

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	I
Inhaltsverzeichnis	III
Einleitung.....	1
A. Problemstellung.....	1
B. Ziel der Arbeit	4
C. These.....	6
D. Gang der Untersuchung	7
1. TEIL MEINUNGSSTAND	9
§ 1 Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit	9
A. Rechtssicherheit.....	9
B. Materielle Gerechtigkeit	11
C. Verhältnis von Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit.....	15
D. Bedeutung für die Ausnahmen von Formvorschriften nach Treu und Glauben	21
§ 2 Entwicklung der Rechtsprechung.....	23
A. Frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts	23
B. Spätere Rechtsprechung des Reichsgerichts	26
C. Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone	29
D. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	30
I. Grundsätzliche Formel der Rechtsprechung	30
II. Treuwidrigkeit »der Berufung auf den Formmangel«	32
E. Ergebnis.....	35
§ 3 Stand der Literatur	37
A. Keine Ausnahmen von der Formnichtigkeit.....	37
I. Argumente.....	37
II. Kritik	41
III. Stellungnahme	43
B. Schadensersatzansprüche.....	45
I. §§ 823, 826 BGB	45
1. Voraussetzungen.....	45
2. Rechtsfolgen	46
a) Anspruch auf Erfüllung nach § 249 Abs. 1 BGB.....	46
b) Anspruch auf das negative Interesse	47
c) Anspruch auf das positive Interesse in Geld.....	49
3. Stellungnahme.....	50
II. Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo	51

III

1.	Voraussetzungen	51
a)	Argumente	51
b)	Kritik	52
2.	Rechtsfolgen	53
3.	Stellungnahme.....	55
C.	Teleologische Reduktion des § 125 BGB	55
I.	Grundlagen der teleologischen Reduktion	55
II.	Argumente für eine teleologische Reduktion des § 125 BGB aufgrund der Zwecke der Formvorschriften.....	57
III.	Kritik.....	59
IV.	Stellungnahme.....	61
D.	§ 242 BGB	64
I.	Argumente.....	64
II.	Kritik	67
III.	Stellungnahme.....	68
E.	Quasivertragliche Haftung nach Flume.....	70
I.	Argumente.....	70
II.	Stellungnahme.....	71
F.	Vertrauenshaftung nach Canaris.....	72
I.	Argumente.....	72
II.	Stellungnahme.....	73
G.	Entscheidung contra legem nach Gernhuber	73
I.	Argumente.....	73
II.	Kritik	74
III.	Stellungnahme.....	74
H.	Ergebnis.....	74
§ 4	Fallgruppen.....	77
A.	Existenzgefährdung.....	77
I.	Meinungsstand.....	77
1.	Rechtsprechung	77
2.	Abweichende Ansichten.....	78
II.	Stellungnahme.....	79
B.	Besonders schwere Treuepflichtverletzung	80
I.	Arglistige Täuschung.....	80
1.	Meinungsstand.....	80
2.	Stellungnahme.....	82
II.	Fahrlässige Verursachung des Formmangels	82
1.	Meinungsstand.....	82
2.	Stellungnahme.....	84
III.	Betreuungspflichtverletzung.....	85
1.	Meinungsstand.....	85
2.	Stellungnahme.....	88
IV.	Schuldlose Verursachung des Formmangels	88
1.	Meinungsstand.....	88
2.	Stellungnahme.....	90

V.	Kenntnis beider Parteien.....	90
1.	Meinungsstand.....	90
a)	Grundsatz der Formnichtigkeit.....	90
b)	Ausnahmen von der Formnichtigkeit.....	92
c)	Keine Ausnahme von der Formnichtigkeit.....	94
2.	Stellungnahme.....	94
VI.	Vertragsbestimmungen zu Gunsten nur einer Partei	95
1.	Meinungsstand.....	95
2.	Stellungnahme.....	96
VII.	Formvorschriften zu Gunsten einer Partei	97
1.	Meinungsstand.....	97
2.	Stellungnahme.....	99
VIII.	Erschwerete Rückabwicklung.....	99
1.	Einseitige Vorteilsziehung	99
a)	Meinungsstand.....	99
b)	Stellungnahme.....	102
2.	Erhebliche Nachteile einer Vertragspartei bei Nichtigkeit.....	102
a)	Meinungsstand.....	102
b)	Stellungnahme.....	104
IX.	Hofübergabefälle	105
1.	Meinungsstand.....	105
a)	Argumente	105
b)	Gegenargumente.....	109
2.	Stellungnahme.....	114
X.	Langer Zeitablauf.....	117
1.	Meinungsstand.....	117
2.	Stellungnahme.....	119
XI.	Geringfügigkeit des Formverstoßes.....	120
1.	Meinungsstand.....	120
2.	Stellungnahme.....	121
XII.	Mehrfache Bekräftigung der Erklärung.....	122
1.	Meinungsstand.....	122
2.	Stellungnahme.....	122
XIII.	Selbstwidersprüchliches Verhalten	123
1.	Meinungsstand.....	123
a)	Voraussetzungen des selbstwidersprüchlichen Verhaltens.....	123
b)	Einzelfälle.....	126
2.	Stellungnahme.....	129
XIV.	Verpflichtung zur Nachholung der Form	131
1.	Meinungsstand.....	131
2.	Stellungnahme.....	132
XV.	Erfüllung.....	132
1.	Meinungsstand.....	132
2.	Stellungnahme.....	135
C.	Formvorschriften ohne Ausnahmen nach § 242 BGB	136
I.	Verfügungen.....	136

I.	Meinungsstand.....	136
2.	Stellungnahme.....	137
II.	Verfügungen von Todes wegen.....	137
1.	Meinungsstand.....	137
2.	Stellungnahme.....	138
III.	Familienrecht	139
IV.	Aufsichtsbehördliche Genehmigung	140
1.	Meinungsstand.....	140
2.	Stellungnahme.....	140
V.	Gesellschaftssatzung.....	140
VI.	Wechsel.....	141
VII.	§ 34 GWB a. F.....	141
VIII.	HOAI	141
D.	Ergebnis.....	141
2. TEIL BEDEUTUNG DER ZWECKE DER FORMVORSCHRIFTEN FÜR DIE AUSNAHMEN VON FORMVORSCHRIFTEN NACH TREU UND GLAUBEN.....		143
§ 5	Formzwecke.....	143
A.	Historische Entwicklung.....	143
B.	Mögliche Formzwecke	145
I.	Warnfunktion, Übereilungsschutz	146
II.	Beratungs- und Belehrungsfunktion, Gültigkeitsgewähr	148
III.	Klarstellungsfunktion.....	150
IV.	Beweisfunktion	151
V.	Dokumentations- oder Informationsfunktion	152
VI.	Kommunikationsfunktion	153
VII.	Erkennbarkeit für Dritte	153
VIII.	Überwachung.....	154
IX.	Erschwerung des Vertragsschlusses	154
X.	Vollstreckbarkeit	155
C.	Ermittlung des Zweckes einer Vorschrift	155
I.	Subjektive Theorie.....	156
II.	Objektive Theorie	157
III.	Vereinigungstheorie.....	161
IV.	Abgrenzung von Zweck und Wirkung.....	165
V.	Stellungnahme	165
D.	Formzwecke einzelner Formvorschriften	168
I.	Grundstücksvertrag (§ 311b Abs. 1 BGB)	168
II.	Schuldversprechen und Schuldnerkenntnis (§§ 780f. BGB).....	169
III.	Wechsel (Art. 1 und 2 WG)	171
IV.	GmbH-Gesellschaftsvertrag (§ 2 Abs. 2 S. 1 GmbHG).....	172
V.	Veräußerung von Geschäftsanteilen (§ 15 Abs. 3 und 4 GmbHG)	174
VI.	Langfristiger Miet- und Pachtvertrag (§ 550 BGB)	176

§ 6 Meinungsstand zur Bedeutung der Zwecke der Formvorschriften für die Ausnahmen von Formvorschriften nach Treu und Glauben	177
A. Berücksichtigung des objektiven Zwecks der Formvorschrift.....	177
I. Bedeutungslosigkeit der Formzwecke.....	177
II. Darstellung der herrschenden Meinung	178
1. Grundsätzliche Unbeachtlichkeit der Formzwecke.....	178
2. Ausnahmsweise Beachtlichkeit der Formzwecke.....	181
III. Darstellung der Ansicht von der abstrakten Bedeutung der Formzwecke.....	183
IV. Stellungnahme.....	185
B. Berücksichtigung des subjektiv verfolgten Zwecks.....	188
I. Argumente.....	188
II. Kritik	189
III. Stellungnahme.....	189
C. Durch den Zweck der Formvorschrift bedingter Ausschluss der Treuwidrigkeit	190
I. Argumente.....	190
II. Stellungnahme.....	192
§ 7 Eigener Ansatz – Verhältnismäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck	193
A. Geschichtliche Entwicklung der Verhältnismäßigkeitsmethode.....	193
I. Maßhalten bei Solon.....	194
II. Verhältnismäßigkeit bei Platon und Aristoteles	194
III. Verhältnismäßigkeit im römischen Recht	197
IV. Verhältnismäßigkeit in der Bibel, in Theologie und kanonischem Recht ...	199
V. Verhältnismäßigkeit in deutschrechtlichen Quellen	201
VI. Verhältnismäßigkeit im Naturrecht	202
1. Rezeption der aristotelischen Gedanken	202
2. Entwicklung des Rechtsstaats	203
VII. Verhältnismäßigkeit und Utilitarismus	205
VIII. Verrechtlichung der <i>aequitas</i> in England.....	206
IX. Kodifikation des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht	207
X. Entwicklung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	209
XI. Schlussfolgerung	210
B. Herleitung der Verhältnismäßigkeitsmethode	212
I. Verhältnismäßigkeit als juristische Methode	213
II. Verhältnismäßigkeit als Rechtsgrundsatz.....	221
1. Allgemeiner Konsens	223
2. Konkretisierung der Rechtsidee	224
a) Konkretisierung der Gerechtigkeit	226
b) Konkretisierung der Zweckmäßigkeit	228
3. Leitgedanke des positiven Rechts.....	229
4. Bindungswirkung von Rechtsgrundsätzen.....	231

III.	Kodifizierte Anwendungsbereiche der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Privatrecht	233
IV.	§ 242 BGB als allgemeiner zivilrechtlicher Anknüpfungspunkt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	238
1.	Meinungsstand zur Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit für § 242 BGB.....	238
a)	Kein Interesse des Rechtsinhabers	239
b)	Keine Schutzwürdigkeit des Interesses	241
c)	Überwiegen des Interesses des anderen Teils	242
(1)	Einzelfälle.....	243
(2)	Grad des Überwiegens.....	246
d)	Interessenabwägungslehre.....	248
2.	Stellungnahme.....	249
V.	Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte	251
1.	Grundrechtsbindung des das Nichtigkeitsurteil aussprechenden Gerichts	251
a)	Argumente gegen eine Grundrechtsbindung des Gerichts.....	251
b)	Argumente für die Grundrechtsbindung des Gerichts	253
c)	Stellungnahme.....	258
(1)	Grundsätzliche Geltung der Grundrechte im Zivilrecht	259
(2)	Abgeschwächte Wirkung der Grundrechte.....	261
2.	Eingriff in den Schutzbereich der Privatautonomie	265
3.	Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Privatautonomie	271
4.	Verfassungsrechtlicher Spielraum der Zivilgerichte	273
5.	Berücksichtigung des Grundrechts der Privatautonomie über § 242 BGB	276
6.	Wirkung der Grundrechte gegenüber zwingendem Recht.....	277
a)	Argumente gegen die Wirkung der Grundrechte gegenüber zwingendem Recht	277
b)	Argumente für die Wirkung der Grundrechte gegenüber zwingendem Recht	278
c)	Stellungnahme.....	279
7.	Bedeutung der verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkte für die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Privatrecht	282
a)	Zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Privatrecht	282
(1)	Historische Traditionalität des Privatrechts	282
(2)	Eigenständige Bedeutung des Privatrechts	285
b)	Verhältnismäßigkeitsprüfung als übereinstimmende Forderung von Privatrecht und Verfassungsrecht	286
VI.	Argumente gegen die Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Zivilrecht	289
1.	Gefahr der Verwischung klarer dogmatischer Strukturen.....	290
2.	Gefahr der Beeinträchtigung der Privatautonomie	294
3.	Gefahr des Verstoßes gegen die Gesetzesbindung der Rechtsprechung	302
a)	Gesetzesbindung der Rechtsprechung	302
b)	Rechtsgrundsätze als Teil des Rechts	303

c)	Anwendung der Verhältnismäßigkeitsmethode unter Berücksichtigung der Gesetzesbindung.....	304
d)	Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung.....	306
4.	Gefahr für die Rechtssicherheit.....	312
a)	Einwände.....	312
b)	Lösungsvorschläge	313
c)	Stellungnahme.....	316
VII.	Abgrenzung zu anderen Methoden zur Lösung von Gesetzeskollisionen.....	321
1.	Auslegung.....	321
2.	Teleologische Reduktion	322
3.	Güterabwägung	323
VIII.	Zusammenfassung	324
C.	Schritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung	326
I.	Erforderlichkeit und Geeignetheit.....	326
1.	Erforderlichkeit.....	326
2.	Geeignetheit.....	331
II.	Verhältnismäßigkeit i. e.S.....	332
1.	Rechtlich geschütztes Interesse.....	333
2.	Gewicht der kollidierenden Interessen	334
a)	Abstraktes Gewicht	334
b)	Konkreter Grad der Betroffenheit im Einzelfall	335
c)	Bewegliches System	336
D.	Gebot der Verhältnismäßigkeit oder Verbot der Unverhältnismäßigkeit? – Zur Argumentationslast.....	337
I.	Ausgangspunkt: Privatautonomie und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	337
II.	Beachtung der gesetzgeberischen Entscheidung.....	338
III.	Stellungnahme.....	341
E.	Anwendung auf die Formnichtigkeit nach § 125 BGB	344
I.	Legitimer Zweck des Nichtigkeitsurteils	344
II.	Geeignetheit des Nichtigkeitsurteils zur Zweckerreichung.....	345
III.	Erforderlichkeit des Urteils zur Zweckerreichung.....	345
IV.	Verhältnismäßigkeit der Formnichtigkeit i.e.S.....	346
1.	Maßgebliche Abwägungskriterien, die für die Nichtigkeit sprechen	348
2.	Maßgebliche Abwägungskriterien, die gegen die Nichtigkeit sprechen.....	349
a)	Privatautonomie	349
b)	Vertrauensschutz	349
(1)	Zurechenbarkeit	350
(2)	Vertrauen und Vertrauendürfen.....	351
(3)	Vertrauensdisposition	351
(4)	Interessenabwägung	352
3.	Abwägungsmaßstab	353
F.	Ergebnis.....	356

3. TEIL ANWENDUNG DER VERHÄLTNISMÄßIGKEITS-PRÜFUNG AUF EINZELFÄLLE	361
§ 8 Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Einzelfälle der Formnichtigkeit.....	361
A. Existenzgefährdung.....	361
B. Besonders schwere Treuepflichtverletzung	362
I. Arglistige Täuschung.....	362
II. Fahrlässige Verursachung des Formmangels	364
III. Betreuungspflichtverletzung.....	366
IV. Schuldlose Verursachung des Formmangels	367
V. Kenntnis beider Parteien.....	367
VI. Vertragsbestimmungen zu Gunsten nur einer Partei	368
VII. Formvorschriften zu Gunsten einer Partei	369
VIII. Erschwerete Rückabwicklung.....	369
1. Einseitige Vorteilsziehung	369
2. Erhebliche Nachteile einer Vertragspartei bei Nichtigkeit.....	372
IX. Hofübergabefälle	372
X. Langer Zeitablauf.....	374
XI. Geringfügigkeit des Formverstoßes.....	376
XII. Mehrfache Bekräftigung der Erklärung.....	377
XIII. Selbstwidersprüchliches Verhalten	377
XIV. Verpflichtung zur Nachholung der Form	378
1. Vorvertrag	378
2. Sonstige Nachholungsverpflichtung	382
XV. Erfüllung.....	382
C. Keine Ausnahme nach § 242 BGB infolge des Formzwecks bestimmter Formvorschriften.....	383
I. Verfügungen.....	383
II. Verfügungen von Todes wegen.....	384
III. Familienrecht	384
IV. Aufsichtsbehördliche Genehmigung	384
V. Schlussfolgerung	385
§ 9 Sonderfall: Schriftform der Miet- und Pachtverträge nach § 550 BGB.....	387
A. Rechtsfolge des § 550 BGB	388
B. Meinungsstand.....	389
I. Geltendmachung des Formmangels durch die ursprünglichen Vertrags- parteien	389
1. Formfehler in begünstigender Vertragsänderung.....	390
a) Argumente	390
b) Kritik	390
c) Stellungnahme.....	391
2. Nachholungsverpflichtung.....	391
a) Vereinbarung über die Nachholung der Schriftform	392
(1) Nachholungsklausel	393

(2) Formlose Vereinbarung der Nachholung	394
(a) Vorvertrag	394
(b) Formlose Vereinbarung über die Nachholung der Form	395
(3) Salvatorische Klausel.....	396
(4) Anspruch auf Nachholung der Schriftform aus § 242 BGB	400
b) Wirksamkeit der Nachholungsvereinbarung.....	402
(1) Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen den zwingenden § 550 BGB	402
(2) Unwirksamkeit in AGB gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	404
(3) Unwirksamkeit in AGB gem. § 305b BGB	406
(4) Stellungnahme.....	406
c) Treuwidrigkeit der Kündigung	408
3. Verpflichtung zum Abschluss des Mietvertrags	410
4. Selbstwidersprüchliches Verhalten	411
5. Besondere Vorteilsziehung	412
6. Langer Zeitablauf	413
7. Vereinbarung der langfristigen Bindung.....	413
8. Subjektiv vom Kündigenden verfolgter Zweck	414
9. Anwendung des § 242 BGB aufgrund des Schutzzwecks des § 550 BGB ..	415
10. Allgemeine Fallgruppen.....	420
a) Arglist	420
b) Fahrlässige oder schuldlose Verursachung des Formmangels	421
11. Ausschluss bei fehlender Schutzwürdigkeit des Kündigungsempfängers...	421
II. Geltendmachung des Formmangels durch den Erwerber	423
1. Grundsatz: Erwerber kann sich auf Formmangel gem. § 550 BGB berufen.....	423
2. Treuwidriges Verhalten des Erwerbers	424
3. Nachholungsklausel	425
4. Kenntnis des Erwerbers von dem Verhalten des ursprünglichen Ver- mieters	429
5. Anderweitige Kenntnis des Erwerbers vom Vertragsinhalt	430
C. Bedürfnis für eine erweiterte Anwendung des § 242 BGB	431
I. Argumente gegen eine erweiterte Anwendung des § 242 BGB	431
II. Argumente für eine erweiterte Anwendung des § 242 BGB	432
D. Eigene Lösung	435
I. Normzweck des § 550 BGB	435
1. Erwerberschutz	435
2. Andere Zwecke.....	437
a) Warnfunktion.....	439
(1) Argumente	439
(2) Kritik	441
b) Klarstellungs- und Beweisfunktion.....	443
c) Druckfunktion.....	444
d) Gleichstellungsfunktion	445
e) Ermöglichung staatlicher Kontrolle	445
f) Entlastung der Gerichte.....	445

3. Stellungnahme.....	445
II. Ausschluss der Kündigung durch die ursprünglichen Vertragsparteien	454
III. Kündigung des Erwerbers	457
4. TEIL RECHTSFOLGEN DER TREUWIDRIGKEIT	461
§ 10 Einrede oder Einwendung	461
A. Einrede	461
B. Einwendung	461
§ 11 Anspruchsgrundlage.....	463
A. Gesetzliches Schuldverhältnis.....	463
I. Argumente.....	463
II. Stellungnahme.....	463
B. Wirksamkeit des Vertrages	464
I. Argumente.....	464
II. Kritik	465
III. Stellungnahme.....	465
IV. Ansprüche der trebrüchigen Vertragspartei.....	465
V. Zeitpunkt der Wirksamkeit des Vertrags	466
§ 12 Wirkung gegenüber Dritten.....	467
A. Argumente	467
B. Kritik	468
C. Stellungnahme.....	469
I. Wirksamkeit wirkt zugunsten des Dritten.....	469
II. Wirksamkeit des Vertrags zulasten Dritter oder der Allgemeinheit.....	471
1. Formvorschrift schützt Dritte oder Allgemeinheit	471
2. Formvorschrift schützt nur Vertragspartner	472
Zusammenfassung der Thesen.....	475
A. Verhältnismäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck.....	475
B. Keine Kündigung der ursprünglichen Vertragsparteien nach § 550 BGB.....	478
C. Fallgruppen der Ausnahmen von § 125 S. 1 BGB nach § 242 BGB	478
Literaturverzeichnis	481