

# **BGB AT kompakt**

**Köhler**

8. Auflage 2025  
ISBN 978-3-406-83977-1  
C.H.BECK

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

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

## Kapitel 8. Form des Rechtsgeschäfts

### A. Allgemeines

Das BGB geht zur Erleichterung des Rechtsverkehrs vom **Grundsatz der Formfreiheit** des Rechtsgeschäfts aus. Rechtsgeschäfte, wie etwa ein Kaufvertrag oder eine Anfechtung, können grundsätzlich formlos, also auch mündlich oder durch konkludentes Handeln, wirksam vorgenommen werden. **227**

**Beispiel:** Der Kauf eines Autos kann mündlich wirksam vereinbart werden. Ebenso die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung.

Ausnahmsweise ist die Einhaltung einer bestimmten Form (Schriftform usw.) aber dann erforderlich, wenn dies gesetzlich vorgeschrieben (**gesetzliche Form**) oder vertraglich vereinbart (**„durch Rechtsgeschäft bestimmte Form“ = vereinbarte Form = gewillkürte Form**) ist. **228**

Alle gesetzlichen Formvorschriften haben zunächst einmal eine **Klarstellungs- und Beweisfunktion**. Die Einhaltung der Form stellt klar, ob und mit welchem Inhalt ein Rechtsgeschäft zustande gekommen ist, und ermöglicht einen entsprechenden Beweis. Sie haben darüber hinaus eine **Warnfunktion**. Der Erklärende soll vor den Risiken aus unüberlegten oder übereilten Erklärungen geschützt werden. **229**

**Beispiel:** Der Bürgschaftsvertrag (§ 765) bedarf zu seiner Wirksamkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen (§ 766). Damit soll zum einen sichergestellt werden, dass über die Abgabe und den Inhalt der Bürgschaftserklärung Klarheit besteht und ein späterer Streit vermieden wird. Zum anderen soll sichergestellt werden, dass jemand aus Leichtsinne oder Übereilung eine Haftung für eine fremde Schuld übernimmt, ohne sich über das damit verbundene Risiko im Klaren zu sein. Eine Ausnahme gilt für Kaufleute. Sie können sich auch formlos wirksam verbürgen (§ 350 HGB).

Soweit das Gesetz notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts vorschreibt (z.B. bei einem Kaufvertrag über ein Grundstück, § 311b I 1), kommt die **Beratungsfunktion** hinzu. Die Einschaltung eines Notars soll eine sachkundige Beratung und Belehrung sicherstellen. Schließlich kann eine Formvorschrift auch eine **Kontrollfunktion** haben, wenn sie eine wirksame behördliche Kontrolle gewährleisten soll. **230**

DIE FACHBUCHHANDLUNG

Entsprechendes gilt, wenn die Parteien die Einhaltung einer bestimmten Form vereinbart haben. Das empfiehlt sich bei Geschäften größeren Umfangs.

**Beispiel:** Ein Kaufvertrag über ein Auto kann zwar mündlich wirksam abgeschlossen werden. Jedoch empfiehlt sich eine schriftliche Vereinbarung allein schon deshalb, um eine sichere Grundlage zu haben und späteren Streit über das Zustandekommen und den Inhalt des Vertrages zu vermeiden.

## B. Arten der Form

### I. Schriftliche Form (§§ 126, 127)

- 231 Ist gesetzlich oder kraft Vereinbarung **schriftliche Form** vorgesehen, bedeutet dies, dass „die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift ... unterzeichnet werden muss“ (§§ 126 I, 127 I).

**Beispiel:** Im Falle der Bürgschaft muss also der Bürge die Bürgschaftserklärung (= Urkunde) eigenhändig unterschreiben.

- 232 Die Unterschrift muss **eigenhändig** erfolgen. Es genügt also nicht, dass etwa ein Faksimilestempel verwendet wird oder die Unterschrift in den Text hineinkopiert wird. Eigenhändigkeit bedeutet aber auch, dass die Unterschrift wirklich vom Aussteller der Urkunde geleistet wird.

**Beispiel:** Der todkranke A möchte noch ein Testament errichten. Da er kaum noch die Hand bewegen kann, bittet er seine Tochter T, ihm die Hand zu führen. Die Eigenhändigkeit bleibt gewahrt, solange der Schriftzug vom Willen des Erblassers abhängig bleibt. Es kommt also auf die Willensherrschaft des Ausstellers an. Das äußere Schriftbild ist nebensächlich.

- 233 § 126 I fordert dagegen nicht, dass die Unterschrift erst nach Fertigstellung des Textes erfolgt. Auch eine **Blankunterschrift** genügt daher der Schriftform. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob sich der Blankunterzeichner stets auch an dem Inhalt der von einem Dritten vervollständigten Urkunde festhalten lassen muss (s. Rn. 56).

### II. Elektronische Form (§§ 126a, 127 I, III)

- 234 Die **elektronische Signatur** ersetzt die eigenhändige Unterschrift, wenn die Schriftform gesetzlich (§ 126 I) vorgesehen ist. Dadurch wird der formgerechte Zugang bei der elektronischen Übermittlung ermöglicht. Die elektronische Form ist aber bei den wichtigsten schriftformgebunden Rechtsgeschäften ausgeschlossen und hat daher bis jetzt kaum praktische Bedeutung erlangt.

### III. Textform (§§ 126b, 127 I)

Die **Textform** ist für die Fälle vorgesehen, in denen es lediglich darum geht, dem Geschäftspartner den schriftlichen Text der Erklärung zur Verfügung zu stellen. **235**

**Beispiel:** Textform ist vorgesehen bei der Übermittlung des Musters für die Widerrufsbelehrung bei Fernabsatzverträgen (Art. 246a § 2 II 2 EGBGB i.V. mit Anlage 1).

Zur Einhaltung dieser Form „muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt wird, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden“ (§ 126b S. 1). Der Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ ist in § 126b S. 2 definiert. Eine Erklärung kann demnach auch per E-Mail abgegeben werden, da sie auf dem Computer des Empfängers gespeichert wird und dort ausgedruckt werden kann.

### IV. Öffentliche Beglaubigung (§ 129)

Eine Verschärfung gegenüber der Schriftform bedeutet das Erfordernis der öffentlichen Beglaubigung (§ 129): Ist für eine Erklärung durch Gesetz öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung 1. in schriftlicher Form abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden oder 2. in elektronischer Form abgefasst und die qualifizierte elektronische Signatur des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden. **236**

**Beispiel:** Bei der Forderungsabtretung kann der neue Gläubiger auf seine Kosten vom alten Gläubiger die öffentliche Beglaubigung der Abtretung gem. § 129 I verlangen (§ 403).

Die öffentliche Beglaubigung dient dem Nachweis der Identität des Unterzeichners und begründet vollen Beweis der Unterschrift und des Zeitpunkts der Beglaubigung (§ 418 ZPO), nicht dagegen der Abgabe und des Inhalts der Erklärung.

**Beispiel:** Die öffentliche Beglaubigung der Forderungsabtretung ist kein Beweis dafür, dass die Abtretung tatsächlich erfolgt ist.

Die öffentliche Beglaubigung wird nach § 129 III aber durch die notarielle Beurkundung ersetzt.

### V. Notarielle Beurkundung (§ 128)

Für bestimmte Rechtsgeschäfte, wie z.B. den Grundstückskauf (§ 311b I 1), die Auflassung (§ 873 II), den Ehevertrag (§ 1410) und den Erbvertrag (§ 2276), schreibt das Gesetz **notarielle Beurkundung** vor. Danach genügt es nach § 128, wenn zunächst der Antrag und **237**

sodann die Annahme des Antrags von einem Notar beurkundet wird. Wie das zu geschehen hat, ist im **Beurkundungsgesetz** geregelt.

Die prozessuale Bedeutung der notariellen Beurkundung liegt in ihrer Beweiskraft. Nach § 415 I ZPO begründet die Urkunde vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs. Es wird also bewiesen, dass die Erklärung nach Inhalt und Begleitumständen (Zeit und Ort) abgegeben wurde. Ob die Erklärung inhaltlich richtig und wirksam ist, unterliegt dagegen der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 286 ZPO.

## VI. Qualifizierte Formerfordernisse

- 238 Teilweise bestehen qualifizierte Formerfordernisse. So hat die **Eheschließung** bei persönlicher Anwesenheit vor dem Standesbeamten zu erfolgen (§ 1310). Bei der **Auflassung** (§ 925) ist die gleichzeitige Anwesenheit der Beteiligten vor dem Notar nötig (wobei Vertretung möglich ist, da es sich um kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft handelt). Das **Testament** muss eigenhändig ge- und unterschrieben werden (§ 2247). Der **Verbraucherdarlehensvertrag** muss einen bestimmten Mindestinhalt aufweisen (§ 492).

## C. Nichteinhaltung gesetzlicher Formvorschriften

### I. Folgen des Formmangels

#### 1. Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts

- 239 Ein Rechtsgeschäft, bei dem die gesetzliche Form nicht eingehalten wurde, ist **nichtig** (§ 125 S. 1). Ist nur ein Teil des Rechtsgeschäfts wegen Formmangels nichtig, so ist regelmäßig der ganze Vertrag nichtig (§ 139). Der Zweck der Formvorschrift entscheidet dabei darüber, welche Abreden von ihr erfasst werden und welche nicht mehr.

**Beispiel:** Die für einen Grundstückskauf erforderliche notarielle Beurkundung nach § 311b I 1 hat Beweis-, Warn- und Beratungsfunktion. Es ist daher erforderlich, den ganzen Vertrag, also alle Vereinbarungen, aus denen sich das schuldrechtliche Rechtsgeschäft zusammensetzt, zu beurkunden. Haben also die Parteien es übersehen, eine Beschaffensvereinbarung (vgl. § 434 I 1) beurkunden zu lassen, ist nicht nur diese Vereinbarung, sondern der gesamte Kaufvertrag nichtig (§ 139).

beck-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

## 2. Rückabwicklung

Soweit bereits Leistungen zur Erfüllung eines nichtigen Vertrages erbracht wurden, sind sie – sofern der Formmangel nicht geheilt wird – nach § 812 I 1 zurückzugewähren. **240**

**Beispiel:** Wurde ein Grundstückskauf nicht notariell beurkundet, hat aber der Käufer den Kaufpreis bezahlt, so kann er diesen nach § 812 I 1 zurückverlangen.

## 3. Ersatz des Vertrauensschadens

Ein Anspruch auf Ersatz des **Vertrauensschadens** besteht, wenn der eine Teil schuldhaft den Formmangel verursacht hat und darin eine unerlaubte Handlung (z.B. §§ 823 II, 263 StGB; 826) oder ein Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 311 II, 280 I) liegt. **241**

## II. Heilung des Formmangels

Grundsätzlich ist **keine Heilung** eines Formfehlers möglich. Die **Ausnahmen** sind **ausdrücklich** geregelt und auf **Einzelfälle** beschränkt. Dazu gehören die §§ 311b I 2, 518 II, 766 S. 3 (Heilung durch Vertragserfüllung). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sich insoweit die Warnfunktion erledigt hat. **242**

**Beispiel:** Erfolgt bei einem formnichtigen Grundstückskauf (§§ 311b I 1, 125 S. 1) die Auflassung und Eintragung des Käufers im Grundbuch, so wird der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig (§ 311b I 2). Der Käufer kann also dann auch nicht mehr Rückforderung des zuvor gezahlten Kaufpreises verlangen.

Eine besondere Regelung gilt für das Schriftformerfordernis beim Verbraucherdarlehensvertrag (§§ 492, 494 I). Trotz des Formmangels ist der Vertrag mit einem für den Verbraucher günstigeren Inhalt wirksam, wenn er das Darlehen empfängt (§ 494 II).

## III. Unzulässige Berufung auf den Formmangel

**Ausnahmsweise** kann trotz Nichtigkeit des Vertrages ein **Erfüllungsanspruch** bestehen, wenn die Berufung auf den Formmangel gegen Treu und Glauben (§ 242) verstößt. Der Formmangel ist dann wegen unzulässiger Rechtsausübung unbeachtlich. Dies ist anzunehmen, wenn die Nichtigkeitsfolge nicht nur zu einem bloß harten, sondern zu einem **schlechthin untragbaren Ergebnis** führt (BGHZ 138, 339 (348)). **243**

DIE FACHBUCHHANDLUNG

- 244 Diese Voraussetzungen können in folgen Fällen vorliegen:
1. **Arglist**, d.h. wenn eine Partei die andere arglistig von der Wahrung der Form abhält, um sich später auf den Formmangel berufen zu können.
  2. **Existenzgefährdung**, d.h. wenn die Nichterfüllung oder Rückabwicklung eines Vertrages die Existenz einer Partei gefährden oder vernichten würde.
  3. **Schwere Treuepflichtverletzung**, d.h. wenn ein unerträglicher Widerspruch zum eigenen Vorverhalten vorliegt (venire contra factum proprium). Dabei müssen zusätzliche Umstände gegeben sein, die eine Beschränkung auf Ersatz des Vertrauensschadens als unzureichend erscheinen lassen.
- Die Unterscheidung zwischen „harten“ und „schlechthin untragbaren“ Ergebnissen ist im Einzelfall nicht leicht zu ziehen. Erforderlich ist eine Abwägung zwischen der Rechtssicherheit und der Billigkeit, wobei die Billigkeit deutlich überwiegen muss. Anhaltspunkte sind der **Formzweck**, der **Grad des Formfehlers**, das Bestehen einer besonderen **Fürsorgepflicht** für die andere Vertragspartei und die Erlangung von Vorteilen aus dem Vertrag für längere Zeit.
- 245 Typische Anwendungsfälle für den Einwand aus § 242 sind **Grundstückskaufverträge**. Bei **Verfügungsgeschäften** überwiegt dagegen das Erfordernis der Verkehrssicherheit, so dass die Form ohne Ausnahme eingehalten werden muss. Auch bei den Geschäften des **Familien-** und **Erbrechts** kommt eine Ausnahme vom Formzwang nicht in Betracht.

## D. Formvereinbarung

### I. Zulässigkeit und Inhalt einer Formvereinbarung

- 246 Es steht den Parteien frei, für ein formlos zulässiges Rechtsgeschäft eine bestimmte Form und die daran zu stellenden Anforderungen zu vereinbaren. Sie können beispielsweise vereinbaren, dass die Kündigung eines Vertrages nur durch eingeschriebenen Brief erfolgen kann. Nach § 127 I gelten im Zweifel die §§ 126, 126a und 126b auch für die vereinbarte Form. In § 127 II und III sind Erleichterungen der Einhaltung der Schriftform und der elektronischen Form vorgesehen.

### II. Formlose Aufhebung einer Formvereinbarung?

- 247 Haben die Parteien eine bestimmte Form, z.B. Schriftform vereinbart, so können sie diese Vereinbarung auf Grund des Grundsatzes der Vertragsfreiheit einvernehmlich auch wieder aufheben. Da insoweit der

Grundsatz der Formfreiheit gilt, kann eine solche Vereinbarung auch formlos, also z.B. mündlich, aufgehoben werden. Die Rspr. (BGH NJW 2006, 138 (139)) geht sogar so weit, eine nur mündliche vereinbarte Vertragsänderung entgegen der Auslegungsregel des § 125 S. 2 grundsätzlich als wirksam anzusehen. Denn darin liege konkludent eine gleichzeitige Aufhebung des vereinbarten Formzwangs. Dies soll sogar dann gelten, wenn die Parteien an den Formzwang nicht gedacht haben, es sei denn, dass die Parteien vereinbart haben, auf das Formerfordernis könne nur schriftlich verzichtet werden (sog. qualifizierte Schriftformklausel). Allerdings muss derjenige, der sich auf eine mündliche Vereinbarung beruft, sie im Streitfall auch beweisen. (Zu Schriftformklauseln in AGB vgl. Rn. 349).

### III. Folgen der Nichteinhaltung der vereinbarten Form

Wurde bei einem Rechtsgeschäft die vereinbarte Form nicht eingehalten, so ist es nach § 125 S. 2 – anders als bei der Nichteinhaltung der gesetzlichen Form – nur „**im Zweifel nichtig**“, also nur dann, wenn sich aus der Auslegung der Formvereinbarung nichts anderes ergibt. Für die Auslegung ist in erster Linie wiederum der **Zweck** der vereinbarten Form maßgebend. Zu fragen ist, ob die Form Wirksamkeitsvoraussetzung sein sollte oder nur Klarstellungsfunktion hatte. Im letzteren Fall besteht nur ein Anspruch auf Nachholung der Form (vgl. auch § 127 II 2, III 2). **248**

### Testfragen zum 8. Kapitel

Die Antworten finden Sie ab S. 162.

1. Warum muss ein Grundstückskauf von einem Notar beurkundet werden? **249**
2. Wenn die Parteien eine schriftliche Nebenabrede zu einem notariell beurkundeten Grundstückskauf getroffen haben, ist dann diese Nebenabrede wirksam oder unwirksam oder ist möglicherweise dann der ganze Grundstückskaufvertrag unwirksam?
3. Wie unterscheiden sich Schriftform, elektronische Form und Textform?
4. Kann ein wegen Formmangels nichtiger Vertrag später noch wirksam werden?
5. Wenn die Parteien in einem Vertrag Schriftform vereinbart haben, ist dann eine später mündlich erfolgte Vertragsänderung wirksam?

  
**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG