



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 126/05

Verkündet am:  
7. Dezember 2005  
P o t s c h ,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: \_\_\_\_\_ nein

BGB §§ 480, 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 326

- a) Auch beim Kauf oder Tausch eines Reitpferdes kommt ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung wegen eines behebbaren Mangels des Pferdes grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn der Erwerber dem Veräußerer zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 1/05, ZGS 2005, 433).
- b) Scheitert ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung wegen eines Mangels daran, dass der Verkäufer die Verletzung der Pflicht zur Verschaffung einer mangelfreien Sache nicht zu vertreten hat, so kann der Käufer die Kosten, die ihm dadurch entstanden sind, dass er den Mangel selbst beseitigt hat, auch dann nicht nach § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB in Höhe der ersparten Aufwendungen des Verkäufers zur Mangelbeseitigung ersetzt verlangen, wenn es ihm aus besonderen Gründen nicht zuzumuten war, dem Verkäufer zuvor Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben (im Anschluss an Senatsurteil vom 23. Februar 2005 - VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348, zur Veröffentlichung in BGHZ 162, 219 bestimmt).

BGH, Urteil vom 7. Dezember 2005 - VIII ZR 126/05 - LG Bautzen  
AG Kamenz

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 2005 durch den Richter Dr. Beyer als Vorsitzenden, die Richter Ball, Wiechers und Dr. Frellesen sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Bautzen vom 26. April 2005 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Amtsgerichts Kamenz vom 10. November 2004 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Am 8. Februar 2003 tauschten die Parteien einen Wallach der Klägerin gegen eine Stute des Beklagten. Die Klägerin stellte am 1. April 2003 bei der von ihr erworbenen Stute eine sogenannte periodische Augenentzündung fest. Sie ließ das Pferd tierärztlich behandeln und am 7. September 2003 sowie am 21. November 2003 operieren.
- 2 Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin Ersatz der Behandlungs- und Operationskosten in Höhe von 1.933,47 € nebst Zinsen. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Der Beklagte erstrebt mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

3 Die Revision hat Erfolg.

I.

4 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

5 Der Beklagte habe der Klägerin die von ihr aufgewendeten Behandlungskosten als ersparte Aufwendungen wegen mangelhafter Erfüllung des Tauschvertrages gemäß §§ 480, 437, 439 Abs. 2, 275 Abs. 1, 326 Abs. 2 Satz 2 analog BGB zu erstatten. Aufgrund der vom Beklagten nicht widerlegten Vermutung des § 476 BGB, die auf den vorliegenden Tauschvertrag Anwendung finde, sei davon auszugehen, dass die der Klägerin übereignete Stute bereits bei Übergabe mit der später festgestellten Erkrankung infiziert und damit mangelhaft gewesen sei. Zwar sei nach §§ 437, 439, 440 BGB dem Verkäufer, bevor dieser auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden könne, grundsätzlich die Möglichkeit der Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache zu gewähren. Diese Möglichkeit habe die Klägerin dem Beklagten nicht gewährt. Gleichwohl seien Gewährleistungsansprüche der Klägerin nicht ausgeschlossen. Ein Nacherfüllungsverlangen sei hier ausnahmsweise nicht erforderlich gewesen, weil das Abwarten einer Nacherfüllungsfrist für die Klägerin unzumutbar gewesen sei. Unter Berücksichtigung des mit Verfassungsrang ausgestatteten Tierschutzgedankens sei ein Nacherfüllungsverlangen seitens des Käufers nicht nur dann entbehrlich, wenn sofortige Hilfe und Behandlung für ein Tier notwendig sei, sondern auch dann, wenn es sich nicht um ein Nutztier, sondern um ein sogenanntes Luxustier handele, das vom Erwerber nicht aus wirtschaftlichen, sondern ausschließlich aus persönlichen Beweggründen erworben worden sei. Um ein solches Tier handele es

sich hier, da die Klägerin die Stute, wie dem Beklagten bekannt gewesen sei, als Reitpferd zu rein privaten Zwecken erworben habe.

6            Allerdings stehe der Klägerin ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nicht zu, da der Beklagte weder den Mangel selbst noch die unterbliebene Nacherfüllung zu vertreten habe. Die Klägerin könne jedoch vom Beklagten in entsprechender Anwendung von § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB die Erstattung derjenigen Aufwendungen verlangen, die der Beklagte durch die zur Mangelbeseitigung erforderliche Behandlung erspart habe. Dem stehe die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. Februar 2005 (VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348) nicht entgegen, weil das Nacherfüllungsverlangen für die Klägerin wegen der besonderen Schutzfunktion des Tierschutzes (Art. 20 a GG) unzumutbar gewesen sei. In diesem Fall sei es gerechtfertigt, dem Erwerber eines Tieres beim Tausch- oder Kaufvertrag ausnahmsweise die Selbstvornahme entgegen der gesetzlichen Regelung zu gestatten.

## II.

7            Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Klägerin steht ein Anspruch auf Erstattung der geltend gemachten Kosten für die von ihr selbst veranlasste Behandlung und Operation des Pferdes jedenfalls deshalb nicht zu, weil sie es versäumt hat, dem Beklagten Gelegenheit zu geben, das Pferd wegen der aufgetretenen periodischen Augenentzündung tierärztlich behandeln zu lassen.

8            1. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Berufungsgericht darin zu folgen ist, dass eine Infektion des eingetauschten Pferdes mit der periodischen Augenerkrankung im Zeitpunkt der Übergabe des Pferdes nach § 476 BGB zu vermuten sei, oder ob diese Vermutung, wie die Revision meint, mit der Art des Mangels oder der Sache unvereinbar sei beziehungsweise ob der Beklagte, wie

die Revision vorsorglich rügt, jedenfalls hinreichenden Beweis für eine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung angetreten habe. Unabhängig davon ist die Klage nicht begründet.

9            2. Einen Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 480, 437 Nr. 3, 440, 280, 281 BGB) hat das Berufungsgericht - im Ergebnis zutreffend - verneint. Allerdings folgt dies entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht erst daraus, dass der Beklagte die vom Berufungsgericht angenommene Verletzung seiner Pflicht, der Klägerin ein mangelfreies Pferd zu verschaffen (§§ 90 a, 433 Abs. 1 Satz 2, 480 BGB), weder hinsichtlich des Mangels selbst - der aufgetretenen Erkrankung des Pferdes - noch hinsichtlich der vom Beklagten nicht vorgenommenen Mangelbeseitigung zu vertreten habe, sondern bereits daraus, dass die Klägerin den Beklagten zur Mangelbeseitigung durch eine tierärztliche Behandlung des Pferdes nicht aufgefordert hat, obwohl ihr dies zumutbar war.

10            Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281 BGB setzt - wenn nicht einer der gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestände eingreift - voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat (Senatsurteil vom 23. Februar 2005 - VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 unter II 1 a, zur Veröffentlichung in BGHZ 162, 219 bestimmt; Senatsurteil vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 1/05, ZGS 2005, 433, unter II 1). Dieser Grundsatz gilt auch beim Kauf eines Tieres (vgl. Senatsurteil vom 22. Juni 2005, aaO unter II 2) und damit ebenfalls bei einem Tausch von Tieren (§ 480 BGB). Einer der in §§ 440, 281 Abs. 2 BGB genannten Ausnahmefälle, in denen eine erfolglose Fristsetzung zur Nacherfüllung entbehrlich ist, liegt hier nicht vor.

- 11 a) Beim Kauf eines Tieres können, wie der Senat entschieden hat, besondere Umstände, die nach § 437 Nr. 3 in Verbindung mit §§ 440, 281 Abs. 2 BGB ausnahmsweise die sofortige Geltendmachung des Anspruches auf Schadensersatz statt der Leistung rechtfertigen, dann vorliegen, wenn der Zustand des Tieres eine unverzügliche tierärztliche Behandlung als Notmaßnahme erforderlich erscheinen lässt, die vom Verkäufer nicht rechtzeitig veranlasst werden könnte (Senatsurteil vom 22. Juni 2005, aaO). Dass ein Nacherfüllungsverlangen der Klägerin unter diesem Gesichtspunkt entbehrlich gewesen wäre, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und ist auch im Übrigen nicht ersichtlich; vom Berufungsgericht übergangenen Sachvortrag zeigt die Revisionserweiterung der Klägerin insoweit nicht auf.
- 12 b) Das Berufungsgericht meint, dass ein Nacherfüllungsverlangen und das damit verbundene Abwarten der gesetzten Frist für den Käufer eines Tieres auch dann unzumutbar sei, wenn es sich um ein Tier handle, das der Käufer nicht aus wirtschaftlichem Interesse, sondern aus persönlichen Beweggründen erworben habe. Dem ist nicht zu folgen. Auf eine Differenzierung nach dem Erwerbsmotiv des Käufers eines Tieres kommt es für die Beurteilung, ob dem Käufer zugemutet werden kann, vom Verkäufer des Tieres Nacherfüllung zu verlangen, nicht an. Weder aus den einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 90 a, 433 ff. BGB) noch aus dem vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang herangezogenen Tierschutzgedanken des Art. 20 a GG ist herzuleiten, dass für den Vorrang der Nacherfüllung gegenüber dem Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung beim Tierkauf maßgeblich zu sein hätte, ob es sich um ein Nutztier oder, wie hier, um ein von einem Hobbyreiter erworbenes Pferd handelt. Das Erwerbsmotiv des Käufers hat deshalb auch in den bisherigen Entscheidungen des Senats zur Frage der Nacherfüllung beim Kauf eines Hundes keine Rolle gespielt (Senatsurteil vom

22. Juni 2005, aaO; vgl. auch Senatsurteil vom 22. Juni 2005 – VIII ZR 281/04, NJW 2005, 2852 unter III 2, zur Veröffentlichung in BGHZ 163, 234 bestimmt).

13           3. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den geltend gemachten Anspruch nach § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB (analog) für begründet erachtet.

14           a) Der Senat hat, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, bereits entschieden, dass der Käufer, der den Mangel selbst beseitigt, ohne dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, nicht nur den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung verliert, sondern auch nicht gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB (analog) Ersatz der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für die Mängelbeseitigung verlangen kann (Senatsurteil vom 23. Februar 2005, aaO unter II 2; Senatsurteil vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 1/05, aaO unter II 1). Zur Begründung hat der Senat darauf hingewiesen, dass die §§ 437 ff. BGB insoweit abschließende Regelungen enthalten, die auch einen Anspruch auf Herausgabe ersparter Aufwendungen in unmittelbarer oder analoger Anwendung des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB ausschließen; andernfalls würde dem Käufer im Ergebnis ein Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers zugebilligt, auf das der Gesetzgeber bewusst verzichtet hat, und damit der Vorrang der Nacherfüllung unterlaufen, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt (Senatsurteil vom 23. Februar 2005, aaO unter II 2 b). Daran hält der Senat auch unter Berücksichtigung abweichender Auffassungen im Schrifttum fest (so bereits Senatsurteil vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 1/05, aaO).

15           Da ein Nacherfüllungsverlangen hier - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - zumutbar und damit erforderlich war (oben unter 2), scheidet ein Anspruch der Klägerin aus § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB (analog) schon aus diesem Grund aus.

16

b) Aber auch dann, wenn der - vom Berufungsgericht angenommene, hier aber nicht gegebene - Ausnahmefall vorläge, in dem besondere Umstände die Nacherfüllung durch den Verkäufer für den Käufer unzumutbar erscheinen lassen und deshalb die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung rechtfertigen, bestünde entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kein Anspruch der Klägerin gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB (analog) auf Ersatz der Kosten für die Mangelbeseitigung in Höhe der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen. Wenn es dem Käufer aus besonderen Gründen nicht zuzumuten ist, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, der Verkäufer aber - wie das Berufungsgericht hier rechtsfehlerfrei festgestellt hat - weder den Mangel selbst noch die Umstände zu vertreten hat, auf denen es beruht, dass er den Mangel nicht beseitigt hat, so scheidet nicht nur ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung aus (§§ 437 Nr. 3, 281, 280 Abs. 1 Satz 2 BGB); in diesem Fall hat der Verkäufer die Kosten der Mangelbeseitigung auch nicht nach § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB (analog) zu erstatten. Der abschließende Charakter der Regelungen in §§ 437 ff. BGB über die Ansprüche des Käufers bei einem Mangel der Kaufsache und die Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Selbstvornahmerecht des Käufers (Senatsurteil vom 23. Februar 2005, aaO unter II 2 b) stehen der unmittelbaren oder analogen Anwendung des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB auch in diesem Fall entgegen. Der Käufer hat bei einer - für die eine oder die andere Vertragspartei - unzumutbaren Nacherfüllung gegenüber dem Verkäufer, der die Verletzung seiner Pflicht zur Verschaffung einer mangelfreien Sache (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), die Rechte auf Rücktritt vom Kaufvertrag oder Minderung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 BGB), die im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch eine vom Verkäufer zu vertretende Pflichtverletzung nicht voraussetzen (Senatsurteil vom 22. Juni

2005 - VIII ZR 281/04, aaO unter III 3). Diese Rechte macht die Klägerin jedoch im vorliegenden Rechtsstreit nicht geltend.

III.

17 Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif, weil es keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen bedarf. Da die Klage nicht begründet ist, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).

Dr. Beyer

Ball

Wiechers

Dr. Frellesen

Hermanns

Vorinstanzen:

AG Kamenz, Entscheidung vom 10.11.2004 - 1 C 656/04 -

LG Bautzen, Entscheidung vom 26.04.2005 - 1 S 145/04 -