

STAUDINGER
BGB

§§ 125-129; BeurkG

Beurkundung

Sellier
de Gruyter

J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

Buch 1
Allgemeiner Teil
§§ 125–129; BeurkG
(Beurkundung)

Neubearbeitung 2012
von
Christian Hertel

Redaktor
Norbert Habermann



Sellier – de Gruyter · Berlin

Die Kommentatorinnen und Kommentatoren

Neubearbeitung 2012

§§ 125–127; Vorbem zu §§ 127a, 128 (BeurkG);
§§ 127a–129: CHRISTIAN HERTEL

Neubearbeitung 2004

§§ 125–127; Vorbem zu §§ 127a, 128 (BeurkG);
§§ 127a–129: CHRISTIAN HERTEL

12. Auflage

§§ 125–129; Professor Dr. HERMANN DILCHER
(1979)

BeurkG; Professor Dr. KARL FIRSCHING (1982)

Sachregister

Rechtsanwältin Dr. MARTINA SCHULZ,
Pohlheim

Zitierweise

STAUDINGER/HERTEL (2012) Vorbem 1 zu
§§ 127a, 128

STAUDINGER/HERTEL (2012) § 125 Rn 1

Zitiert wird nach Paragraph bzw Artikel
und Randnummer.

Hinweise

Das Abkürzungsverzeichnis befindet
sich auf www.staudingerbgb.de.

Der Stand der Bearbeitung ist jeweils
mit Monat und Jahr auf den linken Seiten
unten angegeben.

Am Ende eines jeden Bandes befindet
sich eine Übersicht über den aktuellen Stand
des „Gesamtwerk STAUDINGER“.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8059-1117-7

© Copyright 2012 by Dr. Arthur L. Sellier &
Co. – Walter de Gruyter GmbH & Co. KG,
Berlin. – Printed in Germany.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist
urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheber-
rechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Ver-
lages unzulässig und strafbar. Das gilt insbe-
sondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung
und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: fidus Publikations-Service, Nördlingen.

Druck: H. Heenemann GmbH & Co., Berlin.

Bindearbeiten: Buchbinderei Bruno Helm,
Berlin.

Umschlaggestaltung: Bib Wies, München.

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die DIN ISO 9706 über Haltbarkeit
erfüllt.

J. von Staudingers
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
Buch 1 · Allgemeiner Teil
§§ 125–129; BeurkG
(Beurkundung)

Kommentatorinnen und Kommentatoren

Dr. Karl-Dieter Albrecht
Vorsitzender Richter am Bayerischen
Verwaltungsgerichtshof, München

Dr. Christoph Althammer
Professor an der Universität Konstanz

Dr. Georg Annuß
Rechtsanwalt in München, Außerplan-
mäßiger Professor an der Universität
Regensburg

Dr. Christian Armbrüster
Professor an der Freien Universität Berlin,
Richter am Kammergericht

Dr. Martin Avenarius
Professor an der Universität zu Köln

Dr. Wolfgang Baumann
Notar in Wuppertal, Professor an
der Bergischen Universität Wuppertal

Dr. Winfried Bausback
Professor a. D. an der Bergischen
Universität Wuppertal, Mitglied des
Bayerischen Landtags

Dr. Roland Michael Beckmann
Professor an der Universität
des Saarlandes, Saarbrücken

Dr. Detlev W. Belling, M.C.L.
Professor an der Universität Potsdam

Dr. Andreas Bergmann
Professor an der Fernuniversität Hagen

Dr. Werner Bienwald
Professor an der Evangelischen
Fachhochschule Hannover, Rechtsanwalt
in Oldenburg

Dr. Claudia Bittner, LL.M.
Außerplanmäßige Professorin
an der Universität Freiburg i. Br.,
Richterin am Sozialgericht Frankfurt a. M.

Dr. Dieter Blumenwitz †
Professor an der Universität Würzburg

Dr. Reinhard Bork
Professor an der Universität Hamburg

Dr. Elmar Bund †
Professor an der Universität
Freiburg i. Br.

Dr. Jan Busche
Professor an der Universität Düsseldorf

Dr. Georg Caspers
Professor an der Universität
Erlangen-Nürnberg

Dr. Tiziana Chiusi
Professorin an der Universität
des Saarlandes, Saarbrücken

Dr. Michael Coester, LL.M.
Professor an der Universität München

**Dr. Dagmar Coester-Waltjen,
LL.M.**
Professorin an der Universität Göttingen,
Direktorin des Lichtenberg-Kollegs,
Göttingen

Dr. Heinrich Dörner
Professor an der Universität Münster

Dr. Christina Eberl-Borges
Professorin an der Universität Siegen

**Dr. Dr. h. c. Werner F. Ebke,
LL.M.**
Professor an der Universität Heidelberg

Dr. Volker Emmerich
Professor an der Universität Bayreuth,
Richter am Oberlandesgericht
Nürnberg a. D.

Dipl.-Kfm. Dr. Norbert Engel
Ministerialdirigent im Thüringer Landtag,
Erfurt

Dr. Helmut Engler
Professor an der Universität
Freiburg i. Br., Minister
in Baden-Württemberg a. D.

Dr. Cornelia Feldmann
Rechtsanwältin in Freiburg i. Br.

Dr. Karl-Heinz Fezer
Professor an der Universität Konstanz,
Honorarprofessor an der Universität
Leipzig, Richter am Oberlandesgericht
Stuttgart

Dr. Philipp S. Fischinger, LL.M.
Akad. Rat a. Z. an der Universität
Regensburg

Dr. Johann Frank
Notar in Amberg

Dr. Rainer Frank
Professor an der Universität
Freiburg i. Br.

**Dr. Robert Freitag,
Maître en droit**
Professor an der Universität Erlangen-
Nürnberg

Dr. Bernhard Großfeld, LL.M.
Professor an der Universität Münster

Dr. Beate Gsell
Professorin an der Universität München

Dr. Karl-Heinz Gursky
Professor an der Universität Osnabrück

Dr. Martin Gutzeit
Professor an der Universität Gießen

Dr. Ulrich Haas
Professor an der Universität Zürich

Norbert Habermann
Weiterer aufsichtsführender Richter
bei dem Amtsgericht Offenbach

Dr. Stefan Habermeier
Professor an der Universität Greifswald

Dr. Martin Häublein
Professor an der Universität Innsbruck

Dr. Johannes Hager
Professor an der Universität München

Dr. Rainer Hausmann
Professor an der Universität Konstanz

Dr. Jan von Hein
Professor an der Universität Trier

Dr. Tobias Helms
Professor an der Universität Marburg

Dr. Dr. h. c. mult. Dieter Henrich
Professor an der Universität Regensburg

Dr. Reinhard Hepting
Professor an der Universität Mainz

Christian Hertel, LL.M.
Notar in Weilheim i. OB.

Dr. Stephanie Herzog
Rechtsanwältin in Würselen

Joseph Höhle
Notar in Tittmoning

Dr. Bernd von Hoffmann
Professor an der Universität Trier

Dr. Heinrich Honsell
Professor an der Universität Zürich,
Honorarprofessor an der Universität
Salzburg

Dr. Norbert Horn
Professor an der Universität zu Köln,
Vorstand des Arbitration Documentation
and Information Center e.V., Köln

Dr. Peter Huber, LL.M.
Professor an der Universität Mainz

Dr. Rainer Hüttemann
Professor an der Universität Bonn

Dr. Florian Jacoby
Professor an der Universität Bielefeld

Dr. Rainer Jagmann
Vorsitzender Richter am Oberlandes-
gericht Karlsruhe

Dr. Ulrich von Jeinsen
Rechtsanwalt und Notar in Hannover,
Honorarprofessor an der Universität
Hannover

Dr. Joachim Jickeli
Professor an der Universität zu Kiel

Dr. Dagmar Kaiser
Professorin an der Universität Mainz

Dr. Bernd Kannowski
Professor an der Universität Freiburg i. Br.

Dr. Rainer Kanzleiter
Notar in Neu-Ulm, Professor
an der Universität Augsburg

Dr. Sibylle Kessal-Wulf
Vorsitzende Richterin am Bundesgerichts-
hof, Karlsruhe

Dr. Fabian Klinck
Professor an der Universität Bochum

Dr. Frank Klinkhammer
Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Dr. Hans-Georg Knothe
Professor an der Universität Greifswald

Dr. Jürgen Kohler
Professor an der Universität Greifswald

Dr. Stefan Koos
Professor an der Universität
der Bundeswehr München

Dr. Heinrich Kreuzer
Notar in München

Dr. Hans-Dieter Kutter
Notar in Nürnberg

Dr. Gerd-Hinrich Langhein
Notar in Hamburg

Dr. Martin Löhnig
Professor an der Universität Regensburg

Dr. Dr. h. c. Manfred Löwisch
Professor an der Universität Freiburg i. Br.,
Rechtsanwalt in Stuttgart, vorm. Richter
am Oberlandesgericht Karlsruhe

Dr. Dirk Looschelders
Professor an der Universität Düsseldorf

Dr. Stephan Lorenz
Professor an der Universität München

Dr. Peter Mader
Professor an der Universität Salzburg

Dr. Ulrich Magnus
Professor an der Universität Hamburg,
Richter am Hanseatischen Oberlandes-
gericht zu Hamburg a. D.

Dr. Peter Mankowski
Professor an der Universität Hamburg

Dr. Heinz-Peter Mansel
Professor an der Universität zu Köln

Dr. Peter Marburger
Professor an der Universität Trier

Dr. Wolfgang Marotzke
Professor an der Universität Tübingen

Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Martinek, M.C.J.
Professor an der Universität
des Saarlandes, Saarbrücken, Honorar-
professor an der Universität Johannesburg,
Südafrika

**Dr. Annemarie Matusche-
Beckmann**
Professorin an der Universität
des Saarlandes, Saarbrücken

Dr. Jörg Mayer
Notar in Simbach am Inn

Dr. Dr. Detlef Merten
Professor an der Deutschen Hochschule
für Verwaltungswissenschaften Speyer

Dr. Rudolf Meyer-Pritzl
Professor an der Universität zu Kiel,
Richter am Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgericht in Schleswig

Dr. Peter O. Mülbert
Professor an der Universität Mainz

Dr. Dirk Neumann
Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts
a. D., Kassel, Präsident des Landes-
arbeitsgerichts Chemnitz a. D.

Dr. Ulrich Noack
Professor an der Universität Düsseldorf

Dr. Hans-Heinrich Nöll
Rechtsanwalt in Hamburg

Dr. Jürgen Oechsler
Professor an der Universität Mainz

Dr. Hartmut Oetker
Professor an der Universität zu Kiel,
Richter am Thüringer Oberlandesgericht
in Jena

Wolfgang Olshausen
Notar in Rain am Lech

Dr. Dirk Olzen
Professor an der Universität Düsseldorf

Dr. Sebastian Omlor, LL.M.
Akad. Rat an der Universität
des Saarlandes, Saarbrücken

Dr. Gerhard Otte
Professor an der Universität Bielefeld

Dr. Hansjörg Otto
Professor an der Universität Göttingen

Dr. Holger Peres
Rechtsanwalt in München

Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit
Rechtsanwältin in Berlin, Senatorin
für Justiz a. D. in Hamburg und Berlin,
Vorsitzende Richterin am Hanseatischen
Oberlandesgericht zu Hamburg i. R.

Dr. Frank Peters
Professor an der Universität Hamburg,
Richter am Hanseatischen Oberlandes-
gericht zu Hamburg a. D.

Dr. Axel Pfeifer
Notar in Hamburg

Dr. Jörg Pirrung
Richter am Gericht erster Instanz
der Europäischen Gemeinschaften i. R.,
Professor an der Universität Trier

Dr. Ulrich Preis
Professor an der Universität zu Köln

Dr. Manfred Rapp
Notar in Landsberg am Lech

Dr. Thomas Rauscher
Professor an der Universität Leipzig,
Dipl. Math.

Dr. Peter Rawert, LL.M.
Notar in Hamburg, Professor an der
Universität Kiel

Eckhard Rehme
Vorsitzender Richter am Oberlandes-
gericht Oldenburg

Dr. Wolfgang Reimann
Notar in Passau, Professor
an der Universität Regensburg

Dr. Tilman Reppen
Professor an der Universität Hamburg

Dr. Dieter Reuter
Professor an der Universität zu Kiel,
Richter am Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgericht in Schleswig a. D.

Dr. Reinhard Richardi
Professor an der Universität Regensburg,
Präsident des Kirchlichen Arbeitsgerichts-
hofs der Deutschen Bischofskonferenz,
Bonn

Dr. Volker Rieble
Professor an der Universität München,
Direktor des Zentrums für Arbeitsbezie-
hungen und Arbeitsrecht

Dr. Anne Röthel
Professorin an der Bucerius Law School,
Hamburg

Dr. Christian Rolfs
Professor an der Universität zu Köln

Dr. Herbert Roth
Professor an der Universität Regensburg

Dr. Rolf Sack
Professor an der Universität Mannheim

Dr. Ludwig Salgo
Professor an der Fachhochschule Frankfurt
a. M., Apl. Professor an der Universität
Frankfurt a. M.

Dr. Renate Schaub, LL.M.
Professorin an der Universität Bochum

Dr. Martin Josef Schermaier
Professor an der Universität Bonn

Dr. Gottfried Schiemann
Professor an der Universität Tübingen

Dr. Eberhard Schilken
Professor an der Universität Bonn

Dr. Peter Schlosser
Professor an der Universität München

Dr. Dr. h. c. mult. Karsten
Schmidt
Vizepräsident der Bucerius Law School,
Hamburg

Dr. Martin Schmidt-Kessel
Professor an der Universität Bayreuth

Dr. Günther Schotten
Notar in Köln, Professor
an der Universität Bielefeld

Dr. Robert Schumacher, LL.M.
Notar in Köln

Dr. Roland Schwarze
Professor an der Universität Hannover

Dr. Maximilian Seibl
Wiss. Mitarbeiter an der Universität
Göttingen

Dr. Hans Hermann Seiler
Professor an der Universität Hamburg

Dr. Reinhard Singer
Professor an der Humboldt-Universität
Berlin, vorm. Richter am Oberlandes-
gericht Rostock

Dr. Dr. h. c. Ulrich Spellenberg
Professor an der Universität Bayreuth

Dr. Sebastian Spiegelberger
Notar in Rosenheim

Dr. Ansgar Staudinger
Professor an der Universität Bielefeld

Dr. Malte Stieper
Professor an der Universität
Halle-Wittenberg

Dr. Markus Stoffels
Professor an der Universität Osnabrück

Dr. Hans-Wolfgang Strätz
Professor an der Universität Konstanz

Dr. Dr. h. c. Fritz Sturm
Professor an der Universität Lausanne

Dr. Gudrun Sturm
Assessorin, Wiss. Mitarbeiterin

Burkhard Thiele
Präsident des Oberlandesgerichts Rostock

Dr. Karsten Thorn
Professor an der Bucerius Law School,
Hamburg

Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Professor an der Universität Bonn

Dr. Barbara Veit
Professorin an der Universität Göttingen

Dr. Bea Verschraegen, LL.M.
Professorin an der Universität Wien

Dr. Klaus Vieweg
Professor an der Universität Erlangen-
Nürnberg

Dr. Markus Voltz
Notar in Lahr

Dr. Reinhard Voppel
Rechtsanwalt in Köln

Dr. Günter Weick
Professor an der Universität Gießen

Gerd Weinreich
Vorsitzender Richter am Oberlandes-
gericht Oldenburg

Dr. Birgit Weitemeyer
Professorin an der Bucerius Law School,
Hamburg

Dr. Olaf Werner
Professor an der Universität Jena, Richter
am Thüringer Oberlandesgericht Jena a. D.

Dr. Daniel Wiegand, LL.M.
Rechtsanwalt in München

Dr. Wolfgang Wiegand
Professor an der Universität Bern

Dr. Susanne Wimmer-
Leonhardt
Bürgermeisterin der Stadt Kaiserslautern,
Privatdozentin an der Universität
des Saarlandes

Dr. Peter Winkler von
Mohrenfels
Professor an der Universität Rostock a. D.,
Richter am Oberlandesgericht Rostock
a. D., Rechtsanwalt in Rostock

Dr. Hans Wolfsteiner
Notar a. D., Rechtsanwalt in München

Heinz Wöstmann
Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Dr. Michael Wurm
Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Redaktorinnen und Redaktoren

Dr. Christian Baldus

Dr. Dr. h. c. mult. Christian
von Bar, FfA

Dr. Michael Coester, LL.M.

Dr. Heinrich Dörner

Dr. Helmut Engler

Dr. Karl-Heinz Gursky

Norbert Habermann

Dr. Johannes Hager

Dr. Dr. h. c. mult. Dieter
Henrich

Dr. Bernd von Hoffmann

Dr. Dr. h. c. Manfred Löwisch

Dr. Ulrich Magnus

Dr. Peter Mankowski

Dr. Peter Marburger

Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Michael
Martinek, M.C.J.

Dr. Jörg Mayer

Dr. Gerhard Otte

Dr. Lore Maria Peschel-
Gutzeit

Dr. Manfred Rapp

Dr. Peter Rawert, LL.M.

Dr. Dieter Reuter

Dr. Volker Rieble

Dr. Herbert Roth

Dr. Wolfgang Wiegand

Vorwort

Der vorliegende Band fasst die Kommentierung der Formvorschriften des Allgemeinen Teils des BGB (§§ 125–129) und des notariellen Beurkundungsverfahrens (§§ 1–54, 63 BeurkG) zusammen. Dies entspricht dem Ziel, sachlich in sich abgeschlossene Rechtsgebiete als eigenständige Kommentarbände zu editieren, wie es der Verlag und die Redaktoren des Staudinger seit einigen Jahren verstärkt verfolgen.

„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit“ – dieses große Wort RUDOLF VON IHERINGS mag beim ersten Hören befremdlich klingen. Doch dient jede Formvorschrift einem besonderen Schutzzweck – behütet der Formzwang durch seine Warn-, Belehrungs- und Beweisfunktion die Vertragsfreiheit, indem er eben nicht gleich an jede unbedachte Äußerung bindet. Daher behandelt die Kommentierung insbesondere auch Schutzzweck und -wirkung der verschiedenen Formvorschriften.

Der Kommentar versucht, einen zusammenfassenden Überblick über die verschiedenen, über das BGB und andere (vor allem privatrechtliche) Gesetze verteilten Formvorschriften zu geben. Mit dieser Gesamtschau will er den Formzweck und -wirkung, aber auch die Tatbestandsauslegung der einzelnen Formvorschriften besser verständlich machen. Denn so sehr jede einzelne Formvorschrift auf einer speziellen Entscheidung des Gesetzgebers beruht, erschließen sich doch erst in der Gesamtschau die Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers.

Auch einen rechtsvergleichenden Überblick wagt der Bearbeiter bei den Beurkundungserfordernissen. Hier zeigt sich, dass die verschiedenen nationalen Gesetzgeber – wenn denn in der betreffenden Rechtsordnung einmal die Entscheidung für ein (lateinisches oder kontinentales) Notariat gefallen ist – häufig vergleichbare Rechtsgeschäfte einem Beurkundungserfordernis unterstellen (und auch das Beurkundungsverfahren vergleichbar regeln). Dies beruht weniger auf rechtshistorischen Traditionssträngen als auf Sachgesetzlichkeiten: Vergleichbare Sachprobleme führen zu ähnlichen gesetzgeberischen Wertungen.

Vorwort

Die höchste Form, die der notariellen Beurkundung, ist im BGB nicht allgemein geregelt. Sie ist gleichwohl in diesem Band kommentiert – und zwar an der Stelle, wo sie im BGB systematisch ihren Standort hätte, vor §§ 127a und 128, die jeweils spezielle Fragen der Beurkundung regeln. Bei der Beurkundung lassen sich materielle Rechtsfolge und verfahrensrechtliche Voraussetzungen nicht trennen. Die Voraussetzungen für eine wirksame Beurkundung von Willenserklärungen und das dabei zu beachtende Verfahren regelt das Beurkundungsgesetz, dessen Vorschriften über das Beurkundungsverfahren (§§ 1–54, 63) daher ebenfalls vor §§ 127a/128 kommentiert sind.

Autor und Redaktor hoffen, mit dieser Kommentierung der Rechtspraxis und -wissenschaft ein taugliches Hilfsmittel für alle Fragen der Form gegeben zu haben.

Offenbach am Main und Weilheim iOB im Oktober 2011

NORBERT HABERMANN

CHRISTIAN HERTEL

Inhaltsübersicht

	Seite*
Vorwort _____	IX
Buch 1 · Allgemeiner Teil	
Abschnitt 3 · Rechtsgeschäfte	
Titel 2 · Willenserklärung	
§§ 125–127 _____	1
Vorbem zu §§ 127a, 128 (BeurkG) _____	167
§§ 127a–129 _____	550
Sachregister _____	621

* Zitiert wird nicht nach Seiten, sondern nach Paragraph bzw Artikel und Randnummer; siehe dazu auch S VI.

§ 125

Nichtigkeit wegen Formmangels

Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.

Materialien: E I § 91 Abs 2; II § 104 Abs 2; III § 121; Mot I 178; Prot I 87; VI 130; JAKOBS/SCHUBERT, AT I, 645 ff.

Schrifttum

Spezielles Schrifttum zu den jeweiligen Formen ist bei den betreffenden Paragraphen angeführt, Schrifttum zu Beurkundungserfordernissen findet sich bei der Vorbem zu §§ 127a, 128 (BeurkG).

BATTES, Erfüllungsansprüche trotz beiderseits bewußten Formmangels?, JZ 1969, 683

BECK, Rechtsgeschäftliche Formen und abstrakte Rechtsgeschäfte im römischen und gemeinen Recht, in: CAROINI/HOFSTETTER (Hrsg), *Itinera iuris – Arbeiten zum römischen Recht und seinem Fortleben* (Bern 1980) 265
BERNHARD, Formbedürftige Rechtsgeschäfte (1979)

BOCKEMÜHL, Formbedürftige Willenserklärungen und Bezugnahmemöglichkeiten (Diss Köln 1969)

BÖHM, Das Abgehen von rechtsgeschäftlichen Formgeboten, AcP 179 (1979) 425

CAHN, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, 8

COING, Form und Billigkeit im modernen Privatrecht, DNotZ 1965, 29 (Sonderheft Deutscher Notartag)

DANZ, Die Auslegung der Formvorschriften in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, JW 1914, 665

EBEL, Recht und Form – Vom Stilwandel im deutschen Recht, *Recht und Staat* (1975) 449

DI FABIO, Form und Freiheit, DNotZ 2006, 342

GERNHUBER, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, in: FS Schmidt-Rimpler (1957) 151

HÄSEMAYER, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte – Objektive Ordnung und privatau-

tonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft (1970)

HÄSEMAYER, Die Bedeutung der Form im Privatrecht, JuS 1980, 1

HAGEN, Formzwang und Formzweck im Zivilprozeßrecht, JZ 1972, 505

HEISS, Formmängel und ihre Sanktionen. Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung (1999)

HELDRICH, Die Form des Vertrages, AcP 147 (1941) 89

VHIPPEL, Formalismus und Rechtsdogmatik (1935)

HOLZHAUER, Die eigenhändige Unterschrift – Geschichte und Dogmatik des Schriftform-erfordernisses im deutschen Recht (1973)

HOSEMANN, Von den Bedenken gegen das Testieren „im stillen Kämmerlein“ – Die Geschichte des eigenhändigen Testaments in Deutschland, dargestellt aus Anlass des 200. Geburtstags des Badischen Landrechts –, RNotZ 2010, 520

HUECK, Formvorschriften für die Änderung von Gesellschaftsverträgen, DB 1968, 1207

KAISER, Schadensersatz aus culpa in contrahendo bei Abbruch von Verhandlungen über formbedürftige Verträge, JZ 1997, 448

KAPP/KÜPPER, Schadensersatz aus culpa in contrahendo beim gescheiterten Abschluß eines formbedürftigen Vertrages, DB 1990, 2460 und DB 1991, 1265

KEIM, Keine Anwendung des § 139 bei Kenntnis der Parteien von der Teilnichtigkeit, NJW 1999, 2866

KLIEMT, Formerfordernisse im Arbeitsverhältnis (1995)

- KÖLBL, Die Bedeutung der Form im heutigen Recht, DNotZ 1983, 207
- ders, Falsa demonstratio non nocet? – Verstoß gegen den Formzwang?, DNotZ 1983, 598
- LORENZ, Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156 (1957) 381
- LORENZ, Rechtsfolgen formnichtiger Verträge, JuS 1966, 429
- LUDWIG, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte – Objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft (1971)
- ders, Formgebote als Inhaltsverbote?, DNotZ 1982, 356
- MAIER-REIMER, Die Form verbundener Verträge, NJW 2004, 3741
- MANKOWSKI, Formzwecke, JZ 2010, 662
- MARTIN, Heilung formwidrig begründeter Verpflichtungen durch Erfüllung (1935)
- vMEHREN, Formal Requirements, in: International Encyclopedia of Comparative Law, volume VII, chapter 10 (1998)
- MEYER-PRITZL, §§ 125–129. Form der Rechtsgeschäfte, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (2003)
- MERTENS, Die Reichweite gesetzlicher Formvorschriften im BGB, JZ 2004, 431
- MERZ, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung – Dargestellt an den Beispielen der unzulässigen Berufung auf Formungültigkeit und des Mißbrauchs der Verjährungseinrede, AcP 163 (1963) 305
- MICHALSKI, Die Formbedürftigkeit von Abänderungs- und Aufhebungsverträgen, WiB 1997, 785
- NAGEL, Zur Frage der Heilung formnichtiger Verträge beim Fehlen gesetzlicher Heilungsvorschriften (Diss Osnabrück 1957)
- NIPPERDEY, Formmängel, Vertretungsmängel, fehlende Genehmigung bei Rechtsgeschäften der öffentlichen Hand, MDR 1953, 1
- PIKART, Die Rechtsprechung des BGH zur Formnichtigkeit von Verträgen, WM 1963, 1018
- PLEWE, Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts (Diss Bonn 2003)
- REICHEL, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, AcP 104 (1909) 1
- REIMANN, Formerfordernisse beim Abschluss von Gesellschaftsverträgen, DStR 1991, 154
- REINHART, Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht (Diss Heidelberg 1969)
- REINICKE, Formmangel und Verschulden bei Vertragsschluss, DB 1967, 109
- ders, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge (1969)
- REITHMANN, Formvorschriften und Beweisregeln, ZNotP 2011, 377
- RÖMER, Formen und Vertretungsmacht bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand, DNotZ 1956, 359
- SCHIPPERS, Form und Erklärung – Verkörperungsform, Abgabeform, Zugangsform, DNotZ 2006, 726
- RÖSLER, Formbedürftigkeit der Vollmacht, NJW 1999, 1150
- SCHERER, Andeutungsformel und falsa demonstratio beim formbedürftigen Rechtsgeschäft in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (1987)
- SCHOLZ, Formnichtigkeit u Arglisteinrede, NJW 1950, 81
- SEIBERT, Erfüllung und Konvaleszenz, JZ 1981, 380
- SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht (Diss Tübingen 1968)
- SINGER, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, WM 1983, 254
- VOLLKOMMER, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit (1973)
- WELSER, Zivilrechtliche Formgebote und Notariatsakt, in: W RECHBERGER (Hrsg), Formpflicht und Gestaltungsfreiheit (2002)
- WESTERHOFF, Wie begründen wir Formnichtigkeit?, AcP 184 (1984) 341
- WIELING, Die Bedeutung der Regel „falsa demonstratio non nocet“ im Vertragsrecht, AcP 172 (1972) 297.

Systematische Übersicht

I. Allgemeines _____	1	6. Formwirkungen zugunsten Dritter und zugunsten der Allgemeinheit _____	50
II. Gesetzliche Formen		a) Justizentlastung _____	50
1. Grundsatz der Formfreiheit und gesetzliche Formen _____	3	b) Vorkontrolle vor der Eintragung in öffentliche Register _____	51
2. Mündliche Erklärung _____	6	c) Kontrollfunktion – Verhinderung spekulativen Handels _____	52
3. Textform (§ 126b) _____	8	d) Gläubigerschutz und Schutz von Anteilerwerbem _____	53
4. Gesetzliche Schriftform und elektronische Form (§§ 126, 126a) _____	9	V. Umfang der Formbedürftigkeit	
a) Schriftform _____	9	1. Anwendungsbereich _____	54
b) Elektronische Form _____	10	2. Zusammentreffen mehrerer Formerfordernisse _____	57
c) Eigenhändiges Testament (§ 2247) _____	11	3. Nebenabreden und verknüpfte Geschäfte _____	58
d) Ausdrücklicher Inhalt _____	14	a) Nebenabreden _____	58
5. Öffentliche Beglaubigung (§ 129, §§ 39, 40 BeurkG) _____	16	b) Verknüpfte Geschäfte _____	61
6. Notarielle Beurkundung (§§ 127a, 128, §§ 6 ff BeurkG) _____	19	4. Vorvertrag, Vollmacht und Genehmigung _____	63
a) Beurkundung von Willenserklärungen _____	19	a) Vorvertrag _____	63
b) Erklärung vor dem Urkundsbeamten (§§ 925, 1310) _____	20	b) Vollmacht (§ 167 Abs 2) _____	64
7. Genehmigungserfordernisse _____	21	aa) Gesetzliche Formerfordernisse für die Vollmacht _____	65
III. Übersicht über die wichtigsten gesetzlichen Formvorschriften des Privatrechts nach Rechtsgebieten _____	22	bb) Erstreckung des Formerfordernisses für das Rechtsgeschäft _____	66
1. Allgemeiner Teil des BGB _____	23	c) Einwilligung und Genehmigung (§ 182 Abs 2) _____	68
2. Schuldrecht _____	25	d) Verfahrensrechtlicher Nachweis von Vollmacht oder Genehmigung _____	72
3. Arbeitsrecht _____	27	5. Änderungen und Aufhebung _____	73
4. Sachenrecht _____	28	a) Änderungen grundsätzlich formbedürftig _____	73
5. Familienrecht _____	29	b) Einseitiger Formzwang _____	74
6. Erbrecht _____	30	c) Erfüllung der formbedürftigen Verpflichtung _____	75
7. Gesellschaftsrecht _____	31	d) Keine Ausnahme de minimis _____	76
8. Geltung zivilrechtlicher Formvorschriften bei öffentlich-rechtlichen Rechtsgeschäften – Bedeutung für das Steuerrecht _____	32	e) Wechsel der Vertragsparteien, Schuldbeitritt, Abtretung _____	78
IV. Formwirkungen (Formzwecke) _____	34	f) Vertragsaufhebung im Regelfall formlos _____	80
1. Übereilungsschutz (Warnfunktion) _____	37	6. Formgerechter Zugang _____	82
2. Beratungs- und Belehrungsfunktion _____	38	VI. Auslegung formbedürftiger Erklärungen _____	84
3. Klarstellungsfunktion _____	41	1. Falsa demonstratio _____	85
a) Nachlesbarkeit _____	41	2. Andeutungstheorie _____	87
b) Abgrenzung zwischen Vertragsverhandlungen und Vertragsschluss _____	42		
4. Beweisfunktion _____	43		
5. Vollstreckbarkeit _____	49		

VII. Rechtsfolgen bei Einhaltung der gesetzlichen Form

1. Beweislast _____	90
2. Beweiswirkung _____	91
3. Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit _____	92

VIII. Rechtsfolgen bei Fehlen der gesetzlichen Form

1. Formnichtigkeit _____	97
a) Grundsatz _____	97
b) Formerfordernis erfasst nur einzelne Vertragsklauseln _____	100
c) Teilunwirksamkeit _____	101
d) Nichtigkeit nur für die Zukunft bei vollzogenen Gesellschafts- und Arbeitsverträgen _____	103
2. Heilung _____	105
a) Gesetzliche Heilungsvorschriften _____	105
b) Modifizierende Heilung bei Verstoß gegen Informationspflichten gegenüber Verbrauchern _____	109

3. Treu und Glauben untersagen Berufung auf Formnichtigkeit _____	110
a) Schwere Treuepflichtverletzung _____	112
b) Existenzgefährdung des Vertragspartners _____	115
c) Höferecht _____	116
d) Vertragliche Pflicht zur Nachholung der Form bei befristeten Mietverträgen _____	117
4. Schadensersatz wegen Abbruchs von Vertragsverhandlungen _____	118

IX. Gewillkürtes Formerfordernis (§ 125 S 2)

1. Zulässigkeit gewillkürter Formerfordernisse _____	121
2. Inhalt der vereinbarten Form _____	123
3. Unwirksamkeit bei Nichteinhaltung der vereinbarten Schriftform _____	124
4. Aufhebung oder Abänderung einer Formvereinbarung _____	126

I. Allgemeines

1 Schreibt das Gesetz für ein Rechtsgeschäft eine gesetzliche Form vor, so ist die Einhaltung der Form grundsätzlich eine **Wirksamkeitsvoraussetzung**. Nach § 125 S 1 ist das Rechtsgeschäft nur wirksam, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Form eingehalten wurde.

Die **Formerfordernisse** selbst sind im Gesetz bei den jeweiligen Vertrags- bzw Rechtsgeschäftstypen geregelt (vgl die nach Rechtsgebieten geordnete Übersicht in Rn 22 ff bzw die Übersichten bei den jeweiligen Formerfordernissen [Beurkundungserfordernisse: Vorbem 43 ff zu §§ 127a, 128; Unterschriftsbeglaubigung § 129 Rn 5 ff; Schriftformerfordernisse § 126 Rn 18 ff; Textform § 126b Rn 11 ff]). Die Anforderungen an die **gesetzlichen Formen** sind in §§ 126 ff geregelt bzw für die Beurkundungsform im Beurkundungsgesetz (BeurkG).

2 Auch ein Verstoß gegen ein **gewillkürtes Formerfordernis** führt nach § 125 S 2 im Zweifel zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Auslegungsregeln für den Inhalt einer derartigen rechtsgeschäftlichen Form (Schriftform, elektronische Form oder Textform) finden sich in § 127.

II. Gesetzliche Formen

1. Grundsatz der Formfreiheit und gesetzliche Formen

3 Soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, bedürfen Rechtsgeschäfte im deutschen Recht zu ihrer Wirksamkeit keiner besonderen Form (**Grundsatz der Formfreiheit**).

Der Erste Entwurf des BGB von 1888 sah vor, diesen Grundsatz ausdrücklich zu regeln: „Für ein Rechtsgeschäft ist eine besondere Form nur dann erforderlich, wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist“ (§ 91 Abs 1 Entwurf I). Die Zweite Kommission beschloss hingegen, diesen Absatz zu streichen, da entbehrlich sei, das dem Entwurf zugrundeliegende gesetzgeberische Prinzip besonders auszusprechen (JAKOBS/SCHUBERT, AT I 662).

Das deutsche Recht regelt im Allgemeinen Teil des BGB **fünf verschiedene Formen** 4 bzw vier Stufen von Formerfordernissen. In aufsteigender Reihenfolge sind dies

- (1) die **Textform** (§ 126b),
- (2a) die **Schriftform** (§ 126) und
(2b) die ihr gleichgestellte **elektronische Form** (§ 126a),
- (3) die notarielle **Unterschriftsbeglaubigung** (§ 129, §§ 39, 40 BeurkG) und
- (4) die **notarielle Beurkundung** (durch Niederschrift; §§ 127a, 128, §§ 6 ff BeurkG).

Als **Sonderformen** finden sich im BGB, aber außerhalb des Allgemeinen Teiles, noch die **eigenhändige Schriftform** beim eigenhändigen Testament (§ 2247) sowie die **Erklärung vor einem Urkundsbeamten** bei Auflassung oder Eheschließung (§§ 925, 1310). Erstere kann man als Sonderfall der gesetzlichen Schriftform, letztere als Sonderform der Beurkundung ansehen.

Will man darüber hinausgehend alle möglichen Stufen der Form systematisieren, so 5 unterscheidet man sinnvollerweise fünf Gruppen, nämlich

- (1) nur **konkludent abgegebene Erklärungen** (als Gegenbegriff zu ausdrücklichen Erklärungen, die die vier folgenden Gruppen umfassen),
- (2) **mündliche** Erklärungen,
- (3) **textliche oder schriftliche** Erklärungen im weiteren Sinn, also mit wie ohne Unterschrift, einschließlich eigenhändiger Erklärungen,
- (4) **unterschriftsbeglaubigte** (schriftliche) Erklärungen und
- (5) **Beurkundungen**, einschließlich vor der Urkundsperson abzugebenden Erklärungen der §§ 925, 1310.

Die ausländischen Rechtsordnungen teilweise bekannte Form der **Zeugenurkunde** (mit dem wohl bekanntesten Beispiel des Zwei-Zeugen-Testamentes nach Common Law) gibt es im deutschen Recht nur in Ausnahmefällen, etwa bei Nottestamenten vor dem Bürgermeister (§ 2249) oder vor drei Zeugen (Dreizeugentestament, § 2250). Auch bei Beurkundungen mit behinderten Beteiligten ist teilweise die Zuziehung eines Zeugen vorgeschrieben (§§ 22 Abs 1, 25 BeurkG – vgl Vorbem 552 ff zu §§ 127a, 128). Bei der Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen ist auf

Verlangen des Erblassers ein Zeuge (oder ein zweiter Notar) zuzuziehen (§ 29 BeurkG). Bei der Eheschließung vor dem Standesbeamten können auf Wunsch der Eheschließenden ebenfalls Zeugen mitwirken (§ 1312 S 2 BGB).

2. Mündliche Erklärung

- 6 Ein gesetzliches Erfordernis der ausdrücklichen mündlichen Erklärung (im Gegensatz zu einer bloß konkludenten Willenserklärung, etwa durch Kopfnicken oder andere Zeichen) verlangte § 2232 S 1 HS 1 in der Fassung vor dem OLG-Vertretungsänderungsgesetz (BGBl 2002 I 2850). Vor der Änderung setzte die Errichtung eines Testamentes durch Erklärung zur Niederschrift voraus, dass der Erblasser dem Notar seinen letzten Willen „mündlich“ erklärte. Dieses Mündlichkeitserfordernis wurde mittlerweile gestrichen, um auch Mehrfachbehinderten, die weder sprechen noch schreiben können, die Errichtung eines Testamentes zu ermöglichen (vgl Vorbem 580 zu §§ 127a, 128).

Die Rechtsprechung zu § 2232 aF ließ sehr weitgehend selbst ein bloßes „Ja“ noch als mündliche Erklärung genügen, um auch behinderten Erblassern die Testamentserrichtung zu ermöglichen. Aufgrund dieser speziellen Zielrichtung kann diese Rechtsprechung nicht anderweitig als Definition einer mündlichen Erklärung herangezogen werden (zumal es sich um eine mündliche Erklärung im Rahmen eines Beurkundungsverfahrens handelte).

- 7 Im übrigen verlangt das deutsche Recht jedoch, soweit mir ersichtlich, nirgendwo Mündlichkeit, sondern verlangte bis 2001 entweder Schriftform – oder ließ gleich eine formlose ebenso wie eine mündliche Erklärung genügen. Diese Abgrenzung ist nun verwischt durch die Textform.

3. Textform (§ 126b)

- 8 Die Textform (§ 126b) ist die jüngste und niederste Form. Sie wurde erst durch das Formvorschriftenanpassungsgesetz (BGBl 2001 I 1542) mit Wirkung zum 1. 8. 2001 eingeführt. Sie erfordert nur eine in Papierform oder elektronisch in Schriftzeichen **speicherbare Erklärung**, deren Abschluss und Absender erkennbar sind; eine **Unterschrift ist hingegen nicht erforderlich**. Ein E-Mail oder Computerfax genügt daher zur Einhaltung der Textform. Die Textform ist va für Informations- und Mitteilungspflichten angeordnet.

4. Gesetzliche Schriftform und elektronische Form (§§ 126, 126a)

a) Schriftform

- 9 Zuvor war die Schriftform (§ 126) die niedrigste Stufe der Formanforderung. Sie erfordert nicht nur eine schriftliche Erklärung, sondern auch eine **eigenhändige Unterschrift** des Erklärenden.

Bei einem **Vertrag** muss jede Vertragspartei den **vollen Vertragstext unterschreiben** – nicht etwa die eine nur das Angebot und die andere nur die Annahme. Im Regelfall erfolgen die Unterschriften auf derselben Urkunde. Werden jedoch mehrere gleich-

lautende Urkunden erstellt, so genügt die Unterzeichnung auf der jeweils für die andere Vertragspartei bestimmten Urkunde (§ 126 Abs 2).

b) Elektronische Form

Der „papierenen“ Schriftform grundsätzlich gleichgestellt ist die ebenfalls durch das Formvorschriftenanpassungsgesetz (BGBl 2001 I 1542) mit Wirkung zum 1. 8. 2001 eingeführte elektronische Form (§ 126a), die als Substitut zur eigenhändigen Unterschrift eine **qualifizierte elektronische Signatur** (§ 2 Nr 3 SigG) erfordert, gewissermaßen ein elektronisches (privates) Siegel. **10**

Vollständig ist die elektronische Form der Schriftform aber nicht gleichgestellt. In manchen Vorschriften lässt der Gesetzgeber ausdrücklich nur die Papierform, nicht aber die elektronische Form zu (§ 126 Abs 3 – vgl § 126 Rn 166). Bei einer empfangsbedürftigen Erklärung kann die elektronische Form die (papierne) Schriftform außerdem nur dann ersetzen, wenn der Erklärungsempfänger (vorab) sein Einverständnis damit zum Ausdruck gebracht hat (§ 126 Rn 167 – strittig).

c) Eigenhändiges Testament (§ 2247)

Die Sonderform der **eigenhändigen Schriftform** verlangt das BGB nur für das eigenhändige Testament (als eine von zwei ordentlichen Testamentsformen neben der Testamentserrichtung zur Niederschrift eines Notars – § 2232; zur Rechtsgeschichte vgl HOSEMANN RNotZ 2010, 520). Das eigenhändige Testament setzt über die Schriftform hinaus voraus, dass die Urkunde vom Erblasser selbst vollständig handschriftlich verfasst wurde. **11**

Die Anforderungen an die **Unterschrift** (vgl § 126 Rn 124 ff; Vorbem 387 ff zu §§ 127a, 128) sind nach § 2247 Abs 3 erleichtert, da der Erblasser zwar grundsätzlich mit Vor- und Familiennamen unterschreiben soll, aber nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung auch eine Unterzeichnung in anderer Weise genügt, wenn sie zur Feststellung der Urheberschaft des Erblassers und der Ernstlichkeit seiner Erklärung ausreicht.

Die eigenhändige Niederschrift und damit eine Verschärfung gegenüber der allgemeinen Schriftform ist vorgeschrieben, um die **Echtheit des Testaments** nachprüfen zu können und besser vor Fälschungen, Täuschungen oder Beeinflussungen des Erblassers zu schützen. Andererseits dienen die geringeren Anforderungen an die Unterschrift dem *favor testamenti*.

Die Frage der **Eigenhändigkeit der Unterschrift** bei Schrifthilfen war Gegenstand verschiedener Gerichtsentscheidungen. Die dort vorgenommenen Abgrenzungen können auch für die Eigenhändigkeit der Unterschrift nach § 126 bzw nach § 13 BeurkG herangezogen werden – und vice versa (vgl § 126 Rn 133 und Vorbem 388 zu §§ 127a, 128). **12**

Eigenhändigkeit ist nicht gegeben, wenn dem Erblasser die Hand geführt wird und dadurch die Schriftzüge von einem Dritten geformt werden; der Erblasser muss die Gestaltung der Schriftzüge selbst bestimmen; die Schriftzüge dürfen nicht von einem anderen durch Führen der Hand des Testierenden ohne dessen Willen und damit lediglich mit der „Feder in der Hand“ des Erblassers hergestellt werden. Zulässig ist dagegen eine unterstützende Schreibhilfe (Abstützen des Armes, Halten der zittern-