

Academia Iuris

Allgemeiner Teil des BGB

von

Prof. Dr. Hans Brox, Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker

37. Auflage

Allgemeiner Teil des BGB – Brox / Walker

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 3992 2

auf elektronischen Datenträgern, wie Diskette, USB-Stick, CD-ROM, DVD, Computer-Festplatte oder externe Festplatte gespeichert sind. Damit genügt in dieser Hinsicht auch die E-Mail und die De-Mail²⁹ den Anforderungen der Textform, da der Empfänger die Möglichkeit hat, sie auf seiner Festplatte zu speichern und von dort aus dauerhaft wiederzugeben. Nicht ausreichend ist dagegen die bloße Bereithaltung auf der Website des Absenders mit der Abrufmöglichkeit für den Empfänger; diesem muss die Erklärung vielmehr in einer zur dauerhaften Speicherung geeigneten Weise zugehen.³⁰

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 (→ Rn. 149, 150c). Der BGH tendiert wohl dazu, die Textform zu bejahen.³¹ Nach anderer Ansicht soll die Textform nur gewahrt sein, wenn der Adressat die Nachricht tatsächlich bei sich abspeichert oder ausdruckt.³² 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.³³

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 → 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. Eine Unterschrift auf einem Schreibtablett (Unterschriftenpad) ist keine Urkunde in diesem Sinne und wahrt nicht die gesetzliche Schriftform.³⁴ Der Text der Urkunde braucht nicht vom Erklärenden selbst niedergelegt zu werden; er kann etwa gedruckt, mit der Schreibmaschine oder mit der Hand geschrieben sein.

²⁹ Besonders gegen unbefugten Zugriff und nachträgliche Änderungen geschützte Möglichkeit, elektronische Dokumente zu verschicken und zu empfangen. Siehe dazu das De-Mail-Gesetz vom 28.4.2011, BGBl. I 666.

³⁰ BGH NJW 2010, 3566 (3567 f.). So auch BT-Drs. 17/12637, 44 im Zusammenhang mit einer geplanten Neuformulierung des § 126b.

³¹ BGH NJW 2009, 3227 (3228); bejahend auch MüKoBGB/*Einsele* § 126b Rn. 4, 9.

³² So zB Palandt/*Ellenberger* § 126b Rn. 3.

³³ *Thalmair* NJW 2011, 14 (18).

³⁴ OLG München NJW 2012, 3584.

2. Teil. Das Rechtsgeschäft

Hierin unterscheidet sich die einfache Schriftform von der des eigenhändigen Testaments. Dieses muss der Erblasser selbst handschriftlich (= eigenhändig) schreiben und unterschreiben (§ 2247 I).³⁵

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.³⁶

Die Schriftform des § 126 erfordert aber keine körperliche Verbindung der einzelnen Blätter der Urkunde, wenn sich deren Einheit aus fortlaufender Paginierung (Seitennummerierung), fortlaufender Nummerierung der einzelnen Bestimmungen, einheitlicher graphischer Gestaltung, inhaltlichem Zusammenhang des Textes oder vergleichbaren Merkmalen zweifelsfrei ergibt.³⁷

- 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.³⁸ Die Unterzeichnung hat also *Abschluss- und Deckungswirkung*. Deshalb genügt eine »Oberschrift« nicht, selbst wenn ein Formular die Zeichnung am oberen Rand vorsieht.³⁹

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 Zuschieken 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.⁴⁰ 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 (→ Rn. 422).

- 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.⁴¹ Ein bloßes Handzeichen (Paraphe), das nur aus einem oder einzelnen Buchstaben

35 Brox/Walker ErbR Rn. 121 ff.

36 Vgl. BGHZ 40, 263; 52, 29 f.

37 BGH NJW 2003, 1248; WM 1997, 2361.

38 BGH DB 1990, 877.

39 BGHZ 113, 48.

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

41 BGH NJW 2005, 3775; 1997, 3380.

eines längeren Namens besteht und erkennbar als bewusste und gewollte Namensabkürzung erscheint, ist demgegenüber keine Unterschrift.⁴²

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. 303

Die Kündigung im **Fall b** bedarf nach § 568 I der Schriftform. Das Fax genügt jedoch der Schriftform nicht,⁴³ sodass 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 unterzeichnet, sodass die zugewandene Kündigungserklärung nicht schriftlich erfolgt ist.⁴⁴ Zum möglichen Ersatz durch elektronische Form → 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.⁴⁵ Doch ist es heute gewohnheitsrechtlich anerkannt, dass der Vertreter auch mit dem Namen des Vertretenen eigenhändig unterzeichnen kann.⁴⁶ Wenn ein Vertrag für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff.) nur von einem Gesellschafter unterschrieben wird, reicht es für die Erkennbarkeit des Vertretungsverhältnisses aus, wenn der Unterschrift ein Stempelabdruck der Gesellschaft beigefügt wird; denn dadurch wird der Unterzeichnende als unterschreibsberechtigt ausgewiesen.⁴⁷

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. 304

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 (→ Rn. 317).

42 BGH NJW-RR 2007, 351.

43 Vgl. BGHZ 121, 224.

44 Vgl. BGHZ 24, 301.

45 BGH NJW 2003, 3054.

46 So schon RGZ 74, 72.

47 BGH NJW 2013, 1082 ff.

3. Elektronische Form

- 304a 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 (§ 126a 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).⁴⁸ Als *qualifiziert* werden sie dann bezeichnet, wenn sie auf einem Zertifikat beruhen, das von einer qualifizierten Einrichtung iSv § 2 Nr. 7 SigG ausgestellt wurde, und mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit iSv § 2 Nr. 10 SigG erstellt wurden. Die elektronische Signatur ersetzt die bei der Schriftform erforderliche handschriftliche Unterschrift. Ihre Notwendigkeit dürfte der Grund dafür sein, dass die elektronische Form sich in der privaten Kommunikation nicht durchgesetzt hat und auch im unternehmerischen Verkehr auf wenig Akzeptanz stößt.

Einzelheiten zu den Anforderungen an Zertifizierungsdiensteanbieter und zu den Sicherheitsvorkehrungen bei der Bereitstellung von Signaturschlüsseln sind in der Signaturverordnung (SigV) vom 16.11.2001⁴⁹ geregelt. Eine De-Mail erfüllt nicht die Voraussetzungen des SigG; es fehlt an einer qualifizierten Signierung durch den Absender. Ebenso wie eine E-Mail erfüllt eine De-Mail nur die Voraussetzungen der Textform (→ Rn. 300). Auch eine Unterschrift auf einem Schreibtablett (Unterschriftenpad) erfüllt mangels elektronischer Signatur nicht die Voraussetzungen der elektronischen Form nach § 126a.

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

d) Bei einem Vertrag genügt es gem. § 126a 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 § 126a 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

⁴⁸ Einzelheiten: Palandt/Ellenberger § 126a Rn. 3 ff.

⁴⁹ BGBl. I 3074.

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

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 ihrerseits wird bei einem gerichtlichen Vergleich durch die Aufnahme des Vergleichs in das Gerichtsprotokoll ersetzt (§ 127a).

Der Beurkundung bedürfen besonders wichtige Verträge, wie etwa ein Verpflichtungsvertrag zur Übereignung eines Grundstücks (vgl. § 311b I 1) und ein Schenkungsversprechen (vgl. § 518 I).

Grundsätzlich ist nicht die gleichzeitige Beurkundung des Angebots und der Annahme erforderlich; es genügt vielmehr, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags beurkundet wird (§ 128; Sukzessivbeurkundung). Dann kommt der Vertrag, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, schon mit der Beurkundung der Annahme und nicht erst mit deren Zugang zustande (§ 152; → Rn. 184).

6. Abgabe vor einer Behörde

Ist die Abgabe von Erklärungen vor einer Behörde vorgeschrieben, so muss dies in wichtigen Fällen bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten erfolgen.

So müssen die Eheschließenden die Erklärungen zur Eingehung der Ehe vor dem Standesbeamten bei gleichzeitiger Anwesenheit und persönlich abgeben (§ 1310 ff.). Veräußerer und Erwerber eines Grundstücks müssen die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Notar erklären (§ 925 I); persönliches Erscheinen ist hier allerdings nicht erforderlich, die Beteiligten können sich vertreten lassen.

IV. Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Form

1. Nichtbeachtung der gesetzlichen Form

- 308 a) *Nichtig* ist ein Rechtsgeschäft, bei dem die durch Gesetz vorgeschriebene Form nicht beachtet ist (§ 125 S. 1).

Da V im **Fall b** weder die Schriftform noch die elektronische Form für die Kündigung eingehalten hat, ist die Kündigung nichtig.

aa) Ist eine *Nebenabrede* eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts formlos, der Hauptteil des Geschäfts dagegen formgerecht abgeschlossen, so ist die Nebenabrede nach § 125 S. 1 nichtig, während sich die Wirksamkeit des Hauptteils nach § 139 (→ Rn. 353) richtet. Danach ist im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne die nichtige Nebenabrede vorgenommen worden wäre.

Im **Fall d** ist die Ratenzahlungsvereinbarung nach § 125 S. 1 iVm § 311b I 1 nichtig. Hätten V und K den Kaufvertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit der Ratenvereinbarung nicht geschlossen, weil es ihnen besonders auf die Ratenzahlungen ankam, so ist auch der beurkundete Hauptteil des Vertrages nichtig (§§ 139; 125 S. 1; 311b I 1).

- 309 bb) *Abänderungen* eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts sind grundsätzlich ebenfalls formbedürftig und deshalb bei Formmangel nichtig, sofern es sich um rechtlich erhebliche Änderungen handelt.⁵⁰ Das gilt nicht, wenn die Verpflichtung desjenigen, der durch die Form geschützt wird, nur eingeschränkt werden soll, weil er dann keines Schutzes bedarf.

Wird etwa ein Bürgschaftsvertrag, durch den der Bürge B verpflichtet ist, für eine Schuld von 1.000 EUR einzustehen, so abgeändert, dass B für 1.500 EUR haften soll, so bedarf das erweiterte Versprechen der Schriftform, da § 766 S. 1 den Bürgen schützen will. Wird die Bürgschaftsverpflichtung dagegen auf 700 EUR ermäßigt, so bedarf das Einverständnis des B zur Ermäßigung nicht der Schriftform; B braucht keinen Schutz, da sich seine Verpflichtung verringert.

- 310 b) Bei bestimmten formbedürftigen Rechtsgeschäften kann eine *Heilung des Formmangels* eintreten. Durch die Heilung wird das formlose Rechtsgeschäft wirksam; bei Grundstücksveräußerungsverträgen (vgl. § 311b 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.⁵¹ 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 § 311b I 2 ist nämlich mit Auflassung und Eintragung der Formmangel der Nebenabrede geheilt und damit der Kaufvertrag Rechtsgrund für die Übereignung.

50 BGH ZIP 2001, 883 (884) (rechtliche Erheblichkeit verneint); NJW 1996, 452.

51 BGH DB 2005, 663.

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. 311

aa) Bei *schuldrechtlichen Verträgen* hat die Rechtsprechung oft hervorgehoben, dass nur in Ausnahmefällen zur Vermeidung schlechthin untragbarer Ergebnisse aufgrund des § 242 vom Formzwang abgesehen werden könne und dass es nicht genüge, wenn die Ergebnisse für den Betroffenen hart seien.⁵² Die Formel ist jedoch zu unklar und führt nicht weiter. Es müssen deshalb Fallgruppen gebildet werden; sie können nicht abschließend sein.⁵³ 312

(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. 313

(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. 314

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.

(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. § 311b 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 317

⁵² BGHZ 29, 10; 48, 398; BGH NJW 1978, 102; DB 1990, 878.

⁵³ Einzelheiten: *Reinicke*, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, 41 ff.; Erman/*Arnold* § 125 Rn. 31 ff.

2. Teil. Das Rechtsgeschäft

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*.

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.⁵⁴

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

- 318 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.

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 sog. 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 sog. doppelte 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 (§ 126b), 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 (§§ 126a, 126 III)
4. Öffentliche Beglaubigung (§ 129), zB § 29 GBO
5. Notarielle Beurkundung (§ 128), zB §§ 311b I, 518
6. Abgabe vor einer Behörde bei gleichzeitiger Anwesenheit, zB §§ 925 I, 1310 ff.

⁵⁴ BGH NJW 2004, 1320; NJW-RR 1996, 866 (867).