

**Inhaltsverzeichnis**

**Einleitung..... 1**

**I. Problemstellung..... 1**

**II. Intention der Arbeit..... 2**

**III. These..... 3**

**IV. Gang der Untersuchung ..... 4**

**Kapitel 1: Die Notwendigkeit einer Durchbrechung der Formnichtigkeit nach Maßgabe der Zwecke der verletzten Formvorschrift ..... 7**

**A. Stand der Forschung zur Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift bei der Ermittlung der Rechtsfolgen des Formmangels ..... 7**

    I. Grundsätzlich keine Berücksichtigung der Zwecke der verletzten Formvorschrift..... 7

    II. Beachtung der Zwecke der verletzten Formvorschrift in besonderen Ausnahmefällen..... 8

    III. Indirekte Berücksichtigung der Zwecke der Formvorschrift ..... 9

    IV. Zwischenfazit ..... 10

**B. Die Zwecke der Formvorschrift als Rechtfertigung und Grenze des Formzwangs im deutschen Recht ..... 10**

    I. Die Formfreiheit als Ausdruck der Privatautonomie ..... 10

        1. Die Wirkform im altrömischen und altgermanischen Recht ..... 12

        2. Erste Ansätze zur Durchbrechung des grundsätzlichen Formzwangs im Mittelalter ..... 13

        3. Frühe Neuzeit und Aufklärung..... 13

        4. Grundsatz der Formfreiheit im Allgemeinen Preußischen Landrecht ..... 17

        5. Die Formfreiheit im BGB ..... 17

    II. Der grundrechtliche Schutz der Formfreiheit ..... 18

    III. Konsequenzen des grundrechtlichen Schutzes der Formfreiheit..... 19

        1. Formzwang als Eingriff in die Privatautonomie..... 19

        2. Grundsätzliche Folgen des Eingriffs ..... 19

        3. Konkretisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung und ihrer Maßstäbe ..... 21

            a.) Die Formnichtigkeit ..... 21

                (1) Keine eindeutige gesetzliche Regelung der Wirkungen..... 21

                (2) Die verworfene Definition des historischen Gesetzgebers..... 21

                (3) Begriff und Wirkungen der Nichtigkeit nach heutigem Meinungsstand ..... 22

                (4) Schlussfolgerung für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ..... 23

            b.) Die Formvorschrift..... 23

                (1) Die einzelnen gesetzlichen Formen..... 23

(2) Die angeordnete Form als Zweckform .....	24
(3) Der sogenannte „Formzweck“ .....	25
(4) Die einzelnen Formfunktionen .....	26
(aa) Warnfunktion .....	27
(bb) Beweis- und Klarstellungsfunktion .....	28
(cc) Beratungs- und Belehrungsfunktion .....	28
(dd) Informationsfunktion .....	29
(ee) Erschwerungsfunktion .....	29
(5) Abhängigkeitsverhältnis von Formfunktion, Einschränkung der Formfreiheit und Formstufe .....	30
(6) Schlussfolgerung für die Verhältnismäßigkeitsprüfung .....	31
IV. Abstrakte Möglichkeit einer Unverhältnismäßigkeit der Formnichtigkeit .....	32
1. Nichtigkeitssanktion im Regelfall verhältnismäßig .....	32
2. Mangelnde Geeignetheit der Formnichtigkeit .....	33
3. Mangelnde Erforderlichkeit der Formnichtigkeit .....	33
4. Zusammenfassung .....	34
V. Zwischenfazit .....	35
<b>C. Zusätzliche Anhaltspunkte für eine an den Normzwecken der verletzten Formvorschrift orientierte Rechtsfolge von Formnichtigkeit .....</b>	<b>35</b>
I. Die überwundene Parallel-Debatte um § 181 BGB .....	35
II. Die zweckorientierte Behandlung von Verstößen gegen Verbotsgesetze nach § 134 BGB .....	36
III. Gesetzliche Ausnahmetatbestände von der Formbedürftigkeit .....	37
<b>D. Entkräftigung der gegen eine Berücksichtigung der Normzwecke der verletzten Formvorschrift vorgebrachten Argumente .....</b>	<b>38</b>
I. Unbeachtlichkeit lediglich auf den Wortlaut des § 125 Satz 1 BGB verweisender Argumente .....	38
II. Normzweck als bloßes Motiv der Formvorschrift .....	39
III. Allgemeine Ordnungsfunktion der Form .....	40
1. Grundgedanke .....	40
2. Stellungnahme .....	41
a.) Keine Stütze in den Gesetzgebungsmaterialien .....	42
b.) Keine Argumentation mit der allgemeinen Rechtsfolge des § 125 Satz 1 BGB .....	44
c.) Fazit .....	44
IV. Argumentum e contrario aus § 134 BGB .....	45
V. Einwand der drohenden Rechtsunsicherheit .....	46
1. Allgemeines Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Verhältnismäßigkeit .....	46
2. Konkretisierung des Spannungsverhältnisses in der vorliegenden Fragestellung .....	46
3. Auflösung des Spannungsverhältnisses .....	48
4. Zusammenfassung .....	49
<b>E. Ergebnis .....</b>	<b>49</b>

**Kapitel 2: Die Behandlung von formwidrig abgeschlossenen Verträgen im schweizerischen, österreichischen und französischen Recht.....51**

**A. Grundsätzliche Vergleichbarkeit der Rechtsordnungen in Hinsicht auf die Funktion der Form ..... 51**

    I. Grundsatz der Formfreiheit..... 51

    II. Die einzelnen gesetzlichen Formen..... 51

        1. Schweizerisches Recht ..... 51

        2. Österreichisches Recht ..... 53

        3. Französisches Recht ..... 53

        4. Zwischenfazit ..... 54

    III. Übersicht der gesetzlichen Formvorschriften im allgemeinen Vertragsrecht ..... 54

        1. Schweizerisches Recht ..... 54

            a.) Grundstückskaufvertrag ..... 54

            b.) Schenkung..... 54

            c.) Bürgschaft ..... 54

            d.) Verbraucherdarlehen..... 55

            e.) GmbH Anteilskaufvertrag ..... 55

            f.) Auffällige Abweichungen ..... 55

        2. Österreichisches Recht ..... 55

            a.) Grundstückskaufvertrag ..... 55

            b.) Schenkung..... 55

            c.) Bürgschaft ..... 56

            d.) Verbraucherdarlehen..... 56

            e.) GmbH Anteilskaufvertrag ..... 56

            f.) Auffällige Abweichungen ..... 56

        3. Französisches Recht ..... 57

            a.) Formvorschriften im eigentlichen Sinn ..... 57

                (1) Grundstückskaufvertrag ..... 57

                (2) Schenkung..... 57

                (3) Bürgschaft ..... 57

                (4) Verbraucherdarlehen ..... 57

                (5) S.à.r.l. Anteilskaufvertrag..... 58

            b.) Indirekter Formzwang über Beweisvorschriften ..... 58

        4. Zwischenfazit ..... 59

**B. Rechtsfolgen des formwidrig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ..... 60**

    I. Schweizerisches Recht..... 60

        1. Unmittelbare Rechtsfolgen des formwidrigen Vertragsschlusses..... 60

        2. Aufrechterhaltung formwidriger Verträge ..... 61

            a.) Heilungstatbestände..... 61

            b.) Aufrechterhaltung formwidriger Verträge nach Artikel 2 II ZGB ..... 61

(1) Fallgruppen der Aufrechterhaltung nach Art. 2 II ZGB .....	61
(2) Dogmatischer Ansatz des Bundesgerichts.....	62
c.) Alternative Ansätze in der Literatur.....	62
d.) Die Regelungen im Entwurf Obligationenrecht 2020 .....	63
3. Zusammenfassung.....	64
4. Vergleich zwischen schweizerischem und deutschem Recht.....	65
II. Österreichisches Recht .....	66
1. Unmittelbare Rechtsfolgen des formwidrigen Vertragsschlusses .....	66
2. Aufrechterhaltung formwidrig geschlossener Verträge .....	67
a.) Rechtsnatur der Aufrechterhaltung nach § 1432 ABGB.....	67
b.) Anwendungsbereich der Heilung nach § 1432 ABGB .....	68
3. Zusammenfassung.....	69
4. Vergleich zwischen deutschem und österreichischem Recht.....	69
III. Französisches Recht.....	70
1. Unmittelbare Rechtsfolgen des formwidrigen Vertragsschlusses .....	70
2. Aufrechterhaltung formwidrig abgeschlossener Verträge.....	72
a.) Grundsatz .....	72
b.) Ausnahme für die Schenkung.....	72
3. Zusammenfassung.....	73
4. Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht.....	74
IV. Zwischenfazit .....	74
1. Relative und absolute Wirkung der Nichtigkeit .....	74
2. Grundsatz der Aufrechterhaltung erfüllter formwidriger Verträge .....	75
3. Im Ergebnis flexiblere Rechtsfolgen der Formwidrigkeit .....	75
4. Berücksichtigung des Normzwecks der verletzten Formvorschrift.....	76
<b>C. Ergebnis .....</b>	<b>76</b>
 <b>Kapitel 3: Möglichkeiten einer Durchbrechung der Formnichtigkeit im deutschen Recht .....</b>	<b>76</b>
 <b>A. Die Heilung formnichtiger Verträge durch Erfüllung .....</b>	<b>77</b>
I. Grundsätzliches zu Voraussetzungen, Wirkung und Begriff der Heilung .....	77
II. Abgrenzung der Heilung von anderen Rechtsinstituten und Vorschriften .....	78
1. Abgrenzung von der Bestätigung gemäß § 141 BGB.....	78
2. Abgrenzung vom Kondiktionsausschluss.....	78
3. Abgrenzung von der Naturalobligation .....	78
III. Heilung der (Form)Nichtigkeit – ein Widerspruch in sich? .....	79
1. Problemstellung.....	79
2. Meinungsstand .....	80
a.) Überwiegend keine Auseinandersetzung mit der Problematik .....	80
b.) Ansätze über eine Einschränkung des Nichtigkeitsbegriffes .....	80

3. Stellungnahme .....	81
IV. Die analoge Anwendung der Heilung .....	82
1. Methodische Grundlagen und mögliche Konzepte einer analogen Anwendung der Heilung .....	83
a.) Fraglichkeit einer planwidrigen Regelungslücke .....	83
b.) Mögliche Konzepte einer Analogie .....	84
(1) Beschränkte Einzelanalogie .....	84
(2) Gesamtanalogie .....	84
2. Meinungsstand zur analogen Anwendbarkeit der Heilung .....	85
a.) Rechtsprechung .....	85
b.) Schrifttum .....	86
(1) Allgemeiner Überblick .....	86
(2) Ausführliche Arbeiten .....	87
(aa) Reinhart .....	87
(bb) Pohlmann .....	88
(cc) Heiss .....	89
(dd) Mock .....	90
3. Meinungsstand zur ratio der Heilungstatbestände .....	90
a.) Erfüllung der Normzwecke der verletzten Formvorschrift .....	91
b.) Konstruktion des Heilungsvorgangs über formlose Rechtsgrundabreden .....	92
c.) Bestätigung .....	94
d.) Venire contra factum proprium .....	95
e.) Aufrechterhaltung abgeschlossener sachenrechtlicher Tatbestände .....	97
f.) Reine Praktikabilitätsgründe für die Heilung der Schenkung .....	98
g.) Verbraucherschutz als ratio der (modifizierenden) Heilung von Verbraucherdarlehens- und Teilzahlungsverträgen .....	98
4. Zusammenfassung .....	98
V. Die ratio legis der einzelnen Heilungsvorschriften und der dazugehörigen Formvorschriften .....	99
1. Kein allgemeiner Heilungstatbestand .....	99
a.) Vor Erlass des Allgemeinen Preußischen Landrechts .....	99
b.) Das Allgemeine Preußische Landrecht .....	100
(1) I 5 § 146 ALR .....	101
(2) I 5 § 156 ALR .....	101
(3) Rückforderungsausschlüsse im ALR .....	102
(4) Zusammenfassung .....	102
c.) Die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs .....	103
(1) Der Ausgangspunkt des zuständigen Redaktors <i>Franz Phillip von Kübel</i> .....	103
(2) Die beiden Entwürfe eines allgemeinen Heilungstatbestands in der XII. Kommission .....	104
d.) Analyse .....	106
2. § 311b I Satz 2 BGB .....	107
a.) Ratio der Formvorschrift .....	107

(1) Historische Auslegung der Formvorschrift .....	107
(2) Gegenwärtige Auslegung der Formvorschrift .....	109
(aa) Schutz der Vertragsparteien .....	109
(bb) Leichtere Beweisbarkeit .....	110
(cc) Agrarpolitische Zielsetzungen .....	111
b.) Ratio des Heilungstatbestands .....	111
(1) Historische Auslegung des Heilungstatbestands .....	111
(2) Gegenwärtige Auslegung des Heilungstatbestands .....	113
(aa) Erklärung der Heilung als Mittel zur Verhinderung einer Rückabwicklung .....	114
(aaa) Verhinderung der Rückabwicklung wegen drohender Rechtsunsicherheit im objektiven Sinn ..	114
(bbb) Verhinderung der Rückabwicklung wegen drohender Verfälschung des Grundbuchs .....	115
(ccc) Verhinderung der Rückabwicklung zur Vermeidung der langen Kondiktionsfrist .....	116
(ddd) Verhinderung der Rückabwicklung zur Vermeidung einer erneuten Gefährdung der Vertragsparteien .....	117
(bb) Erklärung der Heilung über die Erfüllung der Normzwecke der verletzten Formvorschrift .....	121
(aaa) Erfüllung der Schutzzwecke .....	122
(bbb) Erfüllung der Beweiszwecke .....	124
(ccc) Erfüllung der Normzwecke insgesamt .....	126
(3) Zusammenfassung .....	126
3. § 518 II BGB .....	127
a.) Ratio der Formvorschrift .....	127
(1) Historische Auslegung der Formvorschrift .....	127
(2) Gegenwärtige Auslegung der Formvorschrift .....	128
b.) Ratio des Heilungstatbestands .....	130
(1) Historische Auslegung des Heilungstatbestands .....	130
(2) Gegenwärtige Auslegung des Heilungstatbestands .....	131
(3) Stellungnahme .....	132
(aa) Keine ausreichende Erklärung über Praktikabilitätsgründe .....	132
(bb) Erfüllung der Normzwecke der Formvorschrift .....	133
(aaa) Erfüllung der Beweiszwecke .....	133
(bbb) Erfüllung der Schutzzwecke .....	135
(ccc) Erfüllung cum animo solvendi als Ausnahme vom Regelfall .....	137
(4) Zusammenfassung .....	139
4. § 766 Satz 3 BGB .....	139
a.) Ratio der Formvorschrift .....	139
(1) Historische Auslegung der Formvorschrift .....	139
(2) Gegenwärtige Auslegung der Formvorschrift .....	141
b.) Ratio des Heilungstatbestands .....	141
(1) Historische Auslegung des Heilungstatbestands .....	141
(2) Gegenwärtige Auslegung des Heilungstatbestands .....	142

(3) Stellungnahme .....	144
5. § 15 IV Satz 2 GmbHG .....	147
a.) Ratio der Formvorschrift .....	147
(1) Historische Auslegung der Formvorschrift .....	147
(2) Gegenwärtige Auslegung der Formvorschrift .....	149
b.) Ratio der Heilung .....	151
(1) Historische Auslegung des Heilungstatbestands .....	151
(2) Gegenwärtige Auslegung des Heilungstatbestands .....	151
(3) Stellungnahme .....	152
(4) Zusammenfassung .....	154
6. § 494 II BGB .....	155
a.) Ratio der Formvorschrift .....	155
b.) Ratio der Heilung .....	156
(1) Die Heilung als Interessenausgleich zwischen den Parteien .....	156
(2) Heilung als die dem Normzweck eher als die Formnichtigkeit entsprechende Rechtsfolge .....	158
(3) Zusammenfassung .....	159
7. § 507 BGB .....	160
a.) Ratio der Formvorschrift .....	160
b.) Ratio der Heilung .....	161
c.) Zusammenfassung .....	163
8. Zusammenfassender Überblick .....	164
VI. Zwischenfazit .....	165
1. Kein allgemeiner Grundsatz der Heilung durch Erfüllung .....	165
2. Keine abschließende Regelung der Heilung durch den Gesetzgeber .....	165
3. Korrelation zwischen Heilung und Normzweck der verletzten Formvorschrift .....	166
VII. Schlussfolgerungen .....	167
1. Grundsätzliche Zulässigkeit einer Analogie .....	167
2. Berücksichtigung der Normzwecke der verletzten Formvorschrift im Rahmen der Heilung .....	167
3. Beschränkte Gesamtanalogie als richtiges methodisches Mittel .....	167
VIII. Ergebnis .....	168
<b>B. Die Durchbrechung der Formnichtigkeit nach § 242 BGB .....</b>	<b>168</b>
I. Entwicklung der Rechtsfigur durch die Rechtsprechung .....	169
1. Die anfänglich ablehnende Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	169
2. Zunehmende Lockerung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung .....	169
3. Die Rechtsprechung der Nachkriegszeit und die Entstehung der heutigen Formel des Bundesgerichtshofs .....	170
II. Dogmatische Konzeption der Nichtigkeitsdurchbrechung nach der Rechtsprechung .....	171
III. Von der Rechtsprechung anerkannte Fallgruppen einer Nichtigkeitsdurchbrechung nach § 242 BGB .....	174
1. Schwere Treupflichtverletzung .....	174
2. Existenzgefährdung .....	176
3. Hofübergabe .....	178

4. Zusammenfassung .....	179
IV. Rezeption und Übernahme der Nichtigkeitsdurchbrechung gemäß § 242 BGB in der Literatur .....	180
1. Generelle Ablehnung des Ansatzes durch Häsemeyer .....	180
2. Abweichende Bildung der Fallgruppen .....	180
3. Berücksichtigung der Normzwecke der verletzten Formvorschrift .....	181
4. Die Entwicklung eines an den Normzwecken der verletzten Formvorschrift orientierten Fallgruppensystems durch <i>Haßfurter</i> .....	181
V. Stellungnahme .....	182
1. Grundsätzliche Zulässigkeit der Durchbrechung der Formnichtigkeit nach § 242 BGB .....	182
2. Berücksichtigung der Normzwecke der verletzten Formvorschrift im Rahmen der Lösung über § 242 BGB? .....	184
3. Ergebnis .....	186
<b>C. Teleologische Reduktion des § 125 Satz 1 BGB und der Formvorschriften .....</b>	<b>187</b>
I. Methodische Ausgangslage .....	187
II. Meinungsstand .....	187
III. Stellungnahme .....	189
IV. Zusammenfassung .....	190
<b>D. Einschränkung des absoluten Nichtigkeitsbegriffs .....</b>	<b>190</b>
<b>E. Durchbrechung der Formnichtigkeit im Rahmen des Schadensersatzes? .....</b>	<b>194</b>
I. Arglistige Täuschung über das Bestehen der Formbedürftigkeit .....	194
II. Schuldhafter Abbruch der Vertragsverhandlungen .....	195
III. Berufung auf die Nichtigkeit trotz ausdrücklicher anderslautender Versicherung .....	196
IV. Zusammenfassung .....	198
<b>F. Der Sonderfall der §§ 550 und 585a BGB .....</b>	<b>198</b>
<b>G. Durchbrechung der Formnichtigkeit beim Arbeits- und Gesellschaftsvertrag .....</b>	<b>200</b>
<b>H. Zwischenfazit .....</b>	<b>200</b>
I. Anwendungsbereich der Gesamtanalogie zur Heilung .....	200
II. Anwendungsbereich der teleologischen Reduktion .....	201
III. Grenzen der methodisch zulässigen Durchbrechung der Formnichtigkeit .....	202
<b>I. Ergebnis .....</b>	<b>203</b>
<b>Kapitel 4: Anwendung des eigenen Lösungsvorschlags .....</b>	<b>205</b>
<b>A. Keine unmittelbare Anwendung von § 518 II für unentgeltliche formbedürftige Verträge .....</b>	<b>205</b>
<b>B. Verträge über das gegenwärtige Vermögen .....</b>	<b>206</b>
I. Normzwecke der Formvorschrift .....	206



II. Anwendung des eigenen Lösungsmaßstabs .....	206
1. Regelung der vorweg genommenen Erbfolge .....	206
2. Unternehmenskauf im Wege eines asset deals .....	208
a.) Anwendungsbereich der Formvorschrift .....	208
b.) Übertragbarkeit der Normzwecke der Formvorschrift .....	208
(1) Schutzzwecke .....	209
(2) Beweiszwecke .....	210
c.) Teleologische Reduktion der Formvorschrift? .....	211
III. Ergebnis .....	212
<b>C. Erbschafts Kauf gemäß § 2371 BGB .....</b>	<b>213</b>
I. Normzwecke der Formvorschrift .....	213
II. Stand der Forschung .....	213
1. Erbschafts Kauf vom Alleinerben .....	214
2. Erbteils Kauf vom Miterben .....	214
III. Anwendung des eigenen Lösungsvorschlags .....	215
1. Erbschafts Kauf vom Alleinerben .....	216
2. Erbteils Kauf vom Miterben .....	217
IV. Ergebnis .....	218
<b>D. Verträge über den gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil .....</b>	<b>218</b>
I. Normzwecke der Formvorschrift .....	218
II. Stand der Forschung .....	219
III. Anwendung des eigenen Lösungsmaßstabs .....	219
1. Kauf eines zukünftigen Erbteils .....	220
2. Verpflichtung zur Übertragung von Pflichtteilsansprüchen .....	221
a.) Abtretung nach dem Tode des Erblassers .....	221
b.) Antizipierte Abtretung des Pflichtteilsanspruchs .....	222
3. Verzicht auf den gesetzlichen Erb- oder den Pflichtteilsanspruch .....	223
IV. Ergebnis .....	223
<b>E. Leibrentenvertrag .....</b>	<b>223</b>
I. Normzwecke der Formvorschrift .....	223
II. Stand der Forschung .....	224
III. Anwendung des eigenen Lösungsmaßstabs .....	225
IV. Ergebnis .....	227
<b>F. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis .....</b>	<b>228</b>
I. Normzwecke der Formvorschriften .....	228
II. Stand der Forschung .....	229
III. Anwendung des eigenen Lösungsvorschlags .....	229
IV. Ergebnis .....	230

<b>G. Darlehensvermittlungsvertrag § 655a BGB .....</b>	<b>230</b>
I. Normzweck der Formvorschrift.....	230
II. Stand der Forschung.....	231
III. Anwendung des eigenen Lösungsvorschlags .....	232
1. Umfang und Konsequenzen der unionsrechtlichen Determination .....	232
2. Ausschluss der Rückforderungsansprüche des Darlehensvermittlers.....	233
a.) Notwendigkeit einer Durchbrechung der Formnichtigkeit.....	233
b.) Tauglichkeit der von der allgemeinen Ansicht vorgeschlagenen Lösung.....	234
c.) Dogmatische Begründung .....	235
3. Rechtsfolgen inhaltlich fehlerhafter Pflichtangaben .....	236
IV. Ergebnis.....	237
<b>H. Nach § 484 I BGB formbedürftige Verträge.....</b>	<b>238</b>
I. Anwendungsbereich und Normzwecke der Formvorschrift .....	238
II. Stand der Forschung.....	238
III. Anwendung des eigenen Lösungsvorschlags .....	238
1. Umfang und Konsequenzen der europarechtlichen Determination.....	238
2. Teilzeitwohnrechtevertrag .....	239
a.) Grundsätzlich keine Durchbrechung der Formnichtigkeit.....	239
b.) Durchbrechung der Formnichtigkeit im Rahmen der Heilung nach § 311b I Satz 2 BGB?.....	239
3. Vertrag über ein langfristiges Urlaubsprodukt, Vermittlungsvertrag und Tauschsystemvertrag.....	240
IV. Ergebnis.....	242
<b>I. Vorverträge über formbedürftige Hauptverträge .....</b>	<b>242</b>
I. Formbedürftigkeit des Vorvertrags .....	242
II. Stand der Forschung.....	243
III. Anwendung des eigenen Lösungsansatzes .....	244
IV. Ergebnis.....	245
<b>J. Zusammenfassung der Erkenntnisse .....</b>	<b>246</b>
<b>Gesamtfazit.....</b>	<b>249</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>.....</b>