



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Formnichtigkeit am Maßstab der Verhältnismäßigkeit. Die  
Zwecke der verletzten Formvorschrift als objektive Grenze des  
Formzwangs im deutschen Vertragsrecht“**

Dissertation vorgelegt von Felix Müller

Erstgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Zweitgutachter: Prof. Dr. Bernd Grzeszick

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

## **I. Einführung in die behandelte Problematik**

Der durch § 125 Satz 1 BGB aufgestellte Grundsatz der Formnichtigkeit formwidrig abgeschlossener Rechtsgeschäfte wird im deutschen Recht seit jeher mit einem beachtlichen Maß an Konsequenz durchgesetzt. Die Rechtsfolgen des formwidrigen Vertragsschlusses bestimmen sich nach der ganz überwiegenden Meinung nahezu ausschließlich nach dem zitierten Gesetzeswortlaut – greift nicht einer der wenigen und auf einzelne Formvorschriften beschränkten Heilungstatbestände ein, kommt es zu der Nichtigkeitsfolge des § 125 Satz 1 BGB. Lediglich in ganz besonders außergewöhnlichen Fällen sollen über die Generalklausel des § 242 BGB Abweichungen möglich sein.

Dieses strikte Festhalten am Wortlaut von § 125 Satz 1 BGB geht soweit, dass sowohl die Rechtsprechung als auch die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur § 125 Satz 1 BGB ausdrücklich auch dann anwenden wollen, wenn die Zwecke der verletzten Formvorschrift den Eintritt der Formnichtigkeit eigentlich gar nicht erforderlich machen würden. Das ist durchaus nicht selbstverständlich angesichts der Tatsache, dass sich die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Verbotsnormen ansonsten üblicherweise nach der ratio des Verbots richten. Bei Verstößen gegen Formvorschriften erschöpft sich die rechtliche Prüfung dagegen zumeist darin, dass Fehlen eines gesetzlichen Heilungstatbestandes festzustellen und sodann den Eintritt der Formnichtigkeit festzustellen.

Angesichts des hohen Gutes der Formfreiheit ist das äußerst bedenklich. Selbstverständlich gilt es einerseits, die durch § 125 Satz 1 BGB repräsentierte Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers zu respektieren. Andererseits darf der Vorschrift jedenfalls ohne entsprechende Begründung auch nicht mehr Bedeutung beigemessen werden als eben die einer Grundsatzentscheidung. Eine solche gibt üblicherweise zwar die Behandlung des Regelfalls vor, lässt aber gerade für den Fall der Unangemessenheit ihres abstrakten Regelungsvorschlags für den konkreten Einzelfall durchaus auch Ausnahmen zu.

Eine Prüfung der Angemessenheit der Formnichtigkeit als Rechtsfolge des formwidrigen Vertragsschlusses ist insbesondere vor dem Hintergrund notwendig, dass staatlich angeordneter Formzwang einen Eingriff in die Privatautonomie darstellt und somit grundsätzlich einem Verhältnismäßigkeitsvorbehalt unterliegt. Letztere Problematik wurde bisher allerdings weder von der Wissenschaft, noch von der Rechtsprechung ernsthaft aufgenommen.

## **II. Intention der Arbeit**

Die Arbeit möchte zunächst zeigen, dass die bisher im deutschen Schuldrecht übliche Praxis, Formfehler ohne Berücksichtigung der mit der verletzten Formvorschrift verfolgten Zwecke mit Formnichtigkeit zu ahnden, korrekturbedürftig ist. Als Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie muss die Rechtsfolge der Formnichtigkeit am Maßstab der Zwecke der konkret verletzten Formvorschrift auf ihre Verhältnismäßigkeit überprüft werden.

Ausgehend von diesem Befund sollen zudem Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie die notwendige Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift in methodisch zulässiger Weise zu bewerkstelligen wäre. Auf dieser Basis ist schließlich ein konkreter Lösungsvorschlag zu entwickeln.

Die Arbeit beschränkt sich dabei von Anfang an auf die schuldrechtlichen Formvorschriften des BGB sowie zusätzlich auf § 15 GmbHG. Eine umfassendere Betrachtung aller Formvorschriften auch in der Spezialgesetzgebung hätte angesichts der schiereren Vielzahl von Regelungen den Rahmen der Arbeit gesprengt. Auch unter Berücksichtigung dieses

eingeschränkten Untersuchungsrahmens zielt die Arbeit von vornherein nicht darauf ab, eine Lösung für jede denkbare Einzelfallkonstellation zu präsentieren. Sie will vielmehr lediglich einen allgemeinen Lösungsansatz sowie Kriterien aufzeigen, die als Grundstein für die Bildung von Fallgruppen zur sachgerechten Behandlung von Formmängeln nach Maßgabe der Zwecke der verletzten Formvorschrift dienen können.

### **III. Gang der Untersuchung**

Als Erstes werden die Unzulänglichkeiten der bislang oftmals zu pauschalen Behandlung von Formfehlern aufgezeigt. Dazu wird zunächst eine kurze Übersicht zum Meinungsstand hinsichtlich der Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift bei der Bestimmung der Rechtsfolgen des Formverstößes gegeben. Im Anschluss wird herauszuarbeiten, weshalb jegliche Einschränkung der Formfreiheit rechtfertigungsbedürftig ist und dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit unterliegt. Dabei zeigt sich, dass die vom Gesetzgeber mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke Maßstab und Grenze der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind. Auf dieser Basis kann sodann eingehend zu den gegen eine Berücksichtigung der Zwecke der Formvorschrift vorgebrachten Argumenten Stellung genommen und die aufgestellte These bestätigt werden.

Anschließend erfolgt eine rechtsvergleichende Sicht auf die Behandlung von Formfehlern in den Rechtsordnungen Frankreichs, Österreichs und der Schweiz. Dabei stellt sich heraus, dass diese mit formwidrig abgeschlossenen Verträgen sämtlich deutlich flexibler umgehen und dabei insbesondere die mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke meist deutlich stärker berücksichtigen, als dies im deutschen Recht der Fall ist. Es können in diesem Zusammenhang zudem bereits erste Anregungen gesammelt werden, wie eine angemessene Berücksichtigung der mit der Form vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke auch im deutschen Recht umgesetzt werden könnte.

Ausgehend von den bis dahin erarbeiteten Zwischenergebnissen wird daraufhin nach Möglichkeiten gesucht, wie die Zwecke der Formvorschrift auch im deutschen Recht in methodisch zulässiger Weise bei der Bestimmung der Rechtsfolgen von Formwidrigkeit berücksichtigt werden können. Dafür werde zunächst all diejenigen Rechtsfiguren und Vorschriften betrachtet, nach denen der Grundsatz der Formnichtigkeit durchbrochen wird. Es folgt die Prüfung, inwiefern die Zwecke der verletzten Formvorschrift dabei bereits Berücksichtigung finden oder jedenfalls berücksichtigt werden könnten und inwieweit Möglichkeiten zur methodisch zulässigen Erweiterung des Anwendungsbereiches bestehen. Im Ergebnis werden diejenigen Mittel identifiziert, mithilfe derer die Rechtsfolgen des formwidrigen Vertragsschlusses unter angemessener Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift bestimmt werden können.

Schließlich werden die gewonnenen Erkenntnisse auf die einzelnen formbedürftigen schuldrechtlichen Verträge des BGB angewendet. Es wird also geprüft, ob und inwiefern eine Durchbrechung der Formnichtigkeit für diese Verträge jeweils in Betracht kommt. Die vorliegende Arbeit zielt dabei wie bereits gesagt nicht drauf ab, eine angemessene Lösung für alle denkbaren Einzelfallkonstellationen zu entwickeln. Es soll lediglich grundlegend aufgezeigt werden, dass und wie eine angemessene Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift im deutschen Recht möglich wäre. Die sich in diesem Zuge ergebende Erkenntnisse können aber hoffentlich die Grundlage dafür bilden, auch in Einzelfällen zu einer angemessenen Lösung zu gelangen und langfristig ein System von Fallgruppen zu entwickeln.

## **IV. Die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit**

### **1. Überprüfung der Formnichtigkeit am Maßstab der Verhältnismäßigkeit**

Der staatlich angeordnete (nicht so dagegen der vertraglich vereinbarte) Formzwang stellt einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie da. Der Formzwang geht mit erhöhten Kosten-, Zeit- und Logistikaufwand eines Vertragsschlusses einher und beschränkt daher mittelbar die Entscheidung der Parteien darüber, ob es überhaupt zu einem Vertragsschluss kommen soll.

Die intensiv geführte Debatte um die Reichweite der Grundrechte im Zivilrecht ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung. Dass das die Formnichtigkeit feststellende Gericht gemäß dem klaren Wortlaut von Art. 20 III GG unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist, wird heute nicht mehr ernsthaft bestritten. Vollkommen zu Recht kontrovers diskutiert wird allein die Frage, ob und inwieweit diese Grundrechtsbindung letztlich zu einer inhaltlichen Kontrolle privatrechtlicher Absprachen am Maßstab der Grundrechte führen kann.

Diese Fragestellung ist in Bezug auf die Formnichtigkeit gemäß § 125 Satz 1 BGB richtigerweise aber überhaupt nicht einschlägig. (Gesetzliche) Formgebote und Formnichtigkeit sind kein Resultat der zwischen den Parteien privatautonom getroffenen Vereinbarungen, sondern werden diesen vielmehr gegen ihren Willen vom Gesetz aufoktroiert. Die Gefahr, privatautonome Gestaltungsfreiheit durch grundrechtliche Kontrolle einzuschränken besteht hier von vornherein nicht. Im Gegenteil würde eine nach Maßgabe der Grundrechte erfolgende Rücknahme des Formzwangs lediglich zu einer größeren Gestaltungsfreiheit aller am entsprechenden Rechtsgeschäft Beteiligten führen, die selbstverständlich immer noch rechtsgeschäftlich einen Formzwang vereinbaren könnten.

Maßstab der Verhältnismäßigkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Formnichtigkeit sind die Normzwecke der konkret verletzten Formvorschrift, da allein diese Zwecke den legitimen Grund für die Einschränkung der Privatautonomie darstellen.

Die Überprüfung der Formnichtigkeit darf aus Gründen der Rechtssicherheit und der Gewaltenteilung allerdings nur so weit gehen, wie die Unverhältnismäßigkeit objektiv feststellbar ist. Objektiv feststellbar ist insbesondere, ob der Eintritt der Formnichtigkeit geeignet und erforderlich ist, um die Zwecke der verletzten Formvorschrift zu wahren. Mit einer subjektiven Wertung verbunden ist dagegen die Frage, ob der Eintritt der Formnichtigkeit im konkreten Fall auch im engeren Sinne angemessen ist. So könnte man zum Beispiel mit gutem Grund in Zweifel ziehen, ob ein Bankberater, der sich seit Jahren beruflich mit der Aufnahme und Durchsetzung von Bürgschaften befasst, bei Abgabe einer eigenen, privaten Bürgschaftserklärung dem Schutz durch eine Formvorschrift überhaupt bedarf. Vermutlich müsste man zu dem Ergebnis kommen, dass angesichts seiner individuellen Kenntnisse das Formerfordernis eigentlich überhaupt nicht erforderlich wäre. Eröffnet man allerdings diesen Beurteilungsspielraum einmal, dann ist es sehr schwer, eine objektive Grenze zu ziehen. Müsste zum Beispiel dann nicht auch die Bürgschaft eines jeden Juristen formfrei möglich sein? Wie wären Bürgschaften von Personen zu beurteilen, die, ohne Kaufmann zu sein, allgemeine Rechts- oder Finanzkenntnisse aufweisen?

Die zur Beantwortung dieser Fragen notwendige Wertungsentscheidung ist allein dem Gesetzgeber vorbehalten, der mit § 125 1 BGB eine insofern zu respektierende Grundsatzentscheidung getroffen hat. Eine Hinterfragung dieser Grundsatzentscheidung auch in Fällen mit subjektiven Beurteilungsspielraum würde nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen, sondern auch eine Missachtung der Gewaltenteilung darstellen.

Damit verbleibt aber noch immer eine große Anzahl von Fallkonstellationen, in denen die Unverhältnismäßigkeit der Formnichtigkeit sich nach objektiven Kriterien feststellen lässt. In diesen Fällen muss der Eintritt der Formnichtigkeit durch andere, den Normzwecken der verletzten Formvorschrift eher entsprechenden Rechtsfolgen ersetzt werden.

## **2. Methodische Möglichkeiten zur Überwindung einer unverhältnismäßigen Formnichtigkeit**

Nach Prüfung einer Vielzahl von verschiedenen methodischen Möglichkeiten kommen im Ergebnis sowohl eine Gesamtanalogie zu den Heilungstatbeständen, als auch eine teleologische Reduktion der Formvorschriften beziehungsweise des § 125 Satz 1 BGB als taugliches Mittel zur Durchbrechung der Formnichtigkeit nach Maßgabe der Normzwecke der verletzten Formvorschrift in Betracht. Der maßgebliche strukturelle Unterschied zwischen Heilung und teleologischer Reduktion liegt daran, dass die Heilung auf die Erfüllung des zunächst formwidrigen Vertrages abstellt. Wie im Rahmen einer detaillierten Analyse der gesetzlichen Heilungstatbestände festgestellt werden konnte, liegen diesen Heilungstatbeständen Formvorschriften zu Grunde, deren Normzwecke entweder im Zuge der Erfüllung nachträglich erreicht werden oder ab diesem Zeitpunkt jedenfalls durch eine andere Rechtsfolge als die Formnichtigkeit besser verwirklicht werden können. Dieses Charakteristikum der Heilung sollte auch im Rahmen ihrer analogen Anwendung aufrechterhalten werden. Die analoge Anwendung Heilung ist daher auf Konstellationen zu beschränken, in denen sich die Unverhältnismäßigkeit der Formnichtigkeit erst im Zuge der Erfüllung der vertragswesentlichen Leistungspflicht ergibt.

In Abgrenzung vom Anwendungsbereich der Gesamtanalogie zur Heilung ist der Anwendungsbereich der teleologischen Reduktion auf diejenigen Konstellationen beschränkt, in denen sich die Formnichtigkeit unabhängig von der Erfüllung des formwidrigen Vertrages als unverhältnismäßige Rechtsfolge des Formmangels darstellt. Innerhalb dieser Fälle ist dann noch einmal zwischen einer teleologischen Reduktion der einschlägigen Formvorschrift und einer teleologischen Reduktion des § 125 Satz 1 BGB abzugrenzen.

Eine teleologische Reduktion der ihrem Wortlaut nach einschlägigen Formvorschrift kommt dann in Betracht, wenn deren Normzwecke bereits aus der ex ante Perspektive für die konkret in Frage stehende Vertrags- oder Sachverhaltskonstellation nicht einschlägig sind. Ein gesetzlich positiv anerkannter Beispielfall findet sich in § 350 HGB. Die Formvorschrift für die Bürgschaft dient wie im Zuge ihrer ausführlichen Analyse festgestellt ausschließlich dem Schutz des Bürgen, der die Gefahren einer Bürgschaft oft nicht richtig einschätzen kann. Als fest umrissene Personengruppe mit vom Gesetz unterstellter wirtschaftlicher Expertise bedürfen Kaufleute des besonderen Schutzes durch die Formvorschrift jedoch nicht. Der Normzweck der Formvorschrift ist also ex ante nicht einschlägig und der Formzwang somit zurückzunehmen. Der Vertrag ist damit von Anfang an gar nicht erst formbedürftig und die Frage der Formnichtigkeit gemäß § 125 Satz 1 BGB stellt sich somit ohnehin nicht.

Eine teleologische Reduktion des § 125 Satz 1 BGB kommt dagegen immer dann in Betracht, wenn die Normzwecke der Formvorschrift zwar grundsätzlich die Aufrechterhaltung des Formzwangs erfordern, im Falle einer Missachtung des Formgebots gleichzeitig aber eine andere Rechtsfolge als die der Formnichtigkeit erforderlich machen. Das ist namentlich immer dann der Fall, wenn die Formnichtigkeit zur Verwirklichung der Normzwecke der verletzten Formvorschrift bereits ex ante und unabhängig von einer Erfüllung des formnichtigen Vertrages nicht geeignet ist.

## V. Zur konkreten Anwendung der entwickelten Grundsätze

Im Rahmen der Anwendung der entwickelten Grundsätze auf die einzelnen schuldrechtlichen Formvorschriften des BGB zeigt sich, dass jedenfalls für alle rein nationalen Formvorschriften in methodisch zulässiger Weise eine Beschränkung des Formzwangs auf verhältnismäßige Anwendungsfälle erreicht werden kann. Im Zuge der Anwendung haben sich nicht nur Lösungsvorschläge für die Grundkonstellationen der jeweiligen Verträge, sondern auch folgende allgemeine Erkenntnisse bezüglich der Verhältnismäßigkeit und Durchbrechung der Formnichtigkeit ergeben:

- Die Erfüllung des formnichtigen Vertrages führt weder zwangsläufig noch regelmäßig zur Unverhältnismäßigkeit der Formnichtigkeit. In vielen Fällen ist die Formnichtigkeit sowohl vor als auch nach der Erfüllung die verhältnismäßige Reaktion der Rechtsordnung auf den Formverstoß.
- Gleichzeitig ist die Erfüllung des formwidrigen Vertrages aber dennoch in aller Regel Voraussetzung dafür, dass die Formnichtigkeit durchbrochen werden muss. Eine von der Erfüllung unabhängige Unverhältnismäßigkeit entweder der Formnichtigkeit oder bereits des Formzwangs ist jedenfalls im Rahmen der hier behandelten Konstellationen die Ausnahme geblieben. Es bleibt weiterer Forschung überlassen, ob sich diese Erkenntnis auch bestätigt, wenn man über die in dieser Arbeit allein behandelten Grundkonstellationen der formbedürftigen Verträge des BGB hinausgeht.
- Konsequenz der regelmäßig erforderlichen Erfüllung des formwidrigen Vertrages ist, dass die Durchbrechung der Formnichtigkeit im Wege der Heilung erfolgen sollte. Allein diese ermöglicht die angemessene Trennung zwischen Nichtigkeit des formwidrigen Vertrages vor und Wirksamkeit desselben Vertrages nach Eintritt der Erfüllung.
- Eine Durchbrechung der Formnichtigkeit im Wege der analog angewendeten Heilung kommt insbesondere in zwei abstrakten Fallgruppen in Betracht: Setzt die Erfüllung des Vertrages selbst die Beachtung einer gleich- oder höherrangigen Form voraus, so werden die Normzwecke der verletzten Formvorschrift regelmäßig nachträglich erreicht. Eine Sanktionierung des Formmangels ist dann nicht mehr erforderlich und somit unverhältnismäßig. Grundsätzlich ist ein nachträgliches Erreichen der Normzwecke der verletzten Formvorschrift im Rahmen der Erfüllung auch bei nicht formgebundenen Erfüllungshandlungen möglich. Anders als bei formgebundenen Erfüllungshandlungen ist das aber nicht die Regel, sondern stark vom konkreten Vertragstyp und der Konstellation im konkreten Einzelfall abhängig.
- Die Verhältnismäßigkeit der Formnichtigkeit ist zudem auch immer dann problematisch, wenn die Rückabwicklung des formnichtigen Vertrages die Parteien ebenso stark gefährden würde wie dessen Wirksamkeit. Jedenfalls dann, wenn die verletzte Formvorschrift gerade dem Schutz der durch die Rückabwicklung gefährdeten Partei dient, ist die Formnichtigkeit in diesen Fällen bereits nicht dazu geeignet, dem Schutzzweck gerecht zu werden.

Eine Durchbrechung der Formnichtigkeit bei unionsrechtlich determinierten Formvorschriften zum Schutz des Verbrauchers ist schon aufgrund des insoweit teilweise zwingenden Unionsrechts ebenso notwendig wie bei rein nationalen Formvorschriften, lässt sich aber methodisch nur schwierig begründen. Erforderlich wird eine Durchbrechung der Formnichtigkeit zusätzlich zu den oben bereits bezeichneten Fallgruppen immer dann, wenn

der Verbraucher die erhaltene Leistung nicht wieder in natura herausgeben kann. Grundsätzlich würde das dazu führen, dass der Verbraucher gemäß § 818 II BGB den Gegenwert der erhaltenen Leistung ersetzen müsste. Im Zweifelsfall wird dieser Gegenwert der nach dem formwidrigen Vertrag zu erbringenden Zahlung des Verbrauchers entsprechen. Die im Zuge der Formnichtigkeit vorzunehmende Rückabwicklung kann also nichts mehr daran ändern, dass der Verbraucher Partei im Ergebnis zur Zahlung verpflichtet ist. Da das Unionsrechts regelmäßig eine im Sinne des Verbraucherschutzes wirksame und (gegenüber dem Unternehmer) abschreckende Sanktion des Formverstößes verlangt, kann dieses Ergebnis keinen Bestand haben.

Die besondere Problematik dieser Konstellationen liegt darin, dass es keine eindeutige Lösung zur Auflösung des Widerspruchs zwischen Formnichtigkeit und Verbraucherschutz gibt. Fest steht lediglich, dass es nicht bei der Formnichtigkeit und regulären Rückabwicklung bleiben kann. Unklar ist dagegen, ob der Verbraucher die erhaltene Leistung ohne eigene Zahlungsverpflichtung behalten darf, lediglich ein reduziertes Entgelt schuldet oder vielleicht auf gänzlich andere Art und Weise geschützt werden kann. Diese Entscheidung obliegt eigentlich allein dem Gesetzgeber, der hier eine ausdrückliche Sonderregelung vorsehen müsste. Ohne eine solche lässt sich ein angemessenes Ergebnis oft auch gar nicht in dogmatisch überzeugender Art und Weise begründen, da dem deutschen Recht ein derart einseitiger Schutz einer Vertragspartei grundsätzlich fremd ist. Daher existieren auch keine Vorschriften oder Rechtsfiguren, bei denen zum Beispiel eine Analogie ansetzen könnte. Im Regelfall kann man die Durchbrechung der Formnichtigkeit letztlich nur über eine isolierte Teilnichtigkeit der Zahlungsabrede begründen, die aufgrund des Vorrangs des zwingenden Unionsrechts notwendig ist.