

| | |
|---|-----|
| § 11 Form der Verträge | 160 |
| I. Der Grundsatz der Formfreiheit | 160 |
| 1. Bedeutung | 160 |
| 2. Rechtfertigung von Formvorschriften | 161 |
| 3. Ausnahmen vom Grundsatz | 162 |
| II. Rechtsnatur und Bereich der Formvorschriften | 162 |
| 1. Erfüllung der Formvorschriften als materielle Gültigkeitsvoraussetzung | 162 |
| 2. Von der Formvorschrift erfasster Bereich | 163 |
| III. Die wichtigsten Typen vorgeschriebener Formen und Beispiele ihrer Anwendung | 164 |
| 1. Die einfache Schriftlichkeit (OR 12-16) | 164 |
| 2. Die qualifizierte Schriftlichkeit | 167 |
| 3. Öffentliche Beurkundung | 167 |
| IV. Wirkungen der Nichteinhaltung von Formvorschriften (OR 11/II) | 168 |
| 1. Tatbestand | 168 |
| 2. Ungültigkeit gemäss OR 11/II | 168 |
| 3. Möglichkeit der sog. Konversion des formungültigen Geschäfts | 171 |
| V. Entfallen der Rückforderung; Rechtsmissbrauch | 172 |
| 1. Beidseitige freiwillige Erfüllung | 172 |
| 2. Schranke des Rechtsmissbrauchs (ZGB 2) bei Berufung auf Formmangel | 172 |
| VI. Gewillkürte Formvorschriften (OR 16) | 174 |
| 1. Anwendungsbeispiele | 174 |
| 2. Vertragliche «Formbindung» im Hinblick auf spätere Vertragsabschlüsse | 174 |
| 3. Gewillkürte Form bei einseitigen Rechtsgeschäften | 175 |

§ 11 Form der Verträge

Literatur

K. H. BERNHARD, Formbedürftige Rechtsgeschäfte: Inhaltsermittlung, Umfang und Fassung der Urkundenerklärung, Berlin 1979; G. BOEHMER, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, II/2, Tübingen 1952; E. BUCHER, Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, ZBGR 1975, p. 65-80, OR/BT, § 5/III; J. DROIN, Les effets de l'inobservation de la forme en matière de transfert de la propriété immobilière, thèse Genève 1969 = Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève 26; W. FLUME, § 15/III/4, p. 270 ff. und dort Zit.; J. GERNHUBER, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, p. 151 ff.; K. HENDRICH, Die Form des Vertrages, AcP 147 (1941), p. 98 ff., 112 ff.; W. LORENZ, Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 156 (1957), p. 381 ff.; H. MERZ, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 163 (1964), p. 305 ff.; H. REICHEL, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, AcP 104 (1909), p. 1 ff.; J. SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Freiburg/CH 1988; K. SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf, Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 70, Basel 1964; DERS., Grundstückkauf und Formzwang, Replik zu BGE 90 II 154 ff., BJM 1965, p. 213 ff.; W. YUNG, Le contenu des contrats formels, Etudes et Articles, Genève 1971, p. 252 ff. Weitere Literatur bei B. V. BÜREN, p. 135; P. JÄGGI, OR 11 N. 1.

I. Der Grundsatz der Formfreiheit

1. Bedeutung

Das OR geht von dem allgemeinen *Grundsatz der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte* aus und versucht, denselben in weitestmöglichem Umfang aufrechtzuhalten¹; gegenüber dem in OR 11/I verankerten Formfreiheits-Grundsatz erscheinen

¹ *Rechtsvergleichend* nimmt das *Vertragsrecht* des OR und des BGB eine Extremposition der Verwirklichung der Formfreiheit ein. Der *Rechtskreis des französischen CC* neigt dazu, für besondere Geschäfte bestimmte Formen (wenn nicht als Gültigkeits-, so doch als Beweisvoraussetzungen) zu statuieren (vgl. dazu unten Ziff. II/1), während umgekehrt im gleichen Rechtskreis das *Immobiliarsachenrecht* weniger stark formalisiert ist: Eigentumsübertragung - wie bei Fahrnis, CC art. 1138/II, 1583 - durch blossen schuldrechtlichen Vertrag, ohne Voraussetzung des Grundbucheintrages, wobei jener grundsätzlich auch heute noch formfrei gültig ist und gemäss Décret portant réforme de la publicité foncière vom 4.1.1955 die notarielle Beurkundung nicht Voraussetzung des Rechtserwerbs, sondern bloss der Möglichkeit der (nicht konstitutiven) Registereintragung ist. Vgl. FERID/SCHÖNENBERGER, Bd. 2, 3 C 15, p. 587 und 3 C 303, p. 643. Auch das *anglo-amerikanische Recht* verwirklicht die Formfreiheit der Verträge nicht im Grundsätzlichen (vgl. die weitgehend austauschbaren Gültigkeitserfordernisse der Siegelung des Vertrags bzw. des Vorhandenseins von «consideration»; dazu § 5/VIII, Anm. 31, 32). Während die Übertragung dinglicher Rechte an Grundstücken dem Grundsatz nach formfrei (d. h. sogar mündlich!) wirksam vereinbart werden kann, schreibt umgekehrt in einer bis auf das Statute of Frauds (vgl. unten Anm. 7, Ziff. II/1) zurückgehenden Tradition die Law of Property Act, 1925 (sec. 40/I) vor, dass im Prozess (wohl der Erfüllungsklage) der Beweis nur mit schriftlicher Urkunde geführt werden könne. Vgl. im übrigen ZWEIGERT/KÖTZ, Bd. II, p. 53 ff.; R. PARKER, Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Wien 1960, § 4, p. 131 ff., § 2/d, p. 128 f.

alle formbedürftigen Geschäfte als Ausnahmen. Daraus folgt, dass ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage kein Formzwang angenommen werden darf, da die Formvorschriften Bestandteil des materiellen Bundesprivatrechts sind, können auch die Kantone keine materiellrechtlichen Formvorschriften aufstellen². Weiterhin ist zu folgern, dass *Formvorschriften restriktiv auszulegen* sind hinsichtlich des Kreises der formbedürftigen Geschäfte bzw. der in einem formbedürftigen Vertrag förmlich aufzunehmenden Vertragselemente wie auch hinsichtlich der Folgen der Missachtung von Formvorschriften³.

2. Rechtfertigung von Formvorschriften

Der Grundsatz der Formfreiheit ist die Entsprechung zur Vertragsfreiheit insbesondere im Sinne der Typenfreiheit: Diese beruht auf dem Gedanken der rechtlichen Bindungswirkung jedweder vertraglichen Willensübereinstimmung. Im Gegensatz dazu kann sich eine Formbindung wesensmässig nicht auf alle Verträge, sondern nur auf einzelne Typen beziehen; deren Begrenzung verlangt daher die Typisierung des formunterworfenen Vertrags⁴.

Bei den einzelnen gesetzlichen Formvorschriften spielen in verschiedenen Mischungsverhältnissen folgende *Zwecküberlegungen* mit:

- *Schutz der Parteien vor Übereilung* insofern, als sie nicht vor der Durchführung besonderer Umständlichkeiten gebunden sind; eventuell soll den Parteien die Tragweite des Geschäftes, die daraus resultierende rechtliche Gebundenheit vor Augen geführt werden;

² Vgl. dazu unten Ziff. II/1; die Kantone dürfen auch keine den Nachweis von Rechtsgeschäften betreffende *Beweisvorschriften* aufstellen (ZGB 10; unten Ziff. II/1 und Anm. 8).

³ Vgl. dazu BGE 89 II 191 (restriktive Handhabung der Formvorschriften bei Ausstellung von Erbfolge-Urkunden); ENGEL, p. 180; JÄGGI, OR 11 N. 24.

⁴ Die Statuierung von Formvorschriften ruft deshalb zuallererst immer der *Frage der Typenabgrenzung des formbedürftigen Geschäftes*, welche Problematik etwa bei der Bürgschaft deutlich genug hervortritt.

- Rechtssicherheit im Sinne der *Schaffung klarer Verhältnisse*: Zwang zur genauen Fixierung des Vertragsinhaltes, Beweisbarkeit und dauerhaftes Festhalten von Vertragsabschluss und -inhalt, eventuell Erkennbarkeit für Dritte⁵.

3. Ausnahmen vom Grundsatz

Innerhalb des Allgemeinen Teils wird lediglich für die Forderungsabtretung ein Formerfordernis statuiert (einfache Schriftform, OR 165/I)⁶. Formvorschriften sind immer Merkmal besonderer Vertragstypen, so dass sie im *Besonderen Teil des OR* beheimatet und hier nicht zu behandeln sind. Im weiteren finden sich im *Familien-, Erb- und Sachenrecht* wie auch in der *Spezialgesetzgebung* zahlreiche Anwendungsbeispiele. Im Rahmen einer Lehre des allgemeinen Vertragsrechts können nur einige gemeinschaftliche Gesichtspunkte aufgezeigt werden.

II. Rechtsnatur und Bereich der Formvorschriften

1. Erfüllung der Formvorschriften als materielle Gültigkeitsvoraussetzung

Die Erfüllung der gesetzlichen Formvorschriften ist *Voraussetzung der Gültigkeit* des fraglichen formbedürftigen Geschäfts; im Falle nicht hinreichender Erfüllung der Formvoraussetzungen ist das Geschäft *materiell unwirksam* (OR 11/II und unten Ziff. IV/2a/b). Damit steht die (auf gemeinrechtlichem Vorbild beruhende, mit dem BGB übereinstimmende) Regelung des OR im *Gegensatz* zur Konzeption des *französischen wie des englischen Rechtskreises*, welche Formvorschriften als *Beweisvorschriften* auffasst und dem nicht formrichtig geschlossenen Geschäft nicht Wirksamkeit schlechthin versagt, aber im Prozess, durch Ausschluss des mündlichen

⁵ Mit der Betonung der Formfreiheit wird keineswegs die Feststellung ausgeschlossen, dass in vielen Fällen unter Zweckmässigkeitsgesichtspunkten die Parteien allen Grund haben, ihren Vertrag schriftlich niederzulegen; ja es gibt genug Fälle, bei denen nur die Schriftlichkeit die rechtliche Durchsetzbarkeit gewährleistet. - Diese hat vielfach vollstreckungsrechtliche Vorteile (provisorische Rechtsöffnung bei «unterschriftlicher Schuldanerkennung»; SchKG 82; dazu A. PANCHAUD / M. CAPREZ, Rechtsöffnung, Zürich 1940 und 1980).

⁶ Als weiteres Beispiel könnte aufgefasst werden die in OR 181/I vorgesehene *öffentliche Ankündigung bzw. Mitteilung der Geschäftsübernahme an Gläubiger*, welche ihrerseits Voraussetzung der für OR 181 charakteristischen Rechtsfolge darstellt.

Beweises, deren Durchsetzbarkeit ausschliesst⁷. Der Unterschied der *Beweisform* gegenüber der sogenannten «*Solemnitätsform*» des schweizerischen Rechts zeigt sich darin, dass das fehlerhafte Geschäft gültig erfüllt, im Falle der Zugabe des Beklagten sogar die Leistung prozessual erzwungen werden kann. Der nachträgliche Untergang einer gültig errichteten Urkunde hat im Rahmen des Solemnitätserfordernisses von OR und BGB keine materiellrechtlichen Wirkungen, d. h. hindert die Gültigkeit des Geschäfts (auch der Testamentserrichtung usw.) nicht, während im französischen und englischen Recht der Verlust der Beweisurkunde die üblichen Folgen der Beweislosigkeit und Nichtdurchsetzbarkeit nach sich zieht⁸.

2. Von der Formvorschrift erfasster Bereich

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hat bezüglich des Inhalts die vorgeschriebene Form alle «subjektiv und objektiv wesentlichen Elemente» des Vertrages zu erfassen (BGE 95 II 310 mit Hinweisen), eine überspitzte Formulierung, mit der selbst das Bundesgericht nicht ganz Ernst macht. Die Frage kann im übrigen nicht allgemein, sondern nur im Zusammenhang der Lehre jedes formbedürftigen Vertragstypus behandelt werden⁹.

⁷ Der CC (und unzählige von ihm beeinflusste Privatrechtsordnungen) führen damit eine mindestens bis zur «*Ordonnance de Moulins*» vom Februar 1566 zurückgehende Tradition weiter, die aus Angst vor gekauften Zeugen und Prozessbetrug bei Geschäften von bestimmter Wichtigkeit den *Zeugenbeweis ausschliesst* (CC 1341, Décret 80-533: Wertgrenze 5000.- FF). Dieselbe Tradition wird auch im englischen *Statute of Frauds* des Jahres 1677 wirksam; vgl. dazu E. RABEL, *The Statute of Frauds and Comparative Legal History*, in: *The Law Quarterly Review* 63/1947, p. 174-187, oder E. RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, III, Tübingen 1967, p. 261-275. - Vgl. zum heutigen Anwendungsbereich der Regel des Ausschlusses des Beweises nicht schriftlich gefasster Verträge die französischen bzw. englischen Handbücher zum Vertragsrecht. Im englischen Recht ist die Geltung der Regel durch die Law Reform (Enforcement of Contracts) Act, 1954, stark eingeschränkt worden (vgl. dazu ANSON's Law of Contract, 24th ed., Oxford 1975, p. 75 und Anm. 5 und 6 und dort Zit.).

⁸ Das von der Auffassung des OR abweichende Modell des CC, das auch in den Kodifikationen der welschen Kantone wirksam wurde, hat im Interesse der Rechtseinheit die Regel von ZGB 10 veranlasst, welche den Kantonen untersagt, für Geschäfte, die nach Bundesprivatrecht nicht formbedürftig sind, besondere Beweisbarkeitsvoraussetzungen zu statuieren.

⁹ Vgl. für den besonders wichtigen Fall des Grundstückkaufs etwa BGE 90 II 21 und 95 II 42 f. (Bestimmtheit des Kaufgegenstandes), BGE 78 II 223 f., 86 II 260, 400, 90 II 156 E. 1, 92 I 324 (Angabe des - richtigen und effektiv gewollten - Kaufpreises) und dazu die Kritik von SPIRO, in *BJM* 1965, p. 213-232, BGE 90 II 38 E. 3, 68 II 233 (Verurkundung von wesentlichen Nebenabreden), BGE 45 II 565 (Angabe eines Vertretungsverhältnisses). - Nicht verurkundungsbedürftig sind Zusicherung bestimmter Eigenschaften (BGE 73 II 220 E. 1, 63 II 79) oder übernommene Nebenpflichten (BGE 86 II 37 lit. a, 78 II 437). Die Vollmacht zum Abschluss eines öffentlich zu beurkundenden Vertrages bedarf ihrerseits im allgemeinen *nicht* der öffentlichen Beurkundung (BGE 84 III 57; vgl. auch 86 II 33), jedoch mit der Ausnahme von OR 493/VI (Bürgschaft). Im übrigen zum Grundstückkauf eingehend OR/BT, § 5/III. - Vgl. für das deutsche Recht zu dieser Frage FIKENTSCHER, § 22/7/g, p. 80; LARENZ, *SchR.* I, § 5, p. 59.

Bei formbedürftigen Verträgen bezieht sich die Anforderung auch auf *Abänderungen*; *bloße Ergänzungen*, «die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen», sind jedoch formfrei. Diese in OR 12 zum Fall der Schriftform aufgestellte Regel dürfte bei allen Formtypen Gültigkeit haben. *Aufhebung* vertraglicher Pflichten ist gemäss OR 115 formfrei wirksam (unten § 22/I/4).

Nota: Das Erfordernis der *Zustimmung des Ehegatten* zu einem formbedürftigen Geschäft (z. B. OR 226b/I, OR 494/I) stellt nicht ein Formrequisit auf, sondern ist - ähnlich wie die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu Geschäften des beschränkt Handlungsunfähigen, ZGB 19/I - materielle Gültigkeitsvoraussetzung, deren Vorliegen nicht notwendig in der Urkunde festgehalten sein muss, sondern auch nachgebracht werden kann (dazu BUCHER, ZGB 19 N. 47 f., 61 f.; OR 226b/III weicht hier vielleicht ab).

III. Die wichtigsten Typen vorgeschriebener Formen und Beispiele ihrer Anwendung

1. Die einfache Schriftlichkeit (OR 12-16)

OR 12 und 16 sind grundsätzlicher Art und finden Anwendung bei allen Arten von Formvorschriften. OR 13, 14 und 15 befassen sich mit der einfachen Schriftform nur hinsichtlich der Unterschrift; der Begriff der Schriftform wird vorausgesetzt.

a) Erfordernis der «Schriftlichkeit»

Der Erklärungsinhalt muss mit Schriftzeichen «materialisiert», d. h. auf einem körperlichen Gegenstand irgendwelcher Art (Papier, auch vorgedruckte Formulare, sogar Holz etc.¹⁰) *dauerhaft* festgehalten werden.

Als Schriftzeichen gelten auch Blindenschrift, Kurzschrift, Maschinenschrift, nicht aber Magnetband oder Lochstreifen; bei diesen ist nicht bloss eine Unterzeichnung (dazu folgende lit. b) ausgeschlossen, sondern der Inhalt der Erklärung kann nur mittels technischer Hilfsmittel erkannt werden.

b) Erfordernis der Unterzeichnung im allgemeinen (OR 13/I, 14, 15)

Die Unterzeichnung hat die Funktion, den rechtsgeschäftlichen Erklärungswillen des Unterzeichnenden (sc. bei Verträgen den Abschlusswillen) zu dokumentieren, darüber hinaus (falls die Person des Erklärenden nicht im Inhalt der Urkunde

¹⁰ Vgl. etwa ZR 51/54.

bestimmt wird) die handelnde Person zu identifizieren und im übrigen den Beweis zu sichern, dass derjenige, der als Erklärender auftritt, auch tatsächlich gehandelt hat. Aus diesem letzten Grund ist die Unterschrift grundsätzlich *eigenhändig zu schreiben* (OR 14/I). Nicht gefordert ist dagegen Leserlichkeit, wenn die Identifizierung des Unterzeichnenden sonstwie möglich ist.

Die allein den *Familiennamen* enthaltende Unterschrift (ohne Vornamen) wird in den meisten Fällen genügen¹¹. Die blossen *Initialen* genügen nur, um Änderungen oder Zusätze zu einer im übrigen voll unterzeichneten Erklärung zu bekräftigen. In besonderen Verhältnissen, besonders bei schriftlichen Verträgen in Briefform, mag die Unterschrift, die ein Verwandtschaftsverhältnis bezeichnet («Dein Vater») oder Zeichnung mit Vornamen ausreichen. Unterzeichnung mit einem *Pseudonym* ist gültig, wenn der betreffende Namensgebrauch durch den Unterzeichnenden üblich ist und dieser hinreichend identifiziert wird¹².

Bei *Vertretungsverhältnissen* hat der Vertreter, der den Vertrag mit eigenem Willen schliesst, mit dem eigenen Namen zu unterzeichnen und auch den Vertretenen in der Urkunde zu bezeichnen¹³; die gelegentlich noch vorkommende Unterzeichnung bloss mit dem Namen des Vertretenen würde indessen wohl die Gültigkeit nicht hindern.

Die *Unterschrift* muss «nach ihrer räumlichen Stellung den Inhalt der Urkunde decken, d. h. in der Schriftrichtung dem Text nachfolgen» (BGE 85 II 569/70).

Nota: Die Beglaubigung einer Unterschrift bescheinigt nur deren Echtheit und die Identität des Unterzeichnenden; der Beglaubigende hat nicht festzustellen bzw. zu bescheinigen, dass der Unterschreibende den Inhalt der Urkunde kenne¹⁴, geschäftsfähig sei o. dgl. Schon gar nicht liegt eine Bestätigung der Vornahme oder Gültigkeit des Geschäfts vor.

c) Auslieferung der unterzeichneten Urkunde an den Vertragspartner

Die Urkunde muss nicht nur errichtet, sondern an den Partner gerichtet und diesem übergeben werden, weil erst dann der Geschäftswille des Erklärenden feststeht¹⁵.

¹¹ Rep. 104/1971, p. 287.

¹² Für den Fall des rechtsgeschäftlichen Auftretens unter fremdem Namen vgl. § 33/V.

¹³ Vgl. im übrigen die Spezialvorschriften für kaufmännische Vertretung, wie OR 458/I, 460/II, 462/I, 543, 563 und OR 1085 und 1143 Ziff. 20 im Gesellschafts- und Wertpapierrecht.

¹⁴ Deshalb bedenklich die Regel von OR 14/III bei Blinden. Bei Unterzeichnung des Blinden ohne Inhaltskenntnis werden unterschiedliche Rechtsfolgen angenommen: Nichtigkeitsfolge bei BECKER, OR 13 N. 9 (spezieller Beglaubigungsbegriff OR 15 N. 9); v. T./S., § 30/V/2, p. 227 Anm. 51; kein Nichtigkeitsgrund nach ENGEL, p. 176 (Auffassung als «negotium claudicans» / hinkendes Rechtsgeschäft); OSER/SCHÖNENBERGER, OR 14 N. 6 (anfechtbar, jedoch Ausschluss von Genehmigung und Konvaleszenz durch Zeitablauf, d. h. ähnlich Nichtigkeit).

¹⁵ «Sealed, signed and *delivered*, wie die Formel auf englisch lautet. Vgl. für die Zession § 31/III/2/b.

d) *Beschränkung des Formzwanges auf die verpflichteten oder verfügenden Personen (OR 13/I)*

Diese Einschränkung gilt auch für die übrigen Formtypen; vgl. etwa OR 243, 493 und für Verfügungen OR 165/I, ZGB 900/I.

e) *Besondere Verhältnisse (OR 14/II, III, OR 15)*

Vom Erfordernis der eigenhändigen Unterzeichnung dispensiert das Gesetz im Fall verkehrüblicher mechanischer Unterzeichnung von in grosser Zahl ausgestellten Urkunden (OR 14/II); die einfache Unterschrift von Blinden wird in ihrer Bedeutung relativiert (OR 14/III) und für Schreibunfähige die Möglichkeit der Unterzeichnung mit beglaubigtem Handzeichen oder öffentlicher Beurkundung statuiert (OR 15).

f) *Ersetzbarkeit der einfachen Schriftlichkeit durch öffentliche Beurkundung*

Da der Sicherungszweck der Schriftform in erhöhtem Mass im öffentlich beurkundeten Geschäft (dazu unten Ziff. 3) gewahrt ist, muss die in OR 15 bloss für Schreibunfähige aufgestellte Regel, dass öffentliche Beurkundung des Geschäfts in jedem Fall (d. h. auch wenn das kantonale Recht keine Unterzeichnung seitens der Vertragsparteien vorsieht) die Voraussetzung der Schriftlichkeit gemäss OR 13/14 erfüllt, für jedermann gelten, dies nach den oben Ziff. I/1 aufgestellten Grundsätzen und im Sinne eines «favor negotii»¹⁶.

g) *Anwendungsbeispiele*

Einfache Schriftlichkeit verlangt das Gesetz im Allgemeinen Teil bei der Zession (OR 165/I). Vom Besonderen Teil sei auf die folgenden Bestimmungen hingewiesen: OR 198; 216/III; 243/I; 324a/IV; 332/II; 336b/II; 339/II; 340/I; 340b/III; 344a/I; 356c/I; 493/I; 493/III; 517.

h) *Exkurs betreffend Telex-Übermittlung*

Wie weit kann durch *Telexverkehr* den Formvorschriften der einfachen Schriftlichkeit genügt werden? - Die Lehre hat dies überwiegend abgelehnt mit dem Argument, es bestehe kein Original, das die Unterschrift aufnehmen könne¹⁷. Dies ist nicht der Standpunkt des Bundesgerichts¹⁸. Als Regel muss wohl gelten, dass eine

¹⁶ So ausdrücklich BGB § 126/III. Gleicher Meinung v. T./S., § 30/I, p. 222; v. BÜREN, p. 137; a. M. OSER/SCHÖNENBERGER, OR 11 N. 27.

¹⁷ Vgl. BECKER, OR 13-15, N. 6; JÄGGI, OR 13, N. 72.

¹⁸ BGE 101 III 66 f.; kritisch dazu SCHMIDLIN, OR 13, N. 29 ff.

Telex-Übermittlung i. S. von OR 13 als unterzeichnet zu gelten hat, es sei denn, die Urheberschaft des angeblichen Absenders sei bestritten; die Tatsache der Absendung des Telex dokumentiert den Erklärungswillen, der bei gewöhnlicher Schriftform in der Unterschrift ihren Ausdruck findet¹⁹.

2. Die qualifizierte Schriftlichkeit

Sind neben der Skriptur mit eigenhändiger Unterschrift bestimmte *zusätzliche Elemente* verlangt, spricht man von einer «*qualifizierten*» Schriftform. Solche qualifizierende Elemente sind etwa:

- *Eigenschriftlichkeit*, d. h. eigenhändiges Schreiben der ganzen Urkunde (eigenhändiges Testament, ZGB 505/I) oder einzelner Teile davon (Bürgschaft OR 493/I, 493/II).
- Aufnahme bestimmter *inhaltlicher Elemente* in die Vertragsurkunde: OR 226a/II, 227a/II, 347a, 991; Erfordernis der Angabe von Ort und Datum beim eigenhändigen Testament.
- Als Fall qualifizierter Schriftlichkeit kann auch die *öffentliche Beurkundung* aufgefasst werden (vgl. Ziff. 3).

3. Öffentliche Beurkundung

a) Gesetzliche Grundlage

Gemäss SchlT/ZGB 55/I ist die Regelung des Verfahrens der öffentlichen Beurkundung, die als *Teil der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit* aufgefasst wird, den Kantonen überlassen. Da es sich bei der öffentlichen Beurkundung aber um einen Begriff des Bundesrechts handelt, sind der kantonalen Regelungsmöglichkeit Schranken gesetzt²⁰.

b) Begriff

«Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe

¹⁹ Die Frage hat vor allem bei *Schiedsklauseln* Bedeutung, die in grenzüberschreitenden Verträgen fast regelmässig vereinbart werden, indessen nach verschiedenen nationalen Gesetzgebungen der Schriftform (d. h. gemäss OR 13 Unterzeichnung) verlangen (für die Schweiz z. B. Konkordat, SR 279, Art. 6/I). Da es sinnwidrig ist, in einem per Telex geschlossenen Vertrag, der im übrigen in seinem Zustandekommen nicht bestritten wird, die Schiedsklausel mangels Unterschrift als ungültig zu betrachten, wird in der neueren Entwicklung konsequent Gültigkeit statuiert; so New York - Übereinkommen (SR 0.277.12) Art. II/2; IPRG Art. 178/I. - Zum Grundsätzlichen auch BUCHER in AcP 186, p. 44 ff.

²⁰ Vgl. E. BECK, Komm. SchlT/ZGB 55 N. 4 ff.

betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren» (BGE 99 II 161). Verurkundet wird die Erklärung des Rechtsgeschäftswillens der Parteien.

c) Minimalerfordernisse hinsichtlich des Inhalts der Urkunde

Die kantonale Regelung muss die sich aus dem (bundesrechtlichen) Begriff und Zweck der öffentlichen Beurkundung ergebenden Mindestanforderungen erfüllen; die Urkundsperson hat insbesondere alle Tatsachen und Willenserklärungen, die für den materiellrechtlichen Inhalt des zu beurkundenden Rechtsgeschäftes objektiv und subjektiv wesentlich sind, in der öffentlichen Urkunde festzuhalten²¹. Für den Liegenschafts Kauf vgl. oben Anm. 9.

d) Anwendungsbeispiele

OR 216/I; 243/II; 493/II und VI; 637, 736 Ziff. 2; 779; 791/IV.

IV. Wirkungen der Nichteinhaltung von Formvorschriften (OR 11/II)

1. Tatbestand

Ein *Formmangel* liegt vor, wenn

- eine Formvorschrift völlig unbeachtet blieb (z. B. bloss mündliches Schenkungsversprechen);
- ein wesentliches Element nicht mitbeurkundet oder, nach der bundesgerichtlichen Praxis, falsch beurkundet wurde (z. B. beim Abzahlungsvertrag fehlt die Angabe des Gesamtverkaufspreises, OR 226a/II, oder Verurkundung eines falschen Kaufpreises)²²;
- eine (vor Bundesrecht standhaltende kantonale rechtliche) wesentliche Verfahrensvorschrift missachtet wurde (z. B. bei einer öffentlichen Beurkundung wirkt unzulässigerweise ein Angestellter einer Partei als Zeuge mit²³) oder die Beurkundung von einer unzuständigen Person ausging.

2. Ungültigkeit gemäss OR 11/II

a) Anwendungsbereich der Regel

OR 11/II regelt die Rechtsfolge von Formmängeln im Sinne der «Ungültigkeit», wenn die eine Formvorschrift statuierende Norm über die Rechtslage im Falle

²¹ BGE 99 II 161/62, 90 II 281, je mit Hinweisen.

²² Vgl. für den Grundstückkauf OR BT, § 5/III/2d.

²³ BGE 72 II 39 ff.; vgl. auch 84 II 636 ff.

ihrer Missachtung weder ausdrücklich noch sinngemäss etwas anderes bestimmt²⁴. Die meisten Formvorschriften, sofern sie eine Sanktion androhen, bestimmen als Folge ihrer Missachtung übereinstimmend mit OR 11/II die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes²⁵.

b) Bedeutung des «Fehlens der Gültigkeit»

Die Missachtung einer Formvorschrift bedeutet *Nichtigkeit* des betreffenden formbedürftigen Geschäftes²⁶. Der Formmangel kann unter Vorbehalt von ZGB 2 (unten Ziff. V/2) jederzeit und von jedermann geltend gemacht werden; «nihil actum est»²⁷. Demgegenüber wäre vorzuziehen, die Formungültigkeit als *Ungültigkeit sui generis* zu konzipieren, die insbesondere die Annahme einer Heilung des Formmangels durch Erfüllung zulässt²⁸.

Exkurs: In diesem Zusammenhang muss an die romanistische Überlieferung erinnert werden, die nicht von einem Allgemeinbegriff «Vertrag» ausgeht, sondern dem «*contractus*» (d. h. dem einem überlieferten Typus des Kontraktsystems entsprechenden, vollgültigen Vertrag) das *pactum* (d. h. eine nicht typenkonforme Absprache) gegenüberstellt. Während eine Leistungsklage nur aufgrund eines *contractus* möglich war, stand bei erfüllten *pacta* gegenüber einer allfälligen Leistungsrückforderung eine selbständige Verteidigungsmöglichkeit (*exceptio pacti*) zur Verfügung: «*nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*» (Dig. 2, 14, 7, 4)²⁹.

²⁴ Als Beispiele von Formvorschriften, deren Nichtbeachtung nicht das ganze Geschäft, sondern lediglich die nicht verurkundete Klausel ungültig macht, können etwa genannt werden OR 198 (Sachmängel-Gewährleistung beim Viehkauf), OR 840/II (Nichtnennung der persönlichen Haftung des Genossenschafters in der Beitrittserklärung).

²⁵ Fehler bei Beurkundung (z. B. ungenügende Umschreibung des Vertragsinhaltes) löst evtl. Schadenersatzpflicht des Notars aus (BGE 90 II 277 ff.); nach BGE 78 IV 109 soll sodann Veranlassung der öffentlichen Beurkundung mit Angabe unrichtiger Elemente (z. B. falscher Preis) den Tatbestand von StGB 253 erfüllen; dabei wird vielleicht verkannt, dass die Urkunde nach OR 216 primär nicht zur Verwendung gegenüber Dritten bestimmt ist, sondern den Zweck hat, die internen Beziehungen der Parteien zu ordnen. Kritisch auch v. BÜREN, Urkundenfälschung als Eingriff in fremde Urkundenhoheit, SJZ 72/1976, p. 237 f.; falls mit der unrichtigen Beurkundung Steuern vermieden werden sollen, wird das Vorgehen ein Fiskaldelikt darstellen.

²⁶ OR 11/II, BGB § 125. Dazu BGE 93 II 104, 95 II 42/43, 98 II 316, 104 II 103, 106 II 151. In BGE 112 II 334 f. wird neuestens allerdings die Frage offengelassen, ob auch in Zukunft - unbesehen der Art des Formmangels - stets von absoluter Nichtigkeit auszugehen sei.

²⁷ Vgl. zu dieser auf der Linie der Auffassungen des historischen Gesetzgebers liegenden Lösung ENGEL, p. 184; BECKER, OR 11 N. 8; die deutsche Literatur zu BGB § 125.

²⁸ So explizit BGB § 313 Satz 2; vgl. sodann MEIER-HAYOZ, ZGB 657 N. 130 ff.; JÄGGI, OR 11 N. 73 ff.; v. BÜREN, p. 145 f.; BUCHER, AcP 186, p. 42; für das deutsche Recht FIKENTSCHER, § 22/7/e, p. 79; LARENZ, SchR. I, § 5, p. 73 f.

²⁹ Vgl. dazu auch BUCHER, AcP 186 passim, bes. p. 42 f.

e) *Problem der Teilungültigkeit*

Ist Formbedürftigkeit nur für einzelne Bestimmungen eines Vertrages vorgeschrieben oder betrifft der Formmangel nur einen Teil des (evtl. zusammengesetzten oder gemischten) Geschäftes, so gilt die Regel von OR 20/II analog³⁰.

d) *Culpa in contrahendo*

Hat bei Vertragsabschluss die eine Partei schuldlos auf die Formgültigkeit des Vertrages vertraut und hat der Vertragsgegner sowohl den Formmangel als auch die falsche Vorstellung des Partners gekannt, so ist dem Vertragsgegner entweder die Berufung auf den Formmangel verwehrt (namentlich wenn er den Formmangel dolos herbeigeführt hat; vgl. dazu auch unten Ziff. V/2) oder dieser haftet eventuell aus c. i. c. für den Schaden im Sinne des negativen Interesses, der dem anderen Teil daraus erwachsen ist³¹.

e) *Die sogenannte «Berücksichtigung von Amtes wegen»*

Immer wieder findet sich die Formel, dass die Formnichtigkeit von Amtes wegen berücksichtigt werden müsse³². Richtig ist, dass die Formnichtigkeit ohne ausdrückliche Anrufung berücksichtigt werden muss, was indessen lediglich Anwendung des materiellen Rechts von Amtes wegen und Ausfluss des Grundsatzes *iura novit curia* darstellt. Die Berücksichtigung der Formnichtigkeit ist auf Fälle beschränkt, in denen sie den Prozessantrag der einen oder anderen Partei zu stützen vermag³³; dagegen fällt eine Berücksichtigung nicht in Betracht, wenn damit die Standpunkte beider Parteien durchkreuzt würden³⁴; für eine in diesem Sinne echte «Anwendung von Amtes wegen» und Abweichen von allgemein geltenden prozessualen Grundsätzen besteht weder gesetzliche Grundlage noch sachlicher Anlass³⁵.

³⁰ BGE 60 II 98; SJZ 52 (1956), p. 295. Im Ergebnis wohl ähnlich BGB § 139.

³¹ Dazu unten § 17/III/2.

³² ENGEL, p. 182 lit. D; BGE 86 II 400-402, 98 II 316 mit zahlreichen Hinweisen auf weitere Entscheidungen (wobei fraglich erscheint, ob in echtem Sinn Anwendung von Amtes wegen gemeint ist; vgl. das Folgende).

³³ So auch BGE 85 II 568 f.; vgl. im übrigen noch v. BÜREN, p. 145/46.

³⁴ Klagt beispielsweise der Verkäufer den Kaufpreis ein, darf Formnichtigkeit nicht berücksichtigt werden, wenn der Käufer Preisminderung beansprucht, sondern höchstens, wenn er Willensmängel oder Wandelung geltend macht und die Berücksichtigung der Formnichtigkeit zu dem von ihm gewünschten Ergebnis führt.

³⁵ Anders die Rechtslage bei Vertragsnichtigkeit wegen Verstosses gegen OR 20, bei welche Tatbeständen die Nichtigkeit nicht primär im Interesse der Parteien, sondern der guten Sitte und achtbarer Rechtspflege wegen statuiert ist; vgl. unten § 15/VI/1.

3. Möglichkeit der sog. Konversion des formungültigen Geschäfts

Das deutsche BGB statuiert ausdrücklich die Regel, dass ein formnichtiges Geschäft aufrecht erhalten bleibt, soweit dies im Rahmen einer Umdeutung in ein anderes Geschäft möglich ist und dem mutmasslichen Willen der Parteien entspricht³⁶. Damit wird eine auch hierzulande geltende Regel formuliert³⁷.

Die Regel der *Teilnichtigkeit* (d. h. Aufrechterhaltung eines in seiner Gesamtheit ungültigen Geschäfts in seinen gültigen Teilelementen), die in OR 20/II bezüglich der wegen ihres Inhalts nichtigen Verträge festgeschrieben ist, kann als Sonderfall des allgemeineren «Konversionsgrundsatzes» verstanden werden (dazu auch unten § 15/I/3c; § 23/III/3).

Konversion ist nur dann und insoweit zulässig, als damit das von beiden Parteien gewollte praktische Ergebnis erreicht wird. Als *Beispiele* fallen in Betracht: Umdeutung einer Erklärung, eine Forderung zu Inkassozwecken abtreten zu wollen, in eine (formlos gültige) Inkasso-Vollmacht³⁸, Umdeutung eines erst nach dem Ableben zu vollziehenden Schenkungsversprechens in ein Testament³⁹, Aufrechterhaltung eines formungültigen Erbvertrages als letztwillige Verfügung⁴⁰. Die Beispiele liessen sich vermehren⁴¹.

Wie im Rahmen von OR 20 die Teilnichtigkeit von Abs. II sich als Instrument zur Abschwächung des Nichtigkeitsgrundsatzes von Abs. I darstellt, kann in weiterem Sinne die Konversion als Mittel der Gesetzeskorrektur i. S. der Differenzierung und Abschwächung zu weit gehender Folgen verstanden werden⁴². Grundsätzlich besteht die Möglichkeit der Ausdehnung des Konversionsgrundsatzes auf weitere

³⁶ BGB § 140: «Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.» - Wegweisend WINDSCHEID, I, § 82 Ziff. 5.

³⁷ Vgl. v. T./P. § 29/II, p. 228 f., KRAMER, Komm. OR 18, N. 267 ff., ENGEL, p. 184 f.

³⁸ Unten § 31/III/2.

³⁹ Vgl. dazu OR/BT § 6/IX/3/b.

⁴⁰ BGE 93 II 228 E. 3.

⁴¹ Vgl. BGE 109 II 44 E. 2 m. w. H. Nicht notwendig scheint es, bei Umdeutung von Willenserklärungen (z. B. einer verspäteten Annahmeerklärung in eine Offerte, einer verspäteten Kündigung in ein Angebot zur Vertragsauflösung o. dgl.) von Konversion zu sprechen.

⁴² Oft geht es auch darum, die inakzeptablen Folgen verfehlten Gesetzesverständnisses zu korrigieren. So, wenn Verträge mit extensiver Freiheitsbeschränkung gestützt auf ZGB 27 vorerst als nichtig verstanden werden, um sie nachträglich in einem angemessen scheinenden Umfang doch aufrecht zu erhalten (so, ohne Berufung auf «Konversion», bes. BGE 107 II 217; vgl. auch BGE 97 II 400). Zum Problemkreis ZGB 27 («übermässige Bindung») vgl. unten § 15/VII und BUCHER in AcP 186, p. 27-38.

Bereiche, wobei Richtung und Ausmass dieser langfristigen Entwicklung sich nicht genau voraussehen lässt⁴³.

V. Entfallen der Rückforderung; Rechtsmissbrauch

1. Beidseitige freiwillige Erfüllung

Die immer noch herrschende Auffassung nimmt an, dass beidseitige freiwillige Erfüllung eines formnichtigen Vertrages dem Grundsatz nach keine heilende Wirkung habe und beide Parteien ihre Leistungen zurückfordern könnten⁴⁴, wobei die Praxis allerdings den Anspruch auf Rückabwicklung fast ausnahmslos nach ZGB 2 verweigert (unten Ziff. 2)^{45, 46}.

2. Die Schranke des Rechtsmissbrauchs (ZGB 2) bei Berufung auf Formmangel

a) Leistungsverweigerung nicht rechtsmissbräuchlich

Sollen die Formvorschriften ihre Bedeutung behalten, muss die Berufung auf einen Formmangel und damit auf die Unverbindlichkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung grundsätzlich zulässig sein, wenn es darum geht, die Erfüllung des formnichtigen Vertrages zu verweigern. So denn auch die konstante Praxis⁴⁷.

⁴³ So wäre denkbar Übertragung des bei Formnichtigkeit und im Rahmen der Inhalts-Nichtigkeit gem. OR 20 anerkannten Mechanismus auf die *Vertragsungültigkeit infolge Willensmängel* (OR 23 ff., unten § 13): Ungültig ist, nach erfolgter Anfechtung, der geschlossene Vertrag, an dessen Stelle i. S. der Konversion derjenige treten könnte, den die Parteien mutmasslich bei besserer Kenntnis der Verhältnisse geschlossen hätten.

⁴⁴ So v. TUHR (v. T./S., § 30 /III, p. 225), BECKER, OR 11 N. 10; BGE 87 II 28, 86 II 398 (402/03); anders aber MERZ, ZGB 2 N. 468; v. BÜHREN, p. 147.

⁴⁵ Dies wenigstens bei formnichtigen Verträgen über *Grundstückkäufe*, wo das Problem allein grössere Bedeutung hat. Vgl. dazu OR/BT § 5/III/2/g sowie BUCHER, Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, ZBGR 1975, p. 65-80, insb. p. 75 ff.

⁴⁶ v. BÜREN, p. 147, nimmt eine *sittliche Pflicht* zur Erfüllung an, so dass OR 63/II die Kondiktion ausschliesst.

⁴⁷ Statt vieler BGE 54 II 331 f., 86 II 260 ff., 104 II 102/104 und bei BUCHER, Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, ZBGR 1975, p. 65-80, bes. p. 66 ff., genannte Entscheidungen. Zur Entwicklung im deutschen Recht vgl. BUCHER, AcP 186, p. 43 f.

b) Rechtsmissbräuchlichkeit der Geltendmachung von Formnichtigkeit bei erfüllten Verträgen

Erst *besondere Umstände* lassen das Geltendmachen eines Formmangels als qualifiziert zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich erscheinen. Ob solche besondere Umstände vorliegen, will das Bundesgericht «ohne Bindung an starre Regeln in jedem einzelnen Fall unter Würdigung der gesamten Umstände nach freiem Ermessen» entscheiden⁴⁸. Von Bedeutung sind insbesondere die beidseitige freiwillige und irrtumsfreie⁴⁹ Erfüllung^{50,51}, der in Kauf genommene oder dolos herbeigeführte Formmangel⁵² oder die Zweckwidrigkeit der Berufung auf Formmangel⁵³. Mit Grund befürwortet die neuere Doktrin im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit die Bildung von Fallgruppen und die Bekennung zu eindeutigen Regeln⁵⁴.

Im Ergebnis scheint mir zur Beschreibung der Praxis die Formel zulässig⁵⁵, dass bei ausgeführten, d. h. bei beidseitig freiwillig irrtumsfrei erfüllten Verträgen der Anspruch auf Rückabwicklung in aller Regel als rechtsmissbräuchlich betrachtet und gemäss ZGB 2 versagt wird, während gegenüber einem Leistungsanspruch (bei noch zu erfüllenden Verträgen) die Einrede des Formmangels niemals als rechtsmissbräuchlich gilt. Damit wird in der Praxis ein Ergebnis hergestellt, das in den wesentlichen Punkten der romanistischen Überlieferung entspricht (oben Ziff. IV/2/b, «Exkurs»).

⁴⁸ BGE 78 II 227, 90 II 156-158 mit Zitaten, 92 II 325/26, 93 II 104/05, 104 II 101 f., 112 II 111 f.

⁴⁹ Vgl. BGE 104 II 104 E. 3c. In BGE 112 II 330 ff. (vgl. insb. p. 335 f.,) wurde die Berufung auf einen Formmangel als rechtsmissbräuchlich betrachtet, obwohl nicht irrtumsfrei erfüllt wurde - mit dem Argument, dass nicht erstellt sei, dass sich der auf Formmangel Berufende bei früherer Kenntnis des Mangels anders verhalten und insbesondere von Erfüllung abgesehen hätte, weshalb es zum vornherein nicht angehe, von einer irrtümlichen Vertragserfüllung zu sprechen.

⁵⁰ BGE 93 II 105, 92 II 325 mit Hinweisen; vgl. aber oben Ziff. 1. Gemäss BGE 112 II 333 ist bei beidseitiger Erfüllung des formnichtigen Vertrages Rechtsmissbrauch *zu vermuten*.

⁵¹ Als «Erfüllung» muss primär die verkündete Leistung gelten, während die Nichterbringung einer vereinbarten Schwarzzahlung die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht hindert; so im Ergebnis BGE 104 II 105 E. 4. Im genannten Entscheid wird auch betont, dass es nicht unbedingt «vollständige Erfüllung» im Sinne der Herstellung der dem wirklichen Parteiwillen entsprechenden Vermögenslage braucht, sondern dass u. U. auch «Erfüllung des Vertrages im wesentlichen oder in der Hauptsache» genügen kann (p. 104 f.). Und in BGE 112 II 112 wurde die Berufung auf Formmangel als rechtsmissbräuchlich erachtet, obwohl das im Rahmen einer Erschliessungsvereinbarung abgegebene *Landabtretungsversprechen* noch nicht erfüllt war.

⁵² BGE 88 II 24, 84 II 642/43.

⁵³ BGE 86 II 403 f., 81 II 583 f., 72 II 43. Neuestens BGE 112 II 335 E. 3.

⁵⁴ Vgl. MERZ, ZGB 2 N. 29 ff. und 507 ff.; SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf, Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 70, Basel 1964, p. 12 f.

⁵⁵ Vgl. zur näheren Begründung BUCHER (Zit. oben Anm. 47) und MERZ, ZGB 2 N. 468 ff.

VI. Gewillkürte Formvorschriften (OR 16)

1. Anwendungsbeispiele

In Frage kommen etwa Klauseln in Vertragsformularen wie «mündliche Nebenabreden werden nicht anerkannt»⁵⁶, Abreden in einem Rahmenvertrag, dass Einzelverträge nur in Schriftform geschlossen werden dürfen oder Vereinbarungen, dass Willenserklärungen (wie Wahlerklärungen, Abruf von Teillieferungen) zum Beispiel schriftlich oder die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses durch eingeschriebenen Brief erfolgen müssen.

2. Vertragliche «Formbindung» im Hinblick auf spätere Vertragsabschlüsse

a) Keine materiellrechtliche Bindung an Formabrede

Erklären die Parteien ihren Vertragswillen in einer anderen als der früher vereinbarten Form, so kann in dieser Erklärung die (stillschweigende) Aufhebung der früheren, die Formbindung statuierenden Abrede gesehen werden (vgl. OR 115). Die «Formbindung» verpflichtet die Parteien nicht, eine spätere, diese nicht beachtende Vereinbarung kann gültig sein.

b) Beweisfunktion der Regel von OR 16/I

Eine vertragliche Formvereinbarung kann (entsprechend den Fällen gesetzlicher Formerfordernisse) das Beobachten der Form als Gültigkeitsvoraussetzung statuieren oder aber bloss eine Pflicht zur schriftlichen Fixierung eines im übrigen bereits gültig geschlossenen Vertrages begründen wollen («Gültigkeitsform» oder «Beweisform»). OR 16/I stellt eine Vermutung in dem Sinne auf, dass die Parteien mit ihrer Formvereinbarung die Erfüllung der Formvorschrift zur Gültigkeitsvoraussetzung machen, d. h. nicht vorher gebunden sein wollen⁵⁷.

Da einerseits die Parteien formfrei eine getroffene Formvereinbarung aufheben können (oben lit. a), andererseits der Bindungswille ohnehin von der einen

⁵⁶ Solche Klauseln beziehen sich nur auf den ursprünglichen Vertrag, haben jedoch kein Geltung für spätere, diesen Vertrag aufhebende oder abändernde Vereinbarungen (vgl. etwa ZR 82 Nr. 23).

⁵⁷ Ein solcher Vorbehalt der Schriftform ist in der Zustellung eines nicht unterzeichnete Vertragstextes an die Gegenpartei zur Unterzeichnung zu sehen (vgl. BGE 105 II 79). Je nach den Umständen kann, auch bei vorgesehener Errichtung einer Vertragsurkunde, im Austausch von Offerte und Akzept per *Telex* die Wahrung der vertraglich geforderten Schriftform erblickt werden (so in BGE 112 II 327).

Vertragsschluss behauptenden Partei zu beweisen ist, ergibt sich aus OR 16/I keine Beweisregel, die nicht ohnehin gelten würde. Ein selbständiger Ordnungsgehalt kann der Bestimmung insofern zuerkannt werden, als sie einer möglichen (sich an OR 2/I anlehenden) entgegengesetzten Auslegung vorbeugt und zum Ausdruck bringt, dass selbst die materielle Einigung der Parteien in allen Punkten des Vertragsinhalts nicht die Vermutung begründe, die Parteien wollten bereits vor Erfüllung der vertraglich vorbehaltenen Form gebunden sein.

3. Gewillkürte Form bei einseitigen Rechtsgeschäften

Anwendung findet OR 16/I auch auf einseitige Rechtsgeschäfte⁵⁸ wie Akzept einer Offerte, Kündigung, Wahlerklärung, Abruf einer Teillieferung etc. und hat hier sogar besondere Bedeutung, da eine vertragliche Aufhebung der Formvorschrift (oben Ziff. 2/a) nicht in Betracht fällt und der Erklärende sich nicht einseitig von der Beachtung der Form dispensieren kann. Daher ist z. B. Kündigung durch Ansichtskarte ungültig, falls eingeschriebener Brief vertraglich vorgeschrieben. Das einseitige formwidrige Rechtsgeschäft wäre nur dann gültig, wenn dem Erklärenden der Nachweis gelänge, dass der Erklärungsempfänger die Bereitschaft ausgedrückt hat, eine in vereinbarungswidrige Form gekleidete Erklärung als gültig zu akzeptieren.

⁵⁸ BGE 95 II 46 f. mit Zitaten.