

Bürgerliches Gesetzbuch: BGB

Jauernig

18. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-75772-3
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

in nichts von einer nichtempfangsbedürftigen schlüssigen Willenserklärung (zur Auslegung → § 133 Rn. 6, zum Erklärungs- [hier: Annahme-]willen → Vor § 116 Rn. 5 einerseits, BGHZ 111, 101 und NJW 2006, 3778 andererseits). Erforderlich ist jedenfalls nach allen Positionen ein wertendes, nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsempfängers, aus welchem sich der Annahmewille deutlich ergibt (NJW 2006, 3778 mN; 2016, 1441, 1443 Rn. 38; NJW 2019, 1076 Rn. 20). Damit sind aber die Erfordernisse einer Willenserklärung beschrieben. § 151 regelt nur den **Verzicht** auf den **Zugang**, nicht den auf die Willenserklärung selbst. – Auslegung kann ergeben, dass keine Annahme vorliegt (Bsp. BGH NJW 2001, 2324 f. „**Erlassfälle**“: Schuldner bietet schriftlich Erlassvertrag für hohe Schuldsomme an, der durch Einlösung des beigefügten Schecks über Minimalbetrag zustande kommen soll; Einlösung ist obj. keine Annahme, sie wäre absurd (BGH NJW 2001, 2325: Angebot von 0,68 % der Hauptforderung obj. absurd); → OLG Koblenz NJW 2003, 758 f.; anders OLG Hamm NJW-RR 1998, 1662 f. für Scheck über 70 % der Schuldsomme; ie Eckardt BB 1996, 1945 ff.). Da bei Annahmeerklärung nach S. 1 der Zugang entfällt, ist § 130 I 2 unanwendbar (str.); für Anfechtung gelten allg. Regeln (hM; aA MüKo-BGB/Busche Rn. 10 mN, differenzierend; BGH NJW 1990, 1658 lässt offen). Die Annahmeerklärung erfolgt zumeist, aber nicht notwendig, **schlüssig**. Bsp.: Absenden der bestellten Ware (RGZ 102, 372); kurzfristige Reservierung von Hotelzimmer (kann ausdr. Erklärung sein); Garantievertrag zwischen Hersteller und Endabnehmer (BGHZ 104, 85); weitere Bsp. → § 145 Rn. 6, 7. Von der (idR schlüssigen) Annahmeerklärung gem. § 151 ist die Annahme durch bloßes Schweigen zu unterscheiden (→ § 147 Rn. 4; allg. → Vor § 116 Rn. 8, 9). Bsp. für *praktische Bedeutung* des § 151: Kauf beim Versandhaus kommt schon mit Absendung, nicht erst mit „Zugang“ (Empfang) der bestellten Ware zustande (→ Rn. 3), so dass für Transportschäden § 447 eingreifen kann (RGZ 102, 372); das liegt im Verkäuferinteresse. Für den Verbrauchsgüterkauf gilt § 447 nur unter bestimmten Voraussetzungen: § 475 II.

2. Entbehrlichkeit des Zugangs. Gilt in zwei Fällen. **a) Verzicht** kann stillschweigend erfolgen, sich insbes. aus den Umständen ergeben, BGH NJW-RR 1986, 1301; BeckRS 2019, 11446 Rn. 20 (Bsp.: so kurzfristige schriftliche Bestellung eines Hotelzimmers, dass Antwort ausgeschlossen; Verhalten bei früheren Käufen, vgl. LM Nr. 2 zu § 148). **b) Zur Verkehrssitte** allg. → § 133 Rn. 4. Bei entspr. **3** Verkehrssitte liegt obj. stillschweigender Verzicht vor (MüKo-BGB/Busche Rn. 5 f.; abw. Staudinger/Bork Rn. 5); bei unentgeltlicher Zuwendung und bei einem für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaftem Geschäft besteht im allg. eine Verkehrssitte (BGH NJW 2019, 1076 Rn. 20; NJW 2004, 288). Im Versandhandel besteht die Verkehrssitte, dass eine gesonderte Annahme vor Absendung der bestellten Ware unterbleibt (→ Rn. 1; LG Gießen NJW-RR 2003, 1206 f.).

3. Erlöschen des Antrags. Antrag erlischt nach **S. 2** mit Ablauf der im Antrag **4** gesetzten Frist, sonst nach dem aus den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden (obj. Bestimmung entspr. § 147 II gilt nicht, BGH NJW 1999, 2180).

§ 152 Annahme bei notarieller Beurkundung

¹Wird ein Vertrag notariell beurkundet, ohne dass beide Teile gleichzeitig anwesend sind, so kommt der Vertrag mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme zustande, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. ²Die Vorschrift des § 151 Satz 2 findet Anwendung.

1. Allgemeines. Annahmeerklärung ist wie bei § 151 **nicht empfangsbedürftig** (vgl. → § 151 Rn. 1). Sie wird bereits mit der notariellen Beurkundung ihrer Abgabe, nicht erst mit Zugang wirksam. § 152 gilt nicht für Privatschriftform (vgl. → § 126 Rn. 11). Für die Dauer der Annahmefrist gilt § 151 S. 2 (**S. 2**), vgl. → § 151 Rn. 3, aber auch → Rn. 2. **1**

- 2 **2. Abdingbarkeit.** § 152 ist abdingbar. „Anderes bestimmt“ ist idR (Auslegungsfrage, RGZ 96, 275; BGHZ 149, 4) konkludent durch Setzen einer Annahmefrist idS, dass in der Frist Zugang oder wenigstens zuverlässige Nachricht von der Annahme erfolgen soll.

§ 153 Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Antragenden

Das Zustandekommen des Vertrags wird nicht dadurch gehindert, dass der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, dass ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist.

- 1 **1. Allgemeines. a) § 153 ergänzt § 130 II:** Dieser erhält die Zugangsfähigkeit einer Willenserklärung (→ § 130 Rn. 17); handelt es sich um einen Antrag, so bleibt er nach § 153 idR *annahmefähig*, wenn der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird. **b) Wird Antragender beschränkt geschäftsfähig** (vor Zugang oder Annahme), zB durch Rücknahme der Ermächtigung gem. §§ 112 II, 113 II, so bleibt Antrag zugangs- bzw. annahmefähig; § 153 gilt nicht (str.). Zum Zugang der Annahmeerklärung beim beschränkt Geschäftsfähigen vgl. → § 131 Rn. 3. **c) Bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über Vermögen des Antragenden gilt § 153 entspr. nur für Antrag auf Abschluss eines verpflichtenden, nicht eines verfügenden (dafür §§ 81, 91 InsO) Vertrags (BGHZ 149, 4 f.).
- 4 **2. Anderer Wille des Antragenden.** Ist er – als *hypothetischer Wille* (str.) – zu bejahen (Auslegungsfrage), so entfällt die Annahmefähigkeit; dem Antragsempfänger ist das negative Interesse zu ersetzen (§ 122 analog), hM. Nach aA entfällt Annahmefähigkeit nur, wenn das Angebot obj. *personenbezogen* ist (Bsp.: Kreditgeschäft); folgerichtig wird bei Scheitern des Vertrags Schadensersatz abgelehnt (Flume II § 35 I 4).
- 5 **3. Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Antragsempfängers. a) Tod vor Zugang** des Antrags verhindert idR Wirksamwerden; anders nur, wenn Antrag auch für die Erben gelten soll (Auslegungsfrage), dann Zugang bei ihnen nötig. **b) Bei Tod nach Zugang** und vor Annahme ist entscheidend, ob Annahmerecht vererblich und damit Annahme noch möglich ist (→ § 145 Rn. 4). **c) Tod nach Abgabe** der Annahmeerklärung hindert nicht deren Wirksamwerden (§ 130 II). Vertrag kommt zustande. **d) Wird Empfänger geschäftsunfähig**, so entfällt Annahmefähigkeit, wenn Geschäftsfähigkeit für das beabsichtigte Vertragsverhältnis nötig ist (zB bei angetragener Einstellung als leitender Angestellter); Auslegungsfrage. Sonst kann ges. Vertreter annehmen.

§ 154 Offener Einigungsmangel; fehlende Beurkundung

(1) ¹Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. ²Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.

(2) Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist.

- 1 **1. Allgemeines.** Die in I (Inhalt) und II (Form) geregelten Tatbestände sind unvergleichbar, nur das Ergebnis ist gleich: „IZw“ ist der Vertrag nicht geschlossen (Auslegungsregel, BGH NJW 2002, 818 betr. I), nicht etwa ist er nichtig (falsch BGH NJW-RR 2006, 1141). Abw. Parteiwille geht, wenn feststellbar (dann Zweifel ausgeräumt), vor.

2. Offener Dissens, I. Offener Einigungsmangel; zum versteckten vgl. § 155. **a) Vertragliche Einigung** setzt (mindestens) zwei aufeinander bezogene (korrelierende) Willenserklärungen voraus, die den wesentlichen Vertragsinhalt zumindest bestimmbar machen (→ Vor § 145 Rn. 2). Haben sich die Parteien, wie sie wissen (→ § 155 Rn. 1), über einen *obj. wesentlichen Vertragspunkt*, zB Kaufgegenstand, nicht geeinigt, so ist nach allg. Grundsätzen idR kein Vertrag zustande gekommen (vgl. aber → Rn. 3). Dasselbe gilt **iZw**, wenn nach dem erkennbaren (genügend: schlüssig erklärten) Willen auch nur einer Partei über *irgendeinen Punkt* eine Einigung für den Vertragsschluss nötig, aber (noch) nicht erreicht ist, **I 1**; *obj.* wesentlich muss der Punkt nicht sein (LM Nr. 2). Einigung über andere Punkte genügt also **iZw** nicht zum Vertragsschluss bzgl. dieser Punkte, auch nicht bei deren Aufzeichnung (sog. Paktation), **I 2**. Die Berufung auf den Einigungsmangel kann aber gegen Treu und Glauben verstoßen (LM Nr. 2). **b) I gilt nicht**, wenn die Parteien trotz in Einzelpunkten fehlender Einigung erkennbar (Selbstinterpretation, zB durch Leistungsaustausch oder durch späteres Prozessverhalten, s. BGH NJW-RR 2014, 1423 Rn. 35) den Vertragsschluss wollen (BGHZ 119, 288; sa NJW 1998, 3196; OLG Stuttgart NJW-RR 2011, 203; → § 133 Rn. 9; → § 305 Rn. 23; s. zum Aufhebungsvertrag BGH NJW-RR 2014, 1423, 1426 Rn. 30 ff.). Dabei kann es sich auch um *obj.* wesentliche Punkte handeln (zB Kaufpreis [OLG Hamm NJW 1976, 1212], Dienstlohn). Vertragsschluss ist möglich, wenn und weil der wesentliche Vertragsinhalt wenigstens bestimmbar ist durch Rückgriff auf ges. Regelung (BGH NJW 2002, 818), ergänzende Vertragsauslegung (§ 157), §§ 315 ff. (BGH NJW-RR 2000, 1659). Die Parteien können den offenen Punkt, soweit er nicht schon zwingend ges. geregelt ist, aber auch einem weiteren (ergänzenden) Vertrag vorbehalten (vgl. BGH NJW 2006, 2843). Kommt es nicht zum (erwarteten) Vertragsschluss, besteht eine durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließende Regelungslücke (BGH NJW 2010, 525). Sind sich die Parteien nur darin einig, dass der Vertrag auf jeden Fall beendet sein soll, können sie sich aber über ihre gegenseitigen Ansprüche nicht verständigen, bestimmen sich ihre Ansprüche nach einer Vertragsaufhebung danach, welche Rechte die jeweilige Partei im Zeitpunkt der einverständlichen Vertragsaufhebung geltend machen konnte (BGH NJW-RR 2014, 1423 Rn. 43).

3. Fehlende Beurkundung, II. Vorab vereinbarte Beurkundung des Vertrags ist **iZw Abschlussvoraussetzung** (Auslegungsregel, BGH NJW 2009, 434; BAG NJW 1997, 1597; abw. BGHZ 95, 1543: Vermutung). Für Beurkundung genügt entspr. der Vereinbarung Privatschriftform (§§ 126, 126a, 127). II gilt nicht, wenn Form nicht konstitutiv wirken, sondern zB nur Beweis Zwecken dienen soll (BGH NJW 2000, 357; NJW 2019, 2615 Rn. 8; zur Beweislast BAG NJW 1997, 1597), oder wenn die Parteien den nicht beurkundeten Vertrag einvernehmlich vollziehen (BGH NJW 2009, 434). Für wichtige oder langfristige Verträge wird Abrede iSv II vermutet (BGH NJW 2000, 357). Nachträgliche Formvereinbarung zielt idR auf Beschaffung eines Beweismittels, sonst liegt darin Vertragsaufhebung und Abschluss iSv II. → § 125 Rn. 11.

§ 155 Versteckter Einigungsmangel

Haben sich die Parteien bei einem Vertrag, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde.

1. Allgemeines. Meinen die Parteien irrtümlich, sich über alle *obj. wesentlichen Vertragspunkte* (sog. *essentialia negotii*) geeinigt zu haben (zB Kaufpreis), so ist nach allg. Grundsätzen idR kein Vertrag zustande gekommen (RGZ 93, 299). Das Fehlen der Einigung kann auf einem Übersehen oder darauf beruhen, dass die Parteien irrtümlich meinen, sich geeinigt zu haben (Bsp.: RGZ 104, 265 f.). Ob

Einigung idS besteht, ist Auslegungsfrage. Liegt obj. die Einigung und damit der Vertragsschluss vor, so kann Irrtum gegeben sein, der gem. § 119 zur Anfechtung berechtigt (→ § 119 Rn. 2).

- 2 **2. Versteckter Dissens (verdeckter Einigungsmangel).** § 155 erfasst entspr. → Rn. 1 nur Missverständnis über Einigung *in Nebenpunkten* (RGZ 93, 299). Ob Einigung vorliegt, ist auch hier Auslegungsfrage (vgl. BGH WM 1986, 858). Fehlt Einigung über Nebenpunkt, so gilt gem. § 155 das Vereinbarte nur, wenn die Parteien den Vertrag auch ohne den Nebenpunkt geschlossen hätten (andernfalls ist der Vertrag nicht geschlossen, nicht – wie oft gesagt wird (zB KG NJW-RR 2008, 301) – nichtig; zum Unterschied → Vor § 104 Rn. 17, 18). Ein Vertragsschluss ist umso eher anzunehmen, je bedeutungsloser die Lücke ist. Sie ist mit Hilfe ges. Regelung, ergänzender Vertragsauslegung (§ 157) oder §§ 315 ff. zu schließen (vgl. RGZ 88, 379).
- 3 **3. Haftung.** Hat die eine Partei den Einigungsmangel und damit das Scheitern des Vertragsschlusses verschuldet, so haftet sie nach hM der anderen aus cic (§§ 280 I, 311 II) auf das **Vertrauensinteresse** (Staudinger/Bork Rn. 17); bei beiderseitigem Verschulden soll § 254 gelten. Haftung ist jedoch abzulehnen; denn „jeder Erklärende (muss) sich beim Wort nehmen und es sich gefallen lassen, dass seine Erklärung so verstanden wird, wie die Allgemeinheit sie auffasst. Andererseits muss jeder Teil die Erklärung des Gegners so gegen sich gelten lassen, wie sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verstehen ist“ (RGZ 165, 198). Folglich ist auch der Dissens jeder Partei gleichermaßen zuzurechnen, was eine Haftung ausschließt (Flume II § 34 Rn. 5).

§ 156 Vertragsschluss bei Versteigerung

¹Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande. ²Ein Gebot erlischt, wenn ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags geschlossen wird.

- 1 **1. Besonderheiten beim Vertragsschluss.** Enthält bes. Regelung für **Vertragsschluss in Versteigerungen**: Antrag ist das Gebot, (nichtempfangsbedürftige) Annahme der Zuschlag, S. 1, BGH NJW 2005, 54 (zum vorherigen schriftlichen „Gebot“ BGH WM 1984, 1057). Betrifft nur Verpflichtungs-, nicht Erfüllungsgeschäft (zB Übereignung); § 311b I gilt (BGHZ 138, 341 ff.). Meistbietender hat kein Recht auf den Zuschlag, Gebot (Antrag) erlischt gem. S. 2; abw. Vereinbarung möglich. Gebot und Zuschlag können auch durch elektronische Übermittlung einer Datei im Internet (online) abgegeben und wirksam werden (BGHZ 149, 133). Eine **Internet-„Auktion“** (ie NK-BGB/Kremer Anh. zu § 156; Paal JuS 2010, 955; sa BGH NJW 2014, 1292) ist dann keine Versteigerung iSv § 156, wenn die Erklärung des Einlieferers entweder ein Angebot oder die vorweg erklärte Annahme des Höchstgebots darstellt; dann kommt der Kaufvertrag mit dem Höchstgebot zustande (BGHZ 149, 133 ff.). Allg: Fehlt es am Zuschlag, so liegt kein Vertragsschluss iSv § 156 vor, doch kann der Vertrag durch Angebot und Annahme geschlossen sein (so grundsätzlich bei Versteigerungen über eBay, BGH NJW 2017, 468); handelt es sich um einen Fernabsatzvertrag (§ 312c I), so besteht ein Widerrufsrecht nach § 355 (BGH NJW 2005, 53 ff. = JuS 2005, 175 ff. [Emmerich]). Ist der Vertrag gem. § 156 geschlossen worden, so ist ein Widerrufsrecht ausgeschlossen (§ 312g II Nr. 10; dazu BGH NJW 2005, 54, abl. Bernhard ZGS 2005, 226 ff.). Vertrag kommt idR zwischen Einlieferer und Ersteher (Versteigerer als offener Stellvertreter, → § 164 Rn. 3) zustande.
- 2 **2. Anwendungsbereich.** § 156 gilt auch für ges. geregelte privatrechtliche Versteigerungen: §§ 383, 489, 753, 966, 975, 979, 983, 1219, 1233 ff.; §§ 373, 376, 389 HGB; ferner für Versteigerung gem. § 817 ZPO, nicht für Zwangsversteigerung nach dem ZVG.

§ 157 Auslegung von Verträgen

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

1. Allgemeines. Zur **Auslegung im allg.** vgl. Anm. zu § 133. Zum Begriff **1** der Verkehrssitte → § 133 Rn. 4. Zum Verhältnis von § 133 zu § 157: → § 133 Rn. 7.

2. Ergänzende Vertragsauslegung. Sie geht einer Bestimmung der Leistungs- **2** pflicht nach § 242 vor, ebenso einem Rückgriff auf § 313: BGHZ 164, 292.

a) Voraussetzung ist eine zu füllende **Lücke** der vertraglichen Regelung (BGHZ 9, 277 f., grundsätzlich, BGH NJW 2010, 525), auch in AGB (hier aber Ergänzung nach obj. Kriterien entspr. → § 305b Rn. 1; beruht die Lücke auf Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit von AGB, so gilt § 306 II, → § 306 Rn. 5). Regelungslücke liegt vor, wenn die Parteien einen Punkt übersehen oder wenn sie ihn bewusst offengelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig hielten, sich diese Annahme nachträglich aber als unzutreffend herausstellt. Relevant (BGH: planwidrig) ist eine Regelungslücke, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zu Grunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre (BGH NJW 2015, 955 Rn. 27). Daher: Gleichgültig ist, aus welchem Grund die Parteien eine Regelung unterlassen haben (BGHZ 84, 7; 158, 206), zB ob eine Regelung versehentlich (BGHZ 74, 376) oder bewusst (MüKo-BGB/Busche Rn. 42) unterlassen ist. Wegen der „bewussten Lücke“ ist es missverständlich, die Lücke allg. als „planwidrige“ Unvollständigkeit der rechtsgeschäftlichen Regelung zu bezeichnen (so aber BGH NJW 2015, 955 Rn. 27; 2002, 2310; 2006, 55; BAG NJW 2008, 875). Gleichgültig ist, ob die Lücke von Anfang an bestand oder erst später entstanden ist, weil die Umstände sich anders entwickelt haben als vorgesehen (BGH NJW-RR 1994, 1165), weil eine Klausel der Inhaltskontrolle nach § 307 nicht standhält (BGH NJW 2013, 992 Rn. 22; NJW 2012, 1865 Rn. 20) oder weil eine unvorhersehbare Gesetzesänderung den Regelungsplan der Parteien lückenhaft gemacht hat (BGH NJW-RR 2005, 1422). Aber **keine Lücke**, wenn die getroffene Regelung **bewusst abschließend** sein soll (BGH NJW 2009, 1349; MüKo-BGB/Busche Rn. 43); ebenso, wenn die eindeutige Regelung (insbes. die Risikoverteilung, BGHZ 74, 373 ff.) zu Unbilligkeiten führt (s. BGH BB 1984, 695).

b) Dispositives Ges. und ergänzende Vertrags- **3 auslegung.** Nicht jeder unvollständige Vertrag kann gem. § 157 „ergänzt“ werden, weil sonst das dispositive Recht praktisch obsolet würde. Vielmehr: Je größer die Annäherung an einen ges. Vertragstyp, desto stärker ist dessen dispositive Regelung heranzuziehen; je geringer die Annäherung, desto mehr greift § 157 ein (Flume II § 16 Rn. 4b; undifferenziert für Vorrang des dispositiven Rechts BGHZ 146, 261; NJW 2008, 2175; zurückhaltender BGHZ 158, 206). Bei Gesellschaftsverträgen soll aber ergänzende Auslegung (§ 157) dem dispositiven Ges. vorgehen, weil das Ges. idR veraltet sei (BGHZ 107, 355; 123, 286); krit. Stürner NJW 1979, 1230: „Ältere Kodifikationen werden leicht als Prokrustesbett empfunden, dem das Wandeln auf der Lustwiese freier Rechtsschöpfung vorgezogen wird“.

c) Grundlage der Lückenfüllung. Der lückenhafte Vertrag bildet eine Art **4** Normengefüge, in dem sich die Bewertungsmaßstäbe der Parteien sowie Sinn und Zweck der Abrede niedergeschlagen haben. Auch AGB, denen Vertragsparteien vor der Teilnahme an einer Internetauktion (eBay) zugestimmt haben, sind heranzuziehen (BGH NJW 2005, 53; BGHZ 149, 133 ff.; NJW 2011, 2643 Rn. 15; 2015, 1009; 2016, 468). Dieses Gefüge ist gem. § 157 aus sich heraus nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (Begriff → § 133 Rn. 4) folgerichtig weiterzuentwickeln (ähnlich BGHZ 158, 207; NJW-RR 2005, 206). Es kommt also nicht darauf an, wie die Lücke von den konkreten Parteien geschlossen

worden wäre (zu welcher Regelung zB die eine die andere überredet hätte). Entscheidend ist, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten (stRSpr, BGH NJW 2015, 955 Rn. 28 mwN). Maßstab ist nicht der Wille der jeweiligen konkreten, sondern der von redlichen Vertragsparteien in vergleichbarer Situation. Das bedeutet, dass bei der Verwendung von AGB auf die objektiv-generalisierende Sicht der typischen Vorstellungen der an Geschäften gleicher Art beteiligten Verkehrskreise abzustellen ist (BGH NJW-RR 2013, 1133 Rn. 106; 2011, 625 Rn. 17). Der hier oft genannte **hypothetische Parteiwille** ist deshalb ein *normatives* Kriterium (Flume II § 16 Rn. 4a). Nach ihm ist entscheidend, „welche Regelung die Parteien im Hinblick auf den mit dem Vertrag verfolgten Zweck bei sachgerechter Abwägung ihrer beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten“ (BGH NJW-RR 1990, 819), wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (BGHZ 158, 207; NJW-RR 2005, 1621, stRSpr; zur bewussten Lücke → Rn. 2). Ergänzende Vertragsauslegung nicht in jedem Fall einer unwirksamen Klausel, sondern nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten einer Partei verschiebt; so für Preisabrede bei langjährigen Energielieferungsverträgen, bei denen der Kunde die Preiserhöhung über einen längeren Zeitraum nicht beanstandet hat und sodann die Unwirksamkeit der Preiserhöhung für die Vergangenheit geltend macht (BGH NJW 2016, 1718, 1725 Rn. 67 ff.; 2015, 2566, 2570 Rn. 36 ff.; 2013, 993 Rn. 35 f.; 2012, 1865 Rn. 21 ff.; s. auch BVerfG NJW 2011, 1341), wobei bei einer angemessenen, objektiv generalisierenden Abwägung der Parteiinteressen nach Treu und Glauben von dem aus der ergänzenden Vertragsauslegung folgenden Preisänderungsrecht des Energieversorgungsunternehmens Preiserhöhungen nicht umfasst sind, die über die bloße Weitergabe von (Bezugs-)Kostensteigerungen hinausgehen und der Erzielung eines (zusätzlichen) Gewinns dienen. Etwas anderes gilt – sowohl im Fall der Rückforderung als auch im Fall der Restforderung von Entgelt für Energielieferungen – allerdings unter bestimmten Voraussetzungen dann, wenn bei einem langjährigen Energielieferungsverhältnis der Kunde die Preiserhöhung nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden ist, beanstandet hat (BGH NJW 2016, 1718, 1726 f. Rn. 85 ff. mwN). **Maßgebender Zeitpunkt** hierfür ist nicht der des Vertragsschlusses (so aber BGHZ 123, 285), sondern die Gegenwart (Flume II § 16 Rn. 4c, d). Die Lücke muss stets innerhalb des gegebenen vertraglichen Rahmens liegen (BGHZ 134, 65; insoweit zutr. BAG NJW 2008, 875). Daher kann ergänzende Vertragsauslegung grundsätzlich nicht den Vertragsgegenstand erweitern oder abändern und so einer Partei etwas verschaffen, was sie hat erreichen wollen, aber nicht erzielt oder vergessen hat. Nur „der Vertragsinhalt, nicht aber der Parteiwille darf ergänzt werden“ (BGH NJW-RR 2015, 183 Rn. 13 f.; sa BGH NJW 2009, 1484). Bei Nichtexistenz der im Vertrag bestimmten Schiedsorganisation oder deren nachträglichen Wegfall ist zu prüfen, ob die Schiedsklausel im Sinne der Zuständigkeit eines anderen Schiedsgerichts ergänzend ausgelegt werden kann (BGH NJW 2011, 2977 Rn. 1). Bestehen mehrere Gestaltungsmöglichkeiten, aber kein Anhalt, welche die Parteien gewählt hätten, so scheidet § 157 aus (BGHZ 180, 234; NJW 2016, 401, 402 Rn. 29). Ist ein hypothetischer Parteiwille nicht feststellbar, so scheidet eine ergänzende Auslegung (BGHZ 160, 362). Ist die Regelungslücke mangels greifbaren Anhalts im Vertragsgefüge nicht zu schließen, so kann bei beiderseitigem Irrtum über den unregelmäßig Punkt ausnahmsweise Anpassung durch Richterspruch gem. § 242 in Frage kommen (BGH NJW 1993, 2936; sa NJW-RR 1990, 602; allg. Larenz Karlsruher Forum 83, 156 ff.).

Titel 4. Bedingung und Zeitbestimmung

§ 158 Aufschiebende und auflösende Bedingung

(1) Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein.

(2) Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so endet mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts; mit diesem Zeitpunkt tritt der frühere Rechtszustand wieder ein.

Lit.: Martens, Grundfälle zu Bedingung und Befristung, JuS 2010, 578; Röthel, Familienrechtliche Rechtsgeschäfte: Förmlichkeit, Höchstpersönlichkeit, Bedingungsfeindlichkeit, JURA 2017, 641.

1. Begriff. a) **Allgemeines.** Bedingung iSd §§ 158 ff. (**echte Bedingung**) ist die Nebenabrede innerhalb eines RGeschäfts, wonach dessen Rechtswirkungen von einem künftigen, obj. ungewissen Ereignis abhängen (BGH NJW-RR 2016, 842, Rn. 19). Auch das Ereignis selbst heißt Bedingung (vgl. I aE!); ob es eintritt, muss ungewiss sein; wann es eintritt, kann gewiss (zB 18. Geburtstag eines Säuglings) oder ungewiss (zB Bezahlung des Kaufpreises, § 449 I) sein. Für die Selbstständigkeit der „Nebenabrede“ gegenüber dem RGeschäft ist zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung zu unterscheiden (Flume II § 38 Rn. 4c), wie sich ua bei der unmöglichen, unerlaubten oder unsittlichen Bedingung (→ Rn. 13, 14) und bei der Beweislast (→ Rn. 15) zeigt. b) **Aufschiebende (I) und auflösende (II) Bedingung.** Bei der aufschiebenden hängt der Eintritt, bei der auflösenden das Fortbestehen der Rechtswirkungen von dem Ereignis ab. Welche Art von Bedingung vorliegt, ist Auslegungsfrage. Das Ges. gibt nur im Einzelfall Auslegungsregeln, zB § 449 I. c) **Potestativbedingung** (Willkürbedingung; BGHZ 151, 122) knüpft Eintritt oder Fortbestehen der Rechtswirkung an ein willkürliches Verhalten einer Partei, das sich nicht auf das bedingte RGeschäft bezieht. Sie ist zulässig (Hauptfall § 449 I: Die Zahlung oder Nichtzahlung liegt in der Willkür des Käufers; mit der bedingten dinglichen Einigung hat die [Nicht-] Zahlung nichts zu tun). d) **Wollensbedingung.** Bei der *condicio si voluero* entscheidet die begünstigte Vertragspartei frei allein nach ihrem subj. Willen. Nach einer Ansicht (Nachw. bei Giesen FS Schapp, 2010, 161 f., Fn. 12–17 und bei Staudinger/Bork Vor §§ 158–163 Rn. 17) ist sie unzulässig, wenn Eintritt oder Fortbestehen der Rechtswirkung(en) und damit die Geltung des RGeschäfts selbst vom erklärten bloßen Willen einer Partei abhängt. Der maßgebende Wille bezieht sich auf das RGeschäft als solches, nicht (nur) auf seine Wirkungen. Es gilt für die Vertragspartei: Ich bin gebunden, wenn ich gebunden sein will. Folgerichtig ist nach dieser Meinung ein Vertrag nicht geschlossen, damit eine Wollensbedingung unzulässig (idS 13. Aufl.). Eine andere Ansicht unterscheidet hingegen zwischen rechtsgeschäftlichem und bedingungsauflösendem Willen (dazu eingehend Giesen FS Schapp, 2010, 159 ff.). Notwendiger Bestandteil eines jeden RGeschäfts ist eine Willenserklärung, die auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet ist (→ Vor § 104 Rn. 1, 2). Der in der Willenserklärung geäußerte rechtsgeschäftliche Wille entscheidet zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses über das Zustandekommen eines RGeschäfts, aber nicht über den – späteren! – Eintritt oder Ausfall einer Rechtswirkung. Von diesem handelt § 158. Die Norm knüpft damit an einen anderen Willen an als den, der für das RGeschäft konstitutiv ist. Dieser Wille kann Bedingung iSv § 158 sein, da insoweit das Ges. keine Einschränkung enthält. Sowohl eine auflösende wie aufschiebende Wollensbedingung ist zulässig (BeckOGK/Reymann Rn. 35 mN, str.); unzulässig sind sie aber wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes bei dinglichen Verfügungen (Staudinger/Ch. Heinze, 2018, § 873 Rn. 123).

- 5 **2. Keine Bedingungen.** Nicht zu Bedingungen zählen **a) Geschäftsbedingungen** (→ § 305 I) als inhaltliche Ausgestaltung eines RGeschäfts; **b) gegenwärtige oder vergangene Ereignisse**, sie können nur subj. ungewiss sein, sog. uneigentliche Bedingung, Unterstellung oder Voraussetzung (vgl. Flume II § 38 Rn. 1b). Sie kann zulässig sein, §§ 158 ff. gelten entspr. (ie → § 139 Rn. 4; → Vor § 854 Rn. 16; → § 930 Rn. 41; → § 1191 Rn. 8). **Bedingungszusammenhang:** Bestehen des Erfüllungsgeschäfts wird parteiautonom von der Wirksamkeit des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts abhängig gemacht (condicio in praesens vel praeteritum collata oder relata); ist keine Bedingung, da nur subj. ungewiss. §§ 158 ff. sind entspr. anzuwenden (Flume II § 38 Rn. 1b; Lieder/Berneith JuS 2016, 673, 675 f. mN.).
- c) Rechtsbedingungen** als ges. Voraussetzungen für Zustandekommen eines RGeschäfts (BGH NJW 1952, 1331 f.), auch für bedingungsfeindliche Gestaltungserklärung (BGH BeckRS 2013, 12160 = ZBB 2014, 324 Rn. 22: Der „Eintritt“ in den Sicherungsvertrag ist eine Vollstreckungsbedingung und keine Rechtsbedingung [hierzu auch → § 162 Rn. 3]; BGHZ 139, 35: behördliche Genehmigung als Rechtsbedingung; BGHZ 158, 76 f.: Rechtskraft des Scheidungsurteils für vorherige Vaterschaftsanerkennung, s. §§ 1594 III, 1599 II 3); zum privaten Genehmigungsvorbehalt (§§ 182 ff.) als Rechtsbedingung BGH NJW 2000, 2273; **Lit.:** Egert, Die Rechtsbedingung usw., 1974; **d) Auflagen** (zB §§ 525 ff.); sie verpflichten den Zuwendungsempfänger zur auferlegten Handlung, berühren aber nicht die Wirksamkeit des RGeschäfts. **e) Befristungen**, s. § 163 mit Anm.
- 7 **3. Rechtsfolgen der Bedingung. a) Das aufschiebend bedingte RGeschäft** ist vollendet (daher keine schwebende Unwirksamkeit: → Vor § 104 Rn. 21), nur treten seine Rechtswirkungen erst später, mit *Eintritt* der Bedingung, unabhängig vom Parteiwillen und ohne Rückwirkung (vgl. I, § 159) ein. Bis zum Eintritt (Ausfall) der Bedingung besteht ein *Schwebezustand*, währenddessen die Vertragsparteien zu vertragstreuem, rücksichtsvollem Verhalten verpflichtet sind (BGH NJW 1992, 2490). Dem bedingt Berechtigten, bei einem Vertrag uU beiden Parteien, steht ein **Anwartschaftsrecht** (allg. Definition: BGHZ 125, 338 f.) zu; zur Sicherung des bedingt Berechtigten §§ 160 I, 161 I, 162. Es ist Vorwirkung des Vollrechts. Daher ist der Zeitpunkt der Geschäftsvornahme (nicht erst des Bedingungseintritts) maßgebend für Geschäftsfähigkeit, Verfügungsbefugnis (BGHZ 27, 367), Einhaltung von Formvorschriften, Feststellung der Nichtigkeit nach §§ 134 und 138, Bösgläubigkeit (BGHZ 30, 377). Zu Anspruchsentstehung und Verjährung → § 199 Rn. 2. Mit *Ausfall* der Bedingung endet der Schwebezustand, RGeschäft wird endgültig unwirksam.
- 8 **b) Das auflösend bedingte RGeschäft** ist voll wirksam. Mit *Ausfall* der Bedingung wird das RGeschäft *endgültig* voll wirksam; mit *Eintritt* wird ohne weiteres und ohne Rückwirkung (vgl. II, § 159) der Zustand hergestellt, der vor Geschäftsvornahme bestand. Bis zum Eintritt (Ausfall) besteht ein *Schwebezustand*, währenddessen dem vom Eintritt der Bedingung Begünstigten (vgl. §§ 160 II, 161 II, 162) ein **Anwartschaftsrecht** zusteht (BGH NJW 1972, 160). Bei einer auflösend bedingten Verfügung hat der Verfügende ein Anwartschaftsrecht auf
- 9 **Rückerwerb** (vgl. → § 930 Rn. 43). **c) Ausfall** der Bedingung: wenn Eintritt obj. nicht mehr möglich ist; uU durch Zeitablauf (BGH NJW 1985, 1557: nach Fristsetzung entspr. §§ 146, 148). Einseitiger **Verzicht** auf vereinbarte Bedingung soll möglich sein (BGHZ 138, 202); das ist, weil einseitige Vertragsänderung, abzulehnen (→ § 929 Rn. 63; MüKo-BGB/Westermann Rn. 44).
- 10 **4. Zulässigkeit. a) Sie ist die Regel.** Bei Zuwendungen können Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft oder eines von beiden (vgl. § 449 I: nur Erfüllungsgeschäft)
- 11 **bedingt sein. b) Bedingungsfeindlich** ist ein RGeschäft kraft Ges. (zB §§ 388, 925 II, 1311 S. 2, familienrechtliche RGeschäfte sind regelmäßig bedingungsfeindlich, s. Röthel JURA 2017, 641, 647) oder wegen Unerträglichkeit eines Schwebezustands bei einseitigen Gestaltungsgeschäften, zB Rücktritts- oder Anfechtungserklärung (BGH NJW-RR 2004, 953). Schwebezustand ist erträglich, **Bedingung** also **zulässig**, wenn Empfänger mit Bedingtheit einverstanden (RGZ 91, 309) oder nicht in