

Studien zum Zivilrecht

40

Lajana von zur Gathen

Die konkludente Willenserklärung

Normativ ausgelegtes nonverbales Verhalten



Nomos

Studien zum Zivilrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Universität Köln

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig

Prof. Dr. Florian Faust, Bucerius Law School, Hamburg

Band 40

Lajana von zur Gathen

Die konkludente Willenserklärung

Normativ ausgelegtes nonverbales Verhalten



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Berlin, FU, Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6810-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0911-8 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen.

Zu großem Dank bin ich meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker verpflichtet. Während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl prägte er mein zivilrechtliches Verständnis. Er betreute die Arbeit konstruktiv und gab mir in langen Gesprächen eine Vielzahl von Anregungen und Denkanstößen. Herrn Professor Dr. Christian Armbrüster danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gilt meinem Ehemann Christof Peter, der mich in jeder Phase der Arbeit begleitet hat und mein erster Ansprechpartner war. Ebenfalls möchte ich mich bei Asja Zorn und meiner Schwester Saskia von zur Gathen bedanken, die eine fortwährende Quelle der Motivation waren.

Schließlich möchte ich mich bei meinen Eltern Marion und Christoph von zur Gathen bedanken, die stets an mich glaubten.

Berlin, Dezember 2020

Lajana von zur Gathen

Inhaltsverzeichnis

Einführung und Gang der Untersuchung	17
A. Gegenstand der Arbeit und Methode	17
B. Begriff der konkludenten Willenserklärung	20
1. Teil: Historie und Gegenwart der konkludenten Willenserklärung	23
A. Die stillschweigende Willenserklärung iwS. in den Gesetzesmaterialien	23
I. Begriffsbestimmung der stillschweigenden Willenserklärung	24
II. Willenserklärung durch Schweigen	27
III. Relevanz der Gesetzesmaterialien	30
B. Die historische Entwicklung der konkludenten Willenserklärung und der Willenserklärung durch Schweigen	32
I. Die stillschweigende Willenserklärung in der Literatur	32
1. Subjektive Theorie	33
a) Unterscheidungskriterium: Zweck der Erklärungshandlung	34
b) Unterscheidungskriterium: Abgabe der Erklärung bzw. Erklärungswille (Kundgebungswille)	44
c) Unterscheidungskriterium Invollzugsetzen eines Rechtsverhältnisses	46
2. Objektive Theorien	47
a) Art beziehungsweise Beschaffenheit der Erklärungsmittel	48
b) Erklärungsart beziehungsweise Rückschluss	52
c) Willenserklärung vs. reale Willensäußerung	54
3. Negierende Theorien	57
4. Kritik der Theorien	62
5. Relevanz der Diskussion	65
II. Willenserklärung durch Schweigen	68
1. Regel: Schweigen entfaltet grundsätzlich keine rechtsgeschäftliche Bindung	68

Inhaltsverzeichnis

2. Ausnahme: Vorliegen von besonderen Umständen	69
3. Grenzen der Willenserklärung durch Schweigen	71
4. Subjektive Voraussetzungen	72
5. Dogmatische Einordnung der Willenserklärung durch Schweigen	73
C. Die dogmatische Struktur der konkludenten Willenserklärung	74
I. Der subjektive Tatbestand	75
1. Ansicht Flumes: Erhöhte subjektive Voraussetzungen bei schlüssigen Willenserklärungen	75
2. Fehlerhafte und fehlende Selbstbestimmung aufgrund von Willensmängeln	77
a) Willensmängel auf der Ebene des Handlungswillens	78
b) Willensmängel auf der Ebene des Erklärungsbewusstseins	81
(1) Wortlaut des § 119 Abs. 1, 2. Alt.	83
(2) Historie	84
(3) Wertungswidersprüche zu §§ 118, 120	86
(4) Telos der §§ 119, 157	89
(a) Vorüberlegung: Der Geltungsgrund von Willenserklärungen – willens- oder vertrauens- oder verfahrenstheoretische Verbindlichkeit?	90
(b) Vertrauensschutz als Telos der §§ 119, 157?	92
(c) Gleichstellung fehlendem Erklärungsbewusstseins mit fehlerhaftem Geschäftswillen	94
(d) Angemessenheit des Wahlrechts	96
(5) Zwischenergebnis	99
c) Willensmängel auf Ebene des Geschäftswillens	100
II. Der objektive Tatbestand	101
1. Der Rechtsfolgewillen	101
2. Die Willensbetätigung als Unterform der Willenserklärung/ fehlende Kundgabe	104
III. Zwischenergebnis	105
IV. Der Grundsatz des potentiellen Erklärungsbewusstseins	106
1. Lehre des potentiellen Erklärungsbewusstseins beziehungsweise die Erklärungsfahrlässigkeit	106
2. Zurechenbarkeit des objektiven Erklärungstatbestandes	107
3. Kritik	108

V. Willenserklärungen durch Schweigen	111
1. Objektiver Erklärungsstatbestand	111
a) Vereinbartes Schweigen	112
b) Erklärungswirkung aufgrund einer Erklärungsspflicht	113
c) Kritik	115
2. (Erhöhte) subjektive Mindestanforderungen	116
VI. Vertrauenshaftung bei unbewussten, konkludenten Erklärungen	118
1. Sekundäre Rechtsfolgen bei unbewussten, schlüssigen Erklärungen	118
a) Zurechnungsprinzip des § 122	121
b) Begrenzung auf das Erfüllungsinteresse (§ 122 Abs. 1) als verallgemeinerungsfähiges Prinzip	123
c) Verhältnis zur culpa in contrahendo (c.i.c.)	124
2. Sonderfall bei Willenserklärungen durch Schweigen	127
VII. Zwischenergebnis	128
2. Teil: Auslegung, ergänzende Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung	130
A. Erläuternde Auslegung	130
I. Die subjektive Auslegung (§ 133)	131
II. Die objektive Auslegung	134
1. Korrektur des objektiven Empfängerhorizonts bei Interventionen von Dritten	138
2. § 157 als zentrale Norm der objektiven Auslegung	139
a) Treu und Glauben und die Verkehrssitte	139
b) Auf Treu und Glauben zurückgehende Auslegungsgrundsätze	141
c) Verhältnis zu § 242	142
3. Das Prinzip der Privatautonomie als Grenze objektiver Auslegung	143
III. Das Verhältnis der objektiven Auslegung zur subjektiven Auslegung und der Privatautonomie	144
IV. Die „protestatio facto contraria non nocet“ als Kollisionsfall der objektiven und der subjektiven Auslegung	147
1. Die Unbeachtlichkeit der protestatio als Auslegungsregel	148

Inhaltsverzeichnis

2. Die Unbeachtlichkeit der protestatio als Einschränkung der Privatautonomie	151
a) Besondere Erfordernisse im Massenverkehr	152
(1) Wertungsparallele zu § 116 S. 1	152
(2) Ungestörte Abwicklung von Massenvorgängen	153
b) Zwischenergebnis	154
V. Lehre vom faktischen Vertrag beziehungsweise sozialtypischen Verhalten	156
VI. Exkurs: Inanspruchnahme von Dienstleistungen im Massenverkehr durch Minderjährige	159
VII. Verfahren der Auslegung	161
1. Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit	161
2. Auslegungsgegenstand	162
a) Interpretationsgrundsätze	163
a) Andeutungstheorie	164
(1) Andeutungstheorie bei schlüssigen Willenserklärungen	167
(2) Konkludent miterklärte Aufsichtsratsbeschlüsse	168
VIII. Prozessuales	169
B. Die ergänzende Vertragsauslegung als Grenze der konkludenten Willenserklärung	171
I. Vorliegen einer Vertragslücke	172
II. Der „hypothetische Parteiwille“	173
III. Grenze der ergänzenden Vertragsauslegung	175
IV. Prozessuales	177
C. Die konkludente Willenserklärung als Gegenstand der richterlichen Rechtsfortbildung	177
3. Teil: Fallgruppenanalyse der Rechtsprechung	180
A. Erhöhte subjektive Anforderungen konkludenter Willenserklärungen	184
I. Die Grundsatzentscheidung zum fehlenden Erklärungsbewusstsein konkludenter Willenserklärungen: der Zwangsverwalter-Fall	185
II. Konkludente Genehmigungen	186
1. Kenntnis der Genehmigungsbedürftigkeit	187
a) Durch die Ermittlung des Rechtsfolgewillens indiziert beziehungsweise als Teil des äußeren Erklärungstatbestandes	189

b) Als erhöhte subjektive Merkmale	191
2. Widerspruch zur Lehre der Erklärungsfahrlässigkeit?	191
3. Lösungsansätze	194
4. Exkurs: Das Zustimmungsbewusstsein unter systematischen Wertungspunkten	195
III. Konkludente Bestätigungen von nichtigen und anfechtbaren Willenserklärungen (§§ 141, 144)	197
1. Der Bestätigungswille iRd § 141	198
2. Der Bestätigungswille iRd § 144	199
a) Der Bestätigungswille als Kenntnis der Tatsachengrundlage	199
b) Der Bestätigungswille als objektiv erklärtes Merkmal, als eine durch die objektive Auslegung indizierte Voraussetzung oder als subjektive Wirksamkeitsvoraussetzung	200
3. Exkurs: Der Bestätigungswille als Ergebnis einer systematischen Wertung	203
4. Zwischenergebnis	204
IV. Konkludenter Erlassvertrag und einseitiger Verzicht	205
1. Der Erlass- beziehungsweise Verzichtswille als Teil des objektiven Erklärungstatbestands oder subjektive Wirksamkeitsvoraussetzung	206
2. Zwischenergebnis	207
V. Konkludente Abtretung	207
1. Kongruenz zwischen dem Abtretungserfolg und den subjektiven Ziel- und Zweckvorstellungen der Parteien	208
2. Die Ziel- und Zweckvorstellungen als Äquivalent zum Erklärungsbewusstsein	209
3. Zwischenergebnis	210
VI. Konkludente, nicht empfangsbedürftige Annahmeerklärung (§ 151 S. 1)	211
1. Der Charakter des Annahmewillens	213
2. Ermittlung des Annahmewillens beziehungsweise des Erklärungsbewusstseins	218
a) Rechtlich vorteilhafte Geschäfte für den Angebotsempfänger	219
b) Annahme durch Gebrauchs-, Verbrauchs- und Aneignungshandlungen	221
3. Zwischenergebnis	224
VII. Zusammenfassung: erhöhte subjektive Anforderungen	226

Inhaltsverzeichnis

B. Anforderungen an die Ermittlung der Konkludenz	231
I. Konkludentes Zustimmungsverhalten (insbesondere Genehmigungen)	233
1. Erhöhte Anforderungen an den Rechtsfolgewillen	233
a) Die subjektive Kenntnis der Genehmigungsbedürftigkeit als Teil des objektiven Tatbestandes	234
b) Verzicht auf die Kenntnis der Genehmigungsbedürftigkeit	235
2. Erhöhte Anforderungen an die Ermittlung des Rechtsfolgewillens	237
3. Zwischenergebnis	241
II. Konkludentes Bestätigungsverhalten gem. §§ 141, 144	242
1. Anforderungen an den Rechtsfolgewillen	242
2. Anforderungen an die Ermittlung des Rechtsfolgewillens	243
3. Zwischenergebnis	245
III. Konkludente Erlassverträge beziehungsweise Verzichtserklärungen	245
1. Sonderfall: Ermittlung des konkludenten Verzichtswillens auf den Zugang der Annahmeerklärung iSd § 151	247
a) Verzicht des Angebotserklärenden	248
b) Verkehrssitte	251
c) Die Verkehrssitte in Abgrenzung zur konkludenten Verzichtserklärung	253
2. Zwischenergebnis	254
IV. Konkludente Erklärung durch rein passives Verhalten (durch Schweigen)	255
1. Berechtigte Erklärungserwartung	257
2. Ein durch Begleitumstände indizierter Vertrauenstatbestand	258
3. Zwischenergebnis	260
a) Sonderfall: Schweigen als Annahmehandlung auf ein Vertragsangebot	261
b) Ausreichen von Konkludenzzindizien bei rechtlich lediglich vorteilhaften Geschäften	261

c) Ausreichen eines empirischen Rückschlusses bei Schweigen als Annahmehandlung auf ein Vertragsangebot beziehungsweise auf eine verspätete, als neues Angebot zu qualifizierende Annahmeerklärung	262
d) Zwischenergebnis	264
4. Zwischenergebnis	264
V. Ergebnis: Anforderungen an die Ermittlung des Rechtsfolgewillens	265
C. Die Bedeutung normativer Wertungselemente im Rahmen von normativ-zugerechnetem Verhalten	269
I. Die Verkehrssitte als maßgeblicher Verpflichtungsgrund	270
1. Inanspruchnahme von (Dienst-)Leistungen im Massenverkehr	271
a) Verträge der Daseinsvorsorge und Mehrwertdienstanbieter	272
(1) Reduktion des Auslegungsgegenstands	275
(2) Der Grundsatz der protestatio facta contraria non nocet in Bezug auf eine Verkehrssitte	276
(3) Konkludente Realannahme im Rahmen einer Rechtsscheinvollmacht	278
(4) Berechtigte Interessen der Beteiligten als Teil der teleologischen Auslegung	280
(5) Gemeines Ziel: Vermeidung von vertragslosen Zuständen	282
b) Lösungen außerhalb des Vertragsrechts	282
2. Zwischenergebnis	284
II. Der Grundsatz von Treu und Glauben als maßgeblicher Verpflichtungsgrund	288
1. Haftungsbeschränkungen	288
a) Probefahrten und Fahrgemeinschaften (Gefälligkeitsfahrten)	289
(1) Fall 1	290
(2) Fall 2	291
(3) Fall 3	292
(a) Abgrenzung zur ergänzenden Vertragsauslegung	295
i. Rechtsprechung des BGH	296
ii. Kritik der Rechtsprechung	298

Inhaltsverzeichnis

iii. Bewertung der Annahme der Haftungserleichterung im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung	301
(b) Ergebnis Abgrenzung objektiver vs. hypothetischer Parteiwille	302
b) Zwischenergebnis	304
c) Unfälle mit Tieren (§ 833)	305
d) Sportverletzungen	308
2. Zwischenergebnis: Haftungsfreistellungen/-beschränkungen aufgrund konkludenter Willenserklärungen	310
III. Der Grundsatz der interessengerechten Vertragsauslegung als maßgeblicher Verpflichtungsgrund	312
1. Konkludente Gewährleistungsfreistellungen	313
2. Konkludente Beschaffenheitsgarantie gemäß § 276 Abs. 1 S. 1	315
a) Ermittlung des objektiven Erklärungsstatbestandes: Typische Interessenlage der Beteiligten	315
b) Der Garantiewille	318
c) Rechtsprechungsanalyse und Bewertung	319
3. Konkludente Abtretungen	322
IV. Zwischenergebnis	324
D. Grenzen der konkludenten Willenserklärungen	327
I. Durch gewichtigere Interessen	327
II. Tatsächliches Verhalten zu Lasten des Erklärungsempfängers als Grenze konkludenten Verhaltens	329
III. Zwischenergebnis	333
E. Die konkludente Willenserklärung als Instrument des privaten Individualrechts und als normativ zugerechnetes Verhalten	334
I. Der Grundsatz des potentiellen Erklärungsbewusstseins	335
1. Das potentielle Erklärungsbewusstsein als antizipierte Interessenbewertung?	335
2. Die Rückbesinnung auf das Erklärungsbewusstsein als konstitutives Merkmal	337
II. Anforderungen an die Ermittlungen des Rechtsfolgewillens	338
1. Quantitative Anforderungen beziehungsweise erhöhte Indizienlage	339

2. Qualitative Anforderungen bezüglich des Sicherheitsgrads des Rückschlusses von der Handlung auf den Rechtsfolgewillen	340
3. Willenserklärung durch Schweigen beziehungsweise rein passives Verhalten	340
4. Rechtsgedanke des § 516 Abs. 2	341
III. Die schlüssige Willenserklärung als Billigkeitsinstrument	342
IV. Zusammenfassung und Ausblick	345
Literaturverzeichnis	347