

Benedikt Kühle

Der Dualismus
von ausdrücklicher
und stillschweigender
Willenserklärung



EINLEITUNG

I. Gegenstand der Arbeit

In den juristischen Kommentaren und Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des BGB wird bei der Erläuterung des äußeren, objektiven Tatbestands der Willenserklärung durchweg die Unterscheidung zwischen „ausdrücklicher“ und „stillschweigender“¹ Willenserklärung getroffen². Auffallend ist, dass sich diese Unterscheidung aus dem Gesetzestext nicht ergibt. In dem Titel des ersten Buches des BGB, der die Willenserklärung behandelt³, werden die Begriffe „ausdrücklich“ und „stillschweigend“ an keiner Stelle verwendet. Zwar sind sie dem BGB nicht insgesamt fremd, doch taucht in den entsprechenden Normen jeweils nur einer von ihnen auf. Der Text des BGB gibt also zunächst keinen Anlass dazu, zwischen der ausdrücklichen und der stillschweigenden Willenserklärung als zwei verschiedenen Arten der Willenserklärung zu unterscheiden. Es stellt sich daher die Frage, was der Anlass für diese allgemein übliche begriffliche Unterscheidung ist. Gibt es besondere Merkmale, die die ausdrückliche und die stillschweigende Willenserklärung voneinander abheben? Handelt es sich um zwei selbständige rechtliche Kategorien, die voneinander abgegrenzt werden müssen?

Die Unterscheidung und Abgrenzung zweier rechtlicher Tatbestände voneinander ist nur dann begründet, wenn für die beiden Tatbestände unter mindestens einem Aspekt verschiedene rechtliche Regeln gelten. Sind beide dagegen in jeder Hinsicht rechtlich gleich zu behandeln, so stellt die begriffliche Unterscheidung eine unbegründete Komplizierung dar und sollte unterbleiben.

Erster Ansatzpunkt für die mögliche Erforderlichkeit und die inhaltliche Ausgestaltung der Unterscheidung sind die Normen des BGB, die die Begriffe „aus-

¹ Anstelle von „stillschweigend“ werden häufig auch gleichbedeutend die Begriffe „konkludent“ oder „schlüssig“ bzw. die Formulierung „durch schlüssiges Verhalten“ verwendet. Im Folgenden wird durchgehend der Begriff „stillschweigend“ verwendet, und nicht mehr gesondert auf die uneinheitliche Begrifflichkeit verwiesen. Der Begriff „stillschweigend“ wird deshalb vorgezogen, weil im BGB die Begriffe „konkludent“ und „schlüssig“ nicht auftauchen.

² Vgl. statt vieler *Larenz/Wolf*, AT, § 24 III, Rn.14ff.

³ Dritter Abschnitt, Zweiter Titel, §§ 116 bis 144 BGB.

drücklich“ und „stillschweigend“ enthalten⁴. Sofern in ihnen eine „ausdrückliche“ oder „stillschweigende“ Erklärung bzw. Vereinbarung Tatbestandsvoraussetzung ist, muss die Bedeutung der Begriffe bestimmt werden. In einem weiteren Schritt könnte man dann übergreifend im Allgemeinen Teil die ausdrückliche und die stillschweigende einander als die beiden Arten der Willenserklärung gegenüberstellen, auch wenn dieser Dualismus nicht unmittelbar in einer einzelnen Norm vorgesehen ist.

1. Der Begriff der ausdrücklichen Willenserklärung im BGB

Soweit in den Ausführungen zur Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung im Allgemeinen Teil überhaupt auf spezielle Normen des BGB verwiesen wird, die eine „ausdrückliche“ Willenserklärung bzw. Vereinbarung verlangen, werden in der Regel lediglich die §§ 244 Abs.1, 700 Abs.2 BGB genannt. Für diese Normen geht die vorherrschende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung dahin, dass das Tatbestandsmerkmal „ausdrücklich“ eine „in besonderem Maße unzweideutige Willensbekundung“ erfordere; ausreichend, aber auch erforderlich sei es, dass der entsprechende Wille eindeutig feststellbar sei⁵. Soweit in den Kommentierungen zu den weiteren Normen, die den Begriff „ausdrücklich“ verwenden, dieser überhaupt definiert wird, wird er zumeist im Sinne von „klar verständlich“, „eindeutig“ oder „zweifelsfrei“ interpretiert⁶. Vereinzelt wird auch vertreten, das Erfordernis der Ausdrücklichkeit schließe es aus, dass eine entsprechende Erklärung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolge⁷.

⁴ Der Begriff „ausdrücklich“ wird in den §§ 164 Abs.1 S.2; 244 Abs.1; 305 Abs.2 Nr.1; 308 Nr.5a; 309 Nr. 5b, Nr.8b bb, 11a; 312 c Abs.1 S.2; 312 d Abs.3 Nr.1, 2, Abs.6; 356 Abs.1 S.1; 484 Abs.1 S.3; 485 Abs.5 S.2; 594 Satz 4; 676 b Abs.3 S.6 und 7; 700 Abs.2; 1059 a Abs.1 Nr.1; 1408 Abs.2 S.1; 1896 Abs.4; 1904 Abs.2 S.2; 1906 Abs.5 S.1 BGB verwendet. Der Begriff „stillschweigend“ taucht in den §§ 309 Nr.9 b, c; 545; 612 Abs.1; 625; 632 Abs.1; 653 Abs.1; 689; 724 S.2 BGB auf.

⁵ Staudinger – *K. Schmidt*, § 244, Rn.38; MüKo – *Grundmann*, §§ 244, 245, Rn.93; MüKo – *Hüffer*, § 700, Rn.19.

⁶ Staudinger – *Coester-Waltjen*, § 309 Nr.5, Rn.19; Staudinger – *Thüsing*, § 312d, Rn.35,39; MüKo – *Basedow*, § 309 Nr.8, Rn.35; MüKo – *Wendehorst*, § 312c, Rn.16; MüKo – *Schwab*, § 1904, Rn.62; Erman – *S.Roloff*, § 305, Rn.26; Erman – *S.Roloff*, § 309, Rn.102, 141; Ulmer/Brandner/Hensen – *Ulmer*, § 305, Rn.124; § 309 Nr.5, Rn.20.

⁷ Staudinger – *Thüsing*, § 312d, Rn.35, 39; MüKo – *Wendehorst*, § 312d, Rn.96; MüKo – *Franzen*, § 484, Rn.13.

Auch bei den Darstellungen im Allgemeinen Teil wird das Kriterium der besonderen Deutlichkeit und Verständlichkeit von einigen Autoren zur Kennzeichnung der ausdrücklichen Willenserklärung aufgegriffen. Von anderen wird sie dagegen als eine solche durch Worte definiert und der stillschweigenden Willenserklärung als einer solchen durch andere Erklärungszeichen als Worte gegenübergestellt. Oder es heißt, dass bei der ausdrücklichen Willenserklärung der Rechtsfolgewille direkt und unmittelbar in der Erklärung zum Ausdruck komme, während er sich bei der stillschweigenden Willenserklärung erst mittelbar unter Berücksichtigung der Begleitumstände ergebe. Schließlich stellen einige Autoren auch auf den mit der Erklärung verfolgten Zweck ab⁸. Die Vorstellungen von der ausdrücklichen Willenserklärung sind also sehr uneinheitlich. Die Definitionen im Allgemeinen Teil einerseits und zu den speziellen Normen, die das Tatbestandsmerkmal „ausdrücklich“ enthalten, andererseits sind nicht aufeinander abgestimmt. Es fehlt eine klare Verbindung vom Allgemeinen Teil „vor der Klammer“ in die Bücher zwei bis fünf des BGB, d.h. „in die Klammer“, so dass der Allgemeine Teil seine „Klammerfunktion“ an dieser Stelle nicht erfüllt.

2. Der Begriff der stillschweigenden Willenserklärung im BGB

Der Begriff „stillschweigenden“ Erklärung bzw. Vereinbarung taucht im Gesetz nur in § 309 Nr.9b und § 724 S.2 BGB als Tatbestandsmerkmal auf. In den entsprechenden Kommentierungen wird er von niemandem eigens definiert. Zu § 309 Nr.9b BGB heißt es, es sei nach dem Schutzzweck der Norm ohne Bedeutung, ob die in der Vorschrift behandelte Vertragsverlängerung ausdrücklich oder stillschweigend erfolge⁹. Zu § 724 S.2 BGB heißt es, die Vorschrift betreffe Fälle, in denen es nach Auflösung der Gesellschaft infolge Zeitablaufs entweder zu einem ausdrücklichen oder einem stillschweigenden Fortsetzungsbeschluss komme¹⁰ bzw. § 724 S.2 BGB gelte im Falle eines ausdrücklichen Fortsetzungsbeschlusses entsprechend¹¹.

⁸ Vgl. dazu im Einzelnen unten 3. Kapitel, E. I.

⁹ Wolf/Horn/Lindacher – *Wolf*, § 11 Nr.12 AGBG, Rn.17 (§ 11 Nr.12 b, c AGBG und § 309 Nr.9 b,c BGB sind identisch formuliert); Prütting/Wegen/Weinreich – *Berger*, § 309, Rn.82; Palandt – *Grüneberg*, § 309, Rn.85.

¹⁰ Staudinger – *Habermeier*, § 724, Rn.6.

¹¹ MüKo – *Ulmer*, § 724, Rn.11.

In den übrigen Normen ist der Begriff „stillschweigenden“ Vereinbarung entweder Teil der – mittlerweile amtlichen – Überschrift (§§ 545, 625 BGB) oder gehört sachlich bereits zur Rechtsfolge der Norm (§§ 612 Abs.1, 632 Abs.1, 653 Abs.1, 689 BGB: „Eine Vergütung bzw. ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn [...]“.).

Angesichts dessen erscheint es als sehr fraglich, ob der Begriff „stillschweigend“ im System des BGB eine eigenständige Bedeutung hat und ob es überhaupt erforderlich ist, ihn zu definieren.

II. Methode

Die Arbeit geht der Frage nach, ob eine begriffliche Unterscheidung von ausdrücklicher und stillschweiger Willenserklärung im geltenden bürgerlichen Recht tatsächlich erforderlich ist. Es soll geklärt werden, ob es richtig ist, beide Begriffe als zwei Arten der Willenserklärung voneinander zu unterscheiden.

Zur Beantwortung dieser Frage soll zunächst in einem historischen Teil untersucht werden, wie sich diese Unterscheidung, die das BGB selbst nicht explizit vorsieht, bis heute erhalten konnte. Der erste historische Ansatzpunkt sind dabei die Redaktionsarbeiten zum BGB. In seinem Vorentwurf zum Allgemeinen Teil hatte *Albert Gebhard* noch eine Norm vorgesehen, die bestimmte, dass die Willenserklärung sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend erfolgen könne und die auch eine Definition beider Arten der Willenserklärung enthielt. *Gebhard* hielt diese Unterscheidung für „innerlich begründet“, sie weise auf die „wesentliche Verschiedenheit der Äußerungsformen des Willens hin“¹².

Als Belege für seine Ansichten zur Unterscheidung von ausdrücklicher und stillschweiger Willenserklärung verwies *Gebhard* auf zahlreiche Vertreter der Pandektenwissenschaft, allen voran *Savigny*¹³. Die Pandektenwissenschaft hatte entscheidenden Einfluss auf die Entstehung des BGB¹⁴. Auch heißt es speziell über *Gebhard*, dass sein zivilrechtliches Denken überwiegend pandektistisch

¹² *Schubert*, Vorentwürfe – AT 2, S.83.

¹³ *Schubert*, Vorentwürfe – AT 2, S.84f.

¹⁴ *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S.471, 473; *Laufs*, Rechtsentwicklungen, S.318, 324; *Schlosser*, Privatrechtsgeschichte, S.189f.

Vgl. auch *Wesel*, Geschichte des Rechts, S.448: „Wie überhaupt das Pandektenrecht mit seiner – aus dem Naturrecht stammenden – hohen Begrifflichkeit entscheidende Vorarbeiten geleistet hat für die Kodifikation des BGB [...]“, S.458f.: „Das BGB ist ein typisches Produkt des 19. Jahrhunderts, in Gesetzesform gegossenes Pandektenrecht, dessen System, Terminologie und hohes Abstraktionsniveau es übernommen hat.“

geprägt gewesen sei¹⁵. Aus diesem Grund soll im historischen Teil der Arbeit in zeitlicher Hinsicht noch über den Vorentwurf *Gebhards* hinausgegangen und untersucht werden, warum man es in der Pandektenwissenschaft für erforderlich hielt, zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen zu unterscheiden.

Anschließend sollen die Normen des BGB untersucht werden, die die Begriffe der ausdrücklichen bzw. stillschweigenden Erklärung oder Vereinbarung verwenden. Es soll geklärt werden, welche Bedeutung den fraglichen Begriffen in ihnen jeweils zukommt und ob sich aus ihnen ergibt, dass der Dualismus von ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung zu Recht einen festen Platz im System des BGB hat.

¹⁵ Vgl. *Muscheler*, Die Rolle Badens in der Entstehungsgeschichte des BGB, S.24f.