

## § 15 Die Form des Rechtsgeschäfts

### Vorbemerkung

- 1) Wie wir oben (§ 13) bereits gesehen haben, können die Parteien ihren rechtsgeschäftlichen Willen ausdrücklich oder konkludent, in Ausnahmefällen sogar durch Schweigen zum Ausdruck bringen. Dem Erklärenden ist dadurch gesetzlich freigestellt, in welcher Form er sich äußert, um den Rechtsverkehr, insbesondere bei Massengeschäften, zu erleichtern.
- 2) Die Willenserklärungen der Parteien bedürfen nur dann einer bestimmten Form, wenn die Einhaltung dieser Form gesetzlich vorgeschrieben ist. Gesetzliche Formvorschriften finden Sie im Gesetz jeweils dort, wo das formbedürftige Rechtsgeschäft steht (z.B. §§ 765, 766, 1; 2274, 2276). In den Vorschriften des AT (§§ 125 – 129) sind nur die allgemeinen Vorschriften über die Einhaltung der Form und die Folgen eines Formverstößes enthalten.  
**Beispiel:** In § 766, 1 ist geregelt, dass das Bürgschaftversprechen schriftlich erfolgen muss. § 126 erklärt jetzt, wie eine Schriftform eingehalten wird; § 125, 1 enthält die Rechtsfolge (= Nichtigkeit), die sich aus einem Formverstoß ergibt.  
 Das Gesetz macht aber streckenweise Ausnahmen von den allgemeinen Regeln des AT: Gemäß § 766, 3 wird der Formmangel und die daraus resultierende Nichtigkeitsfolge geheilt, wenn der Bürge an den Gläubiger gezahlt hat. Ist der Bürge Kaufmann, so gilt für ihn das Sonderrecht der Kaufleute in Form des HGB, das das allgemeine Zivilrecht des BGB überlagert: Nach § 350 HGB kann sich ein Kaufmann entgegen § 766, 1 BGB auch mündlich verbürgen.
- 3) Selbst wenn das Gesetz in § 125, 1 die Nichtigkeit der Erklärung für den Fall des Formverstößes vorsieht, muss noch geklärt werden, ob dieses Ergebnis einer rechtlichen Wertung standhält oder ob nicht entgegen § 125, 1 das Rechtsgeschäft trotz Formmangels ausnahmsweise wirksam ist (dazu unten § 15 IV 4). Bleibt es bei der Nichtigkeit, so stellt sich die Frage nach Schadensersatzansprüchen für denjenigen, der im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Erklärung einen Schaden erlitten hat (dazu ebenfalls § 15 IV 4).
- 4) Sieht das Gesetz von der Einhaltung bestimmter Formen ab, so können auch die Parteien vereinbaren, dass das Geschäft nur bei Einhaltung einer bestimmten Form wirksam ist. Dabei ist es aber gemäß **§ 309 Nr. 13** unzulässig, eine strengere Form als die Schriftform durch AGB zu vereinbaren. Haben die Parteien diese vertraglich vereinbarte Form nicht eingehalten, so muss zunächst ermittelt werden, ob die Einhaltung der Form *Wirksamkeitsvoraussetzung* war; wenn ja, so sieht § 125, 2 grundsätzlich vor, dass das Rechtsgeschäft nichtig ist. Da die Einhaltung der Form aber nur auf einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien beruht, haben die Parteien in diesen Fällen im Gegensatz zur gesetzlich vorgeschriebenen Form die Möglichkeit, das Formerfordernis durch *actus contrarius* in Form eines *Aufhebungsvertrags* wieder rückgängig zu machen (dazu unten V.). Sie müssen dann in der Klausur herausarbeiten, ob ein solcher Aufhebungsvertrag, gegebenenfalls konkludent, geschlossen wurde.
- 5) **Das Gesetz verfolgt mit seinen gesetzlichen Formvorschriften 3 verschiedene Ziele:**

#### a) Warnfunktion

Durch das Einhalten einer gesetzlich vorgeschriebenen Form soll das Bewusstsein des Erklärenden für den Inhalt der Erklärung geschärft werden. Gleichzeitig soll er vor übereilten Entscheidungen bewahrt werden.

**Beispiel:** Bürgschaftserklärung / § 766, 1: Das Schriftformerfordernis der Bürgschaftserklärung muss nicht nur die Person des Gläubigers und des Hauptschuldners, sondern auch den Willen enthalten, für fremde Schuld einzustehen, um dem Bürgen vor Augen zu führen, worauf er sich einlässt. Wer dann trotzdem noch unterschreibt, ist selbst schuld: "Wer bürgt, wird erwürgt..."

### b) Beweisfunktion

Gerade bei Geschäften von großer Tragweite und umfangreichem Inhalt (z.B. Grundstückskauf) soll das gesetzliche Formerfordernis (hier: § 311 b I) den Vertragsschluss deutlich von den unverbindlichen Vorverhandlungen abgrenzen und auch den Inhalt der Vereinbarung beweisen, auf den man sich letztlich verständigt hat.

### c) Sachverständige Beratung

Gerade bei weitreichenden Entscheidungen ist es rechtspolitisch erwünscht, dass bei potentiell rechtsunkundigen Personen eine sachverständige Beratung durch einen von den Parteien unabhängigen Notar erfolgt.

**Beispiele:** §§ 311 b I / Grundstückskauf; 1410 / Ehevertrag; 2276 / Erbvertrag.

**AL-Klausurtyp:** Gesetzliche Formvorschriften sind zwingendes Recht und können von den Parteien nicht durch eine davon abweichende Vereinbarung zur Disposition gestellt werden. Stellt sich innerhalb eines Rechtsstreits durch den Vortrag einer Partei heraus, dass eine gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten wurde, so muss der Richter die Nichtigkeit des Geschäfts auch dann von Amts wegen beachten, wenn sich keine der Parteien auf die Nichtigkeit beruft oder wenn die Parteien das Geschäft als wirksam behandeln wollen.

- 6) Die gesetzlichen Formvorschriften müssen auch dann eingehalten werden, wenn die gesetzgeberische Absicht bereits anderweitig gesichert ist: Möchte der rechtskundige Rechtsanwalt ein Grundstück an einen Kollegen verkaufen, so muss auch *dieser* Kaufvertrag vor dem Notar geschlossen werden.

## I. Die Kategorien der gesetzlich vorgeschriebenen Form

### 1) Die Schriftform des § 126 BGB

- a) **Schreibt das Gesetz für eine Erklärung eine Schriftform vor, so muss die Urkunde den gesamten Inhalt des Rechtsgeschäfts enthalten und vom Aussteller eigenhändig unterschrieben werden.** Die Unterschrift muss zwar nicht so leserlich sein, dass objektive Dritte den Namen entziffern können, aber doch so individuell, dass man den Aussteller anhand der Schrift individualisieren kann.
- b) **Eigenhändige Unterschrift und Stellvertretung schließen sich nicht aus,** so dass der Erklärende sich bei der Unterschrift durch Dritte vertreten lassen kann. Zwar sollen Vertreter nach dem Offenkundigkeitsprinzip deutlich machen, dass sie für einen anderen handeln und daher die Stellvertretung durch einen i.V. – Zusatz offenlegen, doch hat sich gewohnheitsrechtlich eingebürgert, dass der Vertreter auch mit dem Namen des Vertretenen unterschreiben darf (BGHZ 45, 193, 195; MünchKomm/Förschler § 126 Rz. 21; Palandt/Heinrichs § 126 Rz. 8; jeweils m.w.N.).
- c) **§ 126 sieht nicht vor, dass der Aussteller den gesamten Text der Urkunde geschrieben hat; es genügt, dass er den Urkundentext eigenhändig unterschreibt.** Die gesetzliche Form des § 126 ist also auch dann gewahrt, wenn der Aussteller eine Urkunde unterschreibt, die ein anderer inhaltlich verfasst und geschrieben hat. Der durch § 126 gewährleistete Schutz vor Fälschungen und vor übereilten Entscheidungen ist also relativ gering.

Eine Ausnahme macht das Gesetz in § 2247 für die Errichtung eines Testaments: Hier muss der Erblasser nicht nur eigenhändig unterschreiben, sondern auch den gesamten Text handschriftlich niederschreiben, um ein formwirksames Testament herzustellen.

- d) **Die Unterschrift muss den Text der Urkunde räumlich abschließen**, so dass nur der Teil der Urkunde von der Unterschrift gedeckt wird, der oberhalb der Unterschrift steht (BGH NJW 1995, 43, 45; NJW 1991, 487). Nachträgliche Zusätze, die unterhalb der Unterschrift stehen, müssen gesondert unterschrieben werden.
- e) **Handelt es sich um einen Vertrag, so müssen beide Vertragsparteien gemäß § 126 II 1 auf derselben Urkunde unterschreiben**. Werden über den Vertrag aber mehrere gleichlautende (!) Erklärungen hergestellt, so genügt es zur Wahrung der Schriftform, dass jede Partei die Urkunde unterschreibt, die jeweils für den anderen Vertragspartner bestimmt ist. Dies setzt aber voraus, dass die Urkunden gleich lauten: Werden bei einem Vertragsschluss jeweils nur ein Exemplar von Angebot und Annahme ausgetauscht, so ist die gesetzliche Schriftform nicht gewahrt, da Angebot und Annahme natürlich einen unterschiedlichen Inhalt haben.

### Problem 1: Bürgschaftserklärung durch Telefax

Die Formerfordernisse der §§ 766, 1; 126 setzen voraus, dass der Aussteller die Urkunde eigenhändig unterschreibt und diese dem Gläubiger übergibt (=„erteilt“). Schriftlich erteilt ist die Bürgschaftserklärung nicht bereits mit der Unterzeichnung des sie enthaltenden Schriftstücks, sondern erst, wenn die schriftliche Erklärung dem Gläubiger – und sei es auch nur vorübergehend – ausgehändigt wurde. Dies ist bei einem Telefax nicht der Fall. Da durch ein Telefax nur eine *Kopie* der Bürgschaftserklärung übermittelt wird, hat der Aussteller die Verfügungsgewalt über das *Original* behalten und daher die Erklärung nicht wirksam *erteilt* (BGH NJW 1993, 1126; Palandt/Heinrichs § 126 Rz. 11).

Zwar genügt die Unterschrift unter das beim Absender verbleibende Original bei der Rechtsmittel einlegung (BAG NJW 1989, 1822, 1823 m.w.N.), doch lässt sich diese Ausnahme wegen der Warnfunktion des § 766, 1 nicht auf die Bürgschaft übertragen (ausführlich dazu Ebnet, NJW 1992, 2985).

### Problem 2: Die Blankounterschrift

Unterschreibt jemand blanko ein leeres Blatt, so hat er noch keine Willenserklärung abgegeben, da dieses Schriftstück keinen Inhalt hat; es wird erst dadurch zur Urkunde, dass ein anderer die Blankoerklärung durch einen Text vervollständigt. **Wird ein Blankoexemplar abredewidrig vervollständigt, so muss der Unterschreibende gegenüber einem gutgläubigen Dritten den Inhalt in analoger Anwendung des § 172 II gegen sich gelten lassen**, da er in zurechenbarer Weise den Rechtsschein gesetzt hat, auch diese Erklärung stamme von ihm, da er den Aussteller zu einer entsprechenden Vervollständigung bevollmächtigt habe. Da es sich bei der Haftung aus § 172 II um eine Rechtsscheinhaftung handelt, kann er die ihm zurechenbare Willenserklärung auch nicht mit der Begründung gemäß § 119 I anfechten, er habe eine Erklärung diesen Inhalts nicht abgeben wollen (BGHZ 40, 65; dazu unten § 20 V 2).

## 2) Die Textform des § 126 b

- a) Das BGB trägt durch § 126 b den modernen Formen der Telekommunikation Rechnung und schafft durch § 126 b einen Formtyp der lesbaren, aber unterschriftslosen Erklärung. Die Textform erfüllt keinen der o.g. Formzwecke (Beweisfunktion, Warnfunktion, Garantiefunktion) und wird daher vom Gesetz nur in den Fällen zugelassen, in denen diese Funktionen der Schriftform keine Rolle spielen, aber auf der anderen Seite zur Dokumentation und Information eine mündliche Erklärung nicht genügen soll. Dies sind z.B. die §§ 355 (Verbraucherverträge), 554 III (Anzeige von Modernisierungsmaßnahmen durch den Vermieter), 556 a II (Vereinbarung über die Abrechnung von Betriebskosten), 556 b II (Aufrechnungserklärung des Mieters), 558 a I (Mieterhöhung).

- b) Die Erklärung muss in einer Urkunde oder in einer anderen schriftlichen Weise erfolgen, die dauerhaft wiedergegeben werden kann. Sie kann dem Empfänger per Post, per Fax oder per E-Mail übermittelt werden.
- c) Die Erklärung wahrt aber nur dann die Textform, wenn die Person des Erklärenden namentlich genannt wird. Dies muss zwar nicht durch Unterschrift erfolgen; ausreichend, aber auch erforderlich ist es, dass die Person im Kopf oder im Text der Erklärung genannt ist. Auch eine maschinell hergestellte Unterschrift genügt.
- d) Zudem muss der Abschluss der Erklärung erkennbar sein. Dazu genügt eine – ggf. maschinell erstellte – Unterschrift, aber auch eine Datierung oder Grußformel.
- e) Die Beweislast trägt derjenige, der aus der Erklärung Rechte herleiten will. Er muss zum einen beweisen, dass dem Empfänger die Erklärung i.S.d. § 130 zugegangen ist, aber auch, dass eine Übermittlung der Erklärung durch Textform – z.B. infolge einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung – zulässig war.

### 3) Die elektronische Form des § 126 a

- a) Auch § 126 b passt die Formvorschriften des Zivilrechts dem modernen Rechtsverkehr an. Schreibt das Gesetz eine Schriftform vor, so kann die Schriftform gemäß § 126 III durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn sich nicht aus dem Gesetz (z.B. gemäß den §§ 492 I 2; 766, 2, 780, 2; 781, 2) etwas anderes ergibt.
- b) **Der Aussteller muss der Erklärung seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen.** Diese qualifizierte elektronische Signatur ist in § 2 Nr. 1 des SiG legal definiert. Es sind Daten in elektronischer Form, die anderen elektronischen Daten beigelegt oder logisch mit ihnen verknüpft sind und der Authentifizierung dienen. Die qualifizierte Signatur muss gemäß § 2 Nr. 2, 3 SiG zusätzliche Voraussetzungen erfüllen: Sie muss (1) ausschließlich dem Signaturschlüsselinhaber zugeordnet sein, (2) seine Identifizierung ermöglichen, (3) mit Mitteln erzeugt werden, die allein der Schlüsselinhaber kontrollieren kann (4) mit den Daten, auf die sie sich bezieht, so verknüpft werden, dass eine nachträgliche Veränderung erkennbar ist, (5) auf einem zur Zeit ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruhen und (6) mit einer sicheren Signaturerstellungseinrichtung erstellt worden sein.
- c) Wer sich mit einer qualifizierten elektronischen Signatur am Geschäftsleben beteiligen will, muss also zunächst einmal die dafür erforderliche Hard- und Software besitzen und bei einem Zertifizierungsdienst (z.B. Telekom, Post, Datev) ein qualifiziertes Zertifikat i.S.d. § 7 SiG beantragen. Dieses Zertifikat, das nur natürlichen Personen erteilt wird, besteht aus 2 kryptographischen Schlüsseln: einem öffentlichen Schlüssel und einem, der nur dem Inhaber der Signatur zugänglich ist. Um zu signieren, muss der Aussteller den auf der Signatur-Chipkarte gespeicherten privaten Schlüssel unter Eingabe der PIN über ein spezielles Zusatzgerät in den PC einlesen.
- d) Die Schriftform kann nur durch die elektronische Form erteilt werden, wenn der Erklärungsempfänger damit einverstanden ist. Dieses Einverständnis bedarf seinerseits keiner Form und kann ausdrücklich oder konkludent erteilt werden, z.B. dadurch, dass der Empfänger die ihm derart übermittelte Erklärung als wirksam behandelt.

- e) Die Erklärung muss den Namen des Ausstellers erkennen lassen - aber nicht in Form einer Unterschrift - und mit der qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Aussteller selbst eigenhändig signiert; es genügt also dass ein Dritter das Dokument mit Zustimmung des Ausstellers mit dessen Signatur versieht. Behauptet der Aussteller, die Signatur sei von einem Dritten missbraucht worden, so muss er die prima facie-Vermutung des § 292 a ZPO entkräften. Zudem kann sich eine Einstandspflicht aus den Regeln ergeben, die wir aus dem Bereich der Anscheins- und Duldungsvollmacht bzw. der Blankettfälschung kennen.
- f) Verträge müssen in der Form des § 126 a II erstellt werden. Dabei genügt es nicht, dass jede Partei nur ihre eigene Angebots- oder Annahmeerklärung signiert. Es müssen vielmehr gleichlautende Dokumente erstellt werden, die den gesamten Vertragstext enthalten. Jede Partei muss das für die andere Partei bestimmte Vertragsexemplar signieren.

#### 4) Die öffentliche Beglaubigung gemäß den §§ 129 BGB; 39 ff. BeurkG

**Sieht das Gesetz die öffentliche Beglaubigung einer Erklärung vor, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst sein und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar auf dem Schriftstück durch einen Beglaubigungsvermerk beglaubigt werden.** Der Notar soll die Unterschrift gemäß § 40 BeurkG nur beurkunden, wenn die Urkunde in Anwesenheit des Notars unterschrieben wird. Die öffentliche Beglaubigung sichert nur die *Identität des Ausstellers*. Der Notar übernimmt aber keine Gewähr für den *Inhalt der Erklärung*, so dass dadurch eine sachverständige Beratung nicht gewährleistet ist.

##### Beispiele:

- § 1155: Der durch eine Kette von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimierte Besitzer des Hypothekenbriefs ist ebenso als Berechtigter legitimiert wie der im Grundbuch eingetragene Hypothekar. Ohne die Vorschrift des § 1155 wäre ja auch die Verkehrsfähigkeit einer Briefhypothek nicht größer als die der Buchhypothek, wenn sich jeder Erwerber im Grundbuch würde eintragen lassen müssen, um als Berechtigter zu gelten (vgl. auch § 39 II GBO).
- § 2198: Der Erblasser kann die Bestimmung des Testamentsvollstreckers einem Dritten überlassen. Diese Bestimmung erfolgt durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht.
- § 29 GBO: Der Rechtspfleger soll eine Eintragung im Grundbuch nur dann vornehmen, wenn die zu dieser Eintragung erforderlichen Erklärungen öffentlich beglaubigt worden sind. Die Form des § 29 GBO gilt aber nur für die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung i.S.d. § 19 GBO und hat auf die Wirksamkeit der dinglichen Einigung keinen Einfluss.
- § 12 HGB: Anmeldungen zur Eintragung im Handelsregister sind in öffentlich beglaubigter Form einzureichen.

#### 5) Die notarielle Beurkundung gemäß den §§ 128 BGB, 6 ff. BeurkG

- a) Die Beurkundung ist ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Beurkundungsgesetz geregelt. Die Beurkundung erfolgt durch den Notar, um eine sachverständige Beratung durch eine neutrale Person zu gewährleisten. Dabei können sich die Parteien an jeden Notar wenden, ohne an den Ort des Vertragsschlusses, den Erfüllungsort oder den Ort gebunden zu sein, in dem beim Grundstückskauf das Grundstück liegt.
- b) Soll ein Rechtsgeschäft notariell beurkundet werden, so findet vor dem Notar eine Verhandlung statt, in der der Notar mit den Parteien über den Inhalt des Rechtsgeschäfts spricht und ihnen die rechtlichen Konsequenzen des Rechtsgeschäfts erläutert. Der Notar kontrolliert das Übereinstimmen von Wille und Erklärung und weist die Beteiligten auf eventuelle behördliche Genehmigungserfordernisse hin, damit das Geschäft nicht an förmlichen Mängeln scheitert. Anschließend fertigt er über die Erklärungen der Parteien eine Niederschrift an, die die Bezeichnung des Notars und der Beteiligten sowie deren Erklärungen enthält. Sodann wird den Beteiligten die Niederschrift vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben. Nach den Parteien unterschreibt auch der Notar die Urkunde.

**Beispiel:** "Urkunden – Nr. .../ 2007: Verhandelt zu Bonn am 15. 4. 2007 erschienen vor dem Notar Dr. Klaus Müller mit Amtssitz in Bonn Herr Peter Schmitz, geboren am 25. 10. 1955, nachstehend auch "der Verkäufer" genannt, und Herr Andreas Huber, geboren am 2. 5. 1958. Die Erschienenen wiesen sich durch Vorlage ihrer Personalausweise aus. Die Erschienenen erklärten und ließen beurkunden:...Wir schließen den folgenden Kaufvertrag.....

Diese Niederschrift wurde den Erschienenen durch den Notar vorgelesen, von ihnen genehmigt und von ihnen und dem Notar, wie folgt, eigenhändig unterschrieben."

- c) § 128 lässt dabei eine **Sukzessivbeurkundung** zu, bei der zunächst der Antrag und im Anschluss die Annahme jeweils notariell beurkundet werden. Dadurch wird beiden Beteiligten die gleichzeitige Anwesenheit vor dem Notar erspart. Der Vertrag ist aber gemäß § 152 bereits mit der Beurkundung geschlossen, nicht erst, wenn die notariell beurkundete Annahme der Gegenseite zugeht.

**Beispiele:** §§ 311 b I, 873 II, 2385.

§ 128 gilt aber natürlich nicht, wenn das Gesetz eine gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten anordnet, weil der Notar in diesen Fällen mit beiden Parteien gemeinsam über die Tragweite der Erklärung sprechen soll.

**Beispiele:** §§ 925, 1410, 2276.

Eine beiderseitige Anwesenheit ist selbstverständlich auch dort nicht gefordert, wo ohnehin nur eine der beiden Erklärungen notariell beurkundet werden muss.

**Beispiel:** § 518 I.

- d) Die **Beweiskraft** einer notariellen (= öffentlichen) Urkunde erstreckt sich gemäß § 415 ZPO darauf, dass die in der Urkunde genannten Personen vor dem ausstellenden Notar die Erklärungen mit dem Inhalt abgegeben haben, der der Urkunde entspricht. Dabei kann zwar ein Gegenbeweis über die unzutreffende Beurkundung geführt werden, doch kann dieser Gegenbeweis wegen der besonderen Beweiskraft der Urkunde nicht mit einer Parteivernehmung geführt werden.

## 6) Der gerichtlich protokollierte Prozessvergleich gemäß § 127 a BGB

Der Prozessvergleich ermöglicht es den Parteien, einen Rechtsstreit ohne den Erlass eines Urteils zu beenden. Der Vergleich wird vor Gericht geschlossen und beendet den Rechtsstreit zwischen *Anhängigkeit* und *Rechtskraft* einer bereits ergangenen gerichtlichen Entscheidung. Dabei setzt sich der Vergleich aus einem *materiellrechtlichen Rechtsgeschäft* gemäß § 779 BGB und einer *Prozesshandlung* zusammen, die den Regeln der ZPO folgt. Es müssen die allgemeinen Prozessvoraussetzungen vorliegen, insbesondere müssen die Parteien anwaltlich vertreten sein, wenn Anwaltszwang herrscht. Der Vergleich wird bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Prozessparteien vor dem Richter gemäß den §§ 160 III Nr. 1, 162 ZPO zu Protokoll gegeben. Ist der Vergleich derart gerichtlich protokolliert, so ersetzt er gemäß § 127 a BGB jede Form, die nach den Regeln des jeweiligen Rechtsgeschäfts vorgesehen ist. Es können daher auch vor Gericht im Wege des Prozessvergleichs Verträge geschlossen werden, die ansonsten notariell beurkundet werden müssen.

**Beispiele:** §§ 311 b I; 2276.

Das Vergleichsprotokoll wird den Parteien vorgelesen, von diesen genehmigt und gemäß § 163 ZPO vom Richter unterschrieben. Im Gegensatz zur notariellen Beurkundung müssen die Parteien den Prozessvergleich nicht unterschreiben.

## II. Der Umfang des Formerfordernisses

- 1) **Das gesetzliche Formerfordernis erstreckt sich auf das gesamte Rechtsgeschäft mit allen seinen wesentlichen Bestandteilen**, bei Verträgen also auf alle Erklärungen, die die Parteien zum Inhalt ihrer Vereinbarung machen wollen. Der Inhalt des Geschäftes muss so ausführlich dargestellt werden, dass der Zweck der vorgeschriebenen Form erreicht wird.

**Beispiel:** Die Bürgschaftserklärung muss neben der Person des Gläubigers und des Schuldners auch die Hauptschuld und den Willen erkennen lassen, für fremde Schuld einzustehen, um dem Bürgen den Inhalt seiner Erklärung noch einmal vor Augen zu führen.

- 2) **Der Hinweis auf mündlich erfolgte Nebenabreden genügt selbst dann nicht, wenn diese nachweislich getroffen wurden.** Gibt der Urkundeninhalt das von den Parteien Gewollte nur unvollständig wieder, so muss nach den Regeln der Teilnichtigkeit gemäß § 139 entschieden werden, ob der Vertrag wirksam ist: Im Zweifel führt der Formmangel eines Teils zur Nichtigkeit des gesamten Geschäfts (BGH NJW 1981, 222).

Auf der anderen Seite hat sowohl bei gesetzlich vorgesehener als auch bei vertraglich vereinbarter Form der formgerechte Vertrag die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich. Weicht die formgerechte Erklärung von einer früheren mündlichen (und daher formnichtigen) Vereinbarung ab, so wird vermutet, dass die Parteien ihren Willen in Richtung auf das abgeändert haben, was sie später formwirksam vereinbart haben.

## III. Der Anwendungsbereich der Formvorschriften

- 1) Das Gesetz hat die jeweiligen Formvorschriften bei den Rechtsgeschäften geregelt, die eine bestimmte Form einhalten müssen. Um aber eine Umgehung der Formvorschriften zu verhindern, sind auch die Rechtsgeschäfte formbedürftig, die darauf gerichtet sind, das Ergebnis des formbedürftigen Rechtsgeschäftes mittelbar zu erzwingen (MünchKomm/Förschler § 125 Rz. 10).

### Beispiele:

- 1) Ist über den Abschluss eines formbedürftigen Rechtsgeschäftes ein **Vorvertrag** geschlossen worden, so ist auch der Vorvertrag formbedürftig, um nicht den Formzwang des Hauptgeschäfts durch einen formlosen, aber bindenden Vorvertrag unterlaufen zu können.
  - 2) Hat sich ein Gesellschafter bei Abschluss des **Gesellschaftsvertrags** verpflichtet, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen, so muss der Gesellschaftsvertrag in der Form des § 311 b I geschlossen werden.
  - 3) Hat ein Grundstückseigentümer einen Makler beauftragt, sein Grundstück zu verkaufen, so muss der **Maklervertrag** in der Form des § 311 b I geschlossen werden, wenn sich der Eigentümer verpflichtet hatte, zur Vermeidung einer hohen Vertragsstrafe jeden Interessenten als Käufer zu akzeptieren (BGH NJW 1990, 390, 391; 1970, 1915). Die Vereinbarung von Aufwendungsersatz in angemessener Form ist jedoch formlos möglich.
  - 4) Hat sich der Beauftragte bindend verpflichtet, für den Auftraggeber ein Grundstück zu erwerben, so muss der **Auftragsvertrag** in der Form des § 311 b I geschlossen werden (BGH NJW 1981, 1267, 1268). Die Verpflichtung des Beauftragten, das erworbene Grundstück an den Auftraggeber weiterzuübertragen, ist nicht gemäß § 311 b I formbedürftig, weil diese Herausgabepflicht gemäß § 667 kraft Gesetzes besteht und gesetzliche Übereignungspflichten nicht von § 311 b I erfasst werden (BGH NJW 1981, 1267, 1268). Etwas anderes gilt, wenn sich der Auftraggeber bei einer bedingten Erwerbspflicht des Beauftragten rechtsgeschäftlich bindend verpflichtet hatte, dem Beauftragten das erworbene Grundstück abzukaufen. Diese Erwerbsverpflichtung des Auftraggebers bedarf der Form des § 311 b I (BGHZ 85, 245, 251).
- 2) Die **Anfechtung** eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts ist formlos möglich.
  - 3) Die **Änderung** einer formbedürftigen Vereinbarung bedarf derselben Form, wenn das Formerfordernis den Interessen beider Parteien dient und an den Grundfesten des Vertrags rüttelt, also die Verpflichtung zu Leistung oder Gegenleistung betrifft.

Schützt das Formerfordernis nur die Partei, deren Erklärung formbedürftig ist, muss eine Änderung des Vertragsinhalts die entsprechende Form einhalten, wenn die Änderung die Verpflichtung erweitert. Wird die Verpflichtung vermindert, eingeschränkt oder aufgehoben, ist die Änderung formlos möglich, da diese Änderung vom Schutzzweck der Formvorschrift nicht erfasst wird.

- 4) Die **Aufhebung** eines formbedürftigen Geschäfts ist formlos möglich. Sie muss nur dann in der Form des aufzuhebenden Geschäfts erfolgen, wenn aus der Änderung heraus die Gegenseite eine Verpflichtung eingeht, die formwirksam begründet werden muss.

**Beispiel:** Ist ein Grundstückskaufvertrag bereits notariell beurkundet worden, so kann der Kaufvertrag solange formlos aufgehoben werden, bis der Erwerber durch Eintragung im Grundbuch Eigentümer geworden ist. Ist er bereits Eigentümer, so verpflichtet er sich durch die Aufhebung des Kaufvertrags, das bereits erworbene Eigentum zurückzuübertragen, wobei eine Verpflichtung zur (Rück)Übereignung eines Grundstücks in der Form des § 311 b I erfolgen muss.

Der BGH ist in NJW 1982, 1639 noch einen Schritt weitergegangen: Danach soll die Aufhebung eines Grundstückskaufvertrags nur noch in der Form des § 311 b I möglich sein, wenn der Erwerber (z.B. nach Eintragung einer Vormerkung) bereits ein Anwartschaftsrecht erworben hat.

#### IV. Die Rechtsfolgen bei Verstoß gegen eine gesetzlich vorgeschriebene Form

##### 1) Der Grundsatz der Formnichtigkeit gemäß § 125, 1

**Gemäß § 125, 1 ist ein Rechtsgeschäft, das eine gesetzlich vorgeschriebene Form nicht einhält, nichtig.** Diese Nichtigkeitsfolge tritt ein, auch ohne dass sich einer der an diesem Geschäft Beteiligten auf den Formmangel beruft. Auch eine **Bestätigung i.S.d. § 141** kommt nicht in Betracht, doch kann in der gewollten Bestätigung eine Neuvernahme des Geschäfts gesehen werden, die aber ebenfalls nur wirksam ist, wenn sie die vorgeschriebene Form einhält.

Zwar wirkt auch die formwirksame Bestätigung nicht zurück, doch gilt in derartigen Fällen § 141 II: Die Parteien sind im Zweifel verpflichtet, einander so zu stellen, wie beide bei anfänglicher Wirksamkeit des Geschäfts stünden.

Sind bereits Leistungen ausgetauscht worden, ohne dass dadurch der Formmangel geheilt wurde (dazu unten 3.), so erfolgt eine Rückabwicklung über die §§ 812 ff.

**Beispiel:** Der Käufer eines Grundstücks hatte einen Teil des Kaufpreises bereits bezahlt.

**AL-Klausurtyp:** Bei der Rückabwicklung ist aber gerade beim fehlgeschlagenen Grundstückskauf innerhalb des Bereicherungsrechts die Verteilung des „*Entreicherungsrisikos*“ zu beachten. Es dürfen im Hinblick auf den Wegfall der Bereicherung i.S.d. § 818 III nicht *alle* Kosten bereicherungsmindernd abgezogen werden, die dem Konditionsschuldner entstanden sind; es muss vielmehr geprüft werden, ob die Kosten nicht im alleinigen Interesse des Konditionsschuldners entstanden sind, so dass er allein das Risiko trägt, dass sich diese Kosten als nutzlos erweisen. Ist dies der Fall, so darf er sich diesbezüglich nicht auf § 818 III berufen.

**Beispiel** nach BGH NJW 1992, 1037: Eine Vormerkung wird im alleinigen Interesse des Grundstückskäufers eingetragen, so dass der Käufer bei einem formnichtigen Grundstückskauf bezgl. der Kosten der Vormerkung das „*Entreicherungsrisiko*“ trägt (vgl. dazu ausführlich Langel, Schuldrecht BT 3 § 20 II 2 c).

##### 2) Gesetzliche Ausnahmetatbestände

In gesetzlich geregelten Ausnahmetatbeständen macht das Gesetz von der Regel des § 125, 1 eine Ausnahme, weil es den Schwächeren der beiden vor den Folgen der Nichtigkeit bewahren will.

- a) **§ 550, 1:** Ein Mietvertrag, der für länger als ein Jahr geschlossen wird, muss schriftlich geschlossen werden, damit der Beweis über den Vertragsinhalt gesichert wird. Dies ist insbesondere in den Fällen von Bedeutung, in denen ein vermietetes Grundstück veräußert wird und der



Erwerber gemäß § 566 I kraft Gesetzes in den Mietvertrag eintritt. Wird diese Form nicht eingehalten, so ist der Mietvertrag aber nicht gemäß § 125, 1 nichtig, weil dies für den Mieter ein untragbares Ergebnis wäre. § 550, 1 ordnet daher an, dass der Mietvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gilt, wobei die Kündigung aber nicht vor Ablauf eines Jahres zulässig ist.

- b) **§ 494 II:** Verbraucherdarlehensverträge müssen gemäß § 492 I 5 Nr. 5 u.a. den Zinssatz enthalten, zu dem sie abgeschlossen sind. Der Vertrag ist gemäß § 494 I nichtig, wenn diese Angabe fehlt. Dennoch wird der Kreditvertrag gemäß § 494 II wirksam, wenn der Verbraucher das Darlehen erhält oder den Kredit in Anspruch nimmt. Der vereinbarte, aber nicht schriftlich festgelegte Zins ermäßigt sich gemäß § 494 II 2 auf den gesetzlichen Zinssatz. Dadurch wird dem Kreditnehmer ermöglicht, die Sache bzw. das Geld zunächst zu möglichst günstigen Konditionen zu behalten und die vereinbarte Summe zudem (im Gegensatz zur Rückabwicklung über die §§ 812 ff.) in Raten zurückzuzahlen.

### 3) Die Heilung des Formmangels

- a) In bestimmten Fällen sieht das Gesetz vor, dass der Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form mit einer ex nunc – Wirkung geheilt wird (BGHZ 54, 56, 63), wenn die vermeintlich geschuldete Leistung erbracht wird. Dies gilt auch dann, wenn die Parteien den Formmangel nicht kannten und sich irrig zur Leistung verpflichtet fühlten, setzt allerdings voraus, dass beide Vertragsparteien zur Zeit des heilenden Ereignisses den Vertrag noch erfüllen wollen (BGH NJW 1994, 586, 588). Aufgrund der Heilung stellt jetzt das nunmehr wirksame Geschäft einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung dar, so dass der Leistende das Geleistete nicht nach § 812 I 1, 1. Alt. zurückfordern kann.
- b) Die Heilung des Formmangels wirkt zwar nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, doch gilt § 141 II analog: Beide Parteien müssen einander so stellen, wie sie bei anfänglicher Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts stünden (BGHZ 32, 11, 13; 54, 56, 63; Palandt/Heinrichs § 125 Rz. 11; MünchKomm/Förschler § 125 Rz. 26 m.w.N.).
- c) Die Heilung betrifft aber nur den Formmangel. Ist das Rechtsgeschäft aus anderen Gründen nichtig (z.B.: §§ 108 I, 134, 138 I), kann auch das Bewirken der Leistung nichts an der Nichtigkeit ändern.
- d) Eine Heilung des Formmangels sieht das Gesetz in folgenden Fällen vor:
- aa) **§ 311 b I 2:** Ein unter Verstoß gegen § 311 b I 1 geschlossener Kaufvertrag wird gemäß § 311 b I 2 wirksam, wenn Auflassung und Eintragung ins Grundbuch erfolgen.
- bb) **§ 518 II:** Der Formmangel der Schenkung wird durch Bewirken der versprochenen Leistung geheilt.
- cc) **§ 766, 3:** Zahlt der Bürge an den Gläubiger, so wird der Formmangel der Bürgschaft geheilt.
- dd) **§ 2301 II:** Vollzieht bei der Schenkung auf den Todesfall der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes, so finden die Vorschriften über die Schenkung unter Lebenden und damit § 518 II Anwendung. Denken Sie innerhalb des Erbrechts daran, dass im Rahmen des § 2301 II der *Schenker* die Schenkung vollziehen muss. Eine Vollziehung durch seine Erben nach seinem Tod kann den Formmangel nicht heilen! (Lesen Sie dazu bitte Langers, Erbrecht § 12 I 2.)

#### 4) Problemfälle

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form unerlässlich. Dies gilt umso mehr, als § 125, 1 zwingendes Recht ist und seinem Wortlaut nach keine Ausnahme zulässt. Sieht das Gesetz zur Regel des § 125, 1 auch an anderen Stellen keine Ausnahme vor, so scheint es bei der Nichtigkeit als zwingender Rechtsfolge des Formverstößes zu bleiben. Dennoch muss man in Fällen, in denen die Nichtigkeit als Rechtsfolge problematisch erscheint, anhand gesetzlicher Wertungen ermitteln, ob der Formverstoß wirklich zur Nichtigkeit führen soll. Dabei lassen sich **3 Fallgruppen** unterscheiden, **wobei wir in jedem Fall anhand gesetzlicher Wertungen und der Umstände, unter denen der Formfehler entstanden ist, ermitteln müssen, ob die Nichtigkeit ein tragbares Ergebnis ist.**

##### a) Beide Parteien kannten das Formerfordernis, das aber dennoch nicht beachtet wurde.

**Fall** nach RGZ 117, 121 („Edelmannfall“): Großgrundbesitzer Wilhelm Brause verspricht dem Knecht Bullmann als Belohnung für seine Dienste die schenkweise Übereignung eines Grundstücks. Bullmann weist zaghaft darauf hin, dass das Schenkungsversprechen der notariellen Beurkundung bedarf; Wilhelm erwidert, dass er ein Edelmann sei und daher sein Wort genügen müsse. Später weigert sich Wilhelm, die Schenkung zu vollziehen.

In derartigen Fällen wird die gesetzlich vorgeschriebene Form aus 2 Gründen nicht eingehalten: Entweder vertrauen sich die Parteien dahingehend, dass sie auf die Einhaltung der Form übereinstimmend verzichten oder die eine Partei hat die andere Partei nicht zur Einhaltung der Form bewegen können (so im Edelmannfall).

aa) Halten die Parteien eine gesetzlich vorgeschriebene Form bewusst nicht ein, ist das Rechtsgeschäft ohne Ausnahme nichtig, da die Nichtigkeit des § 125, 1 hier kein untragbares Ergebnis darstellt. Auch der Beschenkte wusste, dass er die Erfüllung nicht erzwingen konnte, da ihm der Abschluss eines wirksamen Vertrags gegen den Willen des anderen nicht gelungen war. Bullmann ist hier nicht schutzwürdig, da er sich bewusst auf eine derart unsichere Rechtsposition eingelassen hat (BGH WM 1963, 407, 409; Palandt/Heinrichs § 125 Rz. 19; MünchKomm/Förschler § 125 Rz. 60). Bei dieser Nichtigkeit bleibt es auch dann, wenn Wilhelm den Vertrag von vornherein nicht erfüllen wollte und insofern arglistig gehandelt hat.

bb) Dem „Beschenkten“ kann jedoch im „Edelmannfall“ durch einen Anspruch aus § 612 auf Zahlung der üblichen Vergütung sowie durch einen Schadensersatzanspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens gemäß den §§ 823 II, 263 StGB; 826 BGB geholfen werden. Sowohl der Betrug als Schutzgesetz als auch die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des § 826 setzen aber voraus, dass der „Schenker“ das Grundstück von Anfang an nicht übereignen wollte.

##### b) Eine Partei hat die andere Partei arglistig über die Formbedürftigkeit getäuscht.

aa) In derartigen Fällen stehen dem Getäuschten zwar **Schadensersatzansprüche auf Ersatz des Vertrauensschadens** aus culpa in contrahendo gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 und gemäß den §§ 823 II, 263 StGB; 826 zu, doch wird der Getäuschte hier über § 249 I nur so gestellt, wie er ohne die Täuschung stünde, also so, als ob von diesem Vertrag niemals die Rede gewesen wäre. Dies ersetzt dem Getäuschten zwar seine nutzlosen Aufwendungen und die Mehraufwendungen, die er jetzt für den Erwerb einer vergleichbaren Sache nach einer etwaigen Preissteigerung bezahlen muss, doch gewähren ihm diese Schadensersatzansprüche keinen Erfüllungsanspruch.

bb) Der Getäuschte kann aber stattdessen über **§ 242 Erfüllung trotz der Formnichtigkeit** des Vertrags verlangen, weil sich der andere auf die durch seine Täuschung verursachte Form-

nichtigkeit nicht berufen darf (BGHZ 35, 272, 279). **Der Getäuschte hat also das Recht, zwischen Ersatz des Vertrauensschadens und Erfüllung des Vertrags Zug um Zug gegen die vereinbarte Gegenleistung zu wählen.**

**c) Beide Parteien kannten die Formbedürftigkeit nicht.**

**aa) Beide Parteien handelten schuldlos.**

- (1) Trifft weder die eine Partei noch die andere im Hinblick auf den Formverstoß ein Vorwurf, so bleibt es bei der Nichtigkeit des Vertrags (BGH NJW 1987, 948); dies gilt auch dann, wenn eine Partei die Nichteinhaltung der Form durch eine irrige Vorstellung schuldlos veranlasst hat (BGH NJW 1977, 2072). Schadensersatzansprüche auf Ersatz des Vertrauensschadens scheitern am fehlenden Verschulden.
- (2) Eine Ausnahme will der BGH nur in den Fällen machen, in denen sich entweder eine Partei durch das Berufen auf die Formnichtigkeit in hohem Maße widersprüchlich verhalten würde (zB, weil sie den Vertrag über einen längeren Zeitraum als wirksam behandelt und auch bereits erhebliche Vorteile daraus gezogen hat; BGHZ 138, 339, 348) oder wenn bei der Nichtigkeit des Vertrags die wirtschaftliche Existenz einer Partei gefährdet ist; in derartigen Fällen darf sich die Gegenseite nach Treu und Glauben nicht auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen (BGHZ 48, 396, 398). Dabei legt der BGH die Maßlatte aber sehr hoch:

- (a) **Zunächst muss ein Vertrag mit hinreichend klarem Inhalt geschlossen worden sein.** Hat die eine Seite den Vertragsschluss nur beiläufig zugesagt, so liegt in der Berufung auf die Formnichtigkeit keine unzulässige Rechtsausübung.
- (b) Ein wirtschaftlich hartes Ergebnis für den von der Nichtigkeit Betroffenen genügt nicht; es muss schlechthin **untragbar** sein (BGHZ 138, 339, 348 mwN). Können die Rückabwicklungsansprüche der §§ 812 ff. die wirtschaftliche Existenzgefährdung abwenden, kann Erfüllung nicht verlangt werden.

**bb) Eine Partei hat die Formbedürftigkeit des Geschäfts fahrlässig verkannt.**

Hier kommen Schadensersatzansprüche aus c.i.c. gemäß den §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 auf Ersatz des Vertrauensschadens in Betracht, wenn die schuldhaft handelnde Partei ihre vorvertragliche Sorgfalts- und Aufklärungspflicht dadurch verletzt hat, dass sie nicht auf die Formbedürftigkeit des Geschäfts hingewiesen hat. Eine derartige Schadensersatzpflicht muss aber auf Ausnahmefälle begrenzt werden, da grundsätzlich jede Partei für sich selbst verantwortlich ist, so dass sich auch der Geschädigte um die Formbedürftigkeit hätte kümmern müssen (dazu unten 2 c).

**(1) Eine c.i.c.-Haftung kommt in 2 Fallgruppen in Betracht:**

- (a) Eine Partei hat auf Nachfrage der anderen Partei über die Formbedürftigkeit schuldhaft falsche Angaben gemacht (BGH NJW 1965, 812, 813; Staudinger/Dilcher § 125 Rz. 137).
- (b) Eine Partei hat aufgrund besonderer Sachkunde Vertrauen für sich in Anspruch genommen, so dass der andere keinen Anlass sah, sich selbständig nach der Formbedürftigkeit zu erkundigen ("Sie müssen es ja wissen.").  
**Beispiel:** Ein gemeinnütziges Wohnungsbauunternehmen ruft in rechtsunkundigen Kaufinteressenten den Eindruck hervor, durch selbst entworfene Vertragsformulare wirksame Kaufverträge schließen zu können.

## (2) Der Umfang der c.i.c.-Haftung

(a) **Nach einer Ansicht (MünchKomm/Förschler § 125 Rz. 47 m.w.N.) soll der Umfang der Schadensersatzpflicht davon abhängen, ob der Vertrag in Kenntnis der Formbedürftigkeit geschlossen worden wäre oder nicht.**

(aa) **Wäre der Vertrag in Kenntnis der Formbedürftigkeit nicht geschlossen worden, so ersetzt die c.i.c. über § 249 I nur den Vertrauensschaden.** Der Geschädigte wird also in Geld so gestellt, wie er stünde, wenn von diesem Vertrag niemals die Rede gewesen wäre. Ersetzt werden z.B. nutzlose Aufwendungen wie Gutachterkosten, die in Erwartung der baldigen Erfüllung getätigt wurden, sowie Mehraufwendungen, die jetzt anfallen, weil ein vergleichbares Objekt infolge der Preissteigerung nur noch zu einem höheren Preis erhältlich ist. Der Schadensersatzanspruch wird aber auf das Erfüllungsinteresse summenmäßig beschränkt, da der Geschädigte nicht verlangen kann, besser gestellt zu werden, als er bei wirksamem Vertragsschluss stünde.

(bb) **Wäre der Vertrag in Kenntnis der Formbedürftigkeit wirksam geschlossen worden, so ersetzt die c.i.c. dem Geschädigten sein Erfüllungsinteresse.** Er wird also in Geld (!) so gestellt, wie er bei wirksamem Vertragsschluss stünde. Dabei darf das Erfüllungs*interesse* nicht mit einem Erfüllungs*anspruch* verwechselt werden: Erfüllung in Natur (= Übereignung des Grundstücks) kann der Geschädigte auch dann nicht verlangen, wenn der andere die Formbedürftigkeit schuldhaft übersehen hat; er wird ausschließlich in Geld so gestellt, wie er bei einem wirksamen Vertragsschluss stünde.

(b) **Nach anderer Ansicht (Flume § 15 III 4 c; Larenz Schuldrecht AT § 9 I 3) ersetzt die c.i.c. in derartigen Fällen nur den Vertrauensschaden,** da es sich bei dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung um einen Erfüllungsersatzanspruch handelt: Kann der Betroffene aber wegen der Nichtigkeit des Vertrags keine Erfüllung verlangen, so steht ihm auch kein Ersatzanspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu.

(c) Medicus (BR 185) meldet gegen die pauschale Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus c.i.c. selbst dann Bedenken an, wenn man den Schadensersatz auf den Vertrauensschaden begrenzt. Zum einen müsse der Vertrauensschaden nicht immer unterhalb des Erfüllungsinteresses liegen, zum anderen sei nicht einzusehen, warum eine Partei verpflichtet sei, für einen wirksamen Vertragsschluss zu sorgen. Es müsse daher im Einzelfall entschieden werden, ob der schuldhaft Handelnde dem anderen eine Beratung geschuldet habe und daher nicht schutzwürdig sei.

## V. Der Verstoß gegen eine vertraglich vereinbarte Form

1) Sieht das Gesetz für ein Rechtsgeschäft keine Form vor, so steht es den Parteien frei, in welcher Form sie die Vereinbarung schließen, so dass auch ein mündlich oder konkludent geschlossener Vertrag wirksam ist. Gerade bei besonders umfangreichen Verträgen oder Geschäften mit einer erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung werden die Parteien aber oftmals eine Schriftform vereinbaren, um unverbindliche Verhandlungen von bindenden Vereinbarungen abzugrenzen und um einen Streit über den Inhalt des Vertrags erst gar nicht aufkommen zu lassen.

2) Dabei können die Parteien auch darüber bestimmen, ob die Einhaltung der vereinbarten Form eine Wirksamkeitsvoraussetzung (= konstitutiv) sein soll, mit der das Geschäft steht und fällt, oder ob auch eine mündliche Vereinbarung wirksam sein soll, man sie zur Sicherheit aber (rein deklaratorisch) noch einmal schriftlich bestätigen will. Hier muss also durch Auslegung der Formvereinbarung ermittelt werden, welchen Zweck die Parteien mit der Einhaltung der Form erreichen wollten.

**Beispiel:** Soll aufgrund einer mietvertraglichen Vereinbarung eine Kündigung nur durch eingeschriebenen Brief zulässig sein, so soll durch die Form des Einschreibebriefs nur ein Streit darüber vermieden werden, ob und wann die Kündigung dem anderen zugegangen ist. Steht diese Frage außer Streit, so ist auch eine mündliche Kündigungserklärung wirksam, da die Vereinbarung der Form keine Wirksamkeitsvoraussetzung war (OLG Frankfurt NJW-RR-1999, 955; MünchKomm/Eisele § 130 Rz. 12).

3) Da das Formerfordernis nur auf einer vertraglichen Vereinbarung beruht, steht es den Parteien selbstverständlich frei, diese Formvereinbarung wieder rückgängig zu machen und auch eine mündliche Erklärung wieder wirksam werden zu lassen. Ein derartiger **Aufhebungsvertrag** muss seinerseits nicht schriftlich erfolgen, sondern kann ebenso wie die Formvereinbarung auch mündlich geschlossen werden (BGH WM 1974, 105).

4) Streitig sind dabei die Fälle, in denen die Parteien bei einer vom ursprünglichen Vertrag abweichenden Vereinbarung gar nicht mehr daran gedacht haben, dass nach der damaligen Vereinbarung eine Abweichung vom Vertrag schriftlich erfolgen muss und dass man zunächst dieses Schriftformerfordernis aufheben muss, um sich mündlich einigen zu können.

a) Nach einer Ansicht (BGH NJW 1993, 1063; 1975, 1653; 1965, 293; Flume § 15 III 2; Soergel/Hefermehl § 125 Rz. 33) genügt es, dass die Parteien die mündliche Erklärung als wirksam behandeln wollten: Eine Aufhebung der zuvor vereinbarten Schriftform ist also auch dann möglich, wenn den Parteien bei der mündlichen Vereinbarung gar nicht klar war, dass man das Schriftformerfordernis zunächst würde rückgängig machen müssen.

b) Nach anderer Ansicht (Larenz AT § 21 I 4 c; MünchKomm/Förschler § 125 Rz. 77; Staudinger/Dilcher § 125 Rz. 11, 12) sind die Parteien auch dort, wo die Form nur auf ihrer Vereinbarung beruht, an ihre eigene Vereinbarung gebunden und müssen sie zunächst aufheben, um sich wirksam mündlich einigen zu können. Dennoch ist es treuwidrig, sich auf die Unwirksamkeit der mündlichen Vertragsabweichung oder -aufhebung zu berufen, wenn die Parteien bei der mündlichen Vereinbarung die ursprünglich vereinbarte Schriftform vergessen haben und sie zur Zeit der mündlichen Abrede das Schriftformerfordernis sicher aufgehoben hätten.

Beide Ansichten liegen also nicht allzu weit auseinander, da bei einer mündlichen Vereinbarung wohl stets anzunehmen ist, dass die Parteien das Schriftformerfordernis aufgehoben hätten, wenn sie daran gedacht hätten. Ansonsten wäre die mündliche Vereinbarung ja auch sinnlos gewesen.

**Fazit:** Ist die Aufhebung der zuvor vertraglich vereinbarten Form auch dann möglich, wenn die Parteien gar nicht mehr an das Formerfordernis gedacht haben, dann bleibt von § 125, 2 und seiner Nichtigkeit als regelmäßiger Folge eines Formverstößes nichts mehr übrig. Entscheidend ist lediglich, dass die Parteien auch durch ihre mündliche Vereinbarung eine Rechtsfolge übereinstimmend herbeiführen wollten. Dies gilt auch dann, wenn durch AGB für Änderungen des Vertrags ausdrücklich Schriftform vorgesehen ist, da gemäß § 305 b die Individualabrede den AGB vorgeht (BGH NJW 1986, 3132).

Einseitig kann die vertragliche Formabrede jedoch nicht beseitigt werden.

**Beispiel:** Haben die Mietvertragsparteien für die Kündigung Schriftform vereinbart, so genügt es nicht, dass der Mieter dem Vermieter die Kündigung auf dessen Anrufbeantworter spricht. Die Kündigung ist nach der Auslegungsregel des § 125, 2 im Zweifel nichtig.