

# Oberlandesgericht Hamm

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§§ 323, 437, 439, 440 BGB

- 1. Sowohl das Recht des Käufers, den Kaufpreis gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 346 BGB nach erklärtem Rücktritt zurück zu verlangen, als auch das Minderungsrecht gem. §§ 437 Nr. 2, 441 BGB setzen grundsätzlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung ( § 439 BGB ) bestimmt hat.**
- 2. Insbesondere dann, wenn die eigentliche Nacherfüllung nicht vom Vertragspartner selbst sondern auf dessen Kosten von einem Dritten vorgenommen werden soll, ist kein Grund erkennbar, warum aufgrund einer arglistigen Täuschung des Verkäufers der Käufer auch das Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Leistungen des mit der Nachbesserung betrauten Dritten verloren haben könnte.**
- 3. Besondere Umstände in Form der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung können auch nicht darin gesehen werden, dass es sich bei dem Kaufgegenstand um ein Pferd gehandelt hat. Auch beim Tierkauf sind grundsätzlich die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften umfassend anzuwenden.**

OLG Hamm, Urteil vom 14.06.2006, Az.: 11 U 143/05

#### **Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 28. Oktober 2005 verkündete Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund dieses Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

#### **Gründe:**

A.

Mit mündlichem Vertrag vom 20.11.2002 verkauften die Beklagten, die einen Ausbildungs- und Verkaufsstall für Pferde betreiben, der Klägerin das 1999 geborene Pferd "E" von E2 (Lebensnummer #####) zu einem Kaufpreis von 45.000,00 €. Am 17.01.2003 unterzeichneten die Parteien hierüber nachträglich

eine schriftliche Vereinbarung (GA 8). Darin ist festgelegt, dass es sich bei dem verkauften Pferd um einen Wallach handelte; übereinstimmend gingen die Parteien bei Vertragsschluss davon aus, dass das Tier als Dressurpferd genutzt werden sollte.

Im vorliegenden Verfahren verlangt die Klägerin unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Minderung Rückzahlung der Hälfte des Kaufpreises zuzüglich gesetzlicher Zinsen seit dem 11.11.2004 sowie Erstattung weiterer 445,90 € nebst Zinsen, die ihr vorgerichtlich als anwaltliche Kosten der Rechtsverfolgung entstanden seien. Zur Begründung hat die Klägerin behauptet, das Pferd verhalte sich nicht wie ein Wallach sondern zeige Hengstmanieren, was daran liege, dass es sich um einen Kryptorchiden handle, bei dem trotz der vorangegangenen Kastration noch Hoden bzw. Hodengewebe vorhanden sei. Die Beklagten haben die Rückzahlung abgelehnt und gemeint, die Klägerin müsse erst Gelegenheit zur Nacherfüllung geben. Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil nach Einholung eines Sachverständigengutachtens die Klage abgewiesen, weil die Klägerin nicht bewiesen habe, dass eine Nacherfüllung in Form einer erneuten Operation des Pferdes unmöglich oder unzumutbar sei. Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien und der Begründung der landgerichtlichen Entscheidung wird auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Die Klägerin verfolgt mit der Berufung ihre ursprünglichen Zahlungsanträge (22.500,00 € und 445,90 €, jeweils nebst Zinsen ab dem 11.11.2004) weiter.

Sie wiederholt und vertieft ihre Auffassung, bei dem festgestellten Kryptorchismus des Pferdes handle es sich um einen Sachmangel im Sinne von § 434 BGB. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht den geltend gemachten Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises nach Minderung an der fehlenden vorherigen Fristsetzung zur Nachbesserung scheitern lassen.

Dabei habe das Landgericht übersehen, dass die Beklagten die Nachbesserung durch Bestreiten jeglicher Mangelhaftigkeit ernstlich und endgültig verweigert hätten.

Die Nachbesserung in Form einer Nachoperation sei auch unzumutbar. Sowohl die Operationsaussichten wie auch die sonstigen Risiken, die mit einer Öffnung der Bauchhöhle verbunden seien, könnten im Interesse des Tieres nicht akzeptiert werden. Eine solche Operation sei auch nicht tiermedizinisch unbedingt indiziert. Die Lieferung eines mangelfreien anderen Pferdes scheidet als Nachbesserungsform beim Kauf von Sportpferden jedenfalls gänzlich aus.

Schließlich ergebe sich die Unzumutbarkeit der Nachbesserung auch aufgrund des Umstandes, dass die Beklagten gewusst hätten, dass es sich bei dem Pferd um einen Kryptorchiden handle und dass das Pferd deshalb hengstisches Verhalten zeige, dies aber gegenüber der Klägerin nicht offenbart hätten, was eine arglistige Täuschung darstelle.

Die Beklagten beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten das angefochtene Urteil für richtig und verteidigen es mit näheren Ausführungen. Ihre erstinstanzlichen Angriffe gegen die vom Sachverständigen als angemessen angesehene Minderung wiederholen sie. Wegen der Einzelheiten des

Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen. Sie sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

B.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Die Klägerin hat gegen die Beklagten keinen Anspruch aus §§ 434 I, 437 Nr. 2, 440, 281 BGB (Schadenersatz) oder aus §§ 434 I, 437 Nr. 2, 441 I, IV, 440, 323 BGB auf Rückzahlung von 22.500,00 € nach erklärter Minderung.

1.

Der Senat kann in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Mangel bereits im Vorhandensein noch aktiven Hodengewebes gesehen werden muss oder ob er in der Kombination der nicht komplett gelungenen Kastration und der darauf beruhenden Folgen ("hengstisches Verhalten") besteht, offen lassen, denn entsprechende Gewährleistungsansprüche der Klägerin scheitern bereits daran, dass sie die Beklagten unstreitig nicht unter Fristsetzung zur Nacherfüllung aufgefordert hat. Sowohl das Recht des Käufers, den Kaufpreis gem. §§ 437 Nr. 2, 440, 323, 346 BGB nach erklärtem Rücktritt zurück zu verlangen, als auch das Minderungsrecht gem. §§ 437 Nr. 2, 441 BGB setzen grundsätzlich voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung ( § 439 BGB ) bestimmt hat.

2.

Im Streitfall war eine solche Fristsetzung auch nicht entbehrlich.

Gemäß § 323 II BGB ist eine Fristsetzung unter anderem dann entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert (Nr. 1) oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen (Nr. 3). Daneben kommt eine Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 440 BGB in Betracht, wenn der Verkäufer Nachbesserung oder Nachlieferung ( § 439 BGB ) verweigert, die dem Käufer zustehende Art der Nacherfüllung fehlgeschlagen oder ihm unzumutbar ist.

Keine dieser gesetzlich normierten Fälle führt im Streitfall zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung.

a)

Die Beklagten haben die Nacherfüllung nicht ernsthaft und endgültig verweigert.

Erforderlich ist hierzu, dass der Verkäufer die Erfüllung seiner Leistungspflichten aus § 439 BGB gegenüber dem Käufer unmissverständlich, endgültig und ernsthaft ablehnt, so dass jenseits vernünftiger Zweifel feststeht, dass er unter keinen Umständen mehr zur freiwilligen Erfüllung bereit ist. Die Zwecklosigkeit einer Nachfristsetzung muss also so evident sein, dass es als leere Formalität erschiene, vom Käufer gleichwohl zu verlangen, dem Verkäufer noch eine Nachfrist zu setzen.

Für den Streitfall ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 02.11.2004 (GA 31) nicht die ihr primär nach §§ 437, 439

BGB zustehenden Nacherfüllungsrechte geltend gemacht hat, sondern sogleich die Minderung des vereinbarten Kaufpreises von 45.000,00 € um 50 % erklärt und die Rückzahlung des danach überzahlten Betrages von 22.500,00 € bis zum 10.11.2004 verlangt hat. Wenn in dieser Situation, in der der Käufer ausschließlich und von Anfang an das Ziel einer Kaufpreisminderung verfolgt, der Verkäufer dies unter Hinweis auf die fehlende Gelegenheit zur Nachbesserung ablehnt und dabei zusätzlich das Vorhandensein eines Sachmangels bestreitet, so kann daraus gerade nicht geschlossen werden, der Verkäufer werde sich auch gegenüber einem Nacherfüllungsverlangen endgültig und ernsthaft ablehnend verhalten.

b)

Eine Minderung des Kaufpreises ohne vorheriges fristbewehrtes Nacherfüllungsverlangen wird deshalb nur bei Vorliegen besonderer Umstände (§ 323 II Nr. 3 BGB), insbesondere bei Unzumutbarkeit der Nacherfüllung (§ 440 BGB), in Betracht kommen. Beides ist für den Streitfall zu verneinen.

aa)

Soweit sich die Klägerin in diesem Punkt auf eine arglistige Täuschung durch die Beklagten beruft, kann offen bleiben, ob die hierzu erforderlichen Umstände ausreichend vorgetragen und unter Beweis gestellt worden sind. Jedenfalls führt nicht jede arglistige Täuschung zu einem vollständigen Vertrauensverlust auf Käuferseite. Insbesondere dann, wenn die eigentliche Nacherfüllung nicht vom Vertragspartner selbst sondern auf dessen Kosten von einem Dritten vorgenommen werden soll, ist kein Grund erkennbar, warum aufgrund einer arglistigen Täuschung des Verkäufers der Käufer auch das Vertrauen in die Ordnungsmäßigkeit der Leistungen des mit der Nachbesserung betrauten Dritten verloren haben könnte. Für den Streitfall bedeutet dies, dass keine Gründe ersichtlich sind, warum die Klägerin, die trotz des von ihr als arglistig bewerteten Verhaltens der Beklagten am Kauf des Pferdes - allerdings nur zu vermindertem Preis - festhalten will, auch das Vertrauen in den Tierarzt, der die Nachkastration vornehmen würde, verloren haben könnte.

bb)

Besondere Umstände in Form der Unzumutbarkeit der Nacherfüllung können auch nicht darin gesehen werden, dass es sich im Streitfall bei dem Kaufgegenstand um ein Pferd gehandelt hat. Auch beim Tierkauf sind grundsätzlich die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften umfassend anzuwenden (BGH NJW 2005, 2852 und NJW 2005, 3211). Von einer Unzumutbarkeit kann deshalb nur in besonders gelagerten Einzelfällen ausgegangen werden.

Soweit es um die Frage der Nachbesserung durch einen tierärztlichen Eingriff angeht, kann ein solcher Fall der Unzumutbarkeit bei Tieren dann vorliegen kann, wenn zumindest überwiegende Zweifel am Erfolg einer tiermedizinischen Behandlung als der in Betracht kommenden Nacherfüllungsleistung bestehen.

Nach dem in erster Instanz eingeholten schriftlichen Gutachten des Sachverständigen T und seiner mündlichen Erläuterung des Gutachtens vor dem Landgericht ist zwar von einem höheren Risiko als bei einer normalen Kastration auszugehen. Zu nennen sind hier insbesondere der Umstand, dass das verbliebene Hodengewebe nicht auffindbar sein könnte, wie auch die ansonsten üblichen Risiken einer laparoskopischen und möglicherweise einer zusätzlichen laparotomischen Operation. Diese erhöhten Risiken sind jedoch zumutbar. Wie der

Sachverständige nachvollziehbar dargelegt hat, ist nämlich mit einer erfolgreichen Operation eine vollständige Mangelbeseitigung erreichbar (vgl. insoweit BGH NJW 2005, 2852). Hinzu kommt im Streitfall, dass es der Sachverständige ohnehin für medizinisch indiziert hält, die Bauchhöhle auf vorhandenes Resthodengewebe zu untersuchen und es ggfls. zu entfernen, weil wegen der höheren Temperatur in der Bauchhöhle die Gefahr besteht, dass das Hodengewebe dort entartet.

Bei dieser Sachlage ist die Nacherfüllung in Form einer erneuten Operation unter Berücksichtigung aller Umstände - auch derjenigen des Tierschutzes - für die Klägerin auch nicht unzumutbar.

II.

Ansprüche aus § 812 I 1 BGB, 1. Alternative, in Verbindung mit § 123 BGB oder aus § 826 BGB macht die Klägerin ersichtlich nicht geltend.

III.

Soweit die Klägerin den nicht auf die Verfahrensgebühr anrechenbaren Teil der Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung erstattet verlangt, kommt als Anspruchsgrundlage nur §§ 434, 437 Nr. 3, 280, 286 BGB in Betracht. Hierfür fehlt es jedenfalls am Verzug der Beklagten, die vor Einschaltung der Anwälte noch nicht einmal zur Zahlung aufgefordert worden waren.

C.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision, 543 Abs. 2 ZPO, bestehen nicht.

D.

Der Streitwert für die Berufung wird auf 22.500,00 € festgesetzt.