Titel 4

Bedingung und Zeitbestimmung

Vorbemerkung §§ 158–163

ÜBERSICHT

1. Grundbegriffe	1–6	aa) Problematik u Meinungs-	
a) Bedingung	2–5	stand	28
b) Befristung	6	bb) Stellungnahme	29
2. Abgrenzung	7–13	cc) Abgrenzungen	30
a) Rechtsbedingung (condicio		6. Selbstbeschränkung befugter Ver-	
iuris)	8–10	treter	31, 32
b) Scheinbedingung	11–13	7. Zulässigkeit bedingter Rechtsge-	
3. Funktionelle Einordnung	14–23	schäfte	33
a) Erhebung von Motiven zur		8. Prozessuales	34–44
Bedingung; Abgrenzung zu		a) Prozessführung u Rechtskrafte-	
Zweckbindung im Sinne von		streckung bei bedingt übertra-	
§ 812 u Geschäftsgrundlage . .	15, 16	genen Rechten	34–39
b) Sog aufschiebende Wollensbe-		aa) Aufschiebend bedingte	
dingungen u Optionsverträge .	17	Übertragungen	34–37
c) Auflösende Bedingungen u Vor-		bb) Auflösend bedingte Über-	
behalt von Rücktritt, Widerruf		tragungen	38, 39
oder Kündigung	18	b) Behauptungslast	40
d) Bedingungen als Mittel zur		c) Beweislast	41–44
Erreichung bestimmten Verhal-		aa) Aufschiebende Bedingung	42, 43
tens; Abgrenzung zur Auflage .	19, 20	bb) Auflösende Bedingung . . .	44
e) Bedingungen als Mittel der Kre-		9. Insolvenzrecht	45–51
ditsicherung	21	a) Bedingung/Befristung und	
f) Schenkungen unter Lebenden;		Insolvenzbeschlag	45–47
Abgrenzung zu letztwilligen		b) Insolvenzanfechtung bedingter/	
Verfügungen	22	befristeter Rechtshandlungen .	48
g) Bedingungszusammenhang als		c) Berücksichtigung bedingter/	
Umgehungstechnik	23	befristeter Forderungen im Ver-	
4. Potestativbedingungen	24, 25	fahren	49
5. Wollensbedingungen	26–30	d) Bedingung als Lösungsklausel .	50
a) Auflösende Wollensbedingun-		e) Bedingungen u Befristungen	
gen	27	im Insolvenzplan	51
b) Aufschiebende Wollensbedin-			
gungen	28–30		

Schrifttum: Raape, Die Wollensbedingung, in: Festg für v Brünneck, 1912, S 57; Oertmann, Die Rechtsbedingung, 1924; Blomeyer, Die Anwartschaft aus bedingtem Rechtsgeschäft, 1937; ders, Studien zur Bedingungslehre, Beiträge zum ausl und intern Privatrecht, hrsg von Heymann ua, Teil I in Heft 14, 1938, Teil II in Heft 15, 1939; ders, La promesse de vente vaut vente, in: Festschr für Raate, 1948, S 269; Larenz, Die Rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen, DB 1955, 209; Pohle, Prozeßführungsrecht und Rechtskrafteerstreckung bei bedingten Veräußerungen, in: Festschr für H Lehmann II, 1956, S 738; Henke, Bedingte Übertragungen in Rechtsverkehr und Rechtsstreit, 1959; Kempf, Auslösende Bedingung und Rechtsnachfolge, AcP 158 (1959/60), 308; Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961; Lorenz, Vorzugsrechte beim Vertragsabschluß, in: Festschr für Dölle I, 1963, S 103; Henrich, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965; Georgiades, Optionsvertrag und Optionsrecht, in: Festschr für Larenz, 1973, S 409; Schiemann, Pendency und Rückwirkung der Bedingung, 1973; Egert, Die Rechtsbedingung, 1974; Wunner, Die Rechtsnatur der Rückgewährpflichten bei Rücktritt und auflösender Bedingung mit Rückwirkungsklausel, AcP 168 (1968), 425; v Einem, Die Rechtsnatur der Option, 1974; M Wolf, Schutz der Nachlaßgläubiger bei auflösend bedingter Vollerbschaft und Vorerbschaft, in: Festschr für v Lübtow, 1990, S 325; Rodermund, Rechtsgeschäfte unter Vergangenheits- oder Gegenwartbedingungen mit besonderer Berücksichtigung letztwilliger Verfügungen, Diss Münster 1990; Ehrlich, Die Zulässigkeit von auflösenden Bedingungen in Arbeitsverträgen, DB 1992, 1186; Bauschke, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch auflösende Bedingung oder Zweckbefristung, BB 1993, 2523; Zimmermann, „Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter . . .“, AcP 193 (1993), 121; Felix, Zulässigkeit und Besonderheiten auflösend bedingter Arbeitsverträge, NZA 1994, 1111; Hromadka, Alter 65: Befristung oder Bedingung, NJW 1994, 911;

Berger, Zur Anwendung des § 161 BGB bei bedingter Forderungsabtretung, KTS 1997, 393; Kroppenberg, Die so genannten Vorwirkungen von schwebend unwirksamen Verpflichtungsverträgen, WM 2001, 844; Hövelmann, Die Bedingung im Verfahrensrecht – dargestellt an Fällen aus dem Patentrecht, GRUR 2003, 203; Huhn/Bayer, Bedingung auf den Insolvenzfall – Möglichkeit der Kreditsicherung oder Anfechtungsgefahr?, ZIP 2003, 1965; Christiansen, Bedingungen und Befristungen im Recht der Insolvenzanfechtung, KTS 2003, 353; Casper, Der Optionsvertrag, 2005; Armgardt, Die Pendenztheorie im Vergleich mit dem Anwartschaftsrecht, der Lehre von der Vorausverfügung und der Lehre vom besitzlosen Pfandrecht, AcP 206 (2006), 654; Bydlinski, Optionsvertrag und Äquivalenzverschiebung, in: Festschr für Georgiades, 2006, S 53; Specks, Zur Zulässigkeit der Erbschaftsausschlagung unter einer Gegenwartsbedingung, ZEV 2007, 356; Zavar, Gedanken zum bedingten oder befristeten Rechtserwerb im Erbrecht, NJW 2007, 2353; Litzemberger, Unmöglichkeit und Ausfall der Bedingung bei erbrechtlichen Zuwendungen, ZEV 2008, 369; Muthorst, Bedingt, befristet, betagt – Sonderfälle der Forderung im Spiegel des Insolvenzrechts, ZIP 2009, 1794; Giesen, Wollensbedingung, in: Festschr für Schapp, 2010, S 159 ff; Frenzel, Aufschiebend bedingter Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, NotBZ 2010, 129; Bayer, Kein gutgläubiger Erwerb bei aufschiebend bedingter Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils?, GmbHR 2011, 1254; Meier, Schadensersatz aus Verfügungsgeschäften? – Zum Hintergrund des § 160 BGB, RablZ 76 (2012), 732; Maier-Reimer, Gutgläubiger Anteilserwerb und Bedingung, in: Liber amicorum Schurig, 2012, S 489; Eichel, Künftige Forderungen, 2014; Rodi, Die bedingte Zustimmung, 2016; Keim, Bedingungen in Verfügungen von Todes wegen und ihre Tücken für die Nachwelt, FamRZ 2017, 502; Weber/Wesiack, Aufschiebend bedingte Bewilligung der Eigentumsumschreibung – Alternative zur Ausfertigungssperre und Bewilligungsvollmacht, DNotZ 2019, 164; Gehrlein, Vorvertrag und Option in der Insolvenz, WM 2020, 1.

- 1 1. **Grundbegriffe.** §§ 158-163 behandeln mit Bedingung und Befristung zwei wichtige rechtsgeschäftliche Gestaltungsformen. Beiden ist gemeinsam, dass sie die rechtsgeschäftlich gewollte Rechtswirkung von einem zukünftigen Ereignis abhängig machen. Eine ausdrückliche begriffliche Abgrenzung zwischen beiden Formen gibt das Gesetz nicht, lässt aber erkennen, dass diese danach erfolgt, ob der Eintritt des zukünftigen Ereignisses gewiss ist (dann Befristung) oder nicht (dann Bedingung)¹. Die Übergänge zwischen Bedingung und Befristung sind in ihren praktischen Erscheinungsformen fließend. Große Bedeutung kommt ihrer Unterscheidung nicht zu.
- 2 a) **Bedingung.** Unter einer **Bedingung** im Rechtssinne ist die einem Rechtsgeschäft² eingefügte Bestimmung zu verstehen, welche die Rechtswirkung des Geschäfts von einem **zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig** macht. Ob der Zeitpunkt, in dem das Ereignis gegebenenfalls eintritt, feststeht (dies incertus an, certus quando, zB 100. Geburtstag) oder nicht (dies incertus an, incertus quando, zB Rückkehr einer Expedition), ist für die Einordnung als Bedingung irrelevant. Das Gesetz bezeichnet als „Bedingung“ nicht nur die rechtsgeschäftliche Bestimmung, sondern auch das darin für maßgebend erklärte Ereignis selbst (vgl „Eintritt der Bedingung“ in § 158). Wo Verwirrung droht, kann man von dem Eintritt des Ereignisses als „**Bedingungsfall**“ sprechen.
- 3 Bedingungen können in **zwei rechtlichen Grundformen** vereinbart werden: Die Rechtswirkung soll erst mit dem Bedingungsfall einsetzen (**aufschiebende** oder Suspensivbedingung, § 158 Abs 1), oder die Rechtswirkung soll sofort einsetzen, aber mit dem Bedingungsfall enden (**auflösende** oder Resolutivbedingung, § 158 Abs 2).
- 4 Außerdem kann man in Gestalt der **positiven** (affirmativen) und der **negativen** Bedingung **zwei tatsächliche Grundformen** unterscheiden, je nachdem, ob der Eintritt der Bedingung davon abhängt, dass sich die bestehenden Verhältnisse ändern, oder davon, dass sie bleiben, wie sie sind. Auf die rechtliche Beurteilung hat diese Unterscheidung keinen Einfluss.
- 5 Schließlich sind Bedingungen, von denen die Wirksamkeit eines ganzen Rechtsgeschäftes abhängt – **Gesamtbedingung** –, von solchen, die nur die Wirksamkeit von Teilen eines Rechtsgeschäftes betreffen – **Teilbedingung** – zu unterscheiden. Insbesondere kann im Rahmen eines unbedingt vorgenommenen Rechtsgeschäftes das Entstehen oder Fortbestehen einzelner Ansprü-

1 Vgl § 163 Rz 1.

2 Auch dem Beschluss einer Eigentümerversammlung nach WEG § 28 Abs 5, Köln MDR 2005, 500.

che oder lediglich ihre Fälligkeit³ von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Im Übrigen ist fraglich, ob in dem Fall, dass ein Rechtsgeschäft **mehrere Rechtsfolgen** zeitigt, nur einzelne von ihnen einer Bedingung unterstellt werden können. Der Wortlaut des § 158 scheint dies in Abs 1 für die aufschiebende Bedingung nahezu zulegen („die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung“), für die auflösende Bedingung in Abs 2 aber auszuschließen („die Wirkung des Rechtsgeschäfts“); in den Motiven ist auch in Bezug auf die aufschiebende Bedingung nur von „der dem Rechtsgeschäft zukommenden Wirkung“ die Rede⁴. Relevant wird die Frage insbesondere bei Leistungshandlungen, mit denen ein Recht übertragen und eine Forderung zum Erlöschen gebracht werden soll. Nach herrschender Meinung sind diese Wirkungen getrennt voneinander zu beurteilen: So soll die Übereignung an einen beschränkt geschäftsfähigen Gläubiger diesem Eigentum verschaffen, aber ohne Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter die Forderung nicht zum Erlöschen bringen⁵. Wenn eine solche Trennung möglich ist, muss sie sich auch rechtsgeschäftlich herstellen lassen, indem etwa nur die Erfüllungswirkung, nicht aber die Verfügungswirkung einer Übereignung einer Bedingung unterstellt wird, und zwar – entgegen verbreiteter Ansicht⁶ – unabhängig von einem Bekenntnis zur erfüllungsrechtlichen Vertragstheorie⁷. Es können nicht nur die Teilwirkungen des Rechtsgeschäfts⁸, sondern auch **Teile eines Rechtsgeschäfts** isoliert einer Bedingung unterstellt werden, wenn die Parteien das Rechtsgeschäft auch von vornherein entsprechend hätten aufteilen können. Wird also etwa die Bestellung einer Grundschuld nur in Bezug auf einzelne Flurstücke des zu belastenden Grundstücks auflösend bedingt, so scheidet dies nicht daran, dass das Bedingungsrecht eine solche Bestellung nicht zuließe⁹, sondern allenfalls daran, dass die Parteien die Grundschuld nicht von vornherein nur an einem nicht als Grundstück gebuchten Flurstück hätten bestellen können¹⁰.

b) **Befristung**. Unter einer **Befristung** im Sinne des BGB ist die einem Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmung zu verstehen, die eine Rechtswirkung vom Eintritt eines zukünftigen gewissen Ereignisses, im **Regelfall** also vom Erreichen eines **Termins**, abhängig macht, der Anfangs- oder Endtermin sein kann (§ 163). Wieder kommt es nicht darauf an, ob der Zeitpunkt, in dem das Ereignis eintritt, bereits feststeht (dies certus an, certus quando, zB Kalendertag) oder nicht (dies certus an, incertus quando, zB Todestag).

2. **Abgrenzung**. Keine echten Bedingungen im Rechtssinne sind:

a) **Rechtsbedingung (condicio iuris)**. Wie der allgemeine Bedingungs-begriff kann auch dieser zweierlei bezeichnen: einmal zukünftige ungewisse **Umstände**, von deren Vorliegen die Wirksamkeit oder der Bestand eines Rechtsgeschäfts nach seiner Natur, seinem Gegenstand oder kraft besonderer Rechtsvorschriften abhängt¹¹; zB ist die Genehmigung des Familiengerichts nach § 1822 Rechtsbedingung der Wirksamkeit der dort genannten Geschäfte. Rechtsbedingung für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts ist etwa auch die Genehmigung des Handelns eines vollmacht-

3 Vgl etwa BGH BB 1966, 516: Ausführung des vermittelten Geschäfts als Bedingung für die Fälligkeit des Maklerlohnanspruchs; Karlsruhe NJW-RR 1996, 80: Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes als Bedingung für die Fälligkeit des Kaufpreises. Eine Befristung dagegen kann sich nicht allein auf die Fälligkeit beziehen; hier handelt es sich um eine Betagung, vgl § 163 Rz 6.

4 Mugdan I, S 492.

5 BGH NJW 2015, 2497, 2499 Rz 23 (zur Betreuung unter Einwilligungsvorbehalt); Neuner, AllgTeil, 2020¹², § 34 Rz 35.

6 Fallscheer-Schlegel, Das Lastschriftverfahren, 1977, S 34 f. Vgl auch BGHZ 186, 269, 281 f Rz 25: Die Erfüllungswirkung entfalle aufgrund einer entsprechend (auflösend) bedingten Erfüllungsvereinbarung nach § 159 rückwirkend, wenn es im SEPA-

Lastschriftverfahren zu einer Rückbuchung komme; abl MünchKommBGB/Fetzer § 362 Rz 30; vgl auch schon Einsele AcP 209 (2009), 719, 749.

7 Vgl zur auflösenden Bedingung der Erfüllungswirkung RGZ 142, 156, 161.

8 Dafür auch allem BeckOGKBGB/Reymann § 158 Rz 22; abl aber etwa Soergel¹²/Huber § 433 Rz 212: Das Gesetz könne nur bedingte Rechtsgeschäfte, keine bedingten Rechtsfolgen.

9 So aber mit formaler Begründung BayObLG Mitt-BayNot 1978, 154 f; zustimmend BeckOGKBGB/Reymann § 158 Rz 24.

10 § 93 Rz 31; vgl aber zur Möglichkeit, ein Grundpfandrecht an einem realen Grundstücksteil zu bestellen, etwa MünchKommBGB/Lieder § 1114 Rz 9.

11 BGHZ 4, 54 f; Enn/Nipperdey § 194 II 2a.

losen Vertreters¹². Rechtsbedingung nennt man aber auch die – rein deklaratorischen und insoweit rechtlich überflüssigen – **Parteibestimmungen**, nach denen die Rechtswirkung eines Geschäftes vom Vorliegen solcher Umstände abhängen sollen (zB in Fällen des § 1822: “Dieser Vertrag gilt nur, wenn die Zustimmung des Familiengerichts erteilt wird“)¹³. Irreführend ist es, wenn auch die Klärung der Rechts- oder Tatsachenlage als „Rechtsbedingung“ bezeichnet wird¹⁴; hierbei kann es sich um eine uneigentliche oder um eine echte Bedingung handeln (Rz 10 f).

9 Rechtsbedingungen sind **Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Rechtsgeschäfts**, die sich unabhängig von einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Bestimmung aus der Rechtsordnung ergeben. Sie lassen wie echte Bedingungen die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in der Schwebe¹⁵ und erzeugen die damit verbundene Unsicherheit. Da dieser Zustand indessen nicht infolge Parteiwillkür, sondern von Rechts wegen besteht, greifen §§ 158 ff nicht unmittelbar ein¹⁶. Daher ist es jedenfalls irreführend, wenn zum Teil auch im Zusammenhang mit **gesetzlichen Tatbeständen** von „Bedingung“ gesprochen wird: etwa von der Mitgliedschaft des Geschädigten beim Träger der gesetzlichen Krankenversicherung als Bedingung für den gesetzlichen Übergang der gegen den Schädiger gerichteten Forderung des Geschädigten auf den Versicherungsträger¹⁷ oder von der Herausgabe der Sache an den Eigentümer als auflösender Bedingung für die Nutzungsentschädigung nach § 987¹⁸; oder von „**bedingten Ansprüchen**“, etwa dem werkvertraglichen Vorschussanspruch, der unter der auflösenden Bedingung einer erfolgreichen Nachbesserung durch den Werkunternehmer stehe¹⁹, oder dem Anspruch des Mieters auf Rückzahlung geleisteter Betriebskostenvorauszahlungen, der unter der auflösenden Bedingung einer formell ordnungsgemäßen und inhaltlich richtigen Abrechnung des Vermieters stehe²⁰. Terminologisch entspricht dies nicht den Bestimmungen der §§ 158 ff, die nur durch Rechtsgeschäft geschaffene und in Rechtsgeschäfte oder Prozesshandlungen²¹ integrierte Bedingungen im Auge haben. Für die sehr verschiedenartigen Fälle gelten teils besondere Regeln, die sich aus den einschlägigen Gesetzen oder aus der Natur der Sache ergeben. So ordnet etwa § 184 Abs 1 an, dass eine rechtsgeschäftliche Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt, während dem Eintritt des Bedingungsfalls bei einer aufschiebenden Bedingung keine Rückwirkung zukommt (§ 158 Rz 27)²². Im Übrigen kann, je nach Interessenlage im Einzelfall, eine entsprechende Anwendung der §§ 158 ff angemessen sein. Das Geschäft wird grundsätzlich erst vom Zeitpunkt der Rechtsbedingungen an wirksam²³ bzw verliert seine Wirkung mit dem Wegfall der Rechtsbedingung²⁴; vgl weiter § 160 Rz 1, § 161 Rz 3, § 162 Rz 5.

10 Die Frage, ob eine **echte Bedingung oder nur eine Rechtsbedingung** vorliegt, kann deshalb wichtig werden, weil Rechtsbedingungen bei bedingungsfeindlichen Geschäften unschädlich sind²⁵. So ist die nach § 925 Abs 2 bedingungsfeindliche Auffassung an eine noch nicht entstandene AG zulässig, obwohl sie erst mit deren Entstehen wirksam wird²⁶; auch die Mitwirkung eines vollmachtlosen Vertreters an der Auffassung ist möglich²⁷. Dass die Parteien die Rechtsbedingung benennen, macht aus ihr für sich genommen noch keine echte, rechtsgeschäftliche Bedingung;

12 BGH NJW 1996, 3338, 3340.

13 Vgl aber unten Rz 9.

14 So aber LG Berlin GE 2010, 271 u AG Wedding GE 2009, 1127, 1128 (Unwirksamkeit eines früheren Mieterhöhungsverlangens als Rechtsbedingung).

15 Vgl aber noch § 158 Rz 11.

16 BGH NJW 2000, 2272, 2273; 1996, 3338, 3340 zu § 162; BGHZ 37, 122, 124; 20, 360, 367; vgl auch OGHZ 3, 250, 253; RGZ 144, 71, 73; 133, 33, 38.

17 BGH NJW 1999, 1782 f.

18 BGH NJW 1999, 954.

19 Nürnberg NJW-RR 2002, 1239.

20 BGH NJW 2011, 143, 144 Rz 45.

21 S § 158 Rz 46 f.

22 Vgl BGH NJW 2000, 2272, 2273.

23 Vgl etwa OVG Münster JZ 1959, 41, das die

behördliche Genehmigung wie eine aufschiebende Bedingung wertet.

24 S zum gesetzlichen Forderungsübergang auf den Träger der gesetzlichen Krankversicherung bei Beendigung der Mitgliedschaft BGH NJW 1999, 1782 f.

25 BGH NJW 1972, 2131; BayObLG NJW 1972, 2131; Karlsruhe NJW 1967, 936; LAG BadWürtt BB 1966, 1103. Zum Kirchenaustritt unter Rechtsbedingung vgl Oldenburg NJW 1970, 713, 714 (mAnm Obermeyer NJW 1970, 1645); Frankfurt DB 1970, 1381; BayVGH DÖV 1976, 275, 276; Hamm OLGZ 1971, 110, 115.

26 BGH LM Nr 1 zu § 1477; zur Rechtslage bei der GmbH vgl BGH NJW 1966, 1311, 1313.

27 Staud/Pfeifer/Diehn § 925 Rz 97.

nur ganz ausnahmsweise wird etwa der **ausdrückliche Vorbehalt** einer gesetzlich vorgeschriebenen Genehmigung als selbständige rechtsgeschäftliche Bedingung auszulegen sein²⁸. Von solchen Ausnahmefällen abgesehen ist das Geschäft voll wirksam, wenn es von der vermeintlichen Rechtsbedingung in Wahrheit nicht abhängig ist, wenn also zB eine von den Parteien angenommene Genehmigungspflicht nicht besteht²⁹. Soweit die Parteien eine Rechtsbedingung dagegen **rechtsgeschäftlich modifizieren** – also die Anforderungen an ihren Eintritt verschärfen –, handelt es sich in der Regel um eine (von der Rechtsbedingung selbständige) rechtsgeschäftliche Bedingung, die folglich zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führt, wenn es bedingungsfeindlich ist. Anders lässt sich nur entscheiden, wenn durch die Modifikation keine weitere Unsicherheit entsteht, wenn also etwa vereinbart wird, dass die erforderliche Genehmigung (des gesetzlichen Vertreters, des vollmachtlos Vertretenen etc) in einer strengeren als der gesetzlich vorgesehenen Form oder binnen bestimmter Frist erklärt werden muss³⁰. Der umgekehrte Fall, dass die Parteien **rechtsgeschäftlich das Regime einer Rechtsbedingung zur Anwendung berufen**, kommt in der Praxis insbesondere als Selbstbeschränkung befugter Vertreter vor, dazu Rz 31 f.

b) **Scheinbedingung**. Die auf Gegenwart oder Vergangenheit abstellende, uneigentliche oder **Scheinbedingung** (condicio in praesens vel praeteritum collata) wird auch als „Voraussetzung“³¹ oder „Unterstellung“³² bezeichnet. Hier ist Bedingung nicht ein zukünftiges, objektiv ungewisses Ereignis, sondern ein Ereignis, über dessen Eintritt oder Nichteintritt objektiv bereits entschieden ist, sodass darüber **nur subjektive Ungewissheit** herrschen kann. Wer eine solche Bedingung vereinbart, dem geht es nicht um das Abwarten künftiger Entwicklungen, sondern um das Abwarten einer Aufklärung über bereits Geschehenes. Ein solcher Vorbehalt bewirkt, dass das Geschäft von Anfang an wirksam oder unwirksam ist³³, je nachdem, ob die von den Parteien in Bezug genommene Voraussetzung vorliegt oder nicht. Anders als bei der eigentlichen Bedingung tritt also keine rechtliche Schwebelage ein; auch deshalb werden derartige Klauseln allgemein nicht als Bedingung im Sinne von §§ 158 ff angesehen³⁴. Da eine Scheinbedingung aber jedenfalls zu subjektiver Unsicherheit darüber führt, ob das Geschäft gilt, können bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte idR nicht unter einer Scheinbedingung vorgenommen werden³⁵. Im Einfluss auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts aber zeigen sich Parallelen, die in bestimmten, mit diesem Einfluss zusammenhängenden Fragen eine Gleichbehandlung mit echten Bedingungen rechtfertigen können³⁶.

Wird die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der **Klärung der gegenwärtigen Rechts- oder Tatsachenlage** abhängig gemacht, kann allerdings auch eine echte Bedingung gewollt sein. Das ist der Fall, wenn die Parteien die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht von der „wahren“ Rechts- oder Tatsachenlage abhängig machen wollen, sondern davon, dass die Rechts- oder Tatsachenlage – etwa im Laufe eines Gerichtsverfahrens oder durch einen Gutachter – später in einem bestimmten Sinne festgestellt oder von einer bestimmten Stelle anerkannt wird; diese Feststellung oder Anerkennung ist das im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts künftige, objektiv ungewisse Ereignis³⁷. So lässt sich etwa die Abrede „Pachtvertrag nur gültig, wenn Verpächter mit der Auffassung recht hat, dass er von anderem Pachtvertrag über dasselbe Objekt wirksam

28 Generell verneint in BGH NJW 2000, 2272, 2273; obiter bejaht in RG JW 1933, 1387.

29 Vgl BGH WM 1976, 271, 273; 1961, 407, 408f.

30 Staud/Bork Vorbem zu §§ 158-163 Rz 26; BeckOGKBGB/Reymann § 158 Rz 40; Egert, Die Rechtsbedingung, S 44; vgl auch § 182 Rz 11. AA für Abreden über die Form einer behördlichen Genehmigung (?) MünchKommBGB/Westermann § 158 Rz 55.

31 V Tuhr AllgTeil II/2 § 80 IV.

32 Henle, Unterstellung und Versicherung, 1922; ders Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd 1: Allgemeiner Teil, 1926, S 305 ff.

33 Vgl dazu BAG NJW 1966, 2137.

34 Vgl BGH NJW-RR 2017, 229, 232 Rz 46.

35 Vgl § 158 Rz 34. Zur Erbschaftsausschlagung Specks ZEV 2007, 356 ff.

36 Für entsprechende Anwendung auch KG DStR 2012, 2346; Staud/Bork Vorbem zu §§ 158-163 Rz 29; MünchKommBGB/Westermann § 158 Rz 52; vgl auch schon die Protokolle bei Mugdan I, S 764. AA BeckOGKBGB/Reymann § 158 Rz 46; wohl auch Grüneberg/Ellenberger Einf vor § 158 Rz 6.

37 Ähnl BeckOGKBGB/Reymann § 158 Rz 48: „Kenntniserlangung“ als echte Bedingung.

zurückgetreten ist“, als auflösende Bedingung im Sinne von § 158 Abs 2 verstehen³⁸, sofern etwa gemeint ist, dass eine bestimmte Stelle die Rechtsauffassung des Verpächters als richtig anerkennen muss. Allemal ist eine aufschiebende Bedingung anzunehmen, wenn die Parteien eines Kaufvertrages über ein Tier vereinbaren, dass dieses „zuvor“ tierärztlich untersucht werden soll³⁹. Schließlich kann auch die Anerkennung bestimmter steuerrechtlicher Annahmen der Parteien durch die Finanzbehörden zu einer echten Bedingung erhoben werden⁴⁰.

13 Die Auslegung kann schließlich auch ergeben, dass mit Vorbehalten, welche die Aufklärung subjektiv noch ungewisser Vorgänge oder Rechtsfragen betreffen, eine Aufklärung in bestimmtem Sinne zur **Geschäftsgrundlage** erhoben werden soll (Rz 16) oder dass eine **Wette** (§ 762) gewollt ist.

14 **3. Funktionelle Einordnung.** Für die richtige Beurteilung bedingter Rechtsgeschäfte und ihre Abgrenzung von verwandten Rechtserscheinungen ist **von der Funktion auszugehen, welche die bedingten Rechtsgeschäfte jeweils erfüllen.** Allgemein dient die Einfügung einer Bedingung der Vorsorge gegen noch ungewisse Entwicklungen, welche die Einstellung der Parteien zum Rechtsgeschäft entscheidend verändern können. Sie erlaubt es, auch in solchen Fällen Rechtsgeschäfte sofort vorzunehmen, und bedeutet daher eine wesentliche Erleichterung für den Rechtsverkehr. Im Einzelnen können Bedingungen für verschiedene Gestaltungszwecke eingesetzt werden:

15 a) **Erhebung von Motiven zur Bedingung; Abgrenzung zu Zweckbindung im Sinne von § 812 u Geschäftsgrundlage.** Bedingungen können dafür eingesetzt werden, Rechtswirkungen eines Geschäfts davon abhängig zu machen, dass bestimmte Vorstellungen und Erwartungen (**Motive**), welche die Parteien mit dem Rechtsgeschäft verbinden, zutreffen bzw eintreten. Geschieht dies, ist das Geschäft ohne Weiteres unwirksam, wenn sich die Vorstellung als unzutreffend erweist oder die Erwartung nicht eintritt. In ähnlicher Weise gewährt § 812 Abs 1 Satz 2 Alt 2 demjenigen, der ohne entsprechende Verpflichtung etwas geleistet hat, einen bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch, wenn er mit dieser Leistung einen bestimmten Zweck verfolgt hat und der Zweck nicht erreicht wurde, sofern der Empfänger der Leistung mit der Zweckbestimmung einverstanden war⁴¹.

16 Fehlen solche Vereinbarungen, so ist die Nichterfüllung der mit einem Geschäft verbundenen Erwartungen nur in bestimmten Fällen beachtlich, nämlich außer nach §§ 119 Abs 2, 123, 1314 Abs 2 Nr 3, 2078 Abs 2 vor allem dann, wenn sie die Bedeutung einer **Geschäftsgrundlage** (§ 313) erreichen. Der Frage, ob bestimmte Vorstellungen oder Erwartungen von den Parteien stillschweigend zur Bedingung erhoben wurden oder ob sie „nur“ Geschäftsgrundlage des Vertrags geworden sind, kommt auf der Rechtsfolgenseite erhebliche Bedeutung zu, denn die Annahme einer Bedingung führt zur Unwirksamkeit des Vertrags, während die Einordnung als Geschäftsgrundlage neben der Lösung vom Vertrag auch dessen Anpassung ermöglicht. Auf der Tatbestandsseite ist theoretisch danach abzugrenzen, ob die Parteien die jeweiligen Vorstellungen zum Vertragsinhalt gemacht oder lediglich „vorausgesetzt“ haben, doch sind die Übergänge fließend⁴² – zumal nach (ergänzender) Vertragsauslegung eben auch solche Umstände „Vertragsinhalt“ sein können, welche die Parteien (übereinstimmend) vorausgesetzt haben⁴³. Wegen ihrer strengeren Wirkungen ist eine Bedingung jedoch nur anzunehmen, wenn sie und die mit ihr verbundene Rechtsfolge der alternativlosen Unwirksamkeit eindeutig als gewollt anzusehen sind; im Zweifel

38 Vgl BGH LM Nr 1 zu § 159.

39 Köln NJW-RR 1995, 113, 114.

40 Zenthöfer DStR 1987, 185, 189 f. Zur (fehlenden) Rückwirkung einer entsprechenden auflösenden Bedingung BFHE 153, 58, 61.

41 Für die Notwendigkeit einer „Willensübereinstimmung“ etwa BGH NJW 2010, 2884, 2886 Rz 30; 1984, 233. Eine vertragliche Zweckabrede verlangt

etwa auch MünchKommBGB/Schwab § 812 Rz 471. AA (einseitige Zweckbestimmung genügt) etwa Scherpe JZ 2014, 659, 661 f.

42 MünchKommBGB/Finkenauer § 313 Rz 154; Zimmermann AcP 193 (1993) 121, 134 ff.

43 Dazu MünchKommBGB/Finkenauer § 313 Rz 41 ff.

ist wegen der flexibleren Rechtsfolgen von der Einbeziehung der Vorstellungen in die Geschäftsgrundlage auszugehen⁴⁴.

b) **Sog aufschiebende Wollensbedingungen u Optionsverträge.** Aufschiebende Bedingungen, die auf den rechtlichen Bindungswillen eines Beteiligten abstellen (**Wollensbedingung**), haben die Funktion, dem Begünstigten eine einseitige Berechtigung zur Inkraftsetzung des Vertrages nach Überlegungszeit zu verschaffen. Hier gewinnt die funktionelle Würdigung besondere Bedeutung: Verträge mit Wollensbedingung haben durchweg den Charakter von **Optionsverträgen**; vgl dazu näher unten Rz 26 ff, 30. 17

c) **Auflösende Bedingungen u Vorbehalt von Rücktritt, Widerruf oder Kündigung.** 18
Auflösende Bedingungen kommen ihrer Wirkung nach einem **Rücktrittsvorbehalt** sehr nahe⁴⁵, sind wegen der verschiedenen rechtlichen Ausgestaltung davon aber scharf zu unterscheiden⁴⁶: Während bei Eintritt der auflösenden Bedingung das Rechtsgeschäft automatisch ex nunc unwirksam wird und nach Bereicherungsrecht abzuwickeln ist, muss der Rücktritt durch besondere Gestaltungserklärung ausgeübt werden und wandelt den Vertrag in ein Abwicklungsverhältnis nach §§ 346 ff um. Entsprechendes gilt für eine **Verwirkungsklausel** iSd § 354. Die **Kündigung** beendet wie der Bedingungeintritt die Rechtswirkung ex nunc, muss aber ebenfalls durch besondere Gestaltungserklärung bewirkt werden. In allen Fällen kommt es für die Abgrenzung zur Bedingung nicht auf die Bezeichnung, sondern darauf an, was dem Parteiwillen am besten entspricht: So ist etwa der in einen Prozessvergleich aufgenommene „**Widerrufsvorbehalt**“ im Zweifel so zu deuten, dass das Unterbleiben eines Widerrufs in bestimmter Frist aufschiebende Bedingung für die Wirksamkeit des Vergleichs sein soll⁴⁷.

d) **Bedingungen als Mittel zur Erreichung bestimmten Verhaltens; Abgrenzung zur Auflage.** 19
Soweit aufschiebende oder auflösende Bedingungen auf Ereignisse abstellen, auf deren Eintreten ein durch das Geschäft begünstigter Partner Einfluss hat, können Bedingungen als Mittel zur Erreichung eines bestimmten Verhaltens eingesetzt werden (**Zwangsbedingung**, zB in Gestalt von „Wohilverhaltensklauseln“ verschiedensten Inhalts bei Zuwendungsgeschäften⁴⁸, aber auch in einem Prozessvergleich enthaltene „Verfallsklauseln“, wonach die gesamte Klagforderung fällig wird, wenn der Vergleichsschuldner mit der Zahlung vereinbarter Raten in Verzug gerät⁴⁹). Im Rechtssinne wird hier ein Zwang nicht bewirkt, wohl aber im praktischen Erfolg. Nur mit dieser Maßgabe gilt der Satz: „Die Bedingung suspendiert, aber zwingt nicht“⁵⁰. Die Zwangswirkung von Bedingungen wird vor allem bei ihrer Beurteilung nach § 138 bedeutsam⁵¹.

Der Funktion nach berühren sich Bedingungen dieser Art mit den bei Zuwendungsgeschäften vorkommenden **Auflagen** (vgl §§ 525 ff; § 1940 mit §§ 2192 ff und § 2278 Abs 2). Der rechtliche Unterschied⁵² liegt darin, dass Geschäfte unter Auflage stets sofort voll wirksam sind und die Wirksamkeit auch durch Nichterfüllung der Auflage nicht berührt wird. Der Zuwendungsempfänger ist aber zur Erfüllung der Auflage verpflichtet und kann dazu gezwungen werden; die Nichterfüllung kann auch eine Pflicht zur Herausgabe des Empfangenen nach Bereicherungsgrundsätzen begründen (vgl § 527). Im Allgemeinen lässt sich also der für die Bedingung (Rz 19) formulierte Satz umkehren und sagen: „Die Auflage zwingt, aber suspendiert nicht“; den Parteien bleibt es

44 Staud/Bork Vorbem zu §§ 158-163 Rz 11; Münch-KommBGB/Westermann § 158 Rz 51.

45 BGH WM 1974, 394, 395; NJW 1972, 159, 160; zum Kauf „auf Feldprobe“ vgl München NJW 1968, 109.

46 Vgl RG LZ 1920 Sp 824.

47 BGH NJW-RR 1989, 1214, 1215; NJW 1984, 312; BAG NJW 2004, 701, 702. Anders noch RGZ 161, 253, 255: Rücktritt oder auflösende Bedingung.

48 Frankfurt ZEV 2019, 212 ff; Erbeinsetzung unter der Bedingung, dass der Erblasser zu Lebzeiten sechsmal jährlich besucht wird.

49 München NJW-RR 1998, 1663 f.

50 V Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd III, 1840, S 231.

51 Vgl dazu § 158 Rz 31.

52 Dazu BayObLG NJW 1974, 1142; BayObLGZ 1958, 177, 179; KG HRR 1937 Nr 831.

allerdings unbenommen, die Nichterfüllung einer Auflage zur auflösenden Bedingung zu erheben⁵³.

- 21 e) **Bedingungen als Mittel der Kreditsicherung.** Wenn die Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen aus dem Grundgeschäft zur Bedingung von Erfüllungsgeschäften gemacht wird, kann die Bedingung Funktionen der **Kreditsicherung** erfüllen. Hier hat der im Zweifel als aufschiebend bedingte Übereignung aufzufassende Eigentumsvorbehalt (§ 449 Abs 1) überragende Bedeutung.
- 22 f) **Schenkungen unter Lebenden; Abgrenzung zu letztwilligen Verfügungen.** Wird bei einer Schenkung zum Bedingungsfall erhoben, dass der **Beschenkte den Schenker überlebt**, so entspricht diese Verfügung unter Lebenden auf den Todesfall weitgehend einer letztwilligen Verfügung, abgesehen davon, dass der Erblasser schon zu seinen Lebzeiten gebunden wird. Wegen dieser Funktionsverwandtschaft unterstellt das Gesetz solche Geschäfte den Vorschriften über letztwillige Verfügungen, außer wenn die Schenkung vollzogen wird (§ 2301). Bei aufschiebend bedingter Übertragung des geschenkten Gegenstandes ist das im Grundsatz zu bejahen⁵⁴; doch wird hier eine Ausnahme zu machen sein, wenn der Schenker den Eintritt der Bedingung ohne die Sanktion des § 162 einseitig verhindern kann⁵⁵.
- 23 g) **Bedingungszusammenhang als Umgehungstechnik**⁵⁶. Die Möglichkeit, bestimmte Rechtswirkungen vom Eintritt oder Ausfall beliebiger Umstände abhängig zu machen, verleitet dazu, mittels Bedingung eine **Gesetzesumgehung** zu versuchen: etwa durch Abschluss aufschiebend bedingter Aufhebungsverträge dort, wo das Gesetz – etwa im Arbeits- oder Mietrecht – den Abschluss befristeter Verträge ausschließt. Bedingungen können auch eingesetzt werden, um bestimmte Strukturprinzipien des deutschen Zivilrechts punktuell außer Kraft zu setzen – etwa das **Abstraktionsprinzip**, indem das Verfügungsgeschäft der Bedingung unterstellt wird, dass das Verpflichtungsgeschäft wirksam ist (dazu § 158 Rz 4) – oder in Bereichen in Kraft zu setzen, in denen sie eigentlich nicht greifen – etwa eine gewisse **Akzessorietät** der Sicherungsübereignung dadurch, dass die dingliche Einigung unter die auflösende Bedingung gestellt wird, dass sich der Sicherungszweck erledigt⁵⁷. Wird eine Sache unter der auflösenden Bedingung veräußert, dass der Erwerber sie weiterveräußert, wollen die Parteien damit einem **Verfügungsverbot** nahekommen, das § 137 S 1 für unwirksam erklärt. Um eine – unwirksame – Umgehung dieser Norm handelt es sich dennoch nicht⁵⁸, schon weil die Bedingung gutgläubigen Dritten gegenüber wegen § 161 Abs 2, 3 wirkungslos ist.
- 24 4. **Potestativbedingungen.** Der Eintritt einer Bedingung kann vom Zufall, aber in verschiedener Weise auch vom Willen einer Person abhängen, meist dadurch, dass zum Bedingungsfall ein **willensbestimmtes Tun oder Unterlassen eines Geschäftspartners** erhoben wird. Solche Potestativbedingungen sind echte Bedingungen⁵⁹, folgen ebenso wie die Zufallsbedingungen den §§ 158 ff und spielen in der Praxis eine große Rolle. Ein Schulbeispiel ist der Eigentumsvorbehalt, ein weiterer Anwendungsfall das Vorkaufsrecht⁶⁰. Das zum Bedingungsfall erhobene **Verhalten** bewirkt den Eintritt der Bedingung ganz unabhängig davon, ob es mit Kenntnis und Willen dieser Wirkung vorgenommen wird; es erhält nicht durch seine Bedeutung für ein Rechtsgeschäft selber rechtsgeschäftlichen Charakter. Demgemäß wird der Bedingungseintritt auch unabhängig davon bewirkt, ob die Handlung nach den für Rechtsgeschäfte geltenden Regeln nichtig oder anfechtbar wäre⁶¹. Abweichende Parteibestimmungen sind möglich.

53 BGH NJW-RR 2009, 1455, 1456 Rz 21.

54 BGH NJW-RR 1989, 1282; 1986, 1133, 1134.

55 Vgl § 158 Rz 20.

56 Dazu HKK/Finkenauer §§ 158-163 Rz 42 ff.

57 Dazu eingehend BeckOGKBGB/Klinck § 930 Rz 65 ff. Allgemein zur Herstellung von Akzessorietät durch Bedingung Radke, Bedingungsrecht und Typenzwang, 2000, S 107 ff.

58 BGH NJW 1997, 861, 862; BeckOGKBGB/Klinck § 929 Rz 110; Staud/Kohler § 137 Rz 31; Münch-KommBGB/Armbrüster § 137 Rz 15; aA NK-BGB/Wackerbarth § 158 Rz 47.

59 Vgl § 2075.

60 Vgl RGZ 67, 42, 45.

61 V Tuhr, AllgTeil II 2, § 80 III 2.

Wird das willensbestimmte **Verhalten eines Dritten** zur Bedingung erhoben, so liegt keine Potestativ-, sondern eine Zufallsbedingung vor. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der freien Entscheidung eines Dritten abhängig gemacht wird (unzulässig bei letztwilligen Verfügungen, § 2065⁶², vgl aber § 2151 Abs 1 für Vermächtnisse). Soweit solche Vorbehalte nicht lediglich gesetzlicher Bestimmungsmacht des Dritten Rechnung tragen und daher eine bloße Rechtsbedingung darstellen (Rz 8-10), sind sie echte Bedingungen.

5. Wollensbedingungen. Ist zur Bedingung eines Rechtsgeschäfts erhoben worden, dass einer der Geschäftspartner erklärt, das Geschäft gelten zu lassen, so liegt eine Wollensbedingung vor (condicio si volam oder si voluero⁶³), wenn der Erklärende bei der Willensbildung völlig frei ist⁶⁴. Sobald die Entscheidung, ob das Rechtsgeschäft gelten soll, an sachliche Voraussetzungen gebunden ist („nach billigem Ermessen“, „je nach Tauglichkeit der Ware für Vertragszweck“), liegt eine bloße Potestativbedingung vor (bezüglich derer etwa auch § 162 anwendbar sein kann). Von einer Wollensbedingung sollte ferner nicht gesprochen werden, wenn die Bindung an den Vertrag uU auch auf andere Weise eintreten kann als durch Erklärung des diesbezüglichen Willens, wie zB bei einer Klausel „Vertrag gilt ab 1.10., wenn Sie bis dahin nichts Gegenteiliges hören“.

a) **Auflösende Wollensbedingungen.** Bedingungen, wonach ein Vertragspartner durch einseitige, freie Erklärung des Nichtwollens den Vertrag außer Kraft setzen kann (condicio nisi nolero), sind zwar bei Verfügungsgeschäften im Interesse der Verkehrssicherheit ausgeschlossen⁶⁵, sonst aber grundsätzlich möglich. Zu fragen ist allerdings immer, ob die Parteien mit einer solchen Klausel tatsächlich eine auflösende Bedingung vereinbaren wollten, nach deren Eintritt sich die Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht richtet, oder ob sie nicht eher als Vorbehalt freier Kündigung oder freien Rücktritts aufzufassen ist⁶⁶. Auch soweit tatsächlich eine auflösende Bedingung gewollt war, wird man § 351 analog anzuwenden haben⁶⁷, ebenso § 308 Nr 3, wenn es auf den Willen des Verwenders ankommt⁶⁸.

b) **Aufschiebende Wollensbedingungen.** – aa) **Problematik u Meinungsstand.** Die Frage, ob Verträge unter aufschiebender Wollensbedingung als im Sinne von § 158 Abs 1 aufschiebend bedingte und damit bindende Verträge angesehen werden können, stellt sich außer bei ausdrücklicher Vereinbarung solcher Bedingungen besonders in den Fällen, in denen einer oder auch beiden Parteien⁶⁹ die – meist **Option**⁷⁰ oder Ankaufsrecht genannte – Gestaltungsbefugnis eingeräumt wird, einen **Vertrag vorbereiteten Inhalts durch einseitige Erklärung in Kraft zu setzen**. Ob solche Abreden als bindende Verträge anzusehen sind, kann zweifelhaft erscheinen, weil eine Bindung, die erst bei Abgabe einer entsprechenden Erklärung wirksam werden soll, in Wahrheit noch keine Bindung bedeutet⁷¹. Die einseitige Bindung der Gegenseite ließe sich auch so konstruieren, dass man die „Option“ als auf Vertragsschluss gerichtetes Angebot mit verlängerter Bindungsfrist deutet. Hier wird die **praktische Relevanz** der Frage deutlich: Nach der letztgenannten Konstruktion ist die Ausübung der „Option“ nichts anderes als die auf Vertragsschluss

62 Dazu etwa Radke, Bedingungsrecht und Typenzwang, 2000, S 146 ff; Keim FamRZ 2017, 502, 508 f.

63 Zur letztlich nicht belastbaren These des RG, zwischen diesen beiden Bedingungen sei zu differenzieren, HKK/Finkenauer §§ 158-163 Rz 40.

64 Vgl Hamm MMR 2006, 626.

65 Staud/Bork Vorbem zu §§ 158-163 Rz 18; Flume, AllgTeil II, § 38 2 d.

66 So etwa LG Hamburg NJW-RR 1991, 823.

67 Vgl Raape, Wollensbedingung S 100; Blomeyer, FS für Raape S 269, 310 für aufschiebende Wollensbedingung.

68 BGH NJW 2011, 1215, 1216 Rz 14; BAG NZA 2006, 539, 541 Rz 25; BeckOGKBGB/Weiler § 308 Nr 3 Rz 61.

69 BGH WM 1966, 1267.

70 Zu verschiedenen Deutungsmöglichkeiten des „Optionsvertrags“ Casper, Optionsvertrag, 2005, S 42-74, der selbst unter Optionsrecht nur das vertraglich begründete Recht verstehen will, durch einseitige Erklärung einen inhaltlich fixierten Vertrag zustande zu bringen oder mit bereits fixiertem Inhalt zu ändern; ebenso etwa Gehrlein WM 2020, 1.

71 Vgl zur entsprechenden Haltung der Ersten Kommission Jakobs/Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Bd 2, 1985, S 841 f.

gerichtete Annahmeerklärung, die der Form des entsprechenden Geschäfts unterliegt; nimmt man dagegen einen vorherigen Vertragsschluss unter aufschiebender Wollensbedingung an, unterliegt nur dieser der Form, und die Erklärung, mit der die aufschiebende Bedingung eintritt und der Vertrag wirksam wird, ist formfrei⁷². Im **Schrifttum** wird die Möglichkeit, Verträge unter aufschiebender Wollensbedingung zu schließen, verbreitet abgelehnt⁷³. Die **Rechtsprechung** dagegen nimmt an, dass Willenserklärungen, die neben Pflichten auch Rechte begründen, und damit alle gegenseitigen Verträge unter aufschiebender Wollensbedingung wirksam zu Stande kommen können⁷⁴. Gesetzliche Stütze dieser Lehre ist § 454 Abs 1 Satz 2, wonach diese Art der Vertragsgestaltung beim Kauf auf Probe im Zweifel anzunehmen ist. Es soll aber zB auch beim Wiederkaufsrecht im Sinne von § 465 eine aufschiebende Wollensbedingung vorliegen⁷⁵; ganz allgemein wird bei der Qualifizierung von Optionen, Ankaufsrechten usw stets auch eine Wollensbedingung⁷⁶ (oder Potestativbedingung⁷⁷) als Konstruktionsmöglichkeit in Betracht gezogen. §§ 160–162 jedoch sollen auf den frei Entscheidungsberechtigten nicht ohne weiteres anwendbar sein⁷⁸.

29 bb) **Stellungnahme.** Wer auf ein Vertragsangebot erklärt, den Vertrag erst bei Vorhandensein eines entsprechenden Willens gelten lassen zu wollen, bindet sich in Bezug auf diesen Vertrag noch nicht; erst die Erklärung, durch welche die Wollensbedingung eintritt, führt zu einer Bindung. Zuvor ist noch nicht einmal der Vertragsinhalt endgültig fixiert⁷⁹, denn es bleibt der nicht gebundenen Partei unbenommen, auf einer Neuverhandlung zu bestehen. Dass der Vertragsabschlussstatbestand bereits mit der – für den Erklärenden völlig unverbindlichen – Annahmeerklärung als gegeben und der Vertrag bereits als geschlossen anzusehen sei, lässt sich folglich nicht behaupten. Schon gar nicht findet diese These ausgerechnet darin ihre Bestätigung, dass für die Wollensbedingung nicht mehr die Form des Vertragsschlusses, zB Schriftform oder notarielle Beurkundung, eingehalten werden müsse und dass für die Wollensbedingung auch nicht mehr die Voraussetzungen der Willenserklärung, wie zB der Zugang oder die Geschäftsfähigkeit, erfüllt werden müssten⁸⁰. Genau umgekehrt folgt aus der Tatsache, dass erst die Erklärung, mit der die Wollensbedingung eintritt, eine vertragliche Bindung des Erklärenden begründet, dass es sich bei dieser Erklärung um die entscheidende handelt⁸¹. Da sie auf die Herbeiführung dieser Rechtsfolge gerichtet ist, handelt es sich um eine Willenserklärung, deren Wirksamkeit nicht nur Geschäftsfähigkeit und – vorbehaltlich § 151 – Zugang voraussetzt⁸²; nach Sinn und Zweck der einschlägigen Formvorschriften ist es entgegen der Ansicht des BGH⁸³ auch diese Erklärung, die dem Formzwang unterliegt. Das gilt erst recht, wenn die Wirksamkeit des Vertrags von einer nachträglichen Billigung durch beide Parteien abhängen soll⁸⁴. Es ist also nicht möglich, einen Vertrag einer aufschiebenden Wollensbedingung zu unterstellen; entsprechende Vereinbarungen sind idR als

72 BGH NJW 2006, 2843, 2844 Rz 20; NJW-RR 1996, 1167; WM 1962, 1399, 1401; RGZ 77, 415, 417; ebenso Gehrein WM 2020, 1, 4. Differenzierend Giesen, FS Schapp, 2010, 159, 175.

73 Staud/Bork Vorbem zu §§ 158-163 Rz 18; Flume, AllgTeil II, § 38 2d; Raape, Wollensbedingung, S 19 ff, 100. Befürwortend aber PW/Brinkmann § 158 Rz 7; BeckOGKBGB/Reymann § 158 Rz 33; NK-BGB/Wackerbarth § 158 Rz 6; Erman/Armbrüster vor § 158 Rz 13; Casper, Optionsvertrag, 2005, S 52 f; Giesen, FS Schapp, 2010, S 159, 167 ff. Differenzierend Neuner, AllgTeil, 2020¹², § 52 Rz 18 (Zulässigkeit nur „gebundener Wollensbedingungen“, doch vgl hier Rz 26). Henrich (Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, S 234 ff) will im Wege der Auslegung wollensbedingte Verträge weitgehend ausschalten.

74 BGH NJW-RR 2009, 598, 600 Rz 19; NJW 2006, 2843, 2844 Rz 20; 1996, 3338, 3340; NJW-RR 1996, 1167; WM 1966, 1269; 1962, 1401; RGZ 104, 98, 100; 77, 415, 417.

75 BGH WM 1965, 356, 357; BGHZ 29, 107, 109 f; einschränkend aber BGH WM 1972, 290; anders als bei einer „echten“ Bedingung noch keine Bindung des Wiederkäufers.

76 Vgl die in Fn 74 zitierte Rspr.

77 BGHZ 47, 387, 391; Hamburg WM 1971, 1062; zur Verlängerungsoption BGH NJW 1968, 551, 552.

78 Vgl zu § 162 BGH NJW 1996, 3338, 3340.

79 So aber Casper, Optionsvertrag, 2005, S 53.

80 So aber die Vorauf.

81 Vgl aber Giesen, FS Schapp, 2010, S 159, 167 ff, der zwischen einem das Rechtsgeschäft begründenden und einem die Bindung auslösenden Willen unterscheidet will.

82 Vgl auch Giesen, FS Schapp, 2010, S 159, 173 f.

83 Allein auf die Belehrungsfunktion abstellend BGH NJW 2006, 2843, 2844 Rz 20; 1999, 941; NJW-RR 1999, 1167. Kritisch Giesen, FS Schapp, 2010, S 159, 175.

84 BGH WM 1966, 1267.