

Studium Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Sebastian Kubis
Prof. Dr. Ulrich Eisenhardt

Unter Mitarbeit von Abdussamed Nazik, Roman Konertz
und Pia Höhne

Kurs 55101

Allgemeiner Teil des BGB -
Das Rechtsgeschäft und die Instrumente des Privatrechts

Kurseinheit 2

**Rechts-
wissenschaftliche
Fakultät**

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung und des Nachdrucks, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (Druck, Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung der FernUniversität reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden. Wir weisen darauf hin, dass die vorgenannten Verwertungsalternativen je nach Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen bereits durch Einstellen in Cloud-Systeme verwirklicht sein können. Die FernUniversität bedient sich im Falle der Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen sowohl zivil- als auch strafrechtlicher Instrumente, um ihre Rechte geltend zu machen.

Der Inhalt dieses Studienbriefs wird gedruckt auf Recyclingpapier (80 g/m², weiß), hergestellt aus 100 % Altpapier.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
§ 2 Rechtsgeschäft und Willenserklärung	5
I. Der Begriff "Rechtsgeschäft"	5
II. Die Willenserklärung	6
1. Überblick	6
2. Der objektive Tatbestand einer Willenserklärung	8
a) Grundlagen	8
b) Willenserklärungen und unverbindliche Erklärungen	10
3. Der subjektive Tatbestand einer Willenserklärung	12
a) Der Handlungswille.....	13
b) Das Erklärungsbewusstsein	14
c) Der Geschäftswille	17
4. Bewusste Willensmängel	18
a) Überblick	18
b) Der geheime Vorbehalt (§ 116 BGB).....	18
c) Die Scheinerklärung (§ 117 BGB).....	19
5. Das Fehlen des Erklärungsbewusstseins.....	21
a) Der Mangel der Ernstlichkeit (§ 118 BGB).....	21
b) Sonstige Fälle	21
6. Das Fehlen des Geschäftswillens.....	24
7. Erklärungen von und mithilfe technischer Einrichtungen.....	24
a) Verwendung herkömmlicher technischer Hilfsmittel	24
b) Automatische Erklärungen.....	25
c) Erklärungen unter Anwendung von Künstlicher Intelligenz.....	25
§ 3 Das Wirksamwerden von Willenserklärungen	28
I. Die Empfangsbedürftigkeit von Willenserklärungen	28
II. Der Zugang	28
1. Willenserklärungen unter Anwesenden	29
2. Willenserklärungen unter Abwesenden	30
3. Dritte im Übermittlungsweg	34
a) Empfangsvertreter	34
b) Empfangsbote	34

c) Erklärungsbote	34
4. Besonderheiten	35
III. Einzelfälle	36
IV. Von § 130 BGB abweichende Vereinbarungen über die Erklärungswirkung	38
V. Der Widerruf von Willenserklärungen	39
VI. Zugangshindernisse	41
VII. Der Eintritt von Rechtsfolgen aufgrund von geschäftsähnlichen Handlungen und Realakten	45
1. Geschäftsähnliche Handlungen	45
2. Realakte	47
Lösungen zu den Selbsttestaufgaben	49

§ 2 Rechtsgeschäft und Willenserklärung

Schrifttum: BYDLINSKI, Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft, JZ 1975, 1 ff.; CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; Daßbach, Gefälligkeitsverhältnisse in der Fallbearbeitung, JA 2018, [575 ff.](#); EISENHARDT, Zum subjektiven Tatbestand der Willenserklärung, JZ 1986, 875 ff.; EISFELD, Der Zugang von Willenserklärungen, JA 2006, 851 ff.; Kainer/Förster, Autonome Systeme im Kontext des Vertragsrechts ZfPW, 2020, [275 ff.](#); GUDIAN, Fehlen des Erklärungsbewusstseins, AcP 169 [1969], 232 ff.; ISAY, Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899; JOHN, Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, AcP 184 [1984], 385 ff.; KÖHLER, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 [1982], 126 ff.; KRETSCHMANN, NICOLAS/PUTZ, MICHAEL, Der Rechtsbindungswille – Annäherungen an eine Unbekannte. JURA 2022, [294 ff.](#); LANGE, Die Willenserklärung, JA 2007 687 ff., 766 ff.; LARENZ, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten, NJW 1956, 1897 ff.; PAEFGEN, Bildschirmtext – Herausforderung zum Wandel der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre?, JuS 1988, 592 ff.; SCHMIDT, Rationalisierung und Privatrecht, AcP 166 [1966], 1 ff.; Schack, in: Schack, BGB-Allgemeiner Teil, I. Rechtsgeschäft, Vertrag, Willenserklärung Rn. [177.](#); Thalmair, Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform, NJW 2011, [14 ff.](#); WEILER, Der Zugang von Willenserklärungen, JuS 2005, 789 ff.; Wertenbruch, Abgabe und Zugang von Willenserklärungen, JUS 2020, [481 ff.](#)

I. Der Begriff "Rechtsgeschäft"

Die Vornahme eines Rechtsgeschäfts bezweckt, eine Rechtsfolge herbeizuführen. Einen entsprechenden Willen akzeptiert die Rechtsordnung grundsätzlich. Das Rechtsgeschäft beruht auf dem erklärten, auf rechtliche Bindung gerichteten Willen einer oder mehrerer Personen, d.h. auf deren Willenserklärungen. Mindestens eine Willenserklärung ist also notwendiger Bestandteil eines Rechtsgeschäfts.

Beispiel: Schließen V und K einen Kaufvertrag ab, so tätigen sie ein Rechtsgeschäft. Sie geben Willenserklärungen ab, die zum Vertragsschluss führen. Die beabsichtigte Rechtsfolge ist das Entstehen eines Kaufvertrages.

Das BGB enthält weder eine Definition des Rechtsgeschäfts noch eine solche der Willenserklärung. Dem BGB liegen die von der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts herausgearbeiteten Begriffsbestimmungen zugrunde.¹ Diese sah in dem Rechtsgeschäft "eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung".² Im Anschluss an die Gesetzesmaterialien³ wird das Rechtsgeschäft auch definiert als "Rechtshandlung, deren erklärte Rechtsfolge nach der Rechtsordnung (nur) deshalb eintritt, weil sie gewollt ist".⁴ Ein Rechtsgeschäft liegt demnach auch dann vor, wenn die Rechtsordnung die Verwirklichung des bezweckten Erfolges

¹ RGZ 68, 322, [324.](#)

² WINDSCHEID, § 69, S. 26.

³ Mot. I., 126 = MUGDAN I, [421.](#)

⁴ BORK, § 12 Rn. [395.](#)

ablehnt.⁵ Das BGB spricht dann von nichtigen Rechtsgeschäften (wie z.B. in §§ 125, 134 und 138).

Es gibt mehrseitige und einseitige Rechtsgeschäfte. Verträge sind *mehrseitige* (meist: zweiseitige) Rechtsgeschäfte; denn hier wirken mindestens zwei Rechtssubjekte an der Verwirklichung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes mit. Die Rechtsfolgen eines Vertrages beruhen auf den einander inhaltlich entsprechenden Willenserklärungen der Vertragsschließenden. Zu den mehrseitigen Rechtsgeschäften gehören auch die Beschlüsse, die der internen Willensbildung innerhalb von Verbänden dienen.⁶ Beispiele hierfür sind die Beschlüsse des Vorstands (§ 28 Abs. 1 BGB) oder der Mitgliederversammlung eines Vereins (§ 32 Abs. 1 BGB).

Die Rechtsfolgen eines **einseitigen** Rechtsgeschäfts beruhen auf der Willenserklärung nur einer Person.

Beispiel: Gibt der Mieter gegenüber seinem Vertragspartner, dem Vermieter, eine wirksame Kündigungserklärung ab, so führt der Mieter allein damit die gewünschte Rechtsfolge (hier: die Beendigung des Mietverhältnisses) herbei. Auf das Einverständnis des Vermieters kommt es nicht an. Die Kündigung ist also ein einseitiges Rechtsgeschäft. Da der Mieter hierdurch einseitig die Rechtslage neugestalten kann, spricht man auch von einem "Gestaltungsrecht".

II. Die Willenserklärung

1. Überblick

Die Person, die rechtsgeschäftlich handeln, also eine Rechtsfolge herbeiführen will, muss eine entsprechende Erklärung, eine Willenserklärung, abgeben. Das BGB verwendet den Begriff Willenserklärung an vielen Stellen, z.B. in den §§ 105, 116, 119, 130, ohne ihn jedoch selbst zu definieren. Die Willenserklärung und deren Wirksamkeit gehören zu den bedeutenden Grundprinzipien des Allgemeinen Teils, ohne die nahezu kein zivilrechtlicher Fall gelöst werden kann.

Was die Voraussetzungen für eine wirksame Willenserklärung sind, war im 19. Jahrhundert sehr umstritten. Gerungen wurde insbesondere um die Frage, ob der tatsächliche subjektive **Wille** oder die äußere **Erklärung** darüber entscheidet, ob eine Rechtsfolge ausgelöst wird oder nicht.⁷ Eine mit dem Gesetz nicht immer zu vereinbarende Rechtsprechung und unterschiedliche Reformbestrebungen im Schrifttum deuten darauf hin, dass das BGB die Problematik der Willenserklärung nicht hinreichend bewältigt hat.⁸

Geht man davon aus, dass eine Willenserklärung eine Erklärung ist, mit der eine Person ihren Willen kundtut, eine Rechtsfolge herbeizuführen, so gehören zu einer Willenserklärung jedenfalls

- der auf das Erzielen eines Rechtserfolges gerichtete **innere Wille**

⁵ RGZ 68, 322, [324](#).

⁶ BORK, Rn. [436 ff.](#)

⁷ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, Einf. v. § 116 BGB Rn. 2 f.

⁸ EISENHARDT, JZ 1986, 875, 877 f. m.w.N.

und

- die Kundgabe dieses Willens, also eine **äußerlich wahrnehmbare Erklärung** des auf einen Rechtserfolg gerichteten Willens.

Beispiel: Der lediglich gedanklich gefasste, aber in keiner Weise geäußerte Entschluss eines Vermieters, dem Mieter zu kündigen, ist keine Willenserklärung, weil der Wille zu kündigen nicht kundgemacht worden ist. Hat der Vermieter hingegen die Kündigungserklärung dem Mieter schriftlich übergeben, wird sein Wille nach außen hin verkündet und es handelt sich um eine Willenserklärung.

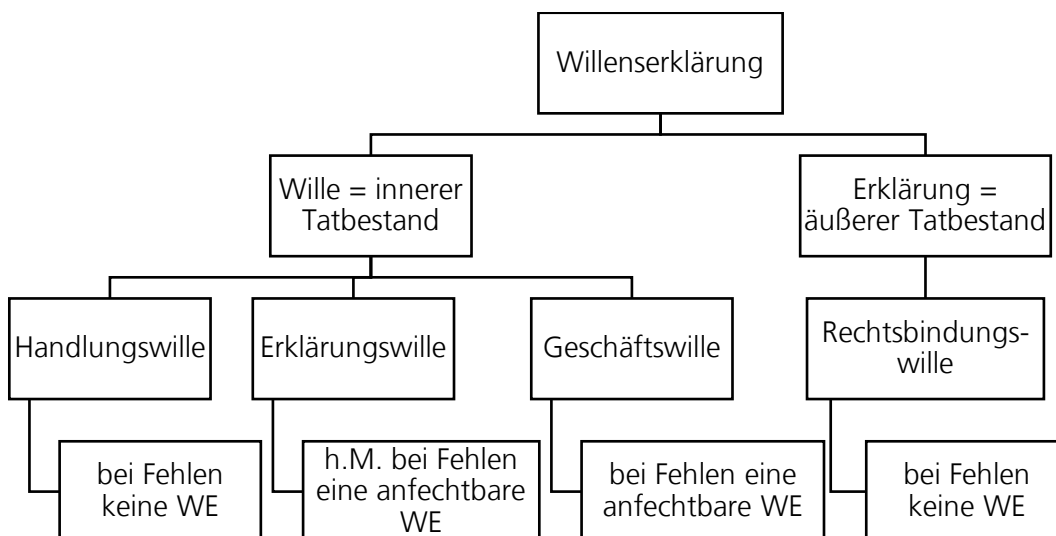
Daraus ergibt sich: Die Willenserklärung ist entweder mit dem Rechtsgeschäft identisch oder ein Teil desselben. Letzteres trifft auf alle diejenigen Fälle zu, in denen das Rechtsgeschäft aus mehreren Willenserklärungen (wie z.B. beim Vertrag) oder aus einer Willenserklärung und anderen Vorgängen besteht.⁹

Beispiel für „andere Vorgänge“: Das Eigentum an einer beweglichen Sache wird nach § 929 S. 1 BGB durch die „Einigung“, welche zwei übereinstimmende Willenserklärungen erfordert, und die „Übergabe“, also eine Handlung („Realakt“), übertragen

Der Tatbestand einer Willenserklärung besteht also aus einem *objektiven Teil*, der Kundgabe des Willens, und einem *subjektiven Teil*, dem Willen. Man kann auch von dem objektiven und dem subjektiven Tatbestand einer Willenserklärung sprechen.

Der **subjektive Tatbestand** kann in folgende Bestandteile untergliedert werden:

- Handlungswille,
- Erklärungsbewusstsein,
- Geschäftswille.



⁹ Vgl. dazu und zur Geschichte der Begriffe „Rechtsgeschäft“ und „Willenserklärung“: FLUME, § 4, Rn. 3 und 4 m.w.N.

2. Der objektive Tatbestand einer Willenserklärung

a) Grundlagen

Der objektive Tatbestand einer Willenserklärung ist die für andere Personen erkennbare Kundgabe des Willens, eine Rechtsfolge herbeizuführen, also eine sinnlich wahrnehmbare Erklärungshandlung. Erklärungshandlungen sind beispielsweise das Sprechen und das Schreiben.

Das Gesetz schreibt in den meisten Fällen keine bestimmte Art vor, in der Personen ihren Willen, eine Rechtsfolge herbeizuführen, äußerlich erkennbar machen müssen. Die Art und Weise der Kundgabe eines auf die Herbeiführung eines Rechtserfolges gerichteten Willens bleibt in der Regel dem Einzelnen überlassen. Es ist allerdings erforderlich, dass der Wille des Erklärenden verstanden werden kann.

Auch wenn in der Realität die meisten Willenserklärungen ausdrücklich abgegeben werden, ist eine solche Willenskundgabe nicht erforderlich, um die gewollte Rechtsfolge herbeizuführen. Vielmehr kann eine Person eine Willenserklärung auch durch konkludentes (schlüssiges) Verhalten abgeben, ohne ihren Willen ausdrücklich in Worte zu fassen.¹⁰ Ein solches Verhalten muss aber stets – jedenfalls unter Berücksichtigung der Begleitumstände – den Schluss des Adressaten (= der anderen Person, an die sich die Erklärung richten soll) auf einen ganz bestimmten Willen des Handelnden zulassen. Das ist in der Regel der Fall, wenn die Person, an die sich die "Erklärung" richtet, die allgemein übliche Bedeutung eines solchen Verhaltens erkennen kann.

Beispiel: K betritt einen Bäckerladen und sagt zu dem Bäcker B: "10 Brötchen bitte." Wortlos packt B 10 Brötchen in die Tüte und übergibt sie dem K. Dieser übergibt dem B den Kaufpreis.

Mit der Aussage „10 Brötchen bitte“ bietet K dem B an, die Brötchen zum üblichen Preis (meistens Preisschild in der Auslage) zu kaufen, er gibt eine Willenserklärung (Angebot) ab. Indem B die 10 Brötchen wortlos in die Tüte packt und diese an K übergibt, bringt er zum Ausdruck, dass er eine Rechtsfolge, nämlich das Zustandekommen eines Kaufvertrages zwischen ihm und K, herbeiführen will. B hat durch sein konkludentes Verhalten eine Willenserklärung abgegeben, mit der er einen Kaufvertrag zustande kommen lassen will (Annahme).

Aufgrund des Abstraktions- und Trennungsprinzips ist der Abschluss des Vertrags von der Übertragung des Eigentums an den Brötchen (von B an K) und an dem Kaufpreis (von K an B) getrennt zu betrachten. Es liegen drei Vorgänge vor: 1. Der Abschluss des Vertrags, 2. Die Übertragung des Brötchens und die Übertragung des Geldes. Die Einigungen gem. § 929 S. 1 BGB, dass das Eigentum übertragen werden soll, erfolgt jeweils durch wechselseitiges Angebot und Annahme. Wie man sieht, verlieren K und B über die Eigentumsübertragung kein Wort. Die Einigung nach § 929 S. 1 BGB erfolgt damit – wie bei Alltagsgeschäften üblich – konkludent.¹¹

Heute praktisch aufgegeben ist allerdings die Lehre vom "sozialtypischen Verhalten" als eigenständigem Verpflichtungsgrund.¹² Sie diene vor allem dazu, schon aus der *tatsächlichen* Inanspruchnahme öffentlich angebotener (Versorgungs-) Leistungen

¹⁰ BGH NJW. 1980, 2245, [2246](#) [insoweit nicht in BGHZ 77, 274 abgedruckt].

¹¹ Siehe dazu u. w. Kurseinheit 5, dort unter § 10 II.

¹² BGHZ 21, 319, [333 ff.](#) [Parkplatz-Fall]; Larenz, NJW 1956, 1897.

(Parkplätze, öffentliche Verkehrsmittel) vertragliche Entgeltansprüche herzuleiten. Es besteht indes kein Anlass, bei Massengeschäften des täglichen Lebens von den allgemeinen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts abzurücken. Denn in der Regel liegt in der Inanspruchnahme einer Versorgungsleistung auch eine auf einen Vertragsschluss gerichtete schlüssige Willenserklärung.¹³ Dabei bleibt es auch, wenn der Erklärende – wie im Parkplatz-Fall – von vornherein die Zahlung des Entgelts verweigert, weil er keine vertragliche Bindung wünsche. Eine solche "protestatio facto contraria" als Unterfall des „venire contra factum proprium“ ist als widersprüchliches Verhalten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unerheblich.¹⁴

Die Willenserklärung unterscheidet sich von rechtlich unverbindlichen Erklärungen dadurch, dass eine rechtliche Bindung gewollt, vor allem aber, dass sie auch "objektiv" zum Ausdruck gebracht worden ist. Ob eine Erklärung eine rechtliche Bindung herbeiführt, hängt also zunächst davon ab, welchen Inhalt die äußerlich wahrnehmbare Erklärung oder das "schlüssige" Verhalten des Handelnden hat. In diesem Zusammenhang wird vielfach der auf den ersten Blick missverständliche Begriff des "Rechtsbindungswillens" benutzt. Hierbei geht es nicht um "subjektive" Anforderungen, die auf Seiten des Erklärenden erfüllt sein müssen, damit die Äußerung Rechtswirkungen entfalten kann. Vielmehr ist der Rechtsbindungswille dem **objektiven** "Erklärungstatbestand" der Willenserklärung zuzuordnen. Rechtsbindungswille liegt vor, wenn der Rechtsverkehr ein Verhalten des Erklärenden als eine rechtlich verbindliche Erklärung auffasst. Es kommt also darauf an, ob sich dem Verhalten aus Sicht des Erklärungsempfängers der Wunsch beimessen lässt, eine rechtliche Bindung herbeizuführen.¹⁵ Ob subjektiv Handlungs-, Erklärungs- oder Geschäftswille vorliegen (hierzu sogleich unter 3.), ist für den "Rechtsbindungswillen" unerheblich. Auch der BGH hat sich dieser Einordnung ausdrücklich angeschlossen:¹⁶

"Ob ein Rechtsbindungswille vorhanden ist, ist nicht nach dem nicht in Erscheinung getretenen inneren Willen des Leistenden zu beurteilen, sondern danach, ob der Leistungsempfänger aus dem Handeln des Leistenden unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auf einen solchen Willen schließen musste. Es kommt also darauf an, wie sich dem objektiven Beobachter das Handeln des Leistenden darstellt."

Ist für einen Dritten klar erkennbar, dass der Erklärende eine Rechtsfolge nicht herbeiführen möchte, dass also der Rechtsbindungswille fehlt, dann liegt keine Erklärung vor, die eine rechtsgeschäftliche Wirkung entfalten kann. Häufig ist indes dem Verhalten einer Person nicht eindeutig zu entnehmen, ob sie sich durch ihr Verhalten binden möchte. In solchen Fällen ist der objektiv erklärte Wille des Handelnden zu ermitteln. Dies geschieht im Wege der „Auslegung“ (§§ 133, 157 BGB).¹⁷ Durch Auslegung wird dasjenige ermittelt, was als (erklärter) Wille für den Erklärungsempfänger ersichtlich und damit dem Erklärenden zurechenbar ist.¹⁸ Ist die Willenserklärung auf

¹³ Vgl. nur SCHACK, AT, Rn. [183](#).

¹⁴ Siehe auch Kurseinheit 3, dort unter § 5 V.

¹⁵ BeckOGK/MÖSLEIN, BGB § 145 Rn. [111 ff.](#); MünchKomm/BACHMANN, BGB § 241 Rn. [235](#); DABBACH, JA, 2018, [575](#); KRETSCHMANN/PUTZ, JURA 2022, [2858](#).

¹⁶ BGHZ 21, 102, [106 f.](#)

¹⁷ Hierzu ausführlich KE Teil 4, § 8.

¹⁸ SCHACK, AT, Rn. [209](#).

Abschluss eines Vertrages gerichtet, so spielt für das Vorhandensein eines Rechtsbindungswillens eine wichtige Rolle, ob sich der Erklärung im Wege der Auslegung Angaben über die regelungsbedürftigen Punkte (*essentialia negotii*)¹⁹ entnehmen lassen. Im Wege der Auslegung zu ermitteln ist auch, ob (objektiv) keine bindende Willenserklärung, sondern nur eine Aufforderung, ein Angebot abzugeben (*invitatio ad offerendum*), vorliegt.

b) Willenserklärungen und unverbindliche Erklärungen

Manche Erklärungen, bei denen ein auf einen Rechtserfolg gerichteter Wille objektiv nicht zum Ausdruck gebracht worden ist, nennt man rein gesellschaftliche Erklärungen oder Gefälligkeiten nicht rechtsgeschäftlichen Charakters.

Beispiel: Zwei Tennisspieler, die sich zu einem Tennismatch verabreden, wollen sich rechtlich nicht binden. Ihnen fehlt der auf die rechtliche Bindung gerichtete Wille. Daraus folgt: Zwei Tennisspieler, die sich verabredet haben, können sich gegenseitig nicht zwingen, Tennis zu spielen, weil die rechtsgeschäftliche Bindung (objektiv) fehlt.

Das BGB regelt ausdrücklich nur eine Reihe charakteristischer, den Rechtsalltag bestimmender Vertragstypen. Es gibt aber keinen „Typenzwang“ schuldrechtlicher Beziehungen im BGB.²⁰ auch solche Verträge, die das BGB nicht ausdrücklich regelt (z.B. der Leasingvertrag), können daher geschlossen werden und entfalten Rechtswirkungen. Anders gesagt: aufgrund der historischen Entstehungsgeschichte und Systematik des BGB werden keine der in privatautonomer Freiheit geschlossenen Vereinbarungen „ausgegrenzt“. ²¹ Die Meinung, bestimmte Bereiche menschlicher Beziehungen (z.B. in den Bereichen Freundschaft und gesellschaftlicher Verkehr) könnten überhaupt nicht Gegenstand rechtlicher Vereinbarungen sein,²² findet im Gesetz keine Stütze. Auszugehen ist vom Begriff des Rechtsgeschäfts. Ob persönliche Angelegenheiten Gegenstand einer bindenden Vereinbarung sein können, ist nach §§ 134, 138 BGB zu beurteilen. Im Übrigen ist danach zu fragen, ob rechtsgeschäftliche Erklärungen vorliegen.

Bei der Beurteilung eines Verhaltens als Gefälligkeit ist zu berücksichtigen, dass die Gefälligkeit die Unentgeltlichkeit der Leistung voraussetzt: man tut jemand anderem einen „Gefallen“, ohne dass dieser dafür etwas (rechtlich) „schuldig“ wird. Wie die gesetzlichen Regelungen von Gefälligkeitsverträgen, wie z.B. Schenkung (§ 516 BGB), Leihe (§ 598 BGB) und Auftrag (§ 662 BGB) zeigen, lässt sich aber allein aus der Unentgeltlichkeit noch nicht auf das Fehlen des rechtsgeschäftlichen Charakters schließen.²³ Gefälligkeiten müssen zwar nicht, sie können aber im Einzelfall durchaus in Form eines Vertrags erwiesen werden.

¹⁹ Hierzu Kurseinheit 3, § 4 III 3. a.

²⁰ Anders hingegen: Typenzwang im Sachenrecht.

²¹ MünchKomm/EMMERICH, BGB § 311 Rn. [26 ff.](#)

²² vgl. u.a. FLUME, § 7, 2.

²³ BGHZ 21, 102, [106.](#)

Allerdings dürften Gefälligkeiten des täglichen Lebens in der Regel nicht rechtsgeschäftlicher Art sein, also nicht zu einer vertraglichen Bindung führen. Sollten durch geringwertige Dienste wie z.B. das Blumengießen während des Urlaubs des Nachbarn bereits ein Rechtsgeschäft geschlossen werden, so würde sich der Nachbar z.B. Schadensersatzpflichtig machen, wenn er das Gießen vergessen würde. Die „Konsequenzen“ und Risiken würden dem Nachbarn aufgelastet werden, der aus persönlicher oder nachbarschaftlicher Verbundenheit einen Gefallen tun möchte. Dies hätte eine abschreckende Wirkung zufolge, wodurch „Nachbarschaftshilfe“ o. Ä. vermieden werden würde. Das gilt auch für Gefälligkeiten, die im sogenannten rein gesellschaftlichen Verkehr wurzeln.²⁴

Bei der Entscheidung darüber, ob objektiv der Wunsch einer rechtlichen Bindung zum Ausdruck gebracht worden ist, kommt es auf die Art, den Grund und den Zweck der Gefälligkeit an. Eine wesentliche Rolle kann spielen, dass *wirtschaftliche Interessen* des Adressaten berührt werden.²⁵ Häufig kann für die Feststellung des Rechtsbindungswillens zurückgegriffen werden auf

- die wirtschaftliche Bedeutung einer Angelegenheit,
- den Wert einer anvertrauten Sache,
- das erkennbare Interesse des Begünstigten und die sowohl ihm als auch dem Leistenden erkennbare Gefahr, in die er durch eine fehlerhafte Leistung des zur Leistung Verpflichteten geraten kann.²⁶

Die Abgrenzung zwischen Gefälligkeit und Vertrag ist insbesondere dann interessant, wenn eine Person bei der Ausführung einer Gefälligkeit einen Schaden erleidet und nun Ersatzansprüche geltend machen will. Der Problemkreis der Gefälligkeit berührt vertragliche, vertragsähnliche und deliktische Fragestellungen und ist bei (Fortgeschrittenen-) Klausuren und den Examina ein beliebter Prüfungsstoff.²⁷

Fall: A trifft den ihm bis dahin unbekannten B in einem Abteil des ICE Karlsruhe–Hannover der Deutschen Bahn AG. A bittet den B in Koblenz, ihn zu wecken, wenn der Zug in den Kölner Hauptbahnhof einfahre, weil er dort aussteigen müsse. A und B schlafen beide ein. In Wuppertal–Hauptbahnhof wacht B auf. A versäumt in Köln einen wichtigen Termin, wodurch ihm ein Schaden in Höhe von € 500,— entsteht.

Hat A gegen B einen Anspruch auf Zahlung von € 500,—?

Lösung:

Seinen Schaden kann A von B (aus §§ 280 ff. BGB) ersetzt verlangen, wenn B eine vertragliche Verpflichtung gegenüber A schuldhaft verletzt hat. Ein Vertrag (zu denken ist an einen Auftrag, § 662 BGB) ist nur zustande gekommen, wenn A und B den Willen zum Ausdruck gebracht hatten, sich rechtlich (rechtsgeschäftlich) zu binden,

²⁴ BGHZ 21, 102, [107](#); RGZ 128, 39, [42](#).

²⁵ BGHZ 21, 102, [107](#); OLG Braunschweig NJW-RR 2022, 26 Rn. [21](#); LG Offenburg, NJW-RR 2022, 1036, [18 ff.](#)

²⁶ BGHZ 21, 102, [107](#); DABACH, JA 2018, 575, [576](#).

²⁷ Ein Überblick zur Fallbearbeitung bietet: DABACH, JA 2018, [575](#); Schack, BGB-Allgemeiner Teil, V., Rn. [196](#).

wenn ihr Verhalten also auf einen Rechtsbindungswillen schließen lässt. Jedenfalls bei B bestehen erhebliche Zweifel daran, ob er einen Rechtsbindungswillen kundgetan hat. B war die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit nicht bekannt. Es fehlte dem B daher auch die Kenntnis der Gefahr, in die der A dadurch geraten konnte, dass B ihn nicht rechtzeitig weckte. Dies war für A, der den B über den Geschäftstermin und dessen Bedeutung nicht informiert hatte, auch erkennbar. Es handelt sich hier also um eine bloße Gefälligkeit ohne rechtsgeschäftlichen Charakter, d.h. ohne vertragliche Bindung. Da jedenfalls B keine wirksame Willenserklärung abgegeben hat, ist ein Vertrag, den B verletzt haben könnte, nicht zustande gekommen. A hat deshalb gegen B keinen vertraglichen Schadensersatzanspruch.

Zweifelhaft sind sowohl die dogmatische Einordnung von "reinen" Gefälligkeitsverhältnissen ohne vertragliche Bindung als auch deren Rechtsfolgen. Einigkeit besteht darüber, dass solche Gefälligkeitsverhältnisse für die Beteiligten insofern "unverbindlich" sind, als sie **keine primären Leistungspflichten** nach sich ziehen. Der Begünstigte hat keinen Erfüllungsanspruch, der Gefällige kann nicht den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen.²⁸

Umstritten ist hingegen, ob sich etwaige **Sekundäransprüche**, insbesondere Schadensersatzansprüche, nach Vertragsrecht richten. Gegen einen "Vertrag ohne primäre Leistungspflichten" spricht, dass die Parteien kaum einen auf sekundäre Verhaltenspflichten beschränkten Rechtsbindungswillen zum Ausdruck bringen werden; hiermit wäre die Auslegung "endgültig überfordert".²⁹ Näher liegt, dass der Vollzug der Gefälligkeit im Einzelfall einen "geschäftsähnlichen Kontakt" i.S. von § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB begründet.³⁰ Ist dies der Fall, so haftet der Gefällige bei Verletzung einer Sorgfaltspflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) gemäß § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz,³¹ diese Haftung erfasst auch reine Vermögensschäden und bietet eine Grundlage für die Gehilfenhaftung nach § 278 BGB. Daneben kommt vor allem eine Haftung aus §§ 823 ff. BGB in Betracht.³² Haftungsmaßstab ist grundsätzlich § 276 BGB; eine allgemeine Haftungserleichterung analog §§ 521, 599, 690 BGB ist abzulehnen (arg. e §§ 662, 680 BGB)³³. Das Gefälligkeitsverhältnis kann auch Rechtsgrund i.S. von § 812 BGB sein.³⁴

3. Der subjektive Tatbestand einer Willenserklärung

Zu den subjektiven Elementen der Willenserklärung zählen, wie bereits erwähnt: Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille. In der rechtswissenschaftlichen Literatur bestand lange Zeit keine Einigkeit darüber, ob all diese Elemente für eine *wirksame* Willenserklärung erforderlich, also "konstitutiv" für eine Willenserklärung sind.³⁵

²⁸ JAUERNIG/MANSEL, § 241 BGB Rn. 25; SCHACK, BGB-Allgemeiner Teil, V, Rn. 197.

²⁹ BORK, AT, 3 17, Rn. 681; MünchKommBACHMANN, BGB § 241 Rn. 247 ff.

³⁰ BGH, NJW 1956, 1313.

³¹ JAUERNIG/MANSEL, § 241 BGB Rn. 25; dagegen: GRÜNEBERG/ELLENBERGER Einl. § 241 Rn. 8.

³² BGH NJW 1992, 2475.

³³ BGH, NJW 1956, 1313; JAUERNIG/MANSEL, § 241 BGB Rn. 26.

³⁴ JAUERNIG/MANSEL, § 241 BGB Rn. 25.

³⁵ STAUDINGER/SINGER, Vorbem. zu §§ 116 ff. BGB Rn. 14, 26 ff.; EISENHARDT, JZ 1986, 875 ff.

a) Der Handlungswille

Der Handlungswille (auch als Betätigungswille bezeichnet) bezieht sich auf die Vornahme der *Erklärungshandlung*. Er ist unstreitig konstitutiv für das Vorliegen einer Willenserklärung. Der Handlungswille ist der Wille, einen Erklärungsakt vorzunehmen. Von einem rechtlich bedeutsamen Handeln kann nur gesprochen werden, wenn es vom Willen bestimmt ist; dies ist der Kern der Privatautonomie. Demjenigen, der unbewusst etwas tut, fehlt der Handlungswille; er gibt also keine Willenserklärung ab. Bewegungen, die ohne Steuerung des menschlichen Willens, demnach ohne Handlungswillen vorgenommen werden, sind z.B. Bewegungen, die im Traum oder beim Schlafwandeln vorgenommen werden; auch Reflexbewegungen und Bewegungen unter Zwang zählen dazu. Zwang kann sowohl psychisch als auch physisch erfolgen: vis absoluta (physischer Zwang) und vis compulsiva (psychischer Zwang). Vis absoluta meint die unmittelbare körperliche Überwältigung, bei der die freie Willensbetätigung des „Erklärenden“ ausgeschlossen wird und ihm dadurch die Willenserklärung nicht zugerechnet werden kann, während bei der vis compulsiva - trotz der Drohung - eine Willensbetätigung stattfindet.³⁶ Hier ermöglicht der Gesetzgeber die Anfechtung der unter Drohung abgegebenen Willenserklärung, § 123 BGB.

Beispiel für vis absoluta: A möchte von B ein Grundstück erwerben, um seinen lang ersehnten Traum des Baus einer Villa mit einem Swimming-Pool zu ermöglichen. B allerdings lehnt alle Angebote des A ab, da das Grundstück ein „Familiengut“ sei und deshalb weiterhin bei der Familie bleiben müsse. Daher greift A in einem unerwarteten Augenblick zu seinem Messer, hält es an die Halsschlagader des B und fordert ihn auf, den Vertrag zu unterschreiben.

Beispiel für vis compulsiva: A möchte von B ein Grundstück erwerben, um seinen lang ersehnten Traum des Baus einer Villa mit einem Swimming-Pool zu ermöglichen. B allerdings lehnt alle Angebote des A ab, da das Grundstück ein „Familiengut“ sei und deshalb weiterhin bei der Familie bleiben müsse. A reicht dem B erneut den Vertrag rüber und äußert dabei, dass er sonst solange auf B einschlagen werde, bis er den Vertrag unterschreibt.

Beispiel: Bei einer Versteigerung, bei der das Heben eines Armes eine – konkludent abgegebene – Willenserklärung, nämlich das Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages zum Ausdruck bringt, wird der bei der Versteigerung anwesende A, der nur zuschauen, aber nicht mitbieten will, von einer Biene in den Arm gestochen. Vor Schmerz reißt er den rechten Arm hoch. Der Auktionator sieht dies und erteilt A den Zuschlag. Da A lediglich eine Reflexbewegung ausführte und keine Erklärungshandlung vornehmen wollte, fehlte ihm der Handlungswille. Obwohl hier äußerlich wahrnehmbar ein schlüssiges Verhalten vorliegt, das den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung erfüllt, fehlt eine subjektive Voraussetzung, der Handlungswille. A hat deshalb *keine* Willenserklärung abgegeben.

³⁶ MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 123 Rn. [110](#).

b) Das Erklärungsbewusstsein

Das Erklärungsbewusstsein (gelegentlich auch: Erklärungswille) ist das Bewusstsein, überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben. Es genügt das Bewusstsein des Handelnden, "dass sein Verhalten als auf Verwirklichung einer Rechtsfolge irgendwelchen Inhalts zielend aufgefasst werden kann".³⁷ Fehlt das Erklärungsbewusstsein, so hat derjenige, der den äußeren Tatbestand einer Willenserklärung setzt, zwar Handlungswillen; er weiß aber nicht, dass seine Handlung berechtigterweise als Willenserklärung verstanden werden darf.

Beispiel: Derjenige, der seine Unterschrift unter ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages setzt, sich dabei aber in dem Irrtum befindet, es handle sich um ein Glückwunschs Schreiben, hat nicht das Bewusstsein, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben. Ihm fehlt das Erklärungsbewusstsein.³⁸

Beispiel ("Trierer Weinversteigerung"³⁹): Bei einer Weinversteigerung in Trier winkt ein ortsfremder Besucher einem Freund zu. Er weiß nicht, dass das Heben des Arms die Abgabe eines höheren Gebots (= eine Willenserklärung) bedeutet. Auch hier fehlt das Erklärungsbewusstsein.

Es wird immer noch die Frage erörtert, ob das Erklärungsbewusstsein zum konstitutiven Bestandteil einer Willenserklärung gehört. Dabei wird häufig das Problem in den Vordergrund gerückt, welche Konsequenzen sich vor allem unter Haftungsgesichtspunkten daraus ergeben können, dass eine Person den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung geschaffen hat, ohne in dem Bewusstsein gehandelt zu haben, Rechtserhebliches zu erklären.

Unter Hinweis auf den Wortlaut des § 119 meint GUDIAN,⁴⁰ eine Willenserklärung könne auch *ohne* Erklärungsbewusstsein zustande kommen. Mit Recht hat BYDLINSKI⁴¹ dargelegt, der isolierte Wortlaut des § 119 biete *kein* Argument für die Notwendigkeit des Erklärungsbewusstseins, allerdings auch keines dagegen.

Der BGH⁴² vertritt seit einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1984 die Auffassung, eine Willenserklärung liege bei fehlendem Erklärungsbewusstsein jedenfalls dann vor, "wenn sie als solche dem Erklärenden zugerechnet werden" könne; das setze aber voraus, "dass dieser 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 mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte". Erforderlich, aber auch ausreichend ist hiernach das "potentielle Erklärungsbewusstsein" des Erklärenden. Eine Willenserklärung liegt (schon) vor, wenn dem Erklärenden seine Äußerung als auf die Verwirklichung einer Rechtsfolge gerichtet zugerechnet werden kann. Ob dem Erklärenden das auch aktuell bewusst ist, spielt insoweit keine Rolle.

³⁷ FEUERBORN IN HEIDEL/HÜBTEGE/MANSEL/NOACK, BGB vor § 116 Rn. 7.

³⁸ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, Einf. v. § 116 Rn. 17.

³⁹ Erdacht von ISAY, Willenserklärung, S. 25 f.; abgewandelt bei WOLF/NEUNER, § 32, Rn. 1.

⁴⁰ AcP 169 [1969], 232 ff.

⁴¹ JZ 1975, 1 ff.

⁴² BGH, NJW 1984, 2279, [2280](#); ebenso NJW 1995, [953](#).

Diejenigen Autoren, die eine Willenserklärung ohne Erklärungsbewusstsein nicht entstehen lassen wollen, berufen sich demgegenüber vor allem darauf, dass das Erklärungsbewusstsein ein unverzichtbarer Bestandteil des Rechtsgeschäfts sei: Wenn jemand sich nicht bewusst sei, dass er eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgebe, so gestalte er ein Rechtsverhältnis nicht in Selbstbestimmung.⁴³ Die oben erwähnte Lösung des BGH geht damit an den "Nerv der Privatautonomie", auf der die Rechtsgeschäftslehre beruht.⁴⁴ Auch der BGH räumt in seiner Entscheidung⁴⁵ ein, "dass ohne Erklärungsbewusstsein keine privatautonome Gestaltung in Selbstbestimmung vorliege".

Das OLG Düsseldorf stellt sich – in einem vor der Grundsatzentscheidung des BGH ergangenen Urteil⁴⁶ – noch auf den Standpunkt, dass ohne das Vorhandensein eines Erklärungsbewusstseins und weitergehend eines Geschäftswillens "von einer Willenserklärung tatbestandsmäßig nicht die Rede sein kann". Die Gegenauffassung sei "mit der Regelung des Gesetzes und mit der Idee der Privatautonomie nicht vereinbar". Nicht zutreffend ist allerdings der Hinweis des OLG Düsseldorf auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts.⁴⁷ Das RG spricht zwar von der auf die Erzeugung von Rechtswirkungen gerichteten Absicht des Erklärenden als Erfordernis eines Rechtsgeschäfts,⁴⁸ nimmt aber zu dem Problem, ob das Vorhandensein eines Erklärungsbewusstseins Voraussetzung einer Willenserklärung ist, ebenso wenig Stellung wie die ältere Rechtsprechung des BGH,⁴⁹ die diese Fragestellung ausklammert.

Nach der erwähnten Leitentscheidung des BGH⁵⁰ dürfte der Streit um die Bedeutung des Erklärungsbewusstseins für den Tatbestand der Willenserklärung praktisch entschieden sein. Die heute ganz h.M. folgt der Auffassung des BGH, dass ein Verhalten, das sich für den Erklärungsempfänger als Ausdruck eines bestimmten Rechtsfolgewillens darstellt, dem Erklärenden auch dann als Willenserklärung zuzurechnen ist, wenn er kein "aktuelles" Erklärungsbewusstsein hatte.⁵¹ Das "potentielle" Erklärungsbewusstsein genügt also; ob der Erklärende auch die subjektive Vorstellung hat, seine Äußerung werde vom Empfänger als Willenserklärung aufgefasst, ist unerheblich. Der Erklärende trägt folglich das "Erklärungsrisiko". Damit wird das Verkehrsinteresse gegenüber dem Schutz des Erklärenden deutlich bevorzugt. Dies ist auch angemessen; denn das Recht der Willenserklärung baut zwar auf der Selbstbestimmung des Rechtsträgers auf; es schützt in §§ 119, 157 BGB aber zugleich das Vertrauen des Erklärungsempfängers und die Verkehrssicherheit. Dies rechtfertigt es, den Erklärenden auch an solche Rechtsfolgen zu binden, die er sich nicht vorgestellt oder bewusst gemacht hat.⁵² Zur weiteren Illustration diene der folgende Fall.

⁴³ So CANARIS, S. 427 f.

⁴⁴ SCHACK, Rn. 204.

⁴⁵ BGH, NJW 1984, 2279.

⁴⁶ OLGZ 1982, 240 ff.

⁴⁷ RGZ 122, 138, 140.

⁴⁸ RGZ 68, 322, 324 f.; 122, 138, 140 f.

⁴⁹ NJW 1968, 2102, 2103.

⁵⁰ BGH, NJW 1984, 2279.

⁵¹ BGH NJW 2002, 3629, 3631; GRÜNEBERG/ELLENBERGER, Einf. v. § 116 BGB Rn. 17; RÜTHERS/STADLER BGB AT § 17 Rn. 8; BROX/WALKER BGB AT, § 4 Rn. 17, § 6 Rn. 16; ILLMER, in: HERBERGER/MARTINEK/RÜB-MANN/WETH/WÜRDINGER, jurisPK-BGB § 116, Rn. 5.

⁵² BGH NJW 1995, 953, 953.

Fall: Die Firma A befindet sich in finanziellen Schwierigkeiten. Sein Lieferant L macht weitere Lieferungen davon abhängig, dass A zur Sicherung rückständiger Verbindlichkeiten eine Bankbürgschaft über € 25.000,— beibringt. A erklärt, dass er sich um eine Bürgschaft der B-Bank bemühen werde. Wenige Tage später erhält L folgendes Schreiben der B-Bank:

"Unsere Bürgschaft⁵³ in Höhe von € 25.000,— zugunsten Firma A.

Zugunsten der Firma A haben wir gegenüber Ihrer Firma die selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von € 25.000,— übernommen. Bitte teilen Sie uns möglichst bald mit, wie hoch sich die Verpflichtungen der Firma A bei Ihnen derzeit belaufen."

L bestätigt den Eingang dieses Schreibens und teilt der B-Bank mit, dass rückständige Verbindlichkeiten in Höhe von € 27.500,— bestünden, die nunmehr mit der übernommenen Bürgschaft weitgehend abgesichert seien.

Hierauf antwortet die B-Bank:

"Unter Bezugnahme auf Ihr letztes Schreiben in dieser Angelegenheit müssen wir Ihnen mitteilen, dass wir keine Bürgschaft übernommen haben. A hat zwar die Bitte an uns herangetragen, eine Bürgschaft zu übernehmen. Hierüber ist aber nicht abschließend entschieden worden. Infolge eines Irrtums sind wir von einem bereits zustande gekommenen Bürgschaftsvertrag ausgegangen. Da bei uns zu keiner Zeit der Wille bestanden hat, uns durch Übernahme einer Bürgschaft rechtlich zu binden, bitten wir um Verständnis, dass wir keinerlei Zahlungen leisten werden."

Nachdem die Firma A in die Insolvenz geraten ist, nimmt L die B-Bank aus der Bürgschaft in Anspruch. Zu Recht?

Lösung:

L könnte gegen die B-Bank gemäß § 765 Abs. 1 einen Anspruch auf Zahlung von € 25.000,— haben. Dann müsste zwischen den Parteien ein Bürgschaftsvertrag zustande gekommen sein.

Das Angebot zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages könnte in dem ersten Schreiben der B-Bank an L zu sehen sein. Bedenken bestehen hinsichtlich des Erklärungsbewusstseins der B-Bank. Sie hat später geltend gemacht, dass der Inhalt des Schreibens auf einem Irrtum beruhe und dass die Erklärung ohne den Willen, sich rechtlich durch die Übernahme der Bürgschaft zu binden, abgegeben worden sei.

Allerdings liegt trotz fehlenden "aktuellen" Erklärungsbewusstseins 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.⁵⁴ Im vorliegenden Fall hat L dem Wortlaut des Schreibens entnehmen können, dass die zuständigen Gremien intern einem Bürgschaftsantrag zugestimmt haben. Dies gilt umso mehr, als A dem L gegenüber erklärt hat, dass er sich um eine Bürgschaft der B-Bank bemühen werde. Es

⁵³ Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, § 765 BGB.

⁵⁴ BGH, NJW 1984, [2279](#).

kommt hinzu, dass die Erklärung der B-Bank auch die sonstigen Voraussetzungen, die an eine Bürgschaftsverpflichtung zu stellen sind, erfüllt: der Hauptschuldner (A) ist zweifelsfrei bezeichnet; zum anderen sind auch die Forderungen, für die die Bank als Bürge eintreten soll, hinreichend bestimmbar (Forderungen aus Warenlieferungen des L an A). Bei dieser Sachlage durfte L die Erklärung der B-Bank als Willenserklärung zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages verstehen, da auch ein objektiver Beobachter das Verhalten der Bank so aufgefasst hätte.⁵⁵ Dies hätte auch die B-Bank bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen und vermeiden können. Sie muss sich daher so behandeln lassen, als wenn sie ein Angebot zum Abschluss eines Bürgschaftsvertrages abgegeben hätte. Der Bank ist ihre Äußerung also als Willenserklärung zuzurechnen.

Dieses Angebot der B-Bank müsste durch L angenommen worden sein. In dem Bestätigungsschreiben kommt der Wille des L, das Angebot anzunehmen, konkludent zum Ausdruck. Es ist daher ein wirksamer Bürgschaftsvertrag zustande gekommen. Es besteht auch eine der Bürgschaft zugrunde liegende Hauptforderung in Höhe von € 27.500,— aus Warenlieferungen von L an A (Akzessorietät der Bürgschaft).

L hat daher gegen die B-Bank einen Anspruch auf Zahlung von € 25.000,— gemäß § 765 Abs. 1.

Auf die Frage, ob die Bank berechtigt ist, die ihr zugerechnete Bürgschaftserklärung anzufechten, ist an dieser Stelle nicht weiter einzugehen. Die hiermit zusammenhängenden Fragen sind noch zu erörtern.⁵⁶

c) Der Geschäftswille

Der Geschäftswille, der nicht mit dem – dem objektiven Tatbestand der Willenserklärung zuzuordnenden – Rechtsbindungswillen gleichgesetzt werden sollte⁵⁷ – ist auf die rechtsgeschäftliche Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtet. Beim Rechtsbindungswillen geht es hingegen nicht um den "inneren Willen" der Erklärenden, sondern um die (im Wege objektiver Auslegung zu beantwortende) Frage, ob der auf eine bestimmte rechtliche Bindung gerichtete innere Wille in der Erklärung des Handelnden auch nach außen erkennbar bekundet wurde. Im BGB wird der Begriff Willenserklärung auch dann verwandt, wenn ein Geschäftswille überhaupt nicht vorhanden ist, so z.B. beim geheimen Vorbehalt (§ 116), der Scheinerklärung (§ 117) und der Scherzerklärung (§ 118). Daraus allein kann allerdings nicht geschlossen werden, dass der Geschäftswille kein Erfordernis einer Willenserklärung sei. Die in §§ 116 und 117 geregelten Fälle, in denen der Erklärende zwar das Erklärungsbewusstsein hat, ihm aber der Geschäftswille fehlt, stellen Sonderfälle dar, die nicht ohne Weiteres den Schluss gestatten, eine Willenserklärung bedürfe keines Geschäftswillens. Vielmehr lässt sich die Sonderregelung des § 116 BGB als gesetzliche (nicht rechtsgeschäftliche) *Haftung für den veranlassten Rechtsschein einer Willenserklärung* verstehen.⁵⁸

⁵⁵ Ebenda; a.A. STAUDINGER/SINGER, Vorbem. §§ 116 ff. BGB Rn. 28; CANARIS, Anm., NJW 1984, 2281.

⁵⁶ Vgl. § 2 II. 2.

⁵⁷ Staudinger/SINGER, Vorbem. §§ 116 ff. BGB Rn. 29.

⁵⁸ OLG Düsseldorf, OLGZ 1982, 240, 242; STAUDINGER/SINGER, § 116 BGB Rn. 1.

Ob sich umgekehrt den Vorschriften der §§ 119 ff. über die Anfechtung entnehmen lässt, dass das BGB das Vorhandensein eines – nicht notwendigerweise fehlerfreien – Geschäftswillens als unabdingbares Erfordernis einer Willenserklärung voraussetzt, ist allerdings ebenfalls zweifelhaft. Wenn das BGB indes dem Erklärenden für den Fall, dass der Geschäftswille nicht mit der Erklärung übereinstimmt oder sonst durch Irrtum oder Drohung beeinflusst ist, lediglich ein Anfechtungsrecht gewährt, deutet das darauf hin, dass der Geschäftswille *nicht* zum Tatbestand einer Willenserklärung gehört. Daher wird das Vorliegen eines Geschäftswillens heute ganz überwiegend nicht als Gültigkeitsvoraussetzung der Willenserklärung angesehen.⁵⁹

Nach heute h.M. gehört somit allein das Vorliegen des Handlungswillens zu den zwingenden subjektiven Voraussetzungen einer Willenserklärung. Ohne Handlungswillen kommt keine wirksame Willenserklärung zustande. Das fehlende aktuelle Erklärungsbewusstsein hindert das Vorliegen einer Willenserklärung hingegen nicht, "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".⁶⁰ Erforderlich ist also das sogenannte "potentielle Erklärungsbewusstsein". Der Geschäftswille hingegen wird, wie erwähnt, nach heute h.M. nicht mehr zum "konstitutiven" Tatbestand der Willenserklärung gezählt. Stimmt der Geschäftswille nicht mit der (objektiven) Erklärung überein, so ist die Willenserklärung folglich wirksam, kann aber u.U. (nach Maßgabe der §§ 119 ff. BGB) angefochten, also vernichtet werden.⁶¹

4. Bewusste Willensmängel

a) Überblick

Willenserklärungen können Mängel aufweisen. Es stellt sich dann die Frage, welche Rechtsfolgen an das Vorhandensein dieser Mängel geknüpft werden. Denkbar sind u.a.:

- die Nichtigkeit der Willenserklärung;
- die Vernichtbarkeit der Willenserklärung durch Anfechtung (vgl. § 142 Abs. 1 BGB) seitens des Erklärenden;
- die uneingeschränkte, auch nicht durch Anfechtung aufhebbare Wirksamkeit der Willenserklärung, weil der Adressat derselben auf die Gültigkeit vertraut hat und der Erklärende nicht schutzwürdig ist.

In den §§ 116 bis 118 BGB sind Fälle gesetzlich geregelt, in denen der Erklärende bewusst eine mit Mängeln behaftete Erklärung abgibt.

b) Der geheime Vorbehalt (§ 116 BGB)

Behält der Erklärende sich insgeheim vor, das Erklärte nicht zu wollen, so handelt er mit Erklärungsbewusstsein. Ihm fehlt allerdings der Geschäftswille. Dass derjenige,

⁵⁹ Z.B. JAUERNIG/MANSEL, Vorbem. zu §§ 116 BGB ff. Rn. 6; BITTER/RÖDER BGB Allgemeiner Teil § 7 Rn. 15; a.A. OLG Düsseldorf, OLGZ 1982, 240, 242; vgl. EISENHARDT, Einführung, § 3 Rn. 52.

⁶⁰ BGH, NJW 1984, 2279, 2279 ff.

⁶¹ Näher zum Ganzen unten [Nr. 5. b.](#)

der mit Erklärungsbewusstsein, aber ohne Geschäftswillen den Erklärungstatbestand geschaffen hat, sich gleichwohl an dem Erklärten festhalten lassen muss, beruht auf der Überlegung, dass das Vertrauen, das ein Adressat in die Wirksamkeit einer bewusst abgegebenen Erklärung setzt, Schutz verdient. Manches spricht dafür, dass § 116 BGB ein Fall gesetzlicher (nicht: rechtsgeschäftlicher) Haftung für den veranlassten Rechtschein einer Willenserklärung ist.⁶² Entscheidend ist allerdings, dass der geheime Vorbehalt der Wirksamkeit der Willenserklärung nicht entgegensteht.

Beispiel: A macht dem B ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages, behält sich aber insgeheim vor, den Abschluss des Vertrages nicht zu wollen. Stattdessen möchte er abwarten, ob er nicht einen höheren Kaufpreis von einem anderen Interessenten erzielen kann. B weiß davon nichts und erklärt sich mit dem Abschluss des Vertrages einverstanden. Der geheime Vorbehalt des A ist gemäß § 116 S. 1 BGB unbeachtlich. Als Willenserklärung ist wirksam; der Kaufvertrag kommt zustande. Eine Anfechtung der Erklärung (vgl. § 142 Abs. 1 BGB) ist nicht möglich.

Keinen Schutz verdient der Empfänger der Erklärung, wenn er den Vorbehalt kennt. Dem trägt § 116 S. 2 BGB Rechnung. Bei reiner Kenntnis des Erklärungsempfängers ist die Willenserklärung nichtig.

c) Die Scheinerklärung (§ 117 BGB)

Wird eine Willenserklärung im Einverständnis mit dem Adressaten – in Abgrenzung zu § 116 S. 2 BGB mit der vorherigen Kenntnis vor Abgabe der Willenserklärung – nur zum Schein abgegeben, so fehlt dem Erklärenden jedenfalls der auf die Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge gerichtete Geschäftswille.⁶³ Da der Adressat hier zudem nicht schutzwürdig ist, muss sich der Erklärende im Gegensatz zu § 116 S. 1 BGB nicht an der Erklärung festhalten lassen. Sie ist nichtig. Insofern erfolgt ein Gleichlauf mit § 116 S. 2 BGB.

Ein Einverständnis i.S. des § 117 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn der Adressat weiß, dass der abgegebenen Erklärung eine rechtliche Bindung nicht zukommen soll und er dies billigt. Liegt der Wille, eine Scheinerklärung abzugeben, nur auf einer Seite, so handelt es sich um einen Fall des § 116 BGB oder des § 118 BGB.⁶⁴

Beispiel: V (Unternehmer) verkauft an seinen Freund K einen gebrauchten PKW. Der vereinbarte Kaufpreis beträgt € 4.250,—. Um bei der Steuererklärung weiterhin Betriebsausgaben geltend zu machen und den Veräußerungsgewinn nicht zu versteuern, schließen V und K zum Schein schriftlich einen Leihvertrag ab. Als K später den Kaufpreis nicht zahlen möchte und auf die Unentgeltlichkeit (den Leihvertrag) besteht, kommt es zum Streit. Die Erklärungen, die V und K einverständlich zum Schein abgegeben haben, sind gemäß § 117 Abs. 1 nichtig. Der Leihvertrag sollte nur zum Schein geschlossen werden. K kann deshalb die Überlassung des PKW zum Gebrauch nicht unentgeltlich verlangen.

⁶² S. oben, [Nr. 3. b.](#)

⁶³ BGHZ 36, [84](#).

⁶⁴ STAUDINGER/SINGER, § 117 BGB Rn. [2](#), [9](#); "klassischer Fall des § 118".

Wird durch das Scheingeschäft ein anderes Geschäft verdeckt, das von beiden Parteien gewollt war, so ist dieses verdeckte Geschäft wirksam.

Zu dem vorhergehenden Beispiel: Der abgeschlossene Kaufvertrag ist durch das Scheingeschäft Leihe (i.S. des § 598 BGB) verdeckt. Während der Leihvertrag gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist, ist der Kaufvertrag nach § 117 Abs. 2 BGB wirksam, so dass sowohl V als auch K die Erfüllung des Kaufvertrages verlangen können.

Beispiel:⁶⁵ A tritt seinen Geschäftsanteil der X-GmbH, der einen Wert von € 75.000,— hat, durch notariell beurkundeten Vertrag an B ab. Aus steuerlichen Gründen wird das Entgelt in einen in der notariellen Urkunde offen ausgewiesenen Betrag in Höhe von € 15.000,— und in ein so genanntes Beratungshonorar aufgespalten. Das Honorar beträgt € 60.000,— und ist in monatlichen Raten zu je € 5.000,—, beginnend mit dem Monat des Vertragsabschlusses, zu zahlen. Die Aufspaltung geschieht ausschließlich zum Zweck der Steuerhinterziehung. Ohne diese Preisgestaltung hätten die Parteien den Vertrag nicht geschlossen. Sie sind sich darüber einig, dass das Beratungshonorar den größten Teil des Entgelts für den GmbH-Anteil darstellt und dass B nicht verpflichtet sein soll, Leistungen aus dem Beratungsvertrag zu erbringen. Die beurkundete Vereinbarung ist unter Berücksichtigung des vorgeschobenen Beratungshonorars als Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB anzusehen und damit nichtig. Das verdeckte Rechtsgeschäft, der Verkauf des GmbH-Anteils zum tatsächlich gewollten Entgelt (€ 75.000,—), ist nicht notariell beurkundet worden und könnte damit nichtig sein (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG, § 125 BGB). Der Formmangel wird jedoch durch die in der notariellen Urkunde enthaltene Abtretung des Gesellschaftsanteils geheilt, § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG. Ein weiteres Problem ergibt sich dadurch, dass das verdeckte Rechtsgeschäft – der Kaufvertrag – gemäß § 134 oder § 138 Abs. 1 nichtig sein könnte, weil es zum Zwecke der Steuerhinterziehung § 370 AO abgeschlossen worden ist.⁶⁶

Vertiefungshinweis: Der Abschluss von notariellen Grundstückskaufverträgen, in denen zum Schein ein zu niedriger Kaufpreis angegeben wurde um Grunderwerbsteuer zu verringern, ist ein in Praxis und Prüfungskonstellationen häufig auftretendes Problem.

Die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer richtet sich gem. §§ 8 I, 9 I Nr. 1 GrEStG grundsätzlich nach dem Wert der Gegenleistung, folglich dem Kaufpreis. Zum einen könnte es dem verdeckten Grundstückskaufvertrag zu einem höheren Kaufpreis an der notariellen Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB fehlen, bzw. gem. § 311b Abs. 1 S. 2 geheilt worden sein. Zum anderen könnte der Kaufvertrag gem. § 134 BGB i.V. § 370 AO nichtig sein.⁶⁷ Weiterhin könnte ein Kondiktionsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB an der Konditionssperre des § 817 S. 2 BGB scheitern.⁶⁸

⁶⁵ Nach BGH NJW 1983, [1843](#).

⁶⁶ Zur Nichtigkeit bei Steuerverkürzungsabreden: OLG Hamm, NJW 2023, [1891](#).

⁶⁷ BROX/WALKER, § 17 Rn. [13 f.](#); § 13 Rn. [21 ff.](#)

⁶⁸ Das Bereicherungsrecht wird in seinen Feinheiten erst im Modul 55106 Schuldrecht BT behandelt.

5. Das Fehlen des Erklärungsbewusstseins

a) Der Mangel der Ernstlichkeit (§ 118 BGB)

Eine nicht ernstlich gemeinte Erklärung, mit der der Erklärende keine rechtliche Bindung erzielen will und die er in der Absicht abgibt, der Adressat werde den Mangel der Ernsthaftigkeit nicht verkennen, ist nichtig (§ 118 BGB). Derjenige, der den objektiven Erklärungstatbestand schafft, handelt ohne (subjektives) Erklärungsbewusstsein und ohne Geschäftswillen. Bei § 118 BGB handelt es sich um den einzigen gesetzlich geregelten Fall, in dem (zusammen mit § 122 BGB) die Konsequenzen des fehlenden Erklärungsbewusstseins ausdrücklich bestimmt werden.⁶⁹

Nach dem Wortlaut des § 118 BGB ist die Willenserklärung auch nichtig, wenn der Mangel der Ernstlichkeit für Dritte objektiv nicht erkennbar ist.⁷⁰ Dies ist auch nur konsequent, da ein **objektiver Rechtsbindungswille** weiterhin bestehen muss. Die Willenserklärung ist selbst dann nichtig, wenn die Erwartung des Erklärenden, die Äußerung werde nicht ernst genommen, nach den Umständen nicht gerechtfertigt war.⁷¹ Sofern der Erklärende nachträglich feststellt, dass der Empfänger den "Scherz" nicht erkennt, kann ihn eine Aufklärungspflicht treffen.⁷²

In solchen Fällen wird allerdings derjenige, der auf die Wirksamkeit der Erklärung vertraut hat – der Adressat –, durch § 122 BGB geschützt. Mit § 122 BGB wird der Zweck verfolgt, denjenigen, der auf die Gültigkeit einer Willenserklärung vertraut, gegen Nachteile zu schützen, soweit dieses Vertrauen schutzwürdig ist.

Beispiel: Der Mieter M trifft am 1. April beim Verlassen der Wohnung den Vermieter S im Treppenhaus. S übergibt dem M lächelnd ein Schreiben, in dem S erklärt, er kündige dem M den Mietvertrag zum 30. Juni. Während S seine Äußerung als Aprilscherz betrachtet, gibt M auf seinem Weg zur Arbeit bei allen drei örtlichen Zeitungen für die Rubrik Wohnungssuche Kleinanzeigen auf. Als M am Abend dem S von seinen Bemühungen um eine neue Wohnung berichtet, deckt dieser seinen Scherz mit den Worten "April, April" auf. Gemäß § 118 BGB ist die Kündigungserklärung des S nichtig. Der Mietvertrag zwischen S und M besteht also fort. Allerdings muss S dem M den Schaden, den dieser infolge der Scherzerklärung erlitten hat (Kosten für alle Zeitungsanzeigen), nach § 122 Abs. 1 ersetzen, da M auf die Ernsthaftigkeit der Kündigungserklärung vertraut hat.

b) Sonstige Fälle

Außerhalb des Sonderfalls des § 118 BGB war lange Zeit streitig, welche Konsequenzen sich daraus ergeben, dass jemand durch sein Verhalten den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung schafft, ihm aber das **Erklärungsbewusstsein – und erst recht der Geschäftswille – fehlt**. Als Beispiel sei noch einmal der Fall genannt (vgl. oben das **Beispiel** unter 3. b.), dass jemand in der irrigen Annahme, es handele sich

⁶⁹ CANARIS, S. 549.

⁷⁰ BROX/WALKER BGB AT § 17 Rn. [6 ff.](#); STAUDINGER/SINGER, § 118 Rn. [3](#).

⁷¹ BROX/WALKER BGB AT § 17 Rn. [6 ff.](#)

⁷² MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 118 Rn. [12](#); BeckOK/WENDTLAND, BGB § 118 Rn. [7](#); BeckOGK/REHBERG, BGB § 118 Rn. [5.2](#).

um ein Glückwunschsreiben, ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages unterschreibt und damit den objektiven Tatbestand der Abgabe einer Willenserklärung schafft.

Geht man mit der ganz h.M. davon aus, dass lediglich das **"potentielle" Erklärungs-bewusstsein** ein unverzichtbarer Bestandteil einer Willenserklärung ist,⁷³ so fehlt es nur dann am Tatbestand einer Willenserklärung, wenn dem Erklärenden seine Äußerung **nicht als Willenserklärung zugerechnet** werden kann. Hätte der Erklärende hingegen bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen und vermeiden können, dass seine Erklärung vom Empfänger als Willenserklärung aufgefasst wird, so wird er (auch ohne "aktuelles" Erklärungs-bewusstsein) an seiner Äußerung (oder seinem Verhalten) festgehalten. Hiermit wird das Vertrauen desjenigen geschützt, der auf die für ihn erkennbare Willensäußerung einer anderen Person vertraut hat und der weder wissen noch prüfen konnte, ob diese Erklärungshandlung auch von einem "aktuellen" Erklärungs-bewusstsein getragen ist.

Bleibe man bei dieser Lösung stehen, so würde der Erklärende allein aufgrund von Zurechnungserwägungen dauerhaft an seine Willenserklärung gebunden. Denn das Fehlen des (aktuellen) Erklärungs-bewusstseins ist kein "Irrtum" i.S. von § 119 BGB (Anfechtungsgrund), der zur Anfechtung (§ 142 Abs. 1 BGB - anspruchsvernichtende Norm) berechtigt. Eine solche vollständige Gleichstellung von "Rechtsschein" (Anschein, dass eine vom Erklärungs-bewusstsein getragene Willenserklärung abgegeben wurde) und "Rechtswirklichkeit" (fehlendes aktuelles Erklärungs-bewusstsein) wäre kaum vereinbar mit den §§ 118, 122 (Scherzerklärung). Denn in diesem gesetzlich geregelten Fall fehlenden Erklärungs-bewusstseins hat der "enttäuschte" Erklärungsempfänger lediglich einen Anspruch auf das negative Interesse:⁷⁴ er wird nach § 122 Abs. 1 BGB so gestellt, als hätte er von dem Rechtsgeschäft nie etwas gehört, kann aber sein Interesse an der Durchführung des Vertrages geltend machen.

Außerdem ist zu beachten, dass zwischen demjenigen, der überhaupt nichts Rechtserhebliches erklären will, und demjenigen, der rechtsgeschäftlich etwas ganz anderes will (und sich deshalb in einem Erklärungs- oder Inhaltsirrtum [§ 119 BGB] befindet), kein grundsätzlicher Unterschied besteht. In beiden Fällen hat der Erklärende eine falsche Vorstellung über die Tragweite seiner Äußerung. Fehlt ihm das Erklärungs-bewusstsein, so geht er fälschlicherweise davon aus, überhaupt nicht rechtsgeschäftlich gebunden zu sein.⁷⁵ Hat er sich geirrt (§ 119 BGB), dann wollte er etwas anderes erklären als das, was er objektiv zum Ausdruck gebracht hat. Die Tragweite der Fehlvorstellung dürfte beim fehlenden "aktuellen" Erklärungs-bewusstsein sogar größer als in den Irrtumsfällen des § 119 BGB sein.

Daher ist es geboten, die **§§ 119, 121 f., 142 f. BGB** auf das Fehlen des Erklärungs-bewusstseins **analog** anzuwenden.⁷⁶ Eine *direkte* Anwendung der Anfechtungsvorschriften ist nicht möglich; denn beim fehlenden "aktuellen" Erklärungs-bewusstsein fallen zwar (subjektive) Willensebene und (objektiver) Erklärungstatbestand auseinander. Ein Irrtum i.S. von § 119 BGB liegt aber nicht vor. Fehlt dem Erklärenden bei

⁷³ Siehe oben [3.c](#).

⁷⁴ So zutreffend CANARIS, S. 548 f.

⁷⁵ BYDLINSKI, JZ 1975, 1, 5.

⁷⁶ Ganz h.M.; BGH NJW 1984, 2279, [2280 f.](#); BGH NJW 2017, [1660](#); BITTER/RÖDER § 7 Rn. [14, 85](#); GRÜNEBERG/ELLENBERGER Einf. v. § 116 Rn. 17; MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 119 Rn. [99 ff.](#)

seiner Äußerung das "aktuelle" Erklärungsbewusstsein, so kann er sich also *analog* §§ 119, 121, 142 f. BGB von seiner Erklärung lösen.⁷⁷

Exkurs: Eine analoge Anwendung einer Vorschrift kommt unter zwei Voraussetzungen in Betracht: 1) Es muss eine **planwidrige Regelungslücke** vorliegen. Es liegt also ein Lebenssachverhalt vor, der von keiner gesetzlichen Vorschrift umfasst wird. Hätte der Gesetzgeber den Fall gekannt, hätte er jedoch eine Regelung hierzu getroffen. 2) Es muss eine **vergleichbare Interessenlage** bestehen. Die Interessenlage ist vergleichbar, wenn sich beide Sachverhalte in den wesentlichen Elementen gleichen.

In Betracht kommt die Anwendung der Anfechtungsvorschriften freilich nur, wenn der Erklärende nach den dargestellten Zurechnungserwägungen zunächst rechtsgeschäftlich an seine Erklärung gebunden worden ist. Dies setzt voraus, dass er zumindest "potentielles Erklärungsbewusstsein" hatte. Fehlt selbst dieses (weil der Verkehr die Äußerung des Erklärenden nicht als Willenserklärung auffasst), so bleibt die Erklärung von vornherein (ohne den Weg über eine nachträgliche Anfechtung) ohne Rechtsfolgen. Zu beachten ist daher auch hier der Grundsatz, dass "Auslegung vor Anfechtung" geht.⁷⁸ In erster Linie ist also im Wege der Auslegung festzustellen, ob eine rechtsgeschäftliche Bindung zum Ausdruck gebracht wurde. Erst wenn diese Voraussetzung zu bejahen ist und wenn zugleich das aktuelle Erklärungsbewusstsein fehlt, kommt eine Anfechtung in Betracht.

Ficht der Erklärende an, so ist er dem anderen gegenüber gemäß § 122 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet. Gemäß § 122 Abs. 2 BGB entfällt diese Schadensersatzpflicht, wenn durch den objektiven Erklärungstatbestand ein schutzwürdiger Vertrauenstatbestand nicht geschaffen worden ist, wenn also der Adressat das Fehlen des Erklärungsbewusstseins kannte.

Für die beiden **Beispiele** (oben [S. 12](#)) ergeben sich daraus folgende Konsequenzen:

Im Fall der "Trierer Weinversteigerung" waren dem Besucher die Gebräuche einer Weinversteigerung nicht bekannt. Er wusste also nicht, dass das Heben des Armes in dieser Situation als eine durch konkludentes Verhalten abgegebene Willenserklärung angesehen wurde. Allerdings wird man verlangen können, dass sich der Besucher einer Weinversteigerung vorher über die dort zu geltenden Regeln und Gepflogenheiten informiert. Sein Verhalten kann ihm deshalb zugerechnet werden.⁷⁹

Im Ergebnis ebenso ist es im ersten **Beispiel**: Bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt hätte der Unterzeichnende feststellen können, was er unterschreibt. Er muss sich sein Erklärungsverhalten deshalb zurechnen lassen, obwohl ihm das Erklärungsbewusstsein gefehlt hat. Er ist allerdings gemäß § 119 Abs. 1 BGB zur Anfechtung berechtigt. Für den Fall, dass er von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht, könnte er aus § 122 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein.

⁷⁷ Zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Anfechtung vgl. im Einzelnen Kurseinheit 6 § 14.

⁷⁸ Kurseinheit 6, § 14 II 2. a.

⁷⁹ BORK, § 15, Rn. [597](#).

6. Das Fehlen des Geschäftswillens

Da der Geschäftswille nach heute **h.M. kein konstitutiver Bestandteil** einer Willenserklärung ist, hindert das Fehlen eines auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichteten Willens nicht das Vorhandensein einer Willenserklärung. Die Wirksamkeit der Willenserklärung hängt also nicht davon ab, ob sie vom Geschäftswillen getragen ist oder nicht. Die Fälle des fehlenden Geschäftswillens werden u.a. von § 119 Abs 1 BGB (direkt) erfasst; es kommt also im Einzelfall eine Irrtumsanfechtung nach §§ 119, 121 f, 142 f. BGB in Betracht.⁸⁰

7. Erklärungen von und mithilfe technischer Einrichtungen

Grundsätzlich können Willenserklärungen auch durch technische Einrichtungen erzeugt und übertragen werden. Dies ist vor allem seit dem Aufkommen von elektronischer Kommunikation vermehrt der Fall. Insbesondere die seit den 1990er Jahren steigende und heute nicht mehr wegzudenkende Verwendung von Computern in jeglicher Form (Personal Computer, Smartphone, „Intelligente“ Assistenten etc.) hat auch Auswirkungen auf den Vertragsschluss und damit auf Willenserklärungen. Wenngleich neue technische Phänomene und ihre Auswirkungen auf Willenserklärungen immer schon durch das Zivilrecht eingeordnet werden mussten, stellt die Anwendung von Computern spezielle Herausforderungen an die Behandlung damit in Verbindung stehender Willenserklärungen.⁸¹

a) Verwendung herkömmlicher technischer Hilfsmittel

Unproblematisch sind die Fälle, in denen diese Geräte als Hilfsmittel für die Erzeugung von Willenserklärungen verwendet werden, beispielsweise ein Personal Computer zum Verfassen und Versenden einer Willenserklärung per E-Mail. Denn eine Willenserklärung als eine Erklärung, die sich als *menschliches Erklärungshandeln* darstellt, liegt auch vor, wenn sich der Mensch zur Willensbildung oder zur Erklärung maschineller Hilfen bedient, z.B. Computer einsetzt. Dem Computer fehlt die Fähigkeit zu einem eigenen Entschluss; er ist Werkzeug des Menschen.⁸² Bei herkömmlicher Verwendung beruhen die vom Computer gefertigten und ausgedruckten Erklärungen in allen ihren Phasen der Herstellung auf dem Willen des Menschen, der die Maschine benutzt und sie gerade zum Erklärungszweck verwendet. Deshalb ist jedenfalls derjenige Mensch, der zur Benutzung der Maschine berechtigt ist, Erklärender im Rechtsinne.⁸³ Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen an eine Willenserklärung sind erfüllt, insoweit sich der Benutzer seiner Erklärung bewusst ist.⁸⁴

⁸⁰ STAUDINGER/SINGER, Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 29.

⁸¹ Vgl. KONERTZ/SCHÖNHOF, S. 81 ff.; Wiebe, S. 1 ff.

⁸² So bereits R. SCHMIDT, AcP 166 [1966], 1, 21.

⁸³ Vgl. STAUDINGER/SINGER, Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 57 m.w.N.

⁸⁴ FRITZSCHE, DNotZ 1995, 3, 8; nicht aber bei Reflexen oder ungewollten „Mausklicks“, SPINDLER/SCHUSTER/SPINDLER, Vorb. Zu §§ 116 BGB.

b) Automatische Erklärungen

Allerdings können Erklärungen auch automatisch erzeugt werden. Bei automatischen Erklärungen werden vorgefertigte Willenserklärungen als Reaktion auf Handlungen von anderen Personen als Folge einer Wenn-Dann-Regelung durch den Computer erzeugt. Bereits KÖHLER⁸⁵ hat aber gezeigt, dass auch mit Hilfe von EDV-Anlagen abgegebene "automatisierte Willenserklärungen" echte Willenserklärungen sind. Der Betreiber des Computers entscheidet also frei darüber, ob automatisch erzeugte Erklärungen überhaupt erzeugt werden und in den Verkehr gelangen.⁸⁶

Fraglich ist insbesondere, ob automatische Bestellbestätigungen als Annahme zu werten sind; dies ist im Rahmen der Auslegung zu ermitteln.⁸⁷ Der BGH hat im Jahr 2012 eine Annahmeerklärung des Unternehmens für einen Beförderungsvertrag durch eine automatisierte Buchungsbestätigung abgelehnt, weil für die Auslegung der Erklärung nicht auf die automatisierte Erklärung abzustellen sei; vielmehr komme es darauf an, was derjenige, der das automatisierte System als Kommunikationsmittel nutzt, nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verstehen darf.⁸⁸ Der Kläger hatte bei der Buchung nicht den vollständigen Namen eingegeben, allerdings eine automatisierte Buchungsbestätigung erhalten und somit angenommen, dass der Vertrag zustande gekommen war. Ist dagegen die automatische Bestätigung als Annahmeerklärung aufzufassen, so wird eine Willenserklärung zu bejahen sein. Das gilt auch, wenn dem Erklärenden das Erklärungsbewusstsein fehlt; denn die Bestätigung ist nach Treu und Glauben auch in diesem Fall als eine Annahme aufzufassen.⁸⁹ Bei automatischen Erklärungen sind in diesen Fällen die Tatbestandsvoraussetzungen einer Willenserklärung erfüllt. Solche Erklärungen sind daher Willenserklärungen derjenigen Person, die sich des Systems bedient, welches die automatische Erklärung erzeugt und in Verkehr bringt.⁹⁰

c) Erklärungen unter Anwendung von Künstlicher Intelligenz

In jüngerer Zeit findet sich auch die Anwendung von sog. „Künstlicher Intelligenz“ bei der Erzeugung und Übertragung von Willenserklärungen. Die Weiterentwicklung technischer Systeme hat dazu geführt, dass Systeme nicht mehr auf Willenserklärungen von Menschen eine vorgefertigte automatische Erklärung abgeben, sondern – scheinbar autonom – aufgrund von gelernten Verhaltensweisen Erklärungen generie-

⁸⁵ KÖHLER, AcP 182 [1982], 126, 133 f.

⁸⁶ STAUDINGER/SINGER, Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 57; KÖHLER, AcP 182 [1982], 126, 134 ff.

⁸⁷ MüKo/BUSCHE, BGB § 145 Rn. 13 ff.; MEHRINGS, MMR 1998, 30, 32.

⁸⁸ BGH NJW, 2013, 598 f.

⁸⁹ MüKo/BUSCHE, BGB § 147 Rn. 4.

⁹⁰ Vgl. JANAL, AcP 215 (2015), 830 ff.

ren und abgeben. Der Begriff der Künstlichen Intelligenz ist nicht trennscharf bestimmbar.⁹¹ Im weiten Verständnis handelt es sich bei Systemen der Künstlichen Intelligenz um deterministische⁹² Computerprogramme, deren mögliche Ausgaben im Verhältnis zu ihren Eingaben in praktischer Zeit nicht mehr vorherberechnet und damit überprüft werden können. Damit bringt das Verhalten derartiger Systeme praktische Unvorhersehbarkeiten mit sich. Zugleich besteht die Möglichkeit, dass derartige Systeme aufgrund von externen Einflüssen von ihrer Umwelt lernen,⁹³ womit eine gewisse Autonomie derartiger Systeme entsteht der zu weiter aufkommenden Problemen bei der Einordnung von Willenserklärungen geführt hat.⁹⁴

Bei der Anwendung von Künstlicher Intelligenz ist zwischen zwei Szenarien zu differenzieren: Der Anwendung als Hilfsmittel und der Anwendung als autonomer Erklärender. Im ersten Fall – beispielsweise bei der Verwendung spracherkennender smarter Assistenten – wird die Künstliche Intelligenz nur als Hilfsmittel der Verkörperung verwendet. Es macht keinen Unterschied, ob nun eine simple Textverarbeitung oder eine spracherkennende Künstliche Intelligenz zur Verkörperung verwendet wird. Probleme treten nur möglicherweise dann auf, wenn die Künstliche Intelligenz eine andere Erklärung verkörpert als vom Verwendenden gewollt. Liegt keine Handlung zu Grunde, fehlt es bereits am Handlungswillen und es liegt keine Willenserklärung vor. Gleiches gilt auch, wenn keine Erklärung gewollt war und damit kein Erklärungsbewusstsein vorliegt.⁹⁵ War eine Erklärung mit anderem Inhalt gewollt, kommt es darauf an, ob der Erklärende hätte mit Rücksicht auf Treu und Glauben erkennen können, dass er diese Erklärung abgibt. Wie dies zu beurteilen ist, hängt vom Einzelfall und der Implementierung des jeweiligen verwendeten Systems ab.

Anders einzuordnen sind hingegen Systeme, die eine Erklärung, die als Willenserklärung aufgefasst werden könnte, nicht mehr auf Basis einer Handlung eines Menschen erzeugen, sondern aufgrund von gelernten Verhaltensweisen eine solche durch Handlungen ihrer Umwelt generieren, also eine gewisse „Autonomie“ an den Tag legen. Ein treffendes Beispiel wäre ein „smarter“ Kühlschrank, der durch gelernte Präferenzen seiner Nutzer und dem bekannten Status vorhandener Lebensmittel selbstständig neue Artikel nachbestellt. Er erzeugt also Erklärungen, die aus Sicht des Verkehrs wie Willenserklärungen seines Benutzers wirken. Problematisch ist allerdings, dass außer der Inbetriebnahme keine weiteren Handlungen des Nutzers mehr vorliegen, sodass eine Willenserklärung hier regelmäßig ausscheidet. Im Gesamten ist die Einordnung derartiger Erklärungen noch nicht geklärt. Es bestehen Ansätze der sog. Blankett-Erklärung, einer Lösung über die Stellvertretung oder Lösungen über Haftungsansätze, die allerdings an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden sollen.⁹⁶

⁹¹ Die KI-VO definiert ein „KI-System“ in Art. 3 Nr. 1 als „ein maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können“.

⁹² Aufgrund der deterministischen Eigenschaft von Computern und dem Fehlen von echtem Zufall, ist aufgrund dieser Grenzen, jedes Computerprogramm deterministisch.

⁹³ Was aber keine notwendige Voraussetzung ist. Vgl. allgemein und ausführlich zum Begriff der „Künstlichen Intelligenz“, KONERTZ/SCHÖNHOF, S. 21 ff.

⁹⁴ Vgl. TEUBNER, AcP 2018 (2018), 155 ff.

⁹⁵ SPECHT/HEROLD, MMR 2018, 40, 42 f.

⁹⁶ Vgl. hierzu KONERTZ/SCHÖNHOF, S. 104 ff.; DORNIS, AcP 223 (2023), 717 ff.

Empfehlungen zum Nacharbeiten:

BGHZ 91, [324](#)

BGHZ 21, [102](#)

Zusätzliche Literatur:

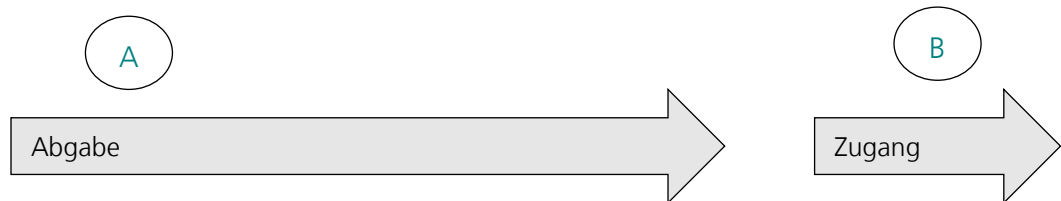
KONERTZ/SCHÖNHOF, Das technische Phänomen „Künstliche Intelligenz“ im allgemeinen Zivilrecht, Baden Baden 2020

WIEBE, Die elektronischen Willenserklärung, Tübingen 2002

§ 3 Das Wirksamwerden von Willenserklärungen

I. Die Empfangsbedürftigkeit von Willenserklärungen

Die mit einer Willenserklärung beabsichtigte Rechtsfolge tritt erst zu dem Zeitpunkt ein, in dem die Person, der gegenüber die Erklärung abzugeben ist, die Möglichkeit hat, diese Erklärung wahrzunehmen. Bis auf wenige Ausnahmen sind Willenserklärungen deshalb **empfangsbedürftig**. Das bedeutet: sie sind einer anderen Person gegenüber abzugeben.



Def.: Abgegeben ist eine Willenserklärung, wenn die Erklärung mit Wissen und Willen des Erklärenden so in Richtung auf den Empfänger auf den Weg gebracht wird, dass ohne sein weiteres Zutun der Zugang der Erklärung eintreten kann.

Wird die Erklärung hingegen ohne Wissen oder Willen des Erklärenden in Richtung auf den Empfänger auf den Weg gebracht (z. B.: der Sekretär der Erklärenden nimmt eine bereits gefertigte Erklärung von deren Schreibtisch und sendet sie ab; diese will aber noch einmal über seine Erklärung nachdenken), so soll sie keine Rechtswirkung herbeiführen.⁹⁷ Wenn die Erklärende das Inverkehrbringen einer solchen abhanden gekommenen Willenserklärung zu vertreten hat, dann kann dies ähnlich dem fehlenden Erklärungsbewusstsein behandelt werden;⁹⁸ die abhanden gekommene Willenserklärung kann der Erklärenden also als wirksam zugerechnet werden. Die Gegenansicht⁹⁹ bemängelt hieran, dass das Vertretenmüssen des Inverkehrbringens der Willenserklärung nicht dazu führen könne, dass die Erklärung auch als wirksam abgegeben gilt – ein vertraglicher Erfüllungsanspruch bestehe daher nicht. Eine andere Frage ist, ob und gegebenenfalls wie derjenige geschützt wird, der auf die Wirksamkeit der Erklärung vertraut hat.¹⁰⁰

II. Der Zugang

Im Hinblick auf das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen ist nach § 130 I BGB zu differenzieren zwischen:

- Willenserklärungen, die unter **Anwesenden** abgegeben werden,
- und
- Willenserklärungen, die unter **Abwesenden** abgegeben werden.

⁹⁷ MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. 13; siehe zum Mangel der Abgabe bei schriftlichen Willenserklärungen BGHZ 65, 13, 14.

⁹⁸ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 130 Rn. 4; LÖHNIG/FISCHINGER, § 3 Willenserklärung und Vertragsschluss, Rn. 124.

⁹⁹ BGH, NJW-RR 2006, 847, Rn. 29.

¹⁰⁰ BGHZ 65, 13, 15.

1. Willenserklärungen unter Anwesenden

Bei Willenserklärungen, die unter Anwesenden abgegeben werden, ist zu unterscheiden. Für verkörperte (insbesondere schriftliche) Willenserklärungen gelten dieselben Grundsätze wie für Willenserklärungen unter Abwesenden. Nicht verkörperte (also insbesondere gesprochene) Willenserklärungen unter Anwesenden hingegen werden in der Regel sofort mit ihrer Abgabe wirksam.

Beispiel: Der Kunde K fragt den Verkäufer V, wie viel ein bestimmtes Bild kostet. V sagt: "Ich gebe es ihnen für € 5.000,--." Sofort mit dieser Aussage ist die Willenserklärung des V wirksam.

Genauer: Eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die unter Anwesenden abgegeben wird, wird wirksam, wenn der Empfänger – derjenige, an den die Erklärung gerichtet ist (auch Adressat genannt) – die Erklärung sinnlich wahrnimmt. Bei gesprochenen Willenserklärungen ist das nach der **"strengen" Vernehmungstheorie** der Zeitpunkt, an dem der Empfänger die Worte *akustisch richtig vernommen* hat.

Vielfach wird von dieser "strengen" Vernehmungstheorie eine Ausnahme gemacht; genügen soll (heute wohl die h.M.) für den Zugang, *dass ein sorgfältig Erklärender davon ausgehen durfte, seine Erklärung sei akustisch richtig verstanden* worden (sog. **„gemäßigte“ Vernehmungstheorie**).¹⁰¹ Hiernach trägt der Empfänger (und nicht der Erklärende) das Risiko für Verständigungsprobleme (etwa Schwerhörigkeit), die für den Erklärenden nicht erkennbar sind. Ob der Empfänger auch den Sinn der Erklärung verstanden hat, ist indes für den Zugang nach beiden Auffassungen ohne Relevanz. Versteht der Empfänger aufgrund fehlender Sprachkenntnisse die Willenserklärung nicht (z. B. im Verkehr mit Ausländern oder im Ausland), so wollen manche Autoren allerdings auch dies als Zugangsproblem einordnen.¹⁰² Brauche der Adressat die Erklärung in einer für ihn fremden Sprache nicht gelten zu lassen, so sei der Zugang zu verneinen. Richtigerweise dürfte es sich dabei jedoch um ein Auslegungs- und Irrtumsproblem handeln.¹⁰³

Wird unter Anwesenden ein Brief übergeben, in dem eine Willenserklärung enthalten ist, so genügt nach herrschender Auffassung¹⁰⁴ – wie bei der Willenserklärung unter Abwesenden – der Zugang, der hier durch Aushändigung des Schriftstückes erfolgt, um die Willenserklärung wirksam werden zu lassen. Ob der Empfänger die Erklärung auch zur Kenntnis nimmt, ist unerheblich.

Willenserklärungen, die per Telefon abgegeben werden, werden einhellig als Willenserklärungen unter Anwesenden angesehen, vgl. § 147 I 2 Alt. 1 „Fernsprecher“. Personen, die viele tausend Kilometer voneinander entfernt sind und telefonische Willenserklärungen austauschen, werden also wie "Anwesende" behandelt.

Darüber hinaus ist je nach technischer Ausstattung ein unmittelbarer Dialog zwischen Sender und Empfänger möglich. Unmittelbare Kommunikation "in Echtzeit", ist unproblematisch bei einem (Video-) Chat, gegeben, daher gleicht die Interessenlage der-

¹⁰¹ EISFELD, JA 2006, 851, 854; LANGE, JA 2007, 766; WEILER, JuS 2005, 788, 791; MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. 28; Bork, § 16 Rn. 631.

¹⁰² Z. B. RÜTHERS/STADLER, § 17 Rn. 56.

¹⁰³ Zur Auslegung Kurseinheit 4 § 8 und zum Irrtum Kurseinheit 6 § 13 II.

¹⁰⁴ MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. 27; WEILER, JuS 2005, 788, 791; BAG NJW 2005, 1533.

jenigen beim Austausch von Willenserklärungen unter Anwesenden. Mündliche Willenserklärungen, die "online" während eines Video-Chats zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger abgegeben werden, gehen daher nach den Grundsätzen der (eingeschränkten) "Vernehmungstheorie" zu.¹⁰⁵ Auch bei sogenannten Instant-messaging-Diensten¹⁰⁶ - dazu gehören unter anderem der erste internetweite Instant-Messenger ICQ, aber auch aktuell sehr beliebte Plattformen wie WhatsApp, Telegram oder Signal – besteht die Möglichkeit der „unmittelbaren Kommunikation“. Wird hingegen per E-Mail (oder früher: per Fax oder Fernschreiben) kommuniziert, handelt es sich um Willenserklärungen unter "Abwesenden".¹⁰⁷

Zur Differenzierung, ob die Erklärung unter An- und Abwesenden erfolgt, wird häufig darauf abgestellt, ob sie verkörpert ist oder nicht. Es häufen sich in der Literatur Stimmen an, die eine solche Beurteilung für nicht mehr zeitgemäß halten.¹⁰⁸ Vermehrt auf die unmittelbare Kommunikation abgestellt, denn diese kann bei einem Telefonat ebenso wie bei einem Chat gegeben sein und spricht für die Behandlung als Erklärung unter "Anwesenden". Andererseits können auch mündliche Erklärungen (z.B. auf einer Mailbox) "unter Abwesenden" abgegeben werden, wenn es an einer direkten Kommunikation fehlt. Dann gilt – ebenso wie für E-Mails, SMS sowie für verkörperte (schriftliche) Willenserklärungen – § 130 I BGB. Trotz dieser technischen Möglichkeiten bestand überwiegend Einigkeit darüber, dass weder die Anwesenheit der Parteien bzw. das Bestehen eines direkten Vermittlungskontaktes noch die Nichtverkörperung bzw. Nichtspeicherung der Erklärung Umstände darstellten, die ein Abweichen von der in § 130 Abs. 1 S.1 BGB statuierten Risikoverteilung zu Lasten des Erklärenden begründen können. Entscheidendes Kriterium für die Beurteilung, ob die Erklärung wie unter An- oder Abwesenden zu bewerten ist, muss wie oben schon erwähnt aber die Möglichkeit der dauerhaften Speicherung der Nachricht sein. Neuerdings bieten die Messenger-Dienste die Option an, dass Nachrichten nach dem Einmal-Sehen gelöscht werden. In diesem Fall kann unproblematisch von einer Erklärung unter Anwesenden auszugehen sein. Bei Messenger-Diensten ist also auf den jeweiligen Einzelfall zu schauen und darauf abzustellen, ob die Nachricht nach dem Einmal-Sehen gelöscht wurde – dann ist sie wie eine Erklärung unter Anwesenden zu beurteilen, oder ob die Nachricht dauerhaft abgespeichert wird. Dann ist die Erklärung unter Abwesenden erfolgt.¹⁰⁹

2. Willenserklärungen unter Abwesenden

Das Gesetz regelt in den §§ 130 ff. BGB, wann Willenserklärungen wirksam werden, die gegenüber abwesenden Personen abgegeben werden.

Daraus folgt: **Empfangsbedürftige Willenserklärungen**, die in Abwesenheit des Adressaten abgegeben werden und in einem Brief enthalten sind, aber auch solche, die mündlich durch einen Boten überbracht werden, werden in dem Moment wirksam, in dem sie dem Empfänger zugehen.

¹⁰⁵ Dazu oben [§ 3 II. 1.](#)

¹⁰⁶ Definition von Instant-messaging-apps: Internetdienste, die eine text –oder zeichenbasierte Kommunikation in Echtzeit ermöglichen.

¹⁰⁷ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 147 BGB Rn. 5.

¹⁰⁸ MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. [17 ff.](#); BeckOK/WENDTLAND BGB § 130 Rn. [29.](#)

¹⁰⁹ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 130 Rn. 7 a; BeckOGK/GOMILLE, BGB § 130 Rn. [36 ff.](#)

§ 130 BGB enthält keine Definition des Begriffes des Zugehens (Zugang). Das RG¹¹⁰ vertrat bereits die Ansicht, es genüge, dass derjenige, dem gegenüber eine Willenserklärung abgegeben wird, in eine Lage versetzt wird, die ihm unter gewöhnlichen Verhältnissen (Krankheit, Abwesenheit von zu Hause etc. kommen dabei nicht in Betracht) die Möglichkeit gewährt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Sobald diese Voraussetzung erfüllt ist, wird die Willenserklärung wirksam (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Darauf, ob und wann der Empfänger von der Erklärung Kenntnis genommen hat, kommt es nicht an.¹¹¹

Für den Zugang gilt daher:¹¹²

Def.: Eine Willenserklärung ist **zugegangen**, wenn sie in verkehrsüblicher Weise so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, sie zur Kenntnis zu nehmen.

Beispiel: Ein Brief des K an den S, in dem K gegenüber S eine empfangsbedürftige Willenserklärung abgibt, ist zugegangen, wenn der Briefträger den Brief in den Kasten gesteckt hat und S normalerweise die Möglichkeit hat, den Brief an sich zu nehmen und zu lesen.

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die in Abwesenheit der Person abgegeben wird, an die sie gerichtet ist, wird demnach wirksam, wenn sie dem Empfänger zugeht, er sie also normalerweise zur Kenntnis nehmen kann. Unerheblich ist, ob der Empfänger die Willenserklärung tatsächlich zur Kenntnis nimmt. Maßgeblich für das Wirksamwerden der Willenserklärung, die an einen Abwesenden gerichtet ist, ist demnach der Zugang, nicht die Kenntnisnahme.

Beispiel (in Anlehnung an das vorhergehende Beispiel): Die Willenserklärung des K, die in einem Brief enthalten ist, wird wirksam, wenn sie dem S am 26. Juni 2023 zugeht. Die Erklärung ist zugegangen, wenn der Briefträger den Brief am 26. Juni 2023 in den Briefkasten gesteckt hat und S normalerweise die Möglichkeit hatte, den Inhalt des Briefes zur Kenntnis zu nehmen. Wenn S den Briefkasten zwei Tage lang nicht leert, obwohl er es hätte tun können, also auch den Brief nicht zur Kenntnis nimmt, ändert das nichts daran, dass die in dem Brief enthaltene Willenserklärung schon am 26. Juni 2023 wirksam wird; denn im Hinblick auf das Wirksamwerden einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist gemäß § 130 Abs. 1 der Zeitpunkt des Zugangs, nicht aber der Zeitpunkt der Kenntnisnahme entscheidend.

Der Zugang markiert einen Risikoübergang. Daraus ergibt sich, dass die Kriterien für einen wirksamen Zugang wegen des damit verbundenen Risikoüberganges so deutlich erkennbar sein müssen, dass der Absender sein Verhalten danach einrichten kann. Der Absender muss an ein Verhalten anknüpfen können, "mit dem der Empfänger die Grenze seines Machtbereichs in einer Weise markiert hat, dass der Absender annehmen konnte, vom Erreichen dieses Punktes ab werde der Empfänger das Risiko

¹¹⁰ RGZ 60, 334, [336](#).

¹¹¹ BGH NJW 1964, [1951](#).

¹¹² BGHZ 67, 271, [275](#); BGH NJW 1965, 965, [966](#); RGZ 142, 402, [407](#); MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 BGB Rn. [16](#); FLUME, § 14 3 b).

der Erklärungskenntnis tragen".¹¹³ Die erkennbaren Anstalten, die der Empfänger entweder allgemein oder für einen bestimmten Einzelfall für den Empfang der verkörpert Erklärung getroffen hat, sind als Kriterien für die Entscheidung darüber heranzuziehen, ob eine Willenserklärung zugegangen ist oder nicht. Dabei muss sich der Erklärende darauf verlassen können, dass mit dem Überschreiten der durch die getroffenen Empfangsvorkehrungen gezogenen Grenze sein Risiko im Hinblick auf die Erklärung endet und das Kenntnisnahmerisiko auf den Empfänger übergeht.¹¹⁴

Zu solchen Empfangsvorkehrungen, die der Empfänger wegen der an ihn gerichteten Willenserklärungen trifft, gehören auch technische Maßnahmen, z.B. das Anbringen eines Briefkastens und das Mieten eines Postfaches. Wenn der Absender eine schriftliche Willenserklärung in einen von dem Empfänger dafür bestimmten Briefkasten gelegt hat, so kann man aber darüber streiten, ob die Willenserklärung auch dann i.S. des § 130 Abs. 1 zugegangen ist, wenn sie zu einer Zeit in den Briefkasten geworfen wird, zu der der Empfänger den Briefkasten üblicherweise nicht mehr leert. Für elektronische Vorrichtungen gilt der aktuellen Rechtsprechung des BGH: Sofern der Empfänger zum Ausdruck gebracht hat, Rechtsgeschäfte in der elektronischen Form –sei es per E-Mail oder per WhatsApp– abzuschließen, gehört die Vorrichtung zu seinem Machtbereich.¹¹⁵

Für das Anlegen eines E-Mail-Postfaches für den Geschäftsverkehr gilt: Das Hineingelangen der Erklärung in den Aufnahmebereich des Empfängers bedeutet, dass dieser Bereich objektiv bestimmt und normalerweise geeignet sein muss, eine Erklärung anzunehmen und zu speichern.¹¹⁶ Die Möglichkeit der Speicherung ist vorhanden, wenn es nur noch vom Empfänger abhängt, ob die Erklärung ihrer fortgesetzten Verfügbarkeit zugeführt wird. Dabei ist auf gewöhnliche Verhältnisse abzustellen.¹¹⁷ Das bedeutet, dass der Empfänger dann über die Möglichkeit der Kenntnisnahme verfügt, wenn seine Empfangseinrichtung die eintreffenden Erklärungen ordnungsgemäß speichert und zum Abruf bereithält. Dies sicherzustellen, liegt in der Risikosphäre des Empfängers. Die Funktionstüchtigkeit der Empfangsvorrichtung zu garantieren, liegt außerhalb der Einflussphäre des Absenders. Der Empfänger trägt also das Speicher- und Abrufisiko. Der Begriff der Speicherung ist hierbei wie folgt zu verstehen: Was für den einfachen Brief der Briefkasten ist, das ist für die elektronisch übermittelte Erklärung der Empfangsspeicher des Empfängers. Das bedeutet z.B., dass eine Erklärung schon dann zugegangen ist, wenn die Erklärungssignale vollständig in die Empfangseinrichtung des Adressaten gelangt sind und die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht¹¹⁸. Arbeitet der Computer des Empfängers mangelhaft und gelingt deshalb die Speicherung oder der Abruf nicht und geht die Erklärung deshalb sogar verloren, so fällt das dem Empfänger zur Last. Entscheidend ist nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH letztlich, ob der Empfänger zum Ausdruck gebracht hat, Rechtsgeschäfte in

¹¹³ DILCHER, AcP 154 [1955], 120, 128.

¹¹⁴ So H. DILCHER, AcP 154 [1955], 120, 128.

¹¹⁵ BGH, MMR 2023, 136, [137 f.](#), MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 BGB Rn. [18.](#); WERTENBRUCH, JUS 2020, 481, [485](#).

¹¹⁶ BeckOGK/GOMILLE, BGB § 130 Rn. [36 ff.](#)

¹¹⁷ BURGARD, AcP 195 [1995], 74, 104

¹¹⁸ BGH NJW 2022, [3791](#); BeckOK/WENDTLAND, BGB § 130 Rn. [15](#).

der elektronischen Form – sei es per E-Mail oder per WhatsApp – abzuschließen. Sofern dies gegeben ist, gehört die Vorrichtung zu seinem Machtbereich.¹¹⁹

Beispiel: Der Vermieter V legt dem Mieter M um Mitternacht eine Kündigungserklärung in den Briefkasten. Geht man davon aus, dass die Kündigung um Mitternacht zugegangen ist, so ist sie sofort wirksam. Das hat zur Folge, dass der V die Kündigung nicht mehr durch eine am darauffolgenden Morgen in den Briefkasten des M eingeworfene Widerrufserklärung widerrufen und damit aus der Welt schaffen kann (§ 130 Abs. 1 S. 2).

Die Zugangswirkung kann nicht jederzeit eintreten.¹²⁰ Abzustellen ist auf die Kenntnisnahmemöglichkeit unter **normalen Verhältnissen**. Das bedeutet: Die Zugangswirkung tritt in dem Zeitpunkt ein, in dem die Überprüfung der Empfangsvorkehrung – also z.B. das Leeren des Briefkastens – nach den Regeln des täglichen Lebens erwartet werden kann. Wer Wert darauf legt, dass die Zugangswirkung auch zu ungewöhnlichen Zeiten, wie z.B. in der Nacht eintritt, ist schließlich nicht daran gehindert, den Empfänger aufzusuchen und ihm die Willenserklärung zu übergeben.¹²¹ Die *tatsächliche* Kenntnisnahme führt freilich in jedem Fall den Zugang herbei.¹²²

Auf das vorhergehende **Beispiel** bezogen bedeutet dies: Die um Mitternacht in den Briefkasten des M eingeworfene Kündigungserklärung ist nicht sofort wirksam. Sie würde am darauffolgenden Morgen wirksam, wenn M um diese Zeit den Briefkasten normalerweise leert. Wenn V am frühen Morgen einen Widerruf der Kündigung in den Briefkasten steckt, so geht der Widerruf gleichzeitig mit der Kündigung i.S. des § 130 Abs. 1 S. 2 zu. Die Kündigung ist deshalb nicht wirksam.

Unter Kaufleuten besteht eine gesteigerte Pflicht, geeignete Empfangsvorkehrungen zu treffen, damit insbesondere fristgebundene Erklärungen wie Kündigungen, Mängelrügen oder Fristsetzungen während der Geschäftszeiten zugehen können. Daher muss ein Gewerbebetrieb einer gewissen Größe dauernd damit rechnen, dass während der Geschäftszeiten rechtsgeschäftliche Erklärungen eingehen, und deswegen dafür Sorge tragen, dass an seine Geschäftsadresse gerichtete Briefe oder sonstige Erklärungen zugestellt werden können.¹²³ Auch bei vorübergehender Ortsabwesenheit (Geschäftsreise, Urlaub) hat ein Kaufmann sicherzustellen, dass an ihn gerichtete Post zugehen kann oder einen Vertreter erreicht.¹²⁴ Versäumt er dies, kann er sich auf den verspäteten Zugang seiner Geschäftspost nicht berufen.¹²⁵

¹¹⁹ BGH, MMR 2023, 136, [137 f.](#), MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 BGB Rn. [18](#).; WERTENBRUCH, JUS 2020, 481, [485](#).

¹²⁰ Z.B. MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. [17 ff.](#)

¹²¹ So im Ergebnis auch STAUDINGER/SINGER, § 130 Rn. [73 ff.](#)

¹²² GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 130 BGB Rn. 5.

¹²³ OLG Celle NJW 1974, [1386](#); z.B. MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. [16](#).

¹²⁴ BROX/WALKER, § 7 [Rn. 9](#).

¹²⁵ OLG Celle NJW 1974, [1386](#).

3. Dritte im Übermittlungsweg

Bei der Übermittlung der Willenserklärung können allerdings auch Personen eingesetzt werden, die vom Erklärenden oder vom Empfänger hinzugezogen werden. Diese Personen können bevollmächtigte Personen (Empfangsvertreter), Erklärungsboten oder Empfangsboten sein.

a) Empfangsvertreter

Besteht eine Vollmacht (Rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nach §§ 166 Abs. 2 S. 1, 167 Abs. 1) zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, so umfasst diese in der Regel auch die Vollmacht zur Entgegennahme der entsprechenden Erklärungen des anderen Teils, es handelt sich also um einen Passivvertreter (§ 164 Abs. 3).¹²⁶ Bei Passivvertretern ist hinsichtlich des Zugangs der Zeitpunkt maßgebend, in dem die Voraussetzungen des Zugehens in der Person des Vertreters, der an die Stelle des Vertretenen tritt, erfüllt sind.¹²⁷ Bereits zu diesem Zeitpunkt geht die Willenserklärung mit Wirkung für und gegen den Adressaten zu.

b) Empfangsbote

Um einen Empfangsboten handelt es sich, wenn die Mittelsperson zur Entgegennahme von Willenserklärungen geeignet und ermächtigt ist oder nach der Verkehrsauffassung als geeignet und ermächtigt anzusehen ist, diese Mittelsperson ist dann eine "personifizierte Empfangseinrichtung des Empfängers".¹²⁸ Ist die Mittelsperson Empfangsbote und hat sie Kenntnis von der Willenserklärung, dann ist diese zwar in den Machtbereich des Empfängers gelangt, jedoch noch nicht zugegangen. Der Zugang tritt erst zu dem Zeitpunkt ein, in welchem der Empfänger bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse die (theoretische) Möglichkeit der Kenntnisnahme hat, bei tatsächlicher vorheriger Kenntnisnahme zum Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme. Denn als dessen Übermittlungswerkzeug soll der Empfangsbote die Willenserklärung entgegennehmen und an ihn weiterleiten, also noch eine Tätigkeit entfalten, um dem Adressaten die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verschaffen.¹²⁹ Da Erklärender und Erklärungsempfänger nicht zeitgleich anwesend sind, handelt es sich um eine Willenserklärung unter Abwesenden.¹³⁰ Übermittelt der Empfangsbote falsch, verspätet oder überhaupt nicht, so geht dies zu Lasten des Empfängers.¹³¹

c) Erklärungsbote

Der Erklärungsbote überbringt eine bereits fertige Willenserklärung des Erklärenden an den Empfänger.¹³² Der Zugang der Willenserklärung tritt erst zu dem Zeitpunkt ein, in dem der Erklärungsbote die Willenserklärung tatsächlich an den Empfänger über-

¹²⁶ MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 BGB Rn. 27; GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 130 BGB Rn. 8.

¹²⁷ BGH NJW 2002, 1041; WM 2003, 1820; Staudinger/Singer/Benedict, § 130 BGB Rn. 54.

¹²⁸ BGH NJW-RR 1989, 757, 758; a. A. STAUDINGER/ SINGER/BENEDICT, § 130 BGB Rn. 58.

¹²⁹ BGH NJW-RR 1989, 757, 758.

¹³⁰ MünchKomm/SCHUBERT, BGB § 164 Rn. 90 ff.

¹³¹ BROX/WALKER, § 24 Rn. 6; GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 130 Rn. 9, vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 120 Rn. 2 ff.

¹³² Kurskript KE 6, § 16 I. 3.

mittelt hat. Übermittelt der Erklärbote falsch, so geht dies zu Lasten des Erklärenden. Es besteht aber die Möglichkeit der Anfechtung (§§ 120, 119 BGB).¹³³ Erklärbote ist also, wer weder Empfangsvertreter noch Empfangsbote ist.

In der Regel sind folgende Personengruppen zum Empfang geeignet und bestimmt:

- kaufmännische Angestellte in einem Betrieb;¹³⁴
- Angehörige, sofern sie sich in der Wohnung des Adressaten befinden;¹³⁵
- Ehepartner, auch außerhalb der Wohnung.¹³⁶

Beispiel: E ist Eigentümerin eines achtstöckigen Wohnhauses, in dem sich 16 Wohnungen befinden, die sie vermietet hat. Sie selbst wohnt nicht in diesem Haus. E möchte dem im siebten Stock wohnenden M kündigen. Sie verfasst eine schriftliche Kündigungserklärung, die sie dem M selbst aushändigen will. Als sie M in seiner Wohnung nicht antrifft, übergibt E das Kündigungsschreiben an den im 5. Stock wohnenden B mit der Bitte, den Brief an M auszuhändigen. Dieser erhält das Schreiben eine Woche darauf von B.

Dem M zugegangen und damit wirksam geworden ist die Willenserklärung erst in dem Moment, in dem B dem M das Schreiben übergab. B war keine für den Empfang einer an M gerichteten Willenserklärung geeignete und bestimmte Person. Übergibt der Absender die Erklärung an eine nicht zum Empfang geeignete und bestimmte Person, so ist diese Person lediglich Überbringer (Bote) des Absenders.¹³⁷

4. Besonderheiten

Bedarf eine empfangsbedürftige, einem Abwesenden gegenüber abzugebende Willenserklärung der notariellen Beurkundung, wird die Willenserklärung erst wirksam, wenn dem Erklärungsempfänger eine Ausfertigung der Notarurkunde zugeht.¹³⁸

Nach § 130 Abs. 2 ist es für das Wirksamwerden einer Erklärung ohne Bedeutung, wenn der Erklärende nach der Abgabe der Erklärung stirbt oder die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit verliert.¹³⁹ § 130 Abs. 2 geht von dem Regelfall aus, dass sich die Willenserklärung beim Tode des Erklärenden auf dem Wege zum Adressaten befindet und die Zustellung alsbald erfolgt. Diese Vorschrift beruht u.a. auf dem Gedanken, dass der Erklärungsempfänger meist nicht oder doch nicht zur geeigneten Zeit erfährt, dass der Urheber der Willenserklärung verstorben oder geschäftsunfähig geworden ist, und deshalb in eine für ihn unter Umständen mit erheblichen Nachteilen verbundene Lage geraten würde, wenn er im Vertrauen auf den Bestand der ihm zugegangenen Willenserklärung Vorkehrungen trifft und sich später in diesem Vertrauen getäuscht sieht.¹⁴⁰

¹³³ Im Einzelnen str., vgl. MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB § 120 Rn. 2 ff.

¹³⁴ MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. 25.

¹³⁵ RGZ 91, 62; nach BAG DB 1976, 1018 auch die Zimmervermieterin.

¹³⁶ BECKOGK/GOMILLE, BGB § 130 Rn. 106.

¹³⁷ Vgl. dazu MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. 26; RGZ 60, 334, 336.

¹³⁸ BGHZ 130, 71 ff.

¹³⁹ Bedeutung findet diese Vorschrift im (erb- und sachenrechtlichen) Bonifatiusfall, RGZ 83, 223

¹⁴⁰ So mit Hinweis auf die Motive BGHZ 48, 374, 380.

III. Einzelfälle

1. Unterhält der Empfänger ein **Postschließfach**, so geht ihm die schriftliche Willenserklärung in dem Moment zu, in dem üblicherweise das Postschließfach geleert wird.¹⁴¹
2. Für **Telegramme** galt (bis zur Einstellung dieses Dienstes durch die Deutsche Post zum 31.12.2022) das für den Brief Gesagte entsprechend. Wurde der Inhalt dem Empfänger telefonisch mitgeteilt, so war die Erklärung mit der mündlichen Übermittlung zugegangen.¹⁴²
3. Wird eine Willenserklärung per **Telefax** übermittelt, wenn üblicherweise mit einer Kenntnisnahme gerechnet werden kann, d.h. bei Privatleuten ist sie im Regelfall mit Abschluss des Druckvorganges im Empfängergerät des Adressaten zugegangen¹⁴³; bei Geschäftsleuten jedoch nur, wenn dies während der üblichen Geschäftsstunden geschieht, sonst mit dem Beginn der nächsten Geschäftsstunden.¹⁴⁴
4. Die in einem **Übergabe-Einschreiben** niedergelegten Willenserklärungen gehen dem Empfänger erst mit der Übergabe des Briefes an ihn selbst oder an eine zur Annahme berechtigte Person zu. Der vom Postboten in den Briefkasten des Empfängers eingeworfene Benachrichtigungszettel (gelber oder roter Auslieferungsschein) kann mit der Einschreibsendung selbst nicht gleichgestellt werden, weil ein solcher Zettel keinen Hinweis auf den Absender und den Inhalt der Sendung enthält.¹⁴⁵

Allerdings geht es zu Lasten des Empfängers, wenn er das Einschreiben trotz ordnungsgemäßer Benachrichtigung nicht abholt. Ihn trifft eine Obliegenheit, den Brief bei der Poststelle abzuholen. Sofern er mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen rechnen musste, muss er sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als wäre die Erklärung zugegangen.¹⁴⁶

5. Umstritten ist, wann eine per E-Mail gegenüber einem **Unternehmer** übermittelte Erklärung zugeht. Vertreten werden dabei zwei Zeitpunkte: beim Eingang auf dem Mailserver, oder wenn nach der Verkehrssitte üblicherweise mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann.

Nach einer Ansicht geht eine E-Mail dem Empfänger dann zu, wenn sie abrufbereit im Postfach liegt und der Absender mit einer Kenntnisnahme nach dem üblichen Geschäftsablauf rechnen kann. Dabei wird der Mailserver als „elektronischer Briefkasten“ behandelt, bei dem mit einem Mailabruf z.B. stündlich, zwei Mal täglich oder in anderen Intervallen zu rechnen ist. Anzunehmen ist hiernach, dass ein Abruf der E-Mails im Geschäftsverkehr spätestens bis zum Ende der Geschäftszeit zu erwarten ist. Eine nach der Geschäftszeit eingegangenen Mail geht somit erst zu, wenn mit der tatsächlichen

¹⁴¹ BAG NJW 1984, 1651, [1652](#); vgl. MünchKomm/EINSELE, § 130 Rn. [19](#); a.A. FLUME, § 14, 3 c.

¹⁴² RGZ 105, 255, [256](#).

¹⁴³ MünchKomm/EINSELE, § 130 BGB Rn. [20](#).

¹⁴⁴ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 130 BGB Rn. 7; kritisch STAUDINGER/SINGER, § 130 BGB Rn. [75](#).

¹⁴⁵ BGH NJW 2017, 68, [69 f.](#); BGH NJW 1998, 976, 977; RÜTHERS/STADLER, BGB AT § 17 Rn. [44](#).

¹⁴⁶ BGHZ 67, 271, [279](#).

Kenntnisnahme zu rechnen ist, nämlich am nächsten Morgen zu Beginn der Geschäftszeiten.¹⁴⁷

Eine andere Ansicht nimmt an, dass eine E-Mail bereits in dem Zeitpunkt zugeht, in dem die Nachricht auf dem Mailserver des Empfängers abrufbereit zur Verfügung gestellt wird. Private E-Mail-Adressen können zum Machtbereich dazugezählt werden, wenn sie der Empfänger dem Empfang rechtsgeschäftlicher Erklärungen gewidmet hat. Eine solche "Widmung" kann sich z.B. daraus ergeben, dass er auf diese Kommunikationsmöglichkeit (beispielsweise im Briefkopf oder auf Visitenkarten) hingewiesen oder sie sogar selbst benutzt hat.¹⁴⁸ Bereits beim Eingang habe der Empfänger die Möglichkeit, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen. Irrelevant sei dabei, ob der Empfänger von seinem Mail-Programm über den Eingang informiert oder in welchen Ordner („Posteingang“, „Spam“) die Mail einsortiert werde.¹⁴⁹

Der BGH hat sich dieser Auffassung für den unternehmerischen Verkehr innerhalb der „üblichen Geschäftszeiten“ angeschlossen.¹⁵⁰ Dies hat zur Folge, dass dem Empfänger keine Zeitspanne zugebilligt wird, in der er üblicherweise tatsächliche Kenntnis von der Mail nehmen kann. Bei einer praxisnahen Auslegung im unternehmerischen Verkehr würde dies bedeuten, dass der Unternehmer „Alles stehen und liegen lässt“, um sofort sein Mail-Programm zu öffnen. Weitere Folge ist, dass eine einmal per E-Mail übermittelte Willenserklärung nur noch widerrufen werden kann, wenn dem Absender ein besonderes Widerrufsrecht zusteht; ein Widerruf nach § 130 Abs. 1 S.2 BGB ist praktisch ausgeschlossen.¹⁵¹

Fall: V fragt bei seinem Kollegen K an, ob dieser einen gebrauchten Opel Astra zum Preise von € 900,— kaufen wolle, und erbittet die Antwort bis spätestens 30.9.2023. K wirft am 30.9.2023 um 20 Uhr ein Schreiben in den Briefkasten des V, in dem er sich zur Übernahme des Wagens bereit erklärt. Als V das Schreiben am 1.10.2023 vorfindet, teilt er K mit, er könne den Wagen nicht mehr abgeben, da er sich am Vorabend beim Abschluss des Kaufvertrages über einen Neuwagen bereits zur Inzahlunggabe des Opels verpflichtet habe.

Kann K von V Übergabe und Übereignung des Wagens verlangen?

Aufgabe 1:

Beantworten Sie diese Frage bitte schriftlich und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am [Ende](#) dieser Kurseinheit!

¹⁴⁷ BREHM, AT, Rn. 168; STAUDINGER/SINGER/BENEDICT, (2021) BGB § 130, Rn. [75](#); EFFER-UHE, JZ 2016, 770 (777 f.); EINSELE, LMK 2023, [801038](#).

¹⁴⁸ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 130 Rn. 7a; a.A. noch ULTSCH, NJW 1997, 3007.

¹⁴⁹ WERTENBRUCH, JUS 2020, 481, [485](#); GRÜNEBERG/ELLENBERGER Rn. 7a.

¹⁵⁰ BGH NJW 2022, 3791, [3792](#); BGH, MMR 2023, 136, [137 f.](#)

¹⁵¹ BACHMANN, NJW 2022, 3791, [3793](#), Faust, RDf 2023, 85, [85 f.](#)

IV. Von § 130 BGB abweichende Vereinbarungen über die Erklärungswirkung

Nach herrschender Meinung¹⁵² ist § 130 BGB nicht zwingendes Recht, so dass durch Vereinbarung eine von § 130 BGB abweichende Bestimmung über das Wirksamwerden verkörperter – in der Regel schriftlicher – Willenserklärungen getroffen werden kann. Durch solche Vereinbarungen kann der Zugang vereinfacht, aber auch erschwert werden. Ersteres ist z.B. dann der Fall, wenn bestimmt wird, dass die Willenserklärung bereits mit ihrer Abgabe wirksam werden soll. In der Praxis werden jedoch häufig besondere Zugangserfordernisse vereinbart, die das Wirksamwerden der Willenserklärung erschweren.

Beispiel: G ist ein Großunternehmen, das in vielen deutschen Städten Filialen unterhält. Verträge mit den Kunden werden überwiegend durch Stellvertreter des Unternehmens in den Filialen geschlossen. G vereinbart mit dessen Kunden, dass Rücktritts- und Anfechtungserklärungen sowie Mängelanzeigen nur dann ihr gegenüber wirksam werden sollen, wenn die Erklärungen nicht in der jeweiligen Filiale, sondern der Zentrale in Frankfurt a.M. zugehen.

Eine solche von § 130 BGB abweichende Regelung ist grundsätzlich möglich. Eine Einschränkung ergibt sich jedoch aus § 309 Nr. 13 BGB. Danach sind *Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen* unwirksam, wenn Erklärungen, die dem Verwender der AGB gegenüber abzugeben sind, an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden.

In der Praxis war es in der Vergangenheit häufig zu beobachten, dass die Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen dazu neigten, zu ihren Gunsten das Wirksamwerden eigener, an die Kunden gerichteter Willenserklärungen durch *Zugangsfiktionen* zu erleichtern, indem sie etwa das Wirksamwerden von Willenserklärungen an den Eintritt bestimmter Tatsachen knüpften. Fiktionen des Zugangs in AGB sind nach § 308 Nr. 6 BGB unwirksam, sofern die AGB eine Klausel enthalten, die vorsieht, "dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Teil als zugegangen gilt".

Beispiel: Auszug einer Klausel in den AGB einer Bank: "Schriftliche Mitteilungen der Bank gelten nach dem gewöhnlichen Postlauf als zugegangen, wenn sie an die letzte der Bank bekannt gewordene Anschrift des Kunden abgesandt worden sind." Es handelt sich dabei um eine Regelung, die von § 130 BGB abweicht.

Schickt eine Bank, die in ihre AGB eine Klausel dieser Art aufgenommen hat, einem Darlehensschuldner eine so genannte Kreditkündigung, so wird diese Willenserklärung nicht durch die Zugangsfiktion mit Zeitablauf wirksam, weil die entsprechende Klausel gemäß § 308 Nr. 6 BGB unwirksam ist. Auf welche Art und Weise die Kündigung wirksam wird, richtet sich nach § 130 BGB.

Häufig werden auch *erschwerzte Übersendungsformen* vereinbart, die *Beweiszwecken dienen* sollen, wie z.B. der eingeschriebene Brief. Der Zugang der Willenserklärung richtet sich allein nach § 130 BGB. Das bedeutet, die Erklärung kann auch gemäß

¹⁵² BGHZ 130, 71, [75](#); MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 BGB Rn. [12](#); STAUDINGER/SINGER, § 130 BGB Rn. [22](#); FLUME, § 14, 2.

§ 130 BGB wirksam werden, wenn sie entgegen der getroffenen Vereinbarung befördert wurde.¹⁵³

V. Der Widerruf von Willenserklärungen

Das BGB verwendet den Begriff „Widerruf“ im Hinblick auf Willenserklärungen. Zunächst wirksame Willenserklärungen können mit der Folge widerrufen werden, dass sie vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Widerrufs, der selbst eine Willenserklärung ist, unwirksam werden.

Eine Willenserklärung kann widerrufen werden, ohne dass es schon zu einem angestrebten Vertragsschluss gekommen ist (vgl. z.B. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB). Durch den Widerruf einer Willenserklärung kann aber auch, wenn ein Widerrufsrecht eingeräumt ist, ein bereits zustande gekommener Vertrag mit Wirkung von nun an (ex nunc) beendet werden. Das ist z.B. bei Verbraucherverträgen (§ 355 BGB) und beim Auftrag (§ 671 BGB) der Fall.

Eine Willenserklärung, die erst mit dem Zugang beim Adressaten wirksam wird, kann widerrufen und damit nicht wirksam werden. Eine Willenserklärung wird nicht wirksam, wenn dem Empfänger vor deren Zugang oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB).

Auch der Widerruf ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung.

Beispiel: A bestellt schriftlich bei Weinhändlerin W 100 Flaschen Moselwein. Noch am selben Tag bereut er seine Bestellung und schreibt an W, er möchte seine Bestellung rückgängig machen. W findet am nächsten Tag in ihrem Briefkasten die Bestellung und den Widerruf des A. Der Widerruf ist damit gleichzeitig mit der Willenserklärung zugegangen, auf die er sich bezog. Infolgedessen ist die Bestellung gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nicht wirksam geworden.

Zweifelhaft ist, ob ein Widerruf, der später zugeht als die Willenserklärung, auf die er sich bezieht, die Wirksamkeit der Willenserklärung beseitigt, wenn der Empfänger den Widerruf vor der Erklärung oder gleichzeitig **zur Kenntnis** nimmt.

Abwandlung: A bereut die Bestellung erst am nächsten Tag. Er schickt ein Brief an W, in dem er seine Bestellung widerruft. Während das Schreiben mit der Bestellung schon morgens im Briefkasten der W und mittags noch ungeöffnet auf ihrem Schreibtisch liegt, wird der Brief erst um 16 Uhr zugestellt. W liest es und bearbeitet erst danach die auf seinem Schreibtisch liegende Post. Dabei öffnet sie auch das Bestellschreiben des A und nimmt den Inhalt zur Kenntnis.

Das RG¹⁵⁴ hat deutlich darauf hingewiesen, § 130 Abs. 1 S. 2 BGB bestimme auch für den Widerruf der empfangsbedürftigen Willenserklärung, dass der Widerruf nur wirksam sei, wenn er dem Empfänger vor oder gleichzeitig mit der ersten Willenserklärung zugehe. Da eine Willenserklärung, wie oben dargelegt, auch ohne wirkliche Kenntnisnahme durch den Empfänger zugehen und damit wirksam werden kann, ist es

¹⁵³ BGH NJW 2004, [1320](#); MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 BGB Rn. [12](#).

¹⁵⁴ RGZ 91, 60, [63](#).

zutreffend, allein auf den Zugang und nicht auf den Zeitpunkt der Kenntnisnahme von der einen oder anderen Erklärung abzustellen.¹⁵⁵

Auf das vorhergehende **Beispiel** angewandt bedeutet dies: Das Schreiben mit der Bestellung (die erste Willenserklärung) ist auch ohne Kenntnisnahme durch W i.S.d. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen und damit wirksam geworden. Der in dem Brief enthaltene Widerruf konnte das Wirksamwerden der ersten Willenserklärung nicht mehr verhindern, weil er nicht gleichzeitig, sondern später zugegangen ist (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB).

Eine andere Frage ist die, ob derjenige, der sich auf den verspäteten Zugang des Widerrufs beruft, gegen Treu und Glauben verstößt. Dabei könnte in Betracht gezogen werden, dass bei demjenigen, der zunächst den Widerruf zur Kenntnis nimmt und erst danach die Willenserklärung, auf die sich der Widerruf bezieht, noch kein schützenswertes Vertrauen in die Wirksamkeit der widerrufenen Erklärung entstanden ist.¹⁵⁶ Eine solche Auffassung ist nach der zutreffenden Meinung des Reichsgerichts¹⁵⁷ „mit der klaren und jeden Zweifel ausschließenden Bestimmung des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nicht vereinbar.“ Nach dieser Vorschrift ist allein der Zeitpunkt des Zugehens, nicht aber der der wirklichen Kenntnisnahme maßgebend.

Gemäß § 355 Abs. 1 und 2 BGB hat ein Verbraucher (§ 13 BGB), **dem im Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Norm eingeräumt wird**, nach Abschluss eines Vertrages mit einem Unternehmer (§ 14 BGB) 14 Tage Zeit (§ 355 Abs. 2 BGB), seine Willenserklärung zu widerrufen, wenn er sich vom Vertrag lösen will. Hat der Verbraucher eine Widerrufserklärung abgegeben, ist er sowie der Unternehmer „an seine auf den Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden“ (§ 355 Abs. 1 S. 1 BGB). Das bedeutet, ein Vertrag ist zunächst einmal wirksam zustande gekommen; der Verbraucher kann sich von demselben allerdings durch Widerruf lösen. Von diesem Zeitpunkt an ist der Vertrag, der bis zu diesem Zeitpunkt bestanden hat, beendet.

Fall: K arbeitet als Kfz-Schlosser in der Kraftfahrzeugwerkstatt des I. Als er wegen angeblich schlampiger Arbeit vom Meister getadelt wird, ist er so wütend, dass er noch am selben Tag ein Schreiben aufsetzt, mit dem er seine Kündigung zum nächstmöglichen Termin erklärt. Dieses Schreiben wirft er anschließend in den Postkasten.

Am nächsten Morgen bereut K jedoch, seinen gut dotierten Arbeitsplatz so leichtfertig aufgegeben zu haben. Er begibt sich deshalb sofort in das Büro des I und fragt diesen, ob sein Schreiben schon angekommen sei; er wolle "das mit der Kündigung rückgängig machen". I entgegnet daraufhin, das Schreiben sei bereits vor einer Stunde vom Postboten gebracht worden. Er habe es zwar noch nicht gelesen. Aber wenn es Kündigung des K enthalte, sei daran jetzt wohl nichts mehr zu ändern.

Hat K das Arbeitsverhältnis wirksam gekündigt?

¹⁵⁵ So schon RGZ 60, 334, [338](#).

¹⁵⁶ So RÜTHERS/STADLER, § 17 Rn. [65](#).

¹⁵⁷ RGZ 91, 60, [63](#).

Aufgabe 2:

Beantworten Sie diese Frage bitte schriftlich und vergleichen Sie Ihre Ausführungen anschließend mit der Lösung am [Ende](#) dieser Kurseinheit!

VI. Zugangshindernisse

Verschiedene Umstände können dazu führen, dass eine an den Empfänger gerichtete und abgesandte Willenserklärung nicht (unmittelbar) zugeht. § 149 BGB betrifft den Fall von Unregelmäßigkeiten bei der Beförderung (z.B. ein Streik bei der Post). Der Antragsempfänger soll darauf vertrauen dürfen, dass eine Annahmeerklärung, die den Antragenden bei normalem Lauf der Dinge rechtzeitig erreicht hätte, zum Vertragsschluss führen kann, selbst wenn sie den Antragenden im konkreten Fall verspätet erreicht hat. Danach wird die verspätete Annahmeerklärung als rechtzeitig zugegangen fingiert. Voraussetzung hierfür ist, dass die Verspätung für den Antragsempfänger erkennbar ist und er die Verspätung nicht rechtzeitig angezeigt hat.¹⁵⁸

Es bestehen hingegen keine gesetzlichen Regelungen, wie mit anderweitigen Zugangsverzögerungen und Zugangsverhinderungen umgegangen werden sollen. Die Lösung kann nur unter Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen und Risikosphären gefunden werden. In der Rechtsprechung und Literatur haben sich verschiedene Fallgruppen gebildet, die sich einer Lösung annähern sollen.

1. Zugangsverzögerung

Die Zugangsverzögerung wird in der Fallbearbeitung relevant, wenn die Rechtzeitigkeit der Willenserklärung von Bedeutung ist, insbesondere bei der Einhaltung von Fristen. Dabei stellt sich die Frage, in welche Risikosphäre eine fehlende Empfangseinrichtung (fehlender Briefkasten, fehlendes Namensschild, ausgeschaltetes Faxgerät, überfüllte E-Mail-Box) fällt. Eine allgemeine Pflicht, Empfangsvorkehrungen für Willenserklärungen zu treffen, besteht zwar nicht.¹⁵⁹ Ihn kann aber eine entsprechende Obliegenheit treffen, wenn er auf Grund bestehender oder angebahnter vertraglicher oder gesetzlicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen zu rechnen hat.¹⁶⁰ Ein Arbeitnehmer oder Mieter muss mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen (z.B. Kündigung) rechnen. Wer seine Faxnummer oder E-Mail-Adresse im Rechtsverkehr angibt, muss er sich um eine funktionierende Empfangsmöglichkeit kümmern.¹⁶¹

- a) Liegt die Verzögerung in der **Risikosphäre des Erklärenden**, ist die Willenserklärung verspätet und die beabsichtigte Rechtsfolge kann nicht eintreten. Der Erklärende muss ggf. einen neuen Zustellungsversuch unternehmen.

¹⁵⁸ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 149 Rn. 1; MünchKomm/BUSCHE, BGB § 149 Rn. 1.

¹⁵⁹ BAG NZA 2006, 204, [205 f.](#); MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. [34](#); BeckOGK/GOMILLE BGB § 130 Rn. [51](#).

¹⁶⁰ BeckOK/WENDTLAND, BGB § 130 Rn. [22](#); MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. [36](#).

¹⁶¹ BROX/WALKER, § 7 Rn. [23](#).

- b) Liegt die Verzögerung in der **Sphäre des Empfängers**, so ist die Erklärung tatsächlich verspätet zugegangen. Auf ein Verschulden des Adressaten kommt es dabei nicht an; es genügt, dass die Zugangsverhinderung oder -verzögerung in seiner Sphäre liegt.¹⁶² Heute wird dem Erklärenden eine Wahlmöglichkeit eingeräumt. Bemüht er sich nicht um einen nachträglichen Zugang, dann treten die Rechtsfolgen der Erklärung nicht ein. Will er seine Erklärung wirksam werden lassen, muss er, soweit es erforderlich und ihm zumutbar ist, unverzüglich (d.h. ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 S.1 BGB) einen erneuten Zustellungsversuch unternehmen.¹⁶³ Hierfür kann er auch gemäß § 132 Abs. 1 BGB einen Gerichtsvollzieher beauftragen. Dieser hat Zugriff auf die Datenbank des Einwohnermeldeamtes und kann z.B. bei Umzügen die neue Anschrift ermitteln. Sofern der Empfänger unbekannt verzogen ist, kommt eine öffentliche Bekanntgabe gemäß § 132 Abs. 2 BGB in Betracht.

Obwohl der Erklärende einen neuen Zustellungsversuch unternehmen muss, so lag die verspätet zugegangene Erklärung doch in der Risikosphäre des Erklärungsempfängers. Deshalb muss sich der Empfänger so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung schon zum Zeitpunkt des ersten Zustellungsversuches zugegangen. Die Annahmeverweigerung gewinnt also, wenn und soweit es auf den Zeitpunkt des Zugangs ankommt, nur dann Bedeutung, wenn es später doch noch zu einem Zugehen der Erklärung kommt.¹⁶⁴

Beispiel: A macht dem B ein bindendes Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages und setzt ihm eine Frist von 14 Tagen für die Annahme des Angebotes. Innerhalb dieser Frist verlegt A sein Geschäftslokal, ohne dies dem B und der Post ordnungsgemäß anzuzeigen. Dadurch geht dem A die Annahmeerklärung des B nicht innerhalb von 14 Tagen, sondern wegen der Nichtanzeige des Umzuges bei der Post und der infolgedessen verzögerten Postzustellung erst nach 16 Tagen. A beruft sich nun darauf, die Annahmeerklärung sei nicht rechtzeitig zugegangen. Da A hier die Gründe für den verspäteten Zugang selbst gesetzt hat, muss er nach der Auffassung des BGH nach Treu und Glauben den verspäteten Zugang als rechtzeitig zugegangen gegen sich gelten lassen.¹⁶⁵

2. Zugangsverhinderung/Zugangsvereitelung

- a) Eine **berechtigte Verweigerung** durch den Empfänger geht zu Lasten des Erklärenden (z.B. wegen fehlender bzw. ungenügender Frankierung oder unrichtiger bzw. zweifelhafter Adressierung).¹⁶⁶ Die Erklärung ist nicht zugegangen.

¹⁶² HEIDEL/HÜBTEGE/MANSEL/NOACK/FAUST, BGB Allgemeiner Teil, BGB § 130 Rn. [71](#).

¹⁶³ BROX/WALKER, § 7 Rn. [24](#).

¹⁶⁴ Vgl. RGZ 110, 34, [37](#); BAG NZA 2006, 204, [205](#).

¹⁶⁵ BGH NJW 1988 2788, [2788 f.](#)

¹⁶⁶ BeckOK/WENDTLAND, BGB § 130 Rn. [21](#).

- b) Für den Fall, dass ein Empfänger **grundlos oder arglistig** den Zugang einer Willenserklärung **verhindert**, gilt die Erklärung in dem Moment als zugegangen (Fiktion), in dem sie ohne die Annahmeverweigerung zugegangen wäre, obwohl sie nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Bereits das RG hatte die Zugangsfiktion aus dem Rechtsgedanken der §§ 162 und 815 BGB hergeleitet.¹⁶⁷ Nach diesen Bestimmungen gelten eine Bedingung und ein mit einer Leistung bezweckter Erfolg als eingetreten, wenn der Eintritt wider Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB vereitelt worden ist. Niemand soll aus einer treuwidrig herbeigeführten Lage Vorteile ziehen.¹⁶⁸ In Abgrenzung zur einfachen Zugangsverhinderung und -verzögerung ist kein erneuter Zustellungsversuch erforderlich. Es handelt sich um eine echte Zugangsfiktion.¹⁶⁹ *Arglist* in diesem Sinne liegt vor, wenn der Empfänger den Inhalt der Erklärung kennt oder mit dem Zugehen einer Erklärung bestimmten Inhalts rechnet und deshalb die Annahme verweigert.¹⁷⁰ Etwa durch gezieltes Entfernen des Namensschilds am Briefkasten, Ausschalten des Faxgerätes, oder das Telefon nicht abnimmt und keinen Anrufbeantworter eingestellt hat.

Beispiel: An der deutlich sichtbaren Absenderangabe auf dem Brief, den der Postbote dem K übergeben will, erkennt dieser, dass das Schriftstück von seinem Gläubiger W stammt. K ahnt, dass es sich um die Mahnung einer nicht beglichenen Kaufpreisschuld handelt. Spontan verweigert er dem Postboten gegenüber die Annahme des Briefes. Da K den Empfang des Briefes ohne triftigen Grund ablehnt, ist davon auszugehen, dass die Mahnung in dem Zeitpunkt des Übergabeversuchs durch den Postboten zugegangen ist.

Fall: Am 06.11.2023 macht U dem M ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über ein Cello in Höhe von 5.000 €. Das Angebot ist auf drei Wochen befristet. M sendet am 08.11.2023 ein Einschreiben an U, indem er mitteilt, dass er das Angebot des U annehme. Der Postbote P trifft den U weder am 10.11.2023 noch bei einem zweiten Zustellungsversuch am 11.11.2023 an. Er hinterlässt deshalb im Briefkasten des U einen Benachrichtigungszettel mit der Information, dass für ihn ein eingeschriebener Brief bei seinem Postamt niedergelegt worden sei. U bereut sein Angebot gegenüber M, da er am 07.11.2023 erfahren hat, dass M Fan vom Fußballverein „Blau-Weiß“ ist. U dagegen ist Fan vom Fußballverein „Schwarz-Gelb“ und möchte mit Personen, die dem Erzrivalen „Blau-Weiß“ angehören, nichts zu tun haben. Da er vermutet, dass das Schreiben von M stammt, holt er das Einschreiben in den darauffolgenden Tagen nicht ab. Am 15.11.2023 geht das Einschreiben mit dem Vermerk, dass der Empfänger zwar benachrichtigt, aber nicht angetroffen wurde, wieder an M zurück.

Ist die Annahme zugegangen, und wenn ja zu welchem Zeitpunkt?

¹⁶⁷ RGZ 58, 406, [408 f.](#)

¹⁶⁸ WERTENBRUCH, JuS 2020, 481, [488](#).

¹⁶⁹ RGZ 95, 315, [317 ff.](#); BGH NJW 1983, 929, [930 f.](#), BeckOK/WENDTLAND, BGB § 130 Rn. [23](#).

¹⁷⁰ BGH NJW 1998, 976 ([977](#)); BGH NJW-RR 2007, 1567 Rn. [22](#).

Lösung:

Indem M das Einschreiben zur Post gebracht hat, hat er seine Erklärung so in Richtung de U auf den Weg gebracht, dass U ohne weiteres Zutun Kenntnis von ihrem Inhalt erlangen konnte. Die Annahmeerklärung ist somit abgegeben worden. Die Annahme des M müsste dem U auch zugegangen sein. Die Annahmeerklärung könnte hier durch den Einwurf der Benachrichtigungskarte durch P am 11.11.2023 zugegangen sein. Zweifel bestehen bezüglich des Zugangs eines Einschreibens, wenn die Postbotin dem nicht angetroffenen Empfänger eine schriftliche Mitteilung hinterlässt, es sei für ihn ein eingeschriebener Brief hinterlegt. Einschreibebriefe gehen grundsätzlich mit der Aushändigung an den Empfänger zu. Der Einwurf in einen Briefkasten bewirkt den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist. Dem Empfänger geht allein das von der Postzustellerin gefertigte Benachrichtigungsschreiben zu. Dieser Zettel unterrichtet den Empfänger, dass für ihn eine Einschreibesendung bei der Post zur Abholung bereitliegt. Er enthält aber keinen Hinweis auf den Absender des Einschreibebriefs und lässt den Empfänger im Ungewissen darüber, welche Angelegenheit die Einschreibesendung zum Gegenstand hat. Bei der einfachen Benachrichtigung über die Hinterlegung eines Einschreibens bei einer Poststelle ist somit nicht zwangsläufig mit der Kenntnisnahme des Inhalts des Briefes zu rechnen. Kann ein Einschreibebrief wegen Abwesenheit des Empfängers nicht zugestellt werden, ist er auch dann nicht zugegangen, wenn der Postbote einen Benachrichtigungszettel hinterlässt.¹⁷¹ Damit ist die Annahmeerklärung nicht durch den Einwurf der Benachrichtigung zugegangen.

Möglicherweise gilt die Erklärung aber gem. § 242 BGB als zugegangen (Fiktion). Wer aufgrund bestehender oder angebahnter vertraglicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen zu rechnen hat, muss Vorkehrungen treffen, dass ihn derartige Erklärungen auch erreichen. Wird der Zugang treuwidrig vereitelt, so wird er fingiert. Zu prüfen ist daher, ob U nach Treu und Glauben § 242 BGB bzw. nach den Rechtsgedanken der §§ 162 und 815 BGB so zu behandeln ist, als habe ihn die nicht zugegangene Willenserklärung doch erreicht.¹⁷²

U vermutet, dass es sich bei dem eingeschriebenen Brief um die Annahmeerklärung des M auf sein abgesendetes Angebot handele. Darüber hinaus muss er damit rechnen, dass M das befristete Angebot zeitnah annimmt. Ihn trifft deshalb die Obliegenheit, alles Erforderliche und Zumutbare tun, damit die Erklärung ihm zugehen kann. Hierzu gehört bei einem Übergabe-Einschreiben unverzüglich den hinterlegten Brief bei der Poststelle abzuholen. U bereut sein Angebot, weil er nachträglich erfahren hat, dass M Fan vom Fußballverein „Blau-Weiß“ ist und er mit diesem nicht kontrahieren möchte. Dieser Umstand stellt auch in Bezug auf den Rechtsgedanken des § 145 BGB, dass der Antragende an sein Angebot gebunden ist, keinen vertretbaren Grund da, den Zugang zu verhindern. U missachtet daher seine Obliegenheit, für einen ordnungsgemäßen Zugang der Annahme Vorkehrungen zu treffen. U ist deshalb nach Treu und Glauben § 242 BGB bzw. nach den Rechtsgedanken der §§ 162 und 815 BGB so zu behandeln, als ob der Zugang schon vorher erfolgt ist. Bei einer arglistigen Zugangsvereitelung ist grundsätzlich kein erneuter Zustellungsversuch des Erklärenden erforderlich. Mangels Erheblichkeit kann es hier deshalb offenbeileiben, ob der Zugang bereits zum 10.11.2023 oder erst am Tag des

¹⁷¹ GRÜNEBERG/ELLENBERGER, § 130, Rn. 6f.

¹⁷² WERTENBRUCH, JuS 2020, 481, [485](#), BGH, NJW 1977, 194, [195](#).

zweiten Zustellungsversuches am 11.11.2023 fingiert wird. (*anderes Ergebnis mit entsprechender Argumentation vertretbar*).

VII. Der Eintritt von Rechtsfolgen aufgrund von geschäftsähnlichen Handlungen und Realakten

Rechtsfolgen treten in der Regel aufgrund wirksam gewordener Willenserklärungen ein. Das ist jedoch nicht stets so. Es gibt auch etliche Handlungen, die keine Willenserklärungen sind und dennoch Rechtsfolgen herbeiführen. Hierzu können u.a. auch Gefälligkeiten zählen (s. oben,). Bedeutsam sind in diesem Zusammenhang vor allem geschäftsähnliche Handlungen und Realakte. Sie sind von Willenserklärungen abzugrenzen.

1. Geschäftsähnliche Handlungen

Es gibt eine Reihe von Handlungen, die eine Rechtsfolge hervorrufen, ohne dass der Handelnde mit einem Geschäftswillen gehandelt haben muss. Der Wille des Handelnden ist zwar darauf gerichtet, einen Erfolg herbeizuführen; er muss aber nicht notwendigerweise den Eintritt einer Rechtsfolge erfassen.

Beispiel: Eine geschäftsähnliche Handlung ist die *Mahnung*, durch die der Gläubiger den Schuldner in Verzug (Schuldnerverzug) setzt.

Zur Erläuterung:

Der Schuldner gerät gemäß § 286 Abs. 1 in Verzug, wenn er eine fällige und einredefreie Leistung, zu deren Erbringung er sich verpflichtet hat, nicht erbringt, der Schuldner diese Verzögerung zu vertreten hat (§ 286 Abs. 4) und der Gläubiger ihn gemahnt hat.

Die **Mahnung** ist eine formlose dringende Aufforderung an den Schuldner, die Leistung zu erbringen. Sie muss weder eine Fristsetzung noch die Androhung bestimmter Folgen enthalten. Auch muss die Mahnung nicht zwingend erkennen lassen, dass das Ausbleiben der Leistung Folgen haben könnte.¹⁷³ Die Mahnung ist *keine* Willenserklärung, sondern eine **geschäftsähnliche Willensäußerung**, weil die bei Nichtleistung des Schuldners eintretenden Rechtsfolgen nicht durch den Willen des Handelnden, sondern durch das Gesetz bestimmt werden (BGHZ 47, 352, 357).

Weitere geschäftsähnliche Handlungen (Willensäußerungen) sind u.a.:

- die Anzeige einer Forderungsabtretung gemäß § 409;
- die einzelne Fristsetzung beim Rücktritt gemäß § 323 Abs. 1;
- die Aufforderung zur Genehmigung gemäß §§ 108 Abs. 2 und 177 Abs. 2.

Diesen Handlungen ist gemeinsam, dass die an die Vornahme geknüpften Rechtsfolgen kraft Gesetzes und nicht aufgrund des geäußerten Willens des Handelnden eintreten.

¹⁷³BGH NJW 1998, 2132 ([2133](#)); Grüneberg/Ellenberger, § 286 Rn. 17; aA. BGH LM 1 zu § 284 BGB.

Geschäftsähnliche Handlungen stehen aber den Willenserklärungen insofern nahe, als auch sie gewöhnlich im Bewusstsein der eintretenden Rechtsfolgen und oft sogar in der Absicht, sie herbeizuführen, vorgenommen werden. Wegen dieser Ähnlichkeit finden die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen auf geschäftsähnliche Willensäußerungen und Mitteilungen entsprechende Anwendung.¹⁷⁴ Dies gilt insbesondere für

- die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.);
- das Wirksamwerden von Willenserklärungen (§§ 130–132);
- die Stellvertretung (§§ 164 ff.);
- die Zustimmung (§§ 182–184).

Ob die Vorschriften über Willensmängel (§§ 116 ff.) ebenfalls entsprechend angewandt werden können, ist streitig.¹⁷⁵ Jedenfalls muss für jede Fallgruppe geprüft werden, wie weit die Ähnlichkeit der geschäftsähnlichen Handlung mit einer Willenserklärung reicht. Nach dem Ergebnis dieser Prüfung ist zu entscheiden, welche Bestimmungen für eine analoge Anwendung geeignet sind.¹⁷⁶

Beispiel: S schuldet dem G die Zahlung der fälligen Kaufpreissumme. G schickt dem S durch die Post die Mahnung (Zahlungsaufforderung). Der Postbote wirft den Brief mit der Mahnung am 22.8.2023 in den Briefkasten des S. Da er Angst vor für ihn unangenehme Post hat, leert S den Briefkasten erst am 10.9.2023 und nimmt an diesem Tag die Mahnung zur Kenntnis. Für die Berechnung eines dem G etwa entstandenen Verzugsschadens (i.S. des § 280 Abs. 2) ist es erheblich, zu welchem Zeitpunkt S in Verzug gesetzt worden ist.

In Betracht kommen der 22.8. und der 10.9.2023. Wenn die Regeln über den Zugang von Willenserklärungen (§§ 130–132) auf geschäftsähnliche Handlungen wie die Mahnung entsprechende Anwendung finden, ist die Mahnung in dem Moment wirksam geworden, in dem sie dem S zugegangen ist. Von diesem Zeitpunkt an wäre S dann auch in Verzug gewesen. Da die Mahnung eine geschäftsähnliche Handlung ist, auf die die Vorschriften über die Willenserklärungen aus den oben erwähnten Gründen entsprechende Anwendung finden, wird die Mahnung mit dem Zugang bei S wirksam.¹⁷⁷ Der Brief mit der Mahnung ist am 22.8.2023 in den Briefkasten des S geworfen worden. Die Mahnung ist damit so in den Herrschaftsbereich des S gelangt, dass dieser sie normalerweise zur Kenntnis nehmen konnte. Sie ist damit zugegangen. Für das Wirksamwerden der Mahnung ist bei entsprechender Anwendung der Regeln über die Willenserklärung der Zeitpunkt des Zugangs maßgeblich; unerheblich ist, ob S als der Empfänger die Mahnung tatsächlich zur Kenntnis nimmt. Infolgedessen ist die Mahnung am 22.8.2023 zugegangen und wirksam geworden. Gemäß § 286 Abs. 1 ist S deshalb am 22.8.2023 in Verzug geraten. Dieser Zeitpunkt ist auch für die Berechnung eines etwa entstandenen Verzugsschadens i.S. des § 280 Abs. 2 maßgebend.

¹⁷⁴ BGHZ 47, 352, [357](#); JAUERNIG/STADLER, § 286 Rn. [15 ff.](#)

¹⁷⁵ ULRICI, NJW 2003, 2053, [2054](#).

¹⁷⁶ MünchKomm/ARMBRÜSTER, BGB vor § 116 Rn. [30](#).

¹⁷⁷ BGHZ 47, 352, [357](#).

2. Realakte

Während geschäftsähnliche Handlungen zwar keinen Rechtsbindungswillen, aber doch eine Willensäußerung enthalten, sind Realakte rein tatsächliche Vorgänge, an die das Gesetz eine Rechtsfolge knüpft.

Beispiel: Der Fund gemäß §§ 965 ff. Derjenige, der eine verlorene Sache findet und an sich nimmt, ist Finder i.S. des § 965 und als solcher dem Empfangsberechtigten gegenüber verpflichtet. Den Finder treffen Anzeige-, Verwahrungs- und Herausgabepflichten (§§ 965 ff.). Diese Rechtsfolgen - das Entstehen von Verpflichtungen des Finders - ergeben sich aus dem Realakt des Ansichnehmens, einem tatsächlichen Vorgang.

Ähnliche tatsächliche Vorgänge, die man als Realakte bezeichnet, stellen die Verbindung einer beweglichen Sache mit einem Grundstück (§ 946) und die Verarbeitung von beweglichen Sachen (§ 950) dar. In beiden Fällen knüpft das Gesetz an die Vornahme tatsächlicher Handlungen (Realakte) die Rechtsfolge der Änderung der Eigentumsverhältnisse an den Sachen.

Die Rechtsordnung lässt bei allen aufgezeigten Realakten die Rechtsfolgen ohne Rücksicht auf die Geschäftsfähigkeit und die Beachtung anderer Regeln über die Willenserklärungen eintreten. Auch die übrigen Regeln über die Wirksamkeitsvoraussetzungen für Rechtsgeschäfte, wie z.B. die Vorschriften über Willensmängel, Zustimmung und Stellvertretung, finden auf Realakte keine Anwendung, weil dabei nichts erklärt wird.¹⁷⁸

¹⁷⁸ MünchKomm/BUSCHE, BGB § 133 Rn. [55](#).

Lösungen zu den Selbsttestaufgaben

Lösung zu Aufgabe 1:

K könnte gegen V einen Anspruch aus Kaufvertrag gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB auf Übergabe und Übereignung von dessen gebrauchtem Opel Astra haben. Dies setzt voraus, dass zwischen beiden ein Kaufvertrag im Sinne des § 433 BGB über das Fahrzeug zustande gekommen ist. Ein Kaufvertrag kommt durch zwei inhaltlich übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande (vgl. §§ 145 ff. BGB). V könnte durch seine an K gerichtete Anfrage, ob dieser Interesse am Wagen habe, ein Angebot abgegeben haben, welches bis zum 30.09.2023 angenommen werden konnte. Ein Angebot ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragende einem anderen einen Vertragsschluss derart anträgt, dass das Zustandekommen des Vertrags nur von dessen uneingeschränktem Einverständnis in Form eines schlichten „Ja“ abhängt. Eine Willenserklärung hat einen objektiven und einen subjektiven Tatbestand. In objektiver Hinsicht ist das Setzen eines Erklärungszeichens erforderlich, das aus Sicht eines objektiven Empfängers auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist (Rechtsbindungswille). Bestandteile des subjektiven Tatbestands sind Handlungswille, Erklärungsbewusstsein sowie – indes nicht konstitutiv – Geschäftswille.

V hat in seiner Erklärung, die er K gegenüber abgab, den Kaufgegenstand sowie dessen Preis genannt, so dass die Anfrage des V die wesentlichen Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*), also Vertragspartner, Vertragsgegenstand und Kaufpreis, erkennen lässt, und mit einem schlichten „Ja“ angenommen werden kann. Aus Sicht eines objektiven Dritten (vgl. §§ 133, 157 BGB) ist diese Äußerung auf Abschluss eines Kaufvertrags mit K gerichtet. Damit hat V objektiv seinen Rechtsbindungswillen zum Ausdruck gebracht. Am Vorliegen der subjektiven Tatbestandselemente (Handlungswille, Erklärungsbewusstsein, Geschäftswille) bestehen hier keine Zweifel. Damit war die Äußerung des V ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags mit K über den Opel.

Dieses Angebot muss dem K allerdings auch zugegangen sein, damit es wirksam geworden ist. Bei mündlich geäußerten Willenserklärungen unter Anwesenden fallen Abgabe und Zugang insofern zeitlich zusammen, als die Willenserklärung unter normalen Umständen vom Erklärungsempfänger auch akustisch vernommen wird. Nach Auffassung der Rechtsprechung und eines Teils der Lehre ist es für den Zugang solcher Willenserklärungen erforderlich, dass die Erklärung vom Empfänger akustisch richtig verstanden wird („strenge Vernehmungstheorie“).¹⁷⁹ Nach h.L. ist dagegen aus Verkehrsschutzgesichtspunkten ein Zugang bereits dann zu bejahen, wenn ein sorgfältig Erklärender davon ausgehen darf, seine Erklärung sei akustisch richtig verstanden worden („eingeschränkte Vernehmungstheorie“).¹⁸⁰ Dem Schreiben des K vom 30.09.2023 ist zu entnehmen, dass er das Angebot des V in Gänze wahrgenommen und richtig verstanden hat. Daher ist Vs Angebot dem K sogar nach der „strengen“ Vernehmungstheorie zugegangen und damit wirksam geworden.

Zum Abschluss eines Kaufvertrags ist es allerdings nur dann gekommen, wenn K das Angebot des V angenommen hat. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willens-

¹⁷⁹ WERTENBRUCH, JUS 2020, 481, [486 f.](#)

¹⁸⁰ MünchKomm/EINSELE, BGB § 130 Rn. [28 f.](#); BeckOGK/GOMILLE, BGB § 130 Rn. [100 f.](#)

erklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein uneingeschränktes Einverständnis mit dem angetragenen Vertragsschluss zu verstehen gibt. Am Abend des 30.09.2023 warf K bei V einen Brief in den Briefkasten, in dem er in den Kauf des Opels zu den von V genannten Konditionen einwilligt. Hierin ist eine uneingeschränkte Annahme des von V gemachten Verkaufsangebots zu sehen.

Damit diese Annahmeerklärung auch wirksam geworden ist, muss sie dem V zudem fristgerecht zugegangen sein, §§ 130 Abs. 1 S. 1, 146, 148 BGB. V hatte dem K hier gem. § 148 BGB eine Annahmefrist bis zum 30.09.2023 gesetzt. Eine Willenserklärung geht in dem Zeitpunkt zu, in dem sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Umständen Kenntnis von ihr nehmen kann. K hat den Brief am Abend des 30.09.2023 in den Briefkasten des V eingeworfen. Normalerweise ist indes nur zu den üblichen Zustellzeiten, also vormittags bis mittags, mit einer Briefsendung zu rechnen. V musste daher am späten Abend des 30.09.2023 keine Post mehr erwarten. Mit dem Einwurf des Briefes des K musste V also nicht mehr rechnen. Die Annahme des K ist dem V also nicht rechtzeitig, sondern erst am 1.10.2023 zugegangen. Mithin liegt keine wirksame Annahmeerklärung des K hinsichtlich des von V gemachten Verkaufsangebots vor. Ein wirksamer Kaufvertrag zwischen V und K gemäß § 433 BGB ist daher nicht zustande gekommen. K kann also von V nicht aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB Übergabe und Übereignung des gebrauchten Opel Astra verlangen.

Lösung zu Aufgabe 2:

Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, d.h., sie wird erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Empfänger zugeht (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Sie wird nicht wirksam, wenn vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB). Indem K gegenüber I erklärte, er wolle die Kündigung rückgängig machen, brachte er zum Ausdruck, dass er seine Kündigung widerrufe.

Die Kündigung ist somit nur dann wirksam, wenn sie zeitlich *vor* der Widerrufserklärung zugegangen ist. Die Widerrufserklärung wurde unter Anwesenden abgegeben. Damit wurde sie zu dem Zeitpunkt wirksam, in dem I sie tatsächlich vernahm, also sofort. Demgegenüber handelte es sich bei der schriftlich erklärten Kündigung um eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung. Eine solche wird wirksam, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, er könne von ihr Kenntnis erlangen. Erforderlich ist also nicht die Kenntnisnahme des Erklärenden. Es genügt die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Bei Kaufleuten, wie der I es ist, ist die Möglichkeit der Kenntnisnahme bereits dann gegeben, wenn eine schriftliche Erklärung etwa durch die Post zu den gewöhnlichen Geschäftszeiten zugestellt wird.

Die Kündigungserklärung war dem I bereits durch die Post zugestellt worden, als K den Widerruf erklärte. Damit war die Kündigung bereits zugegangen und wirksam geworden. Der Widerruf erfolgte verspätet. Dass I den Widerruf zeitlich vor der Kündigung zur Kenntnis genommen hat, ist ohne Bedeutung. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB stellt allein auf den Zeitpunkt des Zugangs ab.

K hat das Arbeitsverhältnis wirksam gekündigt.

2001622
(04/25)

55101-02-S#1



Alle Rechte vorbehalten
© 2025 FernUniversität in Hagen
Rechtswissenschaftliche Fakultät