

Deutsche Notar-Zeitschrift

VERKÜNDUNGSBLATT DER BUNDESNOTARKAMMER

*Herausgegeben im Auftrag der Bundesnotarkammer von
RA und Notar Manfred Blank, Lüneburg,
Notar Prof. Dr. Günter Brambring, Köln,
Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm*

AUS DEM INHALT:

*Zimmer, Erwiderung zum Aufsatz von Baldus/Stremnitzer, Zur
Vormerkungsfähigkeit künftiger Vermächtnisansprüche bei
dauerhafter Testier- und Geschäftsunfähigkeit des Erblassers,
DNotZ 2006, 598 ff.*

Schippers, Form und Erklärung

10 | 2006

Seite 721 – 800

VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN

muss der Betreuer (und wenn es der zukünftige Erbe ist) in der Lage sein, dieses Grundstück (im Interesse des Betreuten)⁷ zu veräußern, und zwar ungeachtet der Vermächtniseinsetzung⁸. Ein wie auch immer ausgestalteter Anspruch, gesichert durch Vormerkung, wäre hier sicher nicht hilfreich. Eine auch nur bedingte Vormerkung würde die Teilnahme am Rechtsverkehr jedenfalls einschränken, sei es, weil sie die Veräußerung erschweren würde, sei es, weil sie ins Leere gehen würde und zu beseitigen wäre.

VI. Die Verfasser beachten m. E. in diesem Zusammenhang zu wenig den Umstand, dass auch der demente Beteiligte, wenn er auch nicht mehr geschäftsfähig sein mag, so doch rechtsfähig und damit Teilnehmer am Rechtsverkehr ist.

Der nötige Schutz des dementen und geschäftsunfähigen Beteiligten wird durch die Einschaltung des Vormundschaftsgerichts gewährleistet und dort, wo er (durch frühere Erklärung) meint, er benötige keinen gerichtlichen Schutz, kann er einen Vorsorgebevollmächtigten bestimmen. Die Vorstellung, er benötige noch weitere Sicherungsinstrumente, wie die Vormerkung, damit seine Verfügungen tatsächlich durchgesetzt werden können, schließt es aus, den mutmaßlichen Willen des dementen Beteiligten im Hinblick auf lebzeitige Rechtsgeschäfte zu ermitteln.

Jedenfalls erscheint es auch bei den hier ins Auge gefassten Fallgestaltungen nicht sinnvoll, sondern eher kontraproduktiv, eine lebzeitige Bindung (oder auch nur deren Anschein) des Erblassers an letztwillige Verfügungen zu schaffen. Dies gilt nicht nur vor dem Hintergrund europäischer Herausforderungen, sondern bereits deshalb, weil die im Erbrecht zulässigen lebzeitigen Bindungen bereits jetzt zur Genüge Probleme bereiten⁹.

AUFSATZ

Notar Josef Christian Schippers, Aachen

Form und Erklärung

Verkörperungsform, Abgabeform, Zugangsform*

Der folgende Beitrag analysiert die Bedeutung gesetzlicher Formvorschriften für das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen gegenüber Abwesenden in den verschiedenen Stadien ihrer Entstehung (Entäußerung/Abgabe/Zugang).

7) Allein dessen Interessen sind zu berücksichtigen, nicht etwa die naher Angehöriger oder potenzieller Erben; vgl. etwa Zimmer, ZEV 2006, 381, 384.

8) Dem Erblasser steht es frei, ausdrücklich ein Verschaffungsvermächtnis (§ 2170 BGB) für den Fall des Ausscheidens des Vermächtnisgegenstands anzuordnen.

9) Vgl. etwa die Ausführungen Krebber, AcP 204 (2004), 149 ff., der Zweifel an der Zulässigkeit der sog. Verfügungsunterlassungsverträge hat.

* Zugleich Anmerkungen zum Beschl. des OLG Koblenz v. 18. 3. 2005 – 3 W 89/05, MittBayNot 2006, 35 = NotBZ 2005, 369 = OLGR-West 2005, 565.

I. Einleitung

Anfang 2005 hatte das OLG Koblenz als Rechtsmittelinstanz (Prozesskostenhilfe) über die Erfolgsaussicht eines Zahlungsanspruchs aus konstitutivem Schuldanerkenntnis zu entscheiden. Der Schuldner hatte in Abwesenheit des Gläubigers seine Anerkennungserklärung (= Angebot auf Abschluss eines Vertrages i. S. von § 781 BGB¹⁾) notariell beurkunden lassen und wohl²⁾ den Notar angewiesen, dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde zu übermitteln. Tatsächlich übermittelte der Notar dem Gläubiger jedoch nur eine einfache Kopie der Urkunde.

Das OLG Koblenz sieht keine hinreichende Erfolgsaussicht für eine Klage, da die Anerkennungserklärung nicht rechtswirksam geworden sei. Zur Begründung rekurriert es auf eine von der Rechtsprechung aufgestellte Regel, die zusammengefasst und verallgemeinert lautet: *Eine empfangsbedürftige, einem Abwesenden gegenüber abgegebene Willenserklärung, für die durch Gesetz Schriftform oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, wird nach § 130 Abs. 1 nur wirksam, wenn sie dem Erklärungsempfänger in der vorgeschriebenen Form zugeht.* Die Schriftform sei im vorliegenden Fall durch die notarielle Beurkundung ersetzt worden. Da dem Gläubiger weder eine vom Schuldner unterzeichnete schriftliche Erklärung noch eine notarielle Ausfertigung (§ 47 BeurkG) zugegangen sei und auch keine Zugangserleichterung vereinbart worden sei, sei die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht gewahrt.

Der Beschluss erstreckt somit die genannte Rechtsprechungsregel auf einen neuen Anwendungsfall, nämlich auf die Anerkennungserklärung nach § 781. Die Rechtsprechungsregel war zunächst für den Rücktritt vom Erbvertrag³⁾ und den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments⁴⁾ aufgestellt worden, wurde jedoch später auf die Kündigung wegen Eigenbedarfs⁵⁾, die Einwilligung in die Adoption⁶⁾, die Bürgschaftserklärung⁷⁾, die Abtretung eines GmbH-Anteils⁸⁾ und den Schuldbeitritt zu einem Finanzierungsleasingvertrag⁹⁾ ausgedehnt. Insofern liegt der Beschluss des OLG Koblenz in der Entwicklungslinie der bisherigen Rechtsprechung. Die Literatur folgt dieser Rechtsprechung ganz überwiegend¹⁰⁾, auch für die Anerkennungs-

1) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

2) Dies erschließt sich aus den Gründen des Beschlusses.

3) BGH, DNotZ 1983, 117, 118; KG, DNotZ 1933, 578.

4) BGHZ 31, 5, 7 = DNotZ 1960, 260 = NJW 1960, 33; BGHZ 36, 201, 207 = DNotZ 1962, 324 = NJW 1962, 736; BGHZ 48, 374, 377 = DNotZ 1968, 360.

5) BayObLGZ 1981, 232, 238.

6) BayObLG, DNotZ 1979, 348, 350; OLG Hamm, NJW 1982, 1002, 1003.

7) BGHZ 121, 224, 228 = DNotZ 1994, 440 = NJW 1993, 1126; BGHZ 24, 297, 302 = NJW 1957, 1275.

8) BGHZ 130, 71 = DNotZ 1996, 967, 968 = NJW 1995, 2217; OLG Stuttgart, BB 1992, 1669, 1670.

9) BGH, NJW 1997, 3169, 3170.

10) Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., 2006, § 126 Rdn. 11 und § 130 Rdn. 10; MünchKommBGB/Einsele, 4. Aufl., 2001, § 126 Rdn. 11 und § 130 Rdn. 33; Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, 2003, § 126 Rdn. 16 und § 130 Rdn. 11; Staudinger/Hertel,

erklärung gemäß § 781¹¹. Auch die Regierungsbegründung zum Formvorschriftenanpassungsgesetz v. 13. 7. 2001¹² geht davon aus, dass eine (formpflichtige) Erklärung dem Empfänger *in der vorgeschriebenen Form* zugehen muss¹³.

Und doch beschleicht gerade den in der Praxis tätigen Kautelarjuristen – weniger aus Furcht vor eigener Haftung, mehr wegen der Auswirkungen für die Betroffenen – das schon an anderer Stelle¹⁴ geäußerte Unbehagen über diese begriffsjuristisch und formalistisch anmutende Rechtsprechung. Dies umso mehr, als im dogmatischen Fundament dieser Rechtsprechung ganz augenscheinlich – so auch im Beschluss des OLG Koblenz – Versprünge sichtbar sind, die zu einer Aufarbeitung herausfordern.

II. Allgemeine Kritik

Im Beschluss des OLG Koblenz fällt zunächst eine Unstimmigkeit, jedenfalls eine Unschärfe auf, die den Grund der Unwirksamkeit betrifft. Während man an einer Stelle liest, dass das Schuldanerkenntnis „gemäß § 125 BGB wegen Formmangels“ nichtig sei, heißt es an anderer Stelle, dass „der mangelnde Zugang“ der Wirksamkeit entgegenstehe. Unklar bleibt dabei, ob ein *Formmangel* i. S. von § 125 oder ein *Zugangsmangel* i. S. von § 130 Abs. 1 vorliegt. Dies ist durchaus bedeutsam¹⁵, sind doch gesetzlich vorgeschriebene Formerfordernisse zwingenden Rechts (*ius cogens*)¹⁶, dagegen gesetzliche Zugangserfordernisse der Vereinbarung zugänglich (*ius dispositivum*)¹⁷.

In methodischer Hinsicht ist anzumerken, dass das Gericht nicht auf etwaige Besonderheiten der einschlägigen Formvorschrift (§ 781) eingeht, sondern sich allein auf die genannte Rechtsprechungsregel stützt. Etwaige spezielle Wertungen der einschlägigen Formvorschrift aus deren Wortlaut, Systematik, Genese und Teleologie bleiben so unberücksichtigt. In den Blick kommt hier etwa der besondere Wortlaut des § 781 („schriftliche Erteilung der Anerkennungserklärung“), aber auch, dass nur die Anerkennungserklärung – nicht auch die Annahme – der Schriftform bedarf und dass jedenfalls das konstitutive Schuldanerkenntnis für den Gläubiger ledig-

BGB, Neubearb. 2004, § 126 Rdn. 162 f.; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl., 1999, § 126 Rdn. 21; *Erman/Palm*, BGB, 11. Aufl., 2004, § 126 Rdn. 11 und § 130 Rdn. 14; *a. A. Kanzleiter*, DNotZ 1996, 931; *Henneke*, NJW 1998, 2194; kritisch auch *Cordes*, NJW 1993, 2427, 2428.

11) *Palandt/Sprau*, aaO (Fußn. 10), § 780 BGB Rdn. 6 mit Verweis auf § 766 BGB Rdn. 4; *Bamberger/Roth/Gehrlein*, aaO (Fußn. 10), § 780 BGB Rdn. 16; *Münch-KommBGB/Hüffer*, 4. Aufl., 2004, § 780 Rdn. 21; *Staudinger/Marburger*, BGB, 13. Bearb., 1997, § 780 Rdn. 10; *jurisPK-BGB/Bork*, 2. Aufl., 2004, § 780 Rdn. 7; *BGB-RGRK/Steffen*, 12. Aufl., 1978, § 780 Rdn. 28.

12) BGBl. I, 1542 ff.

13) BT-Drucks. 14/4987, S. 17-18 und 20.

14) *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 931, 932, mit Bezug auf *Hieber*, MittBayNot 8/1949.

15) Vgl. bereits *Köhler*, Festschrift für *Helmut Schippel*, 1996, 209, 218.

16) Nur: *Bamberger/Roth/Wendtland*, aaO (Fußn. 10), § 125 BGB Rdn. 16.

17) Nur: *Palandt/Heinrichs*, aaO (Fußn. 10), § 130 BGB Rdn. 19.

lich rechtlich vorteilhaft ist, was die zugrunde liegende Interessenlage wesentlich prägt und diese deutlich von anderen Formvorschriften abhebt. Auch der *Zweck* der speziellen Formvorschrift und dessen Auswirkungen auf Wesen, Grund und Reichweite des einschlägigen Formerfordernisses bleiben unerörtert. Indes überzeugt die bloße Berufung auf die genannte Rechtsprechungsregel – jedenfalls für sich allein – nicht. Eine Rechtsprechungsregel – sei sie auch noch so oft bestätigt – ist keine im Wege der Subsumtion oder der wertenden Zuordnung anwendbare Gesetzesvorschrift, sondern bedarf stets – besonders im Falle der Erstreckung auf neue Sachverhalte und Fallgruppen – im Hinblick auf die Möglichkeit besserer Erkenntnis der Überprüfung und Bestätigung im speziellen Kontext.

Ein Spezifikum des Falles liegt ferner darin, dass die Anerkennungserklärung nicht (nur) – wie vorgeschrieben – schriftlich erteilt, sondern notariell beurkundet wurde. Da die notarielle Beurkundung als die umfassendere Form *zusätzliche* – über die Schriftform hinausgehende – Anforderungen stellt, fragt sich, ob dies nicht auch Auswirkungen auf die Form der *Übermittlung* der Anerkennungserklärung hat¹⁸. Immerhin wurde die Anerkennungserklärung – was unterstellt werden soll – ordnungsgemäß notariell beurkundet und der Notar vom Schuldner angewiesen, dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen. Damit hat der Schuldner alles getan, was von ihm aus für das Wirksamwerden seiner Erklärung erforderlich war. Auch der Gläubiger hat offensichtlich die ihm vom Notar übersandte Kopie der notariellen Urkunde als wirksame Offerte verstanden. Geht das Übersenden einer Kopie unter diesen Umständen auf der rechtsgeschäftlichen Ebene wirklich zulasten des Gläubigers?

Im Folgenden wird zunächst das allgemeine Verhältnis von Form und Erklärung eruiert (Ziff. III). Sodann werden die möglichen Auswirkungen für den Anerkennungsfall des OLG Koblenz aufgezeigt (Ziff. IV).

III. Dogmatische Analyse des Wesens, des Grundes und der Reichweite gesetzlich vorgeschriebener Formerfordernisse

Nach § 125 ist ein *Rechtsgeschäft*, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Soweit der Tatbestand des Rechtsgeschäfts eine oder mehrere empfangsbedürftige *Willenserklärungen* enthält, fragt sich, worauf sich die gesetzliche Form im Einzelnen bezieht.

1. Die Entstehungsstadien einer empfangsbedürftigen Willenserklärung gegenüber Abwesenden (Entäußerung, Abgabe, Zugang)

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber Abwesenden durchläuft verschiedene Entstehungsstadien. Dabei sind zu unterscheiden ihre (erstmalige) *Entäußerung*, ihre *Abgabe* und ihr *Zugang*.

18) Vgl. *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 931, 933, der diese Frage nur aufwirft, ohne dazu selbst Stellung zu nehmen.

Mit der *Entäußerung* tritt der innere Geschäftswille erstmals nach außen in Erscheinung, überschreitet die Grenze der (nicht sinnlich wahrnehmbaren) Innenwelt zur (sinnlich wahrnehmbaren) Außenwelt und wird von einer inneren zur äußeren Tatsache. Die Entäußerung einer Erklärung kann ohne jede Verkörperung erfolgen, wie z. B. mündlich (ohne jede Aufzeichnung). Die nicht verkörperte Erklärung ist mit ihrer Entäußerung auch schon vergangen und existiert allenfalls noch im menschlichen Gedächtnis („*Das gesprochene Wort ist Schall und Rauch*“). Die Entäußerung kann aber auch *mit* einer (stofflichen oder elektronischen) Verkörperung einhergehen. Die Verkörperung kann dabei mit der Entäußerung identisch und deren *unmittelbares* Ergebnis sein, wie etwa bei einer eigenhändig geschriebenen Erklärung, bei der Entäußerungs- und Verkörperungsakt untrennbar eins sind. Die Verkörperung kann aber auch von der Entäußerung abgelöst und nur das *mittelbare* Ergebnis einer Aufzeichnung des Entäußerungsaktes sein, wie etwa bei der schriftlichen Protokollierung einer mündlichen Erklärung. In beiden Fällen stellt das Verkörperungsergebnis eine Aufzeichnung des Entäußerungsaktes dar. Bei der eigenhändig geschriebenen Erklärung werden die Schreibbewegungen der Hand *unmittelbar* auf der Schreibunterlage – ähnlich den Schallwellen der Stimme auf Tonband – aufgezeichnet. Bei der schriftlichen Protokollierung wird die mündliche Erklärung – *mittelbar*, d. h. unter Wechsel zwischen mündlichem (akustischem) und schriftlichem (optischem) Medium – durch Schriftzeichen auf der Schreibunterlage festgehalten. In beiden Fällen bleibt das Verkörperungsergebnis über den Akt der Entäußerung hinaus für die Zukunft präsent („*Wer schreibt, der bleibt*“). Es kann auf Dauer wahrgenommen, übermittelt, überprüft und als Beweismittel verwendet werden, unabhängig davon, in wessen Händen es sich befindet.

Mit der Abgabe (§ 130 Abs. 2) überschreitet der Erklärende die Grenze der bloß *vorbereitenden* zur *endgültigen* Willensentäußerung. Erst hierdurch wird die bloße Willensäußerung (= Nichterklärung) zur *Willenserklärung*. Abgabe ist gegeben, wenn der Erklärende alles getan hat, was seinerseits erforderlich ist, um die Wirksamkeit der Erklärung herbeizuführen¹⁹. Die Abgabe bildet das Bindeglied zwischen dem tatsächlichen oder in zurechenbarer²⁰ Weise entäußerten *Willen des Erklärenden* und der Erklärung. Nur eine Erklärung, die der Erklärende endgültig willentlich oder mindestens zurechenbar in Richtung auf den Empfänger in Verkehr bringt, kann ihm als Willenserklärung zugerechnet werden. Maßgeblicher Wertungsgesichtspunkt ist damit, ob der *Erklärende* sich die Erklärung rechtlich endgültig *zurechnen* lassen muss. Die Abgabe kann mit der erstmaligen Entäußerung zusammenfallen. Sie kann aber auch der erstmaligen Entäußerung zeitlich nachfolgen, wie etwa bei einem Brief, der erst geraume Zeit nach seiner Fertigstellung tatsächlich abgesandt wird, oder bei einer notariell beurkun-

19) Nur: BGHZ 65, 13, 15; MünchKommBGB/*Einsele*, aaO (Fußn. 10), § 130 Rdn. 13; so auch BT-Drucks. 14/4987, S. 11.

20) Vgl. MünchKommBGB/*Einsele*, aaO (Fußn. 10), § 130 Rdn. 14 m.w.Nachw.

deten Erklärung, die der Empfänger erst später nur auf besondere Anweisung des Erklärenden in Ausfertigung erhalten soll.

Mit dem *Zugang* (§ 130 Abs. 1) der empfangsbedürftigen Willenserklärung beim abwesenden Empfänger wird sie rechtswirksam. Von da an muss der Empfänger die Erklärung gegen sich gelten lassen. Von da an kann der Erklärende seine Erklärung nicht mehr widerrufen (§ 130 Abs. 1 Satz 2). Zugang liegt vor, wenn die Erklärung derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Umstände der Empfänger die Möglichkeit ihrer Kenntnisnahme hat²¹. Der Zugang bildet das Bindeglied zwischen der tatsächlichen oder in zumutbarer Weise *möglichen Kenntnisnahme des Empfängers* und der Erklärung. Nur eine Erklärung, die der Empfänger überhaupt zur Kenntnis nehmen kann, muss er rechtlich gegen sich gelten lassen. Ohne Möglichkeit der Kenntnisnahme ist die Geltung der Erklärung für den Empfänger unzumutbar. Zentraler Wertungsgesichtspunkt ist damit für den Zugang, ob dem *Empfänger* die Geltung der Erklärung unter den gegebenen Umständen aufgrund der bloßen Möglichkeit der Kenntnisnahme *zumutbar* ist.

2. Das Verhältnis gesetzlicher Formvorschriften zu Entäußerung, Abgabe und Zugang von Willenserklärungen

Aufschluss über das Verhältnis gesetzlicher Formvorschriften zum Tatbestand der Willenserklärung gewährt ein kurzer rechtshistorischer Rückblick²² auf den Bedeutungswandel des Formerfordernisses. Auf frühen Stufen der Rechtsentwicklung konnten die einzelnen Rechtsfolgen nur durch ganz bestimmte *förmliche Akte* herbeigeführt werden. In der *genauen Beachtung der Form* wurde ursprünglich der eigentliche Grund für das Entstehen der rechtlichen Bindung gesehen. Seit Beginn der Neuzeit setzte sich dann mehr und mehr die Erkenntnis durch, dass nicht die Form, sondern der *geäußerte Wille* der eigentliche Grund für die Rechtsfolge ist. In der rechtshistorischen Entwicklung hat mithin ein Paradigmenwechsel vom früher geltenden Grundsatz des Formzwangs hin zum heute geltenden Grundsatz der Formfreiheit, von der *Wirkform* zur *Zweckform* stattgefunden. Hiermit verbunden ist eine *Ablösung* der Form vom Inhalt bzw. vom Tatbestand der Willenserklärung. Die Form ist nach heutigem Verständnis nicht mehr der eigentliche Grund für die Geltung des Rechtsgeschäfts, sondern tritt als Wirksamkeitsvoraussetzung zum Rechtsgeschäft hinzu.

Projiziert man diese Erkenntnis auf die einzelnen Entstehungsstadien der Willenserklärung, ergibt sich folgendes Bild:

21) Nur: BGHZ 67, 271, 275; Palandt/Heinrichs, aaO (Fußn. 10), § 130 BGB Rdn. 5; so auch BT-Drucks. 14/4987, S. 11.

22) Zum Folgenden im Ganzen: Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 27 Rdn. 1; Häsemeyer, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, 21 ff.; Köbl, DNotZ 1983, 207, 216 f.; Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1990, 2; Plewe, Die gesetzlichen Formen des Rechtsgeschäfts, 2003, 1 f.

a) Die „Verkörperungsform“

Bei formpflichtigen Rechtsgeschäften ist *zusätzlich* – d. h. abgelöst von der eigentlichen auch ohne besondere Form rechtlich existenten Erklärung – eine *bestimmte Modalität des Handelns*²³ vorgeschrieben. Diese bezieht sich – jedenfalls bei allen im Allgemeinen Teil des BGB²⁴ genannten Formtypen – grundsätzlich auf den *Akt der Entäußerung* bzw. *Verkörperung* der Erklärung. *In der Vornahme des formstiftenden Verkörperungsaktes entfalten und vollenden sich die mit der Form verfolgten Zwecke.* So wirken die Formzwecke im Falle der Schriftform *in* der Abfassung der schriftlichen Urkunde und der eigenhändigen Unterzeichnung durch den Aussteller und bei notarieller Beurkundung *in* der Durchführung der Beurkundungsverhandlung und der abschließenden Unterzeichnung der Verhandlungsniederschrift durch Beteiligte und Notar. Handlungen oder Ereignisse *außerhalb* des formstiftenden Verkörperungsaktes können deshalb keinen Formmangel i. S. von § 125 begründen.

Hat z. B. der Aussteller eine Urkunde, die der Schriftform bedarf, schriftlich abgefasst und eigenhändig unterschrieben, dann jedoch irrtümlich aufgrund Verwechslung mit dem Original nur eine Fotokopie des zurückbleibenden Originals übersandt, so liegt nach hier vertretener Auffassung kein Formmangel i. S. von § 125 vor. In diesem Fall ist der formstiftende Verkörperungsakt (schriftliche Abfassung/eigenhändige Unterschrift) korrekt vorgenommen worden. Der Fehler ist erst danach aufgetreten, nämlich beim Versenden der Erklärung. Noch deutlicher tritt dies hervor bei einer beurkundungspflichtigen Erklärung, von der nach ordnungsgemäßer Beurkundung dem Empfänger vom Notar eine Ausfertigung übersandt werden soll, tatsächlich aber nur eine einfache Kopie übersandt wird. Auch hier ist der formstiftende Verkörperungsakt (Beurkundungsverhandlung samt eigenhändiger Unterzeichnung der erstellten Verhandlungsniederschrift durch Beteiligte und Notar) fehlerfrei erfolgt. Auch hier ist das Problem erst nach Abschluss des notariellen Beurkundungsverfahrens aufgetreten, nämlich bei der Ausfertigung der ordnungsgemäß beurkundeten Erklärung. Es leuchtet unmittelbar ein, dass eine Verfahrenshandlung außerhalb der eigentlichen Beurkundung die Formgültigkeit der Erklärung nicht tangiert. In diesen Fällen geht es damit nicht um einen Formmangel i. S. von § 125, sondern ggf. um einen Abgabe- oder Zugangsmangel²⁵.

Unter Form i. S. von § 125 ist nach hier vertretener Auffassung deshalb nur die „Verkörperungsform“, unter Formmangel im Sinne dieser Vorschrift nur ein Fehler im gesetzlich vorgeschriebenen Verkörperungsakt zu verstehen.

23) Diese Formulierung als Definition der Form findet sich bei *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., 1980, § 18 I (S. 284).

24) § 126 (Schriftform), § 126a (elektronische Form), § 126b (Textform), § 127a (gerichtlicher Vergleich), § 128 (notarielle Beurkundung), § 129 (öffentliche Beglaubigung).

25) Im Ergebnis ähnlich *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 931, 936.

Damit ist das Verhältnis von *Form* und *Erklärung* aber noch nicht vollständig beschrieben. Bis zu ihrem Wirksamwerden durchläuft die Willenserklärung noch die weiteren Wertungsstufen der Abgabe und des Zugangs. Es bleibt deshalb stets zu prüfen, ob das Gesetz für die Abgabe und/oder den Zugang der Willenserklärung über die bloße formfreie Kommunizierung des Erklärungsinhalts hinaus *bestimmte Modalitäten des Übermittels* vorschreibt. Etwaige vom Gesetz vorgeschriebene zusätzliche Abgabe- oder Zugangserfordernisse werden im Folgenden als „*Abgabeform*“ bzw. „*Zugangsform*“ bezeichnet.

b) Die „*Abgabeform*“

Bei der *Abgabeform* geht es – wie bei der Verkörperungsform – auch um eine *bestimmte Modalität des Handelns*. Allerdings bezieht sich diese nicht auf den Verkörperungsakt, sondern auf den Akt des Inverkehrbringens.

Das Gesetz könnte etwa vorschreiben, dass eine formbedürftige Erklärung nur dann als abgegeben gilt, wenn sie in einer bestimmten Verkörperungsform (bei Schriftform etwa im Original und bei Beurkundung in Ausfertigung) in Verkehr gebracht wird. Die Annahme einer solchen *Abgabeform* kommt dort in Betracht, wo die einschlägige Formvorschrift an den Abgabeakt selbst anknüpft oder jedenfalls eine solche Auslegung zulässt. So knüpft etwa der Wortlaut der §§ 761, 766, 780, 781, 1154 an die „*schriftliche Erteilung*“ bzw. „*Erteilung in schriftlicher Form*“ an. Jedenfalls in diesen Fällen ist eingehend zu prüfen, ob sich aus den gesetzgeberischen *Zwecken* der einschlägigen Formvorschrift besondere Anforderungen gerade an die Art und Weise des Inverkehrbringens der Erklärung ergeben²⁶. Die Formzwecke müssen dabei in spezifischer Weise auf die Abgabe bezogen sein. Sie müssen es rechtfertigen, dass die Erklärung ansonsten dem Erklärenden nicht *zugerechnet* wird. Die Annahme einer besonderen *Abgabeform* liegt dort nahe, wo die Hauptzwecke der einschlägigen Formvorschrift im Schutz vor Übereilung und in der Warnung liegen, da diese einen spezifischen Bezug zum Abgabeakt (endgültige Entäußerung/Zurechnung) haben können. Ordnet die einschlägige Formvorschrift dagegen lediglich an, dass das Rechtsgeschäft einer der in den §§ 126 ff. genannten Grundformen bedarf, so lassen sich hieraus ohne Weiteres keine besonderen Anforderungen an die Form der Abgabe herleiten, da diese allgemeinen Formtypen reine Verkörperungsformen sind.

Da eine Erklärung, die nicht oder nicht formgerecht abgegeben wurde, rechtlich unter dem Gesichtspunkt des Übereilungsschutzes und der Warnung und damit mangels Zurechnung als Nichterklärung („*nullum*“) anzu-

26) Anders Köhler, aaO (Fußn. 15), S. 209, 218, der dem Begriff „der Erteilung“ Bedeutung auf der *Zugangsebene* beimisst und hieraus dort die Unabdingbarkeit des Zugangs der Originalurkunde herleitet. Demgegenüber wird nach hier vertretener Auffassung dem Begriff „der Erteilung“ bereits auf der *Abgabeebene* Bedeutung beigemessen und werden nicht aus dem Begriff, sondern aus dem Zweck der einschlägigen Formvorschrift Folgerungen für oder gegen das Erfordernis einer besonderen *Abgabeform* und dessen Abdingbarkeit gezogen.

sehen ist, sind *gesetzlich vorgeschriebene* Abgabeerfordernisse nicht der Vereinbarung zugänglich²⁷.

c) Die „Zugangsform“

Bei der *Zugangsform* geht es – anders als bei der Verkörperungs- und der Abgabeform – nicht um eine bestimmte Modalität des Handelns, sondern um eine bestimmte *Qualität der Empfangsumstände*.

Nach allgemeiner Bestimmung (§ 130 Abs. 1) mutet das Gesetz dem Empfänger die Geltung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung nur zu, wenn er jedenfalls die Möglichkeit erhält, den *Inhalt* der Erklärung und den damit verbundenen *Geltungswillen* des Erklärenden zur Kenntnis zu nehmen. Nur wenn der Empfänger den Geltungswillen des Erklärenden feststellen kann, kann er die Erklärung überhaupt als rechtserheblich identifizieren. Nur wenn er den Inhalt erkennen kann, kann er sein Handeln darauf einstellen. Darüber hinaus könnte das Gesetz etwa vorschreiben, dass eine *formpflichtige* Erklärung nur dann als zugegangen gilt, wenn sie in einer bestimmten Verkörperungsform (z. B. bei Schriftform im Original und bei Beurkundung in Ausfertigung) in den Machtbereich des Empfängers gelangt, um damit eine zuverlässigere und gerichtlich beweisbare Zugangsgrundlage für den Empfänger zu schaffen.

Bei formpflichtigen Erklärungen verlangt die eingangs genannte Rechtsprechungsregel *allgemein*, d. h. jedenfalls in allen Fällen, in denen Schriftform oder notarielle Beurkundung gesetzlich angeordnet ist, dass die Erklärung in der Form zugeht, die für ihre Verkörperung vorgeschrieben ist. Ein solch strikter Rechtssatz ist nach der hier vertretenen Auffassung dem Gesetz nicht zu entnehmen. Sowohl bei der Schriftform als auch bei der Beurkundung ist die erstellte *Urkunde* (Verkörperung) nicht mit der Willenserklärung identisch, sondern lediglich eine – wenn auch rechtlich qualifizierte – Aufzeichnung des Entäußerungsaktes. Insofern ist das Wesen der Willenserklärung als Kommunikationsakt nicht *körperlicher*, sondern *geistiger* Natur. Auch eine formpflichtige Willenserklärung hat in diesem Sinne keinen Körper, dessen gegenständliche Übermittlung *a priori* Voraussetzung für ihr Wirksamwerden ist. Wie oben ausgeführt, ist die Form vom Inhalt bzw. vom Tatbestand der Willenserklärung abgelöst und tritt lediglich als Wirksamkeitsvoraussetzung zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts hinzu. Ferner sind die in den §§ 126 ff. genannten allgemeinen Formtypen reine Verkörperungsformen, aus denen besondere Zugangserfordernisse nicht allgemein hergeleitet werden können.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 127 Abs. 2²⁸, der bestimmt, dass zur Wahrung der *gewillkürten* Schriftform die *telekommunikative*

27) Vgl. MünchKommBGB/Einsele, aaO (Fußn. 10), § 127 Rdn. 21, wonach Form-erleichterungen hinsichtlich der *Form der Abgabe* bei Formerfordernissen mit Warnfunktion, etwa bei der Bürgschaftserklärung, nicht zuzulassen seien; vgl. ferner *Staudinger/Hertel*, aaO (Fußn. 10), § 126 BGB Rdn. 165, wonach das gesetzliche Erfordernis *formgerechter Abgabe* der Willenserklärung unabdingbar sei.

28) A. A. BGHZ 121, 224, 228 = DNotZ 1994, 440 = NJW 1993, 1126; BGHZ 24, 297, 302 = NJW 1957, 1275; *Palandt/Heinrichs*, aaO (Fußn. 10), § 126 BGB Rdn. 11; *Köhler*, aaO (Fußn. 15), S. 209, 217.

Übermittlung genügt. Da allerdings der Wortlaut dieser Vorschrift für die gewillkürte Schriftform bestimmte Übermittlungsarten ausdrücklich zulässt, scheint hieraus im Umkehrschluss zu folgen, dass diese Übermittlungsarten der *gesetzlichen* Schriftform nicht genügen. Dieser Umkehrschluss ist jedoch nicht gerechtfertigt. § 127 Abs. 2 Satz 1 lässt für die gewillkürte Schriftform nicht nur die erleichterte *Übermittlung* zu, sondern erleichtert auch und gerade die *Verkörperung*, indem er bei bestimmten Übermittlungsarten (früher „telegraphische“, heute „telekommunikative“ Übermittlung) auf das Erfordernis der *eigenhändigen Unterschrift* verzichtet (doppelte Erleichterung für Übermittlung und Verkörperung). Soweit es um die Verkörperung geht, kann nach § 127 Abs. 2 Satz 2 lediglich nachträglich die entsprechende Beurkundung samt eigenhändiger Unterzeichnung verlangt werden. Demgegenüber geht es bei der gesetzlichen Form darum, ob eine gemäß § 126 ordnungsgemäß verkörperte Erklärung in der vorgeschriebenen Verkörperungsform (schriftliche Originalurkunde) zugehen muss. Dazu können aus § 127 Abs. 2 nach hier vertretener Auffassung keine allgemeinen Folgerungen gezogen werden.

Deshalb ist – wie bei der Abgabe – jede einschlägige Formvorschrift daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihr zusätzliche – über die bloße formfreie Kommunizierung des Inhalts hinausgehende – Zugangsanforderungen ergeben. Besonderes Gewicht kommt dabei auch hier dem gesetzgeberischen *Zweck* der einschlägigen Formvorschrift zu, der daraufhin zu untersuchen ist, ob sich aus ihm spezifische Bezüge gerade zum Zugang und damit spezielle Anforderungen an diesen ergeben. Die Annahme einer besonderen Zugangsform liegt dort nahe, wo der Klarstellungs- und/oder Beweissicherungszweck der einschlägigen Formvorschrift darauf gerichtet sind, dem *Empfänger* eine – über das allgemeine Maß hinaus – zuverlässigere (klare und sichere) und ggf. auch gerichtlich beweisbare Zugangsgrundlage zu verschaffen.

Ergeben sich aus der einschlägigen Formvorschrift besondere Zugangsanforderungen, so sind diese – ebenso wie die allgemeinen gesetzlichen Zugangsanforderungen – jedenfalls durch Individualvereinbarung *abdingbar*²⁹. Das Gesetz mutet dem Empfänger die Geltung einer ihm gegenüber abgegebenen Erklärung nur zu, wenn er diese unter gewissen – ggf. gesteigerten – Voraussetzungen zur Kenntnis nehmen kann. Da allgemeine oder besondere Zugangserfordernisse somit *allein* im privaten Interesse des Empfängers bestehen, kann der Empfänger durch ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung mit dem Erklärenden auf diese verzichten oder diese mildern³⁰. Wenn eine formpflichtige Erklärung anstatt in der vorgeschriebenen Verkörperungsform vom Erklärenden auf einfachere Art und Weise, etwa durch Faxkopie, übermittelt wird, wird man mit *Arm-*

29) RGZ 108, 91, 96 f.; BGHZ 130, 71 = DNotZ 1996, 967, 968 = NJW 1995, 2217; Palandt/Heinrichs, aaO (Fußn. 10), § 130 BGB Rdn. 19; Armbrüster, NJW 1996, 438, 439; Kanzleiter, DNotZ 1996, 931, 940; einschränkend Köhler, aaO (Fußn. 15), S. 209, 218.

30) Armbrüster, NJW 1996, 438, 439.

*brüster*³¹ in der Regel bereits in der Übermittlung ein stillschweigendes Angebot des Erklärenden auf Vereinbarung einer vom Gesetz abweichenden Zugangserleichterung sehen können.

Ergeben sich aus der einschlägigen Formvorschrift keine besonderen Zugangsanforderungen, so ist allerdings stets zu beachten, dass der Empfänger einer formpflichtigen Erklärung, die nicht in der für ihre Verkörperung vorgeschriebenen Form zugeht, anhand der übermittelten Erklärung (etwa einer Faxe-Kopie) allein nicht feststellen kann, ob die Erklärung mit dem erforderlichen *Rechtsgeltungswillen* des Erklärenden oder rein *informativ* übermittelt wurde. Hier müssen zu der einfachen Übermittlung der Erklärung weitere Umstände hinzutreten, aus denen sich vom maßgeblichen Empfängerhorizont aus der Geltungswille des Erklärenden ergibt. Allerdings sind an die Erkennbarkeit des Geltungswillens keine strengen Anforderungen zu stellen. Der juristische Laie wird in aller Regel die rechtlichen Unterschiede zwischen Urschrift, Ausfertigung, beglaubigter oder einfacher Abschrift und Folgerungen hieraus für den Geltungswillen nicht einschätzen können. Jedenfalls dann, wenn ein Notar eine einfache Urkundskopie übersendet ohne weitere Klarstellung des Zwecks der Übermittlung, wird der Empfänger vom objektivierten Empfängerhorizont aus in aller Regel davon ausgehen können, dass damit die Erklärung ihm gegenüber in Geltung gesetzt werden soll.

3. Exkurs: Formfreie Erklärungen

Sofern und soweit Erklärungen *materiell-rechtlich* nicht formpflichtig (formfrei) sind, können sie dem Empfänger auf beliebige Art und Weise kundgetan werden, vorausgesetzt der Empfänger erhält hierdurch die Möglichkeit, in zumutbarer Weise Inhalt und Geltungswillen festzustellen. Die eingangs genannte Rechtsprechungsregel gilt also nicht für Erklärungen, für die das Gesetz *materiell-rechtlich* keine besondere Form vorschreibt, und zwar auch dann nicht, wenn diese freiwillig, aus verfahrensrechtlichen oder sonstigen Gründen in einer der in den §§ 126 ff. geregelten Formen tatsächlich verkörpert werden.

Geht z. B. das Original einer wegen § 29 GBO notariell beglaubigten Genehmigungserklärung zu einem Grundstückskaufvertrag auf dem Postweg verloren, so wird die Erklärung mit Zugang wirksam, wenn der beglaubigende Notar sodann eine von ihm vorsorglich zurückbehaltene beglaubigte Abschrift oder auch nur eine einfache Kopie³² der Genehmigungserklärung übermittelt. Die Genehmigungserklärung bedarf materiell-rechtlich nach § 182 Abs. 2 nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form³³.

31) *Armbrüster*, NJW 1996, 438, 439; zustimmend *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 931, 940; kritisch *Erman/Palm*, aaO (Fußn. 10), § 130 BGB Rdn. 14; einschränkend *Köhler*, aaO (Fußn. 15), S. 209, 218, der dort, wo das Gesetz vorschreibt, dass eine schriftliche Erklärung „erteilt“ werden muss (vgl. §§ 766 Satz 1, 780, 781, 1154), die Entäußerung der Originalurkunde gegenüber dem Empfänger für *zwingend* erforderlich hält.

32) Grundbuchverfahrensrechtlich (§ 29 GBO) reicht die einfache Kopie allerdings nicht aus.

33) Nur: *Palandt/Heinrichs*, aaO (Fußn. 10), § 182 BGB Rdn. 2.

Als formfreie Erklärung kann sie auf beliebige Art und Weise übermittelt werden, also auch durch eine beglaubigte Abschrift des Originals oder durch eine einfache Abschrift. Der Übermittlung in einer bestimmten Verkörperungsform bedarf es mithin nicht. Auch hier zeigt sich, dass die Willenserklärung nicht mit ihrer erstmaligen Verkörperung identisch ist.

Ein weiteres praxisrelevantes Beispiel ist die Vorsorgevollmacht³⁴, deren Erteilung materiell-rechtlich gemäß § 167 Abs. 2 grundsätzlich³⁵ formfrei ist. Wird die Vollmacht dennoch notariell beurkundet oder beglaubigt, so wird die Vollmacht gemäß § 167 Abs. 1 BGB – jedenfalls soweit sie materiell-rechtlich nicht formpflichtig ist – mit Zugang einer *einfachen Abschrift* wirksam, wenn der Notar auf Anweisung des Vollmachtgebers dem Bevollmächtigten zunächst³⁶ lediglich eine einfache Abschrift der Vollmachtsurkunde übersendet³⁷.

IV. Auswirkungen für den „Anerkennungsfall“

Für die Lösung des Anerkennungsfalls des OLG Koblenz ergeben sich hieraus folgende Auswirkungen:

1. Kein Formmangel i. S. von § 125

Die Anerkennungserklärung ist nicht „gemäß § 125 wegen Formmangels“ nichtig. Sie wurde – was unterstellt werden soll – ordnungsgemäß notariell beurkundet. Ein unter § 125 fallender Fehler im Verkörperungsakt liegt somit nicht vor. Die notarielle Beurkundung ersetzt als *Verkörperungsform* ohne Weiteres die nach § 781 an sich vorgeschriebene Schriftform (§ 126 Abs. 4), da die Verkörperungserfordernisse der Schriftform (schriftliche Abfassung/eigenhändige Unterschrift) von der notariellen Beurkundung umfasst sind.

34) Vgl. dazu eingehend mit Musterformulierungen: *Perau*, MittRhNotK 1996, 285 ff.; *Uhlenbruck*, NJW 1996, 1583; *A. Langenfeld/G. Langenfeld*, ZEV 1996, 339 ff.; *Limmer*, ZNotP 1998, 322 ff.; *Langenfeld*, ZEV 2003, 449 ff.

35) Allerdings ist für bestimmte ärztliche Maßnahmen gemäß § 1904 Abs. 2 und für bestimmte freiheitsentziehende und -beschränkende Maßnahmen gemäß § 1906 Abs. 5 neuerdings die schriftliche Erteilung der Vollmacht vorgeschrieben, vgl. *Müller*, DNotZ 1999, 107, 110; zu weiteren Ausnahmen von der grundsätzlichen Formfreiheit nur: *Palandt/Heinrichs*, aaO (Fußn. 10), § 167 BGB Rdn. 2.

36) Erst später soll bei dieser Gestaltung gegen Vorlage eines ärztlichen Attests oder auf schriftliche Anweisung des Vollmachtgebers dem Bevollmächtigten eine Ausfertigung erteilt werden (Ausfertigungssperre). Auf diese Weise soll erreicht werden, dass die Vorsorgevollmacht materiell-rechtlich durch Übersendung einer einfachen Kopie an den Bevollmächtigten sofort wirksam wird, der Bevollmächtigte jedoch zunächst die Vollmacht nicht durch Vorlage einer Ausfertigung nachweisen kann, sodass ein vorzeitiges (missbräuchliches) Handeln jedenfalls in Angelegenheiten ausgeschlossen ist, in denen ein ordnungsgemäßer Vollmachtsnachweis zu erbringen ist, etwa in Grundstücks- oder Registersachen.

37) Vgl. *Müller*, DNotZ 1997, 100, 110, die die Zuleitung einer unbeglaubigten Abschrift der Vollmachtsurkunde empfiehlt, um die wirksame Abgabe der Vollmachtserklärung sicherzustellen.

2. Abgabeform bei § 781 erforderlich?

Ob das Gesetz für die Anerkennungserklärung eine besondere Abgabeform (Abgabe der Originalurkunde) vorschreibt, ist durch Auslegung der *einschlägigen Formvorschrift* (§ 781) unter Berücksichtigung von Wortlaut, Systematik, Genese und Teleologie zu ermitteln. Allerdings ist die Formvorschrift hier aus der *Perspektive der Abgabe* und den mit ihr verbundenen Wertungen (Zurechnung) zu betrachten und auf spezifische Bezüge zwischen Form und Abgabe hin zu untersuchen.

a) Wortlaut

Der Wortlaut des § 781 Satz 1 schreibt die „*schriftliche Erteilung der Anerkennungserklärung*“ vor. Einigkeit besteht darüber, dass hierdurch für die Anerkennungserklärung die Schriftform i. S. von § 126 als Verkörperungsform vorgeschrieben wird³⁸. Zu klären ist, ob darüber hinaus die Formulierung „*schriftliche Erteilung*“ eine besondere Abgabeform in dem Sinne fordert, dass die Originalurkunde in Verkehr gebracht werden muss.

Der Wortlaut ist nicht eindeutig. Zwar verlangt der BGH für den Begriff der „*Erteilung*“ einer Bürgschaftserklärung i. S. von § 766 Satz 1 eine Entäußerung gegenüber dem Gläubiger, indem die schriftliche Erklärung diesem – und sei es nur vorübergehend – zur Verfügung gestellt wird³⁹. Dennoch gibt es juristisch keinen feststehenden Begriff der „*Erteilung*“, der für alle Gesetzesbestimmungen gleich auszulegen wäre. Die sprachliche Bandbreite dieses Begriffs umfasst das Abfassen der Urkunde ebenso wie dessen Inverkehrbringen. Der Begriff kann sich damit sowohl auf den Verkörperungsakt als auch auf den Abgabeakt beziehen. Genau betrachtet verlangt der Wortlaut des § 781 Satz 1 lediglich die „*schriftliche Erteilung*“ der Anerkennungserklärung und nicht die „*Erteilung in schriftlicher Form*“ (wie § 1154). Schriftlich kann aber nur der Verkörperungsakt (Abfassen der Urkunde/eigenhändige Unterschrift) sein, nicht jedoch der Abgabeakt selbst (also die Handlung des Abgebens als solche). Insofern lässt der bloße Wortlaut es jedenfalls zu, unter dem Begriff der „*schriftlichen Erteilung*“ nur die schriftliche Abfassung der Urkunde und die eigenhändige Unterzeichnung, also die bloße Vornahme des Verkörperungsaktes zu verstehen.

b) Gesetzgeberische Formzwecke

Da der Wortlaut keine eindeutige Auslegung ermöglicht, ist der *gesetzgeberische Zweck* der einschlägigen Formvorschrift (§ 781 Satz 1) zur weiteren Klärung heranzuziehen. Als mögliche gesetzgeberische Zwecke der Schriftform im Hinblick auf die Abgabe kommen in Betracht: Übereilungsschutz und Warnung, Klarheit (Inhalts- und Abschlussklarheit) und Beweissicherung.

38) Nur: *Palandt/Sprau*, aaO (Fußn. 10), § 781 BGB Rdn. 11 und § 780 BGB Rdn. 6.

39) BGHZ 121, 224, 228 = DNotZ 1994, 440 = NJW 1993, 1126.

Nach den Motiven zum BGB⁴⁰ sowie den Protokollen der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des BGB⁴¹ hat das Schriftformerfordernis i. S. der §§ 780, 781 den Sinn, Streitigkeiten darüber vorzubeugen, ob der Schuldner seine Verpflichtung mündlich verbindlich anerkannt hat. Es sollte „Vorsorge getroffen werden, dass der Schuldner nicht schon an jeder beliebigen Äußerung festgehalten werde und dass nicht im Prozesse ... jeder Anspruch von vornherein außer auf den besonderen Verpflichtungsgrund auch noch auf das Fundament der Anerkennung gestützt werde“.

aa) Übereilungsschutz und Warnung

Die Rechtsprechung⁴² und ein Teil der Literatur⁴³ folgern aus den Gesetzesmaterialien des historischen Gesetzgebers, dass die Formvorschrift des § 781 *nicht* den Schutz des Schuldners vor *Übereilung* bezweckt, sondern lediglich der Rechtssicherheit durch Schaffung klarer Beweisverhältnisse dient. Die Gegenansicht⁴⁴ leitet aus der für Kaufleute geltenden Ausnahmegvorschrift des § 350 HGB ab, dass die Formvorschrift des § 781 auch dem Übereilungsschutz und der Warnung dient.

Für die Rechtsprechung lässt sich anführen, dass sich in der Entstehungsgeschichte des § 781 keine Anhaltspunkte für Übereilungsschutz und Warnung als Formzweck finden⁴⁵. Der Gegenansicht kann entgegengehalten werden, dass die Ausnahmegvorschrift des § 350 HGB sich nicht nur mit der geringeren Schutzwürdigkeit der geschäftserfahreneren Kaufleute begründen lässt, sondern schlicht mit der Erleichterung und Beschleunigung des Handelsverkehrs⁴⁶. Auch spricht für die Rechtsprechung, dass die prozesualen Folgen des Schuldanerkenntnisses (Umkehr der Beweislast) nicht so schwerwiegend sind, dass der Schuldner vor Übereilung durch eine Formvorschrift geschützt werden muss⁴⁷.

Allerdings geht die Regierungsbegründung zum Formvorschriftenanpassungsgesetz v. 13. 7. 2001⁴⁸ ausdrücklich davon aus, dass das Formerfor-

40) Motive, Bd. II, S. 689 f.

41) Protokolle, S. 505.

42) BGHZ 121, 1, 4 ff. = NJW 1993, 584; OLG *Düsseldorf*, MDR 1961, 411.

43) *Palandt/Sprau*, aaO (Fußn. 10), § 780 BGB Rdn. 6; *MünchKommBGB/Hüffer*, aaO (Fußn. 11), § 780 Rdn. 21; *Staudinger/Marburger*, aaO (Fußn. 11), § 780 BGB Rdn. 7; *Erman/Heckelmann*, aaO (Fußn. 10), § 780 BGB Rdn. 5; *jurisPK-BGB/Bork*, aaO (Fußn. 11), § 780 Rdn. 7; *Gernhuber*, *Das Schuldverhältnis*, 1989, § 18 III 4a; *Reinicke*, NJW 1970, 885, 886 f.; *Blaurock*, EWIR 1993, 245, 246; *Plewe*, aaO (Fußn. 22), S. 9 ff.

44) *Palandt/Heinrichs*, aaO (Fußn. 10), § 125 BGB Rdn. 2; *MünchKommBGB/Einsele*, aaO (Fußn. 10), § 125 Rdn. 6; *Bamberger/Roth/Wendtland*, aaO (Fußn. 10), § 125 BGB Rdn. 1; *Jauernig/Stadler*, BGB, 11. Aufl., 2004, §§ 780, 781 Rdn. 8; *Larenz/Wolf*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., 2004, § 27 Rdn. 9; *Larenz/Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, 2. Halbbd., 13. Aufl., 1994, § 61 I 1b; *Einsele*, DNotZ 1996, 835, 851; *Medicus*, *Schuldrecht II*, Besonderer Teil, 10. Aufl., 2000, Rdn. 559; *Dehn*, WM 1993, 2115; *Fischer*, JuS 1998, 205, 208.

45) BGHZ 121, 1 = NJW 1993, 584.

46) BGHZ 121, 1 = NJW 1993, 584, 585.

47) BGHZ 121, 1 = NJW 1993, 584, 585.

48) BGBl. I, 1542 ff.

dernis in den §§ 766, 780 und 781 ganz überwiegend dem Zweck diene, den Schuldner vor einer übereilten Erklärung zu schützen (Warnfunktion)⁴⁹. Da die Schriftform wegen ihrer langen Tradition und Verankerung im Bewusstsein des Menschen wenigstens aus subjektiven Gründen derzeit noch einen besseren Schutz vor Übereilung biete, soll nach der Regierungsbegründung für Bürgschaft ebenso wie für Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis die elektronische Form ausgeschlossen sein⁵⁰. Demgegenüber vertritt *Plewe*⁵¹ die Ansicht, dass sich durch das Formvorschriftenanpassungsgesetz an der gesetzgeberischen Zweckbestimmung des historischen Gesetzgebers nichts geändert habe, da der Ausschluss der elektronischen Form für Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nicht wegen eines Warndefizits der elektronischen Form, sondern wegen eines noch bestehenden Rests an Misstrauen gegenüber der Verlässlichkeit der elektronischen Form erfolgt sei.

Der Ansicht von *Plewe* ist im Ergebnis zu folgen. Zwar entspricht der von ihm angegebene Grund für den Ausschluss der elektronischen Form bei § 781 nicht der ausdrücklichen Begründung des Regierungsentwurfs. Da sich die Regierungsbegründung jedoch nicht mit der abweichenden Rechtsprechung und den historischen Gesetzesmaterialien auseinandersetzt, ist nicht auszuschließen, dass die bestehenden Unterschiede zwischen Bürgschaft einerseits und Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis andererseits und die hieraus folgenden Unterschiede in den jeweiligen Formzwecken vom Gesetzgeber nicht reflektiert wurden und Bürgschaft, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nur im Hinblick auf die Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr einheitlich von der elektronischen Form ausgeschlossen wurden.

*Plewe*⁵² weist zutreffend darauf hin, dass der Unterschied in den gesetzgeberischen Formzwecken von Bürgschaft und Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis sachlich gerechtfertigt ist. Bei der Bürgschaft müsse dem künftigen Bürgen oftmals die Tragweite seines Handelns erst vor Augen geführt werden. Vielfach bestehe der Gedanke, dass die Bürgschaft nur eine formale Angelegenheit sei (getreu dem Gedanken, „es werde schon gut gehen“). Der Bürge könnte ohne das Formerfordernis bei entsprechender Leichtigkeit die eingegangene Verpflichtung falsch einschätzen. Anders sei dies bei Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, für die es nicht charakteristisch sei, dass deren Inhalt und dessen Bedeutung für den Erklärenden von diesem falsch eingeschätzt werde. Hier solle durch die Formvorschrift eine Abgrenzung zu missverständlich formulierbaren mündlichen Erklärungen erreicht werden. Dies sei nicht gleichzusetzen mit einer Warnfunktion. Nicht jede Formvorschrift, welche Schriftform anordne, habe den Schutz vor übereilten Erklärungen zum Zweck.

49) BT-Drucks. 14/4987, S. 22.

50) BT-Drucks. 14/4987, S. 17, 22.

51) *Plewe*, aaO (Fußn. 22), S. 10 f.

52) *Plewe*, aaO (Fußn. 22), S. 10, 188.

Dient die Formvorschrift des § 781 somit nicht dem Schutz vor Übereilung und Warnung, so unterscheidet sich diese wesentlich vom Formerfordernis bei der Bürgschaftserklärung (§ 766), dessen gesetzgeberischer Hauptzweck der BGH⁵³ zu Recht im Schutzbedürfnis des Bürgen sieht, der zu größerer Vorsicht angehalten und vor nicht ausreichend überlegten Erklärungen gesichert werden solle. Die bei der Bürgschaft gestellten strengen Anforderungen an den Begriff der „Erteilung“ (Übermittlung durch Telegramm oder Telefax genügen nicht) begründet der BGH maßgeblich mit dem *Schutz vor Übereilung und unzureichender Folgenabwägung*. Diese Begründung kann nicht auf § 781 übertragen werden.

bb) Inhalts- und Abschlussklarheit

Der Formzweck der *Inhaltsklarheit*⁵⁴ kann die Annahme einer besonderen Abgabeform nicht begründen, da der Inhalt der Anerkennungserklärung nicht durch den Abgabeakt, sondern durch den Verkörperungsakt dauerhaft fixiert wird.

Der Formzweck der *Abschlussklarheit*⁵⁵ kommt vorliegend nur eingeschränkt in Betracht. Da allein die Anerkennungserklärung des Schuldners – nicht auch die Annahmeerklärung des Gläubigers – nach § 781 der Schriftform bedarf, kann das Formerfordernis hier nicht darauf abzielen, den Vertragsabschluss *als solchen*, d. h. das Zustandekommen des Vertrages durch Einigung bzw. Angebot und Annahme klarzustellen. Bei einem auf die Erklärung *einer* Vertragspartei beschränkten Formerfordernis kann es unter dem Aspekt der Abschlussklarheit allenfalls darum gehen, Klarheit über die *Abgabe* und/oder den *Zugang* der formpflichtigen *einzelnen* Erklärung zu schaffen.

Der vom historischen Gesetzgeber verfolgte Zweck des § 781 erfordert als besondere Abgabeform nicht notwendig das Inverkehrbringen der Originalurkunde. Dem Gesetzgeber ging es mit der Schriftform lediglich darum, Streitigkeiten über *mündliche* Anerkennungserklärungen vorzubeugen, ein Festhalten des Schuldners an jeder *beliebigen* Äußerung auszuschließen und zu verhindern, dass im Prozess jeder Anspruch von *vornherein* auf ein Schuldanerkenntnis gestützt wird. Diesem Erfordernis wird bereits dadurch genügt, dass die Anerkennungserklärung schriftlich abgefasst und eigenhändig vom Schuldner unterschrieben wird. Bereits durch die Einhaltung der Verkörperungsform i. S. von § 126 wird erreicht, dass die Formzwecke der Schriftform entfaltet und vollendet werden und eine entsprechende Urkunde real geschaffen wird. Ist aber eine solche Originalurkunde physikalisch existent, so geht es nicht mehr nur um eine mündliche oder beliebige Äußerung, auf die im Prozess jeder Anspruch gestützt werden könnte,

53) BGHZ 121, 224 = DNotZ 1994, 440 = NJW 1993, 1126, 1127; BGHZ 24, 297, 302 = NJW 1957, 1275.

54) Klarheit darüber, was die Parteien vereinbart haben; vgl. *Heldrich*, AcP 147 (1941), 89, 91.

55) Klarheit darüber, dass der Vertrag zustande gekommen ist; vgl. *Heldrich*, AcP 147 (1941), 89, 91.

sondern um eine verkörperte Erklärung, die jedenfalls im Zeitpunkt der Erstellung real existent ist, die wahrgenommen, übermittelt und überprüft werden kann und dem Beweis zugänglich ist. In wessen Händen sich die Originalurkunde befindet, ist für den vom Gesetzgeber verfolgten Formzweck nicht entscheidend. Das Erfordernis der Übermittlung der Originalurkunde hätte lediglich zur Folge, dass sich die Originalurkunde in Händen des Gläubigers befindet. Damit wird diesem zwar eine günstigere Beweislage und ein Beweismittel verschafft, ggf. die Geltendmachung im Urkundsprozess ermöglicht. *Abgabeklarheit* darüber, wie die Urkunde in die Hände des Gläubigers gelangt ist, ergibt sich hieraus aber nicht. Die Urkunde könnte dem Schuldner ohne seinen Willen abhanden gekommen sein oder der Gläubiger könnte die Urkunde ohne oder gegen den Willen des Schuldners an sich genommen haben. Auch wenn sich die Originalurkunde beim Schuldner befindet, besagt dies nicht, dass eine Abgabe nicht stattgefunden hat. Der Gläubiger könnte dem Schuldner die Urkunde wieder zurückgegeben haben oder der Schuldner könnte die Urkunde nach Aushändigung an den Gläubiger ohne oder gegen dessen Willen wieder an sich genommen haben. All dies sind Sachverhalte, die mit einer mündlichen oder beliebigen Äußerung, auf die im Prozess jeder Anspruch gestützt werden könnte, *nicht* gleichzusetzen sind.

cc) Beweissicherung

Auch der Formzweck der Beweissicherung (Rechtssicherheit durch Schaffung klarer Beweisverhältnisse), so wie ihn der historische Gesetzgeber verstanden hat, kann nach hier vertretener Auffassung die Übermittlung der Originalurkunde als besondere *Abgabeform* nicht rechtfertigen. Bereits durch die erforderliche Verkörperung der Erklärung werden die Beweisverhältnisse gegenüber einer mündlichen oder sonstigen beliebigen Äußerung im Sinne der Intentionen des historischen Gesetzgebers hinreichend gesichert, auch wenn das Original beim Schuldner verbleibt. Insofern gelten die vorstehenden Ausführungen unter Buchst. bb entsprechend.

c) Notarielle Beurkundung statt Schriftform

Verlangt man – entgegen Buchst. aa bis cc – für die Anerkennungserklärung als besondere Abgabeform die Übermittlung der schriftlichen Originalurkunde, so bleibt im Fall des OLG *Koblenz* zu berücksichtigen, dass die Anerkennungserklärung notariell beurkundet wurde und der Notar vom Schuldner angewiesen wurde, dem Gläubiger eine notarielle Ausfertigung zu erteilen.

Durch die notarielle Beurkundung wird die Schriftform nicht nur ersetzt. Vielmehr werden die mit der Schriftform verfolgten Zwecke durch die notarielle Beurkundung perfektioniert. Übereilungsschutz und Warnfunktion sind bei der notariellen Beurkundung durch die Beurkundungsverhandlung, die Belehrung und Beratung des Notars, das Erstellen einer schriftlichen Verhandlungsniederschrift und die eigenhändige Unterzeichnung durch Beteiligte und Notar wesentlich stärker ausgeprägt. Auch Klarstel-

lung und Beweissicherung werden zuverlässiger verwirklicht, da die Urschrift der notariellen Verhandlungsniederschrift vom Notar formuliert und verwahrt wird.

Weist der Schuldner den Notar an, dem Gläubiger sofort eine Ausfertigung der notariellen Urkunde zu erteilen, so liegt darin der für die Abgabe durch den Schuldner rechtlich relevante Akt, da der Schuldner damit alles getan hat, was von ihm aus für das Wirksamwerden der Erklärung getan werden kann. Verstirbt der Schuldner etwa kurz nach dem Verlassen des Notariats, aber vor Versendung der Ausfertigung durch den Notar, so hat der Tod auf die Wirksamkeit seiner Erklärung nach § 130 Abs. 2 keinen Einfluss mehr, wenn der Notar sodann die Ausfertigung dem Gläubiger übersendet. Insofern unterscheidet sich der Fall des OLG Koblenz wesentlich vom Bürgschaftsfall des BGH⁵⁶, in dem der Bürge den Notar lediglich dazu ermächtigt hatte, dem Gläubiger eine Telekopie der notariellen Urkunde, nicht jedoch eine Ausfertigung zu übermitteln. Ist die Ermächtigung zur Erteilung einer Ausfertigung in der Urkunde selbst enthalten, so ist der Abgabeakt selbst beweiskräftig beurkundet. Aber auch, wenn die Ermächtigung außerhalb der Urkunde schriftlich oder mündlich erteilt wird, hat der Schuldner damit den entscheidenden Abgabeakt vorgenommen, der im Falle der Schriftform der Absendung der schriftlichen Originalurkunde rechtlich entspricht. Kommt sodann nach der Abgabe statt der Ausfertigung nur eine einfache Kopie beim Gläubiger an, ist dies rechtlich nicht mit dem Verlust der Erklärung auf dem Postweg vergleichbar. Jedenfalls wird hierdurch die Abgabe (Zurechnung) der Erklärung nicht infrage gestellt.

3. Zugangsform nach § 781 erforderlich?

Ob das Gesetz für die Anerkennungserklärung eine besondere Zugangsform (Zugang der schriftlichen Originalurkunde/Ausfertigung) vorschreibt, ist – wie bei der Abgabe – durch Auslegung der *einschlägigen Formvorschrift* (§ 781) zu ermitteln. Allerdings ist die Formvorschrift hier aus der *Perspektive des Zugangs* und den mit ihm verbundenen Wertungen (zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme) zu betrachten und auf spezifische Bezüge zwischen Form und Zugang hin zu untersuchen.

Zum *Wortlaut* des § 781 gelten die Ausführungen unter Ziff. IV 2 a entsprechend. Als mögliche *gesetzgeberische Zwecke* der Schriftform im Hinblick auf den Zugang kommen von vornherein nur Klarheit (Zugangsklarheit) und Beweissicherung in Betracht. Übereilungsschutz und Warnung, die auf das Verhalten des *Erklärenden* abzielen, sind hier nicht relevant, da es aus der Zugangsperspektive um die passive Empfangsposition des *Empfängers* geht.

Maßgeblich für die Annahme einer besonderen Zugangsform ist, ob der Klarstellungs- und/oder Beweissicherungszweck der einschlägigen Formvorschrift darauf gerichtet sind, dem *Empfänger* eine – über das allgemeine Maß hinaus – zuverlässigere (klare und sichere) und ggf. auch gerichtlich

56) BGHZ 121, 224 = DNotZ 1994, 440 = NJW 1993, 1126, 1128.

beweisbare Zugangsgrundlage zu verschaffen. Eine solche Annahme liegt z. B. nahe beim Rücktritt vom Erbvertrag (§ 2296) oder beim Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271). Die erbrechtliche Position des Rücktritts- bzw. Widerrufsempfängers ist sowohl im Hinblick auf seine eigenen Verfügungen als auch auf die des anderen Beteiligten von der Rücktritts- bzw. Widerrufserklärung betroffen. Deshalb hat er ein gesteigertes Interesse an einer zuverlässigeren und gerichtlich beweisbaren Zugangsgrundlage.

Völlig anders ist die Interessenlage bei der Anerkennungserklärung, da diese für den Empfänger *lediglich rechtlich vorteilhaft* ist⁵⁷. Durch das Schuldanerkenntnis wird die Rechtsposition des Empfängers ausschließlich verbessert, indem es ihm neben dem ursprünglichen Anspruch einen zusätzlichen neuen Anspruch verschafft. Es wäre aus der maßgeblichen Sicht des Empfängers geradezu paradox, bei einer solchen Interessenlage gesteigerte Anforderungen an die Form des Zugangs zu stellen. Vielmehr spricht das Interesse des Empfängers hier dafür, möglichst geringe Anforderungen an den Zugang (das Wirksamwerden) der Anerkennungserklärung zu stellen, da er von der Anerkennungserklärung rechtlich ausschließlich profitiert. Er wird eine auf unzuverlässige Art übermittelte oder schlecht beweisbare – aber wirksame – Anerkennungserklärung einer gerade aus diesem Grunde unwirksamen Anerkennungserklärung vorziehen. Deshalb erfordern der Klarstellungs- und Beweissicherungszweck bei der Anerkennungserklärung aus *Empfängersicht* weder ein erhöhtes Maß an Zugangsgewissheit noch die Verschaffung eines Beweismittels, somit keine besondere Zugangsform.

V. Fazit

Nach hier vertretener Auffassung kann aus den gesetzgeberischen Zwecken des § 781 weder eine besondere Abgabeform noch eine besondere Zugangsform hergeleitet werden.

Ein allgemeiner Rechtssatz mit dem Inhalt, dass formpflichtige Erklärungen in der für ihre Verkörperung vorgeschriebenen Form abgegeben und/oder zugehen müssen, ist – entgegen der h. M. – nicht anzuerkennen. Vielmehr ist für jede einschlägige Formvorschrift gesondert zu prüfen, welche Formanforderungen sich aus ihr für Verkörperung, Abgabe und Zugang ergeben. Hierbei kommt dem gesetzgeberischen Zweck der Formvorschrift besondere Bedeutung zu.

Die Unterscheidung zwischen Verkörperungsform, Abgabeform und Zugangsform hat gegenüber der starren Rechtsprechungsregel folgende Vorteile:

57) Der Gedanke findet sich auch beim Wirksamwerden einer Willenserklärung gegenüber beschränkt Geschäftsfähigen in § 131 Abs. 2 Satz 2, wonach eine lediglich rechtlich vorteilhafte Erklärung bereits mit Zugang beim beschränkt Geschäftsfähigen wirksam wird.

1. Sie deckt das Wesen des Formerfordernisses auf den drei Wertungsebenen (Verkörperung, Abgabe, Zugang) auf und ermöglicht es, den Umfang der Abdingbarkeit durch Parteivereinbarung zu bestimmen.

2. Sie greift auf die gesetzgeberischen Zwecke der einschlägigen Formvorschrift auf den drei Wertungsebenen zurück und ermöglicht es, die Reichweite des Formerfordernisses differenziert zu bestimmen.

3. Sie lokalisiert den Formmangel auf den drei Wertungsebenen und ermöglicht es, die Rechtsfolge des Mangels überzeugend zu begründen.

RECHTSPRECHUNG

I. Allgemeines

Nr. 1 *BGB § 172; RBerG Art. 1 § 1* (Rechtsschein einer Bevollmächtigung bei Vorlage notarieller Grundschuldbestellungsurkunde mit Abschrift der Vollmacht)

Wer eine wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG i. V. mit § 134 BGB unwirksame notarielle Vollmacht erteilt hat, kann an einen vom Bevollmächtigten geschlossenen Darlehensvertrag gebunden sein, wenn dem Darlehensgeber zuvor eine Ausfertigung einer notariellen Grundschuldbestellungsurkunde, in der das Vorliegen einer Ausfertigung der Vollmacht vermerkt ist, zusammen mit einer Abschrift der Vollmacht zugegangen ist.

BGH, Urt. v. 28. 3. 2006 – XI ZR 239/04

Hinsichtlich der Vollstreckung in das persönliche Vermögen ist das BerufungsG allerdings rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die der Geschäftsbesorgerin im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages erteilte Vollmacht unwirksam ist. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Steuersparmodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBerG. Ein – wie hier – ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag, der so umfassende Befugnisse enthält, ist nichtig. (...)

Zutreffend ist das BerufungsG jedoch weiterhin davon ausgegangen, dass die Kläger nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert sind, die Unwirksamkeit des Vollstreckungstitels geltend zu machen. Ist ein Darlehensnehmer nach dem Inhalt des Darlehensvertrages oder sonst schuldrechtlich verpflichtet, ein selbstständiges Schuldversprechen mit einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung als die Grundschuld verstärkende Sicherheit abzugeben, verhält er sich treuwidrig, wenn er versucht, aus der bisherigen Nichterfüllung seiner Verpflichtungen Vorteil zu ziehen. Den Klägern ist es daher nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich gegenüber der Beklagten auf die Nichtigkeit der Vollstreckungsunterwerfung zu berufen, wenn sie ihr gegenüber schuldrechtlich verpflichtet sind, sich hinsichtlich der Darlehensverbindlichkeit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen (st. Rspr.; Senatsurteile v. 15. 2. 2005 – XI ZR 396/03, WM 2005, 1698, 1701; v. 15. 3. 2005 – XI ZR 135/04¹, WM

1) DNotZ 2005, 683.