

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
C. Zusätzliche Anhaltspunkte für eine an den Normzwecken der verletzten Formvorschrift orientierte Rechtsfolge von Formnichtigkeit	35
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
D. Entkräftigung der gegen eine Berücksichtigung der Normzwecke der verletzten Formvorschrift vorgebrachten Argumente.....	38
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 Rechtsicherheit und Verhältnismäßigkeit	46
2. Konkretisierung des Spannungsverhältnisses in der vorliegenden Fragestellung	46
3. Auflösung des Spannungsverhältnisses	48
4. Zusammenfassung.....	49
E. Ergebnis	49

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 Vertragschlusses.....	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 Vertragschlusses.....	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
C. Ergebnis	76
Kapitel 3: Möglichkeiten einer Durchbrechung der Formnichtigkeit im deutschen Recht	76
A. Die Heilung formnichtiger Verträge durch Erfüllung	77
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 Konditionsausschluss.....	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 Konditionsfrist	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. Die Durchbrechung der Formnichtigkeit nach § 242 BGB	168
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>Hafffurter</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
C. Teleologische Reduktion des § 125 Satz 1 BGB und der Formvorschriften	187
I. Methodische Ausgangslage	187
II. Meinungsstand	187
III. Stellungnahme.....	189
IV. Zusammenfassung.....	190
D. Einschränkung des absoluten Nichtigkeitsbegriffs	190
E. Durchbrechung der Formnichtigkeit im Rahmen des Schadensersatzes?	194
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
F. Der Sonderfall der §§ 550 und 585a BGB.....	198
G. Durchbrechung der Formnichtigkeit beim Arbeits- und Gesellschaftsvertrag.....	200
H. Zwischenfazit	200
I. Anwendungsbereich der Gesamtanalogie zur Heilung	200
II. Anwendungsbereich der teleologischen Reduktion	201
III. Grenzen der methodisch zulässigen Durchbrechung der Formnichtigkeit.....	202
I. Ergebnis	203
Kapitel 4: Anwendung des eigenen Lösungsvorschlags	205
A. Keine unmittelbare Anwendung von § 518 II für unentgeltliche formbedürftige Verträge	205
B. Verträge über das gegenwärtige Vermögen	206
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
C. Erbschaftskauf gemäß § 2371 BGB.....	213
I. Normzwecke der Formvorschrift.....	213
II. Stand der Forschung.....	213
1. Erbschaftskauf vom Alleinerben	214
2. Erbteilskauf vom Miterben.....	214
III. Anwendung des eigenen Lösungsvorschlags	215
1. Erbschaftskauf vom Alleinerben	216
2. Erbteilskauf vom Miterben.....	217
IV. Ergebnis.....	218
D. Verträge über den gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil.....	218
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
E. Leibrentenvertrag	223
I. Normzwecke der Formvorschrift.....	223
II. Stand der Forschung.....	224
III. Anwendung des eigenen Lösungsmaßstabs	225
IV. Ergebnis.....	227
F. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis	228
I. Normzwecke der Formvorschriften	228
II. Stand der Forschung.....	229
III. Anwendung des eigenen Lösungsvorschlags	229
IV. Ergebnis.....	230

G. Darlehensvermittlungsvertrag § 655a BGB	230
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
H. Nach § 484 I BGB formbedürftige Verträge.....	238
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
I. Vorverträge über formbedürftige Hauptverträge	242
I. Formbedürftigkeit des Vorvertrags	242
II. Stand der Forschung	243
III. Anwendung des eigenen Lösungsansatzes	244
IV. Ergebnis.....	245
J. Zusammenfassung der Erkenntnisse	246
Gesamtfazit	249
Literaturverzeichnis	