

Grundsatz der Formfreiheit

Eine nicht selbstverständliche Selbstverständlichkeit

Von Wiss. Mitarbeiter **Lukas Lackner**, Passau*

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit dem Grundsatz der Formfreiheit und seiner Historie seit den frühen Anfängen der Rechtsentwicklung. Zu Beginn wird auf den Grundsatz der Formfreiheit de lege lata eingegangen (I.). Anschließend folgen die historischen Entwicklungslinien seit dem römischen Recht bis heute (II.). Zum Schluss wird noch die Einbettung der Formfreiheit in das verfassungsrechtliche Gefüge des Grundgesetzes erörtert (IV.).

I. Der Grundsatz der Formfreiheit de lege lata

Im BGB gilt der Grundsatz der Formfreiheit. Diese schon fast als juristisches Mantra anmutende Formel dürfte jedem Jura-Studenten und auch sonst jedem Juristen geläufig sein. So wird diese Feststellung in den Lehrbüchern der Behandlung der Formbedürftigkeit der Rechtsgeschäfte meist vorangestellt.¹

Aber was bedeutet das? Heute dürfte man mit der Form eines Rechtsgeschäfts in erster Linie die §§ 126 ff. BGB assoziieren. Dies ist keinesfalls falsch. Im Gegenteil sind genau dies die Formen, die unsere Rechtsordnung für Rechtsgeschäfte vorsieht. Es dürfte aber bei der Lektüre der genannten Normen auffallen, dass diesen das Dogma der Verschriftlichung anhaftet, weshalb man geneigt sein wird, im ersten Moment die Form mit Schriftlichkeit in Verbindung zu bringen bzw. ihr gleichzusetzen. Hierbei handelt es sich aber, wie sich noch zeigen wird, keineswegs um die einzig mögliche Form, in die sich ein Rechtsakt einkleiden lässt.

Der Begriff „Form“ stammt aus dem Lateinischen und leitet sich von „forma“ ab, was Gestalt/Äußeres bedeutet. So versteht man z.B. unter formellem Recht die Rechtsnormen, die die Einhaltung einer bestimmten (gerichtlichen) Verfahrensweise regeln. Das formelle Gesetz ist ein solches, das diese Bezeichnung nur dann verdient hat, wenn es Ergebnis des förmlichen von der Verfassung in den Art. 76 ff. GG genau festgelegten Gesetzgebungsverfahrens ist.² Bereits hier wird klar, dass „Form“ keineswegs nur Verschriftlichung bedeutet, sondern auch Einhaltung einer bestimmten Verfahrens- oder einer Handlungsweise u.v.m.

* Der Autor ist Doktorand und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht von Prof. Dr. Markus Würdinger an der Universität Passau.

¹ Vgl. Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 13 Rn. 1; Musielak/Hau, Grundkurs BGB, 16. Aufl. 2019, Rn. 57; Boecken, BGB – Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2019, Rn. 324; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1044; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 609; Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1996, Rn. 852.

² Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 4 Rn. 2; Katz/Sander, Staatsrecht, 19. Aufl. 2019, Rn. 7.

Das Instrument zur Erzeugung von gewollten Rechtswirkungen in unserer heutigen Rechtsordnung ist das Rechtsgeschäft.³ Hierunter fallen sowohl der Vertrag als mehrseitiges als auch die Willenserklärung als einseitiges Rechtsgeschäft.⁴ Hierauf bezieht sich die Formfreiheit.⁵

Formfreiheit in diesem Sinne bedeutet insofern, dass man seinen rechtserheblichen Willen in jeder beliebigen Form – verschriftlicht, digital, mündlich, konkludent, durch Licht- oder Geräuschimpulse, Zeichensprache u.v.m. – äußern und hierdurch Rechtswirkungen erzeugen kann.⁶ Es kommt lediglich darauf an, dass der dahinterstehende rechtserhebliche Wille als solcher erkennbar (geäußert) wird.⁷

Dieser Befund findet im Gesetz keine explizite Erwähnung. Er lässt sich aus § 125 S. 1 BGB und den Formvorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch nur ausnahmsweise für bestimmte Rechtsgeschäfte vorsieht, ableiten. In den Motiven hingegen war dies noch ausdrücklich in § 91 BGB-E festgehalten: „Für ein Rechtsgeschäft ist eine besondere Form nur dann erforderlich, wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist.“⁸ Da dieser ausdrücklichen Feststellung im Gesetz keinerlei Mehrwert beigemessen wurde, fand § 125 BGB daher in seiner noch heute vorzufindenden Fassung Eingang in das Bürgerliche Gesetzbuch.

Rechtshistorisch betrachtet stellt der Grundsatz der Formfreiheit jedoch keine juristische Selbstverständlichkeit dar,⁹ obwohl uns dies heute durchaus so erscheinen mag, sondern ist das Ergebnis eines langzeitlichen Entwicklungsprozesses, der im Folgenden nur schemenhaft nachgezeichnet werden soll und kann. Diese Entwicklung vollzieht sich – selbstredend – nicht vollkommen stringent und aus sich selbst heraus, sondern in vielen Nuancen und vor dem Hintergrund sozialer, gesellschaftlicher, politischer etc. Wandlungen, für die hier nicht ausreichend Platz ist. Insofern muss für Details auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.

³ Neuner (Fn. 2), § 28 Rn. 1; Leipold, BGB I, Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 1 ff.; Musielak/Hau (Fn. 1), Rn. 44 ff.

⁴ Musielak/Hau (Fn. 1), Rn. 46 ff.; Medicus/Petersen (Fn. 1), Rn. 202 ff.

⁵ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 4. Aufl. 1992, S. 248.

⁶ Brox/Walker (Fn. 1), § 13 Rn. 1; Boecken (Fn. 1), Rn. 324; Musielak, JuS 2017, 949 (952).

⁷ Medicus/Petersen (Fn. 1), Rn. 609; Bork (Fn. 1), Rn. 567 ff.; Neuner (Fn. 2), § 44 Rn. 3.

⁸ Bei Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, S. 81.

⁹ So auch Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 125 Rn. 1; Müller, Formnichtigkeit am Maßstab der Verhältnismäßigkeit, 2019, S. 10.

II. Historische Entwicklung: Von der einstigen Wirkform zur heutigen Zweckform

Die Erkenntnis, dass allein der rechtliche Bindungswille, unabhängig von seiner entäußerten Gestalt, als rechtserheblich anerkannt wird und Rechtswirkungen hervorzubringen vermag, ist eine durchaus als jung zu bezeichnende, deren Durchbruch erst im 17. Jahrhundert zu verorten ist. Bis dahin verhalf allein die Form dazu, Rechtswirkungen herbeizuführen; sie machte einen Akt zu einem rechtlichen. Rechtsgeschäft und Form waren nicht getrennt, sondern vielmehr eins. In diesem Zusammenhang ist auch die häufig zitierte Phrase „die Form ist die älteste Norm“¹⁰ zu sehen. Auf den frühen Stufen der Rechtsentwicklung und auch noch weit darüber hinaus diente die Form dazu, den Rechtsakt als solchen erkennbar und sinnlich erfahrbar zu machen, ihn aus dem Allgemeinen, dem Gewöhnlichen herauszuheben und mit Rechtswirkung zu versehen. Die Form war insofern die Inkorporation, Machtmittel, existenzielles Wirksamkeitserfordernis und notwendiger Ausdruck für den Rechtsakt und zur Erzeugung rechtlicher Wirkung¹¹ und damit Wirkform, ohne deren Einhaltung kein Rechtsakt existierte und demnach auch keine rechtliche Wirkung.¹² Zwar musste der rechtliche Wille in die entsprechende Form gegossen werden; der Formalismus ging jedoch so weit, dass allein die Wahrung der Form die Rechtswirkung herbeiführte, auch wenn diese überhaupt nicht vom Willen getragen war.¹³

1. Formenstrenge im römischen Recht

Im römischen Recht entwickelte sich zunächst ein äußerst strenger Formalismus zur Herbeiführung von Rechtserheblichkeit, der im Laufe der Zeit jedoch diverse Lockerungen erfuhr.

a) Ausgangspunkt

In den frühen Anfängen bestand das Leben aus der Viehzucht, der Agrarwirtschaft und zeichnete sich im Grunde durch Selbstversorgung aus.¹⁴ Es gab weder Geldwesen noch Wirtschaftsverkehr noch bestand hierfür zunächst ein Bedürfnis. Auch als man damit begann, vereinzelte Naturalien, insbesondere Inventargegenstände wie Sklaven oder Vieh zu veräußern,¹⁵ beschränkte sich dieser rudimentäre Güterverkehr allerdings wohl noch auf formlose Tauschgeschäfte.¹⁶

Im Laufe der Zeit nahm das wirtschaftliche Leben an Fahrt auf und brachte auch für das Recht, insbesondere die Formen, diverse Änderungen mit sich.

b) Libralakte: *Nexum und Mancipation*

Der einfache formlose Gütertausch schien diesen neuerlichen Verhältnissen nicht mehr ausreichend Rechnung zu tragen.¹⁷ Daher entwickelten Priester im Interesse der Offenkundigkeit der Güterzuordnungen Erwerbsakte im Gewande feierlich-sakraler Handlungen.¹⁸ Mit ihnen sollte der Gütertausch rechtlich anerkannt und für die Beteiligten sowie für Dritte sinnlich erfahrbar gemacht werden. Zu dieser Zeit waren schuldrechtliche Verträge, also Vereinbarungen, die zu einer Leistung verpflichten, die erfüllt werden muss und eine dem Gütertausch vorgelagerte Rechtswirkung entfalten, selten. Bei den abgewickelten Geschäften handelte es sich vornehmlich um ad-hoc-Geschäfte, die uno actu vollzogen wurden und damit die Notwendigkeit einer schuldrechtlichen Verpflichtung als geistiges Band zwischen den Beteiligten mit vorgelagerter Rechtswirkung zunächst nicht aufkommen ließen. Es ging schlicht um die Güterverschiebung, weshalb es sich größtenteils aus heutiger Sicht quasi um reine Verfügungsgeschäfte gehandelt haben dürfte.

Die als notwendig empfundene Formalisierung wurde zunächst durch die sog. Libralakte (von *libra* = Waage), namentlich das *Nexum* und die *Mancipatio*, erreicht. Diese dienten vor allem der Übertragung von Herrschaftsrechten, zur Zahlung des Kaufpreises, zur Begründung einer Darlehenshaftung oder zur Befreiung von einer Verbindlichkeit.¹⁹

Beim Libralakt handelte es sich um ein Ritual, bei dem die gewünschte rechtliche Wirkung dadurch geschaffen wurde, dass der Geber dem Nehmer die entsprechende Gegenleistung, einen Metallbarren, in Gegenwart von fünf Zeugen und dem Waagehalter (*libripens*) zuwiegt.²⁰ Um den Rechtsakt perfekt zu machen, mussten zudem spezielle Gebärden und das Sprechen bestimmter festgelegter Worte oder Sätze, die je nach Art des Geschäftstyps divergierten, hinzukommen.²¹ „Der Gebrauch von Spruchformeln soll[te dabei] den Rechtsakt aus dem formlosen, unverbindlichen Fluss bloßen Gesprächs herausheben.“²²

c) *Stipulation*²³

Mit der Zeit trat neben die Libralakte ein Instrument zur Begründung einer – mit dem heutigen *ductus* – selbstständigen schuldrechtlichen Verpflichtung: die *Stipulation*.²⁴

¹⁰ Ebel, *Recht und Form*, 1975, S. 14.

¹¹ Honsell, *Römisches Recht*, 8. Aufl. 2015, S. 32; Waldstein/Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, 11. Aufl. 2014, § 13 Rn. 8.

¹² Flume (Fn. 5), S. 244; Di Fabio, *DNotZ* 2006, 342 (343); Ebel (Fn. 10), S. 14; Duckleit, in: *Festschrift für Fritz Schulz zur Feier seines 75. jährigen Bestehens*, 1951, Bd. 1, S. 160.

¹³ Ebel (Fn. 10), S. 13 ff.

¹⁴ Waldstein/Rainer (Fn. 11), § 13 Rn. 4.

¹⁵ Waldstein/Rainer (Fn. 11), § 13 Rn. 5.

¹⁶ Waldstein/Rainer (Fn. 11), § 13 Rn. 4.

¹⁷ Waldstein/Rainer (Fn. 11), § 13 Rn. 6.

¹⁸ Waldstein/Rainer (Fn. 11), § 13 Rn. 6.

¹⁹ Honsell (Fn. 11), S. 32 f.

²⁰ Honsell (Fn. 11), S. 32; Liebs, *Römisches Recht*, 6. Aufl. 2004, S. 229 f.

²¹ Meder, *Rechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2017, S. 32.

²² Meder (Fn. 21), S. 32.

²³ Der Begriff leitet sich ab von „*stipulari*“, was so viel bedeutet wie „(sich) in bestimmter mündlicher Form versprechen (lassen), sich etwas förmlich ausbedingen“. Er findet sich auch heute noch z.B. im Französischen „*stipuler*“ [= (förmlich) vereinbaren, (ausdrücklich) festsetzen, vertraglich festlegen] wieder. Im Völkerrecht ist der Begriff „*stipulieren*“ gebräuchlich.

Hierbei handelte es sich um eine Art Verpflichtungsgeschäft in Gestalt eines streng förmlichen mündlichen Leistungsversprechens.²⁵ Dieses war nun auf die Schaffung einer vorgelagerten Verpflichtung zur Erfüllung der vereinbarten Leistung gerichtet. Um rechtliche Anerkennung zu erlangen, war die penible Einhaltung eines bis ins Detail festgelegten Rituals erforderlich.²⁶ In concreto musste eine bestimmte formalisierte Frage unter Verwendung einer ausdrücklichen Sprechformel gestellt werden.²⁷ Die Antwort musste die vom Fragenden verwendeten Worte enthalten.²⁸ Zudem musste alles in Gegenwart der Beteiligten und unter Bedienung von Sprache geschehen.²⁹ Die Frage konnte auch nur sofort beantwortet werden.³⁰ Die Stipulation war somit von einem überaus strengen Wortformalismus gekennzeichnet. Wer taub, stumm, abwesend oder des Sprechens noch nicht mächtig war – vor allem Kinder –, konnte keine rechtserhebliche Bindung eingehen. Zum Inhalt der Stipulation konnte nahezu alles gemacht werden, wobei Rechtswirkungen nur dann eintraten, wenn die Formalien eingehalten wurden.³¹

Daneben konnte die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung auch durch Eintragung in das Geschäftsbuch des Hausvaters erfolgen (Litteralvertrag).³²

Mit der Stipulation war das Höchstmaß an Formalismus bereits erreicht, das sich nach und nach wieder entschärfte.

d) Realverträge

Den ersten Schritt in dieser Entwicklung machten die Realverträge (von res im Sinne von Sache, Leistung, Vollzug). Deren Schaffung lag der Umstand zugrunde, dass man bei einem formlosen Geldverleih rechtlos gestellt war. Hat ein Kreditgeber an den -nehmer Geld verliehen, ohne die Wahrung der Formen der Stipulation oder des Nexum einzuhalten oder wenigstens den Vorgang in das Hausbuch einzutragen, stand dem Geldgeber keinerlei Recht auf Rückzahlung zu und die Gerichte halfen ihm nicht.³³

Diesem Umstand zum Trotz, den man hinzunehmen wohl nicht bereit war, kam es zur rechtlichen Anerkennung des formlosen Darlehens. Darüber hinaus galt dies alsbald auch für die formlose Leihe, Verwahrung und das Faustpfandrecht.³⁴ Ihnen allen war gemeinsam, dass es sich um die Rückgabe einer Sache oder von Geld handelte, die bzw. wel-

ches vorher vom Fordernden übergeben wurde.³⁵ Die rechtliche Verbindlichkeit dieser Verträge hing allerdings von ihrem Vollzug, also der Übergabe des zurückgeforderten Gegenstandes ab.³⁶ Die bloße Vereinbarung reichte nicht aus, sondern der Vollzug, also die Übergabe des Gegenstandes, musste zwingend hinzutreten. Dies ist mit der heutigen Handschekung zu vergleichen (§ 518 BGB). Allerdings entstand hierdurch nur ein verbindliches Recht auf Rückgabe.

e) Konsensualverträge

Die Entwicklung des Geldwesens und des Handels schritten innerhalb und außerhalb des römischen Reiches voran und brachten die Konsensualverträge hervor.³⁷ Hierbei handelte es sich um rechtlich anerkannte Verträge, die auch ohne die Einhaltung der von der Stipulatio vorgeschriebenen Förmlichkeiten rechtliche Verbindlichkeit allein durch den Konsens der Beteiligten hervorriefen. Diese äußerliche Befreiung von den Ketten der Form ging aber mit der Beschränkung auf inhaltlicher Ebene einher. So war die rechtliche Anerkennung derartiger formloser Verträge auf eine bestimmte Anzahl von typischen Verträgen des Geschäftslebens begrenzt. Es waren dies der Kauf (*emptio venditio*), die Verdingung (*locatio conductio*), bei der es sich im Wesentlichen um den Miet-/Pachtvertrag, den Werkvertrag und den Dienstvertrag handelte, die Gesellschaft (*societas*) und der Auftrag (*mandatum*).³⁸ Bei ihnen hing die Rechtsverbindlichkeit auch nicht, wie bei den Realverträgen, von deren Vollzug ab. Dieser *numerus clausus* wurde vorerst nicht mehr erweitert.³⁹

f) *Pacta nuda*

Man darf allerdings nicht aus den Augen verlieren, dass es sich bei den Realverträgen und den Konsensualverträgen lediglich um Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Formbedürftigkeit handelte. Alle Vereinbarungen, die nicht unter Einhaltung des strengen Stipulationsrituals geschlossen wurden, in das Hausbuch eingetragen wurden, die nicht als Realvertrag durch Vollzug Wirksamkeit erlangten und auch nicht unter den *numerus clausus* der Konsensualverträge fielen, waren sog. *pacta nuda*, denen die Klagbarkeit und damit ihre rechtliche Anerkennung versagt blieb.⁴⁰

2. Symbolismus des germanischen Rechts

Zum germanischen Recht – vor allem aus der Zeit vor der als Mittelalter bezeichneten Epoche – sind aufgrund der Prägung durch Mündlichkeit nur wenige Quellen vorhanden, weshalb generell und insbesondere für den hiesigen Beitrag nicht viel gesagt werden kann. Vermutlich aber zeichnete sich auch diese Zeit durch eine ungeheure Vielzahl an Rechtssymbolik und Formalismus aus, die sodann auch noch im Mittelalter zu

²⁴ Liebs (Fn. 20), S. 233; Meder (Fn. 21), S. 37; Waldstein/Rainer (Fn. 11), § 13 Rn. 9.

²⁵ Kaser/Knütel, Römisches Privatrecht, 20. Aufl. 2014, § 7 Rn. 20.

²⁶ Liebs (Fn. 20), S. 234 f.; Meder (Fn. 21), S. 37 f.

²⁷ Vgl. Liebs (Fn. 20), S. 234; Meder (Fn. 21), S. 38; Honsell (Fn. 11), S. 34.

²⁸ Kaser/Knütel (Fn. 25), § 7 Rn. 20; Liebs (Fn. 20), S. 234.

²⁹ Kaser/Knütel (Fn. 25), § 7 Rn. 20; Liebs (Fn. 20), S. 234.

³⁰ Liebs (Fn. 20), S. 234.

³¹ Honsell (Fn. 11), S. 34; Harke, Römisches Recht, 2. Aufl. 2016, § 4 Rn. 20 ff.

³² Siehe hierzu Waldstein/Rainer (Fn. 11), § 13 Rn. 9; Liebs (Fn. 20), S. 240.

³³ Liebs (Fn. 20), S. 242.

³⁴ Liebs (Fn. 20), S. 244.

³⁵ Liebs (Fn. 20), S. 244.

³⁶ Harke (Fn. 31), § 4 Rn. 18, 27.

³⁷ Waldstein/Rainer (Fn. 11), § 13 Rn. 11; Liebs (Fn. 20), S. 247 ff.

³⁸ Harke (Fn. 31), § 4 Rn. 16.

³⁹ Liebs (Fn. 20), S. 255.

⁴⁰ Flume (Fn. 5), S. 244; Liebs (Fn. 20), S. 256.

finden ist.⁴¹ Hierfür spricht das auch sonst zugrundeliegende Bedürfnis, den einzelnen Rechtsakt hör- und sichtbar zu machen, sowie die durchweg rituell-religiöse Prägung der Vorstellungen.⁴² Hierzu gehörten wohl vor allem die Verbindung von Worten mit bestimmten Gebärden und Gesten, rituelle Handlungsweisen, die Verwendung von Symbolen und dergleichen.⁴³

3. Formvielfalt und Wandel im Mittelalter

Auch im Mittelalter begründete das bloße Wort für sich keine rechtlich anerkennenswerte Bindung.⁴⁴ Das beginnende Mittelalter zeichnete sich durch neuerlichen unmittelbaren Gütertausch⁴⁵ und vor allem das Lehnswesen aus. Zur Rechtsverbindlichkeit eines Aktes führte auch hier erst die Einhaltung der vielzählig vorgesehenen und mannigfaltigen Formalien, die den Beteiligten die Rechtlichkeit des Aktes sichtbar und erfahrbar machen sollte,⁴⁶ und die aufgrund der regionalen Zersplitterung nach dem Untergang des römischen Reiches zum Teil stark divergierten. Hierzu zählten beispielsweise die Bekräftigung durch Eid, die Übergabe von symbolischen Gegenständen, die Beurkundung, Gesten und Gebärden, die Zahlung einer Draufgabe – der Arrha, die den Vertragsschluss bestätigen sollte – oder auch die Hingabe einer Sicherheit – dem Wadium – in Form von Sachen oder eines Bürgen.⁴⁷

Die Entwicklung fand ihren Fortgang erst wieder im 12. Jahrhundert, was mit dem Wiederaufleben der römischen Rechtslehren zusammenfiel und seinen Ursprung vornehmlich im Übergang vom Lehns- zum Ständewesen, der Gründung der Städte und dem neuerlichen Aufblühen des Handels hatte.⁴⁸ Die oben aufgeführten römischen Grundsätze kamen weitestgehend nur als wissenschaftliches Themengebiet zum Tragen. Dabei wurde die Liste der Realverträge erweitert.⁴⁹ Nunmehr konnte eine Reihe von Geschäften durch Vorleistung einer Partei zur rechtlichen Wirksamkeit verholfen werden, auch wenn es sich nicht um die typischen Realverträge handelte (sog. Innominatrealverträge).⁵⁰ Parallel zur Weiterentwicklung des römischen Rechts in wissenschaftlicher Manner behielt das Mittelalter seinen eigenen Formalismus und

vornehmlich die dem römischen Recht ähnliche Einteilung in klagbare und nicht klagbare Abreden bei.⁵¹

Dann erreichte die Entwicklung einen radikalen Punkt. Es wurde die uneingeschränkte rechtliche Anerkennung einer jeden formlosen Vereinbarung fernab jeglicher Formalitäten gefordert. Stein des Anstoßes hierfür war die Moralthologie.⁵² Der Standpunkt, dass jedes gegebene Versprechen, unabhängig von der Einhaltung irgendeiner Form, rechtsgültig und verbindlich sei, leitet sich aus religiösen Überlegungen ab. Jeder sei vor dem eigenen Gewissen an sein Wort gebunden; wer das Gelöbnis ohne Not breche, begehe eine schwere Sünde.⁵³ Dies war auch die Geburtsstunde des heute noch allzu häufig bemühten Satzes „pacta sunt servanda“.

Diese Anschauung fand vor allem Anklang im kanonischen Recht und wurde auch im Handelsrecht als vorzugswürdig erachtet.⁵⁴ Das Aufkommen dieser Strömung schlug eine tiefe Schneise in die juristische Welt und teilte sie im Hinblick darauf in die Anhänger und Verfechter der traditionellen und formalistischen römisch-rechtlichen Sichtweise (Legisten) und die Vertreter der moralthologischen Haltung (Kanonisten) ein.⁵⁵ Damit galt im kirchlichen Recht und zuweilen im Handelsrecht – vor allem dann, wenn kirchliche Gerichte zur Entscheidung berufen waren – eine formlose Vereinbarung als rechtsbeständig, während in der weltlichen Juristerei am römisch-rechtlichen System festgehalten wurde.

4. Neues Verständnis in der Neuzeit

Im Laufe des 17. Jahrhunderts schwappte die Rechtsverbindlichkeit formloser Vereinbarungen aus dem kanonischen Recht in das weltliche Recht herüber. Dabei wurde durch bedeutende Namensträger wie *Hugo Grotius*, *Ulrich Huber* und *Samuel von Pufendorf* der freie Wille und der durch diesen selbstbestimmte und rechtlich gewollte Konsens als ausschlaggebendes rechtliches Verpflichtungsinstrument in den Mittelpunkt gerückt.⁵⁶

Diese Sichtweise setzte sich mehr und mehr durch, weshalb im Verlaufe des 17. und 18. Jahrhunderts die Unterscheidung des römischen Rechts in klagbare und nicht klagbare Verträge ad acta gelegt wurde. Selbstverständlich sah sich diese Rechtshaltung berechtigter Kritik ausgesetzt. So wurde ihr vorgeworfen, dass die völlige Preisgabe der Form nicht zu rechtfertigen sei, da insbesondere die Stipulation und der *numerus clausus* der Schuldverträge ein adäquates Indiz der Seriosität seien, das den Willen, rechtserheblich zu handeln, ausdrücke und dadurch den unerfahrenen oder unbesonnenen Teilnehmer am Rechtsverkehr schützen würde.⁵⁷ Die Entgegnung hierauf war, dass allein solche Abreden rechtlich

⁴¹ Vgl. *Ebel* (Fn. 10), S. 10 ff.; v. *Amira*, *Germanisches Recht*, Bd. 2, 4. Aufl. 1967, S. 117 ff.; *Mitteis/Lieberich*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 19. Aufl. 1992, S. 21 f; *Hoke*, *Österreichische und deutsche Rechtsgeschichte*, 1992, S. 4.

⁴² *Mitteis/Lieberich* (Fn. 41), S. 22; *Hoke* (Fn. 41), S. 4.

⁴³ Vgl. *Ebel* (Fn. 10), S. 10 ff.; v. *Amira* (Fn. 41), S. 117 ff.; siehe zu diversen Gebräuchen *Lobe*, *Die Form der Rechtsgeschäfte*, 1901, S. 4 ff.

⁴⁴ *Schlinker/Ludyga/Bergmann*, *Privatrechtsgeschichte*, 2019, § 2 Rn. 10.

⁴⁵ *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 9.

⁴⁶ *Heiss*, *Formmängel und ihre Sanktionen*, 1999, S. 46; *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 10.

⁴⁷ *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 9 ff.; *Ebel* (Fn. 10), S. 10 ff.; v. *Amira* (Fn. 41), S. 117 ff.

⁴⁸ *Ebel* (Fn. 10), S. 25 ff.

⁴⁹ *Liebs* (Fn. 20), S. 255 ff.

⁵⁰ *Liebs* (Fn. 20), S. 256.

⁵¹ *Heinrich*, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, 2000, S. 19 ff.

⁵² *Liebs* (Fn. 20), S. 257.

⁵³ *Liebs* (Fn. 20), S. 257 f.; *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 17.

⁵⁴ *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 18 f.

⁵⁵ *Meder* (Fn. 21), S. 161 ff.

⁵⁶ *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 20 ff.; *Heinrich* (Fn. 51), S. 26 ff.

⁵⁷ Siehe bei *Meder* (Fn. 21), S. 162.

verbindlich seien, die auch ernstlich gewollt und wohl überlegt sind.⁵⁸ Um dies aber feststellen zu können, musste das Geschäft die *causa* erkennen lassen.⁵⁹ Diese *Causa*-Lehre wurde für die Erhebung einer Vereinbarung zu einem rechtsverbindlichen Vertrag in Deutschland durch den Begriff der Willenserklärung ersetzt.⁶⁰ Aber auch heute noch hat die *Causa*-Lehre als Residuum im Bereicherungsrecht eine wesentliche Bedeutung. An diesem Punkt ist der Weg in die heutige Rechtsgeschäftslehre geebnet.

Der Begriff der Willenserklärung fand bereits Einzug in das preußische allgemeine Landrecht (ALR) und ebenso tat es der Grundsatz der Formfreiheit. Es war hier bereits möglich, eine Willenserklärung durch schlüssiges Verhalten, also konkludent, zu äußern.⁶¹ Das ALR hielt aber derart viele einzuhaltende Formvorschriften bereit, dass der Grundsatz der Formfreiheit vollkommen verwässert wurde.⁶² Man könnte diesbezüglich von einer lediglich formellen Formfreiheit sprechen.

5. Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Formfreiheit

Dennoch war das Konzept der Formfreiheit nicht derart etabliert, dass man dieses dem Bürgerlichen Gesetzbuch ohne Diskussion zugrunde legte. Vielmehr stand man bei der Schaffung desselben vor der – mit den Worten der Motive gesprochen – „Lebensfrage für den Verkehr“⁶³: Formzwang oder Formfreiheit? Am Ende kippte die Waage in Richtung der Letzteren, aber nicht ohne auch die Vorteile des Ersteren zu erwägen:

„Die Vortheile, welche für den Formzwang in Anspruch genommen werden, lassen sich dahin zusammenfassen: die Nothwendigkeit der Beobachtung einer Form ruft bei den Betheiligten eine geschäftsmäßige Stimmung hervor, weckt das jur. Bewußtsein, fordert zur besonnenen Ueberlegung heraus und gewährleistet die Ernstlichkeit der gefaßten Entschließung. Die beobachtete Form ferner stellt den rechtlichen Charakter der Handlung klar, dient, gleich dem Gepräge einer Münze, als Stempel des fertigen jur. Willens und setzt die Vollendung des Rechtsaktes außer Zweifel. Die beobachtete Form sichert endlich den Beweis des Rechtsgeschäftes seinem Bestande und Inhalte nach für alle Zeit; sie führt auch zur Verminderung oder doch zur Abkürzung und Vereinfachung der Prozesse.“⁶⁴

Nichtsdestotrotz sprach gegen den Formzwang die Verkehrserschwerung und die mögliche Ausnutzung und dadurch Benachteiligung der „schwächeren“ Partei.⁶⁵ Des Weiteren wurde für die Formfreiheit ins Feld geführt, dass bereits das

Handelsgesetzbuch dem Regime der Formfreiheit unterliege und eine Einführung eines Formzwanges für das allgemeine Zivilrecht zu Abgrenzungsschwierigkeiten führe.⁶⁶ Zuletzt wurde darauf hingewiesen, dass auch die Zivilprozessordnung den ursprünglich zu einem mittelbaren Formzwang führenden französisch-rechtlichen Grundsatz, wonach nur ein in bestimmter Form geschlossener Vertrag nachgewiesen werden könne, verworfen habe und sich die Formfreiheit daher in das bestehende System einfüge.⁶⁷

III. Regel und Ausnahmen

Wie so oft bestätigen auch hier Ausnahmen die Regel. Die Verankerung der Formfreiheit im Bürgerlichen Gesetzbuch wird begleitet von diversen einzelnen Formvorschriften für bestimmte Rechtsgeschäfte. Diese vom Gesetz oktroyierten Formvorgaben dienen nun aber nicht (mehr) dazu, einen Akt überhaupt erst zu einem rechtlichen zu machen (sie sind nicht Wirkform), sondern sie sind vom Gesetzgeber in den Dienst bestimmter Zwecke gestellt und damit Zweckform.⁶⁸ Darüber hinaus sind aber auch in unserem heutigen Recht noch Überreste der Wirkform zu finden. So zum Beispiel in § 1311 BGB, Art. 2 WechselG und Art. 2 ScheckG. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt, wie bereits eingangs erwähnt, die §§ 126 ff. BGB. Bei diesen handelt es sich aber noch nicht um die die Formfreiheit einschränkenden Vorschriften. Sie regeln lediglich die Anforderungen, denen die angeordnete Form gerecht werden muss.

IV. Verfassungsrechtliche Bedeutung der Formfreiheit

Nach dem Auf und Ab der Form in der Rechtsgeschichte soll hier letztlich noch die Frage gestellt werden, ob der Grundsatz der Formfreiheit verfassungsrechtlichen Schutz genießt oder ob es *vice versa* möglich wäre, dem Formzwang das Zepher in die Hand zu geben.

Einen Anhaltspunkt für eine verfassungsrechtliche Gewährleistung könnte im Grunde nur Art. 2 Abs. 1 GG bieten. Dieser schützt ausweislich seines Wortlauts die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Hiervon umfasst ist einerseits die allgemeine Handlungsfreiheit⁶⁹ im Sinne jeglicher Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt,⁷⁰ und andererseits – als Kehrseite der Medaille – die quasi rechtliche allgemeine Handlungsfreiheit, die Privatautonomie.⁷¹ Letztere ist dabei als das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen, also die Fähigkeit eines jeden, seine Verhältnisse in rechtli-

⁵⁸ Siehe bei *Meder* (Fn. 21), S. 163.

⁵⁹ *Meder* (Fn. 21), S. 163.

⁶⁰ *Meder* (Fn. 21), S. 164.

⁶¹ *Schlinker/Ludyga/Bergmann* (Fn. 44), § 2 Rn. 20 ff.

⁶² Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1888, S. 178.

⁶³ Motive (Fn. 62), S. 179 = Mugdan (Fn. 8), S. 451.

⁶⁴ Motive (Fn. 62), S. 179 = Mugdan (Fn. 8), S. 451.

⁶⁵ Motive (Fn. 62), S. 179 f. = Mugdan (Fn. 8), S. 451 f.

⁶⁶ Motive (Fn. 62), S. 180 = Mugdan (Fn. 8), S. 452.

⁶⁷ Motive (Fn. 62), S. 180 = Mugdan (Fn. 8), S. 452.

⁶⁸ Zu den verschiedenen Formzwecken siehe z.B. *Heldrich*, AcP 147 (1941), 89 ff.; *Mankowski*, JZ 2010, 662.

⁶⁹ BVerfG NJW 1957, 297 („Elfes-Entscheidung“).

⁷⁰ BVerfG NJW 1994, 1577 (1578).

⁷¹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), Kommentar zum GG, 93. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 19, 101 m.w.N.; *Lang*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GG, Ed. 46, Stand: 15.2.2021, Art. 2 Rn. 5a; *Medicus/Petersen* (Fn. 1), Rn. 174.

cher Hinsicht nach eigenem Ermessen und Belieben zu regeln und zu gestalten, zu verstehen.⁷² Von ihr umfasst ist die Vertragsfreiheit.⁷³ Die Formfreiheit wird zumeist als Appendix der Vertragsfreiheit eingeordnet und als solches ebenfalls als dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG unterstehend angesehen.⁷⁴ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Es ist jedoch weiterzugehen und die Formfreiheit nicht lediglich als der Vertragsfreiheit beigeordnet anzusehen, sondern als notwendiges Geleit der Privatautonomie.

Durchaus ließe sich hierzu anführen, dass das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Jahre 1900 dem Grundgesetz aus dem Jahre 1949 das geltende Privatrechtssystem und damit auch den Grundsatz der Formfreiheit vorgegeben und insofern Letzteres dieses System als bestehendes Faktum in sich aufgenommen hat. Es darf aber nicht verkannt werden: das Bürgerliche Gesetzbuch muss sich als einfaches Gesetz an der Verfassung messen lassen und nicht umgekehrt!⁷⁵ Nur weil das Bürgerliche Gesetzbuch als älteres Gesetz die Formfreiheit protegirt, bedeutet das nicht, dass die Verfassung diesen Umstand ebenso für gut und richtig zu befinden, geschweige denn diesem seinen Mantel zum Schutze überzulegen hat. Dennoch ist in diese Richtung zu plädieren. Dem vorgefundenen Privatrechtssystem kann aber allenfalls eine Indizwirkung zukommen.

Dieses Indiz wird jedoch durch den historischen Wandel der Formfreiheit, der eng mit dem der Vertragsfreiheit, welche jedenfalls unter dem Schutz der Verfassung steht, verbunden ist und letztlich in den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches kulminiert, bekräftigt.⁷⁶

Hinzu treten sowohl die Erkenntnisse aus der Naturrechtslehre und der Aufklärung, deren Pinselstrich das Bild des selbstbestimmten und mündigen Menschen hervorgebracht haben und die dem Grundgesetz zugrunde gelegt sind,⁷⁷ als auch diejenigen, wonach dem Einzelnen der bloße rechtliche Wille, unabhängig von der Einhaltung einer bestimmten Form, als Werkzeug zur Rechtserzeugung an die Hand gegeben ist.

In einer solchen Verfassungsordnung, die einen Staat konstituiert, auf dessen Fahne in großen Lettern „Rechtsstaat“ prangt und dessen rechtliche Wurzeln auch tief hinein in das Zivilrecht und die Verhältnisse der Bürger untereinander ragen, ist es nur richtig, dass die rechtliche Betätigungsfreiheit im Sinne der Privatautonomie dem Schutze der Ver-

fassung unterstellt wird. Die von der Verfassung – jedenfalls heute – vorzufindende Lebenswirklichkeit eines jeden ist die Symbiose aus einer natürlichen und einer rechtlichen Sphäre, bei der die letztgenannte einen nicht unerheblichen Teil prägt. Eine Verfassung, die die Selbstentfaltung eines jeden hochhält, sollte dies somit auch hinsichtlich der rechtlichen Seite des Lebens tun. Die Formfreiheit gehört, wie die Geschichte zeigt, vor allem zu einem freien und unbeschwerten Handels- und Güterverkehr, der es insbesondere jedem ermöglicht, seine individuellen Bedürfnisse selbstbestimmt und frei zu befriedigen sowie seine Verhältnisse zu regeln.

In einem solchen System, das die Autonomie des Einzelnen, dessen Subjektqualität und dessen Entfaltung als höchstes Gut anerkennt, kann es nur richtig sein, der Privatautonomie, deren Instrument das Rechtsgeschäft ist, die Formfreiheit zur Seite zu stellen, um so die Verwirklichung derselben und damit der Selbstentfaltung des Einzelnen bestmöglich zur Geltung zu verhelfen.

Auch trägt der verfassungsrechtliche Schutz der Formfreiheit dem Gedanken der Gleichheit, dem sich die Verfassung verschrieben hat, Rechnung, zumal dies jedem, unabhängig von seiner Begabung, Kenntnisse und Lebensumstände, die Möglichkeit bietet, sofern er überhaupt einen rechtlichen Willen bilden kann, diesem auch Ausdruck – gleich in welcher Form – zu verleihen. Man denke z.B. an Menschen mit Sprachstörungen, Legasthenie, Taub- oder Stummheit, ausländische Menschen, die einer Sprache oder Schrift nicht kundig sind. Sie bedürften im Falle des Formzwanges, um am Rechtsleben teilzunehmen, immerwährend der Hilfe anderer, kundiger Personen. Damit würde aber die ureigenste Bedeutung der Autonomie verwässert. Autonomie ist die Freiheit des Selbst und zwar in Ob und Wie. Gleichheit bedeutet, dass jedem zumindest die gleichen Ausgangschancen zuteilwerden. Daher ist es durchaus möglich, für einzelne Rechtsakte Formen vorzusehen, sofern dies von einer vernünftigen Rechtfertigung begleitet wird und solange der Grundsatz „Formfreiheit“ heißt. Dies ist notwendig „damit sich das wertprägende Bild vom Menschen, der sich als Persönlichkeit eigenverantwortlich entfaltet, auf Dauer wirksam erhalten kann. [D]ie Ausgestaltung der Privatautonomie [muss] so erfolgen, dass die Privatrechtssubjekte eine verlässliche Ordnung vorfinden, die ihnen genügend Freiraum für die Entfaltung ihrer Absichten lässt. Zur Freiheit gehört immer auch das Risiko des Scheiterns [...]“⁷⁸ Ein Formzwang, der unter Umständen Formvorgaben bereithält, die nicht spontan und ad hoc erfüllt werden können, würde die rechtliche Handlungsfähigkeit erheblich einschränken. Unterstellt man zwar die Privatautonomie und damit die Befugnis eines jeden, seine Rechtsverhältnisse nach dem eigenen Willen zu gestalten, unter den Schutz der Verfassung, so muss dies auch für die Formfreiheit gelten. Ließe man die vollumfängliche Formalisierung dessen zu, was das Gesetz als rechtlich erheblich anerkennt, so gäbe man den Grundrechtsträgern Steine statt Brot. Der Schutz der Privatautonomie als Anerkennung des rechtlichen Willens würde ausgehöhlt. Mit der Anerkennung von Rechtserheblichkeit aufgrund des Willens und der Ab-

⁷² BVerfG NJW 1996, 2021; *Flume* (Fn. 5), S. 1; *Neuner* (Fn. 2), § 10 Rn. 28; *Musielak*, JuS 2017, 949 (949).

⁷³ Statt aller *Neuner* (Fn. 2), § 10 Rn. 33.

⁷⁴ *Heiss* (Fn. 46), S. 42 ff.; *Müller* (Fn. 9), S. 18 f.; *Haßfurter*, Form und Treue, 2016, S. 267; *Neuner* (Fn. 2), § 10 Rn. 33, 39; *Bork* (Fn. 1), Rn. 661, 1044; *Boecken* (Fn. 1), Rn. 324; *Laufke*, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, 1956, Bd. 1, S. 145 (145); *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 63; *Heinrich* (Fn. 51), S. 78 ff.

⁷⁵ Vgl. Art. 123 Abs. 1 GG.

⁷⁶ *Heinrich* (Fn. 51), S. 13 ff., 43 ff.; *Heiss* (Fn. 46), S. 25 ff.

⁷⁷ *Heinrich* (Fn. 51), S. 75; zum Menschenbild unserer Rechtsordnung siehe z.B. *Hubmann*, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 80. Geburtstag, 1965, Bd. 1, S. 37 ff.

⁷⁸ *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (348).

kehr von der Wirkform wurde der Weg zur Formfreiheit als zwingende Begleiterscheinung der Privatautonomie bereits vorgezeichnet. Insofern darf weiter – wohl süffisant – bemerkt werden, dass die Formfreiheit als Hilfsmittel zur bestmöglichen Gewährung der Privatautonomie und damit der ur-eigensten rechtlichen Freiheit eines jeden genauso schützenswert sein dürfte, wie das Taubenfüttern oder das Reiten im Walde. Letztlich ist all diesen Gesichtspunkten noch hinzuzufügen, dass es nicht mehr notwendig ist, den Rechtsakt als solchen sinnlich erfahrbar zu machen. Formen dienen und dürfen heute lediglich bestimmten Schutzzwecken dienen, die die Einengung der Formfreiheit legitimieren. Sie sind als Eingriffe in die Privatautonomie rechtfertigungsbedürftig und sowohl bei ihrer Schaffung als auch bei ihrer Anwendung auf ein Minimum zu reduzieren.

V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Formfreiheit eine lange Entwicklung hinter sich hat. Auffällig ist dabei, dass der Übergang von einem äußerst strengen Formalismus bis hin zur Formfreiheit immer angetrieben war von dem wirtschaftlichen Fortschritt und Güterverkehr sowie dem Aufkommen eines starken Geschäftswesens und Handels. Dennoch verzichtet keine Rechtsordnung vollständig auf Formen. Die Formfreiheit, wie wir sie heute kennen und erleben, ist mit Blick auf die Historie eine durchaus als jung zu bezeichnende Rechtserscheinung, die viele Vorteile, aber auch Risiken mit sich bringt. Als solche steht sie in einer Rechts- und Verfassungsordnung, die zu einem nicht unwesentlichen Teil auf dem Fundament der Privatautonomie fußt und bereits den bloßen Willen der Rechtssubjekte als rechtsstiftend anerkennt, unter dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG.