Thomas Nickel

Die Erklärungsfiktion im Bürgerlichen Recht

unter besonderer Berücksichtigung des § 10 Nr. 5 AGBG

PETER LANG
Europäischer Verlag der Wissenschaften

Inhalt

Literatur/Materialien 18

Abkürzungen 32

Problemstellung und Untersuchungsgegenstand der Arbeit 35

1. Kapitel Die juristische Fiktion 37

1. Abschnitt Das Wesen der juristischen Fiktion und die Unterscheidung zur Fiktion der Erkenntnistheorie 37

I. Die erkenntnistheoretische Fiktion 37

II. *Die juristische Fiktion* 41

1. Die juristische Fiktion als eigenständige Gattung 41
2. Die Rechtsfiktion als Analogie 46
3. Die Erscheinungsformen der Rechtsfiktion im BGB in funktionaler Betrachtung 51
   - a. Die Fiktion als Mittel zur Vermeidung von Folgeproblemen 52
   - b. Die Fiktion als ökonomische Verweisung und als Mittel zur Verdeutlichung der ratio legis 52
   - c. Die Fiktion als Mittel zur Definition von Rechtsbegriffen 54
   - d. Die Fiktion als Behelf bei fehlender oder mangelhafter Erklärung 55
     - aa. Die Erklärungsfiktion als Ersatzregelung bei fehlender Erklärung 56
       - (1) Das Schweigen nach Aufforderung zur Erklärung 56
       - (2) Das Schweigen nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses 57
     - bb. Die Erklärungsfiktion als ergänzende Regelung bei unvollständiger Erklärung 57

cc. Die Erklärungsfiktion als klarstellende Regelung bei nicht eindeutiger Verhaltensweise oder Erklärung 58

2. Abschnitt Die Abgrenzung der Gesetzesfiktion zu ähnlichen Erscheinungen 59

I. Die Abgrenzung zur Vermutung 59

1. Die widerlegbare Tatsachenvermutung 59

a. Die "echten" Vermutungen 59

b. Die sog. "Scheinvermutungen" 61

2 Die Rechtsvermutung 63

3. Die sog. tatsächlichen Vermutungen 64

4. Die unwiderlegbare Tatsachenvermutung 65

5. Vermutung und Fiktion 68

a. Die Abgrenzung der Vermutung zur Fiktion 68

b. Die widerlegbare Vermutung als prozessuale Fiktion 70

II. Die Abgrenzung zur Auslegungsregel 71

1. Die Abgrenzung der Auslegungsregel zur Vermutung 72

2. Die Abgrenzung der Auslegungsregel zur Erklärungsfiktion 74

2. Kapitel Die gesetzliche Erklärungsfiktion 75

1. Abschnitt Von der Wirkungsweise und Terminologie der gesetzlichen Erklärungsfiktion - stillschweigende Willenserklärung oder normiertes Schweigen 75

2. Abschnitt Die Anwendung allgemeiner Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auf gesetzliche Erklärungsfiktionen 80

A. Die Anfechtung gesetzlich fingierter Willenserklärungen 80

I. **Die einzelnen Irrtumsfälle** 80

1. Der Schlüssigkeitsirrtum 80
2. Die Tatsachenunkenntnis 81
3. *Der Inhaltsirrtum* 81
4. Die Fälle des § 123 BGB 81
5. Der Erklärungsirrtum 82

II. **Ansätze für grundsätzliche Lösungen** 82

III. ***Die Erklärungsfiktion mit zustimmender Wirkung*** 84

1. Die einzelnen Lösungsansätze 84
2. *Die Fiktionswirkung als Folge einer Obliegenheitsverletzung* 84
3. Die Fiktion als Vermutung des Erklärungswillens 85
4. Das Vertrauen des Erklärungsempfängers als Beurteilungsgrundlage 86
5. Der Ausgangspunkt im Wesen der Fiktion als Analogie 87

a. Grundsätzliche Erwägungen aus der normativen *Vorgabe der Gleichbewertung* 87

b. Erfordernis bestimmter Modifikationen dieses Grundsatzes 88

aa. *Der Schlüssigkeitsirrtum* 89

bb. Die Tatsachenunkenntnis 90

cc. Der Inhaltsirrtum 91

dd. Die Fälle des § 123 BGB 92

IV. **Die Erklärungsfiktion mit ablehnender Wirkung** 93

1. Differenzierung nach der inhaltlichen Ausgestaltung der Fiktionsfolge 93

a. *Der vorherrschende Lösungsansatz* 93

b. Kritik an der herrschenden Lösung 94

aa. Der Wille des Schweigenden als Bezugspunkt 94

bb. Kein Erfordernis für eine Anfechtung 94

cc. Die Fiktion als bloße Normierung einer Ausschlußfrist 95

dd. Der weitgehende Ausschluß der Anfechtung diene dem Schutz des Erklärungsgegners 97

2. Keine Rechtfertigung einer Differenzierung 98

B. Das Erfordernis der vollen Geschäftsfähigkeit 98

I. Erklärungsfiktionen, deren Rechtsfolgeeintritt durch das Vorliegen einer Aufforderung zur Erklärung bedingt ist 99

II. Erklärungsfiktionen, deren Rechtsfolgeeintritt nicht durch das Vorliegen einer Aufforderung zur Erklärung bedingt ist 100

1. Der vorherrschende Lösungsansatz 100

2. Kritik an der herrschenden Lösung 101

a. Die Erklärungsfiktion mit zustimmender Wirkung 101

b. Die Erklärungsfiktion mit ablehnender Wirkung 101

3. Kapitel Die rechtsgeschäftlich vereinbarte Erklärungsfiktion 104

1. Abschnitt Die Erklärungsfiktion in der einzelvertraglichen Abrede 104

A. Die Willenserklärung 105

I. Die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Willenserklärung 105

1. Die ausdrückliche Willenserklärung 106

2. Die konkludent erklärte Willenserklärung 107

3. Die Willenserklärung mittels Schweigen 113

II. **Die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Willenserklärung** 121

1. Das Erklärungsbewußtsein 122
2. Der Handlungswille 127
3. Der Geschäftswille 129
4. Das Problem der Zurechnung 131
5. Die praktische Relevanz der unterschiedlichen Ausgangspunkte 132
6. Die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Willenserklärung mittels Schweigen 133

B. **Die Bedeutung der Erklärungsfiktion - eine Alternative zur Willenserklärung ?** 135

I. **Das Nichterklären als Substitut für eine Willenserklärung ?** 136

II. **Die Erklärungsfiktion als Vereinbarung über die Bedeutung eines Nichterklärens als Willenserklärung** 137

1. Die Willenserklärung als Gestaltungsinstrument im Bereich der Privatautonomie 138
2. Die Erklärungsfiktion als Gestaltungsinstrument des Gesetzgebers 139
3. Die Bindung des Rechtsverkehrs an die Willenserklärung als Gestaltungsinstrument im Bereich der Privatautonomie 140

C. **Sonstige Möglichkeiten der Bedeutung einer Klausel in Fiktionsform** 146

I. **Die Herbeiführung rechtsgeschäftlicher Wirkungen mittels antizipierter Erklärungen** 147

1. Das Schweigen als Ausbleiben der auflösenden Bedingung des Widerrufs 147
2. Das Schweigen als Eintritt einer aufschiebenden Bedingung 148
3. Das Schweigen als Nicht-Ausüben eines Rücktrittsrechts 148
4. Kritik dieser Fallgestaltungen 148

II. Die Vereinbarung des Schweigens als Vermutung für das Vorliegen einer Erklärung 151

III. Das Schweigen als vereinbarte Verwirkung/ Erwirkung von Rechten 153

IV. *Die Fiktionsklausel als Verzicht auf Zugang* der Annahmeerklärung gem. § 151 S. 1 BGB 154

2. Abschnitt Die formularvertragliche Erklärungsfiktion und ihre Regelung durch das AGB - Gesetz 156

A. Einführung 156

I. Die geschichtliche Entwicklung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Entstehung des § 10 Nr. 5 AGBG - Bedeutung und Gefahr vorformulierter Erklärungsfiktionen 156

1. Überblick über die historische Entwicklung Allgemeiner Geschäftsbedingungen 159

   a. Historische Entwicklung und Verbreitung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen 159

   b. Die aufkommende Diskussion in Literatur und Politik 160

2. Die Entstehungsgeschichte des § 10 Nr. 5 AGBG 162

   a. Der Entwurf der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz 162

   b. Die Referentenentwürfe des Bundesministers der Justiz 166

   c. Der Gesetzentwurf der CDU/CSU - Fraktion im Deutschen Bundestag 166

   d. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung 170

II. Die Rechtsnatur der rechtsgeschäftlichen Erklärung als Fiktionsgegenstand 174

B. **Der Anwendungsbereich des § 10 Nr. 5 AGBG** 176

I. **Das rechtsfolgenauslösende Verhalten** 176

1. Jedes Tun oder Unterlassen 176
2. Anknüpfung an das Verhalten des Verwenders 177
3. Das Verhältnis zwischen § 10 Nr. 5 und § 2 AGBG 181

II. **Die Fiktion einer Erklärung des Vertragspartners** 186

1. Klärung terminologischer Vorfragen 186
   a. Die Erklärungsfiktion 187
   b. Die rechtsgeschäftsähnliche Handlung 187
   c. Die rein tatsächliche Erklärung 188
   d. Die Tatsachenbestätigung 188
   e. Die Tatsachenfiktion 189
   f. Die Wissenserklärung 190
2. Die Art der fingierten Erklärung 191
3. Keine Willenserklärung nach allgemeinen Grundsätzen 194
4. Die antizipierte Erklärung 196
5. Anknüpfung an außerhalb der AGB stehendes Verhalten 197
6. Die Wiederholung einer Gesetzesfiktion 198
   a. Die inhaltliche Wiederholung einer Gesetzesfiktion 198
   b. Die teilidentische Fiktionsklausel 199
7. Erklärungen des Verwenders 201

C. **Wirksamkeitsvoraussetzungen für Erklärungsfiktionen in AGB gem. § 10 Nr. 5 AGBG** 203

I. **Die Einräumung einer angemessenen Erklärungsfrist** 203

II. Die Hinweispflicht 207

1. Die Übernahme der Hinweispflicht 207

2. Der tatsächliche Hinweis 207

III. Das berechtigte Interesse 208

D. Die Rechtsfolgen von Abgabe und Unterlassung einer tatsächlichen Erklärung des Vertragspartners des Verwenders 210

E. Die Abgrenzung des § 10 Nr. 5 AGBG zu anderen Klauselverboten 211

I. Das Verhältnis des § 10 Nr. 5 zu § 11 Nr. 15 AGBG 212

1. Das Klauselverbot des § 11 Nr. 15 AGBG 213

a. Beweislastumkehr 214

b. Erschwerung der Beweisführung des Vertragspartners 214

c. Erleichterung der Beweisführung des Verwenders 215

d. Der völlige Ausschluß jeder Beweisführung zu Lasten des Vertragspartners des Verwenders 215

2. Bisherige Abgrenzungsversuche der Klauselverbote der §§ 10 Nr. 5 und 11 Nr. 15 AGBG 218

a. Spezialitätsverhältnis zwischen § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 15 AGBG 218

b. Kumulative Anwendung der §§ 10 Nr. 5 und 11 Nr. 15 AGBG 219

c. Ausschließlichkeitsverhältnis der §§ 10 Nr. 5 und 11 Nr. 15 AGBG 221

3. Kritik der bisherigen Lösungsversuche der Abgrenzungsproblematik der §§ 10 Nr. 5 und 11 Nr. 15 AGBG 222

a. Spezialitätsverhältnis zwischen § 10 Nr. 5 und § 11 Nr. 15 AGBG 222

b. Kumulative Anwendung der §§ 10 Nr. 5 und 11 Nr. 15 AGBG 228

c. Ausschließlichkeitsverhältnis der §§ 10 Nr. 5 und 11 Nr. 15 AGBG 229

4. Die Zweistufigkeit der Inhaltskontrolle vorformulierter Erklärungsfiktionen 230

5. Die hieraus resultierende Kontrolle einer fingierten Erklärung anhand der §§ 10 Nr. 5 und 11 Nr. 15 AGBG 233

a. Die Kontrolle des Mechanismus der Rechtsfolgenanordnung 234

b. Die Kontrolle der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Fiktion einer Erklärung 235

aa. Beweisrechtliche Nachteile bei Kontrolle der Voraussetzungen für den Eintritt der Fiktionswirkung ? 236

bb. Beweisrechtliche Nachteile durch die Rechtsfolgen der Erklärungsfiktion ? 238

(1) Die Willenserklärung als Fiktionsgegenstand 238

(2) Die Tatsachenfiktion als Fiktionsgegenstand 239

(3) Die Tatsachenbestätigung als Fiktionsgegenstand 240

II. Das Verhältnis des § 10 Nr. 5 zu § 11 Nr. 12 AGBG 241

Schlußbetrachtung/Zusammenfassung 243