BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 198/11

Verkündet am:
15. Juni 2012
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 442 Abs. 1

a) Macht der Käufer das Angebot für einen Grundstückskaufvertrag, das von dem Verkäufer in getrennter Urkunde angenommen wird, kommt es für seine Kenntnis vom Mangel i.S.d. § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht auf den Zeitpunkt der Annahme des Angebots, sondern auf den Zeitpunkt der Beurkundung des Angebots an.

b) Das gilt nicht, wenn der Käufer die Weiterleitung seines Angebots selbst hinausgezögert oder wenn er Veranlassung hatte, sich nach Möglichkeiten zu erkundigen, den Eintritt der Bindungswirkung seines Angebots zu verhindern, und rechtzeitig hätte entsprechend tätig werden können.

BGH, Urteil vom 15. Juni 2012 - V ZR 198/11 - OLG Hamm
LG Essen

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Krüger, die Richter Dr. Lemke und Prof. Dr. Schmidt-Räntsch und die Richterinnen Dr. Brückner und Weinland

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 7. Juli 2011 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Kläger ließen am 24. November 2006 als Käufer ein Angebot an die beklagte Verkäuferin zum Kauf eines mit einem Altbau aus dem Jahr 1920 bebauten Grundstücks für 123.950 € notariell beurkunden. Das Angebot enthält einen Haftungsausschluss für Sachmängel und sollte vier Wochen nicht widerruflich sein. Am 30. November 2006 besichtigten die Kläger das Anwesen mit dem Makler, den sie mit der Vermittlung eines Käufers für den von vornherein beabsichtigten Weiterver-

kauf des Anwesens beauftragt hatten, und stellten - nach dem Auszug der bisherigen Bewohner sichtbar gewordene - Feuchtigkeitsschäden fest. Sie teilten der Vertriebspartnerin der Beklagten mit Schreiben vom 3. Dezember 2006 mit, sie erwarteten von der Beklagten, dass sie die Kosten der Beseitigung der Schäden von etwa 30.000 € übernehmen werde. Diese erhielt das Angebot der Kläger mit einem bei ihr am 14. Dezember 2006 eingegangenen Telefax des Notars vom 12. Dezember 2006 und nahm es am 27. Dezember 2006 formgerecht an. Zu diesem Zeitpunkt kannte sie die Feuchtigkeitsschäden. Ob sie auch wusste, dass die Kläger die Übernahme der Kosten für deren Beseitigung von ihr erwarteten, ist nicht festgestellt. Die Kläger verkauften das Anwesen Ende 2007 unsaniert für 133.000 € und verlangen Ersatz der Schadensbeseitigungskosten, die sie auf 35.000 € beziffern, sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten in Höhe von 1.604,12 €, jeweils nebst Zinsen.

2 Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Zahlungsanträge weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

3 Das Berufungsgericht meint, die Haftung der Beklagten scheitere schon an dem Haftungsausschluss. Auf diesen dürfe sich die Beklagte berufen, weil sie nicht arglistig gehandelt habe. Sie habe die Kläger über die Feuchtigkeitsschäden nicht aufklären müssen, weil diese Kenntnis hiervon erlangt hätten. Maßgeblich sei dabei der Zeitpunkt, zu dem sich die Kläger ihrer Vertragserklärung nicht mehr hätten ent-

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

ziehen können. Das sei der Zugang des Angebots bei der Beklagten. Bis dahin hätten die Kläger ihr Angebot nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB widerrufen können. Zu diesem Zeitpunkt hätten sie indessen Kenntnis von den Schäden gehabt.

II.

4 Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung lassen sich die geltend gemachte Ansprüche nicht verneinen.

5 1. Noch zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass sich der Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten sowohl gemäß § 437 Nr. 3 i.V.m. § 441 Abs. 1 und 4 und § 346 Abs. 1 BGB auf Minderung als auch gemäß § 437 Nr. 2 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 und 3 und § 281 BGB auf Schadensersatz statt des ausgefallenen Leistungsteils stützen lässt.

6 a) Der Kaufvertrag ist wirksam zustande gekommen. Die Beklagte hat das Angebot der Kläger zwar erst nach Ablauf von vier Wochen seit dem Tag der Beurkundung angenommen. Die Annahmefrist von vier Wochen begann aber nicht schon mit dem Tag der Beurkundung zu laufen, sondern erst mit dem Tag, an dem das Angebot und damit auch die in ihm vorgesehene Annahmefrist wirksam geworden sind. Das ist nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB der Tag, an dem das Angebot der Beklagten zugegangen ist, hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der 14. Dezember 2006. Die Angebotsfrist, zu deren Einhaltung nach dem Angebot nur die rechtzeitige Abgabe der Annahmeerklärung, nicht auch deren rechtzeitiger Zugang bei den Klägern erforderlich war, ist durch die Erklärung der Beklagten vom 27. Dezember 2006 gewahrt.

7 b) Das verkaufte Grundstück hatte, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, einen Mangel. Feuchtigkeitserscheinungen stellen bei einem sehr alten Gebäude wie dem hier verkauften zwar nicht immer einen Mangel dar (Senat, Urteile vom 7. November 2008, V ZR 138/07, juris Rn. 13, vom 27. März 2009 - V ZR 30/08, BGHZ 180, 205, 208 Rn. 8 und vom 16. März 2012 - V ZR 18/11, ZNotP 2012, 174, 175 f. Rn. 14). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Feuchtigkeit aber so erheblich, dass sie zur Bildung von Schimmel geführt und damit die Nutzung der Kellerräume in einem auch bei Altbauten nicht mehr bauartbedingt hinzunehmenden Umfang beeinträchtigt hatte.

8 c) Diesen Mangel hat die Beklagte, worauf es bei dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung weiter ankommt, zu vertreten (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), weil sie die im Verkehr gebotene Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) verletzt hat. Sie hat das Kaufangebot der Kläger angenommen, ohne die Feuchtigkeitsschäden zu beseitigen und ohne auf die Aufnahme einer entsprechenden Vereinbarung in den Kaufvertrag zu dringen, obwohl sie, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, jedenfalls bei Annahme des Angebots die Feuchtigkeitsschäden kannte.

9 2. Die Ansprüche scheitern entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht an dem in dem Vertrag vereinbarten Ausschluss der Haftung für Sachmängel.

10 a) Ob sich das, wie die Kläger meinen, gemäß § 444 BGB daraus ergibt, dass die Beklagte den Klägern die Feuchtigkeitsschäden arglistig verschwiegen hat, ist allerdings zweifelhaft. Der Verkäufer muss Umstände, die für den Kaufentschluss des Käufers erheblich sind, von sich aus nur offenbaren, wenn er sie selbst kennt oder sie zumindest für möglich hält (Senat, Urteil vom 7. März 2003 - V ZR 437/01, NJW-

RR 2003, 989, 990). Das ist für die Zeit vor der Entdeckung der Feuchtigkeit durch die Kläger zwischen den Parteien streitig und nicht festgestellt. Für die Zeit danach ist die Pflicht der Beklagten zur Offenbarung der Feuchtigkeit zweifelhaft, weil der Verkäufer über Mängel nicht aufklären muss, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne weiteres erkennbar sind (Senat, Urteile vom 2. Februar 1996 - V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 34 und vom 16. März 2012 - V ZR 18/11, ZNotP 2012, 174, 176 Rn. 21) oder die der Käufer kennt (Senat, Urteil vom 7. Februar 2003 - V ZR 25/02, NJW-RR 2003, 772, 773). Ob sich hier etwas anders daraus ergibt, dass die Kläger den Feuchtigkeitsschaden erst entdeckt hatten, als ihr Angebot bereits beurkundet war, bedarf keiner Entscheidung.

11 b) Für diesen Mangel gilt der Haftungsausschluss nämlich nicht.

12 aa) Der Haftungsausschluss ist nur scheinbar eindeutig und bedarf der Auslegung. Diese hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen. Sie kann der Senat nachholen, weil die maßgeblichen Urkunden vorliegen und eine weitere Sachaufklärung die Feststellung zusätzlicher für die Auslegung relevanter Umstände nicht erwarten lässt.

13 bb) Die Auslegung ergibt, dass der Haftungsausschluss einschränkend auszulegen ist und für den Kaufentschluss eines Käufers wesentliche Mängel nicht erfasst, die der Beklagten als Verkäuferin bei Annahme des Angebots bekannt waren.

14 (1) Die Entscheidung darüber, ob sie den Grundstückskaufvertrag in einer gemeinsamen Verhandlung vor dem Notar schließen oder ob sie den Weg einer getrennten Beurkundung von Angebot und Annahme wählen und wer von ihnen welche dieser beiden Erklärungen beurkunden lassen soll, treffen die Parteien nach prakti-

schen Gesichtspunkten oder im Hinblick darauf, dass sich eine Partei ihre Entscheidung, ob sie den Vertrag schließen möchte, noch einige Zeit offen halten möchte. Die Wahl der Vertragsschlusstechnik wird dagegen nicht durch das im Vertrag geregelte Haftungsrecht bestimmt und hat ihrerseits darauf keinen Einfluss. Auszugehen ist vielmehr davon, dass die Parteien unabhängig von der gewählten Technik den Vertrag so abschließen wollen, als wenn sie beide zu einer gemeinsamen Verhandlung vor dem Notar zusammenkämen. Ihre wechselseitige Rechtsstellung soll nicht schlechter, aber auch nicht besser sein, wenn sie stattdessen den Weg einer getrennten Beurkundung wählen, und auch nicht davon abhängen, ob der Käufer das Vertragsangebot macht oder der Verkäufer. Deshalb sind die Vertragserklärungen der Parteien bei einem Vertragsschluss durch eine gesondert beurkundete Annahme eines Angebots so auszulegen, dass sie inhaltlich einem unter Teilnahme beider Parteien beurkundeten Vertrag entsprechen.

15 (2) Bei gemeinsamer Teilnahme der Vertragsparteien am Beurkundungstermin träfe den Verkäufer die Pflicht, verborgene Mängel oder Umstände, die nach der Erfahrung auf die Entstehung und Entwicklung bestimmter Mängel schließen lassen, auch ungefragt dem Käufer zu offenbaren, wenn sie für dessen Entschluss von Bedeutung, insbesondere die beabsichtigte Nutzung erheblich zu mindern geeignet sind (Senat, Urteile vom 7. Juni 1978 - V ZR 46/75, WM 1978, 1073, 1074 und vom 16. März 2012 - V ZR 18/11, ZNotP 2012, 174, 176 Rn. 21). Der Käufer hätte dann Gelegenheit, mit dem Verkäufer über Änderungen des Vertragstextes zu verhandeln oder von dem Vertragsschluss Abstand zu nehmen. Diese Möglichkeit besteht bei einem gestreckten Vertragsschluss durch gesonderte Annahme des Vertragsangebots des Käufers durch den Verkäufer nicht. Der Käufer wäre bei einem Vertragsschluss auf diesem Weg auch nicht in der Lage, auf Hinweise des Verkäufers zu Mängeln zu reagieren. Sein Vertragsangebot ist nach Zugang bei dem Verkäufer

bindend. Er kann es weder zurückziehen noch ändern. Er kann nicht verhindern, dass der Verkäufer das Angebot annimmt. Für den Verkäufer ist bei dieser Situation offensichtlich, dass der Käufer den in das Angebot aufgenommenen Haftungsausschluss nicht für Mängel gelten lassen will, die der Verkäufer bei Erklärung der Annahme kennt. Offenbaren müsste der Verkäufer ihm diese Mängel zwar nur, wenn sie einer Besichtigung nicht zugänglich und nicht ohne weiteres erkennbar sind (Senat, Urteil vom 16. März 2012 - V ZR 18/11, ZNotP 2012, 174, 176 Rn. 21). Ob und zu welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen eingetreten sind, kann der Käufer aber bei Abgabe und Zugang seines Angebots typsicherweise nicht einschätzen. Er kann dem Verkäufer sinnvollerweise nur einen Haftungsausschluss für Mängel anbieten, die dieser nicht kennt, und es ihm überlassen, ob er von der Annahme des Angebots absieht oder ob er das Angebot mit dem eingeschränkten Haftungsausschluss annimmt und eine etwaige Kenntnis des Käufers von dem Mangel nach Maßgabe von § 442 BGB einwendet.

16 3. Die Ansprüche der Kläger müssen auch nicht daran scheitern, dass sie vor der Annahme ihres Angebots durch die Beklagte von den Feuchtigkeitsschäden erfahren haben.

17 a) Nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels, den er bei Vertragsschluss kennt, allerdings ausgeschlossen. Zustande gekommen ist der Kaufvertrag hier mit der Annahme des Vertragsangebots der Kläger durch die Beklagte. Zu diesem Zeitpunkt waren den Klägern die Feuchtigkeitsschäden bekannt.

18 b) Auf das förmliche Zustandekommen des Vertrags kommt es indessen bei einem gestreckten Vertragsschluss nicht an. In dieser Fallkonstellation ist die Vor-

schrift im Wege der teleologischen Reduktion einschränkend auszulegen. Maßgeblich ist bei einem so zustande gekommenen Vertrag die Kenntnis des Käufers vom Mangel bei Beurkundung des Angebots, nicht bei Annahme des Angebots durch den Verkäufer.

19 aa) Umstritten ist schon die Frage, ob es auf die Kenntnis des Käufers vom Mangel im Zeitpunkt des förmlichen Zustandekommens des Vertrags oder bei Abgabe seines Angebots ankommt. Teilweise wird auch bei einem gestreckten Vertragsschluss der Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrags für maßgeblich gehalten (Lemke/D. Schmidt, Immobilienrecht, § 442 BGB Rn. 7; Palandt/Weidenkaff, BGB, 71. Aufl., § 442 Rn. 8). Nach der Gegenansicht ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Käufer sein Angebot abgibt (Bamberger/Roth/Faust, BGB, Online-Edition 24, Stand 1. 3. 2011, § 442 Rn. 7; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB [2004] § 442 Rn. 19; unklar: MünchKomm/BGB/H. P. Westermann, 6. Aufl., § 442 Rn. 6). Dabei soll es unerheblich sein, ob der Käufer seine Vertragserklärung noch nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB widerrufen könnte, wenn er von dem Mangel erfährt. Ein ähnliches Meinungsbild ergibt sich bei der vergleichbaren Frage danach, ob es bei einem nach § 355 BGB widerruflichen Kaufvertrag auf die Kenntnis des Käufers vom Mangel bei Vertragsschluss ankommt (so Bamberger/Roth/Faust, BGB, Online-Edition 22, Stand 1. 3. 2011, § 442 Rn. 11; Erman/Grunewald, BGB, 13. Aufl., § 442 Rn. 7; MünchKomm/BGB/H. P. Westermann, 6. Aufl., § 442 Rn. 6; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB [2004] § 442 Rn. 19; Kiefer, NJW 1989, 3120, 3125) oder bei Ablauf der Widerrufsfrist (so Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 460 Rn. 18).

20 Auf welchen Zeitpunkt bei einem notariell beurkundeten Vertragsangebot des Käufers abzustellen ist, wird, soweit ersichtlich, bislang nicht diskutiert. Rechtlich wird ein solches Angebot erst abgegeben, wenn der Notar es dem Verkäufer zuleitet.

Wann das geschieht, darauf hat der Käufer regelmäßig keinen Einfluss. In aller Regel erfährt er dies nicht einmal. Es fragt sich deshalb, ob es auf die Absendung des Angebots durch den Notar ankommt oder auf die Beurkundung der Erklärung.

21 bb) Nach Auffassung des Senats ist im Grundsatz der Zeitpunkt der Abgabe des Angebots, bei einem notariell beurkundeten Angebot, der Zeitpunkt der Beurkundung des Angebots durch den Notar maßgeblich.

22 (1) Der Vorschrift des § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass der Käufer nicht in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht wird, wenn er den Kauf trotz des Mangels gewollt hat. Er ist dann nicht schutzwürdig, denn mit der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen stellt er sich in Widerspruch zu seinem vorangegangenen Verhalten, nämlich dem Vertragsabschluss in Kenntnis des Mangels (Senat, Urteile vom 3. März 1989 - V ZR 212/87, NJW 1989, 2050 und vom 27. Mai 2011 – V ZR 122/10, NJW 2011, 2953, 2954 Rn. 14; MünchKomm-BGB/H. P. Westermann, 6. Aufl., § 442 Rn. 1; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. § 460 Rn. 3; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB [2004] § 442 Rn. 1). Die Vorschrift stellt deshalb auf die Kenntnis des Käufers von dem Mangel „bei Vertragsschluss“ ab.

23 (2) Wenn die Annahme des Angebots des Käufers durch den Verkäufer zeitlich versetzt erfolgt, führt das Abstellen auf das förmliche Zustandekommen des Vertrags zu einem von dem Zweck des § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht mehr gedeckten Ausschluss von Mängelrechten. Die Gewährleistungsansprüche des Käufers werden dann nämlich auch für Mängel ausgeschlossen, die er bei Beurkundung seiner Vertragserklärung nicht kannte. Der Haftungsausschluss lässt sich nicht mit einem widersprüchlichen Verhalten des Käufers rechtfertigen. Dieser kann sich von dem An-

gebot nicht mehr einseitig lösen und den Vertragsschluss verhindern, wenn er nachträglich Kenntnis von einem Mangel erlangt. Das gilt jedenfalls dann, wenn sein Angebot zu diesem Zeitpunkt dem Verkäufer zugegangen ist. Er kann davon ausgehen, dass der Verkäufer das Angebot nur annimmt, wenn er die darin vorgeschlagenen Verkäuferpflichten auch erfüllen kann und sich dessen notfalls vor Annahme des Angebots vergewissert. Die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten wegen solcher Mängel kann ihm dann nicht als widersprüchliches Verhalten angelastet werden. Die Vorschrift muss deshalb ihrem Zweck entsprechend eingeschränkt werden. Ausgeschlossen sind nur Mängel, die der Käufer bei Beurkundung seines Angebots kannte.

24 (3) Nichts anderes gilt, wenn der Käufer in dem Zeitpunkt, in dem er von dem Mangel erfährt, seine Vertragserklärung noch nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB widerrufen könnte. Mit dem Widerruf könnte er sich zwar von der Bindung an sein Angebot lösen. Nutzen kann er diese Möglichkeit aber nur, wenn er die rechtliche Möglichkeit, sich von seiner Erklärung zu lösen, und die tatsächlichen Voraussetzungen dafür kennt oder wenigstens Veranlassung hat, sich nach beidem zu erkundigen. Das hat der Senat für den Fall entschieden, dass der Käufer nach Abschluss eines nichtigen Vertrags, aber vor dessen Heilung von dem Mangel erfährt, von der Nichtigkeit aber keine Kenntnis hatte (Urteile vom 3. März 1989 - V ZR 212/87, NJW 1989, 2050 f. und vom 27. Mai 2011 – V ZR 122/10, NJW 2011, 2953, 2954 Rn. 14). Für das Fehlen der Kenntnis von einer Widerrufsmöglichkeit nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt nichts anderes. An der Kenntnis wird es typischerweise fehlen, weil der Käufer die Weiterleitung eines notariell beurkundeten Angebots gewöhnlich nicht verfolgen kann und deshalb nicht weiß, wann es dem Verkäufer zugeht. Deshalb kann dem Käufer auch bei theoretischer Widerruflichkeit seines Angebots der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens nicht gemacht werden.

25 (4) Das gilt auch für die zusätzliche Lösungsmöglichkeit, die sich für einen Käufer bei der Abgabe eines notariellen Angebots ergeben kann. Bei einem solchen Angebot könnte der Käufer schon die förmliche Abgabe vermeiden, wenn er nachträglich von dem Mangel erfährt. Er müsste den Notar nur anweisen, von der Zuleitung des Angebots an den Verkäufer abzusehen. Voraussetzung dafür ist, dass der Notar das Angebot zu diesem Zeitpunkt noch nicht dem Verkäufer zugeleitet hat. Auch diese Möglichkeit kann der Käufer nur nutzen, wenn er weiß oder wenigstens Anhaltspunkte dafür hat, dass der Notar noch nicht tätig geworden ist. Das ist ein Ausnahmefall. Normalerweise fertigt der Notar ein Angebot unverzüglich aus. Das wird insbesondere dann gelten, wenn es befristet sein soll. Deshalb kann dem Käufer auch unter diesem Gesichtspunkt regelmäßig nicht der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens gemacht werden, wenn er sich auf einen Mangel beruft, von dem er nach Beurkundung seines Angebots Kenntnis erlangt hat.

26 cc) Etwas anderes gilt indessen, wenn der Käufer die Versendung seines Angebots selbst hinausgezögert oder wenn er Veranlassung hatte, sich nach Möglichkeiten zu erkundigen, den Eintritt der Bindungswirkung seines Angebots zu verhindern, und rechtzeitig hätte entsprechend tätig werden können. Denn dann verhielte er sich widersprüchlich. Er ließe den Vertrag in Kenntnis des Mangels zustande kommen, obwohl er das hätte verhindern können. Das entspricht dem Verhalten, das nach § 442 BGB zum Ausschluss von Mängelrechten führen soll. Eine einschränkende Auslegung der Vorschrift im vorbeschriebenen Sinn wäre dann nicht gerechtfertigt. Es bliebe beim Wortlaut der Regelung in § 442 Abs. 1 BGB, wonach es auf die Kenntnis des Käufers bei Zustandekommen des Vertrags ankommt.

27 c) Auszugehen ist davon, dass die Kläger zu dem maßgeblichen Zeitpunkt keine Kenntnis von dem Mangel hatten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Kläger erst nach der Beurkundung ihres Angebots von den Feuchtigkeitsschäden erfahren. Sie hätten zwar sowohl die Abgabe als auch das Wirksamwerden ihres Angebots verhindern können, weil der Notar es erst mit Schreiben vom 12. Dezember 2006 der Beklagten zugeleitet hat. Feststellungen dazu, ob die Kläger diese Möglichkeit erkannt oder Veranlassung hatten, ihr nachzugehen, hat das Berufungsgericht aber nicht getroffen. Für das Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, dass es an beidem fehlte. Dann wären die Mängelansprüche der Kläger nicht ausgeschlossen.

28 4. Lassen sich Mängelansprüche nicht ausschließen, kann auch der weiter geltend gemachte Anspruch auf Ersatz von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nach § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB begründet sein.

III.

29 Die Sache ist noch nicht entscheidungsreif und deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

30 1. Hinsichtlich des Anspruchsgrunds wird zu prüfen sein, ob die an sich bestehenden Mängelansprüche der Kläger nach § 442 BGB ausgeschlossen sind. Es ist nämlich nach den Umständen nicht auszuschließen, dass diese selbst die verzögerte Versendung des Angebots veranlasst haben oder dass sie Veranlassung hatten, sich z.B. bei dem Urkundsnotar nach der Möglichkeit zu erkundigen, den Eintritt der Bin-

dungswirkung zu verhindern. Das Berufungsgericht hatte bisher keine Veranlassung, dem nachzugehen. Dies wird nachzuholen sein.

31 2. Die Kläger können den ihnen zu ersetzenden Schaden auf der Grundlage der Mängelbeseitigungskosten berechnen, weil sie von der Beklagten die Herstellung des vertragsgemäßen mangelfreien Zustands verlangen konnten. Dieser Anspruch besteht auch, wenn der Mangel nicht beseitigt werden soll und wenn das Anwesen verkauft ist. Der Bundesgerichtshof hat dies für den Nachbesserungsanspruch im Werkvertragsrecht anerkannt (Urteile vom 6. November 1986 - VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81, 86 ff. und vom 22. 7. 2004 - VII ZR 275/03, NJW-RR 2004, 1462, 1463). Für den inhaltsgleichen Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht nach §§ 433, 439 BGB gilt nichts anderes. Die anderen Grundsätzen folgende Rechtsprechung des Senats zu Ansprüchen wegen Beschädigungen eines Grundstücks (Senat, Urteile vom 2. Oktober 1981 -V ZR 147/80, BGHZ 81, 385, 390 f. und vom 4. Mai 2001 - V ZR 435/99, BGHZ 147, 320, 322 f.; Krüger in Festschrift Wenzel [2005] S. 491, 493 f.) ist auf diesen Anspruch nicht übertragbar.

32 3. Einem Anspruch der Kläger stünde auch nicht entgegen, dass sie bei dem Weiterverkauf einen Mehrerlös erzielt haben. Ein solcher Mehrerlös schloss zwar einen Anspruch nach § 463 BGB aF aus (Senat, Urteil vom 16. November 2007 - V ZR 45/07 NJW 2008, 436, 437). Das beruhte aber darauf, dass der Käufer unter der Geltung von § 463 BGB aF keinen Anspruch auf Herstellung der Mängelfreiheit der Kaufsache hatte. Das ist nach § 433 Abs. 1, § 439 BGB anders. Der Mehrerlös führt

auch nicht zu einer Einschränkung des Minderungsanspruchs (Senat, Urteil vom 27. Mai 2011 - V ZR 122/10, NJW 2011, 2953, 2954 Rn. 9 f.).

Krüger Lemke Schmidt-Räntsch

Brückner Weinland

Vorinstanzen:
LG Essen, Entscheidung vom 04.01.2011 - 17 O 61/08 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 07.07.2011 - I-22 U 25/11 -