

§ 5 Die Willenserklärung

Weiterführende Literatur: Haas, Das Wirksamwerden von Willenserklärungen, JA 1997, 116; Kanzleiter, Der Zugang beurkundeter Willenserklärungen, DNotZ 1996, 931; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 24; Oertman, Zugehen und Vernehmen, Recht 1906 721; Ultsch, Zugangsprobleme bei elektronischen Willenserklärungen, NJW 1997, 3007; Wörlen, BGB AT, 2. Abschnitt.

1. Der Begriff

Der Begriff der Willenserklärung (WE) ist gesetzlich nicht geregelt. Nach dem Prinzip „lex imperat non docet“ (frei übersetzt: „Das Gesetz befiehlt, es lehrt nicht“) werden in den §§ 116 bis 119 BGB lediglich Teilelemente geregelt. Dabei ist die Willenserklärung von erheblicher praktischer Bedeutung, ist sie doch notwendiges Bestandteil jedes Rechtsgeschäfts. Denn für das Zustandekommen von einseitigen Rechtsgeschäften oder von Verträgen bedarf es einer oder mehrerer WE. Man kann auch sagen: Eine Willenserklärung dient der Herbeiführung einer Rechtswirkung, also zur

- Begründung
- Änderung oder
- Aufhebung

eines Rechtsverhältnisses.

Eine WE kann prinzipiell in verschiedener Form zum Ausdruck gebracht werden und zwar schriftlich, mündlich oder durch konkludente Handlung.

Bsp.: (für die Abgabe einer WE durch konkludente Handlung:) Hand hochheben bei einer Versteigerung; Handschlag; Kopfnicken oder -schütteln.

Für den Eintritt einer Rechtsfolge aufgrund abgegebener Erklärungen ist Voraussetzung:

- (1) Vorliegen einer Erklärung, die den Erfordernissen an eine WE bei dem jeweiligen Rechtsgeschäft genügt.
Bsp: Der Kauf einer Sache kann mündlich erfolgen; der Grundstückskauf bedarf der notariellen Form.
- (2) Die WE muss frei von Mängeln sein (sonst ist sie anfechtbar).
- (3) Die WE muss abgegeben und - sofern es sich um eine empfangsbedürftige WE handelt - zugegangen sein.
- (4) Tritt die Rechtsfolge nur aufgrund eines Vertrages ein, müssen deckungsgleiche Willenserklärungen abgegeben worden sein.
Mit anderen Worten: Die Parteien müssen sich über den Inhalt des Vertrages geeinigt haben (ggf. muss der Inhalt der jeweiligen WE auf Deckungsgleichheit geprüft werden, §§ 133, 157 BGB; vgl. hierzu Meub, Zivilrecht, AT § 8).

2. Die Tatbestandsmerkmale einer Willenserklärung

Die Tatbestandsmerkmale einer WE sind:

- Innerer Wille, mit der Erklärung, eine Rechtsfolge herbeiführen zu wollen sowie
- Äußerer Erklärungswille, der darauf schließen lässt, welche Rechtsfolge der Erklärende will.

Für eine fehlerfreie WE müssen immer äußerer und innerer Erklärungswille übereinstimmen.

2.1 Der äußere Erklärungstatbestand

Nicht der bloß innere Wille des Erklärenden, sondern nur der kundgegebene Wille bewirkt den Rechtserfolg. Für den äußeren Erklärungstatbestand kommt als Erklärungsmittel **jedes willensgesteuerte Verhalten** in Betracht wie

- Körperbewegungen: Kopfnicken, Handaufheben, an sich nehmen (z.B. von Ware) oder
- mündliche und schriftliche Erklärungen, auch mittels Datenübertragung.

Der äußere Erklärungstatbestand kann systematisiert werden in

- den Handlungswillen,
- den Rechtsbindungswillen und
- den Geschäftswillen.

Für den äußeren Erklärungstatbestand ist unerheblich, ob der Erklärende auch den zum Ausdruck gekommenen Willen tatsächlich hatte. Entscheidend ist, ob die Erklärung **aus Empfängersicht** den Willen, eine Rechtsfolge herbeiführen zu wollen (Geschäftswillen), erkennen lässt.

2.2 Der innere Erklärungstatbestand

Beim inneren Erklärungstatbestand geht es um die Zurechenbarkeit der Willenserklärung, also wollte der Erklärende überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben. Auch der innere Erklärungstatbestand setzt sich aus drei Teilelementen zusammen:

- dem Handlungswillen,

- dem Erklärungsbewusstsein (heute nicht mehr zwingender Bestandteil einer WE (vgl. BGHZ 91, 324; 109, 177) sowie
- dem Geschäftswillen.

Für eine fehlerfreie WE müssen äußerer und innerer Erklärungstatbestand übereinstimmen. Stimmen äußerer und innerer Erklärungstatbestand nicht überein, kann trotzdem eine (wenngleich fehlerhafte) WE vorliegen (zu den Folgen vgl. Meub, Zivilrecht, AT §§ 9 und 11). Zur Verdeutlichung mögen auch folgende Fälle dienen:

Fall: Trierer Weinversteigerung (nachgebildet BGH 91, 324, 330)

Auf einer Weinauktion ruft der Auktionator A gerade drei antike Amphoren gefüllt mit römischem Wein auf. Daran hat H kein Interesse. Wie sein Blick durch den Raum schwenkt, sieht er plötzlich einen alten Bekannten und hebt die Hand, um ihn zu grüßen. Da hört er den Auktionator: „Drei Amphoren gehen an H!“ Wie ist die Rechtslage?

Lösungsskizze:

§ 433 BGB? Einigung durch Angebot und Annahme?

Äußerer Erklärungstatbestand liegt vor. Fraglich ist, ob auch ein ausreichender **innerer Erklärungstatbestand** gegeben ist (str.):

- m.M. Canaris (NJW 1974,528; 1984, 2281 m.w.N.): K hatte kein **aktuelles** Erklärungsbewusstsein.
- h.M. z.B. BGH (BGHZ 91, 324, 330, NJW 2002, 363), Palandt (vor § 116 Rn. 17): Kann der Erklärende bei Anwendung der **im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen (und evtl. vermeiden)**, dass seine Erklärung oder sein Verhalten nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als WE aufgefasst werden durfte, muss sich der Erklärende die WE trotz fehlendem Erklärungsbewusstsein zurechnen lassen. Argumente pro:
 - Schutzwürdigkeit des Erklärungsempfängers.
 - Der Fall eines fehlenden Erklärungsbewusstseins ist dem Fall eines abweichenden Geschäftswillens (§ 119 Abs. 1 BGB) vergleichbar.

K musste also wissen, dass Handaufheben während einer Versteigerung als Angebot gilt. Dies wurde durch den Zuschlag angenommen; folglich kam ein Kaufvertrag zustande, den K lediglich noch nach § 119 BGB anfechten kann mit der Rechtsfolge des § 122 BGB: Ersatz des Vertrauensschadens.

Fall: Der Schreibfehler

A will online beim Versandhandel V einen Notebook Typ A 5500 bestellen. Beim Ausfüllen der Bestellung verschreibt er sich und füllt als Typbezeichnung A 7500 aus (der ist 300 € teurer). Erst mit der Anlieferung des Notebooks fällt das Versehen auf. Wie ist die Rechtslage?

Lösungsskizze:

§ 433 BGB? Einigung durch Angebot und Annahme?

Der Äußere Erklärungsstatbestand liegt vor. Fraglich ist, ob auch ein ausreichender **innerer Erklärungsstatbestand** gegeben ist. Der innere Handlungswille und das innere Erklärungsbewusstsein sind gegeben, denn A wollte ein Notebook bestellen. Jedoch war sein innerer Geschäftswille auf ein Notebook des Typs 5500 gerichtet, mithin die WE objektiv fehlerbehaftet. Wegen der Schutzwürdigkeit des Erklärungsempfängers ist A dennoch an seine Bestellung gebunden, kann jedoch den zustande gekommen Kaufvertrag anfechten (§§ 142 i.V.m. 119, 122 BGB).

3. Die Abgabe der Willenserklärung

Eine WE wird nicht in jedem Fall automatisch bereits mit ihrer Formulierung oder Vollendung wirksam. Es müssen drei unterschiedliche Fallgruppen hinsichtlich der Abgabe von WE unterschieden werden:

- Eine **streng einseitige** WE (z.B. die Errichtung eines Testamentes) ist bereits mit der Vollendung ihrer Voraussetzungen (der eigenhändigen Unterschrift unter das Testament) wirksam.
- Bei **nicht empfangsbedürftigen** WE (wie z.B. § 657 BGB, Auslobung oder § 959 BGB, Aufgabe des Eigentums = dereliktion) reicht die formgerechte Abgabe der WE. Sie ist also abgegeben, wenn der Erklärende sich ihrer entäußert (sie fertiggestellt und/oder verlautbart) hat.
Bsp: Hängt jemand im Supermarkt einen Zettel auf: „Katze entlaufen; Finderlohn 50 €“ und bringt ein anderer, der den Zettel noch nicht einmal gelesen hat, die Katze zurück, so hat dieser dennoch Anspruch auf den Finderlohn. Stellt jemand sein altes Sofa zum Sperrmüll, gibt er damit gleichzeitig zum Ausdruck, dass er sein Eigentum daran aufgibt.
- Bei einer **empfangsbedürftigen** WE reicht es für die Abgabe nicht aus, dass sich der Erklärende der Erklärung entäußert. Eine empfangsbedürftige WE ist abgegeben, wenn

- (1) die Erklärung vom Erklärenden
- (2) willentlich

- (3) so in den Verkehr gebracht worden ist, dass
- (4) ohne sein weiteres Zutun der Zugang der Erklärung eintreten kann.

3.1 Erklärung des Erklärenden

Bei einer **mündlichen** Erklärung ist sie vom Erklärenden abgegeben, wenn er sie ausspricht. Eine **schriftliche** Erklärung wird nicht bereits mit ihrer Formulierung abgegeben, sondern erst, wenn der Erklärende alles getan hat, damit das Schriftstück an den Empfänger gelangen kann.

3.2 Willentlich

Die WE muss zielgerichtet in den Verkehr gebracht werden.

3.3 Willentliche Entäußerung

Zur Verdeutlichung mag folgender Fall dienen:

Fall: Die "mitgenommene" Bürgschaft (nachgebildet RG 61, 414)

S hat Schulden bei G und bittet ihn um Stundung. G ist damit unter der Bedingung einverstanden, dass Frau S eine Bürgschaft übernimmt. In Gegenwart von G unterschreibt Frau S gerade die Bürgschaftserklärung, als S sich im Nachbarzimmer erschießt. Frau S stürzt zu ihrem sterbenden Mann; G entfernt sich währenddessen unter Mitnahme der Bürgschaftsurkunde. G will Frau S in Anspruch nehmen.

Lösungsskizze:

Wirksamer Bürgschaftsvertrag, §§ 765, 766 BGB?

Bürgschaft ist formgerecht formuliert und gefasst, § 766 BGB.

Die Bürgschaft ist aber nur wirksam, wenn Frau G sie willentlich entäußert hat, sie also bewusst in den Machtbereich des G gegeben hätte. Eine formbedürftige WE gilt aber nur dann als zugegangen, wenn die Erklärung dem Empfänger ausgehändigt oder das an sich nehmen gestattet wird.

Ergebnis: Frau S hat sich ihrer formbedürftigen WE (§ 766 BGB) noch nicht willentlich entäußert. Mithin liegt kein wirksamer Bürgschaftsvertrag vor.

3.4 Schaffung der Möglichkeit des Zugangs

Zur Abgabe einer empfangsbedürftigen WE gehört, dass der Erklärende die Erklärung in Richtung auf den Empfänger in Bewegung setzt und er bei Zugrundelegung normaler Verhältnisse mit dem Zugang rechnen kann.

3.5 Das Rückgängigmachen der Abgabe durch Widerruf

Fall: Die übereilte Exmatrikulation

Am Ende einer heftig durchzechten Nacht fällt Student S in eine schwere Depression. Zweifelnd an der Sinnvolllichkeit seines Studiums schreibt er seine Exmatrikulation, adressiert und frankiert den Brief und bringt in noch zum Briefkasten. Am nächsten Morgen bereut er seine Entscheidung. Was ist zu tun?

Ist eine WE unter Abwesenden abgegeben, kann der Erklärende das Wirksamwerden seiner WE nur noch verhindern, wenn dem Erklärungsempfänger vorher oder zumindest gleichzeitig mit der Erklärung ein Widerruf zugeht (§ 130 Abs. 1 S. 2 BGB).

4. Der Zugang der Willenserklärung

Der Begriff des Zugangs ist gesetzlich nicht näher definiert, sondern wird als Wirksamkeitsvoraussetzung für empfangsbedürftige WE inhaltlich vorausgesetzt. Für eine Begriffsbestimmung kann auf § 130 BGB zurückgegriffen werden. § 130 BGB teilt den Weg einer WE zum Empfänger in zwei Risikobereiche auf: Da auf der einen Seite die bloße Abgabe einer Erklärung für den Zugang nicht ausreicht, kann zum anderen Seite auch die tatsächliche Kenntnisnahme nicht gefordert werden, ohne den Empfänger unangemessen zu bevorzugen. Es muss also ein Mittelweg gefunden werden, der das Risiko des Zugangs sachgerecht verteilt und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt:

Zunächst muss die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein - räumliche Komponente. Dies ist der Fall, wenn sie in die räumliche Sphäre des Empfängers eingetreten ist, also wenn die Erklärung in die dafür vorgesehenen Einrichtungen (z.B. Briefkasten, Postfach, Mailbox, Anrufbeantworter) gelangt ist oder einem Empfangsboten ausgehändigt wurde.

Zum anderen ist beim Zugangsbegriff aber auch eine zeitliche Komponente zu beachten: Die Vollendung des Zugangs tritt erst ein, wenn die Kenntnisnahme der Erklärung dem Empfänger möglich sowie unter Annahme gewöhnlicher Umstände zu erwarten ist.

Folglich kann man den Zugangszeitpunkt wie folgt definieren: **Zugegangen** ist eine WE, wenn sie

- (1) so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist (räumliche Komponente),
- (2) dass bei Annahme normaler Verhältnisse mit der Kenntnisnahme durch den Empfänger zu rechnen ist (zeitliche Komponente) - BGH NJW 1977, 194.

Diese Definition gilt uneingeschränkt für verkörperte (= schriftliche) WE, prinzipiell auch für nicht verkörperte WE (= mündliche Erklärungen oder Gesten). Bei nicht verkörperten WE besagt die sog. abgeschwächte Vernehmungstheorie, dass eine WE als zugegangen gilt, wenn sie vom Empfänger vernommen ist. Dabei ist nicht entscheidend, ob der Empfänger die WE inhaltlich richtig verstanden hat. Der Erklärende muss jedoch damit rechnen können, dass der Empfänger sie richtig verstanden hat (h.M. vgl. Palandt zu § 130 Rn. 4 m.w.N.).

5. Die Einschaltung von Hilfspersonen und Empfangsvorrichtungen

Bei der Abgabe von WE muss der Erklärende nicht unbedingt persönlich tätig werden. Er kann sich zur Übermittlung - sowohl bei Erklärungen unter Anwesenden, als auch unter Abwesenden wie auch bei verkörperten nicht verkörperten WE – verschiedener Hilfsmittel bedienen. Als Hilfsmittel für die Übermittlung von WE kommen in Betracht:

- bei mündlichen Erklärungen: Erklärungs- und/oder Empfangsbote;
- bei schriftlichen Erklärungen: Erklärungs- und/oder Empfangsbote, Briefkasten, Postfach, Fax, e-mail (= Empfangsvorrichtungen).

Der Bote ist quasi der „verlängerte Arm“ des Erklärenden. Er übernimmt eine fremde Erklärung und befördert sie zum Empfänger. Damit unterscheidet er sich auch deutlich vom Vertreter i.S.d. § 164 Abs. 1 BGB (z.B. Prokurist, Handlungsbevollmächtigter, Rechtsanwalt): Dieser gibt eine eigene Erklärung im fremden Namen ab.

Erklärungsbote ist, wer vom Erklärenden damit beauftragt ist, den Zugang der WE zu bewirken. Als Erklärungsbote kann grds. jeder fungieren.

Empfangsbote ist, wer vom Empfänger zur Empfangnahme bestellt oder nach der Verkehrsanschauung zur Übermittlung geeignet ist oder als ermächtigt gilt. Als Empfangsbote kommt in Betracht, wer

- nach der Verkehrsanschauung zur Übermittlung geeignet ist und als ermächtigt gilt oder
 - vom Empfänger zur Empfangsannahme bestellt ist.
- Bsp.: Privater Bereich:** Ehefrau/-mann; Angehörige; Kinder, wenn sie die nötige Reife haben; nicht jedoch: Nachbarn; Handwerker am Bau.
Geschäftl. Bereich: Buchhalter; kaufmännischer Angestellter; nicht jedoch: Putzfrau; Nachtwächter.

Zur Vertiefung mag folgender Fall dienen:

Fall: Das undichte Hausdach

Erbe E, wohnhaft in Frankfurt am Main, hat ein Mietshaus in Mittweida geerbt. Die Mieter teilen ihm mit, das Dach des Hauses sei undicht. E fährt mit seinem erwachsenen Sohn S hin, um den Schaden zu besichtigen.

Alt. 1: E ruft den Dachdecker D an und beauftragt ihn mit der Reparatur; D erklärt sich einverstanden.

Alt. 2: E schickt seinen Sohn S mit einem Brief zu Dachdecker D. Inhalt des Briefes ist der Auftrag zur Reparatur des Daches. D schreibt an E eine Auftragsbestätigung und gibt sie S mit zurück.

Alt. 3: S verliert den Brief des Vaters. Bei D angekommen, richtet er aus, das Dach solle erneuert werden. D schickt E mit der Post eine Auftragsbestätigung, mit dem Inhalt: „Wir danken für Ihren Auftrag, den wir ordnungsgemäß ausführen werden.“

Alt. 4: Beim Telefonanruf des E ist D nicht im Betrieb. Der mitarbeitenden Ehefrau des D teilt E mit, D solle das Dach reparieren. Aufgrund eines Erinnerungsfehlers lässt Frau D ihren Mann wissen, er solle das Dach erneuern. D schickt an E eine Auftragsbestätigung gleichen Inhalts wie in Alt. 3.

Frage: Sind Willenserklärungen zugegangen? Wenn ja, mit welchem Inhalt?

Ergebnis:

Bei **Alt. 1** wird von E die WE „repariere das Dach“ mündlich abgegeben; anschließend erklärt D ebenfalls mündlich „ich repariere das Dach“.

Bei **Alt. 2** übergibt der Erklärungsbote S die schriftliche WE des E. S nimmt den Brief des D als Empfangsbote des E entgegen, wenn E ihn zum Empfang solcher Schreiben ermächtigt hat (das kann man bei erwachsenen Kindern unterstellen); ansonsten würde S als Erklärungsbote des D tätig. Mit Zugang bei E wird die WE des D wirksam.

Bei **Alt. 3** überbringt S als Erklärungsbote irrtümlich eine (fehlerhafte) WE an D; D übermittelt seine WE „ich erneuere das Dach“ schriftlich.

Bei **Alt. 4** geht die WE des E „repariere das Dach“ der F als Empfangsbotin des D zu.

6. Der Zugangszeitpunkt

Für die Bestimmung des Zugangszeitpunktes unter Abwesenden, also des Zeitpunktes, zu dem die WE wirksam wird, ist § 130 Abs. 1. S. 1 BGB wenig hilfreich. Es muss vielmehr unterschieden werden zwischen dem Zugang direkt, dem Zugang per Empfangsvorrichtung und dem Zugang per Empfangsboten:

- Wird eine mündliche oder schriftliche Erklärung vom Erklärenden oder dem Erklärungsboten dem Empfänger ggü. **direkt geäußert** oder übergeben, tritt mit Vernehmen bzw. Aushändigung der Zugang ein.
- Wird eine schriftliche Erklärung in eine **Empfangsvorrichtung** des Empfängers (Briefkasten, Fax, e-mail) gegeben, tritt der Empfang erst dann ein,

wenn nach dem regelmäßigen Verlauf mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist (BGH WM 1989, 852). Also:

- unter gewöhnlichen Umständen, wobei
 - unerheblich ist, wann der Empfänger die Erklärung tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Urlaub, Krankhausaufenthalt usw. gehen mithin zu Lasten des Empfängers.
- Nimmt ein **Empfangsbote** die WE entgegen, so ist die Erklärung nach h.M. erst dann zugegangen, wenn nach dem gewöhnlichen Verlauf mit deren Übermittlung an den Empfänger zu rechnen ist (BGH WM 1989, 852; BGH-RR 1987,757). Übermittelt der Empfangsbote die Erklärung verspätet oder gar überhaupt nicht, geht dies zu Lasten des Erklärungsempfängers.

6.1 Der Zugang bei einer nicht ermächtigten Person

Die Abgabe einer WE an eine nicht ermächtigte Person bewirkt nicht deren Zugang, auch wenn die Person der Sphäre des potentiellen Empfängers zuzurechnen ist. Die Person wird vielmehr zum Erklärungsboten. Die Erklärung geht erst zu, wenn sie dem Empfänger übermittelt wird.

Fall: Das spielende Kleinkind

Arbeitgeber A übergibt die Kündigung dem dreijährigen Sohn des Arbeitnehmers. Der verbuddelt sie versehentlich im Sandkasten. Durch Zufall findet er den Brief einen Monat später wieder und gibt ihn dem Vater. Wann ist die Kündigung zugegangen?

Ergebnis: Der Sohn ist Erklärungsbote des A! Die Kündigung geht erst mit Übergabe des Briefes an den Vater zu.

Weitere Beispiele für nicht ermächtigte Empfangspersonen: nicht geschäftsfähige Familienangehörige; nicht empfangsberechtigte Mitarbeiter wie Küchenpersonal, Lageristen, Wachtpersonal; x-beliebiger Dritter.

7. Die Verhinderung des Zugangs

Nach st. Rspr. und h.L. muss derjenige, der aufgrund bestehender oder angebahnter vertraglicher Beziehungen mit dem Zugang von WE zu rechnen hat, geeignete Vorkehrungen treffen, damit derartige Erklärungen ihn auch erreichen können (BGH NJW 1983, 929, 930 m.w.N.; BAG DB 1986, 2336 m.w.N.). Tut er dies nicht, verstößt er gegen vertragliche Sorgfaltspflichten. Im Falle einer groben Pflichtverletzung hat dies zur Folge, dass der Empfänger die ihm gegenüber seinem Partner bestehenden Sorgfaltspflichten (Grundsatz von Treu und

Glauben, § 242 BGB) verletzt und sich so behandeln lassen muss, als sei ihm die Erklärung zugegangen.

7.1 Die berechtigte Annahmeverweigerung

Eine berechtigte Annahmeverweigerung geht zu Lasten des Erklärenden.

Bsp(e): Die Anschrift des Briefes lässt nicht genau erkennen, ob er an tatsächlich an den Empfänger oder einen Dritten gerichtet ist. Ein Brief ist nicht ausreichend frankiert –der Empfänger soll Strafporto zahlen.

Im Falle berechtigter Annahmeverweigerung gilt die Willenserklärung als nicht zugegangen.

7.2 Die unberechtigte Annahmeverweigerung

In den Fällen der grundlosen Annahmeverweigerung sowie der arglistigen Verhinderung des Zugangs gilt die WE als zugegangen (§ 162 Abs. 1 BGB analog).

Bsp(e): Der Empfänger rechnet mit vertragserheblichen Willenserklärungen seines Geschäftspartners per Einschreiben/Rückschein und erhält auch eine Benachrichtigungskarte, holt den Brief jedoch nicht bei der Post ab. Der Empfänger demontiert seinen Briefkasten oder versperrt den Briefkastenschlitz.

Denn der Empfänger war in der Lage, sich Kenntnis vom Inhalt der Erklärung zu verschaffen und damit konnte auch gerechnet werden (BGH NJW 1983, 929).

7.3 Sonstige Zugangshindernisse

In der Praxis kann die unberechtigte Annahmeverweigerung häufig nicht bewiesen werden. Dies liegt z.B. bereits daran, dass die Benachrichtigen der Post über abzuholende Einschreibe- oder Einschreiben/Rückscheinsendungen keine Hinweise auf die Absender und den Inhalt der Schreiben enthalten.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob der Sorgfaltsverstoß innerhalb der vertraglichen (aber auch vor- oder nachvertraglichen) Beziehung so schwer wiegt, dass es gerechtfertigt erscheint, die vermutete oder auch tatsächliche Pflichtverletzungen des Empfängers höher zu bewerten, als den Grundsatz, dass empfangsbedürftige Willenserklärungen zugehen müssen. Da die Zugangsfiktion Ausnahme vom Grundsatz des Zugangs bleiben muss, fordert die hM nicht nur eine Sorgfaltspflichtverletzung auf Empfängerseite, sondern auch besondere Bemühungen auf Absenderseite (BGH NJW 1998, 196, 197).

Def.: Eine Erklärung gilt als zugegangen (Zugangsfiktion), wenn der

- (1) Empfänger eine Obliegenheitsverletzung begangen hat und
- (2) der Erklärende alles Zumutbare und Erforderliche für einen rechtzeitigen Zugang getan hat.

Dementsprechend kann der Erklärende für ihn günstige Rechtsfolgen aus seiner nicht zugegangenen Willenserklärung nur dann ableiten, wenn er alles Erforderliche und Zumutbare getan hat, damit seine Erklärung den Adressaten erreichen konnte. Dazu gehört idR, dass er nach Kenntnis von dem erfolglosen Zustellversuch unverzüglich einen erneuten Zustellversuch unternimmt, um seine WE doch noch in den Machtbereich des Empfängers zu bringen. Zu den Pflichten des Erklärenden gehört in diesem Zusammenhang auch, ggf. noch einmal die Anschrift des Empfängers zu überprüfen (z.B. durch Erkundigungen in der Nachbarschaft oder bei Wettbewerbern, Einblick in das Handelsregister, Einholung einer Auskunft des Einwohnermeldeamtes). Scheitert auch der zweite ordnungsgemäße Zustellversuch, gilt die WE als zugegangen.