

Felix Müller

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

Einleitung

I. Problemstellung

„Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig.“ Dieser 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.¹

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.² Das ist durchaus nicht selbstverständlich angesichts der Tatsache, dass sich die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Verbotsnormen ansonsten üblicherweise nach der ratio des Verbots richten.³ Bei Verstößen gegen Formvorschriften erschöpft sich die rechtlich Prüfung dagegen zumeist darin, dass Fehlen eines gesetzlichen Heilungstatbestandes festzustellen und sodann den Eintritt der Formnichtigkeit festzustellen.

Warum genau die sonst übliche Frage nach der ratio des Verbots und der Erforderlichkeit einer Sanktion gerade im Fall der Formvorschriften so gut wie keine Rolle spielt, wird oft gar nicht mehr in Frage gestellt. Angesichts des hohen Gutes der Formfreiheit ist das äußerst bedenklich. Selbstverständlich gilt es einerseits, die durch § 125 Satz 1 BGB repräsentierte

¹ BGH, BGHZ 29, 6, 10; BGHZ 85, 315, 318 f.; BGHZ 92, 164, 171 f.; *Hertel*, in: Staudinger BGB Kommentar, § 125, Rn. 110 ff.; *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 57 ff.; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, S. 276 ff., Rn. 630 - 635; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, S. 276 ff.; umfassend *Haßfurter*, Form und Treue, S. 37 ff.

² Siehe etwa: BGH, BGHZ 16, 334, 335; WM 1963, 1066, 1068; *Hertel*, in: Staudinger BGB, § 125, Rn. 97; *Ellenberger*, in: Palandt, § 125, Rn. 1; *Ahrens*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 125, Rn. 1; *Hefermehl*, in: Soergel BGB Kommentar, § 125, Rn. 41; *Bernard*, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, S. 33.

³ So insbesondere bei § 134 als allgemeiner Sanktionsnorm für Verstöße gegen Verbotsgesetze. Siehe diesbezüglich: BGH, BGHZ 110, 230, 240; BGHZ 143, 283, 286; *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar BGB, § 134, Rn. 1; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, S. 282 f., Rn. 646; *Mansel*, in: Jauernig BGB Kommentar, § 134, Rn. 8; *Wendtland*, in: Bamberger/Roth, BGB Kommentar, § 134, Rn. 2.

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.

Gerade für die auch in der Praxis äußerst relevante Form der Verträge wäre es besonders wichtig, dass Zweck und Durchsetzung von Freiheitsbeschränkungen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Nach dem bisherigen Stand wird in der deutschen Rechtswissenschaft allerdings noch nicht einmal ein entsprechender Zusammenhang anerkannt. Die Form wird damit oft genug zum reinen Selbstzweck erhoben. In einer Rechtsordnung, die für jegliche Einschränkung von persönlicher Freiheit zu Recht eine Rechtfertigung und zusätzlich einen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt verlangt, ist die strikte Behandlung von Formfehlern insofern zu einem gesetzespositivistisch anmutenden Fremdkörper geworden, der entweder einer überzeugenden Begründung oder aber einer Überarbeitung bedarf.

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. 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. These

Die Arbeit stützt folgende These: Jeder Eingriff in die Formfreiheit ist zugleich ein Eingriff in die Privatautonomie und unterliegt als solcher nicht nur der Notwendigkeit einer gesetzlichen Rechtfertigung, sondern auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die gesetzliche Rechtfertigung für den Formzwang und dessen Durchsetzung in Gestalt der Formnichtigkeit liegt in der Kombination der einzelnen Formvorschriften zusammen mit § 125 Satz 1 BGB. Es gibt auch keinen Anlass, an der abstrakten Verhältnismäßigkeit von Formvorschriften oder der Regelung des § 125 Satz 1 BGB zu zweifeln.

Problematisch ist dagegen die Frage der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs im konkreten Anwendungsfall. Dieser muss einen legitimen Zweck dienen und zur Durchsetzung dieses Zweckes geeignet, erforderlich und im engeren Sinne angemessen sein. Die mit der Anordnung einer konkreten Formvorschrift verfolgten Ziele des Gesetzgebers stellen in diesem Zusammenhang den Zweck des Eingriffs da, die Formnichtigkeit das auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu überprüfende Mittel seiner Durchsetzung.

Im Rahmen dieser Prüfung müssen die gesetzgeberischen Grundsatzentscheidungen für die Formbedürftigkeit des jeweiligen Vertrages und die Formnichtigkeit als Regelfolge des Formverstößes beachtet werden. Ein Abweichen von diesen Grundsatzentscheidungen ist ausschließlich möglich und dann aber auch erforderlich, wenn sich die Unverhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung aus objektiven Kriterien ergibt. Sollte hingegen ein wertender Beurteilungsspielraum verbleiben, ist gemäß dem Status quo strikt nach dem Wortlaut von § 125 Satz 1 BGB zu verfahren.

Als methodisches Mittel zur Durchbrechung der Formnichtigkeit nach Maßgabe der Zwecke der verletzten Formvorschrift bieten sich sowohl die analoge Anwendung der Heilung als die teleologische Reduktion von § 125 Satz 1 BGB oder der einschlägigen Formvorschrift an. Dabei ist wie folgt zu differenzieren: Führt erst die Erfüllung des formwidrigen Vertrages zur Unverhältnismäßigkeit der Formnichtigkeit, dann ist eine analoge Anwendung der Heilung vorzunehmen. Sind die mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke aufgrund der speziellen Sachverhalts- oder Vertragskonstellation ausnahmsweise bereits ex ante nicht einschlägig, so ist die Formvorschrift teleologisch zu reduzieren und der Vertrag also gar nicht erst dem Formzwang unterworfen. In den übrigen Fällen eines von der Erfüllung unabhängigen

Kapitel 1: Die Notwendigkeit einer Durchbrechung der Formnichtigkeit nach Maßgabe der Zwecke der verletzten Formvorschrift

A. Stand der Forschung zur Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift bei der Ermittlung der Rechtsfolgen des Formmangels

Zunächst ist der Meinungsstand zur Berücksichtigung der Zwecke der Formvorschriften bei der Bestimmung der Rechtsfolgen formwidriger Verträge in der gebotenen Kürze zu referieren. Dieser geht bewusst noch nicht detailliert auf die einzelnen vertretenen Meinungen ein, sondern soll lediglich eine allgemeine Übersicht ermöglichen. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den einzelnen Argumenten erfolgt dann im späteren Verlauf der Arbeit.

I. Grundsätzlich keine Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift

„Es ist unzulässig, die Zwecke vom Formgebot losgelöst unmittelbar zur Beurteilung der Gültigkeitsfrage heranzuziehen. Denn das Gesetz schreibt nicht die unmittelbare Durchsetzung der Formzwecke vor, sondern verfolgt diese ausschließlich mit dem Mittel des Zwangs zur Beurkundung. [...] Für ein konkretes formbedürftiges Geschäft ist es also unbeachtlich, ob die Zwecke der Formvorschrift erreicht sind oder nicht. Entscheidend ist immer nur, ob die Formvorschrift erfüllt ist“⁴

Dieses Zitat fasst den Standpunkt den grundsätzlichen Standpunkt der bei weitem überwiegenden Ansicht zur Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift treffend zusammen.⁵ Sie bestimmt die Rechtsfolge der Formwidrigkeit ausschließlich formell gemäß dem strikten Wortlaut des § 125 Satz 1 BGB und zwar ausdrücklich selbst dann, wenn die Formnichtigkeit nach den Zwecken der verletzten Formvorschrift objektiv eigentlich gar nicht erforderlich wäre.⁶

⁴ Bernard, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, S. 33.

⁵ In anderer Formulierung dem obigen Zitat im Ergebnis entsprechend etwa: BGH, BGHZ 16, 334, 335 f.; WM 1963, 1066, 1068; Hertel, in: Staudinger BGB, § 125, Rn. 97; Ellenberger, in: Palandt, § 125, Rn. 1; Ahrens, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 125, Rn. 1; Einsele, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 11; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 275; Jaekel, Die Bindung an formnichtige Grundstücksverträge nach Treu und Glauben S. 92; Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, S. 164 f.; derselbe, JuS 1980, S. 1, 8; Hefermehl, in: Soergel BGB Kommentar, § 125, Rn. 41.

⁶ BGH WM 1963, 1066, 1068; Hertel, in: Staudinger BGB, § 125, Rn. 97; Ellenberger, in: Palandt, § 125, Rn. 1; Ahrens, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar, § 125, Rn. 1; Hefermehl, in: Soergel BGB Kommentar, § 125, Rn. 41.

Begründet wird dieses strikte Festhalten am Grundsatz der Formnichtigkeit unter anderem damit, dass die verfolgten Zwecke lediglich Motive, aber nicht Tatbestandsmerkmale der Formvorschriften seien.⁷ Dass die Rechtsfolge der Formnichtigkeit unabhängig von den Zwecken des konkret verletzten Formerfordernisses eingreifen müsse, zeige sich schon daran, dass § 125 Satz 1 BGB gemäß seinem Wortlaut ausdrücklich alle Formvorschriften unterschiedslos erfasse.⁸ Im Übrigen würde eine Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift zu zahlreichen Prozessen um den Eintritt der Formnichtigkeit im konkreten Einzelfall führen.⁹ Das aber sei mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar, die der Gesetzgeber durch ein striktes System von Formvorschrift und Formnichtigkeit gerade habe fördern wollen.¹⁰ Teilweise wird dem Formzwang und seiner strikten Durchsetzung durch die Formnichtigkeit in diesem Sinne ausdrücklich eine „*Ordnungsaufgabe der Form*“¹¹ oder ein „*erzieherischer Zweck*“¹² im Sinne einer „*Generalprävention*“¹³ zugeschrieben.

II. Beachtung der Zwecke der verletzten Formvorschrift in besonderen Ausnahmefällen

Ein Teil der Literatur nimmt an, dass die Zwecke der verletzten Formvorschrift trotz ihrer grundsätzlichen Unbeachtlichkeit jedenfalls in besonderen Ausnahmekonstellationen zur Überwindung der Formnichtigkeit führen können.¹⁴ Das Ventil für die Berücksichtigung der Normzwecke wird dabei überwiegend in § 242 BGB gesehen.¹⁵ Auch der Bundesgerichtshof hat eine Durchbrechung der Formnichtigkeit gemäß § 242 BGB teilweise jedenfalls auch mit den Zwecken der verletzten Formvorschrift begründet.¹⁶

⁷ BGH WM 1963, 1066, 1068; BGHZ 16, 334, 335; grundsätzlich zustimmend auch *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 11, 67.

⁸ *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, S. 164.

⁹ *Häsemeyer*, JuS 1980, S. 1, 8.

¹⁰ *Hertel*, in: Staudinger BGB, § 125, Rn. 34, 97; *Bernard*, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, S. 33; *Jaekel*, Die Bindung an formnichtige Grundstücksgeschäfte nach Treu und Glauben, S. 92; *Wolff/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 539, Rn. 61. Ebenso grundsätzlich auch die Anhänger der nicht ganz so strikten Ansicht, welche die Zwecke der Formvorschrift daher zwar im Regelfall als unbeachtlich ansieht, jedoch in Ausnahmefällen berücksichtigt, siehe etwa: *Hagen*, in: Festschrift Brambring, S. 99, 102 f.; *Haßfurter*, Form und Treue, S. 312 ff.

¹¹ *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, S. 165.

¹² *Coing*, NJW 1949, 755 f.

¹³ *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S. 54.

¹⁴ *Noack/Kremer*, in Nomos Kommentar BGB, § 125, Rn. 52; *Hagen*, in: FS-Brambring, S. 99, 102 ff.; *Haßfurter*, Form und Treue, S. 361 ff.; *Lorenz*, AcP 1957, 381, 408; *U. Hübner*, in: Festschrift für Heinz Hübner, S. 487, 489; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, S. 278, Rn. 635; *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 67.

¹⁵ *Noack/Kremer*, in Nomos Kommentar BGB, § 125, Rn. 52; *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 67; *Haßfurter*, Form und Treue, S. 361 ff.; *Hagen*, in: Festschrift Brambring, S. 99, 102 ff.

¹⁶ BGH, BGHZ 29, 6, 10, 12; NJW 1988, 130, 131.

Obwohl die im einzelnen vertretenen Auffassungen zum Umfang der Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift stark voneinander abweichen, ist den meisten Vertretern der Ansicht im Ergebnis doch gemein, dass die Zwecke der verletzten Formvorschrift grundsätzlich nur in Ausnahmefällen zur Durchbrechung der Formnichtigkeit führen sollen.¹⁷ Eine Berücksichtigung jedes konkreten Einzelfalles wird jedenfalls auch von diesen Stimmen ganz überwiegend abgelehnt, da eine solche zu einer zu starken Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen würde.¹⁸ Es sei lediglich zulässig, die Zwecke der Formvorschrift nach abstrakten und allgemeinen Kriterien beziehungsweise Fallgruppen miteinzubeziehen.¹⁹ Im Ergebnis läuft das oft auf eine Überarbeitung des bereits bestehenden und sich bisher vornehmlich an Billigkeitsgesichtspunkten ausrichtenden Fallgruppensystems zu § 242 BGB nach Maßgabe der Zwecke der verletzten Formvorschrift hinaus.²⁰

III. Indirekte Berücksichtigung der Zwecke der Formvorschrift

Anerkannt ist die Berücksichtigung der Zwecke der Formvorschrift hinsichtlich der Frage, ob auch dem eigentlichen Vertragsschluss vorgelagerte Rechtshandlungen dem Formerfordernis unterfallen.²¹ Soweit eine ausdrückliche oder mittelbare Verpflichtung zum späteren Abschluss des Vertrages formfrei entstehen könnte, droht eine Umgehung der mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke, weshalb auch die vorgelagerte Verpflichtung formgebunden sein muss.²² Diese indirekte Berücksichtigung der Zwecke der Formvorschrift führt allerdings allein zu einer Ausweitung, nicht zu einer Eingrenzung des Formzwangs.

Eine zur Begrenzung des Formzwangs führende indirekte Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift bestünde darin, diese als Grundlage einer analogen Anwendung der Heilungstatbestände zu berücksichtigen. Tatsächlich gibt es eine vergleichsweise kontroverse Diskussion um die Reichweite der Heilungstatbestände und die diesbezügliche Rolle der

¹⁷ Ausdrücklich etwa: *Hagen*, in: FS-Brambring, S. 99, 102 ff.; *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 67.

¹⁸ *Hagen*, in: Festschrift Brambring, S. 99, 102 ff.; *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 67; Im Ergebnis wohl auch *Haßfurter*, Form und Treue, S. 15 ff.

¹⁹ *U. Hübner*, in: Festschrift Heinz Hübner, S. 487, 489; *Hagen*, in: Festschrift Brambring, S. 99, 102 ff.; *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 67.

²⁰ So insbesondere und ausführlich *Haßfurter*, Form und Treue, S. 361 ff.; ohne ausführliche Ausarbeitung eines solchen Ansatzes aber grundsätzlich auch *Noack/Kremer*, in: Nomos Kommentar BGB, § 125, Rn. 52; *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 67.

²¹ BGH, BGHZ 61, 48; BGHZ 97, 224, 226; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 529 f.; Rn. 20; *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 12 ff.

²² Siehe zu den einzelnen Fallkonstellationen ausführlich *Einsele*, in: Münchener Kommentar BGB, § 125, Rn. 12 ff.