. Will man dem Gesetzgeber keinen Hang zur Tautologie unterstellen, muss man die Definition des Rechtsgeschäfts aufschlüsseln. Die Formulierung „Privatrechtswillenserklärung, die auf das Hervorbringen eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist“ legt es nahe, das Ziel einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen als ein weiteres und eigenständiges Definitionsmerkmal des Rechtsgeschäfts zu ver-

192 Soergel-Hefermehl, Vor § 116 Rn. 2; PWW-Abrens, Vor §§ 116ff Rn. 3 f.; Köhler, § 5 Rn. 5; Erman-A. Arnold, Vor § 116 Rn. 1.

193 Mudgan, S. 421 (alt-deutsche Schreibweise durch den Verfasser entfernt).

stehen. Zudem setzen die Materialien gerade den Kontext der Willenserklärung beim Rechtsgeschäft voraus.

Die hier sog. Tatbestandslösung der herrschenden Meinung hat bereits *Manigk*¹⁹⁴ kritisiert, indem er der Lehre vorwarf, die Rechtswirklichkeit nicht zu prüfen. So führte er an, dass der gesamte dritte Teil von Rechtsgeschäften handle, aber nur der zweite Titel mit Willenserklärung überschrieben sei. Das lege nahe, das Rechtsgeschäft als Oberbegriff aufzufassen und die Willenserklärung als Spezialtatbestand. Dies deute darauf hin, dass es Rechtsgeschäfte ohne Willenserklärungen gäbe. Hinter diesem Argument steht ersichtlich die Emanzipation der Willensbetätigung gegenüber dem Rechtsgeschäft. Soweit muss man aber gar nicht gehen. Dieser Gedankengang kann nämlich auch kategorisierend geführt werden. Man kann die Systematik des BGB so verstehen, dass bei Vorliegen der rechtsgeschäftlichen Qualität der Begriff der Willenserklärung überprüft werden kann.

b) Das Verhältnis von Willenserklärung und Rechtsgeschäft

Eine populäre Einteilung besagt: Rechtsgeschäfte dienen dazu, Privatrechtsfolgen kraft Willens herbeizuführen, Willenserklärungen dienen dazu, diese Rechtsgeschäfte zu schaffen.¹⁹⁵

Leenen hat auf der Grundlage dieser Formel der Koppelung der Begriffe widersprochen. Die Unwirksamkeit einer Willenserklärung erübrige die Frage nach der Wirksamkeit des Vertrags und die Wirksamkeit der Willenserklärung sage nichts darüber aus, ob der Vertrag als ganzer wirksam sei. Die Begriffe seien schon deshalb nicht austauschbar, weil sie sich in Voraussetzungen und Wirkungen unterscheiden. Eine Willenserklärung sei darauf gerichtet, den Tatbestand eines Rechtsgeschäfts zu begründen. Damit sei aber über den Eintritt der Wirkungen dieses Rechtsgeschäfts noch nichts gesagt. Umgekehrt seien die Kriterien der Willenserklärung nicht auch bei der Bewertung des Rechtsgeschäfts heranzuziehen.¹⁹⁶

Diese starke Trennung der rechtlichen Bewertung ist extrem, trifft aber im Grundsatz zu. Rechtsgeschäft und Willenserklärung hängen voneinander ab, ohne einander zu entsprechen. Sie stehen nicht in einem logisch-kombinatorischen Zusammenhang, sondern in einem normativ-faktischen Bedingungs-zusammenhang. Man kann das rechtliche Scheitern der Erklärung sowohl aus der Warte des

194 *Manigk*, das rechtswirksame Verhalten, 116 ff.

195 *Leenen*, § 4 Rn. 1, *Medicus*, Rn. 175: „Die Willenserklärung ist das Mittel des Rechtsgeschäfts, dieses ist das Mittel der Privatautonomie.“

196 *Leenen*, FS Canaris 699 (706).

Rechtsgeschäfts als auch aus der Warte der Willenserklärung betrachten. Fehlen Willenserklärungen, so fehlen Bewertungsfaktoren für die Rechtsgeschäfte. Die Rechtsordnung hat schon keinen Bewertungsgegenstand. Damit ist die Aussage der herrschenden Meinung dahingehend zu präzisieren, dass das Fehlen einer Willenserklärung die Bewertung als Rechtsgeschäft unmöglich macht.

c) Hybride

Dieser Zusammenhang führt aber zu einer stärkeren Trennung der Begriffe Willenserklärung – Rechtsgeschäft und Rechtsbindungswille – Erklärungsbewusstsein. Die klare Zuordnung des einen Begriffs zum Rechtsgeschäft und des anderen zur Willenserklärung, würde überspielen, indes dass es heute hybride Begriffsfassungen gibt. Der klassische Fall ist der Antrag bzw. das Angebot i.S.d. §§ 145 ff. BGB. Dieses wird definiert als empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die jemand einem anderen in verbindlicher und annahmefähiger Weise den Abschluss eines Vertrages vorschlägt.¹⁹⁷ Das Angebot wird vom Rechtsbindungswillen getragen. An dieser Stelle nimmt nämlich die herrschende Meinung die Abgrenzung zur Signalisierung der Vertragsbereitschaft vor.¹⁹⁸ Das Erfordernis wurzelt in der Struktur des Angebots. Es ist grundsätzlich bindend. Das Angebot ist zudem kein eigenes Rechtsgeschäft, sondern nur Teil des Rechtsgeschäfts „Vertrag“.¹⁹⁹ Auf der anderen Seite ist der Bindungswille offenbar kein notwendiges Kriterium, da die bindende Wirkung nach § 145 HS. 2 BGB ausgeschlossen werden kann. Bei der dinglichen Einigung entspricht es auch der heute herrschenden Ansicht, dass diese grundsätzlich zurückgezogen werden kann.²⁰⁰

3. Der Irrtum über die rechtsgeschäftliche Qualität der Erklärung

Diese Feststellungen führen zu einem weiteren Punkt. Der neuralgische Punkt der rechtsgeschäftlichen Paradoxie ist der Irrtum des Erklärenden über die rechtsgeschäftliche Qualität: der Erklärende geht von einer Gefälligkeit aus, aus den objektiven Indizien folgt jedoch die Annahme eines Rechtsbindungswillens. Hier zeigt sich das Problem in seiner Gänze. Da man über die Annahme des Rechtsbindungswillens operiert, scheint ein Willensmangel von vornherein ausscheiden. Trennt

197 Staudinger-Bork, § 145 Rn. 1; vgl. auch BGH, BGHZ 160, 393 (396).

198 MünchKomm-Busche, § 145 Rn. 7; Staudinger-Bork, § 145 Rn. 2 f.

199 Flume, S. 635.

200 Palandt-Bassenge, § 929 Rn. 9 mwN.

man hingegen begrifflich Rechtsgeschäft und Willenserklärung, Erklärungsbe-
wusstsein und Rechtsbindungswille, betont man die unterschiedliche Funktion, ist
es möglich, jenseits des rechtsgeschäftlichen Charakters § 119 Abs. 1 BGB anzu-
wenden. Die Norm stellt allein auf die Willenserklärung ab und gewährt ein
Anfechtungsrecht, wenn bei der Abgabe ein Irrtum über den Inhalt vorlag oder der
Erklärende eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte. Der Rechtsbin-
dungswille spielt hier keine Rolle.

Der Bundesgerichtshof hat dieses Problem in der Bürgschaftsentscheidung
Mitte der Achtziger Jahre akzentuiert. Das Gericht betonte, eine „Erklärung dieses
Inhalts“ habe nicht nur der nicht abgeben wollen, wer sich einen anderen rechts-
geschäftlichen Inhalt vorgestellt habe, sondern auch der, der keine rechtsgeschäft-
liche Erklärung hatte abgeben wolle.²⁰¹ Das Gericht ging damit nicht auf den Inhalt
der Erklärung ein, sondern setzt das fehlende Erklärungsbewusstsein einem Erklä-
rungsirrtum gleich.²⁰²

Dadurch, dass der fehlende Willensmangel beim Rechtsgeschäftswillen auf der
Ebene der Willenserklärung via fehlendem Erklärungsbewusstsein gelöst wird,
wird die bereits angedeutete Komplexität der Rechtsgeschäftslehre deutlicher.
Durch die Beseitigung der Willenserklärung fehlt es nun an einem Vertrag und die
Rechtsordnung kann keine rechtsgeschäftliche Qualität annehmen. Ein nichtiges
Rechtsgeschäft liegt vor.

4. Die Kontextualisierung anhand der Rechtsprechung

Der vorliegende Beitrag wurde mit dem Ansatz eingeleitet, die Rechtsgeschäftslehre
der heute herrschenden Meinung entsprechend zu aktualisieren. Die Eckpunkt die-
ser Arbeit sind die Trennung von Erklärungsbewusstsein und Rechtsbindungswille
sowie die Emanzipation von Willenserklärung und Rechtsgeschäft. Dieses Konzept
kann in den Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
gesetzt werden. In der oben genannten Bürgschaftsentscheidung aus dem Jahr 1984
deutete der BGH die Parallelität der Probleme, zugleich aber auch eine Wesensver-
schiedenheit an. Das Gericht begründete gerade keine unmittelbare Traditionslinie
zu seiner Rechtsprechung zu Gefälligkeiten. Das Gericht positionierte sich zu
einem „Gefälligkeitshandlungen betreffende[n] Urteil“.²⁰³ Darüber hinaus verwen-

201 BGH, BGHZ 91, 324 (329).

202 So auch: NK-Feuerborn, Vor § 116–144 Rn. 7.

203 BGH, BGHZ 91, 324 (328).

det das Gericht bis heute Unter-Obersätze, die sich das hier vertretene Konzept einfügen.

Die meisten Probleme wirft die Ausführung in der Rechtsprechung auf, „*trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins (Rechtsbindungswillens, Geschäftswillens) liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte.*“²⁰⁴ Anzumerken ist zunächst, dass diese Rechtsprechungsvorgabe nicht statisch tradiert wird.²⁰⁵ Darüber hinaus lässt sich diese Festsetzung in zweierlei Hinsicht interpretieren. Einerseits ließe sich darin vor dem Hintergrund der Begriffsverwirrungen ein Schritt hin zu denjenigen erblicken, die die genannten Begriffe synonym verstehen. Eine weitere Sichtweise könnte Pragmatismus attestieren. Das wäre dogmatisch misslich, aber praktisch verzeihlich: Wenn eine Erklärung den strengen Anforderungen an die Überwindung des Erklärungsbewusstseins genügt, dann ist der Rechtsbindungswille auch gegeben. Vor dem Hintergrund der seit langem betriebenen Trennung von Erklärungsbewusstsein und Geschäftswillen muss man annehmen, dass der BGH die letzte Konsequenz bei Vorliegen der Erklärungsfahrlässigkeit beschrieben hat. Auf den Geschäftswillen kommt es – Fahrlässigkeit hin oder her – nicht an. In der Regel nutzt die Rechtsprechung diese Ausführung im Rahmen der Interpretation konkludenten Handelns. Daher stehen sowohl Rechtsbindungswille als auch Erklärungsbewusstsein in Frage. Aus diesem Gesichtspunkt lässt sich die Verkürzung erklären und ins Gesamtbild der ansonsten trennenden Rechtsprechung einfügen. Dass der BGH die Willenserklärung mit dem Rechtsbindungswillen verknüpft, spricht nicht gegen das hier gefundene Ergebnis. Ein Rechtsbindungswille ermöglicht erst, nach §§ 133, 157 BGB eine Willenserklärung festzustellen.

204 Die hier angeführte Klammerstellung von Rechtsbindungs- und Geschäftswille geht auf die älteren Urteile des BGH zurück: BGH, BGHZ 91, 324; BGH, BGHZ 128, 41; nunmehr variiert die Rechtsprechung, vgl. BGH, Urteil vom 17.6.2010 – III ZR 243/09 = juris.de, Rn. 14; allgemeiner gehalten in BGH, NJW 2010, 2873 (2875), in der Entscheidung spricht das Gericht davon, dass einem Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein oder ohne Rechtsbindungswillen die Wirkung einer Willenserklärung beigelegt werden. Im Hinblick auf den Rechtsbindungswillen ist diese Aussage nicht einmal mit der eigenen Rechtsprechung vereinbar. Im Übrigen lässt sich diese Ausführung in das hier vertretene Konzept einfügen, weil es grundsätzlich einer rechtsgeschäftlichen Qualität bedarf um eine Willenserklärung zu ermitteln.

205 Vgl. jüngst: BGH, NJW 2014, 1242.

VIII. Zusammenfassung und Ergebnisse

Diese Untersuchung hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

1. Die bislang verwendete Definition der Willenserklärung als private Willensäußerung, die auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist, ist unpräzise. Sie bildet den objektiven Tatbestand ab und deutet Willenselemente allenfalls an. Die Prüfung von objektivem und subjektivem Tatbestand hat ihren Platz daher übernommen und füllt den Begriff aus: Eine Willenserklärung ist eine willentliche Äußerung, die erkennbar auf die Erzeugung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtet ist und von dem Bewusstsein getragen wird, dass die Erklärung als rechtserheblich verstanden wird.
2. Die Definition, dass ein Rechtsgeschäft aus mindestens einer Willenserklärung besteht, führt nicht zur Verkoppelung der Begriffe. Der Satz hat seine Berechtigung bei der Parallelität des Inhalts der Willenserklärung als Ausfüllung der rechtsgeschäftlichen Bindung. Der Sitz dieser Kombination liegt in der Auffassung der 1. Kommission zum BGB, der beide Begriffe durch die subjektive Theorie färbte.
3. Die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft müssen getrennt werden. Die Willenserklärung ist die Gestaltung der Rechtslage durch den eigenen Willen. Das Rechtsgeschäft ist die Kategorisierung des geäußerten Erklärungsstatbestands durch die Rechtsordnung.
4. Diese Annahme führt in zwei getrennte Prüfungen über. Zunächst wird die rechtsgeschäftliche Qualität der Erklärung untersucht, so dann wird die Eignung als Willenserklärung festgestellt. Man kann festhalten: Die Annahme einer Willenserklärung erfordert die Annahme rechtsgeschäftlicher Qualität. Ohne Annahme der rechtsgeschäftlichen Qualität kämen die §§ 133, 157 BGB nicht zur Anwendung. Es geht also darum, die rechtliche Relevanz der Erklärung, das „ob“ der rechtlichen Bewertung, festzustellen.

5. Rechtsbindungswille einerseits und Erklärungs- sowie Geschäftswille andererseits sind qualitativ verschieden. Sie mögen sich je nach vertretender Terminologie zu Teilen decken, darüber, dass sie ein unterschiedliches hermeneutisches Schicksal im Falle der Empfangsbedürftigkeit der Willensklärung haben, kann eine terminologische Vereinheitlichung nicht hinwegtäuschen.

6. Die unterschiedliche Ermittlung und Behandlung dieser subjektiven Aspekte hat ihren Grund in der Struktur dieser Institute. Die Willenserklärung geht auf einen Willen zurück. Alle Elemente müssen vor der Erklärung subjektiv vorhanden sein. Die Erklärung bildet dann die objektive Plattform, die diese Erklärung in Geltung setzt. Das Rechtsgeschäft hingegen stellt die Zuordnung des Erklärten zu einem Geschäftstyp durch die Rechtsordnung dar. Um diese Verbindung herzustellen bedarf es des Rechtsbindungswillens.

Literaturverzeichnis

- Bähr*, Otto, Ueber Irrungen im Contrahiren, Jher. Jb. 14, S. 393–427.
- Bamberger*, Heinz Georg (Hrsg.); *Roth*, Herbert (Hrsg.); Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1, 3. Aufl. 2012 (zitiert: *Bamberger/Roth-Bearbeiter*).
- Boecken*, Winfried, BGB – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart, 2012.
- Boemke*, Burkhard; *Ulrici*, Bernhard, BGB – Allgemeiner Teil, Berlin, Heidelberg, 2009.
- Bork*, Reinhard; Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen, 3. Aufl. 2011.
- Brehm*, Wolfgang, Allgemeiner Teil des BGB Stuttgart, 6. Aufl. 2008.
- Brehmer*, Nikolaus, Willenserklärung und Erklärungsbewußtsein – BGHZ 91, 324, JuS 1986, 440–445.
- Brox*, Hans (Begr.); *Walker*, Wolf-Dietrich; Allgemeiner Teil des BGB, 37. Aufl., 2013.
- Bydlinski*, Franz, Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft, JZ 1975, S. 1–6.
- Bydlinski*, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991.
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Erklärungsbewußtsein bei der Willenserklärung und Anfechtbarkeit, NJW 1984, S. 2279–2282.
- Danz*, Erich, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte: Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Thatfrage, Jena, 1897.
- Enneccerus*, Ludwig; *Nipperdey*, Hans Carl; Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 14. Bearb., Tübingen 1952.
- Flume*, Werner; Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Barcelona, Budapest, 1992.
- Gudian*, Gunter, Fehlen des Erklärungsbewusstseins, AcP 169, S. 232–236.
- Heidel*, Thomas (Hrsg.); *Hüßtege*, Rainer (Hrsg.); *Mansel*, Heinz-Peter (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Baden-Baden, 2012 (zitiert: *NK-Bearbeiter*).
- Hepting*, Reinhard; Erklärungswille, Vertrauensschutz und rechtsgeschäftliche Bindung, FS zur 600-Jahr-Feier der Universität Köln, 1988, S. 209–234.
- Hirsch*, Christoph, der Allgemeine Teil des BGB, 6. Aufl., Köln, 2009.
- Hübner*, Heinz; Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin, New York, 1996.
- Jauernig*, Ottmar (Begr.); *Stürner*, Rolf (Hrsg.); Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., München 2014 (zitiert: *Jauernig-Bearbeiter*).
- Klunzinger*, Eugen, Einführung in das Bürgerliche Recht, 16. Aufl., München, 2013.
- Köhler*, Helmut; BGB – Allgemeiner Teil, 37. Aufl., München, 2013.
- Krüper*, Julian (Hrsg.); Grundlagen des Rechts, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, § 2 Rn. 14 ff. (zitiert: *Krüper-Bearbeiter*).
- Larenz*, Karl; Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. München 1983, 7. Aufl., München 1989.
- Leenen*, Detlef; BGB Allgemeiner Teil – Rechtsgeschäftslehre, Berlin/New York, 2011.
- Leenen*, Detlef; Willenserklärung und Rechtsgeschäft in der Regelungstechnik des BGB; FS Canaris, 2007, S. 699–728.

- Manigk*, Alfred, das rechtswirksame Verhalten, Berlin 1939.
- Manigk*, Alfred; Irrtum und Auslegung, Berlin 1918.
- Martinek*, Michael (Red.), Staudinger – Eckpfeiler des Zivilrechts, Neubearbeitung 2012/2103, Berlin 2012 (zitiert: Staudinger/Eckpfeiler-Bearbeiter).
- Medicus*, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Heidelberg, 2010.
- Mudgan*, Benno; die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin, 1899.
- Musielak*, Hans-Joachim; Grundkurs BGB, 12. Aufl., München 2011.
- Musielak*, Hans-Joachim; Zum Verhältnis von Wille und Erklärung; AcP 211 (2011), S. 769 – 802.
- Neuner*, Jörg; Was ist eine Willenserklärung?, JuS 2007, S. 881–888.
- Palandt*, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. 2014 (zitiert: Palandt-Bearbeiter).
- Petersen*, Jens; der Tatbestand der Willenserklärung, JurA 2006, S. 178–181.
- Plander*, Harro; Lottospielgemeinschaft und Rechtsbindungswille, AcP 176, S. 425–447.
- Prütting*, Hans; *Wegen*, Gerhard; *Weinreich*, Gerd; BGB – Kommentar, 8. Aufl., Köln, 2013 (zitiert: PWW-Bearbeiter).
- Röver*, Wilhelm; Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock, 1874.
- Rüthers*, Bernd; *Stadler*, Astrid; Allgemeiner Teil des BGB, 17. Aufl., München, 2011.
- Säcker*, Franz Jürgen (Hrsg.); *Rixecker*, Roland (Hrsg.); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 1. Aufl. 1978, 6. Aufl. 2012 (zitiert: MünchKomm-Bearbeiter).
- Savigny*, Friedrich Carl von; System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840, Dritter Band.
- Schack*, Haimo; BGB – Allgemeiner Teil; 14. Aufl., Heidelberg/Hamburg, 2013.
- Schapp*, Jan; *Schnur*, Wolfgang; Einführung in das bürgerliche Recht, 4. Aufl., München, 2007.
- Schwab*, Dieter; *Löhnig*, Martin; Einführung in das Zivilrecht, 19. Aufl., Heidelberg 2012.
- Schwab*, Max; Erklärungsbewußtsein und Rechtsbindungswille: Zwei Begriffe mit gänzlich verschiedener Bedeutung, IurRatio 2010, S. 73–75.
- Singer*, Reinhard; Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung, München, 1995.
- Soergel*, Theodor (Begr.); Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2: §§ 104–240 BGB, 13. Aufl. 1999 (zitiert: Soergel-Bearbeiter).
- Staudinger*, Julius von (Begr.); Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearbeitung; §§ 90–124, 130–133 (Stand: 2012); §§ 139–163 (Stand: 2010); §§ 2346–2385 (Stand: 2010) (zitiert: Staudinger-Bearbeiter).
- Stumpf*, Cordula; Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, Berlin 1991.
- Werba*, Ulf; Die Willenserklärung ohne Willen, Berlin, 2005.
- Wertenbruch*, Johannes; BGB – Allgemeiner Teil, München 2010.
- Westermann*, Harm Peter (Hrsg.); Erman – Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1. 13. Aufl., Köln 2011 (zitiert: Erman-Bearbeiter).
- Windscheid*, Bernhard; Wille und Willenserklärung, AcP 63, S. 72–112.
- Wolf*, Manfred; *Neuner*, Jörg; Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012.

Die Rechtsgeschäftslehre ist eine theoretische und praktische Erfolgsgeschichte. Doch zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass sie immer noch einige dogmatische Defizite aufweist, die eine Systematisierung erschweren. Bis heute ist es beispielsweise nicht gelungen, einen gemeinhin anerkannten Erklärungsansatz

zu finden, warum der Rechtsbindungswille im Ausgangspunkt objektiv und das Erklärungsbewusstsein im Ausgangspunkt subjektiv ermittelt werden, obgleich beide oftmals synonym verwendet werden. Hier setzt die Arbeit an und präzisiert die Rechtsgeschäftslehre der herrschenden Meinung.

