
Datum: 10.11.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 132/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:1110.2U132.08.00

Vorinstanz: Landgericht Detmold, 12 O 243/07

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 26.05.2008 verkündete Urteil der Zivilkammer II des Landgerichts Detmold wird zurückgewiesen.

Der Beklagten werden die Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der titulierten Beträge abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % der jeweils zu vollstreckenden Beträge leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

1

2

3

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Rückabwicklung eines Kaufvertrages über eine Stute H in Anspruch.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz und der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. 4

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugen Dr. G, T, X, L2, L3, X2, X3 und X4 die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht zukünftiger Aufwendungen sei hinreichend bestimmt. Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Rückabwicklung wegen des Sachmangels "Sommerekzem" zu. Der Rücktritt sei nicht gemäß § 442 BGB ausgeschlossen. Die Klägerin habe weder fahrlässige Unkenntnis, noch Kenntnis von dem Mangel gehabt. 5

Die Beklagte habe nicht bewiesen, dass sie die Klägerin in dem Verkaufsgespräch vom 09.05.2007 ordnungsgemäß aufgeklärt habe. Der Beklagten sei nicht mehr Glauben zu schenken als dem Zeugen Dr. G, der den Vortrag der Klägerin bestätigt habe. Auch habe die Beklagte nicht bewiesen, dass die Klägerin bei anderen, dem Verkaufsgespräch vorausgegangenen Gelegenheiten Kenntnis von dem Sommerkzem erlangt habe. 6

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung. 7

Sie wiederholt und vertieft ihren Vortrag erster Instanz und behauptet, sie habe das Pferd aus Tierliebe und aus Schutz vor den Witterungsverhältnissen und vor lästigen Fliegen unter eine Ekzemerdecke gestellt. Die Erkrankung sei damals nicht ausgebrochen gewesen, sondern sei erst aufgrund der Änderungen der Haltungsbedingungen durch die Klägerin, insbesondere aufgrund des Weglassens der Ekzemerdecke zutage getreten. Das Landgericht habe zu Unrecht keinen Beweis darüber erhoben, ob das Sommerkzem schon zur Zeit der Übergabe vorgelegen habe. Es sei unzutreffend davon ausgegangen, obwohl auch andere Ursachen in Betracht gekommen seien, wie z.B. eine Pilzerkrankung und dergleichen. Die bloße Anlage eines Pferdes, ein Sommerkzem zu entwickeln, sei kein Mangel im Rechtssinne. Auch sei der Klägerin die Anlage der Stute zum Sommerkzem grob fahrlässig unbekannt geblieben. Das sei aufgrund der von dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme bewiesen. Gegen den Anspruch der Klägerin auf Verwendungsersatz und auf Schadensersatz rechnet die Beklagte in zweiter Instanz mit ihrem angeblichen Anspruch auf Nutzungsersatz auf. Sie ist der Ansicht, die mit dem Besitz des Pferdes verbundene Möglichkeit der Nutzung desselben stelle einen Wert dar, der einen Nutzungsersatz in Höhe von 10,00 bis 20,00 Euro pro Tag rechtfertige. 8

Die Beklagte beantragt, 9

das Urteil des Landgerichts Detmold vom 26.05.2008, AZ.: 12 O 234/07, zugestellt am 28.05.2008, zu ändern und die Klage abzuweisen. 10

Die Klägerin beantragt, 11

die Berufung zurückzuweisen. 12

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Die Beweismwürdigung des Landgerichts sei nicht zu beanstanden. Sie habe den Mangel nicht vorwerfbar übersehen. Die Beklagte sei als Unternehmerin anzusehen, da sie Pferde ankaufe und wieder weiter veräußere. 13

14

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.

B. 15

Die zulässige Berufung ist unbegründet. 16

Der Klägerin stehen die aus dem Tenor des angefochtenen Urteils ersichtlichen Ansprüche gegen die Beklagte in vollem Umfang zu. 17

I. 18

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung in Höhe von 25.000,00 Euro aus §§ 434, 437 Nr. 2, 323, 346 Abs. 1 BGB. 19

1. 20

Die Parteien haben im Mai 2007 über das streitgegenständliche Pferd einen mündlichen Kaufvertrag gemäß § 433 BGB zu einem Kaufpreis in Höhe von 25.000,00 Euro geschlossen, wobei die Klägerin ihr Pferd F für 5.000,00 Euro in Zahlung geben hat. 21

2. 22

Die streitgegenständliche Stute H ist mangelhaft gemäß §§ 90 a Satz 3, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB, da sie bei Gefahrenübergang an einem sogenannten Sommerexzem litt. 23

a. 24

Der Senat kann offenlassen, ob die Parteien anlässlich des Verkaufsgesprächs eine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB des Inhalts getroffen haben, die streitgegenständliche Stute habe kein Sommerexzem. Unstreitig leidet das Pferd an einem Sommerexzem, das einen Sachmangel jedenfalls nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB darstellt (vgl. BGHZ 166, 2250 - 2254). 25

b. 26

Der Sachmangel lag auch schon zum Zeitpunkt der Übergabe gemäß §§ 434 Abs. 1, 446 Satz 1 BGB im Mai 2007 vor. Es kann offen bleiben, ob zugunsten der Klägerin die Vermutungsregelung des § 476 BGB greift und ob die Beklagte als Unternehmerin gemäß § 14 Abs. 1 BGB anzusehen ist. Das Bestreiten des Vorhandenseins des Sachmangels schon bei Übergabe durch die Beklagte in zweiter Instanz ist als neues Vorbringen jedenfalls nicht zuzulassen (1). Im Übrigen hält der Senat es auch für bewiesen, dass die Erkrankung Sommerexzem schon im Mai 2007 vorgelegen hat (2). 27

(1) 28

Das Bestreiten des Vorliegens des Mangels zur Zeit der Übergabe durch die Beklagte erstmalig mit der Berufungsbegründung vom 19.08.2008 ist als neues Vorbringen gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. 29

Das Landgericht hat in dem Tatbestand der angefochtenen Entscheidung ausgeführt "Die Stute litt unter einem sog. Sommer-Ekzem und wurde daher von der Beklagten unter einer sog. Ekzemerdecke gehalten ...". Dementsprechend geht das Landgericht auch in den Entscheidungsgründen von dem unstreitigen Vorliegen des Mangels schon bei Übergabe aus 30

und prüft nur noch den Ausschlussgrund des § 442 BGB. Die Beklagte hat keinen Tatbestandsberichtigungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 ZPO gestellt.

Die Unrichtigkeiten der Feststellungen können grundsätzlich nur in dem Berichtigungsverfahren gemäß § 320 ZPO geltend gemacht werden (OLG Karlsruhe NJWRR 2003, 891 bis 892). Wird im Tatbestand des angefochtenen Urteils ein Tatsachenvortrag der Parteien als unstreitig bezeichnet, so hat das Berufungsgericht davon auszugehen, dass das entsprechende Vorbringen in erster Instanz nicht bestritten wurde (BGH NJW 2001, 448 bis 450).

Die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO für die Zulassung des neuen Vorbringens sind von der Beklagten weder dargetan, noch sonst ersichtlich.

(2)

Unabhängig davon ist zur Überzeugung des Senats auch bewiesen, dass der Sachmangel schon zur Zeit der Übergabe der Stute an die Klägerin vorgelegen hat.

Der Senat schöpft seine Überzeugung aus folgenden Umständen:

Ausweislich der Befundmitteilung der Tierärztlichen Hochschule in I vom 16.08.2007 besteht aufgrund der am 31.07.2007 und damit zeitnah zur Übergabe des Pferdes im Mai 2007 entnommenen Blutprobe nach Vornahme eines funktionellen Allergietests bei der streitgegenständlichen Stute eine deutliche bis hochgradige funktionelle Sensibilisierung gegen alle Insekten sowie gegen Gräser, Schimmelpilze und Milben.

Die pathologischen Symptome des Sommerekzems sind schon vor Übergabe in der Besitzzeit der Beklagten aufgetreten. Die Beklagte hat bei ihrer Anhörung vor dem Landgericht am 05.05.2008 selbst angegeben, sie habe bereits vor Übergabe des Pferdes an die Klägerin festgestellt, dass das Pferd Scheuerstellen an Schweif und Mähne gehabt habe, welche sie mit einer Lotion behandelt habe. Bei dem angeblichen Gespräch unter Beteiligung der Zeugin L2 soll das Pferd zudem Scheuerstellen auf der Hälfte des Halses aufgewiesen haben. Die Zeugin T hat das bestätigt und ausgesagt, das Pferd habe sich gescheuert, was andere Pferde normalerweise nicht täten. Die Beklagte hat das veräußerte Pferd im Übrigen unstreitig den Sommer über unter der Ekzemerdecke gehalten, was nach Auffassung des Senats nur den Zweck haben konnte, das Auftreten der Symptome der Erkrankung zu verhindern.

3.

Die Klägerin hat der Beklagten zwar keine Frist zur Nacherfüllung gemäß § 323 Abs. 1 BGB gesetzt. Diese war allerdings wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung entbehrlich (a.) und gemäß § 440 Satz 1 3. Alt. BGB auch unzumutbar (b.).

a.

Die Klägerin konnte gemäß § 326 Abs. 5 BGB ohne Fristsetzung zur Nacherfüllung zurücktreten. Die Erkrankung Sommerekzem ist mit zumutbarem Aufwand in überschaubarer Zeit nicht heilbar. Die theoretisch mögliche Desensibilisierung der Stute über einen langen Zeitraum hinweg mit völlig ungewissen Heilungschancen ist der Klägerin als Käuferin nicht zumutbar.

b.

Die Nachfristsetzung ist unabhängig von der Unmöglichkeit der Nacherfüllung auch deswegen gemäß § 440 Satz 1, 3. Alt. BGB entbehrlich, weil die Nacherfüllung der Klägerin aufgrund einer arglistigen Täuschung der Beklagten unzumutbar ist.	43
(1)	44
Die Beklagte hat die Klägerin nicht über den Sachmangel Sommerekzem aufgeklärt. Das ergibt sich aus der Anhörung der Beklagten vor dem Senat am 10.11.2008, wo sie selbst angegeben hat, der Klägerin nichts darüber berichtet zu haben, dass die streitgegenständliche Stute an einem Sommerekzem bzw. an Sommerräude litt. Der Hinweis der Beklagten an die Klägerin, das Pferd scheuere sich gelegentlich, stellt keine ausreichende Aufklärung dar.	45
Bei dem Sachmangel Sommerekzem handelt es sich aufgrund der erheblich eingeschränkten Nutzbarkeit des Pferdes als Reitpferd um einen aufklärungs-bedürftigen Mangel, der auch ohne ausdrückliche Nachfrage des Käufers durch den Verkäufer zu offenbaren ist.	46
(2)	47
Die Beklagte hielt es zumindest für möglich und nahm billigend in Kauf, dass die Erkrankung Sommerekzem vorgelegen hat.	48
Das ergibt sich aus Folgendem:	49
Die Beklagte hat bei ihrer Anhörung vor dem Landgericht selbst angegeben, sie habe bereits vorher festgestellt, dass das Pferd leichte Scheuerstellen an Schweif und Mähne gehabt habe. Bei dem angeblichen Gespräch unter Beteiligung der Zeugin L2 soll das Pferd zudem Scheuerstellen auf der Hälfte des Halses aufgewiesen haben. Die Beklagte hat das veräußerte Pferd den ganzen Sommer über unter der Ekzemerdecke gehalten. Es stellt sich die Frage, warum sie das getan hat, wenn nicht zur Unterdrückung des Sommerekzems. Alleine mit Putzfaulheit ist das nach Auffassung des Senats nicht schlüssig zu erklären. Die Beklagte lässt dementsprechend schriftsätzlich ausführen (Schriftsatz vom 11.12.2007, S. 4), in ihrer Sphäre sei das Pferd nicht an Sommerekzem erkrankt, weil sie entsprechend vorgebeugt habe.	50
Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Beklagte als professionelle Reitlehrerin es zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat, dass das Pferd an der Erkrankung Sommerekzem litt.	51
(3)	52
Die Beklagte wusste und rechnete auch damit, dass der Klägerin der Umstand der Erkrankung des Pferdes unbekannt war und auch nicht bekannt sein konnte.	53
(4)	54
Es ist ebenfalls davon auszugehen, dass die Beklagte zumindest damit rechnete, die Klägerin würde bei Kenntnis des Mangels den Kaufvertrag nicht oder nicht zu diesen Bedingungen abschließen.	55
Da nach alledem eine arglistige Täuschung der Beklagten vorliegt, war die Nacherfüllung für die Klägerin unzumutbar und die Nachfristsetzung damit entbehrlich.	56
	57

4.	58
Der Rücktritt ist nicht wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung gemäß § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Das Sommerekzem beeinträchtigt das Pferd hochgradig. Dieses lässt sich gerade in der für Reiter interessanten Zeit des Sommers praktisch nur eingeschränkt oder gar nicht im Freien reiten.	
5.	59
Die Klägerin hat den Rücktritt gemäß § 349 BGB in der Klageschrift erklärt.	60
6.	61
Der Rücktritt der Klägerin ist nicht gemäß § 442 BGB ausgeschlossen.	62
a.	63
Von einer positiven Kenntnis der Klägerin von dem Vorliegen des Sachmangels im Sinne von § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB kann nicht ausgegangen werden. Die Beweiswürdigung des Landgerichts ist zutreffend und nicht zu beanstanden. Der Senat tritt der Beweiswürdigung des Landgerichts bei und macht sich diese zu Eigen.	64
Kein Zeuge hat eine positive Kenntnis der Klägerin bestätigt. Soweit der Zeuge L3 ausgesagt hat, die Klägerin habe bei einem Gespräch im Casino von dem Sommerekzem gewusst, ist das unerheblich, da dieses nach dem Abschluss des Kaufvertrages und nach Zahlung des Kaufpreises durch die Klägerin stattgefunden hat.	65
b.	66
Eine grob fahrlässige Unkenntnis der Klägerin vom Vorliegen des Mangels ist nicht gegeben (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB).	67
(1)	68
Da die Beklagte die Klägerin nach dem oben Ausgeführten arglistig getäuscht hat, ist der Anspruch der Klägerin bereits gemäß § 442 Abs. 1 Satz 2, 3. Halbsatz, 1. Alt. BGB nicht ausgeschlossen.	69
(2)	70
Selbst wenn keine arglistige Täuschung der Beklagten anzunehmen wäre, läge keine grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels auf Seiten der Klägerin vor. Diese hat das Mindestmaß an Information und Aufmerksamkeit nicht in besonders schwerem Maße verletzt. Aus dem Umstand, dass das Pferd eine Ekzemerdecke trug, musste die Klägerin als einfache Reiterin ohne besondere Sachkunde nicht den Schluss ziehen, dass das Pferd an Sommerekzem leidet, zumal zwischen den Parteien unstreitig ist, dass es auch andere Pferdedecken gibt, die dem Schutz der Pferde vor Umwelteinflüssen dienen.	71
Auch musste die Klägerin nicht tierärztlichen Rat einholen. Sie hat nach dem oben Darlegten konkret bei der Beklagten nachgefragt, ob das Pferd an Sommerräude/Sommerekzem leide, was die Beklagte nicht bejaht hat. Die Beklagte kann der Klägerin nicht vorwerfen, auf ihre Angaben vertraut zu haben und diese nicht auf ihre Richtigkeit hin weiter überprüft zu haben.	72
7.	73

Gemäß § 346 Abs. 1 BGB sind die gewährten Leistungen zurückzugewähren. Die Beklagte muss der Klägerin den Kaufpreis in Höhe von 25.000,00 Euro zurückzahlen. Soweit sie das in Zahlung genommene Pferd der Klägerin unstreitig veräußert hat, muss sie gemäß § 346 Abs. 2, Satz 1 Nr. 2 BGB Wertersatz leisten. Gemäß § 346 Abs. 2, Satz 1 1. Halbsatz BGB ist der Anrechnungspreis aus dem Kaufvertrag maßgeblich, also 5.000,00 Euro.	74
II.	75
Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 291 BGB seit dem 28.11.2007.	76
III.	77
Der Anspruch der Klägerin auf Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten ist zulässig und begründet.	78
Das Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO folgt aus §§ 756 Abs. 1, 765 Nr. 1 ZPO.	79
Die Beklagte befindet sich gemäß §§ 293, 295 BGB in Annahmeverzug. Das wörtliche Angebot auf Rückgabe und Rückübereignung ist in dem in der Klageschrift vom 23.10.2007 enthaltenen Zug um Zug-Antrag zu sehen, wonach die Klägerin beantragt hat, den Kaufpreis an sie zurückzuzahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe der braunen Stute H, geb. 04.06.2002, Lebensnummer De #####, nebst Eigentumsurkunde und Equidenpass.	80
IV.	81
Der Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung zur Erstattung aller künftigen Aufwendungen für die Erhaltung der Stute ist ebenfalls zulässig und begründet.	82
1.	83
Die Feststellungsklage ist zulässig. Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr alle künftigen Aufwendungen für die Erhaltung der vorbezeichneten Stute zu erstatten. Diese Formulierung ist gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Es ist insbesondere klargestellt, dass es nicht um Luxusaufwendungen oder dergleichen geht, sondern nur um Erhaltungsaufwendungen (Stall, Tierarzt, Futter usw.).	84
Der Antrag umfasst ausdrücklich nur die künftigen Aufwendungen. Das ist dahingehend auszulegen, dass nur solche Aufwendungen von dem Feststellungsanspruch umfasst sind, die nach der Klageerhebung gemäß §§ 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO entstanden sind.	85
2.	86
Die Feststellungsklage ist begründet.	87
Der Anspruch folgt aus §§ 437 Nr. 2, 323, 346, 347 Abs. 2 BGB, da die Klägerin nach erfolgreichem Rücktritt Verwendungsersatz verlangen kann. Die Aufrechnung der Beklagten mit angeblichen Ansprüchen auf Nutzungsersatz ist neu und gemäß § 533 Nr. 1 ZPO nicht zulässig, da die Einwilligung des Gegners nicht vorliegt und da die Aufrechnung nicht sachdienlich ist. Weder die Hauptforderung noch die Gegenforderung sind bisher beziffert, so dass die Aufrechnung auch unwirksam ist.	88
C.	89

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Ziffer 10, 713 ZPO.	90
D.	91
Die Revision war nicht zuzulassen. Der Rechtssache kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 543 Abs. 2 ZPO).	92 93
