BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 281/04

Verkündet am:
22. Juni 2005
Kirchgeßner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 280, 311a, 437 Nr. 3, 439

a) Zum Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 437 Nr. 3 BGB) bei einem Tierkauf und zur Entlastung des Verkäufers (hier: eines Hundezüchters) gegenüber diesem Anspruch (§ 280 Abs. 1 Satz 2, § 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB).

b) Die Operation eines Tieres, die einen körperlichen Defekt nicht folgenlos beseitigen kann, sondern andere, regelmäßig zu kontrollierende gesundheitliche Risiken für das Tier selbst erst hervorruft, stellt keine Beseitigung des Mangels im Sinne des § 439 Abs. 1 BGB dar.

BGH, Urteil vom 22. Juni 2005 - VIII ZR 281/04 - LG Oldenburg
AG Vechta

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2005 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert, die Richter Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Frellesen sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg vom 26. August 2004 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers zu 2 gegen das Urteil des Amtsgerichts Vechta vom 9. März 2004 wird insgesamt zurückgewiesen.

Von den Gerichtskosten des Berufungsverfahrens fallen 4 % der Klägerin zu 1 und 96 % dem Kläger zu 2 zur Last; von den außergerichtlichen Kosten des Beklagten fallen 6 % der Klägerin zu 1 und 94 % dem Kläger zu 2 zur Last, die außergerichtlichen Kosten der Kläger haben diese selbst zu tragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen dem Kläger zu 2 zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger zu 2 (im folgenden Kläger) kaufte von dem Beklagten, der seit mehr als 30 Jahren die Hundezucht als Hobby betreibt, am 16. Juni 2002 einen zwei Monate alten Rauhhaardackelwelpen zum Preis von 500 €. Er ließ den Welpen in den folgenden Monaten mehrfach tierärztlich untersuchen. Der Hund wurde unter anderem gegen Wurmbefall behandelt; am 4. Oktober 2002 wur-

den ihm zwei Milchzähne gezogen. Am 11. Oktober 2002 stellte die behandelnde Tierärztin bei einer weiteren - ihrer achten - Untersuchung eine Fehlstellung des Sprunggelenks der rechten Hintergliedmaße fest, die zu einer übermäßigen O-Beinigkeit des Dackels führt. Nach einer den Befund bestätigenden Röntgenuntersuchung vom 17. Oktober 2002 forderte der Kläger den Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 14. November 2002 auf, zur Korrektur der - nach der Behauptung des Klägers genetisch bedingten - Fehlstellung des Hinterbeins eine operative Behandlung des Hundes zu veranlassen, die voraussichtlich 1200,-- € kosten werde. Der Beklagte lehnte dies ab, bot aber seinerseits an, den Hund gegen Erstattung des Kaufpreises zurückzunehmen oder den Kaufpreis zu mindern. Dies lehnte der Kläger ab. Bei der am 25. November 2002 im Auftrag des Klägers durchgeführten Operation wurde die Fehlstellung des Sprunggelenks durch eine sogenannte Korrekturosteotomie beseitigt, indem am Schienbein des Dackels eine Lochplatte mit sechs Schrauben eingesetzt wurde, die dort verbleibt. Die Operation hat zur Folge, daß der Hund zweimal jährlich zur Kontrolle des schmerzfreien Sitzes der Platte und des Laufbildes tierärztlich untersucht werden muß.

Der Kläger hat von dem Beklagten in seiner - mit der Klägerin zu 1 erhobenen - Klage die Erstattung der bis dahin angefallenen Tierarztkosten für die Wurmbehandlung, das Ziehen der Milchzähne und die Operation am Schienbein in Höhe von insgesamt 1.179,06 € nebst Zinsen verlangt und darüber hinaus die Feststellung begehrt, daß der Beklagte die für die erforderlichen Kontrolluntersuchungen zu Lebzeiten des Hundes weiter anfallenden Behandlungs- und Fahrtkosten in Höhe von jährlich 59,52 € zu tragen hat. Das Amtsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landgericht der Klage - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen - hinsichtlich der geltend gemachten Kosten für die Operation am Schienbein (1.009,37 € nebst Zinsen) sowie hinsichtlich des Feststellungsantrags stattge-

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

geben. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Beklagten, mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt. Hinsichtlich der Klägerin zu 1, die ihre Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Amtsgerichts vor der mündlichen Verhandlung des Berufungsgerichts zurückgenommen hatte, hat der Beklagte die zunächst ebenfalls eingelegte Revision vor der mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten hat Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

Der Kläger habe Anspruch auf Ersatz der durch die Beseitigung der Fehlstellung des Sprunggelenks verursachten und zukünftig weiter entstehenden Tierarzt- und Fahrtkosten gemäß §§ 281 Abs. 1, 434, 437 Nr. 3, 440 BGB. Die Veränderungen am Sprunggelenk des Hundes stellten einen Sachmangel im Sinne der §§ 434, 90 a BGB dar, für den der Beklagte ersatzpflichtig sei, weil er nicht den Beweis dafür erbracht habe, daß er den Hund mangelfrei an den Kläger übergeben habe. Hierfür sei der Beklagte gemäß § 476 BGB beweisbelastet. Die gesetzliche Vermutung des § 476 BGB sei anwendbar, weil der Beklagte Unternehmer im Sinne des § 14 BGB sei; eine Gewinnerzielungsabsicht sei hierfür nicht erforderlich. Die Vermutung gelte auch für den Tierkauf und sei weder mit der Art der Sache noch mit der Art des Mangels unvereinbar. Nach den Ausführungen des Sachverständigen könnten für die Fehlstellung sowohl genetisch bedingte als auch traumatische Ursachen vorliegen. Da gesicherte

Erkenntnisse, ob die Veränderungen als entwicklungs- oder als verletzungsbedingt eingestuft werden müßten, nicht bestünden, gehe dies zu Lasten des Beklagten. Anhaltspunkte dafür, daß der Mangel kurzfristig aufgetreten oder auf eine Einwirkung von außen zurückzuführen sei, lägen nicht vor.

Zwar habe grundsätzlich die Nacherfüllung Vorrang vor allen anderen Rechtsbehelfen. Diese sei jedoch ausgeschlossen, nachdem der Beklagte die Beseitigung des Mangels selbst nicht innerhalb der Frist vorgenommen habe und die Lieferung einer mangelfreien Sache wegen der inzwischen entstandenen Bindung an den für die Familie angeschafften Hund nicht in Betracht gekommen sei. Unerheblich sei, ob der Beklagte zu Recht die Nachbesserung wegen unzumutbaren Aufwandes verweigern durfte. Denn nachdem der Beklagte die Nachbesserung verweigert habe und die Nachlieferung unmöglich gewesen sei, richte sich der Anspruch gemäß § 437 BGB nach der Wahl des Käufers auf Rücktritt, Minderung und auf Schadensersatz. Der Beklagte habe den Schaden auch zu vertreten. Anhaltspunkte, die ein Vertretenmüssen des Beklagten ausschließen würden und für die der Beklagte darlegungs- und beweisbelastet wäre, seien nicht ersichtlich. Als Züchter habe er für eventuelle genetische Fehler eines Hundes einzustehen.

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Dem Kläger steht der ihm vom Berufungsgericht zugesprochene Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281 BGB auf Erstattung der für die operative Behandlung des Hundes bereits aufgewendeten und in der Zukunft noch entstehenden Tierarztkosten nicht zu, weil der Beklagte die dafür erforderliche Pflichtverletzung, von der das Berufungsgericht ausgegangen ist, jedenfalls nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2, § 276 BGB). Die Verfahrensrüge der

Revision, das Berufungsgericht habe insoweit unter Verstoß gegen § 286 ZPO für die Entlastung des Beklagten wesentliche Umstände übergangen und nicht gewürdigt, greift durch.

1. Im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht seiner Prüfung die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl I, S. 3138) zugrunde gelegt, da der Kaufvertrag am 16. Juni 2002 zustande gekommen ist (vgl. Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

2. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, daß die Fehlstellung des Sprunggelenks des Tieres als Sachmangel im Sinne der §§ 434, 90 a BGB zu qualifizieren wäre, wenn sie bei Gefahrübergang, also bei der Übergabe des Hundes (§ 446 Satz 1 BGB), bereits vorlag. Auch wenden sie sich nicht gegen die aufgrund des Sachverständigengutachtens getroffene Feststellung des Berufungsgerichts, daß nicht geklärt werden kann, ob das Tier im Zeitpunkt des Gefahrübergangs die später auffällig gewordene Fehlstellung des Sprunggelenks schon aufwies. Streitig ist dagegen, ob aufgrund der beim Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) geltenden Beweislastumkehr (§ 476 BGB) im vorliegenden Fall die Vermutung gerechtfertigt ist, daß der Hund bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Auf diese Frage kommt es jedoch für die Entscheidung nicht an.

Es kann offen bleiben, ob das Berufungsgericht zu Recht von einem Verbrauchsgüterkauf ausgegangen ist oder ob dem bereits entgegensteht, daß der Beklagte, wie die Revision meint, kein Unternehmer (§ 14 BGB) sei, weil er die Hundezucht als Hobby betreibe, ohne damit Gewinn erzielen zu wollen. Auch bedarf keiner Entscheidung, ob aufgrund der Regelung des § 476 BGB zu

vermuten ist, daß die Fehlstellung des Sprunggelenks des Hundes - entsprechend der Behauptung des Klägers - genetisch bedingt und damit bei Übergabe im Keim bereits vorhanden war, oder ob die gesetzliche Vermutung - wie die Revision unter Berufung auf den in § 476 BGB geregelten Ausnahmetatbestand geltend macht - beim Verkauf eines Tieres mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar und deshalb nicht anzuwenden ist. Selbst wenn mit dem Berufungsgericht aufgrund der Vermutung des § 476 BGB anzunehmen wäre, daß der Beklagte einen unter einer anlagebedingten Störung des Knochenwachstums leidenden und damit bei Gefahrübergang nicht mangelfreien Hund übergeben hat, steht dem Kläger der vom Berufungsgericht zuerkannte Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nicht zu. Denn der Beklagte hätte in diesem Fall zwar seine Hauptpflicht aus dem Kaufvertrag zur Verschaffung eines von Sachmängeln freien Tieres (§§ 90 a, 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) verletzt. Gleichwohl besteht der vom Berufungsgericht aus §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281 BGB hergeleitete Schadensersatzanspruch nicht, weil der Beklagte die vom Berufungsgericht angenommene Pflichtverletzung nach dem unstreitigen Sachverhalt jedenfalls nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB).

a) Das Berufungsgericht ist, ohne dies in Frage zu stellen, von einem behebbaren Mangel ausgegangen und hat gemeint, der Beklagte habe die Verletzung seiner Verkäuferpflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB deshalb zu vertreten, weil er als Züchter für eventuelle genetische Fehler eines Hundes einzustehen habe. Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob der Mangel behebbar war (dazu näher unter III 1 a) und ob es bei einem behebbaren Mangel - nach erfolglosem Nacherfüllungsbegehren des Käufers - zur Entlastung des Verkäufers (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) erforderlich ist, daß der Verkäufer das Vorhandensein des Mangels nicht zu vertreten hat, oder ob es hierfür allein darauf ankommt, daß der Verkäufer die Nichtvornahme oder das Fehlschlagen der Nacherfüllung nicht zu vertreten hat (dazu unter III 3). Auch wenn ein Anspruch

des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung schon dann gegeben wäre, wenn der Verkäufer das Vorhandensein des (behebbaren) Mangels zu vertreten hat, wäre diese Voraussetzung im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht gegeben.

b) Zu vertreten im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit, sofern nicht aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie, eine strengere Haftung zu entnehmen ist (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß der Beklagte eine Garantie für die genetische Beschaffenheit des Hundes (§ 443 BGB) übernommen hat. Anhaltspunkte dafür sind auch weder vom Kläger vorgetragen noch sonst ersichtlich.

c) Auch ein Verschulden - Vorsatz oder Fahrlässigkeit - des Beklagten ist bei dem vorliegenden Sachverhalt zu verneinen, wenn die vier Monate nach der Übergabe erkannte Fehlstellung des Sprunggelenks, wie der Kläger behauptet und das Berufungsgericht aufgrund der Vermutung des § 476 BGB angenommen hat, auf genetischen Ursachen beruhte. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat ein Züchter nicht schlechthin für eventuelle genetische Fehler eines Hundes einzustehen. Ein Züchter, der eine Garantie für eine bestimmte Entwicklung des Tieres nicht übernommen hat, hat dessen anlagebedingte Fehlentwicklung zu vertreten, wenn er - abgesehen von der im vorliegenden Fall von vornherein ausscheidenden Schuldform des Vorsatzes - für die genetischen Ursachen der Fehlentwicklung deshalb die Verantwortung zu tragen hat, weil er bei der Zucht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und dadurch fahrlässig gehandelt hat (§ 276 Abs. 2 BGB).

War die Fehlstellung des Sprunggelenks genetisch bedingt, so beruhte sie auf einem schon durch die Zeugung vorgegebenen Defekt der spezifischen,

für die Knochenentwicklung maßgeblichen Anlagen des Hundes. Hinsichtlich eines solchen, in der Natur des Tieres begründeten genetischen Fehlers ist dem Züchter keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen, wenn er die Zucht nach den dafür geltenden, auf Wissenschaft und Erfahrung beruhenden züchterischen Grundsätzen - lege artis - betreibt. Von einem Verstoß des Beklagten dagegen kann hier, wie die Revision zu Recht hervorhebt, nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht ausgegangen werden, so daß es weitergehenden Vortrags des Beklagten zu seiner Entlastung (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) nicht bedurfte.

Es besteht kein vernünftiger Zweifel daran, daß dem Beklagten ein Zuchtfehler nicht vorzuwerfen ist. Der Beklagte betreibt die Hundezucht seit mehr als 30 Jahren, hat damit zahlreiche nationale und internationale Auszeichnungen gewonnen und verkauft jedes Jahr etwa 50 Welpen im In- und Ausland. Er ist im Deutschen Teckelclub als seriöser Züchter anerkannt und war selbst als Zuchtwart tätig. Daraus ergibt sich, daß der Beklagte die Hundezucht mit der erforderlichen Sachkunde und Professionalität betreibt. Gegen ein Verschulden des Beklagten im konkreten Fall spricht darüber hinaus insbesondere, daß nicht zu ersehen ist, wie der Beklagte als Züchter den (vermuteten) genetischen Defekt dieses einzelnen Welpen hätte vorhersehen und verhindern können. Bei den übrigen drei Welpen des Wurfs, aus dem der vom Kläger gekaufte Welpe stammt, ist keine entsprechende Fehlstellung des Sprunggelenks aufgetreten; die Knochen der anderen Hunde haben sich normal entwickelt. Damit fehlt jede tatsächliche Grundlage für den Schuldvorwurf, der Beklagte habe hinsichtlich des spezifischen genetischen Fehlers, von dem das Berufungsgericht bei dem vom Kläger gekauften Welpen aufgrund der Vermutung des § 476 BGB ausgegangen ist, in züchterischer Hinsicht nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet und dadurch die anlagebedingte Fehlentwicklung gerade dieses Hundes fahrlässig verursacht.

d) Im übrigen hat das Berufungsgericht zu Recht nicht darauf abgestellt, daß der Beklagte die Verletzung seiner Verkäuferpflicht zur Verschaffung eines von Sachmängeln freien Tieres etwa deshalb zu vertreten hätte, weil die anlagebedingte Fehlentwicklung des Knochenwachstums für ihn erkennbar gewesen wäre, bevor er den Hund am 16. Juni 2002 an den Kläger verkaufte und übergab. Auch insoweit kann dahingestellt bleiben, ob es bei einem behebbaren Mangel für das Vertretenmüssen als Voraussetzung des Anspruchs aus §§ 280, 281 BGB auf die Erkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe ankommt oder ob sich der Verkäufer allein im Hinblick auf die Nichtvornahme oder das Fehlschlagen der Nachbesserung (§ 439 BGB) zu entlasten hat. Selbst wenn es insoweit auf die Erkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe ankäme, hätte der Beklagte die vom Berufungsgericht angenommene Verletzung der Pflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht zu vertreten. Denn eine anlagebedingte Fehlentwicklung des Knochenwachstums des Hundes war, wie der Senat aufgrund des insoweit unstreitigen Sachverhalts selbst beurteilen kann, am 16. Juni 2002 - dem Tag des Verkaufs und der Übergabe - für den Beklagten als Verkäufer jedenfalls noch nicht erkennbar. Dafür spricht nicht nur, daß der Beklagte die vor dem Verkauf eines Welpen üblichen Untersuchungen - auch durch den Zuchtwart - hatte durchführen lassen, ohne daß sich Beanstandungen ergeben hatten, sondern vor allem auch, daß die Tierärztin des Klägers, die den Hund kurz nach der Übergabe und danach noch mehrfach untersuchte, die Fehlstellung des Sprunggelenks erst vier Monate nach der Übergabe bei ihrer achten Untersuchung des Dackels bemerkte. Selbst wenn die in der Wachstumsphase allmählich sich entwickelnde Fehlstellung des Sprunggelenks im Zeitpunkt der Übergabe, als der Welpe zwei Monate alt war, etwa mit Hilfe einer Röntgendiagnostik im Ansatz schon erkennbar gewesen sein sollte, wäre der Beklagte zu einer solchen Untersuchung des Hundes ohne greifbare

Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Röntgendiagnostik nicht verpflichtet gewesen.

III.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Dem Kläger steht ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hinsichtlich keiner der hierfür sonst noch in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu. Denn der Beklagte hat die vom Berufungsgericht angenommene Verletzung der Pflicht zur Lieferung eines mangelfreien Tieres (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) im Hinblick auf den vom Kläger behaupteten und vom Berufungsgericht zugrunde gelegten genetischen Defekt des Hundes unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu vertreten (§ 276 Abs. 1 BGB).

1. Als Anspruchsgrundlage für den vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruch sind auch die Vorschriften über den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung im Falle der Unmöglichkeit in Betracht zu ziehen. Denn gegen die dem Berufungsurteil zugrunde liegende Annahme, daß es sich bei der anlagebedingten Fehlentwicklung des Knochenwachstums um einen behebbaren Mangel gehandelt habe, bestehen durchgreifende Bedenken. Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit §§ 280, 283 BGB oder § 311 a BGB sind jedoch im Ergebnis gleichfalls nicht erfüllt.

a) Der vorgegebene genetische Defekt, in dem das Berufungsgericht die Ursache der Fehlentwicklung gesehen hat, konnte durch die operative Behandlung des Hundes nicht beseitigt werden und ist dadurch auch nicht beseitigt worden. Operativ korrigiert wurden zwar die Fehlstellung des Sprunggelenks und damit die übermäßige O-Beinigkeit des Dackels. Durch die Operation wurde der Hund aber nicht in einen vertragsgemäßen Zustand (§ 433 Abs. 1 Satz 2

BGB) versetzt, wie es § 439 BGB für die Mangelbeseitigung als eine der beiden Modalitäten der Nacherfüllung verlangt (MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl., § 439 Rdnr. 9). Vielmehr wurde die Korrektur des äußeren Erscheinungsbildes des Hundes mit einem anderen Sachmangel erkauft. Der Hund hat seit dem Eingriff einen - durch die am Schienbein verschraubte Platte - künstlich veränderten Knochenbau und muß mit den damit dauerhaft verbundenen gesundheitlichen Risiken leben, die jedenfalls so gewichtig sind, daß sie halbjährlich tierärztliche Kontrolluntersuchungen erfordern. Der Hund bleibt damit lebenslang nicht frei von Mängeln im Sinne der §§ 90 a, 434 BGB. Eine Maßnahme, die - wie die hier durchgeführte Operation - den körperlichen Defekt eines Tieres nicht folgenlos beseitigen kann, sondern andere, regelmäßig zu kontrollierende gesundheitliche Risiken selbst erst hervorruft, ist zu einer nachhaltigen Beseitigung des Mangels nicht geeignet und stellt deshalb keine Mangelbeseitigung im Sinne des § 439 BGB dar. Um einen als geringfügig anzusehenden und deshalb zu vernachlässigenden Fehler, der bei einer nicht vollständig möglichen Mangelbeseitigung unter Umständen noch hinzunehmen sein soll und den Bestand des Nacherfüllungsanspruchs gegebenenfalls nicht berührt (so Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rdnr. 38), handelt es sich bei der am Schienbein verschraubten Platte und den damit verbundenen gesundheitlichen Risiken jedenfalls nicht. Da andere Maßnahmen als die durchgeführte Operation nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht zur Verfügung standen, war eine den Anforderungen des § 439 Abs. 1 BGB entsprechende Beseitigung der anlagebedingten Fehlentwicklung nicht möglich, der Mangel als solcher also nicht behebbar.

b) Darüber hinaus war nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall auch die Lieferung einer mangelfreien Sache als andere Modalität der Nacherfüllung (§ 439 Abs. 1 BGB) nicht möglich. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, daß die Lieferung eines anderen

- gesunden - Welpen wegen der nach fünf Monaten entstandenen Bindung an den als Familienhund angeschafften Dackel nicht in Betracht kam. Diese Feststellung wird im Revisionsverfahren nicht angegriffen und ist damit für den Senat bindend.

c) Somit konnte der Beklagte seine Verpflichtung zur Lieferung eines mangelfreien Tieres (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) weder durch Beseitigung des Mangels noch durch Ersatzlieferung erfüllen. Es liegt damit der Fall einer Unmöglichkeit vor, in dem der Sachmangel durch keine der beiden Modalitäten der Nacherfüllung behebbar ist und sich der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung nicht nach den Vorschriften der §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281 BGB, sondern nach §§ 437 Nr. 3, 280, 283 BGB oder §§ 437 Nr. 3, 311 a BGB richtet (vgl. dazu S. Lorenz, NJW 2002, 2497, 2500 ff.).

Aus der Nichtbehebbarkeit des Mangels folgt für einen daran anknüpfenden Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung, daß es für die Frage des Vertretenmüssens darauf ankommt, ob das Leistungshindernis von Anfang an bestand (§§ 437 Nr. 3, 311 a BGB) oder erst nach Abschluß des Kaufvertrages entstanden ist (§§ 437 Nr. 3, 280, 283 BGB). Das Berufungsgericht ist - entsprechend der Behauptung des Klägers - aufgrund der Vermutung des § 476 BGB davon ausgegangen, daß die Fehlstellung am Sprunggelenk des Hinterbeins genetisch bedingt war. Nach seinen von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen liegen Umstände dafür, daß die Fehlstellung auf eine Einwirkung von außen zurückzuführen sei, nicht vor. Danach scheidet eine (sowohl vor als auch nach Vertragsschluß denkbare) Verletzung des Hundes als mögliche Ursache für die Störung des Knochenwachstums aus. Wegen einer genetisch bedingten - und damit jedenfalls vor Vertragsschluß entstandenen - Störung des Knochenwachstums richtet sich der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 311 a BGB; ein solcher Anspruch

besteht im vorliegenden Fall aber nicht, weil der Beklagte - wie oben unter II 2 d ausgeführt - das Leistungshindernis bei Vertragsschluß nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat (§ 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB).

2. Ein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz statt der Leistung besteht auch nicht im Hinblick auf das Nacherfüllungsbegehren des Klägers, dem der Beklagte nicht nachgekommen ist. Dies gilt hinsichtlich beider Modalitäten der Nacherfüllung (§ 439 Abs. 1 BGB).

a) Da die vom Kläger verlangte Beseitigung des Mangels, wie unter III 1 a ausgeführt, von Anfang an unmöglich war, ist der Beklagte nicht nur von seiner Leistungspflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB frei geworden, sondern ebenso von seiner aus § 439 BGB sich ergebenden Verpflichtung, den Mangel im Wege der Nacherfüllung zu beseitigen (§ 275 Abs. 1 BGB). Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 311 a BGB besteht damit auch unter dem Gesichtspunkt nicht vorgenommener Mangelbeseitigung nicht, weil der Beklagte das (anfängliche) Leistungshindernis - die genetisch bedingte Störung des Knochenwachstums - aus den unter II 2 d dargelegten Gründen bei Vertragsschluß nicht kannte und seine Unkenntnis nicht zu vertreten hatte (§ 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB).

b) Zu keinem anderen Ergebnis würde die Erwägung führen, daß die Operation, die der Kläger vom Beklagten gefordert hatte, zumindest dazu geeignet war, die Fehlstellung des Sprunggelenks zu korrigieren und dadurch wenigstens zu einer Verbesserung des mangelhaften Zustandes beizutragen. Ließe man eine solche partielle Behebbarkeit des Mangels für den Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung genügen (vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO), so könnte sich der Beklagte zwar nicht auf eine Befreiung von seiner Verpflichtung zur Mangelbeseitigung unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit

(§ 275 Abs. 1 BGB) berufen. Es käme dann aber darauf an, ob er die von ihm zur (teilweisen) Mangelbeseitigung verlangte Maßnahme wegen Unzumutbarkeit verweigern durfte (§ 439 Abs. 3, § 275 Abs. 2 und 3 BGB). Dies ist zu bejahen.

Es kann dahingestellt bleiben, unter welchen Voraussetzungen ein Verkäufer die vom Käufer geforderte Mangelbeseitigung schon wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern darf (§ 439 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB). Denn dem Beklagten war es - unabhängig von den Kosten - schon wegen des weiteren Aufwandes, den die vom Kläger geforderte Maßnahme nach sich zog, nicht zuzumuten, sich hierauf einzulassen. Nach § 275 Abs. 2 BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Diese Voraussetzungen sind, wie der Senat selbst beurteilen kann, im vorliegenden Fall gegeben.

Unzumutbar war der Aufwand, den die Operation des Hundes erforderte, für den Beklagten allerdings nicht schon deshalb, weil er die Operation nicht selbst vornehmen konnte, sondern einen darauf spezialisierten Tierarzt hätte suchen und damit beauftragen müssen. Der mit der Operation verbundene Aufwand war dem Beklagten aber nicht zuzumuten, weil es nicht damit getan gewesen wäre, daß der Beklagte den Hund bei einem Spezialisten hätte operieren lassen. Vielmehr erforderte die Operation, wie von vorneherein absehbar war, regelmäßige tierärztliche Kontrolluntersuchungen zur Überwachung der Risiken, die eine am Schienbein des Hundes verschraubte und dort verbleibende Platte für die Gesundheit des Hundes zwangsläufig zur Folge hat. Auch diese Kontrolluntersuchungen hätte der Beklagte selbst zu veranlassen gehabt, wenn er die Operation als (noch mögliche) Nacherfüllung im Sinne des § 439

BGB schuldete. Dies überstieg auch unter Berücksichtigung des Leistungsinteresses des Klägers den für den Beklagten noch zumutbaren Aufwand. Der Beklagte brauchte sich nicht auf eine Maßnahme einzulassen, die den Hund nicht in einen vertragsgemäßen Zustand versetzen konnte, die ihrerseits mit nicht unerheblichen gesundheitlichen Risiken für das Tier verbunden war und die deshalb für den Beklagten - während der gesamten Lebensdauer des Tieres - halbjährliche tierärztliche Kontrolluntersuchungen und darüber hinaus unabsehbaren weiteren Aufwand zur Folge gehabt hätte, wenn die am Schienbein verschraubte Platte zu Komplikationen führte. Dabei fällt bei der Frage der Zumutbarkeit zugunsten des Beklagten auch ins Gewicht, daß dieser die anlagebedingte Fehlentwicklung des Knochenwachstums, wie ausgeführt, nicht zu vertreten hatte (§ 275 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Unter Berücksichtigung all dessen bestand ein grobes Mißverhältnis zwischen dem Interesse des Klägers an einer Korrektur des äußeren Erscheinungsbildes des Hundes - weitergehende Auswirkungen des genetischen Defekts (etwa auf die Gesundheit des Hundes) hat der Kläger nicht vorgetragen - und dem Aufwand, den der Kläger von dem Beklagten zur ohnehin nur teilweise möglichen Beseitigung des Mangels verlangte (§ 275 Abs. 2 Satz 1 BGB). Das Interesse des Klägers war unter diesen Umständen durch seine sonstigen Rechte auf Rücktritt vom Kaufvertrag oder Minderung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 BGB) - wie vom Beklagten angeboten - ausreichend gewahrt.

War danach die vom Kläger geforderte Mangelbeseitigung wenn nicht schon von Anfang an unmöglich, so doch jedenfalls für den Beklagten unzumutbar, so besteht ebenfalls kein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz statt der Leistung wegen der vom Beklagten (zu Recht) verweigerten Nacherfüllung. Zwar enthält die Vorschrift des § 437 Nr.3 BGB in Verbindung mit §§ 280, 283 BGB beziehungsweise § 311 a BGB eine Anspruchsgrundlage für den

Schadensersatzanspruch bei an sich möglicher, aber nach § 275 Abs. 2 BGB unzumutbarer Nacherfüllung. Einem daraus etwa abzuleitenden Anspruch des Klägers stünde aber jedenfalls entgegen, daß der Beklagte auch insoweit die für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung maßgeblichen Umstände nicht zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2, § 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB).

c) Schließlich besteht ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auch nicht hinsichtlich der anderen Modalität der Nacherfüllung, der Verpflichtung zur Ersatzlieferung. Von dieser Verpflichtung ist der Beklagte, wie unter III 1 b ausgeführt, dadurch frei geworden, daß die Lieferung eines anderen Welpen nach den von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wegen der zwischenzeitlich entstandenen persönlichen Bindung des Klägers an den "mangelhaften" Welpen unmöglich geworden war (§ 275 Abs. 1 BGB). Ein nachträgliches Unmöglichwerden der Nacherfüllung vermag zwar einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auszulösen (§§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 283 BGB); ein solcher Anspruch scheitert hier aber jedenfalls daran, daß der Beklagte das entstandene Leistungshindernis - die emotionale Bindung des Klägers an den gekauften Welpen - ebenfalls nicht zu vertreten hat (§ 276 Abs. 1 BGB).

3. Danach steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung unter keinem rechtlichen Gesichtpunkt zu, weil der Kläger die etwaige Verletzung seiner Verkäuferpflicht aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB, von der das Berufungsgericht aufgrund der Vermutung des § 476 BGB ausgegangen ist, hinsichtlich aller dafür in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen nicht zu vertreten hat. Die Rechte des Käufers auf Rücktritt vom Kaufvertrag oder Minderung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 BGB), die im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch eine vom Beklagten zu vertretende Pflicht-

verletzung nicht voraussetzen, macht der Kläger nicht geltend. Ein dahingehendes vorprozessuales Angebot des Beklagten hat er abgelehnt.

IV.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil, soweit es der Klage stattgibt, keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif, da es keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen bedarf. Daher ist das Berufungsurteil aufzuheben, und die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil ist insgesamt zurückzuweisen (§§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 3 ZPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92, 565, 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO. Dabei war hinsichtlich der Kosten des Revisionsverfahrens zu berücksichtigen, daß die gegenüber der Klägerin zu 1 zurückgenommene Revision des Beklagten hinsichtlich der Gerichts- und Anwaltsgebühren keine Mehrkosten verursacht hat.

Dr. Deppert Dr. Leimert Wiechers

Dr. Frellesen Hermanns