



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 124/09

vom

24. November 2009

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. November 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Büniger

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die zugelassene Revision durch einstimmigen Beschluss nach § 552a ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

- 1 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision besteht nicht.
- 2 a) Die vom Berufungsgericht angenommene Divergenz der Oberlandesgerichte Koblenz und Hamm zu der Frage, "ob beim Pferdekauf eine Nacherfüllung durch Ersatzlieferung in Betracht kommt", besteht nicht. Die Aussage des Oberlandesgerichts Hamm im Urteil vom 2. März 2007 (11 U 43/04, juris), dass eine Nachlieferung nicht in Betracht komme, ist nicht allgemeiner Natur, sondern auf den konkreten Fall bezogen und steht damit entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Senats (BGHZ 163, 234 ff.) und des Oberlandesgerichts Koblenz (OLGR 2009, 123).
- 3 b) Im Übrigen hat der Senat bereits entschieden, dass bei einem Stückkauf - um einen solchen handelt es sich auch im vorliegenden Fall beim Kauf des Ponys "Dondolino" - die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen, mangelfreien Sache nicht von vornherein wegen Unmöglichkeit ausgeschlossen ist; ob eine Ersatzlieferung in Betracht kommt, ist nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Parteien bei Vertragsschluss zu beurteilen (BGHZ 168, 64 ff., Ls. b) sowie Tz. 18 ff., 23).

4 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

5 a) Das Berufungsgericht hat aufgrund der von ihm rechtsfehlerfrei fest-
gestellten Sachverhaltsumstände angenommen, dass eine Ersatzlieferung für
das mit einem Mangel behaftete Pony "Dondolino" nach dem Willen der Partei-
en möglich ist. Rechtsfehler der tatrichterlichen Würdigung zeigt die Revision
nicht auf und sind auch nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht zu beanstanden,
dass das Berufungsgericht zur Ermittlung des Vertragsinhalts maßgeblich auf
das nachvertragliche Verhalten der Parteien, insbesondere die Schreiben des
Klägers vom 11. und 19. Juni 2007, abgestellt hat.

6 Die Revision meint dagegen, dass bei einem vom Käufer ausgesuchten
Reitpferd eine Ersatzlieferung grundsätzlich - also unabhängig von den Um-
ständen des Einzelfalles - unmöglich sei. Diese Auffassung steht nicht im Ein-
klang mit der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 163, 234, 247 zum Kauf ei-
nes vom Käufer ausgesuchten Dackels; BGHZ 168, 64, Tz. 18 ff. zum Stück-
kauf allgemein); ihr ist nicht zu folgen.

7 b) Vergeblich macht die Revision die Nichtigkeit des Kaufvertrags wegen
Sittenwidrigkeit im Hinblick auf eine Provisionszahlung des Beklagten an den
Zeugen T. geltend. Bereits das Landgericht hat eine Nichtigkeit des Ver-
trags unter diesem Gesichtspunkt verneint. Dagegen hat der Kläger im Beru-
fungsverfahren nichts vorgebracht. Das Berufungsgericht war entgegen der
Auffassung des Klägers nicht gehalten, den Kläger besonders darauf hinzuwei-
sen, dass es den Vertrag - ebenso wie das Landgericht - nicht als nichtig an-
sieht. Dass es von der Wirksamkeit ausging, ergab sich bereits aus dem Hin-
weis des Berufungsgerichts darauf, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung
gegenüber dem Beklagten erforderlich gewesen sein könnte. Der Kläger hätte
deshalb im Berufungsrechtszug Veranlassung gehabt, zu den die Sittenwidrig-

keit begründenden Umständen näher vorzutragen, wenn er seine Klage weiterhin auf diesen Gesichtspunkt hätte stützen wollen. Das hat er versäumt.

8 Der Kläger erhält Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Ball

Dr. Frellesen

Dr. Milger

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Hinweis:

Das Revisionsverfahren ist durch Zurückweisungsbeschluss erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Frankenthal, Entscheidung vom 15.05.2008 - 4 O 282/07 -

OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 30.04.2009 - 4 U 103/08 -