BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 265/14

Verkündet am:
13. Mai 2016
Langendörfer-Kunz
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 146, § 308 Nr. 1, § 311b Abs. 1 Satz 2

a) Ein auf den Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtigen Vertrags gerichtetes Angebot, das nicht notariell beurkundet und daher nichtig ist, kann, soweit es Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, zusätzlich aufgrund der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 1 BGB als unwirksam anzusehen sein; außerdem erlischt es, wenn es nicht fristgerecht angenommen wird.

b) Wird ein bereits erloschenes formnichtiges Angebot auf Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtigen Vertrags angenommen, führen Auflassung und Eintragung in das Grundbuch nicht dazu, dass der Vertrag zustande kommt.

BGH, Urteil vom 13. Mai 2016 - V ZR 265/14 - OLG Naumburg
LG Magdeburg

ECLI:DE:BGH:2016:130516UVZR265.14.0

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 2016 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterinnen Dr. Brückner und Weinland, den Richter Dr. Kazele und die Richterin Haberkamp

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und ihrer Streithelfer gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 29. Oktober 2014 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der Streithelfer, die diese selbst tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Im März 2006 entschloss sich der Kläger auf Vermittlung einer GmbH zum Kauf einer noch zu sanierenden Eigentumswohnung. Verkäuferin war eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafterin u.a. die Rechtsvorgängerin der Beklagten war. Vor der Beurkundung schlossen der Kläger und die Verkäuferin eine „Eigenprovisionsvereinbarung“, wonach dem Kläger von dem zu zahlenden Kaufpreis 13.004,64 € zustehen sollten. Hiervon sollten zunächst die Erwerbsnebenkosten bezahlt werden; einen Restbetrag von

7.315,11 € sollte der Kläger erhalten. Am 29. Mai 2006 gab der Kläger vor einem Notar (Streithelfer zu 1) ein „Angebot über einen Kauf- und Werkvertrag über eine Eigentumswohnung in einem zu sanierenden Altbau“ zum Preis von 81.279 € ab. Die Eigenprovisionsabrede ging daraus nicht hervor. In der Urkunde heißt es, dass der Käufer sich bis zum 4. Juli 2006 an das Angebot gebunden halte. Danach sollte das Angebot bis zu einem gegenüber einem anderen Notar (Streithelfer zu 2) zu erklärenden Widerruf des Käufers weitergelten. Am 16. Juni 2006 nahm der Kläger ein Darlehen über 81.200 € auf. Am 10. August 2006 nahm die Verkäuferin das Angebot an und erklärte - zugleich als Vertreterin des Klägers - die Auflassung. Der Kläger wurde als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

2 Die auf Rückabwicklung des Vertrags gerichtete Klage hat in den Vorinstanzen im Wesentlichen Erfolg gehabt. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, wollen die Beklagte und ihre Streithelfer die Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

I.

3 Das Berufungsgericht verneint das Zustandekommen eines Vertrags, weil das Angebot des Klägers spätestens mit Ablauf des 4. Juli 2006 erloschen und die Annahme der Verkäuferin erst nach diesem Zeitpunkt erfolgt sei. Das Angebot habe nicht widerruflich fortgegolten, weil die Fortgeltungsklausel eine gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung darstelle. Sie sei für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und gelte gemäß § 310

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Abs. 3 Nr. 1 BGB als von der Verkäuferin gestellt. Die Beklagte habe nicht beweisen können, dass die Klausel auf einer Individualvereinbarung beruhe. Sie habe schon nicht dargetan, dass die Klausel erörtert worden sei.

4 Dass die Eigenprovisionsabrede aus dem notariellen Vertrag nicht hervorgehe, wirke sich auf dieses Ergebnis nicht aus. Zwar führe die bewusst unrichtige Beurkundung einer der Beurkundungspflicht unterliegenden Vereinbarung dazu, dass der beurkundete Vertrag als Scheingeschäft gemäß § 117 BGB und der wirklich gewollte Vertrag wegen Formmangels gemäß § 125 BGB nichtig sei. Eine Heilung des Formmangels durch den Eigentumserwerb infolge der wirksamen Auflassung und der Eintragung in das Grundbuch gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB sei aber zu verneinen. Sie setze nämlich voraus, dass der verdeckte Vertrag zustande gekommen sei, woran es hier fehle. Denn auch insoweit sei die mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbare Fortsetzungsklausel gewollt gewesen, da sie die Finanzierung habe sichern sollen.

II.

5 Die zulässige Revision hat keinen Erfolg. Die Annahme des Berufungsgerichts, ein Vertrag zwischen dem Kläger und der Verkäuferin sei nicht zustande gekommen und die Beklagte hafte in analoger Anwendung von § 128 HGB als Gesellschafterin der Verkäuferin für die Rückzahlung des Kaufpreises, hält rechtlicher Nachprüfung stand.

6 1. Lässt man im Ausgangspunkt die Eigenprovisionsabrede außer Acht, ist ein Vertrag nicht zustande gekommen.

7 a) Bei Annahme durch die Verkäuferin war die in dem Angebot des Klägers bestimmte Bindungsfrist bis zum 4. Juli 2006, die sich - regelmäßig und auch hier - mit der dem Empfänger für die Annahme des Angebots eingeräumten Frist (§ 148 BGB) deckt, verstrichen; denn die die Annahme ist erst am 10. August 2006 erfolgt (vgl. nur Senat, Urteil vom 7. Juni 2013 - V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 Rn. 8).

8 b) Die Erklärung, dass das Angebot nach dem 4. Juli 2006 bis zu einem Widerruf des Käufers weitergilt, führt nicht zu einer Fortgeltung des Angebots, weil diese Klausel gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

9 aa) Rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht die Klausel als von der Verkäuferin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung an.

10 (1) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich um einen Verbrauchervertrag. Weiter sieht es als erwiesen an, dass die Klausel nicht zur einmaligen Verwendung bestimmt gewesen (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB), sondern für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden ist (§ 305 Abs. 1 Satz 1, § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Zutreffend meint das Berufungsgericht deshalb, es sei Sache der Beklagten, ein Aushandeln im Einzelnen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB darzulegen und zu beweisen. Dies ergibt sich bei einem Verbrauchervertrag aus der in § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB vorgesehenen Beweislastverteilung (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2008 - X ZR 126/06, BGHZ 176, 140 Rn. 14 mwN); das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. Februar 2010 (VIII ZR 67/09, BGHZ 184, 259 Rn. 11), auf das sich die Beklagte stützt, um eine Individualvereinbarung herzuleiten, bezieht sich gerade nicht auf einen Verbrauchervertrag, sondern auf einen zwischen Privatleuten geschlossenen Vertrag.

11 (2) Dass das Berufungsgericht den Beweis als nicht geführt ansieht, ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die von der Beklagten erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft und als nicht durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird abgesehen (§ 564 Satz 1 ZPO).

12 bb) Als Allgemeine Geschäftsbedingung unterliegt die Klausel den Vorschriften über die richterliche Inhaltskontrolle (§§ 307 bis 309 BGB) und wird als Vertragsabschlussklausel von § 308 Nr. 1 BGB erfasst. Die Bindungsfrist ist unangemessen lang im Sinne dieser Norm. Denn Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach denen das Angebot des anderen Teils unbefristet fortbesteht und von dem Verwender jederzeit angenommen werden kann (unbefristete Fortgeltungsklauseln), sind auch dann mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar, wenn das Angebot - wie hier - nicht bindend, sondern widerruflich ist (st. Rspr., vgl. zu Kaufverträgen Senat, Urteil vom 7. Juni 2013 - V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 ff.; Urteil vom 9. Mai 2014 - V ZR 266/12, WE 2014, 118 f.; zu Bauträgerverträgen Senat, Urteil vom 27. September 2013 - V ZR 52/12, NJW 2014, 854 ff.; Urteil vom 17. Januar 2014 - V ZR 5/12, NJW 2014, 857 ff.).

13 c) Infolgedessen war das Angebot im Zeitpunkt der Annahme gemäß § 146 BGB erloschen. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger die verspätete Annahmeerklärung der Verkäuferin, die gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot gilt, angenommen hat, sind nicht ersichtlich. Eine Annahme durch Schweigen kommt bei beurkundungsbedürftigen Grundstücksgeschäften nicht in Betracht. Die von dem anderen Teil zur Erfüllung vorgenommenen Handlungen wie etwa die Kaufpreiszahlung sind grundsätzlich nicht als schlüssige Annahmeerklärung auszulegen (näher Senat, Urteil vom 11. Juni 2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rn. 16 ff.; Urteil vom 7. Juni 2013 - V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 Rn. 27).

14 2. Der Umstand, dass die vertraglich vereinbarte Eigenprovision aus der notariellen Urkunde nicht hervorgeht, ändert an diesem Ergebnis nichts.

15 a) Aufgrund der Eigenprovisionsabrede stellen die beurkundeten Erklärungen allerdings Scheingeschäfte dar. Der Beurkundungszwang für Verträge, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, erstreckt sich auf alle Vereinbarungen, aus denen sich das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft nach dem Willen der Parteien zusammensetzt. Er erfasst deshalb auch eine Abrede über die Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises, wie sie hier getroffen worden ist (vgl. Senat, Urteil vom 27. Mai 2011 - V ZR 122/10, NJW 2011, 2953 Rn. 6). Infolgedessen sind die notariell beurkundeten Willenserklärungen gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig, und es gilt gemäß § 117 Abs. 2 BGB das verdeckt Erklärte.

16 b) Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass die verdeckten Willenserklärungen abgesehen von dem Kaufpreis und der Eigenprovisionsabrede mit demselben Inhalt abgegeben wurden wie die beurkundeten Erklärungen, und zwar zeitgleich mit diesen.

17 aa) Zunächst gibt es keine Anhaltspunkte für die Annahme der Beklagten, die Fortgeltungsklausel sei kein Bestandteil der verdeckten Willenserklärungen, diese hätten also über Kaufpreis und Eigenprovisionsabrede hinaus einen anderen Inhalt als die beurkundeten Erklärungen. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass nach dem Parteiwillen die in dem beurkundeten Kaufangebot im Übrigen vorgesehene inhaltliche Gestaltung des Vertrags - wie beispielsweise die Regelung der Mängelansprüche - Inhalt sowohl des verdeckten Angebots als auch der verdeckten Annahme war. Infolgedessen ist die Fortgeltungsklausel gleichermaßen für das verdeckte Angebot als Allgemeine Geschäftsbe-

dingung von der Verkäuferin gestellt worden; einer Beantwortung der von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat aufgeworfenen Frage, unter welchen Voraussetzungen Allgemeine Geschäftsbedingungen mündlich gestellt werden können, bedarf es nicht, weil die durch mündliche Absprache einbezogene Klausel in notariell beurkundeter Form vorlag (vgl. § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB).

18 bb) Ebenso wenig gibt es einen Hinweis darauf, dass die verdeckten Willenserklärungen zu einem von den Beurkundungsterminen abweichenden Zeitpunkt abgegeben wurden. Richtig ist zwar, dass der Abfassung des beurkundeten Angebots eine Absprache der Parteien unter anderem über die Eigenprovision voranging; darin liegt das von § 117 Abs. 1 BGB vorausgesetzte Einverständnis der Verkäuferin mit der zum Schein erfolgten Abgabe des Angebots. Anders als die Beklagte meint, erlaubt dies aber nicht den Rückschluss, dass der für einen Vertragsschluss erforderliche Rechtsbindungswille beider Parteien schon vor der Beurkundung des Angebots bestanden hätte. Im Zweifel wollte der Kläger sein verdecktes Angebot erst bei der Beurkundung am 29. Mai 2006 abgeben. Auch entbehrt die Behauptung der Beklagten, spätestens mit Abschluss des Darlehensvertrags am 16. Juni 2006 sei die verdeckte Annahme erfolgt, einer tatsächlichen Grundlage; der Rechtsbindungswille der Verkäuferin bestand hinsichtlich der verdeckten Annahme im Zweifel erst bei der am 10. August 2006 erfolgten Beurkundung.

19 c) Mit dem verdeckten Inhalt waren Angebot und Annahme jedoch formunwirksam (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB) und damit nichtig (§ 125 Satz 1 BGB). Ohne Erfolg wenden sich die Revisionsführer gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Vertrag sei nicht zustande gekommen, und eine Heilung ge-

mäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB sei trotz wirksamer Auflassung und Eintragung nicht eingetreten.

20 aa) Richtig ist allerdings, dass Angebot und Annahme ex nunc und damit gleichzeitig wirksam werden, sofern ein formnichtiger Vertrag gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB gültig wird (vgl. Senat, Urteil vom 27. Mai 2011 - V ZR 122/10, NJW 2011, 2953 Rn. 6). Hieraus folgern die Streithelfer, dass der Formmangel gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt worden sei, weil die erforderliche Willensübereinstimmung bei der Auflassung vorgelegen habe. Die verspätete Annahme habe sich wegen des Formmangels nicht ausgewirkt. Denn ein nichtiges Angebot könne ohnehin nicht - also auch nicht verspätet - angenommen werden. Ebenso wenig könne es erlöschen.

21 bb) Diese Auffassung teilt der Senat nicht. Ein auf den Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtigen Vertrags gerichtetes Angebot, das nicht notariell beurkundet und daher nichtig ist, kann, soweit es Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, zusätzlich aufgrund der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 1 BGB als unwirksam anzusehen sein; außerdem erlischt es, wenn es nicht fristgerecht angenommen wird.

22 (1) Im Ausgangspunkt schließen logische Gründe es nicht aus, dass ein nichtiges Angebot (auch) aufgrund der richterlichen Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist, oder dass ein nichtiges Angebot erlischt. Nach dem Verständnis der Streithelfer sind die formnichtigen Erklärungen - einem vernichteten realen Gegenstand vergleichbar - nicht existent. Aber wenn eine Willenserklärung nichtig ist, bedeutet dies nicht, dass sie nicht abgegeben worden ist. Vielmehr wird der Lebenssachverhalt von der Rechtsordnung mit den dafür vorgesehenen Rechtsfolgen als nichtig bewertet. Nach diesem

normativen Verständnis kann derselbe Sachverhalt denklogisch noch anderen rechtlichen Bewertungen unterliegen, indem etwa mehrere Nichtigkeitsgründe zusammentreffen (vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl., § 30, 1 und § 31, 6; Herbert, JZ 2011, 503, 506; Schreiber, AcP 211 (2011), 34, 40; Lorenz, Gedächtnisschrift Wolf, 2011, S. 77, 78 f.). Dies entspricht der Vorstellung von sogenannten Doppelwirkungen im Recht (grundlegend Kipp, Festschrift v. Martitz, 1911, S. 211 ff.). Danach können unter anderem nichtige Willenserklärungen angefochten werden, was - jedenfalls im Ergebnis - heute allgemein anerkannt ist (vgl. Senat, Urteil vom 2. Oktober 2009 - V ZR 235/08, BGHZ 182, 307 Rn. 23; Staudinger/Roth, BGB [2015], § 142 Rn. 27 ff.; Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl., vor § 104 Rn. 35; Herbert, JZ 2011, 503, 506; Lorenz, Gedächtnisschrift Wolf, 2011, S. 77, 78; Würdinger, JuS 2011, 769, 771, jeweils mwN; aus prozessualer Sicht Senat, Urteil vom 21. Juni 1955 - V ZR 53/54, WM 1955, 1290 f. sowie BGH, Urteil vom 11. Juni 1992 - IX ZR 255/91, BGHZ 118, 374, 380). Unter Berufung hierauf hat der Bundesgerichtshof einen nichtigen Vertrag zugleich als widerruflich angesehen (vgl. BGH, Urteil vom 25. November 2009 - VIII ZR 318/08, BGHZ 183, 235 Rn. 18).

23 (2) Ob die Unwirksamkeit einer Willenserklärung (im Sinne einer sogenannten Doppelwirkung) aus mehreren rechtlichen Gründen eintritt, oder ob sich die in Betracht kommenden Unwirksamkeitsgründe gegenseitig ausschließen, richtet sich nach der Auslegung der jeweils maßgeblichen Normen, insbesondere nach der diesen zugrunde liegenden rechtlichen Wertung (vgl. Kipp, Festschrift v. Martitz, 1911, S. 211, 228 ff.; Herbert, JZ 2011, 503, 507 f.; Würdinger, JuS 2011, 769, 771). Hier ist davon auszugehen, dass die verdeckten Willenserklärungen mangels notarieller Beurkundung ohne weiteres formnichtig sind (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. § 125 Satz 1 BGB). Entscheidend

ist daher zunächst, ob eine formularmäßige unbefristete Fortgeltungsklausel auch dann gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist, wenn sie in einem formnichtigen Angebot enthalten ist, und wenn ja, ob das formnichtige Angebot gemäß § 146 BGB erlischt; beides bejaht der Senat.

24 (a) Nach Sinn und Zweck der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 1 BGB ist diese Bestimmung auch auf formnichtige Allgemeine Geschäftsbedingungen anzuwenden. Die Gründe, aus denen - wie oben unter II.1.b)bb) ausgeführt - (formwirksame) unbefristete Fortgeltungsklauseln der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 308 Nr. 1 BGB selbst dann nicht standhalten, wenn das Angebot widerruflich fortbesteht, gelten gleichermaßen bei einem formnichtigen Angebot mit demselben Inhalt.

25 (aa) § 308 Nr. 1 BGB dient dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders vor den Nachteilen übermäßig lang andauernder Schwebezustände (vgl. Senat, Urteil vom 7. Juni 2013 - V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 Rn. 20). Auf (formwirksame) unbefristete Fortgeltungsklauseln, bei denen das Angebot widerruflich fortbesteht, hat der Senat die richterliche Inhaltskontrolle erstreckt, obwohl der Antragende aufgrund der Widerrufsmöglichkeit nicht in gleicher Weise wie bei einem nach § 145 BGB bindenden Angebot in seiner Dispositionsfreiheit beschränkt ist. Dies hat der Senat damit begründet, dass die mit einer unbefristeten Fortgeltungsklausel für den Antragenden verbundenen Nachteile nicht annähernd ausgeglichen würden. Diese bestünden einmal darin, dass der Antragende möglicherweise auch sehr lange Zeit nach der Abgabe seines Angebots nicht wisse, ob der von ihm gewünschte Vertrag zustande komme oder nicht. Nachteilig für ihn sei es zudem, dass der Vertrag auch nach Monaten oder Jahren, also in einem Zeitpunkt, in dem der Antragende (selbst wenn er sein Angebot nicht widerrufen hat) das lange Schweigen des Ange-

botsempfängers auf sein Angebot regelmäßig als dessen Nichtannahme verstehen müsse, mit der Annahmeerklärung des Verwenders überrascht werden könne, die den (von dem Antragenden möglicherweise inzwischen nicht mehr gewünschten) Vertrag zustande bringe (Senat, Urteil vom 7. Juni 2013 - V ZR 10/12, NJW 2013, 3434 Rn. 24).

26 (bb) Diese Erwägungen sind auf eine formnichtige unbefristete Fortgeltungsklausel übertragbar. Nur vordergründig lässt sich dem entgegenhalten, dass der von § 308 Nr. 1 BGB vorausgesetzte, unangemessen lang andauernde Schwebezustand nicht entstehen kann, wenn das Angebot ohnehin formnichtig ist. Richtig ist zwar, dass ein solches Angebot selbst nach der Annahme aufgrund der Formnichtigkeit frei widerruflich ist, solange die Auflassung nicht erfolgt ist (vgl. BGH, Urteil vom 21. September 1994 - VIII ZR 257/93, BGHZ 127, 129, 134 f.; RGZ 54, 107, 109), und dass der Antragende auch ohne Widerruf nicht verpflichtet ist, an dem Erfüllungsgeschäft mitzuwirken. Dies macht die richterliche Inhaltskontrolle aber schon deshalb nicht entbehrlich, weil bei der gebotenen typisierenden Betrachtung nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Antragende die Formnichtigkeit erkennt und hieraus zutreffende rechtliche Schlüsse zieht. Infolgedessen kann er mit der Annahme auch eines formunwirksamen Angebots nach geraumer Zeit überrascht werden, was § 308 Nr. 1 BGB gerade verhindern soll. Wäre die Fortgeltungsklausel nicht (auch) nach dieser Bestimmung unwirksam, könnte der Formmangel durch Vornahme des Erfüllungsgeschäfts gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt werden. Dies könnte sogar ohne weiteres Zutun des Antragenden geschehen, wenn dieser - wie hier - entsprechende Vollmachten erteilt hat; aber auch wenn seine Mitwirkung an Auflassung und Eintragung erforderlich ist, müsste er sich der Formnichtigkeit bewusst sein, um zu erkennen, dass er aus Rechtsgründen zu

der Erfüllung des vermeintlich durch die Annahme zustande gekommenen Vertrags nicht verpflichtet ist.

27 (b) Gilt das Angebot nicht widerruflich weiter, ist es gemäß § 146 BGB mit Ablauf der gemäß § 148 BGB bestimmten Bindungsfrist erloschen. Es ist nicht ersichtlich, warum diese gesetzlich vorgeschriebene Rechtsfolge nicht eintreten sollte, wenn das Angebot (zusätzlich) formnichtig ist. Im Gegenteil erfüllen beide Unwirksamkeitsgründe nebeneinander jeweils spezifische Funktionen. Während § 146 BGB die Dispositionsfreiheit des Antragenden schützt, soll die Beurkundungspflicht Veräußerer und Erwerber vor übereilten Verträgen bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäfts hinweisen und ihnen die Möglichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung eröffnen (vgl. Senat, Urteil vom 25. März 1983 - V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 153). Zudem unterscheiden sich die rechtlichen Folgen der Unwirksamkeit. Das Erlöschen des Antrags beseitigt nicht nur die Bindung des Antragenden nach § 145 BGB, sondern führt dazu, dass der Antrag nicht mehr angenommen werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 11. Juni 2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rn. 15 mwN; ebenso für ein nicht bindendes Angebot Senat, Urteil vom 26. Februar 2016 - V ZR 208/14, ZNotP 2016, 63 Rn. 21). Daher kann der Antragende einem erloschenen Angebot nur durch Bestätigung gemäß § 141 BGB oder durch eine Neuvornahme Rechtswirksamkeit verschaffen (vgl. Senat, Urteil vom 10. Februar 2012 - V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 Rn. 17 f.). Dagegen lässt sich der Formmangel unter den Voraussetzungen von § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB beheben.

28 cc) Wird - wie hier - ein bereits erloschenes formnichtiges Angebot auf Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtigen Vertrags angenommen, führen Auflassung und Eintragung in das Grundbuch nicht dazu, dass der Vertrag zustande kommt.

29 (1) Nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB wird ein „ohne Beachtung dieser [in § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB vorgeschriebenen] Form geschlossener Vertrag“ durch Auflassung und Eintragung „seinem ganzen Inhalt nach gültig“. Bereits aus dem Wortlaut folgt, dass nur ein geschlossener Vertrag gültig werden kann. Hierfür bedarf es einer Willensübereinstimmung, die im Zeitpunkt der Auflassung fortbestehen muss (vgl. Senat, Urteil vom 9. November 1979 - V ZR 38/78, DNotZ 1980, 222, 224; BGH, Urteil vom 21. September 1994 - VIII ZR 257/93, BGHZ 127, 129, 136 f.; jeweils mwN). Dann bewirken Auflassung und Eintragung, dass an denselben Lebenssachverhalt andere Rechtsfolgen geknüpft werden, indem das im Übrigen unveränderte Verpflichtungsgeschäft mit Wirkung ex nunc insgesamt wirksam wird. War aber das Angebot - wie hier - im Zeitpunkt der Annahme erloschen, ist es zu der erforderlichen Willensübereinstimmung nicht gekommen.

30 (2) Dieses Ergebnis entspricht auch dem maßgeblichen Zweck des § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB, der in dem Gedanken der Erfüllung zu sehen ist. Einem (im Übrigen wirksam geschlossenen) Vertrag soll, nachdem die Verfügung erfolgt ist, allein wegen des Formmangels nicht weiterhin die Wirksamkeit versagt werden (vgl. grundlegend Senat, Urteil vom 8. Oktober 2004 - V ZR 178/03, BGHZ 160, 368, 370 ff.). Anerkanntermaßen erstreckt sich die Heilungswirkung daher nicht auf weitere Nichtigkeitsgründe, die dazu führen, dass die Rechtsordnung dem nunmehr formwirksamen Rechtsgeschäft die Wirksamkeit versagt, wie etwa die fehlende Geschäftsfähigkeit, Verstöße gegen §§ 134, 138 BGB oder das Fehlen erforderlicher Genehmigungen (vgl. Senat, Urteil vom 8. November 1968 - V ZR 60/65, WM 1969, 163, 164; Staudinger/R. Schumacher, BGB [2012], § 311b Rn. 312; Erman/Grziwotz, BGB, 14. Aufl., § 311b Rn. 79; jeweils mwN). Ebenso wenig soll § 311b Abs. 1 Satz 2

BGB bewirken, dass ein Vertrag entsteht, wenn die hierfür nach allgemeinem Vertragsrecht erforderlichen Voraussetzungen fehlen.

31 dd) Weil das Zustandekommen eines formunwirksamen Vertrags üblichen Regeln folgt, kommt - wie unter II.1c) ausgeführt - eine Annahme der nach § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot geltenden verspäteten Annahmeerklärung durch Schweigen nicht in Betracht. Vergeblich berufen sich die Revisionsführer auf die Entscheidung des Senats vom 27. Mai 2011 (V ZR 122/10, NJW 2011, 2953 Rn. 14). Dort hat der Senat zwar ausgeführt, dass eine Vertragspartei, die die Eigentumsumschreibung fördert bzw. nicht verhindert, im Zweifel von dem Willen geleitet ist, den (formnichtigen) Vertrag so zu behandeln, als wäre er von Anfang an wirksam; dies bezog sich aber gerade nicht auf das (dort unzweifelhaft erfolgte) Zustandekommen des Vertrags, sondern auf die (von dem Senat verneinte) Frage, ob der Käufer mit dem Festhalten an dem Vertrag (durch Mitwirkung an dem Erfüllungsgeschäft) konkludent auf Mängelrechte verzichtet.

32 3. Die Rückforderung ist nicht gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Die Zahlung des falsch beurkundeten Kaufpreises verstößt für sich genommen nicht gegen die guten Sitten. Dies ergibt sich schon daraus, dass es möglich gewesen wäre, die Eigenprovisionsabrede durch Aufnahme in den notariellen Vertrag wirksam zu vereinbaren (vgl. Senat, Urteil vom 23. September 1983 - V ZR 91/82, WM 1983, 1340, 1342; Urteil vom 17. Dezember 1965 - V ZR 115/63, WM 1966, 161, 162 f.).

33 4. Mit seiner Berufung auf die Unwirksamkeit der Klausel verstößt der Kläger nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Zwar hat er den höheren Kaufpreis möglicherweise beurkunden lassen, um die Gewährung eines den

Kaufpreis übersteigenden Kredits zu ermöglichen. Als treuwidrig könnte sich ein solches Verhalten aber allenfalls gegenüber dem Kreditgeber erweisen, nicht jedoch im Verhältnis zu dem Verkäufer, mit dem die Eigenprovisionsabrede vereinbart worden ist.

III.

34 1. Nach alledem ist die Revision zurückzuweisen. Entgegen der Ansicht der Streithelfer ist dem Berufungsgericht kein Rechenfehler unterlaufen. Den in der Hauptsache zugesprochenen Rückzahlungsbetrag in Höhe von 54.950,01 € hat es zutreffend berechnet, indem es von dem gezahlten Kaufpreis in Höhe von 68.274,36 € die von dem Kläger vorgetragenen Nutzungen in Höhe von 13.324,35 € abgezogen hat. Dass die Nutzungen in den Urteilsgründen aufgrund eines Schreibfehlers mit 13.224,35 € beziffert werden, hat sich auf den Tenor nicht ausgewirkt.

35 2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 Halbsatz 2 ZPO. Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen allein der Beklagten zur Last, da die Streithelfer neben ihr als der prozessführenden Partei Revision eingelegt haben (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Mai 1963 - III ZR 131/61, BGHZ 39, 296, 297 f.; Zöller/Herget, ZPO, 31. Aufl., § 101 Rn. 4).

Stresemann Brückner Weinland

Kazele Haberkamp

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 21.05.2014 - 10 O 173/12 -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 29.10.2014 - 5 U 105/14 -