Anna Haßfurter

Form und Treue

Die Verhältnismäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck

Herbert Utz Verlag · München
Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von
Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)
Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)
Prof. Dr. Georg Steinberg (EBS Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden)
Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 106

Zugl.: Diss., Passau, Univ., 2014


Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2016

ISBN 978-3-8316-4459-9

Printed in EU
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de
Vorwort


Zuallererst möchte ich meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Ulrike Müßig von Herzen danken, dass sie mich während der Erstellung der Arbeit stets mit ihrem Rat und ihren weiterführenden Gedanken begleitet hat. Unsere intensiven Diskussionen über das brisante, grundlegende Thema meiner Arbeit waren immer sehr produktiv und haben mich auf neue Gedanken gebracht oder jedenfalls meine Begründungen verbessert. Es gibt nicht viele Doktormütter oder -väter, die der Betreuung der Doktoranden an ihrem Lehrstuhl eine so große Bedeutung zumessen und so zügig bei der Korrektur und bei der sonstigen Unterstützung sind.

Herrn Prof. Dr. Alexander Krafka danke ich besonders für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens und für seine konstruktive Kritik.

Ich danke meinen Kollegen vom Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte von Frau Prof. Dr. Ulrike Müßig für unsere guten Diskussionen und ihre hilfreichen Tipps sowie Herrn Dr. Anton Geier für seine Unterstützung bei der Vorbereitung auf die Disputation.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Mann, dem die Erstellung dieser Arbeit genauso sehr am Herzen lag wie mir, meinen Kindern, die oft auf ihre Mutter verzichtet haben, damit sie an ihrer Dissertation arbeiten konnte, und meinen Eltern, die mir das Studium der Rechtswissenschaften ermöglicht haben.

Bad Füssing im Januar 2016

Anna Haßfurter
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
§ 4 Fallgruppen

A. Existenzgefährdung
   1. Meinungsstand
      1. Rechtsprechung
      2. Abweichende Ansichten
   2. Stellungnahme

B. Besonders schwere Treuepflichtverletzung
   1. Arglistige Täuschung
      1. Meinungsstand
      2. Stellungnahme
   2. Fahrlässige Verursachung des Formmangels
      1. Meinungsstand
      2. Stellungnahme
   3. Betreuungspflichtverletzung
      1. Meinungsstand
      2. Stellungnahme
   IV. Schuldlose Verursachung des Formmangels
      1. Meinungsstand
      2. Stellungnahme

C. Teleologische Reduktion des § 125 BGB
   I. Grundlagen der teleologischen Reduktion
   II. Argumente für eine teleologische Reduktion des § 125 BGB aufgrund der
       Zwecke der Formvorschriften
   III. Kritik
   IV. Stellungnahme

D. § 242 BGB
   I. Argumente
   II. Kritik
   III. Stellungnahme

E. Quasivertragliche Haftung nach Flume
   I. Argumente
   II. Stellungnahme

F. Vertrauenshaftung nach Canaris
   I. Argumente
   II. Stellungnahme

G. Entscheidung contra legem nach Gernhuber
   I. Argumente
   II. Kritik
   III. Stellungnahme

H. Ergebnis

§ 4 Fallgruppen

A. Existenzgefährdung
   1. Meinungsstand
   2. Stellungnahme

B. Besonders schwere Treuepflichtverletzung
   1. Arglistige Täuschung
      1. Meinungsstand
      2. Stellungnahme
   2. Fahrlässige Verursachung des Formmangels
      1. Meinungsstand
      2. Stellungnahme
   III. Betreuungspflichtverletzung
      1. Meinungsstand
      2. Stellungnahme
   IV. Schuldlose Verursachung des Formmangels
      1. Meinungsstand
      2. Stellungnahme

IV
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. Erschwerte 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

V
Inhaltsverzeichnis

1. 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 FORMVOR-
SCHRIFTEN FÜR DIE AUSNAHMEN VON FORM-
VORSCHRIFTEN 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 Platон 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 aequitas in England............................................... 206
   IX. Kodifikation des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Verwaltungsrecht........................................................................................................... 207
   X. Entwicklung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismaß-\ublickeit .................................................................................................................. 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 Verhältnismäßigkeitssprüfung 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 Verhältnismäßigkeitssprüfung im Privatrecht ......................................................... 282
   a) Zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Privatrecht............................. 282
      (1) Historische Traditionalität des Privatrechts .............................................. 282
      (2) Eigenständige Bedeutung des Privatrechts.............................................. 285
   b) Verhältnismäßigkeitssprüfung 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 Verhältnismäßigkeitmethode 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 Verhältnismäßigkeitprüfung ............................................ 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 VERHÄLTNISMASSIGKEITS-PRÜFUNG AUF EINZELFÄLLE........................................361

§ 8  Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Einzelfälle der Formmängel

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. Erschwerte 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 Vertragsparteien..................................................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. Normzwec 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

XI
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 treubrüchigen 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
Einleitung

A. Problemstellung


4 BGHZ 45, 179 = NJW 1966, 1067 (1068); BGH, NJW 1996, 2503 (2504); BGH, NJW 2004, 3330 (3331); Armbrüster, NJW 2007, 3317; kritisch Schulze, Anm. z. BGHZ 136, 357, JZ 1998, 524.

7 BGHZ 29, 6 = NJW 1959, 626; BGH, NJW 1987, 1069 (1070).  
9 BGHZ 29, 6 = NJW 1959, 626; BGH, NJW 1987, 1069 (1070); BGH, NJW 1999, 950 (952).  
10 BGH, WM 1957, 1440; BGH, NJW 1999, 950 (952).  
11 BGH, WM 1957, 1440; so auch BGH, WM 1961, 1172 (1173); BGH, WM 1963, 1066 (1068).  
12 Vgl. zum Beispiel BGH, NJW 1965, 812.  
14 Teichmann, JA 1985, 497 (498).  
einen exakten Inhalt zu geben, der uns in klar erkennbarer Weise voranbringt, Rechtsform erhält, aber Rechtsformalismus abbaut.«17

Die Formvorschriften werden zwar nicht aufgelöst, wenn Ausnahmen nach § 242 BGB nur ganz ausnahmsweise zugelassen werden, weil die Formvorschriften dann ja in aller Regel angewendet werden. Wenn man aber nicht voraussehen kann, in welchen Ausnahmefällen § 242 BGB greift, wird man dies potentiell in vielen Fällen für möglich halten. Daher wird in unzähligen Prozessen der Einwand der Treuwidrigkeit gegenüber der Formnichtigkeit geltend gemacht,18 häufig indes vergeblich. Dann hätte durch eine klarere, vorhersehbare Rechtsprechung der Prozess vermieden werden können. Es handelt sich also keineswegs um ein rein akademisches Problem, sondern um ein Problem von großer praktischer Bedeutung.

Erhebliche Missstände zeigen sich in der Praxis insbesondere bei den Prozessen über die Kündbarkeit längerfristiger Miet- und Pachtverträge aufgrund mangelnder Schriftform gem. §§ 550, 578 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, 581 Abs. 2 BGB. Hatte der Gesetzgeber mit § 550 BGB bezweckt, den Erwerber, der in das Mietverhältnis gem. § 566 BGB eintritt, über den Inhalt seiner Rechte und Pflichten zu informieren, so erfolgen Kündigungen nach § 550 BGB heute in der Regel im Verhältnis der ursprünglichen Vertragsparteien, um sich von einem wirtschaftlich unrentabel gewordenen Mietvertrag zu lösen.19 Hier wird der Grundsatz der Vertragstreue (pacta sunt servanda) durchbrochen, ohne dass dies den Zwecken des § 550 BGB in irgendeiner Weise diente.20 Und warum wird die Kündigung in so einem Fall vom Gericht zugelassen? »Es ist nun einmal gesetzlich so angeordnet«, lautet die allein zutreffende Antwort.21 Die Zulassung der Kündigung hat indes erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen: Die Parteien haben häufig im Vertrauen auf den Bestand des langfristigen Mietvertrags erhebliche Investitionen getätigt, die sie bei vorzeitigem Ende des Mietvertrags nicht mehr bezahlen können. Gleiches gilt für einen Erwerber, der den Kaufpreis

17 v. Hippel, JW 1938, 625 (631).
18 Weissler, DNotZ 1909, 70 (75); Gernhuber, in: FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 151 ff.
Einleitung

nur über die zu erwartenden langfristigen Mietzinszahlungen finanzieren konnte.²²

Den Schwerpunkt der Arbeit bildet die Frage, welche Rolle die Formzwecke für die Frage der Treuwidrigkeit spielen.²³ Dass die Formzwecke dafür eine Rolle spielen, haben bereits viele vermutet. Nicht geklärt ist aber bis heute, wie diese Rolle der Formzwecke im Detail aussieht.

B. Ziel der Arbeit

Das Ziel dieser Arbeit ist es, Klarheit darüber zu schaffen, wann Ausnahmen von Formvorschriften nach Treu und Glauben zulassen sind. Daher müssen die Fälle, in denen ein formwidriges Geschäft als gültig behandelt wurde, analysiert, die besondere Eigenart der jeweiligen Fälle erfasst, mit


Ausgenommen bleibt die Frage, inwieweit der Zweck der Formvorschrift bei der Auslegung der Formvorschrift zu berücksichtigen ist. Dazu zählt auch die Auflockerungsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 550 BGB.

---


### C. These


Wenn in dieser Arbeit von einer »Rechtsposition« die Rede ist, ist dies im weiten Sinne zu verstehen als jedes von der Formnichtigkeit betroffene Interesse einer Partei, das rechtlich durch Verfassung, Gesetz, sonstige Rechtsnormen, Rechtsprinzipien oder Gewohnheitsrecht geschützt ist.

Es wird sich zeigen, dass man, wenn man die Verhältnismäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck bei von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen prüft, meist zu denselben Ergebnissen wie die Rechtsprechung kommt (siehe dazu § 8). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als allgemeiner Rechtsgrundsatz objektiviert die von der Rechtsprechung durchgeführte subjektive Abwägung, führt zu einer methodischen Abschichtung

---

Einleitung

mehrerer Prüfungsschritte und führt durch die Offenlegung der entscheidenden Gesichtspunkte zu einer besseren Vorhersehbarkeit künftiger Entscheidungen über Ausnahmen von Formvorschriften nach § 242 BGB (siehe dazu § 7).

Das ursprüngliche Ziel der Arbeit, eine subsumierbare Definition für die Treuwidrigkeit zu finden, stellte sich im weiteren Verlauf als nicht realisierbar heraus. Es widerspricht der Natur des Grundsatzes von Treu und Glauben, der Einzelfallgerechtigkeit schaffen will. Jedoch führt die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu einer objektivierten Abwägung anhand definierter Kriterien, also zu einem beweglichen System. Diese Kriterien lassen sich auf zukünftige Fälle anwenden, so dass die Ergebnisse vorhersehbar werden.30

D. Gang der Untersuchung


Neue Juristische Beiträge

herausgegeben von
Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf)
Prof. Dr. Thomas Küffner (Fachhochschule Landshut)
Prof. Dr. Georg Steinberg (EBS Universität für Wirtschaft und Recht Wiesbaden)
Prof. Dr. Fabian Wittreck (Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Band 109: Franziska Dautert: Beweisverwertungsverbote und ihre Drittewirkung
2015 · 302 Seiten · ISBN 978-3-8316-4479-7

Band 108: Florian Eder: Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess
2015 · 396 Seiten · ISBN 978-3-8316-4469-8

Band 107: Martina Achzet: Sanierung von Krisenunternehmen · Ablauf und Personalentwicklung in Unternehmenssicherungen unter Konkursordnung, Vergleichsordnung und Insolvenzordnung
2015 · 304 Seiten · ISBN 978-3-8316-4467-4

Band 106: Anna Haßfurter: Form und Treue · Die Verhältnismäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck
2016 · 538 Seiten · ISBN 978-3-8316-4459-9

Band 105: Johannes Leutloff: Public Viewing im Urheber- und Lauterkeitsrecht · Eine Untersuchung anhand der Public-Viewing-Reglements der Fußballverbände FIFA und UEFA
2015 · 274 Seiten · ISBN 978-3-8316-4429-2

Band 104: Simone Goltz: Weltanschauungsgemeinschaften · Begriff und verfassungsrechtliche Stellung
2015 · 336 Seiten · ISBN 978-3-8316-4427-8

Band 103: Verena Guttenberg: Schutz vor Diskriminierung im Beschäftigungsverhältnis in Großbritannien – Equality Act 2010
2015 · 680 Seiten · ISBN 978-3-8316-4414-8

Band 102: Johannes Peters: Kindheit im Strafrecht · Eine Untersuchung des materiellen Strafrechts mit besonderem Schwerpunkt auf dem Kind als Opfer und Täter
2014 · 294 Seiten · ISBN 978-3-8316-4391-2

Band 101: Oliver Suchy: Der Verfall im Ordnungswidrigkeitsrecht · Eine Untersuchung ausgewählter Gesichtspunkte im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext
2014 · 222 Seiten · ISBN 978-3-8316-4339-4

Band 100: Konrad Gieseler: Die kartellrechtliche Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde · Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 71 Absatz 2 Satz 2 GWB

Band 99: Astrid Eiling: Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben an die Einführung neuer Verbrauchsteuer · Verprobt am Beispiel der Kernbrennstoffsteuer
2014 · 268 Seiten · ISBN 978-3-8316-4366-0

2014 · 324 Seiten · ISBN 978-3-8316-4349-3

Band 97: Sarah Regina Helml: Die Reform der Selbstanzeige im Steuerstrafrecht
2014 · 246 Seiten · ISBN 978-3-8316-4340-0
Band 96: Jan Peter Müller: **Rezeption privater Rechnungslegungsstandards durch den Staat**  
2014 · 416 Seiten · ISBN 978-3-8316-4327-1

Band 95: Thomas Barth: **Tarifverträge in der Zeitarbeit** · Das Spannungsverhältnis zwischen gesetzlicher Gleichstellung und Tarifautonomie  

Band 94: Carla Wiedeck: **Priorisierung in der Gesetzlichen Krankenversicherung**  
2015 · 254 Seiten · ISBN 978-3-8316-4307-3

Band 93: Robert Ulrich Fischer: **Die Anrechnungslösung des § 19 Abs. 4 GmbHG**  
2013 · 174 Seiten · ISBN 978-3-8316-4301-1

Band 92: Stephanie Greil-Lidl: **Die Verfügungsverwaltung in der Erbengemeinschaft** · Ein Interessenkonflikt zwischen Gläubigerschutz und Privatautonomie unter dem Deckmantel des Gesamthandlungsprinzips  
2014 · 158 Seiten · ISBN 978-3-8316-4260-1

Band 91: Felix Kampmann: **Gehaltsstrukturuntersuchungen im Steuerrecht** · Praxis und weitere Beurteilungsansätze zur Bestimmung der Angemessenheit von Gesellschafter-Geschäftsführervergütungen  
2013 · 250 Seiten · ISBN 978-3-8316-4257-1

Band 90: Christoph Dachner: **Der Abwendungsvergleich in § 302 Abs. 3 S. 2 AktG an der Schnittstelle von Gesellschafts-, Steuer- und Insolvenzrecht**  
2013 · 326 Seiten · ISBN 978-3-8316-4218-2

Band 89: Florian Muß: **Präsident und Ersatzmonarch** · Die Erfindung des Präsidenten als Ersatzmonarch in der amerikanischen Verfassungsdebatte und Verfassungspraxis  
2013 · 258 Seiten · ISBN 978-3-8316-4251-9

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:  
Herbert Utz Verlag GmbH, München  
089-277791-00 · info@utzverlag.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 3000 lieferbaren Titeln: www.utzverlag.de