
Datum: 01.07.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 43/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0701.11U43.04.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 O 396/02
Normen: §§ 13, 14, 326 Abs. 5, 346, 434, 435, 437 Nr. 1, Nr. 2, 446, 474, 476 BGB

Leitsätze:

1.

Unternehmer im Sinne von § 14 BGB ist, wer am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt anbietet. Es kommt nicht darauf an, ob dies in der Absicht geschieht, Gewinn zu erzielen, ob die erwarteten Entgelte nicht hinreichen zur Schaffung einer Lebensgrundlage und wie das Finanzamt die Vereinnahmung der Entgelte steuerrechtlich beurteilt.

2.

§ 476 BGB ist bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen auch auf den Kauf von Tieren anzuwenden. Die in dieser Vorschrift geregelte Vermutung ist in diesen Fällen nicht mit der Art der Sache unvereinbar. Ob bei einem Tierkauf die Vermutung mit der Art des Mangels unvereinbar ist, hängt von den jeweiligen Besonderheiten des Mangels und den sonstigen Gesamtumständen ab.

3.

Bei der Auslegung des § 476 BGB ist insbesondere zu beachten, dass mit dieser Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers der Verbraucherschutz gestärkt werden soll. Die zu diesem Zweck normierte Vermutung des § 476 BGB hat nicht zur Voraussetzung,

dass für sie zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht. Vielmehr gilt die Vermutung nur dann nicht, wenn der Verbraucherschutz die gegen den Unternehmer sprechende Vermutung nicht rechtfertigen kann, weil sie nach der Art der Sache oder des Mangels unpassend oder nicht zutreffend erscheint und deshalb damit unvereinbar ist.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 6. Februar 2004 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 12.675,54 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz von 8.662,10 Euro vom 16. Oktober 2002 bis zum 4. Dezember 2002, von 9.222,98 Euro vom 5. Dezember 2002 bis zum 13. Januar 2004 und von 12.675,54 Euro seit dem 14. Januar 2004 zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe des am 5. Mai 1997 geborenen Fuchswallachs „X“, Lebensnummer ## nebst Eigentumsurkunde und Pferdepaß.

Es wird festgestellt, daß

a)

sich die Beklagte mit der Annahme des vorbezeichneten Pferdes seit dem 19. September 2002 im Verzug befindet,

b)

die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger alle seit dem 9. Januar 2004 für das vorbezeichnete Pferd angefallenen und künftig anfallenden Kosten in dem in § 347 Abs. 2 BGB vorgesehenen Umfang zu ersetzen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen. Das weitergehende Rechtsmittel wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 8% und die Beklagte 92%.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn die andere Partei vor der Vollstreckung nicht Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

1

I. Der Kläger verlangt die Rückabwicklung eines Kaufs über das Pferd "X" und Ersatz seiner 2
Aufwendungen für das Pferd, außerdem die Feststellung des Annahmeverzugs und der
Ersatzpflicht für weitere Aufwendungen.

Am 18. März 2002 kaufte der Kläger dieses Pferd, einen arabischen Vollbluthengst, für 7.100 3
Euro von der Beklagten. Der Vertrag wurde auch an diesem Tag durchgeführt. Mit Schreiben
vom 17. September 2002 verlangte der Kläger erstmals unter Berufung auf gesundheitliche
Mängel des Tieres die Rückabwicklung des Kaufs. Zwischenzeitlich hatte er den Hengst
kastrieren lassen.

Der Kläger hat behauptet: Die Beklagte, die Unternehmerin im Bereich Pferdezucht und 4
–handel sei, habe auf entsprechendes Befragen durch ihn vor dem Abschluß des Kaufs
erklärt, das Tier sei uneingeschränkt für Distanzritte geeignet. Bereits zu dieser Zeit habe
aber der Hengst an einer Allergie (Sommerekzem) gelitten, was einen Einsatz für Distanzritte
nicht zulasse. Außerdem sei das Pferd, verursacht durch eine Hufrollenerkrankung vorn
rechts, intermittierend lahm. Schließlich sei entgegen einer Angabe der Beklagten in einer
Zeitschriftenanzeige das Pferd auch nicht rennleistungsgeprüft. Die – vom Kläger einzeln
dargestellten – Aufwendungen, die er für das Pferd seit seiner Übergabe gehabt habe, müsse
die Beklagte ersetzen.

Der Kläger hat beantragt, 5

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 13.880,75 Euro nebst 5% Zinsen über dem jeweiligen 6
EZB-Basiszinssatz von 9.554,70 Euro vom 19.9.2002 bis zum 30.11.2002, von 10.315,58
Euro vom 1.12.2002 bis zum 15.1.2004 und von 13.880,75 Euro seit dem 16.1.2004 zu
zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Herausgabe des am 5.5.1997 geborenen
Fuchswallachs "X" Lebensnummer ## nebst Eigentumsurkunde und Pferdepass, und
festzustellen, daß sich die Beklagte mit der Annahme des vorbezeichneten Pferdes seit dem
19.9.2002 in Verzug befindet, und daß die Beklagte verpflichtet ist, ihm alle künftigen die
Haltung des vorstehend bezeichneten Pferdes betreffenden Kosten (Stall, Futter, artgerechte
Bewegung, Tierarzt, Hufschmied, Haftpflichtversicherung usw.) zu erstatten.

Die Beklagte hat beantragt, 7

die Klage abzuweisen. 8

Sie hat behauptet: Sie sei nicht Unternehmerin, sondern betreibe die Pferdezucht als Hobby. 9
Von einer Verwendung für Distanzritte sei nicht die Rede gewesen. Die behaupteten Mängel
hätten nicht vorgelegen.

Nach Beweisaufnahme durch die Einholung eines schriftlichen Gutachtens des 10
Sachverständigen Dr. T3 und dessen ergänzender mündlicher Befragung hat das
Landgericht die Klage abgewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags, des
Verfahrensgangs und der Begründung wird auf das Urteil des Landgerichts (Bl. 300 ff d.A.)
Bezug genommen.

Dagegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung und im wesentlichen mit folgender Begründung: Das Landgericht habe zu Unrecht die Disposition des Pferdes zu einer allergischen Reaktion auf Kontakte mit Mücken und Fliegen, die nach dem Gutachten des Sachverständigen bereits am Tag des Kaufs vorgelegen habe, nicht als einen Sachmangel im Sinne von § 434 BGB angesehen. Ob diese Allergie zu dieser Zeit erkennbar gewesen sei an vorhandenen Ekzemen oder mittels einer Untersuchung auf vorhandene Antigene, sei unerheblich. Fehlerhaft sei die Entscheidung auch, soweit das Landgericht gemeint habe, eine Beweislastverteilung nach § 476 BGB – zu Lasten der Beklagten – scheide aus, weil die dort geregelte Vermutung mit der Art des Mangels unvereinbar sei. Das Gegenteil sei richtig. Es lägen auch alle übrigen Voraussetzungen des § 476 BGB vor. Ein weiterer Sachmangel sei entgegen der Würdigung des Landgerichts auch in der Erkrankung der Hufrolle zu sehen. Ohne Rücksicht auf eine Lahmheit sei die Abweichung des Röntgenbefundes von der Norm als ein Mangel anzusehen. Schließlich habe das Pferd nicht die Rennleistungsprüfung abgelegt, obwohl die Beklagte in einer Zeitschriftenanzeige mit dem Hinweis "rennleistungsgeprüft" geworben habe. Für diese Prüfung sei nach dem Regelwerk des Verbandes der Züchter des Arabischen Pferdes Voraussetzung, daß ein Pferd innerhalb von zwei Jahren in wenigstens fünf Rennen erfolgreich eingesetzt werde, also Siege oder Plazierungen erreiche. Das Generalausgleichsgewicht (GAG) müsse bei wenigstens 58 kg liegen. Fehlerhaft nehme das Landgericht an, die Werbeangabe sei nur in einer Deckanzeige erfolgt und für den Kauf der Parteien nicht bindend.

Der Kläger beantragt, 12

abändernd nach den Anträgen erster Instanz zu erkennen. 13

Die Beklagte beantragt, 14

die Berufung zurückzuweisen. 15

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung mit näheren Ausführungen. 16

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien zweiter Instanz wird auf die 17
Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. Der Senat hat darüber Beweis erhoben, ob sich bei dem verkauften Pferd bis zur Übergabe keine Anzeichen für ein Sommerekzem gezeigt haben, durch die uneidliche Vernehmung der Zeugen T, S., B2 und E. Wegen deren Bekundungen wird verwiesen auf den Vermerk des Berichterstatters zum Senatstermin vom 25. Mai 2005.

II. Die Berufung ist teilweise begründet. Sie führt zu einer Abänderung der angefochtenen 18
Entscheidung in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang.

1. Die Beklagte ist gemäß § 346 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 326 Abs. 5, 437 Nr. 2 BGB 19
verpflichtet, den empfangenen Kaufpreis in Höhe von 7.100 Euro an den Kläger zurückzuzahlen.

a) Die Parteien haben unstreitig einen Kaufvertrag über das Pferd abgeschlossen. Die 20
Kaufsache ist übergeben worden. Damit ist die Gefahr übergegangen, § 446 BGB, und für die aus Mängeln der Sache gemäß §§ 434, 435 BGB folgenden Rechte des Käufers sind die §§ 437 ff BGB maßgeblich.

b) Die Kaufsache ist mangelhaft. Das Pferd war und ist nicht geeignet zu der hier 21
vereinbarten (für Distanzritte), aber auch zu der gewöhnlichen Verwendung (als Reitpferd).

Der Wallach leidet an einem Sommerekzem. Diese allergische Erkrankung läßt unstreitig de22 Aufenthalt eines daran leidenden Pferdes im Freien während der Sommermonate unter normalen Bedingungen nicht zu, weil die allergischen Reaktionen durch den Kontakt mit einer bestimmten Fliegenart ausgelöst werden, mit der während des Sommers regelmäßig zu rechnen ist. Dies belegt die von dem Kläger vorgelegte tierärztliche Bescheinigung des Tierarztes D vom 16. Januar 2003 (Bl. 100 d.A.), in der dieser bestätigt, daß ihm der Wallach des Klägers am 19. August 2002 "mit starken Scheuerstellen an Schweif und Mähne, sowie ausgeprägtem Haarbruch" vorgestellt worden sei und das Tier starken Juckreiz gezeigt habe. Die in dieser Bescheinigung außerdem erwähnte Blutprobe zur Bestätigung der Verdachtsdiagnose Sommerekzem hat, wie die bereits mit der Klageschrift vorgelegte, schriftliche Befundmitteilung vom 11. September 2002 (Bl. 12 d.A.) belegt, für den Entnahmezeitpunkt (30. August 2002) eine "sehr breite und teils höchstgradige Sensibilisierung gegen Insekten, Pflanzen und Milben" bestätigt. Der Senat hat auf Grund dieser Umstände keinen Zweifel daran, daß das Pferd zu dem Entnahmezeitpunkt am Sommerekzem litt und diese Erkrankung auch noch andauert. Das Bestreiten der Beklagten ist damit widerlegt.

Hingegen leidet das Pferd nicht unter der Podotrochlose (Hufrollenerkrankung). Der Kläger 23 greift die Feststellungen des Landgerichts, das sachverständig beraten einen Sachmangel insoweit nicht festgestellt hat, mit der Behauptung an, die von dem Sachverständigen festgestellten und seiner Begutachtung zugrunde gelegten Normabweichungen des Röntgenbildes (Klasse II und III) schränken die Einsetzbarkeit des Pferdes ein, weil die Belastungen beim Distanzreiten unweigerlich zu Problemen in Form der Podotrochlose führen würden. Damit behauptet der Kläger nicht mehr, wie noch in erster Instanz, das Pferd lahme. Das Vorliegen der Normabweichungen, die der Kläger jetzt in seinem Vortrag aufgreift, hat der Sachverständige als nicht hinreichend für eine Diagnose angesehen, wenn ein klinischer Befund hierzu fehle. In Reaktion auf dieses Beweisergebnis verweist der Kläger jetzt – wie schon in erster Instanz (Bl. 173 d.A.) – auf die röntgenologisch nachweisbaren Veränderungen der Vordergliedmaße (canales sesamoidales). Er behauptet, diese Erscheinungen verhinderten einen Einsatz des Pferdes für Distanzritte. Insoweit hat der Sachverständige ausweislich des Protokolls bereits im landgerichtlichen Verhandlungstermin vom 16. Januar 2004 erklärt, eine Hufrollenerkrankung sei nicht allein aus den röntgenologischen Befunden – ohne klinische Symptome – abzuleiten (Bl. 292 R d.A.). Allein das Vorhandensein der im Röntgenbild nachweisbaren Veränderungen (Klassen 2 bis 3 – klinische Erscheinungen unwahrscheinlich bzw. wenig wahrscheinlich) stellt einen Sachmangel nicht dar. Damit ist die Behauptung des Klägers, die Eignung des Pferdes für Distanzritte sei insoweit eingeschränkt oder ausgeschlossen, widerlegt.

Zu Unrecht vertritt der Kläger die Auffassung, das verkaufte Pferd sei mangelbehaftet, weil 24 seine Beschaffenheit der Angabe in einer Zeitschriftenanzeige ("Rennleistungsgeprüft und plaziert – Rennbahn Warschau") nicht entspreche. Schon das Landgericht hat insoweit einen Sachmangel nicht angenommen; die Berufung wendet sich dagegen ohne Erfolg. Grundsätzlich sind solche Eigenschaften der Kaufsache, die der Käufer nach öffentlichen Äußerungen des Verkäufers in der Werbung erwarten kann, zu der Beschaffenheit nach § 437 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB zu zählen. So sieht es § 437 Abs. 1 S. 3 BGB vor. Bleibt die Kaufsache hinter einer so vereinbarten Beschaffenheit zurück, liegt also ein Sachmangel vor. Hier trifft dies aber nicht zu.

Entgegen der Deutung, die der Kläger suggeriert, kann die o.g. Äußerung in der Werbung 25 nicht dahin verstanden werden, das Pferd habe die Hengstleistungsprüfung nach den Regeln des Zuchtverbandes in der Modalität der erfolgreichen Teilnahme an Rennen absolviert.

Dagegen spricht entscheidend der Umstand, daß auch nach dem Vortrag des Klägers eine Hengstleistungsprüfung nach den Regeln eines deutschen Zuchtverbandes nicht auf einer Rennbahn im Ausland abgelegt werden kann. Jeder unbefangene Leser wird deshalb zumindest wegen des ausdrücklichen Hinweises auf die Rennbahn X1 den Anzeigentext nicht in dem von dem Kläger vertretenen Sinn verstehen. Er kann ein Tier mit Hengstleistungsprüfung nicht erwarten. Das Landgericht hat den Anzeigentext zutreffend deshalb in einem anderen Sinn verstanden. Gestützt wird dieses Verständnis auch dadurch, daß der ausdrückliche Hinweis darauf, daß der Hengst im Rennen plazierte war, überflüssig und selbstverständlich wäre, wenn der Text so verstanden würde, wie es der Kläger befürwortet. Auf seinen erstinstanzlichen Vortrag, die Beklagte habe mündlich gegenüber dem Kläger angegeben, das Pferd habe auf der Rennbahn in X1 seine Hengstleistungsprüfung abgelegt (Bl. 203 d.A.), kommt der Kläger nicht mehr zurück. Das Landgericht ist darauf in offenbar zutreffender Einschätzung des Klägervortrags nicht eingegangen.

c) Der für den 30. August 2002 durch die ärztliche Bescheinigung und die Laboruntersuchung²⁶ nachgewiesene Sachmangel (krankhafter Zustand des Pferdes) lag auch am 18. März 2002 – bei Übergabe und Gefahrübergang – vor.

Der Senat ist nicht gehalten, bei seiner Entscheidung von der vom Landgericht festgestellten²⁷ Fallgestaltung auszugehen, wonach es an einem Sachmangel am 18. März 2002 fehlte. Konkrete Anhaltspunkte im Sinne von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO begründen Zweifel daran, daß diese Feststellung des Landgerichts richtig ist. Diese Zweifel ergeben sich daraus, daß das Landgericht von einer unrichtigen Beweislastverteilung ausgegangen ist, indem es angenommen hat, die in § 476 BGB vorgesehene Vermutung sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil sie mit der Art des Mangels nicht vereinbar sei. Bei richtiger Würdigung ist hingegen in Anwendung der Vermutung gemäß § 476 BGB der Nachteil aus der Unaufklärbarkeit des Zeitpunkts, zu dem die Erkrankung eingetreten ist, der Beklagten anzulasten.

aa) Auf den vorliegenden Kaufvertrag sind die Regelungen des Verbrauchsgüterkaufs, 28 darunter auch § 476 BGB, anzuwenden. § 474 BGB definiert als Verbrauchsgüterkauf den Kaufvertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer über eine bewegliche Sache. Außer Streit ist unter den Parteien, daß auf das Pferd die für (bewegliche) Sachen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, § 90 a Satz 3 BGB. Es ist auch nicht streitig, daß der Kläger beim Kauf hier weder zu gewerblichen noch zu selbständigen beruflichen Zwecken handelte und deshalb Verbraucher im Sinne von § 13 BGB ist.

Die Beklagte ist Unternehmerin, § 14 BGB. Sie handelte beim Vertragsschluß im Rahmen 29 ihrer gewerblichen Tätigkeit. Es kommt insoweit darauf an, ob die fragliche Person am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen ein Entgelt anbietet (Palandt-Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 14, 2 m.w.N.; Schmidt-Räntsch in: Bamberger/Roth, BGB, Aktualisierung 2004, § 14, 6 m.w.N.; Micklitz in: MüKo-BGB, 4. Aufl., § 14, 17). Die Beklagte bietet planmäßig und dauerhaft Deckhengste und den Verkauf von selbst gezogenen Fohlen gegen Entgelt an. Das ergibt sich – im Kern von der Beklagten selbst nicht bestritten – aus den von dem Kläger (in Form von Auflistungen und kopierten Anzeigen) dargestellten Verkaufs- und Deckangeboten, die die Beklagte in der Vergangenheit veröffentlicht hat. Auf das von ihr betonte Fehlen der Absicht einer Gewinnerzielung kommt es nicht an. Erst recht ist die steuerliche Beurteilung durch das Finanzamt unerheblich. Wenn die Beklagte die Verluste steuerlich geltend machen wollen, spricht dies ohnehin eher für als gegen die Absicht der Gewinnerzielung. Es ist entgegen der Auffassung der Beklagten auch unerheblich, ob die von ihr zu

vereinnahmenden Entgelte für die angebotenen Leistungen zur Schaffung einer Lebensgrundlage nicht ausreichen. Auch eine Betätigung im Rahmen eines Nebenerwerbs macht den Anbieter bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen zum Unternehmer.

bb) Die Wirksamkeit der in § 476 BGB enthaltenen Regelung ist nicht zweifelhaft. Der Senat³⁰ ist nicht gehindert, über diese Frage selbst zu entscheiden. Eine Aussetzung des Verfahrens auf die von der Beklagten erhobene "Einrede der Nichtigkeit" scheidet schon deshalb aus, weil die vermeintliche Nichtigkeit, selbst wenn die Beklagte mit ihren Rügen Recht hätte, allenfalls die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 erfassen würde. Die Umsetzung dieser Richtlinie in nationales Recht in Gestalt der §§ 474 ff BGB bliebe davon unberührt. Es kommt nicht darauf an, daß die Rüge der Beklagten, der mit Beschluß des Rates vom 25. Juli 1977 (1977/505/EWG) eingesetzte ständige Tierzuchtausschuß sei nicht an dem Erlaß der genannten Richtlinie beteiligt worden, unbegründet sein dürfte. Der erwähnte Beschluß vom 25. Juli 1977 sieht eine solche Beteiligung nicht vor. Vielmehr soll nach Art. 2 dieses Beschlusses der Ausschuß die Aufgaben wahrnehmen, "die ihm durch vom Rat auf dem Gebiet der Tierzucht erlassene Bestimmungen... übertragen werden". Eine solche Aufgabenübertragung auf dem Gebiet der Tierzucht im Zusammenhang mit der Regelung des Verbrauchsgüterkaufs ist nicht erfolgt, eine solche bezeichnet auch die Beklagte nicht.

cc) Die Voraussetzungen für die in § 476 BGB vorgesehene Vermutung liegen vor. 31

(1) Der in der allergischen Erkrankung – Sommerekzem – liegende Mangel des Pferdes hat³² sich innerhalb von 6 Monaten seit Gefahrübergang gezeigt. Die Untersuchung durch den Tierarzt D ab 19. August 2002 und die zwecks Laboruntersuchung entnommene Blutprobe vom 30. August 2002 sind vor Ablauf von 6 Monaten seit Übergabe des Pferdes am 18. März 2002 erfolgt.

(2) Die Frage, ob dieser Mangel in Form der Sensibilisierung dergestalt, daß der nächste³³ Kontakt mit dem Allergen zum Auftreten der überschießenden Reaktion der Immunabwehr und zu den daraus resultierenden Symptome führt, bereits zum insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs (18. März 2002) vorgelegen hat, läßt sich nicht aufklären. Der Sachverständige Dr. T3 hat im ersten Rechtszug festgestellt, daß die Sensibilisierung des Pferdes allenfalls für eine Zeit von vier bis sechs Wochen vor dem Entnahmezeitpunkt – 30. August 2002 – gesichert feststellbar ist, während für die weiter zurückliegende Zeit, insbesondere für den Zeitpunkt des Gefahrübergangs, eine Aufklärung nicht möglich ist. Der Senat hat keinen Anlaß, an diesen Angaben des Sachverständigen zu zweifeln. Die Beklagte hat in zweiter Instanz auf den ausdrücklichen Hinweis des Senats darüberhinaus bestätigt, daß sie in dieser Hinsicht eine über die erstinstanzlichen Feststellungen hinausgehende Erkenntnismöglichkeit eines Sachverständigen nicht behauptet und eine erneute oder weiterführende Begutachtung zu ihrer Behauptung, die Erkrankung habe am 18. März 2002 bei Gefahrübergang noch nicht vorgelegen, nicht erstrebt. Der Senat schätzt die Erkenntnismöglichkeiten eines Sachverständigen ebenso ein. Eine erneute Befragung eines Sachverständigen ist deshalb nicht geboten. Den Nachteil daraus, daß die Frage, ob die Erkrankung am 18. März 2002 bereits vorlag, nicht zu klären ist, hat nach der in § 476 BGB geregelten Vermutung die Beklagte zu tragen.

(3) Entgegen der Auffassung des Landgerichts greift eine Ausnahme von der Vermutung, daß³⁴ dieser Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, nicht ein. § 476 BGB sieht eine solche Ausnahme nur vor, wenn die Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Weder das eine noch das andere trifft hier zu. Die Auslegung des § 476 BGB ist im Hinblick auf die Ausnahmen noch umstritten. Eine gefestigte oder als vorherrschend zu

bezeichnende Rechtsprechung hat sich noch nicht entwickelt, die in Kommentaren und Aufsätzen veröffentlichten Auffassungen gehen z.T. deutlich auseinander (vgl. Überblick bei Staudinger/ Matusche-Beckmann, BGB [2004] § 476, 26 ff).

(a) Eine Auffassung (u.a. Lorenz NJW 2004, 3020, 3022; ders. in MüKo-BGB, 4. Aufl. § 476, 35 17; Faust in: Bamberger/Roth, BGB, § 476, 4; Reinking-Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rdnr. 1345; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rdnr. 737 f) sieht in der Beweisregel einen Ausdruck allein des Erfahrungssatzes, daß ein binnen 6 Monaten offenkundig werdender Mangel wahrscheinlich schon bei Gefahrübergang – zumindest im Keim – vorhanden war. Die hier zu präzisierenden Ausnahmefälle (".. es sei denn ..") erfassen nach dieser Auffassung diejenigen Fallgestaltungen, in denen der genannte Erfahrungssatz ersichtlich nicht eingreift und die Vermutung in ihm keine Rechtfertigung finden kann. Die Vermutung ist demnach mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar, wenn das fristgebundene Offenbarwerden des Mangels keine indizierende Wirkung für sein Vorhandensein bei Gefahrübergang hat, also eine Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen des Mangels bereits bei Gefahrübergang daraus nicht hergeleitet werden kann.

(b) Eine andere Auffassung (u.a. OLG Stuttgart, Urt. vom 17. November 2004, OLGR 36 Stuttgart 2005, 30 = ZGS 2005, 36) betont, daß die Beweisregel in § 476 BGB nicht (zumindest nicht nur) auf diesem Erfahrungssatz beruht, sondern vorrangig dem Schutz des Verbrauchers dienen soll. Der kaufende Verbraucher, der dem verkaufenden Unternehmer hinsichtlich der Beweismöglichkeit regelmäßig unterlegen ist und der zu beweisenden Tatsache nicht so nahe steht wie dieser, soll mit der Durchsetzung von Ansprüchen wegen eines Sachmangels nicht daran scheitern, daß er den Beweis für das Vorliegen des Mangels bereits zur Zeit des Gefahrübergangs nicht führen kann. Stattdessen soll der verkaufende Unternehmer das Risiko tragen, wenn die Frage, ob der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag, nicht geklärt werden kann. Berücksichtigt man diesen Schutzzweck des Gesetzes, kann eine Ausnahme von der in § 476 BGB angeordneten Beweislastverteilung nicht schon beim Fehlen der oben beschriebenen, indizierenden Wirkung des fristgebundenen Auftretens eines Mangels gerechtfertigt sein. Eine Ausnahme kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn der beabsichtigte Verbraucherschutz keine Rechtfertigung für die gegen den Unternehmer sprechende Vermutung darstellen kann, weil sie nach Art der Sache oder des Mangels unpassend oder nicht zutreffend erscheint und deshalb eine Privilegierung des Verbrauchers nicht angemessen wäre. Das könnte ohne Bedenken anzunehmen sein, wenn die Kaufsache schon nach ihrer Beschaffenheit ständig grundlegender Veränderung unterworfen ist oder wenn ein Mangel wegen seiner Eigenart jünger sein muß als der Übergang der Gefahr. Darüber hinausgehend soll zugunsten des Unternehmers auch dann eine Ausnahme von der Vermutung gemäß § 476 BGB eingreifen, wenn der Unternehmer den Mangel, wäre er bei Gefahrübergang vorhanden gewesen, auf Grund der ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten nicht hätte erkennen können (so wohl das OLG Stuttgart unter Hinweis auf Wietoska ZGS 2004, 8, 10; Graf von Westphalen, ZGS 2004, 341, 342; Augenhöfer ZGS 2004, 385, 386). Ungeklärt bleibt in der Entscheidung die Frage, ob es nur auf die ohne fremde Hilfe, z.B. die eines Gutachters, verfügbaren Erkenntnismöglichkeiten ankommt, oder ob auch die Erkenntnismöglichkeiten unter Inanspruchnahme solcher Hilfe von Bedeutung sein sollen.

(c) Der Senat folgt im Grundsatz der zuletzt genannten, engeren Auffassung. Diese ist im 37 Zweifel wie bei allen Ausnahmeregelungen auch für diese in Ausnahmefällen vorgesehene Einschränkung der gesetzlichen Vermutung vorzugswürdig. Sie entspricht auch besser als die eingangs dargestellte Auffassung dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Mit dem Erlaß des im deutschen Schuldrecht neuartigen § 476 BGB (zwecks Umsetzung der Richtlinie

1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999) sollte in erster Linie der Gedanke des Verbraucherschutzes im Kaufrecht gestärkt werden. Die diesem Ziel dienende Vermutung des § 476 BGB wird, wenn das Rechtsgeschäft von den Regeln des Verbrauchsgüterkaufs erfaßt wird, von keiner weiteren Voraussetzung abhängig gemacht als von dem Hervortreten eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß die Wahrscheinlichkeit für die Vermutung spricht. Diese vom Gesetz gewollte Besserstellung des Verbrauchers würde ungerechtfertigt und zu weitgehend beseitigt, wenn die im letzten Halbsatz des § 476 BGB vorgesehenen Ausnahmen (".. es sei denn..") schon beim Fehlen der indizierenden Wirkung der fristgerechten Mangelercheinung eingriffen. Der Verbraucher soll ersichtlich vom Gesetz nicht nur in solchen Fällen besser gestellt werden, in denen er, gäbe es die gesetzliche Vermutung nicht, die Wahrscheinlichkeit auf seiner Seite hätte.

Dieses Verständnis der Norm wird auch von ihrem Wortlaut gestützt. Die Vermutung entfällt 38 nur, wenn sie "mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar" ist. Das ist sie nicht schon dann, wenn nur die Wahrscheinlichkeit nicht für sie spricht.

Die Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drucksache 14/6040, Seite 245) steht dieser 39 Auffassung nicht entgegen. Sie geht ausdrücklich davon aus, dass Grundlage der Vorschrift die schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers und die ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers sind. Soweit sie in den weiteren Ausführungen als Beispiel für die Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache vor allem auf gebrauchte Sachen verweist, bei denen wegen des unterschiedlichen Grades der Abnutzung kein entsprechender allgemeiner Erfahrungssatz bestehe, ist das in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Auch der Bundesgerichtshof ist in seiner Entscheidung vom 2. Juni 2004 (NJW 2004, 2299) davon ausgegangen, dass bei gebrauchten Fahrzeugen nicht generell nach Art der Sache die Vermutung des § 476 BGB ausscheide. Ein Ausschluß der Vermutung wegen Unvereinbarkeit mit der Art des Mangels ist bei Tierkrankheiten auch nach der Gesetzesbegründung nicht generell angezeigt, vielmehr ist zu differenzieren.

Nach der vom Senat für richtig gehaltenen Auffassung ist hier die Vermutung des § 476 BGB⁴⁰ anwendbar, weil einer der Ausnahmefälle nicht eingreift. Die Vermutung ist nicht mit der Art der Kaufsache unvereinbar. Es kann nicht angenommen werden, bei Tieren sei die Vermutung prinzipiell unanwendbar. Ein Gleiches gilt, soweit man wie bei beweglichen Sachen annehmen wollte, es gebe "gebrauchte" Tiere. Mit der Vermutung des § 476 BGB kann auch beim Kauf eines Tieres wie ansonsten im Verbrauchsgüterkauf das Risiko der Unaufklärbarkeit dem verkaufenden Unternehmer zugeordnet werden. Dies ist nicht grundsätzlich von vornherein unzutreffend oder unpassend. Ausnahmen mögen angebracht sein, wenn Tiere verkauft sind, die ihrer Natur nach eine sehr kurze Lebensfrist z.B. von wenigen Stunden oder Tagen haben und ihre Art sich beständig durch Fortpflanzung erneuert. Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Ansonsten (und auch vorliegend) ist auch der Verkäufer eines Tieres bis zum Gefahrübergang näher an dem Sachmangel als der Käufer, er hat regelmäßig die besseren Beweismöglichkeiten.

Die Vermutung ist hier auch nicht unvereinbar mit der Art des Mangels. Bei einem 41 Gesundheitsmangel des verkauften Tieres ist dies nicht prinzipiell so. Auch insoweit gilt, daß der Verkäufer näher beim Sachmangel ist und regelmäßig die besseren Beweismöglichkeiten hat. Im Einzelfall kann allerdings bei einer Krankheit des verkauften Tieres nach ihrer Eigenart die Vermutung unpassend oder von vornherein unzutreffend sein. Das wäre z.B. so, wenn bei einer Infektionskrankheit die Frist zwischen dem Gefahrübergang und dem Ausbruch der Krankheit länger ist als die Inkubationszeit. Auch ein solcher Ausnahmefall ist

hier nicht gegeben.

Die gegen die Beklagte streitende Vermutung ist auch nicht deshalb unanwendbar, weil sie 42
den in der Erkrankung (Sommerekzem) liegenden Mangel, wenn er bereits bei
Gefahrübergang vorhanden gewesen ist, nicht hätte erkennen können. Es ist unstreitig, daß
die Erkrankung, hätte sie seinerzeit bereits vorgelegen, mit dem später durchgeführten
labormäßigen Testverfahren auch zu jener Zeit verifizierbar gewesen wäre. Der Senat läßt
offen, ob die mangelnde Erkennbarkeit des Mangels für den Verkäufer einen Fall der
Unvereinbarkeit i.S.v. § 476 BGB darstellen kann. Wollte man dieses – wie u.a. das OLG
Stuttgart – so sehen, dann könnte nicht die Sicht des Verkäufers persönlich, d.h. ohne Hilfe
Dritter, als maßgeblich für die mangelnde Erkennbarkeit angesehen werden. Vor dem
Hintergrund der gesetzgeberischen Intention (Verbraucherschutz) müßte die
Erkenntnismöglichkeit des Verkäufers, wie sie sich unter Einschluß der Hilfe von
fachkundiger Seite (Sachverständiger) ergibt, den Maßstab bilden. Bei einer anderen
Auslegung der Regelung ließe sich die beabsichtigte verbraucherschützende Wirkung nicht
erreichen. Es ist sehr häufig so, daß den Kaufsachen sog. verdeckte Mängel anhaften, die
nur von Sachverständigen auf Grund besonderer Untersuchung im Hinblick auf diesen
Mangel aufgedeckt werden können. Wenn diese Fälle von der Vermutungsregel des § 476
BGB nicht erfaßt würden, bliebe sie entgegen der Intention des Gesetzgebers in zu vielen
Verbrauchsgüterkäufen wirkungslos.

d) Da der hier vorliegende Mangel, das Sommerkzem, jedenfalls in überschaubarer Zeit 43
nicht heilbar ist und nicht beseitigt werden kann, liegt ein unbehebbarer Mangel vor. Gemäß §
275 Abs. 1 BGB braucht deshalb die Beklagte nicht zu leisten. Dies hat gemäß § 326 Abs. 5
BGB die Konsequenz, daß der Kläger entsprechend § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten
kann, ohne zuvor eine Frist zur Nacherfüllung setzen zu müssen. Der Kläger hat mit seinem
Schreiben vom 17. September 2002 den Rücktritt wirksam erklärt.

e) Aus § 346 Abs. 1 BGB ergibt sich, daß nach einem wirksamen Rücktritt die Beklagte zur 44
Rückgewähr der empfangenen Leistung, hier des Kaufpreises für das Pferd, in Höhe von
7.100 Euro verpflichtet ist.

2. Die Beklagte ist außerdem gemäß §§ 347 Abs. 2, 437 Abs. 2 BGB verpflichtet, an den 45
Kläger 5.575,54 Euro als Ersatz seiner notwendigen Verwendung auf die Kaufsache zu
zahlen.

a) Es bedarf keiner Wiederholung der Gründe dafür, daß der Kläger mit Erklärung vom 17. 46
September 2002 wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist. Auf die vorstehenden
Ausführungen hierzu, die hier entsprechend gelten, wird verwiesen.

b) Wenn nach einem wirksamen Rücktritt der Gläubiger den empfangenen Gegenstand 47
zurückgibt (wie vorliegend der Kläger das Pferd), sind ihm gemäß § 347 Abs. 2 BGB die
notwendigen Verwendungen zu ersetzen. Das sind hier Aufwendungen des Klägers in Höhe
von 5.575,54 Euro. Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die der Sache
zugutekommen, indem sie ihrer Wiederherstellung, Erhaltung oder Verbesserung dienen
(BGHZ 131, 220). Notwendig ist eine solche Verwendung nur, wenn sie zur Erhaltung oder
ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache nach objektivem Maßstab zur Zeit der
Vornahme erforderlich ist (BHG NJW 1996, 921). Nach diesem Maßstab sind hier die von
dem Kläger geltend gemachten und durchweg urkundlich belegten Kosten für die
Unterbringung, Pflege, Haftpflichtversicherung, tierärztliche Versorgung, Medikamente und
den Hufschmied zur Erhaltung und "ordnungsgemäßen Bewirtschaftung" des Pferdes
erforderlich gewesen. Nicht notwendig, weil für die genannten Zwecke nicht erforderlich,

waren hingegen die Kosten für die Kastration, die Ausbildung und die tierärztliche Bescheinigung gemäß Rechnung vom 16. Januar 2003. Im einzelnen ergeben sich diese Posten aus der folgenden Auflistung:

Verwendungszweck	Datum d. Belegs	Betrag	Bl. .. d.A.	notwendige Aufw.	nicht notw. Aufw.
Kastration (Arzt)	18.09.2002	417,60	15	0,00	417,60
Stallmiete/Ausbildung	01.06.2002	1.800,00	48	1.125,00	675,00
Unterbringung	02.09.2002	382,50	16	382,50	
Pflege pp.	11.09.2002	54,60	17	54,60	
Haftpflichtversich.	Apr 02	71,40	47	71,40	
Tierarzt	16.09.2002	325,11	49	325,11	
Medikamente	16.09.2002	44,37	50	44,37	
Hufschmied	24.10.2002	120,00	51	120,00	
Tierarzt (Bescheinigung)	16.01.2003	23,20	270	0,00	23,20
Hufschmied	12.03.2003	25,00	271	25,00	
Tierarzt	19.05.2003	21,58	272	21,58	
Tierarzt	19.05.2003	215,81	273	215,81	
Hufschmied	01.07.2003	35,00	274	35,00	
Tierarzt	07.07.2003	235,48	275	235,48	
Späne	22.08.2003	43,50	276	43,50	
Haftpflichtversich.	06.01.2004	79,88	277	79,88	
Stallmiete pp.	08.01.2004	2.577,00	278	2.577,00	
Tierarzt	08.01.2004	219,31	279	219,31	
Summe		6.691,34		5.575,54	1.115,80
zzgl. Kaufpreis		7.100,00		7.100,00	
		13.791,34		12.675,54	

48
49

3. Soweit die Beklagte zum Ersatz der Aufwendungen nicht gemäß §§ 437 Nr. 2, 347 Abs. 250 BGB verpflichtet ist, steht dem Kläger auch ein Anspruch auf Zahlung gemäß §§ 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 Satz 1 BGB – in Höhe der Summe aus den drei oben genannten Posten nicht notwendiger Verwendungen – nicht zu. Nach diesen Vorschriften hat der Gläubiger, wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 BGB wegen anfänglicher Unmöglichkeit von der Leistung frei ist (wie vorliegend die Beklagte), nach seiner Wahl einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 BGB beschriebenen – sehr weiten – Umfang. Das gilt aber nach dem letzten Halbsatz in § 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluß nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Im Fall der Beklagten sind diese Voraussetzungen festzustellen, so daß dem Kläger die weitergehenden Ansprüche nicht zustehen. Die Beweisaufnahme vor dem Senat hat ergeben, daß die Beklagte von der Erkrankung des Pferdes bei Abschluß des Vertrags am 18. März 2002 keine Kenntnis hatte. Die Zeugen T,

S., B2 und E haben übereinstimmend bestätigt, daß in der Zeit bis zum Vertragsschluß bei dem Pferd keine Symptome des Sommerekzems vorgelegen haben. Nach den von diesen Zeugen geschilderten Kontakten mit dem Pferd hätte jedenfalls den Zeugen T, S. und E., die das Pferd noch im Sommer und Herbst des Jahres 2001, als letztmalig vor dem Verkauf ein Kontakt mit den als Allergen wirkenden Fliegen auftrat, nicht entgehen können, da diese Zeugen Umgang mit Pferden gewohnt sind und eine solche Erkrankung, wenn sie sichtbar gewesen wäre, nicht übersehen hätten. Der Senat hat keine Zweifel, daß sie in dieser Hinsicht die Wahrheit gesagt haben. Er ist überzeugt, daß auch die Beklagte selbst bis zu dem Verkauf im Frühjahr 2002 keine Kenntnis von der Erkrankung erlangt hat, weil in der Zwischenzeit wegen des Auslaufens der jahreszeitlichen Fliegensaison mit einem Auftreten der Symptome nicht zu rechnen war. Es kommt nicht darauf an, ob bereits in der Sommersaison des Jahres 2002, als das Pferd zur Ausbildung beim Zeugen B2 war, die von diesem in seiner Aussage bestätigte Äußerung über eine Neigung des Tieres zum Scheuern an der Schweifrübe auf ein erstes Symptom für das Sommerekzem hindeutet. Ein Vorliegen solcher Symptome bereits zu früherer Zeit – und die Kenntnis der Beklagten davon – ließe sich damit nicht belegen. Für eine verschuldete Unkenntnis der Klägerin ergeben sich aus dem Vortrag beider Parteien keine Anhaltspunkte. Die Beklagte war nicht verpflichtet, vor dem Verkauf einen Labortest auf das Sommerekzem durchführen zu lassen.

4. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 280, 286 oder 291 BGB in der gesetzlichen Höhe ab 51
Verzugseintritt oder Rechtshängigkeit. Der Verzug trat hinsichtlich der jeweils berechtigten Teile der Anträge nach dem Vortrag des Klägers und den Zustellungsbelegen bezüglich der ursprünglichen Klageforderung nicht bereits mit der Rücktrittserklärung, sondern erst mit Zustellung der Klageschrift am 16. Oktober 2002 (Bl. 23 d.A.) ein. Hinsichtlich der Klageerweiterungen gilt gleiches ab Zustellung des Schriftsatzes vom 26. November 2002 am 5. Dezember 2002 (Bl. 78 d.A.) und des Schriftsatzes vom 9. Januar 2004 am 14. Januar 2004 (Bl. 291 d.A.).

5. Auf Antrag des Klägers hat der Senat die Ausurteilung der dem Kläger zustehenden 52
Leistungen im Wege der Zug um Zug-Verurteilung mit der Herausgabe des Pferdes verknüpft.

6. Der Feststellungsantrag ist zulässig und in dem im Tenor zuerkannten Umfang begründet. 53

a) Die Beklagte befindet sich mit der Annahme des vom Kläger zurückzugebenden Pferdes 54
im Verzug gemäß § 293 BGB. Da die Beklagte das Pferd abzuholen hat, reichte ein wörtliches Angebot des Klägers zur Bewirkung des Annahmeverzugs aus. Ein solches Angebot war im Schreiben des Klägers vom 17. September 2002 enthalten.

b) Die Verpflichtung zum Ersatz hinsichtlich der seit dem 9. Januar 2004 angefallenen 55
notwendigen Verwendungen ergibt sich wie oben dargestellt aus §§ 437 Nr. 2, 347 Abs. 2 BGB. Die bis zu diesem Zeitpunkt angefallenen Aufwendungen hat der Kläger in dem wiederholt erweiterten Leistungsantrag erfaßt.

III. Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 708 Nr. 10, 711, 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die 56
Revision ist zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. Die Auslegung des § 476 BGB ist hinsichtlich der Ausnahmen von der gesetzlichen Vermutung klärungsbedürftig. Sie ist in einer unbestimmten Vielzahl von auch künftig auftretenden Fällen bedeutsam und im vorliegenden Rechtsstreit entscheidungserheblich.
