

ACADEMIA IURIS

LEHRBÜCHER DER RECHTSWISSENSCHAFT

Brox · Walker

Allgemeiner Teil des BGB

35. Auflage

Vahlen

§ 13 Die Form des Rechtsgeschäfts

Literatur: *Armbrüster*, Treuwidrigkeit der Berufung auf Formmängel, NJW 2007, 3317; *Binder*, Gesetzliche Form, Formnichtigkeit und Blankett im bürgerlichen Recht, AcP 207 (2007), 155; *Blasche*, Notarielle Beurkundung, öffentliche Beglaubigung und Schriftform, Jura 2008, 890; *Boente/Riehm*, Das BGB im Zeitalter digitaler Kommunikation – Neue Formvorschriften, Jura 2001, 793; *Einsele*, Formerfordernisse bei mehraktigen Rechtsgeschäften, DNotZ 1996, 835; *Keim*, § 313 BGB und die Beurkundung zusammengesetzter Verträge, DNotZ 2001, 827; *Malzer*, Die öffentliche Beglaubigung, DNotZ 2000, 169; *Mankowski*, Formzwecke, JZ 2010, 662; *Petersen*, Die Form des Rechtsgeschäfts, Jura 2005, 168; *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 1992; *Regenfus*, Gesetzliche Schriftformerfordernisse – Auswirkungen des Normzwecks auf die tatbestandlichen Anforderungen, JA 2008, 161, 247; *Roßnagel*, Das neue Recht elektronischer Signaturen – Neufassung des Signaturgesetzes und Änderung des BGB und der ZPO, NJW 2001, 1817; *Thalmair*, Kunden-Online-Postfächer: Zugang von Willenserklärungen und Textform, NJW 2011, 14; *Zenker*, Textform im WWW, insbesondere bei ebay, JZ 2007, 816.

Fälle:

- a) T hat sich aus Mitleid mit einem Vertreter an seiner Haustür das Jahresabonnement einer juristischen Fachzeitschrift aufschwätzen lassen. Da ihn das Geschäft nun aber doch reut, möchte er seine Erklärung widerrufen. Dazu hinterlässt er eine entsprechende Erklärung auf dem Anrufbeantworter des Herausgebers der Zeitschrift. Wirksamer Widerruf? (Rn. 300)
- b) V, Vermieter einer Wohnung, kündigt dem Mieter M per Fax. Wirksam? (vgl. § 568 I). (Rn. 303, 308)
- c) Die Bank vereinbart mit dem Darlehensschuldner, dass eine Kündigung durch eingeschriebenen Brief erfolgen soll. Sie kündigt das Darlehen durch einen mit Faksimilestempel unterzeichneten Brief, ohne ihn als »Einschreiben« zu schicken. Wirksame Kündigung? (Rn. 304, 317)
- d) V verkauft sein Grundstück durch notariell beurkundeten Kaufvertrag an K. Gleichzeitig vereinbaren sie mündlich, dass K den Kaufpreis in Raten zahlen darf. Wirksam? (Rn. 308, 310)
- e) Rechtsanwalt R verspricht dem Gläubiger G, für die Schuld des S als Bürge zu haften. R weist darauf hin, als Rechtsanwalt brauche er sein Versprechen nicht schriftlich zu erklären (vgl. § 766 S. 1). Später verlangt G von R Zahlung. Zu Recht? (Rn. 314)

I. Grundsatz der Formfreiheit

Rechtsgeschäfte sind grundsätzlich formlos wirksam. Der Erklärende ist frei in der Wahl des Erklärungsmittels (zB mündliche, schriftliche Äußerung; Gebärde). Der Grundsatz der Formfreiheit soll der Erleichterung des Rechtsverkehrs dienen. Nur ausnahmsweise ist die Einhaltung einer Form erforderlich. 298

II. Bedeutung der Formbedürftigkeit

Die Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts, die entweder auf Gesetz oder auf Parteivereinbarung beruht, soll sehr verschiedenen Zwecken dienen. So kann die Form Klarheit darüber schaffen, ob und zu welchen Bedingungen ein Vertrag abgeschlossen worden ist; auf diese Weise werden Streitigkeiten darüber vermieden, ob die Parteien lediglich Vorverhandlungen geführt oder bereits einen Vertrag geschlossen haben und welchen Inhalt dieser Vertrag hat. Die Form dient damit auch der Sicherung des Beweises (*Beweisfunktion*). Ferner kann eine Formvorschrift die Warnung vor dem übereilten Abschluss eines wichtigen Rechtsgeschäfts bezwecken (*Warnfunktion*). Schließlich soll durch eine notarielle Beurkundung des Rechtsgeschäfts oft auch eine juristische Beratung über die Auswirkungen des Geschäfts erreicht werden (*Bera-* 299

tungsfunktion). Darüber kommen weitere Formzwecke in Betracht.²⁷ Meistens bestehen die Formvorschriften aus mehreren der genannten Gründe.

Beispiele: Nach § 550 S. 1 iVm § 578 I bedarf ein Grundstücksmietvertrag, der für länger als ein Jahr geschlossen wird, der Schriftform, damit der Beweis über den Vertragsinhalt gesichert wird, das ist besonders bei der Veräußerung des Grundstücks für den Erwerber wichtig, der anstelle des Vermieters in dessen Rechte und Pflichten eintritt (§ 566). Da § 550 den Ersatz der Schriftform durch elektronische Form nicht ausschließt, kann ein Grundstücksmietvertrag aber auch in elektronischer Form geschlossen werden (vgl. § 126 a), von der der Gesetzgeber annimmt, dass sie hier in gleicher Weise der Beweissicherung dient. – Nach § 766 S. 1 ist für die Willenserklärung des Bürgen Schriftform erforderlich, um diesen vor Übereilung zu schützen. Einen vergleichbaren Schutz vermag die elektronische Form hier nicht zu gewährleisten. Daher ist sie in § 766 S. 2 ausgeschlossen. – Nach § 311 b I 1 bedarf der Kaufvertrag über ein Grundstück der notariellen Beurkundung, um den Grundstückseigentümer und den Erwerber vor Übereilung zu warnen, eine fachkundige Beratung durch einen Notar zu ermöglichen sowie etwaigen Streitigkeiten über Abschluss und Inhalt des Vertrages vorzubeugen.

III. Arten der Formen

300 Die gesetzlichen Formen sind abschließend geregelt. Die rechtsgeschäftlichen veränderbaren Formen können auf Grund der Privatautonomie frei bestimmt werden, dies wird dabei aber eine der gesetzlichen Formen vereinbart.

1. Textform

Bei einer durch Gesetz vorgeschriebenen Textform muss die Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden (so § 126 b).

Die Textform wurde durch Gesetz vom 13. 7. 2001²⁸ eingeführt und stellt auf Grund ihres Verzichtes auf eine eigenhändige Unterschrift eine praktisch sehr bedeutende Erleichterung gegenüber der Schriftform (§ 126) dar. Daher kommt ihr andererseits aber auch nur eine geringe Beweis- und Warnfunktion zu, mit der Folge, dass der Gesetzgeber sie meist nur bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen (zB Widerrufsbekundung gem. § 355 II – vgl. Rn. 213 – sowie Mieterhöhungsverlangen gem. § 558 a I) oder Rechtsgeschäften von geringerer Bedeutung (zB Widerruf bei Verbraucherverträgen gem. § 355 I 2; vgl. Rn. 211) zulässt.

a) Die Erklärung muss in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden.

Während mit *Urkunde* (vgl. auch Rn. 300 a) Papierdokumente wie Kopie, Fax oder Telegramm gemeint sind, fallen unter Erklärungen, die auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden, vor allem solche, die auf elektronischen Datenträgern, wie Diskette, USB-Stick, CD-ROM, DVD, Computer-Festplatte oder externe Festplatte gespeichert sind. Damit genügt in diesem Hinblick auch die E-Mail den Anforderungen der Textform, da der Empfänger die Möglichkeit hat, sie auf seiner Festplatte zu speichern und von dort aus wiederzugeben. Nicht ausreichend ist dagegen die bloße Bereithaltung auf der

²⁷ Dazu Mankowski JZ 2010, 662.

²⁸ BGBl. I 1542.

site des Absenders mit der Abrufmöglichkeit für den Empfänger; diesem muss die Erklärung vielmehr in einer zur dauerhaften Speicherung geeigneten Weise zu-
gehen.²⁹

Umstritten ist die Einhaltung der Textform, wenn der Erklärende eine Nachricht in ein für den Adressaten eingerichtetes und mit Benutzerkennwort und Passwort zugängliches Online-Postfach einstellt, die der Adressat sich herunterladen und ausdrucken kann (dazu schon Rn. 149, 150 c). Der BGH tendiert wohl dazu, die Textform zu bejahen.³⁰ Nach anderer Ansicht soll die Textform nur gewahrt sein, wenn der Adressat die Nachricht tatsächlich bei sich abspeichert oder ausdruckt.³¹ Nach einer vermittelnden Ansicht reicht es aus, wenn die Website des Erklärenden so aufgebaut ist, dass der Adressat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Abspeichern oder Ausdrucken der Erklärung angehalten wird.³²

Im Fall a hinterlässt T seine Widerrufserklärung auf dem Anrufbeantworter des Herausgebers der Zeitschrift. Dieser ist zwar zur dauerhaften Speicherung der Erklärung, nicht aber zu deren Wiedergabe in Schriftzeichen geeignet. Daher hat T nicht formgerecht widerrufen.

b) Ferner muss die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden. Hierfür reicht allerdings schon, dass sich die Person des Erklärenden aus dem Text ergibt und der Abschluss der Erklärung durch irgendeinen geeigneten Hinweis (zB Ort und Datum) ergibt (vgl. zur Abschlusswirkung auch Rn. 301).

Als das »geringste« Formerfordernis ist die Textform jedenfalls auch durch jede andere »höhere« Form (Schriftform bzw. elektronische Form, notarielle Beglaubigung sowie notarielle Beurkundung) gewahrt.

2. Schriftform

a) Zur Wahrung der Schriftform muss eine Urkunde erstellt und von dem Aussteller 300a
eigenhändig durch Namensunterschrift oder durch notariell beglaubigtes Handzeichen unterzeichnet werden (§ 126 I).

aa) Es muss eine *Urkunde erstellt* werden. Urkunde ist die schriftliche Verkörperung einer Erklärung. Dabei braucht der Text der Urkunde nicht vom Erklärenden selbst niedergelegt zu werden; der Text kann etwa gedruckt, mit der Schreibmaschine oder mit der Hand geschrieben sein.

Hierin unterscheidet sich die einfache Schriftform von der des eigenhändigen Testaments. Dieses muss der Erblasser selbst handschriftlich (= eigenhändig) schreiben und unterschreiben (§ 2247 I).³³

Ist die Erklärung auf verschiedenen Blättern enthalten, so bilden die einzelnen Seiten grundsätzlich nur dann eine Urkunde, wenn zwischen ihnen eine als dauernd gewollte körperliche Verbindung – wie bei zusammengehefteten Seiten – hergestellt ist.³⁴

Die Schriftform des § 126 erfordert aber keine körperliche Verbindung der einzelnen Blätter der Urkunde, wenn sich deren Einheit aus fortlaufender Paginierung, fortlaufender Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlichem Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergibt.³⁵

²⁹ BGH NJW 2010, 3566 (3567 f.).

³⁰ BGH NJW 2009, 3227 (3228); bejahend auch MüK.o.BGB/Einsele § 126 b Rn. 4, 9.

³¹ So zB Palandt/Ellenberger § 126 b Rn. 3.

³² Thalmair NJW 2011, 14 (18).

³³ ErbR, Rn. 121 ff.

³⁴ Vgl. BGHZ 40, 263; 52, 29 f.

³⁵ BGH NJW 2003, 1248; WM 1997, 2361.

- 301 bb) Die *Unterzeichnung* muss den Text der Urkunde räumlich abschließen. Nur das vor der Unterschrift Stehende wird durch die Unterschrift gedeckt. Ein Nachtrag muss daher erneut unterzeichnet werden.³⁶ Die Unterzeichnung hat also *Abschluss- und Deckungswirkung*. Deshalb genügt eine »Oberschrift« nicht, selbst wenn ein Formular die Zeichnung am oberen Rand vorsieht.³⁷

Bei einem Vertrag ist die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erforderlich (§ 126 II 1); die Unterschriften der Parteien müssen den gesamten Inhalt der Erklärung decken. Will jeder Vertragspartner eine Urkunde haben, gestattet es § 126 II 2 aus Vereinfachungsgründen, dass jeder nur die für den anderen bestimmte Urkunde unterzeichnet. Auch dadurch hat jede Partei die Einigung insgesamt unterschrieben.

Macht V dem M ein Angebot über die fünfjährige Vermietung seines Grundstücks durch Zuschicken eines unterzeichneten Vertragsentwurfs und erklärt M brieflich die Annahme, so ist die Schriftform (vgl. § 550 S. 1 iVm § 578 I) nicht gewahrt. Die Unterzeichnung des Vertragsentwurfs durch V und die des Briefs durch M deckt nur jeweils das Angebot oder die Annahme, nicht aber die Einigung insgesamt ab. Deshalb müssen V und M den Vertragstext gemeinsam unterzeichnen, um der Schriftform zu genügen. Dafür reicht es aus, dass M seine Unterschrift auf den von V unterzeichneten Vertragsentwurf setzt.³⁸ Es genügt auch, wenn V eine für M bestimmte Urkunde und M eine Urkunde für V unterschreibt.

Zulässig ist auch eine sog. *Blankounterschrift*. Dabei wird ein noch unausgefülltes Blatt unterzeichnet. Der später von der ermächtigten Person darüber gesetzte Text gilt aus Gründen des Vertrauensschutzes auch dann als Erklärung des Unterzeichners, wenn er von dessen Willen abweicht (vgl. Rn. 424).

- 302 cc) Der Aussteller der Urkunde muss *durch Namensunterschrift oder durch notariell beglaubigtes Handzeichen* unterzeichnen. Dies ist erforderlich, damit der Aussteller zweifelsfrei festgestellt werden kann. Es genügt die Unterzeichnung mit dem Familiennamen oder die Verwendung eines Pseudonyms, wenn der Erklärende dadurch sicher ermittelt werden kann. Die Unterschrift muss nicht lesbar sein, aber doch eine Zusammensetzung aus Buchstaben erkennen lassen und charakteristische Merkmale aufweisen, welche die Identität des Unterzeichnenden ausreichend kennzeichnen.³⁹ Ein bloßes Handzeichen (Paraphe), das nur aus einem oder einzelnen Buchstaben eines längeren Namens besteht und erkennbar als bewusste und gewollte Namensabkürzung erscheint, ist demgegenüber keine Unterschrift.⁴⁰
- 303 dd) Die Unterzeichnung muss von dem Aussteller *eigenhändig* erfolgen. Dadurch übernimmt der Aussteller selbst die Verantwortung für die Erklärung. Eigenhändig bedeutet handschriftlich; eine Unterzeichnung mittels Faksimilestempel oder Schreibmaschinenschrift ist also nicht ausreichend.

Die Kündigung im Fall b bedarf nach § 568 I der Schriftform. Das Fax genügt jedoch der Schriftform nicht,⁴¹ so dass die Kündigung unwirksam ist. Die von V eigenhändig unterschriebene und auf das Faxgerät gelegte Urkunde erfüllt zwar die Voraussetzungen der Schriftform, doch geht M diese nicht zu (§ 130). Das bei M ausgedruckte Fax (Fernkopie, Rn. 147) ist von V nicht eigenhändig

36 BGH DB 1990, 877.

37 BGHZ 113, 48.

38 BGH ZIP 2004, 2142 (2143 f.).

39 BGH NJW 2005, 3775; NJW 1997, 3380.

40 BGH NJW-RR 2007, 351.

41 Vgl. BGHZ 121, 224.

unterzeichnet, so dass die zugewandene Kündigungserklärung nicht schriftlich erfolgt ist.⁴² Zum möglichen Ersatz durch elektronische Form vgl. Rn. 304 a.

Eigenhändig bedeutet nicht, dass Vertretung bei der Unterzeichnung ausgeschlossen ist. Der Vertreter muss seine Vertretung grundsätzlich kenntlich machen, indem er im Namen des Vertretenen handelt (vgl. § 164 I, Rn. 524). Deshalb kann er mit seinem Namen und einem seine Vertretung kennzeichnenden Zusatz (»in Vertretung«, »im Auftrag«) unterschreiben.⁴³ Doch ist es heute gewohnheitsrechtlich anerkannt, dass der Vertreter auch mit dem Namen des Vertretenen eigenhändig unterzeichnen kann.⁴⁴

b) Ist *durch Rechtsgeschäft* schriftliche Form für ein Rechtsgeschäft bestimmt, so gilt im Zweifel die Vorschrift über die gesetzliche Schriftform (§ 127 I). Doch sind die Parteien in der Lage, die Anforderungen an die Schriftform zu erleichtern oder zu erschweren; so können sie von der Eigenhändigkeit der Unterzeichnung absehen oder etwa Zustellung des Schriftstückes durch eingeschriebenen Brief vereinbaren.

Soll nach AGB für die Erklärungen gegenüber dem Verwender eine strengere Form als die Schriftform gelten, so ist die Bestimmung unwirksam (§ 309 Nr. 13).

Haben die Parteien aber keine Besonderheiten für die Schriftform vorgesehen, so genügt telekommunikative Übermittlung und bei einem Vertrag Briefwechsel; wird eine solche Form gewählt, so kann nachträglich eine dem § 126 entsprechende Beurkundung verlangt werden (§ 127 II 2).

Im Fall c ist das Kündigungsschreiben nicht eigenhändig unterschrieben. Für die rechtsgeschäftlich vereinbarte Schriftform genügt jedoch die Faksimileunterschrift, wenn kein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist. Dies ergibt sich aus § 127 II 1; denn bei telekommunikativer Übermittlung liegt ebenfalls keine eigenhändige Unterschrift vor. Die Schriftform ist also gewahrt, doch fehlt es an der Zusendung durch eingeschriebenen Brief (dazu: Rn. 317).

3. Elektronische Form

Die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Form kann durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt (§ 126 III). Erforderlich ist, dass der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügt und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz versieht (§ 126 a I).

Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Nutzung der elektronischen Form, wo die Warnfunktion einer Unterschrift nicht gewährleistet erscheint. Das gilt zB für eine Bürgschaftserklärung (§ 766 I 2) und für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag (§ 623 aE).

a) Unter *elektronischen Dokumenten* versteht man alle in elektronischer Form vorliegenden Daten, die, sei es am Bildschirm oder durch Ausdruck, in Schriftzeichen umgewandelt und somit lesbar gemacht werden können.

b) *Elektronische Signaturen* sind Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigefügt oder logisch mit ihnen verknüpft sind und die zur Authentifizierung dienen (vgl. § 2 Nr. 1 Signaturgesetz – SigG).⁴⁵ Als *qualifiziert* werden sie dann bezeichnet, wenn sie auf einem Zertifikat beruhen, das von einer qualifizierten

42 Vgl. BGHZ 24, 301.

43 BGH NJW 2003, 3054.

44 So schon RGZ 74, 72.

45 Einzelheiten: Palandt/Ellenberger § 126 a Rn. 3 ff.

zeit
in der
gsm
um
kei

Einrichtung iSv § 2 Nr. 7 SigG ausgestellt wurde, und mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit iSv § 2 Nr. 10 SigG erstellt wurden.

Einzelheiten zu den Anforderungen an Zertifizierungsdiensteanbieter und zu den Sicherheitsvorkehrungen bei der Bereitstellung von Signaturschlüsseln sind in der Signaturverordnung (SigV) vom 16. 11. 2001⁴⁶ geregelt.

c) Der *Namenshinzufügung* kommt schließlich wieder Abschluss- und Deckungswirkung zu.

d) Bei einem Vertrag genügt es gem. § 126 a II, wenn die Parteien jeweils nur ein gleichlautendes Dokument in der genannten Weise elektronisch signieren. Nicht ausreichend für die gesetzlich angeordnete elektronische Form ist jedoch das bloße Signieren von Angebot und Annahme. Ewas anderes gilt nur bei der gewillkürten elektronischen Form, für die § 126 a im Zweifel zwar auch gilt, § 127 I aber einige Formerleichterungen vorsieht.

4. Öffentliche Beglaubigung

- 305 Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift oder das Handzeichen des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden (§ 129 I). Durch Landesrecht kann die Zuständigkeit für die öffentliche Beglaubigung von Abschriften oder Unterschriften auch anderen Personen oder Stellen (zB Ortsgerichtsvorstehern nach § 13 I Hessisches OrtsgerichtsG) übertragen werden (§ 63 BeurkG). Die Beglaubigung bezieht sich nur auf die Unterschrift, nicht auf den Text der Urkunde. Der Notar bestätigt auf der Urkunde, dass die Unterschrift von dem herrührt, der die Erklärung wirklich abgegeben hat, indem er in seinem Beglaubigungsvermerk die Person bezeichnet, welche die Unterschrift vollzogen hat (§ 40 III BeurkG). Demnach dient die Beglaubigung dazu, die Echtheit einer Urkunde zu beweisen. Das ist oft bei der Abgabe einer Erklärung gegenüber einer Behörde erforderlich.

So bedürfen etwa wichtige Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt (vgl. § 29 GBO) sowie Anmeldungen zur Eintragung in das Vereinsregister (§ 77) und das Handelsregister (vgl. § 12 HGB) der notariellen Beglaubigung.

Von der öffentlichen Beglaubigung zu unterscheiden ist die *amtliche Beglaubigung* durch eine Verwaltungsbehörde, mit der etwa die Übereinstimmung einer Kopie oder Abschrift mit der Originalurkunde bescheinigt wird. Sie wird nicht von § 129 erfasst, und auch die Vorschriften des BeurkG gelten für sie nicht (§ 65 BeurkG). Maßgeblich sind die Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder (vgl. §§ 33 f. VwVfG).

5. Notarielle Beurkundung

- 306 Die notarielle Beurkundung einer Erklärung erfolgt in einem besonderen Verfahren vor dem Notar. Die Erklärung wird nach Beratung durch den Notar diesem gegenüber abgegeben, niedergeschrieben, dem Erklärenden vorgelesen, von ihm genehmigt und unterschrieben; der Notar unterzeichnet anschließend die Niederschrift (vgl. §§ 8 ff. BeurkG). Die Urkunde liefert Beweis dafür, dass der Erklärende die beurkundete Erklärung vor dem Notar abgegeben hat. Die Beurkundung ersetzt die schriftliche Form und die öffentliche Beglaubigung (§§ 126 IV, 129 II) und damit auch die Textform sowie die elektronische Form. Die notarielle Beurkundung ihrer-

⁴⁶ BGBl. I 3074.

- 310 b) Bei bestimmten formbedürftigen Rechtsgeschäften kann eine *Heilung des Formmangels* eintreten. Durch die Heilung wird das formlose Rechtsgeschäft wirksam; bei Grundstücksveräußerungsverträgen (vgl. § 311 b I 2), Schenkungsversprechen (vgl. § 518 II) und Bürgschaften (vgl. § 766 S. 3) tritt die Heilung ein, wenn die formlos versprochene Leistung bewirkt worden ist. Grund für die Heilung ist vor allem der Gedanke der Rechtssicherheit. Es soll vermieden werden, dass sachenrechtlich abgeschlossene Verhältnisse bis zum Ablauf der Verjährung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unterliegen.⁴⁸ Außerdem ist die Warn- und Beweisfunktion nach erfolgter Erfüllung entbehrlich. Den genannten Bestimmungen kann aber ein allgemeiner Grundsatz der Heilung von Formvorschriften durch Erfüllung nicht entnommen werden.

Wenn V und K im Fall d das Grundstück auflassen und die Eintragung des K als Eigentümer im Grundbuch erfolgt ist (vgl. §§ 873 I, 925 I), kann V von K nicht die Rückübereignung nach § 812 I mit der Begründung verlangen, der Kaufvertrag sei formnichtig und deshalb sei die Übereignung ohne Rechtsgrund erfolgt. Nach § 311 b I 2 ist nämlich mit Auflassung und Eintragung der Formmangel der Nebenabrede geheilt und damit der Kaufvertrag Rechtsgrund für die Übereignung.

- 311 c) Im Einzelfall kann es *gegen Treu und Glauben* verstoßen, wenn eine Partei die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts wegen Formmangels geltend macht (vgl. § 242). Die Durchbrechung des Formzwangs aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit muss aber auf wenige Ausnahmen beschränkt bleiben; andernfalls würden die Formvorschriften ausgehöhlt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen schuldrechtlichen Rechtsgeschäften, die grundsätzlich nur die Interessen der Geschäftspartner berühren, und solchen Rechtsgeschäften wie etwa Verfügungen, die öffentliche Interessen oder Belange Dritter berühren.
- 312 aa) *Bei schuldrechtlichen Verträgen* hat die Rechtsprechung oft hervorgehoben, dass nur in Ausnahmefällen zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse auf Grund des § 242 vom Formzwang abgesehen werden könne und dass es nicht genüge, wenn die Ergebnisse für den Betroffenen hart seien.⁴⁹ Die Formel ist jedoch zu unklar und führt nicht weiter. Es müssen deshalb Fallgruppen gebildet werden; sie können nicht abschließend sein.⁵⁰
- 313 (1) *Haben die Parteien den Mangel der Form gekannt* und dennoch die Formvorschrift nicht beachtet, so ist das Rechtsgeschäft nichtig. Der durch den Formmangel Geschädigte verdient nicht den Schutz, dass das Geschäft als wirksam angesehen wird, da er den Formfehler kannte.
- 314 (2) *Hat eine Partei die andere über die Formbedürftigkeit arglistig getäuscht*, so kann der Täuschende die Erfüllung des Vertrages nicht mit der Begründung verweigern, dass die Form fehle. Verlangt der Getäuschte Erfüllung, so muss der Vertrag im Interesse des Getäuschten als wirksam behandelt werden.

Hat G im Fall e auf das Wort des fachkundigen R vertraut und kannte er die Formbedürftigkeit des Bürgschaftsversprechens nicht, so kann er von R trotz Nichtigkeit der Bürgschaft Zahlung verlangen.

48 BGH DB 2005, 663.

49 BGHZ 29, 10; 48, 398; BGH NJW 1978, 102; DB 1990, 878.

50 Einzelheiten: *Reinicke*, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, 41 ff.; *Erman/Palm* § 125 Rn. 23 ff.

(3) Haben die Parteien die Formbedürftigkeit des Vertrages nicht gekannt und *beruht die Nichtbeachtung der Form auf Fahrlässigkeit*, so kann der Vertrag grundsätzlich nicht als wirksam behandelt werden. 315

Verkauft V sein Grundstück mündlich an K und vergessen die Parteien, die notarielle Beurkundung des Vertrages nachzuholen (vgl. § 311 b I 1), so ist der Vertrag nichtig; V und K verdienen keinen Schutz. Daran ändert sich nichts, wenn nur V die Formbedürftigkeit infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte, K aber auf die Erklärungen des V vertrauen durfte. K kann dann aber einen Schadensersatzanspruch gegen V wegen Pflichtverletzung beim Zustandekommen des Vertrages haben (culpa in contrahendo; §§ 280 I, 241 II, 311 II).

bb) Bei *Verfügungen* (Rn. 104) kann der Formzwang nicht durch § 242 durchbrochen werden. Denn die Verfügungen wirken absolut und berühren deshalb Interessen Dritter; hier geht das Interesse an der Verkehrssicherheit vor. 316

2. Nichtbeachtung der rechtsgeschäftlichen Form

a) Das Recht der Parteien, durch Rechtsgeschäft die Einhaltung einer Form zu vereinbaren, beruht auf der Privatautonomie (Rn. 25). Deshalb richten sich die Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung einer vereinbarten Form ebenfalls nach dem Willen der Parteien. Dieser ist durch Auslegung zu ermitteln. Kann insoweit kein Wille festgelegt werden, greift § 125 S. 2 ein. Danach hat *der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel Nichtigkeit zur Folge*. 317

Die Auslegung kann ergeben, dass die Parteien die vereinbarte Form als *Wirksamkeitsvoraussetzung* des Rechtsgeschäfts *oder* nur als *Beweissicherungsmittel* gewollt haben. Im ersten Fall wird erst durch die Einhaltung der Form das Rechtsgeschäft wirksam (= konstitutive Wirkung); die Nichteinhaltung der Form hat Nichtigkeit zur Folge. Im zweiten Fall dient die Form nur der Sicherung des Beweises (= deklaratorische Wirkung); ihre Nichtbeachtung beeinträchtigt die Wirksamkeit nicht.

Im Fall c ist die Formabrede, die Kündigung als Einschreiben zugehen zu lassen, nicht beachtet. Mit dem Einschreibebrief wollen die Parteien meistens erreichen, dass die Erklärung dem Empfänger sicher zugeht und der Nachweis des Zugangs leicht erbracht werden kann. Deshalb dient die Form der Beweissicherung und berührt die Wirksamkeit der Kündigung nicht, wenn sie auf andere Weise tatsächlich zugegangen ist.⁵¹

Haben die Parteien eine Beurkundung des Vertrages vereinbart, ist der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist (§ 154 II; Rn. 255).

b) Eine *Vereinbarung der Form* kann von den Parteien jederzeit wieder *aufgehoben* werden. Dies ist ausdrücklich, aber auch stillschweigend möglich, indem die Parteien das Rechtsgeschäft formlos abschließen und damit die Aufhebung der Formvereinbarung zu erkennen geben. 318

Beispiel: Wollen V und K den Kaufvertrag über einen Pkw schriftlich abschließen, tun sie es aber nicht, sondern übereignen sie sofort den Pkw gegen Barzahlung, so ist der Kaufvertrag wirksam. Die beiderseitige Erfüllung spricht dafür, dass die Parteien die Formabrede abbedungen haben.

Eine sogenannte einfache Schriftformklausel in einem Vertrag (»Änderungen bedürfen der Schriftform«) verhindert also nicht, dass der Vertrag formlos abgeändert wird. Wollen die Vertragsparteien das verhindern, müssen sie eine sogenannte doppelte

⁵¹ BGH NJW 2004, 1320; NJW-RR 1996, 866 (867).

Zeit
in der
g. s. m. d.
im
kel

Schriftformklausel vereinbaren («Änderungen bedürfen der Schriftform. Das gilt auch für eine Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses«).

Formvorschriften für Rechtsgeschäfte

I. Sinn

1. Beweisfunktion
2. Warnfunktion
3. Beratungsfunktion

II. Arten

1. Textform (§ 126 b), zB bei § 355 II, I 2
2. Schriftform (§§ 126, 127)
 - a) Gesetzliche Schriftform (§ 126), zB §§ 623, 766
 - b) Vertragliche Schriftform (§ 127)
3. Elektronische Form als Ersatz für Schriftform (§§ 126 a, 126 III)
4. Öffentliche Beglaubigung (§ 129), zB § 29 GBO
5. Notarielle Beurkundung (§ 128), zB §§ 311 b I, 518
6. Abgabe vor einer Behörde bei gleichzeitiger Anwesenheit, zB §§ 925 I, 1310 ff.

III. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Form

1. Nichtbeachtung der gesetzlichen Form
 - a) Grundsatz: Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 1)
 - b) Heilung des Formmangels gem. §§ 311 b I 2, 518 II, 766 S. 3
 - c) In Ausnahmefällen Berufung auf Formnichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 242 unzulässig
2. Nichtbeachtung der rechtsgeschäftlichen Form
 - a) Im Zweifel Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 125 S. 2)
 - b) Aber: jederzeit Aufhebung des Formerfordernisses möglich

§ 14 Inhaltliche Schranken des Rechtsgeschäfts

Literatur: *Arzt*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 1962; *Beater*, Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, AcP 197 (1997), 505; *Bezenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP 196 (1996), 395; *Bülou*, Grundfragen der Verfügungsverbote, JuS 1994, 1; *Cahn*, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, 8; *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983; *Eckert*, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, AcP 199 (1999), 337; *H. Honsell*, Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit, JA 1986, 573; *Jung*, Wucherähnliches Rechtsgeschäft – Tatbestand und Beweis, ZGS 2005, 95; *Köhler*, Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, JuS 2010, 665; *Kreft*, Privatautonomie und persönliche Verschuldung, WM 1992, 1425; *Majer*, Sittenwidrigkeit und Prostitutionsgesetz bei Vermarktung und Vermittlung, NJW 2008, 1926; *Mayer-Maly*, Die guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, 596; *Otte*, Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, JA 1985, 192; *Petersen*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Jura 2003, 532; *Schmoeckel*, Der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, AcP 197 (1997), 1; *Timm*, Außenwirkungen vertraglicher Verfügungsverbote?, JZ 1989, 13; *Schnabl*, Das Ende der Sittenwidrigkeit sog. Geliebten-testamente?, Jura 2009, 161; *Schreiber*, Veräußerungsverbote, Jura 2008, 261; *Ulrici*, Verbots-gesetz und zwingendes Gesetz, JuS 2005, 1073; *E. Wagner*, Rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit und § 137 S. 1 BGB, AcP 194 (1994), 451; *Willingmann*, Systemspielverträge im Spannungsfeld zwischen Zivilrechtsdogmatik, Verbraucherschutz und Wettbewerbsrecht, VuR 1997, 299.