

VIII ZR 13/60

Verkündet

am 23. Dezember 1960

Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2218 279

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Fabrikanten Albert S [REDACTED] in M [REDACTED] bei B [REDACTED],
G [REDACTED] K [REDACTED],

Kläger, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Landwirt Wilhelm N [REDACTED] in I [REDACTED] über
T [REDACTED], Domäne I [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 1960 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Spieler und Dr. Dorschel

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 2. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 12. November 1959 wird zurückgewiesen, soweit dadurch die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts in Marburg (Lahn) vom 22. Januar 1958 hinsichtlich der Forderung auf Zahlung von 3.084 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 9. März 1957 zurückgewiesen ist.

Im übrigen wird das bezeichnete Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben; in diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt auf der Domäne I [REDACTED] Pferde-
zucht. Aus ihr ist am 11. April 1953 der jetzige Wallach
"Seelord" hervorgegangen. Er wurde seit dem Ende des Jahres
1956 in dem Gestüt erst von dem Landwirt B [REDACTED] und dann von
dem Landwirt K [REDACTED] eingeritten. Der Beklagte wollte das Pferd
auf der im Frühjahr 1957 in Dortmund durchgeführten Auktion
des "Verbandes der Züchter und Freunde des Warmblutpferdes
T [REDACTED] Abstammung e.V." (im folgenden als T [REDACTED]-Verband
bezeichnet) zum Verkauf stellen. Nachdem der Beklagte das
Pferd für die Auktion angemeldet hatte, wurde es zunächst
durch Dr. Sc [REDACTED], den Geschäftsführer des T [REDACTED]-Verban-
des, besichtigt. Er nahm es sodann in den etwa 5 Wochen vor
der Auktion erschienenen Auktionskatalog unter Angabe des Ge-
burtstages mit folgender Charakterisierung auf:

"Der bedeutend angelegte Rappe hat eine mächtige Galop-
pade. Er paßt für große Reiter, die ein nobles Pferd
suchen."

Etwa 4 Wochen vor der Auktion wurde "Seelord" in das vom
T [REDACTED]-Verband eingerichtete Trainingslager in Dortmund
übernommen, das der Ausbildung und Vorbereitung der Pferde
für die Auktion diente und unter Leitung des Landwirts P [REDACTED]
stand. Dort wurde das Pferd dem als Sportreiter erfahrenen
Landwirt D [REDACTED] zugeteilt, der beim Einreiten von dem Landwirt
K [REDACTED] unterstützt wurde. In den 5 Tagen vor der Auktion vom
T [REDACTED]-Verband zusammengestellten und für Kaufinteressен-
ten als Informationsmaterial bestimmten sogenannten Trainings-
protokoll heißt es über "Seelord":

"Erst spät in die Auktionsvorbereitung genommen, hat
Seelord schnell an Kondition gewonnen; er ist zwar
gegen unbekannte Eindrücke und Einwirkungen etwas
sensibel, läßt aber Bestes in der weiteren Ausbil-
dung erwarten, da seine guten Veranlagungen unver-
kennbar sind. Er hat raumgreifende Bewegungen und
viel Springvermögen".

- 3 -

In der Auktion am 9. März 1957 ersteigerte der Kläger, der bis dahin von dem Trainingsprotokoll keine Kenntnis hatte, "Seelord" für 3.084 DM. Der Kläger, der das Pferd ursprünglich einem Reitverein als Nachwuchspferd zuführen sollte, bezahlte diesen Betrag, erhielt das Pferd vom Beklagten in Dortmund übergeben und brachte es auf das Gut B [REDACTED] des ihm bekannten Landwirts Hugo von Ki [REDACTED]; dort befindet es sich noch heute.

Mit Schreiben vom 30. März 1957 beanstandete der Kläger dem Beklagten gegenüber, daß "Seelord" keinen auch noch so qualifizierten Reiter aufsitzen lasse; obwohl 2 kräftige Stallburschen versucht hätten, das Pferd beim Aufsitzen festzuhalten, seien der Reiter und die beiden Burschen zu Boden gekommen, weil das Pferd ausgeschlagen habe und an den Wänden hochgegangen sei. Dieses Verhalten stehe im Widerspruch zu den Zusicherungen, die der Beklagte gelegentlich der Auktion /d.h. unstreitig nach der Auktion/ gegeben habe; danach sollte "Seelord" ein ruhiges leicht zu reitendes Pferd sein und unbedenklich auch von der Tochter des Klägers geritten werden können. Da der Beklagte ihm seinerzeit auch noch zugesagt habe, das Pferd umzutauschen, wenn es nicht einschlagen sollte, erwarte er zweckentsprechende Vorschläge des Beklagten.

Der Beklagte erwiderte unter dem 1. April 1957, er habe das Schreiben des Klägers an den T [REDACTED]-Verband zur Beantwortung weitergeleitet, wolle aber auch selbst darauf hinweisen, daß er bei dem Gespräch in Dortmund gesagt habe, "Seelord" sei ein noch in der Entwicklung stehendes, äußerst gutartiges, aber etwas sensibles Pferd, das bei ruhiger, sehr liebevoller Behandlung alles mit sich machen lasse. Von einem Umtausch des Pferdes sei keine Rede gewesen.

Mit Schreiben vom 3. April 1957 erklärte der T [REDACTED]-Verband durch Dr. Sc [REDACTED] dem Kläger, das Aufsitzen sei bei



"Seelord" am Anfang der Ausbildung im Trainingslager nicht einfach gewesen. Das Pferd habe aber Vertrauen gewonnen und dann ohne jede Hilfeleistung bestiegen werden können. Wenn "Seelord" jetzt nicht mehr aufsitzen lasse, müßten Ereignisse eingetreten sein, die die Schreckhaftigkeit des Pferdes beim Aufsitzen hervorgerufen hätten und nur mit Güte und ruhiger Behandlung überwunden werden könnten. Es sei sicher verkehrt, das Pferd beim Aufsitzen festhalten zu wollen. Mit Gewalt lasse sich bei den Ostpreußen in der Regel nichts erreichen, mit Ruhe und Güte fast alles. P. und D. seien bereit, dem Kläger die Methode zu zeigen, die zweckmäßigerweise für die Überwindung der Unwilligkeit beim Aufsitzen anzuwenden wäre.

Der Kläger hat von diesem Anerbieten keinen Gebrauch gemacht, sondern den Kaufvertrag unter dem 18. April 1957 wegen arglistiger Täuschung angefochten.

Er hat am 3. Juli 1957 Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen,

1. an ihn Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes "Seelord" 3.084 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 9. März 1957 zu zahlen,
2. an ihn bis zur Rückgabe des Pferdes ein tägliches Futtergeld von 5 DM seit dem 9. März 1957 zu zahlen.

Zur Begründung hat er behauptet, "Seelord" habe den entscheidenden Fehler, nicht aufsitzen zu lassen; dieser Fehler sei anlagebedingt, das Pferd sei ein sog. "Verbrecher". Den Fehler habe der Beklagte schon vor der Auktion, nämlich schon vor der Ankunft des Pferdes im Trainingslager gekannt, ihn aber arglistig verschwiegen; der Beklagte sei verpflichtet gewesen, den Kläger auf den Fehler hinzuweisen, da ihm bewußt gewesen sei, er und jeder andere mögliche Käufer werde von der Ersteigerung absehen oder doch einen niedrigeren Preis bieten, wenn der Fehler bekannt gegeben

worden wäre. Den Fehler hätte er gerade deshalb offenbaren müssen, weil ihm die unzulänglichen Angaben im Auktionskatalog bekanntgewesen seien. - Die Klage sei aus ungerechtfertigter Bereicherung, unerlaubter Handlung und - falls die Anfechtung nicht durchgreife - als Gewährleistungsanspruch begründet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Berufung hat der Kläger hilfsweise für den Hauptantrag zu *) schließlich beantragt:

den Beklagten zu verurteilen, ihm Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes "Seelord" (zu ergänzen: aus seinem Gestüt) ein anderes einwandfreies Reitpferd zu liefern, das dem Kaufpreis von 3.084 DM am 9. März 1957 entspricht und dessen Auswahl durch einen vom Gericht zu bestellenden Sachverständigen zu bestimmen ist,

nachdem er zuvor stattdessen den Hilfsantrag gestellt hatte, den Beklagten zu verurteilen, ihm Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes "Seelord" ein anderes gleichwertiges Pferd zu liefern.

Dazu hat der Kläger vorgetragen, der Beklagte habe ihm am 9. März 1957 nach der Auktion zugesagt, er könne sich auf seiner Koppel ein anderes Pferd aussuchen, falls "Seelord" nicht einschlagen sollte. - Der Beklagte hat gegenüber dem Gewährleistungsanspruch, soweit er nicht auf arglistiges Verschweigen gestützt ist, die Einrede der Verjährung erhoben. - Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine bisherigen Anträge weiter; er beantragt ferner noch hilfsweise zu dem bereits im 2. Rechtszug gestellten Hilfsantrag:

- a) den Beklagten zu verurteilen, ihm Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes "Seelord" aus seinem Gestüt ein anderes einwandfreies Reitpferd zu liefern, das dem Kaufpreis von 3.084 DM am 9. März 1957 entspricht und dessen Auswahl durch einen von der zuständigen Landwirtschaftskammer zu benennenden Sachverständigen zu bestimmen ist, und zwar mit der Maßgabe, daß der Sachverständige als Schiedsgutachter zu entscheiden hat,
- b) den Beklagten zu verurteilen, ihm Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes "Seelord" aus seinem Gestüt ein anderes einwandfreies Reitpferd zu liefern, das dem Kaufpreis von 3.084 DM am 9. März 1957 entspricht und dessen Auswahl (zu ergänzen: durch den Kläger nach billigem Ermessen) zu bestimmen ist.
- c) den Beklagten zu verurteilen, ihm Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes "Seelord" aus seinem Gestüt ein anderes einwandfreies Reitpferd zu liefern, das dem Kaufpreis von 3.084 DM am 9. März 1957 entspricht und dessen Auswahl durch den Beklagten nach billigem Ermessen zu bestimmen ist.

Der Beklagte will das Rechtsmittel zurückgewiesen haben.

Entscheidungsgründe:

A.

Der Zahlungsanspruch (ohne die Futterkosten).

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Anspruch scheitere unter allen vom Kläger angeführten Gesichtspunkten daran, daß er den ihm obliegenden Beweis für eine arglistige Täuschung oder ein arglistiges Verschweigen seitens des Beklagten nicht erbracht habe.

"Seelord" sei zwar beim Einreiten auf dem Gestüt des Beklagten anfangs sehr scheu und furchtsam, auch später immer etwas ängstlich und sensibel gewesen, habe auch beim Aufsitzen einige Zeit lang Schwierigkeiten gemacht. Beim Einreiten in der Trainingsanlage des T[REDACTED]-Verbandes habe das Pferd ebenfalls zunächst erhebliche Schwierigkeiten gemacht und seine Ängstlichkeit am Schluß der Trainingszeit noch nicht ganz verloren gehabt. Doch seien nach Auffassung seiner Bereiter das sensible Verhalten und die Unarten des Pferdes beim Aufsitzen nicht Ausdruck einer böartigen oder hinterhältigen Charakterveranlagung, sondern Eigenheiten eines jungen Tieres; diese hätten sich durch sachgemäße Behandlung allmählich behoben. "Seelord" habe sich schließlich einwandfrei besteigen lassen und sei selbst bei vollem Betrieb in der Trainingshalle ohne Hilfeleistung ständig geritten worden.

Hiernach sei mindestens zweifelhaft, ob "Seelord" überhaupt bei der Ersteigerung durch den Kläger mit dem Fehler des Nichtaufsitzenlassens behaftet gewesen sei. Freilich habe das Pferd nach dem 9. März 1957 auf dem Gut Berghof niemand aufsitzen lassen; das könne indessen nicht zwingend als Anzeichen für einen endgültigen, schon am 9. März 1957 vorhandenen Fehler gewertet werden. Vielmehr sei es nach den vorher gemachten Erfahrungen möglich, daß die Schwierigkeiten, die das Pferd dann in der ungewohnten Umgebung gemacht habe, sich auch dort nach kurzer Zeit hätten beheben lassen, wenn es in geeigneter Weise behandelt worden wäre, wie das dem Kläger vom T[REDACTED]-Verband nahegelegt worden sei. Es sei jedenfalls nicht auszuschließen, daß "Seelord" infolge einer ihm in B[REDACTED] zuteilgewordenen unzweckmäßigen Behandlung jetzt mit einem nicht mehr zu beseitigenden Fehler behaftet sei.

Selbst wenn aber "Seelord" einen anlagebedingten Fehler derart haben sollte, daß er trotz vorübergehender Besserungs-

perioden doch immer wieder nicht aufsitzen lasse und daher zum Reiten schlechthin ungeeignet sei, könne der Kläger doch mit seinem Anspruch nicht durchdringen, weil es ihm nicht gelungen sei, zu beweisen, daß der Beklagte oder Dr. Sc. einen derartigen Fehler erkannt und arglistig verschwiegen hätten.

Mit dem Vorhandensein eines solchen Fehlers habe der Beklagte nicht rechnen können, vielmehr annehmen dürfen, daß "Seelord" insbesondere beim Aufsitzenlassen keine größeren Schwierigkeiten gemacht habe als sonst ein junges Pferd, und daß diese Schwierigkeiten jedenfalls bis zur Auktion behoben gewesen seien.

Das gelte auch für Dr. Sc. Er habe sich, nachdem er durch P. über die von "Seelord" anfänglich gemachten Schwierigkeiten erfahren habe, vor der Auktion selbst davon überzeugt, daß das Pferd nun ohne besondere Schwierigkeiten zu besteigen und zu reiten sei. Schließlich habe er sich vor Abfassung des Trainingsprotokolls von P. bestätigen lassen, daß die aufgetretenen Schwierigkeiten behoben seien.

Danach treffe weder den Beklagten noch Dr. Sc. der Vorwurf, daß sie einen Fehler des Pferdes, den sie selbst als nicht endgültig behoben angesehen hätten, unterdrückt und damit den Kläger über das Vorhandensein eines solchen Fehlers getäuscht oder diesen arglistig verschwiegen hätten. Soweit bei der Auktion noch eine gewisse Ängstlichkeit bestanden habe, komme dies im Trainingsprotokoll hinreichend durch die Bemerkung zum Ausdruck, daß "Seelord" gegen unbekannte Eindrücke und Einwirkungen etwas sensibel sei. Damit sei der Aufklärungs- und Offenbarungspflicht einem etwaigen Käufer gegenüber genügt.

II.

a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die zum Begriff des arglistigen Verschweigens und der arglistigen Täuschung entwickelte Rechtsprechung außer acht gelassen und deshalb nicht berücksichtigt, daß es zur Auslösung der im § 463 Satz 2 und in § 123 Abs. 1 i.V.m. §§ 142, 812 BGB bestimmten Rechtsfolgen genügen würde, wenn der Beklagte oder Dr. Sc[REDACTED] den im angefochtenen Urteil unterstellten anlagemäßig bedingten Fehler des Nichtaufsitzenlassens zwar nicht gekannt, aber doch für möglich gehalten hätten. - Die Rüge kann keinen Erfolg haben; denn das Berufungsgericht hat ohne ersichtlichen Rechtsirrtum für den maßgeblichen Zeitpunkt, nämlich den 9. März 1957 als Tag der Ersteigerung des Pferdes durch den Kläger, festgestellt, daß der Beklagte und Dr. Sc[REDACTED] - mochten beide auch gewußt haben, daß "Seelord" zunächst nicht habe aufsitzen lassen - doch in nicht vorwerfbarer Weise schließlich die Überzeugung gewonnen haben, es handele sich dabei nur um einen bei einem jungen Pferde nicht selten auftretenden Fehler, der nunmehr behoben sei. Entgegen dem Vortrag der Revision hat das Berufungsgericht nicht bloß festgestellt, daß "Seelord" sich habe "einmal" reiten lassen, vielmehr für erwiesen erachtet, daß das Tier im Gestüt des Beklagten sich schließlich hat einwandfrei besteigen und ohne besonderen Anstand hat reiten lassen und daß es im Trainingslager zwar zunächst infolge der völlig fremden Umgebung und einer noch nicht völlig abgeheilt gewesenen Satteldruckstelle am Widerrist besonders scheu und ängstlich gewesen ist, indessen schon nach etwa 8 Tagen ganz friedlich geworden ist und ohne weiteres hat aufsitzen lassen und nach etwa 14 Tagen selbst bei vollem Betrieb in der Trainingshalle geritten worden ist. Unter diesen Umständen ist der von der Revision als allein richtig bezeichnete Schluß nicht zwingend, aus "Seelords" Benehmen bei der Zügelführung durch fachkundige und geübte Reiter im Gestüt und im Trainingslager folge nichts für das Verhalten des Pferdes unter nicht fachkundigen und ungeübten Durchschnittsreitern des Reitervereins.

2 Die Revision bemängelt in diesem Zusammenhang ferner, das Berufungsgericht habe der von ihm getroffenen Feststellung keine Bedeutung beigelegt, daß der früher als Einreiter beim Beklagten tätig gewesene Major a.D. L. dem Beklagten einmal geraten hat, die Zucht aus "Seebüßer", der Mutter von "Seelord", einzustellen, und zwar mit der Begründung, deren Nachkommenschaft sei zu sensibel und mache beim Aufsitzen Schwierigkeiten. Die Rüge scheitert daran, daß L., der damals schon nicht mehr auf dem Gestüt des Beklagten beschäftigt war, nach der weiteren Feststellung des Berufungsgerichts "Seelord" nicht eingeritten hat; sondern nur vorher dessen ältere Geschwister "Seerose" und "Seestern" und daß diese beiden Pferde nach einer etwa 2 bis 3 Wochen währenden Eingewöhnungszeit ohne weiteres haben aufsitzen und reiten lassen. Es ist daher nicht rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht im Ergebnis darin gerade eine Bestätigung der später beim Einreiten von "Seelord" gemachten Erfahrungen gefunden hat.

3. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe der von ihm unterstellten Bemerkung P. gelegentlich eines Gespräches mit Ge. (damals Sachbearbeiter in dem vom Kläger mit Ermittlungen zu dieser Sache betrauten Detektivinstitut "I.") keine Bedeutung beigegeben, einer Bemerkung des Inhalts, über das schlechte Aufsitzenlassen von "Seelord" sei nichts in das Trainingsprotokoll aufgenommen worden, weil die Erwähnung solcher Fehler in dem Protokoll zu einem erheblichen Druck auf den Verkaufspreis führe. Indessen ist es nicht rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht aus den Bekundungen der einander als Zeugen gegenübergestellten P. und Ge. nicht entnommen hat, die etwaige Bemerkung P. habe in dem Sinne verstanden werden müssen, daß bei "Seelord" zur Vermeidung des Druckes auf den Verkaufspreis ein wirklich vorhandener Fehler nicht als solcher in dem Protokoll vermerkt worden sei.

4. Die Revision bezeichnet es als einen weiteren Verstoß gegen § 286 ZPO, daß das Berufungsgericht die Aussagen der folgenden als Zeugen vernommenen Personen Hugo von Ki [REDACTED], Landwirt Bruno von Ki [REDACTED], Landwirtin Be [REDACTED] von G [REDACTED], Stallmeister Li [REDACTED] (bei Hugo von Ki [REDACTED] beschäftigt) und Reitlehrer Ku [REDACTED] (der D [REDACTED] beim Einreiten im Trainingslager geholfen hat) unberücksichtigt gelassen habe. Indessen ist an Hand der Aussagen der Zeugen Li [REDACTED] und Bruno von Ki [REDACTED] sowie der Zeugin Be [REDACTED] von G [REDACTED] im angefochtenen Urteil festgestellt, daß "Seelord", als er auf B [REDACTED] eingetroffen sei, niemand habe aufsitzen lassen. Jedoch hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler dargelegt, weshalb es daraus kein zwingendes Anzeichen dafür entnommen hat, daß "Seelord" auch vor der Auktion nicht habe aufsitzen lassen. Deshalb durfte es für die von ihm bejahte Frage, ob der Beklagte und Dr. Sc [REDACTED] bei der Auktion annehmen durften, daß der Fehler des Nichtaufsitzenlassens behoben sei, die Aussagen der Zeugen Li [REDACTED], Bruno von Ki [REDACTED] sowie der Zeugin Be [REDACTED] von G [REDACTED] außer Betracht lassen. - Es brauchte auch nicht ausdrücklich zu verwerten, daß der von zwei Stallburschen festgehaltene "Seelord" den Bruno von Ki [REDACTED], der nach seiner Bekundung ein von Jugend auf geübter Reiter und staatlich geprüfter Hilfsreitlehrer ist, abgeworfen hat und daß nach Ansicht dieses Zeugen "Seelord" als ein Pferd mit solch schlechtem Charakter, wie es ihm in seiner Praxis noch nicht begegnet sei, auf einer Auktion nicht hätte vorgestellt werden dürfen. - Daß, wie die Revision meint, der Zeuge Li [REDACTED] gelegentlich seiner Vernehmung es als seine Ansicht zum Ausdruck gebracht hat, nur ein geübter Reiter könne "Seelord" reiten, trifft nicht zu; vielmehr hat er bekundet, Kuhse habe diese Ansicht ihm gegenüber nach seinem "Li [REDACTED]" vergeblichen Versuch, das Pferd zu reiten, gelegentlich eines Gespräches geäußert. Ku [REDACTED] selbst hat bei seiner Vernehmung als Zeuge freilich seine Ansicht dahin zum Ausdruck gebracht, "Seelord" werde, wenn er zugeritten worden sei, für einen erfahrenen Reiter ein gutes Gebrauchspferd abgeben; indessen brauchte das Berufungsgericht, da es sich

dabei um ein Werturteil handelt, das nicht zu verwerten, zumal Ku [REDACTED] "Seelord" nicht geritten hat. - Daß D [REDACTED] nach seiner Bekundung gesprächsweise zu einem Bekannten des Klägers Ähnliches geäußert hat, ist unerheblich, weil es sich dabei um ein Gespräch nach der Auktion handelt und weil im übrigen kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich ist, daß der Beklagte oder Dr. Sc [REDACTED] vorher von solcher Meinung des Zeugen Kenntnis erhalten haben. - Aus der Bekundung der Zeugin B [REDACTED] von G [REDACTED] ist im Gegensatz zur Auffassung der Revision als Tatsache nur zu entnehmen, daß sie in B [REDACTED] den Versuch aufgegeben hat, "Seelord" zu besteigen, und daß sie sich später über dessen Eigenschaften mit Ku [REDACTED] unterhalten hat.

Die Bekundung des Hugo von Ki [REDACTED], der Beklagte habe dem Kläger erzählt, um was für ein braves Pferd es sich bei "Seelord" handele, ist deshalb unerheblich, weil das Gespräch nach der Auktion stattgefunden hat, in dem der Beklagte nichts rechtlich Bindendes gesagt hat.

5. Die zusammenfassende Meinung des Berufungsgerichts, daß jedenfalls der Aufklärungs- und Offenbarungspflicht durch die Bemerkung im Trainingsprotokoll "er ist zwar gegen unbekannte Eindrücke und Einwirkungen etwas sensibel" genügt sei, ist nach alledem aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hätte noch hinzufügen können, mit der unmittelbar anschließenden Bemerkung: "läßt aber Bestes in der weiteren Ausbildung erwarten" sei ein deutlicher Hinweis darauf gegeben worden, daß die Zurichtung des jungen Pferdes noch nicht abgeschlossen sei und das Pferd (deshalb eben nur) eine Erwartung für die Zukunft rechtfertige. Der Hinweis der Revision, im Trainingsprotokoll sei bezüglich des Pferdes "Goldbach" erwähnt, vom Berufungsgericht aber nicht verwertet: "beim Aufsitzen noch etwas unruhig" besagt für die Würdigung der hier zur Entscheidung stehenden Frage deshalb nichts, weil der Kläger nicht behauptet hat, daß am

9. März 1957 "Goldbach" beim Aufsitzen keine größeren Schwierigkeiten habe erwarten lassen als "Seelord". Weshalb aus der Bemerkung über "Goldbach" im Trainingsprotokoll insofern etwas zu Lasten des Beklagten geschlossen werden könnte, als es über "Seelord" im Auktionskatalog heißt: "er paßt für große Reiter, die ein nobles Pferd suchen", ist im Gegensatz zur Auffassung der Revision nicht ersichtlich.

b) Ob die Zahlungsforderung als Wandlungsanspruch nach §§ 481, 459 Abs. 2, 492, 488 BGB begründet ist, bedarf keiner Prüfung. Denn selbst wenn im Hinblick auf die Charakterisierung des Pferdes im Auktionskatalog und im Trainingsprotokoll davon ausgegangen wird, daß damit eine Gewährleistung wegen eines Fehlers übernommen oder zugesichert war, "Seelord" habe bestimmte Eigenschaften eines Reitpferdes, greift doch gegenüber dem sich aus dem etwaigen Vorhandensein des Fehlers, bzw. dem etwaigen Fehlen der Eigenschaft ergebenden Wandlungsanspruch die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung durch (§ 490 BGB).

III.

Aus diesen Gründen ist die Revision zurückzuweisen, soweit sie den Anspruch des Klägers auf Zahlung von 3.084 DM nebst Zinsen betrifft.

B.

Der Lieferungsanspruch (Hilfsantrag).

Das Berufungsgericht hat unterstellt, der Beklagte habe mit der vom Kläger behaupteten Bemerkung gelegentlich des Gesprächs der Parteien nach der Auktion, er (der Kläger) könne sich, falls "Seelord" nicht einschlagen sollte,

bei ihm ein anderes Pferd aussuchen, er habe 36 oder 37 Pferde auf der Weide laufen, ein rechtserhebliches Vertragsangebot machen wollen, das der Kläger angenommen habe. Indessen hat es dazu erwogen, mit der Annahme dieses Angebots durch den Kläger sei dennoch kein entsprechender Vertrag zustande gekommen, weil es an einem bestimmten oder doch hinreichend bestimmbareren Vertragsinhalt fehle.

Es sei nämlich davon auszugehen, daß es sich bei dem Erwerb eines T[REDACTED] Edelpferdes nicht um einen Gattungskauf, sondern um den Kauf eines bestimmten einzelnen Tieres handele, das zwar nach seiner Abstammung gewisse generelle Eigenschaften mitbringe, im übrigen aber jeweils durch besondere äußere Merkmale und innere Qualitäten charakterisiert und daher nicht beliebig austauschbar sei. Das finde schon in den sehr unterschiedlichen Preisen dieser Tiere Ausdruck. Es könne also nicht Inhalt der von den Parteien abgegebenen Erklärungen gewesen sein, daß der Kläger berechtigt sein solle, gegen Rückgabe des "Seelord" irgend ein anderes Pferd von der Weide des Beklagten zu nehmen. - Irgendeine Bestimmung darüber, wie bei Meinungsverschiedenheiten die Bewertung des vom Kläger ausgewählten Pferdes im Vergleich zu "Seelord" durchgeführt werden und bis zu welchen Wertunterschieden die eine oder andere Partei zum wahren Wertausgleich berechtigt bzw. verpflichtet sein sollte, sei nicht getroffen und auch nicht erkennbar. Die Auswahl des vom Beklagten etwa zu liefernden Ersatzpferdes und die Festsetzung der näheren Zahlungsbedingungen seien also so weit gehend von der freien Entschließung der Parteien abhängig, daß sie auch nicht durch Richterspruch ersetzt oder ergänzt werden könnten.

Die Revision hat die Frage aufgeworfen, ob entweder die Abrede der Parteien zum Inhalt habe, daß "Seelord" nunmehr als nur auf Probe gekauft zu gelten habe, nämlich unter der auflösenden Bedingung der Mißbilligung des Pferdes durch den

Kläger, das aber im Falle der Mißbilligung die Wirkung des Kaufvertrages nicht etwa schlechthin endige, daß vielmehr durch die Mißbilligung von "Seelord" zum Gegenstand des Kaufes ein vom Kläger zu bestimmendes Pferd des Beklagten werde, oder ob die Abrede der Parteien zwar ihren "Seelord" betreffenden Kaufvertrag unberührt gelassen habe, sich aber als ein Tauschvertrag darstelle, dessen Wirkung mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung eintrete, daß der Kläger den Wunsch zum Ausdruck bringe, "Seelord" gegen ein von ihm zu bestimmendes Pferd des Beklagten zu tauschen. - Die Frage bedarf keiner Erörterung. Denn in jedem Fall ist der Kläger nach seiner Darstellung befugt, anstelle von "Seelord" ein durch ihn zu bestimmendes, zum Gestüt des Beklagten gehörendes Pferd zu verlangen, das - so faßt er die ihm vom Beklagten angeblich gemachte Zusage auf - an Wert etwa dem von ihm für "Seelord" gezahlten Kaufpreis entspricht. Er hat also nach seiner Behauptung kraft der Abrede die vom Beklagten geschuldete Leistung zu bestimmen und geht davon aus, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat (§ 315 Abs. 1 BGB). -

Damit steht freilich der Wortlaut des vom Kläger schon im zweiten Rechtszug gestellten Hilfsantrages in dessen letzter Fassung insofern nicht in Einklang, als der Kläger danach durch Urteil ausgesprochen haben will, daß die Bestimmung des zu liefernden Pferdes durch einen Sachverständigen, also durch einen Dritten, zu erfolgen habe und daß dieser Sachverständige "vom Gericht" zu bestellen sei. Doch folgt daraus ebensowenig die Notwendigkeit, diesen Hilfsantrag von vornherein abzuweisen, wie aus dem Umstand, daß keine verfahrensrechtliche Grundlage ersichtlich ist, die es gestattet, mittels Urteils die Bestellung eines Dritten als Sachverständigen für die Bestimmung der vom Beklagten geschuldeten Leistung durch das Gericht (des Prozeßgerichts erster Instanz oder zweiter Instanz oder etwa des

Vollstreckungsgerichts?) anzuordnen. Die Auslegung des bezeichneten Antrags anhand der Erläuterung, die der Kläger in Form des weiteren Hilfsantrags zu b) vor dem erkennenden Senat gegeben hat, läßt nämlich erkennen, daß der Kläger mit dem Hilfsantrag nur den Anspruch verfolgen wollte, der seiner Auffassung nach aus der von ihm behaupteten Abrede hergeleitet werden könnte, und daß er geglaubt hat, rechtlich nicht gehindert zu sein, mit dem Hilfsantrag in der zuletzt vor dem Berufungsgericht verwendeten Fassung auch dem vermeintlichen Interesse des Beklagten Rechnung zu tragen. Der Hilfsantrag in der Fassung zu b) entspricht jedenfalls auch nach seinem Wortlaut der vom Kläger gegebenen Schilderung der Abrede; er geht daher von dem bereits in den Tatsacheninstanzen vorgetragenen Sachverhalt aus und gibt das bereits in den Tatsacheninstanzen vom Kläger gestellte Verlangen nur klarer und bestimmter - ohne die vom Kläger damals hinzugefügten nach seiner Auffassung zulässigen "Einschränkungen" - wieder. Es handelt sich daher entgegen der vom Beklagten im Revisionsrechtszug vertretenen Ansicht, nicht um eine im Revisionsrechtszug unzulässige Klageänderung.

Der Rüge der Revision, daß das Berufungsgericht zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt sei, die etwaige Abrede in dem vom Kläger aus den Umständen entnommenen Sinn entbehre eines bestimm-
baren Inhalts, kann der Erfolg nicht versagt werden. Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht seine Auffassung zu erhärten sucht, rechtfertigen nicht die Auffassung, daß die Leistung des Beklagten schlechterdings nicht bestimmt werden könne. Nach der Lebenserfahrung ist vielmehr davon auszugehen, daß unter den zahlreichen Pferden, die sich im Gestüt des Beklagten befanden und befinden, wenigstens einige Reitpferde sind, die wertmäßig einigermaßen dem "Seelord" entsprechen. Es mag zwar nicht leicht sein, ist aber praktisch doch nicht ausgeschlossen, daß der Kläger dort bei Anwendung billigen Ermessens ein sol-

ches Pferd findet und als Gegenstand der Leistung des Beklagten bestimmt. Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts ist es rechtlich nicht erforderlich, daß diese Bestimmung im Einvernehmen mit dem Beklagten erfolgt und daß auch die Bestimmung des etwa unter dem Betrag von 3084 DM bleibenden oder diesen Betrag übersteigenden Wertes des vom Kläger bestimmten Pferdes zwischen den Parteien ausgehandelt wird. Diese Bestimmungen zu treffen, ist vielmehr rechtlich allein Angelegenheit des Klägers. Indessen sind sie für den Beklagten nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entsprechen, und er kann bei Unbilligkeit der vom Kläger getroffenen Bestimmungen erreichen, daß sie durch Urteil getroffen werden.

Deshalb muß unter Aufhebung des angefochtenen Urteils hinsichtlich des Hilfsantrages die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, um ihm Gelegenheit zu Feststellungen darüber zu geben, ob der Beklagte die vom Kläger behauptete Bemerkung gemacht hat und ob sie nach den Umständen den vom Kläger behaupteten Sinn gehabt hat.

C.

Der Anspruch auf Futtergeld.

I. Der Anspruch auf Futtergeld kann aus dem Anspruch auf Rückzahlung der 3084 DM nicht hergeleitet werden, weil dieser unbegründet ist.

II. Dagegen kann der Anspruch auf Futtergeld als Schadensersatzforderung von einem nach dem 9. März 1957 liegenden Zeitpunkt an unter dem Gesichtspunkt begründet sein, daß der Beklagte möglicherweise hinsichtlich des Anspruchs auf Lieferung eines

anderen Pferdes insofern in Verzug geraten ist, als er es abgelehnt hat, auf seinem Gestüt dem Kläger die Bestimmung eines Pferdes zu ermöglichen. Da der Tatrichter den Sachverhalt in dieser Hinsicht noch nicht geprüft hat, ist das angefochtene Urteil auch bezüglich des Futtergeldes aufzuheben und die Sache in diesem Umfang ebenfalls zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Pagendarm Dr. Gelhaar Artl Dr. Spieler Dr. Dorschel