

noch ansteigen wird.¹⁸¹ Ohne dieses punitive gesellschaftliche Klima ist eine entsprechende Kriminalpolitik nicht möglich.¹⁸² Macht man die Probe aufs Exempel, gerät man z. B. im Fall von Spanien in Erklärungsnot, sofern man davon ausgeht, dass die Daten (zumindest tendenziell) die Wirklichkeit abbilden. Einerseits ist in Spanien die individuelle Punitivität langfristig stark gesunken.¹⁸³ Andererseits stieg die Gefangenenrate¹⁸⁴ bei einer wahrscheinlich nahezu konstanten Kriminalitätsbelastung¹⁸⁵ an (und damit wohl auch die justizielle Punitivität). Die Übertragbarkeit des Konzepts der „Kultur der Kontrolle“ auf Europa erscheint zumindest sehr zweifelhaft.

¹⁸¹ Vgl. *Karl-Heinz Reuband*, Steigende Repressionsneigung im Zeitalter der „Postmoderne“? Das Sanktionsverlangen der Bundesbürger 1989 und 2002 im Vergleich, in: NK 2003, S. 100 (100).

¹⁸² *David Garland*, Kultur der Kontrolle, 2008, S. 257/258, 298/299.

¹⁸³ Siehe Aufgabe 3, A. I. 2. (Abbildung 3); vgl. auch *Alfonso Serrano-Maíllo/Helmut Kury*, Insecurity Feelings and Punitivity: Relationship in a National Sample of Adolescents and Young Adults in Spain, in: Kury (Hg.), *Fear of Crime – Punitivity. New Developments in Theory and Research*, 2008, S. 321 (332).

¹⁸⁴ Siehe Aufgabe 3, A. II. 1. (Abbildung 4).

¹⁸⁵ *Marcelo F. Aebi u. a.*, Sourcebook, 2006, S. 37, http://www.europeansourcebook.org/esb3_Full.pdf.

Zusammenfassung und Ausblick

Zunächst wurde der vielschichtige Begriff der Punitivität in seinen verschiedenen Dimensionen beschrieben. Daran schloss sich ein Überblick über die Methoden zur empirischen Erfassung von Punitivität an.

Die Darstellung der wichtigsten Forschungsergebnisse zur Entwicklung der individuellen Punitivität in Deutschland hat gezeigt, dass eine fundierte Bewertung aufgrund zahlreicher methodischer Mängel der Studien bisher nicht möglich ist. Die Ergebnisse zur justiziellen und legislativen Punitivität deuten dagegen auf einen leichten langfristigen Anstieg hin. Auch im europäischen Vergleich scheint die Entwicklung der Punitivität in Deutschland eher moderat zu verlaufen.

Entgegen mancher Befürchtung¹⁸⁶ scheint es in Deutschland eine „punitive Wende“ im US-amerikanischen Sinne nicht zu geben.

Angesichts des geringen gesicherten Wissens in Bezug auf die Punitivität in der Bevölkerung sollte hier ein Schwerpunkt weiterer Forschung liegen.

¹⁸⁶ *Fritz Sack*, in: *Soziale Probleme* 17 (2006), S. 155 (167/168).

Olaf Muthorst*

Schriftlichkeit statt Schriftform

BGB §§ 126, 550 Ein konkludent geschlossener Mietvertrag wahrt die Schriftform, wenn der Vertragsinhalt schriftlich vorliegt.

Ein Mietvertrag genügt auch dann der Schriftform des § 550 BGB, wenn die Vertragsbedingungen schriftlich vorliegen und der Mietvertrag später konkludent geschlossen wird.

BGH, Urteil vom 24.02.2010 – XII ZR 120/06, NJW 2010, 1518

Zum Sachverhalt

V errichtete Gewerberäume, die er schon vor Fertigstellung an den M vermieten wollte. Am 16.3.1992 unterzeichnete V eine Vertragsurkunde, die die Bedingungen des abzuschließenden Mietvertrages enthielt. Danach

sollte die Mietzeit mit der Übernahme des fertiggestellten Mietobjekts beginnen und 15 Jahre dauern. Die Vertragsurkunde wurde dem M übersandt, wobei V eine Annahmefrist einräumte. Ob dem V rechtzeitig eine Annahmeerklärung des M zuzuging, ist unklar. Jedenfalls aber wurden M die Gewerberäume am 9.11.1993 unter Bezugnahme auf „den Mietvertrag vom 16.3.1992“ übergeben. Später kam es zwischen V und M zum Streit darüber, ob ein Mietverhältnis auf 15 Jahre geschlossen war oder nicht. M klagte auf Feststellung.

Problemaufriss

Ein Vertrag kommt durch Angebot und Annahmestande (§§ 145 ff. BGB). Diese Willenserklärungen müssen grundsätzlich in keiner bestimmten Form abgegeben werden, d. h. sie können etwa privatschriftlich, notariell

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

beurkundet oder durch schlüssiges Verhalten (konklu- dent) abgegeben werden. Das ergibt sich aus § 125 BGB. Danach ist es ein Nichtigkeitsgrund, wenn ein Rechts- geschäft eine durch Gesetz oder Rechtsgeschäft vorge- schriebene Form nicht einhält. Umgekehrt: Wo keine bestimmte Form vorgeschrieben ist, herrscht Formfrei- heit.¹

Das Gesetz verlangt in verschiedenen Fällen eine be- stimmte Form (z. B. in §§ 311b I, 518 I, 766 BGB). Sol- che Vorschriften dienen vor allem dazu, die besondere Tragweite einer Erklärung zu verdeutlichen (Warnfunk- tion), sicherzustellen, dass bei Abgabe der Erklärung bestimmte Informationen vorliegen (Beratungsfunk- tion), dass der Inhalt der Erklärung leicht nachweisbar (Beweisfunktion) oder für Dritte leicht ermittelbar ist (Informationsfunktion).²

Nicht immer macht das Gesetz von der Einhaltung der Form die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängig. In manchen Fällen lässt das Gesetz den Parteien die Wahl, es knüpft aber an das Rechtsgeschäft verschiedene Rechtsfolgen, je nachdem, für welche Form sich die Par- teien entschieden haben. Zu diesen Vorschriften gehört § 550 S. 1 BGB. Danach gilt ein Mietvertrag³, der für län- gere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, für unbestimm- te Zeit, wenn er nicht in schriftlicher Form geschlossen wird. Wird also die Schriftform eingehalten, gilt der Mietvertrag für die vereinbarte Dauer. Er kann nur au- ßerordentlich gekündigt werden (§ 542 II Nr. 1 BGB).⁴ Wird die Schriftform nicht eingehalten, gilt der Mietver- trag auf unbestimmte Zeit. Er kann nach den gesetzli- chen Vorschriften gekündigt werden (§ 542 I BGB), d. h. nicht nur außerordentlich, sondern auch ordentlich. Die Parteien sind also deutlich stärker gebunden, wenn der Mietvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen wird. Geht diese Zeit über ein Jahr hinaus, verlangt das Gesetz da- her die strengere Form: Schriftform statt Formfreiheit.

Was Schriftform bedeutet, regelt das Gesetz in § 126 BGB. Danach genügt ein Vertrag der Schriftform dann, wenn die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet wird (II 1) oder wenn mehrere Vertragsurkunden erstellt werden und jede Partei die der Gegenseite unterzeich- net (II 2).

Vor diesem Hintergrund war zweifelhaft, ob der Miet- vertrag hier auf 15 Jahre geschlossen war oder nicht. Zwar gab es die Urkunde vom 16.3.1992, in der alle Ver-

tragsbedingungen dokumentiert waren. Ob das in dieser Urkunde verkörperte Angebot rechtzeitig (§ 147 II BGB) angenommen worden war, ließ sich aber nicht aufklären. Zweifelfrei zustande gekommen war der Mietvertrag hingegen konklu- dent durch die Übergabe des Mietob- jekts an M, wobei auf die Urkunde vom 16.3.1992 und damit auf deren Vertragsbedingungen Bezug genom- men worden war. War damit die Schriftform gewahrt?

Zur Entscheidung

Der BGH sieht die Schriftform als gewahrt an. Er ge- langt zu diesem Ergebnis in zwei Schritten: Erstens ver- lange § 550 BGB, dass die Vertragsbedingungen schrift- lich niedergelegt sind. Das bedeute aber nicht, dass aus der Urkunde die rechtzeitige Annahme des Vertragsan- gebots ersichtlich sein müsse. Denn § 550 BGB solle in erster Linie dem Schutz eines späteren Grundstückser- werbers dienen. Er solle die Vertragsbedingungen, an die er nach § 566 BGB gebunden ist, schriftlich vorfinden. Ob der Vertrag überhaupt wirksam zustande gekommen ist, könne man der Urkunde ohnehin nicht entnehmen. Die Schriftform könne also gewahrt sein, obwohl sich die rechtzeitige Annahme nicht aus der Urkunde ergibt.⁵ Zweitens sei die Schriftform des § 550 BGB auch dann gewahrt, wenn der Mietvertrag konklu- dent geschlossen werde und dabei auf schriftlich niedergelegte Vertrags- bedingungen Bezug genommen werde. Auch das folge aus dem Sinn und Zweck des § 550 BGB, dem Grund- stückserwerber Gewissheit über die Vertragsbedingun- gen, nicht über das Zustandekommen des Vertrages zu verschaffen. Schriftlich fixierte Vertragsbedingungen („äußere Form“) würden auch genügen, Mieter und Ver- mieter die Bedeutung einer langfristigen Bindung vor Augen zu führen.⁶ Damit entscheidet der BGH eine län- ger geführte Diskussion im Sinne eines teleologisch re- striktiv ausgelegten Schriftformerfordernisses.

Die Entscheidung überzeugt im Ergebnis, in den Grün- den aber nur teilweise. Dass das Informationsinteresse eines künftigen Grundstückserwerbers bei § 550 BGB im Vordergrund stehen soll⁷, vermag nicht recht zu überzeu-

⁵ BGH vom 24.02.2010, NJW 2010, 1518 (1518 f.).

⁶ BGH vom 24.02.2010, NJW 2010, 1518 (1519 f.); zust. *Adrian Birn- bach/Kai Gassert*, Mietvertrag – Wahrung der Schriftform durch spä- teren Einzug?, in: MDR 2010, S. 727 (729); *Marcel J. Eupen*, Schriftlich- keit statt Schriftform bei verspäteter Annahme eines Mietvertragsan- gebots, in: NZM 2010, S. 389; *M. Krüger*, Anm., in: EWiR 2010, S. 525; *Christian C. W. Pleister/Florian Ehrlich*, Anm., in: ZMR 2010, S. 595 (596); *Carlos Robles y Zepf/Andreas Piepers*, Das Schriftformerfor- dernis bei langfristigen Mietverträgen – Probleme aus der Praxis, in: ZfIR 2010, S. 569 (574); *Philipp Schweitzer*, Anm., in: ZfIR 2010, S. 321 (322); vgl. auch *Hans-Jürgen Bieber*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 550 Rn. 10; *Florian Jacoby*, Die gesetzliche Schriftform bei Abschluss und Änderung von Gewerberaummietverträgen, in: NZM 2011, S. 1.

⁷ So aber st. Rspr.; BGH vom 19.03.1969, BGHZ 52, 25 (28); vgl. *Ina Ebert*, in: Hk-BGB, 6. Aufl. 2009, § 550 Rn. 1; *Hans-Jürgen Bieber*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2008, § 550 Rn. 1.

¹ *Dorothee Einsele*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 125 Rn. 1.

² *Heinrich Dörner*, in: Hk-BGB, 6. Aufl. 2009, § 125 Rn. 2; *Dorothee Einsele*, in: MüKo, BGB, 5. Aufl. 2007, § 125 Rn. 8 ff.; *Jürgen Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 125 Rn. 1 ff.

³ Über Wohnraum; gemäß § 578 BGB auch über andere Räume und Grundstücke; gemäß § 581 II BGB auch bei Pacht.

⁴ Etwa im Fall der §§ 540 I 2, 544, 1, 554 III 2 BGB; weitere vgl. *Walter Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 542 Rn. 11.

gen.⁸ Der Erwerber mag sich vom Veräußerer Garantien geben lassen, auf die er ohnehin angewiesen ist (man stelle sich vor, der Veräußerer präsentiert einen unbefristeten Vertrag, obwohl in Wahrheit ein Zeitvertrag formgültig geschlossen wurde). Des Schutzes durch § 550 BGB bedürfen hingegen Mieter und Vermieter: Beide müssen davor bewahrt werden, sich übereilt für lange Zeit zu schwer nachweisbaren Konditionen zu binden. *Insoweit* hat § 550 BGB eine Funktion wie viele andere Formvorschriften auch. Dass schon schriftlich fixierte Vertragsbedingungen diesen Schutz bewirken können,

ist sicherlich zutreffend. Im Allgemeinen sind die Anforderungen an Schriftform aber durchaus strenger: Nicht der Inhalt des Rechtsgeschäfts muss schriftlich dokumentiert werden, sondern das Rechtsgeschäft muss in der Urkunde enthalten sein.⁹ Dass der Formverstoß bei § 550 BGB nicht Nichtigkeit, sondern einen Vertrag mit anderem Inhalt zur Folge hat, ist kein systematisches Argument für eine Modifizierung dessen, was Schriftform voraussetzt. Was der BGH für § 550 BGB verlangt, ist nicht Schriftform des Vertrages, sondern Schriftlichkeit der Vertragsklauseln.

⁸ S. auch BGH vom 24.09.1997, BGHZ 136, 357 (370); BGH vom 07.05.2008, BGHZ 176, 301 (304 ff., Tz. 13–17); Ulrich Herrmann, in: BeckOK, BGB, 18. Ed. 2010, § 550 Rn. 2; Arndt Teichmann, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 550 Rn. 1; Volker Emmerich, in: Staudinger, BGB, Neub. 2006, § 550 Rn. 3.

⁹ Vgl. BGH vom 07.05.2008, BGHZ 176, 301 (306, Tz 18); BGH vom 28.10.1993, NJW-RR 1994, 280 (281); Jürgen Ellenberger, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 126 Rn. 2 ff.

Olaf Muthorst*

Vorkaufsfall trotz Vertragsaufhebung

BGB §§ 463, 465 Ein Vorkaufsrecht kann auch nach Vertragsaufhebung noch ausgeübt werden.

Ein Vorkaufsrecht kann ausgeübt werden, wenn ein Kaufvertrag wirksam zustande gekommen ist; eine spätere Aufhebung beseitigt den Vorkaufsfall i. S. v. § 463 BGB nicht.

BGH, Urteil vom 01.10.2010 – V ZR 173/09, NJW 2010, 3774

Zum Sachverhalt

V verkaufte seiner Freundin D durch Vertrag vom 13.7.2007 ein Grundstück, an dem der B ein Vorkaufsrecht hatte. Im Kaufvertrag behielt sich V das Recht zum Rücktritt vor, wenn nicht bis 1.8. eine Verzichtserklärung des B vorliege. Am 2.8. vereinbarten V und D, den Kaufvertrag aufzuheben. Am 13.8. übte B das Vorkaufsrecht aus. Später verlangte er von V Übereignung und Übergabe des Grundstücks Zug um Zug gegen Kaufpreiszahlung.

Problemaufriss

B verlangt Erfüllung eines Kaufvertrages (vgl. § 433 I BGB). Ein Vertrag kommt durch Angebot und Annahme zustande (§§ 145 ff. BGB). Ein solcher Konsens liegt

zwischen V und B allerdings nicht vor. B hat aber ein Vorkaufsrecht. Dafür gelten die §§ 463 ff. BGB.

Ein Vorkaufsrecht kann durch Gesetz entstehen (z. B. §§ 577, 2034 BGB) oder durch Vertrag zwischen Vorkaufsverpflichtetem und Vorkaufsberechtigtem. Es erklärt sich aus seiner Rechtsfolge: Wird das Vorkaufsrecht ausgeübt, kommt ein Kauf zustande zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten (§ 464 II BGB). Gemäß § 463 BGB kann der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausüben, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den betreffenden Gegenstand geschlossen hat (sogenannter Vorkaufsfall). Der mit dem Dritten vereinbarte Vertragsinhalt ist dann auch für den Verkauf an den Berechtigten maßgebend (§ 464 II BGB).

Auch wenn ein Vorkaufsrecht besteht, muss der Verpflichtete den Gegenstand also nicht verkaufen (das ist der Unterschied zum Ankaufs- oder Wiederkaufsrecht).¹ Hat er aber verkauft, muss er hinnehmen, dass der Berechtigte das Vorkaufsrecht ausübt und sich damit als Käufer aufdrängt. Der Vorkaufsverpflichtete kann das Vorkaufsrecht nicht dadurch aushöhlen, dass er den Kaufvertrag von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig macht oder sich ein Rücktrittsrecht bei Aus-

* Juniorprofessor für Bürgerliches Recht mit Zivilprozessrecht an der Universität Hamburg.

¹ Zur Rechtsnatur: Christian Berger, in: Jauernig, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 13.