
Datum: 02.03.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 43/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0302.11U43.04.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 O 396/02

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 11.755,54 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, 9.222,98 Euro vom 5. Dezember 2002 bis zum 13. Januar 2004, 12.675,54 Euro vom 14. Januar 2004 bis zum 15. März 2006, 10.675,54 Euro vom 16. März 2006 bis zum 09. Februar 2007 und 11.755,54 Euro ab dem 09. Februar 2007 zu zahlen.

Es wird festgestellt, dass sich der Rechtsstreit in Höhe von am 15. März 2006 gezahlter 2.000,00 Euro sowie hinsichtlich der Feststellungsanträge des Klägers (Annahmeverzug der Beklagten und Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz aller seit dem 09. Januar 2004 angefallenen Kosten) in der Hauptsache erledigt hat.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits unter Einschluss der Kosten des Revisionsverfahrens tragen der Kläger 15 % und die Beklagte 85

%.

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 nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Beklagte befasst sich u.a. mit der Zucht von Araber-Pferden. Sie verkaufte dem Kläger am 18. März 2002 einen 1997 geborenen Hengst "S" zum Preis von 7.100 Euro. Die Übergabe des Pferdes erfolgte am selben Tag. Mit Schreiben vom 17. September 2002 trat der Kläger unter Berufung auf gesundheitliche Mängel des Tieres - insbesondere eine im August 2002 aufgetretene Allergie (sogenanntes Sommerekzem), daneben eine angebliche Hufrollenerkrankung - vom Kauf zurück. Die Beklagte lehnte die Rückabwicklung des Vertrages ab.

Mit seiner Klage hat der Kläger ursprünglich Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes und Aufwendungsersatz sowie daneben die Feststellung begehrt, dass sich die Beklagte seit dem 19. September 2002 in Annahmeverzug befindet und verpflichtet ist, dem Kläger alle künftigen durch die Haltung des Pferdes entstehenden Kosten zu erstatten.

Der Kläger hat hierzu vorgetragen, die Beklagte sei Unternehmerin im Bereich Pferdezucht und -handel und habe ihm vor Abschluss des Kaufvertrages auf Nachfrage erklärt, das Pferd sei uneingeschränkt für Distanzritte geeignet. Tatsächlich habe es aber bereits zu diesem Zeitpunkt an einer Allergie (Sommerekzem) gelitten, die einen Einsatz für Distanzritte nicht zulasse. Außerdem sei das Pferd, verursacht durch eine Hufrollenerkrankung vorn rechts, intermittierend lahm. Entgegen den in einer Zeitschriftenanzeige gemachten Angaben der Beklagten sei das Pferd überdies auch nicht rennleistungsgeprüft. Seit Übergabe des Pferdes habe er - der Kläger - im einzeln dargelegte Aufwendungen gehabt, die ihm die Beklagte seines Erachtens ersetzen müsse.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 13.880,75 Euro nebst 5% Zinsen über dem jeweiligen 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 "S" Lebensnummer #####/97 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,	9
die Klage abzuweisen.	10
Die Beklagte hat eingewandt, sie sei nicht Unternehmerin, sondern betreibe die Pferdezucht als Hobby. Von einer beabsichtigten Verwendung des verkauften Pferdes zum Einsatz für Distanzritte sei vor und bei Vertragsabschluss keine Rede gewesen. Die behaupteten Mängel hätten (jedenfalls bei Gefahrübergang) nicht vorgelegen, es werde bestritten, dass das Pferd überhaupt je an einem Sommerekzem erkrankt sei.	11
Das Landgericht hat die Klage durch das angefochtene Urteil nach Beweisaufnahme durch die Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. T und ergänzende mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen abgewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags, des Verfahrensgangs und der Begründung wird auf das Urteil des Landgerichts Bezug genommen.	12
Mit seiner hiergegen gerichteten Berufung hat der Kläger sein Klagebegehren zunächst uneingeschränkt weiterverfolgt und zur Begründung ausgeführt, 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 bereits aufgrund vorhandener Ekzeme oder mittels einer Untersuchung auf vorhandene Antigene erkennbar gewesen sei, sei unerheblich. Das Landgericht sei zudem fälschlich davon ausgegangen, dass eine Beweislastverteilung nach § 476 BGB - zu Lasten der Beklagten - ausscheide, weil die dort geregelte Vermutung mit der Art des Mangels unvereinbar sei. Das Gegenteil sei richtig, auch alle übrigen Voraussetzung des § 476 BGB lägen vor.	13
Ein weiterer Sachmangel sei entgegen der Würdigung des Landgerichts in der Erkrankung der Hufrolle zu sehen. Allein schon die Abweichung des Röntgenbefundes von der Norm sei unabhängig von einer bereits bestehenden Lahmheit des Pferdes als ein Mangel anzusehen.	14
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 Platzierungen 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.	15
Der Kläger hat (zunächst) beantragt,	16
abändernd nach den Anträgen erster Instanz zu erkennen.	17
Die Beklagte hat beantragt,	18
die Berufung zurückzuweisen.	19
Die Beklagte hat die angefochtene Entscheidung mit näheren Ausführungen verteidigt.	20

Der Senat hat die Beklagte nach ergänzender Beweisaufnahme durch uneidliche Vernehmung der Zeugen T1, S1, B und E durch Urteil vom 01.07.2005 unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils zur Zahlung von 12.675,54 Euro nebst Zinsen verurteilt, Zug um Zug gegen Herausgabe des streitbefangenen Pferdes, und daneben den Annahmeverzug der Beklagten sowie ihre Verpflichtung zum Ersatz aller seit dem 09. Januar 2004 angefallenen und noch anfallenden Kosten i.S.d. § 347 II BGB festgestellt.	21
Auf die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Urteil des Senats durch Urteil vom 29. März 2006 (veröffentlicht in NJW 2006, 2250 ff) aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den Senat zurückverwiesen.	22
Bereits vor Verkündung des genannten Urteils des Bundesgerichtshofs hat der Kläger das streitbefangene Pferd am 16.03.2006 im Einvernehmen mit der Beklagten zu einem Kaufpreis von 2.000,00 Euro an den Zeugen B veräußerte, nachdem sich das Pferd schon ab Ende August 2005 zur Kostendämpfung auf dem Hof der Beklagten und in deren Obhut befunden hatte.	23
Der Kläger hält an seinem bisherigen Berufungsverbringen fest, bringt allerdings den erzielten Kaufpreis von seiner Klageforderung in Abzug und beantragt dementsprechend nunmehr,	24
1. unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn 14.280,75 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.554,70 Euro für die Zeit vom 19.09. - 30.11.2002, aus 10.315,58 Euro für die Zeit vom 01.12.2002 - 15.01.2004, aus 13.880,75 Euro für die Zeit vom 16.01.2004 - 16.03.2006, aus 11.880,75 Euro seit dem 17.03.2006 und aus 2.400,00 Euro seit Zustellung des Ss. vom 03.01.2007 zu zahlen, 2. festzustellen, dass sich der Rechtsstreit hinsichtlich des Anspruchs auf Rückerstattung des der Beklagten gezahlten Kaufpreises in Höhe eines am 15.03.2006 gezahlten Teilbetrages von 2.000,00 Euro sowie hinsichtlich der ursprünglichen Feststellungsanträge erledigt habe, 3. hilfsweise, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn 16.280,75 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.554,70 Euro für die Zeit vom 19.09. - 30.11.2002, aus 10.315,58 Euro für die Zeit vom 01.12.2002 - 15.01.2004, aus 13.880,75 Euro für die Zeit vom 16.01.2004 - 16.03.2006, aus 11.880,75 Euro seit dem 17.03.2006 und aus 2.400,00 Euro seit Rechtshängigkeit dieses Antrags zu zahlen, Zug um Zug gegen Auszahlung des hinterlegten Kaufpreiserlöses des Pferdes "S" in Höhe von 2.000,00 Euro.	25
Die Beklagte beantragt,	26
die Berufung zurückzuweisen.	27
Die Beklagte bestreitet weiterhin die Mangelhaftigkeit des dem Kläger verkauften Pferdes im Zeitpunkt des Gefahrübergangs.	28
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien zweiter Instanz wird auf die Schriftsätze nebst Anlagen, wegen des Ergebnisses der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme auf die Vermerke der Berichterstatter zu den Senatsterminen vom 25. Mai 2005 und 09. Februar 2007 verwiesen.	29
	30

II.	31
Die zulässige Berufung des Klägers ist teilweise begründet.	32
Dem Kläger steht gegen die Beklagten in zuerkannter Höhe ein Zahlungsanspruch zu, zudem ist aufgrund der Erledigungserklärung des Klägers, der sich die Beklagte nicht angeschlossen hat, festzustellen, dass sich der Rechtsstreit in Höhe eines Betrages von 2000,00 Euro, den der Zeuge B am 15.03.2006 (Bl. 585 GA) als Kaufpreis für das von ihm übernommene streitbefangene Pferd überwiesen hat, in der Hauptsache erledigt hat.	33
Im einzelnen gilt hierzu folgendes:	34
1. <u>Anspruch des Klägers auf Kaufpreisrückzahlung:</u>	35
Die Beklagte ist gemäß § 346 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 326 Abs. 5, 437 Nr. 2 BGB verpflichtet, den empfangenen Kaufpreis in Höhe von 7.100 Euro an den Kläger zurückzuzahlen, da davon auszugehen ist, dass der dem Kläger verkaufte Hengst (bereits) im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war.	36
a)	37
Die Parteien haben über das Pferd "S" unstreitig einen Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB abgeschlossen. Die Kaufsache ist dem Kläger noch am Tag des Vertragsschlusses am 18. März 2002 übergeben worden und die Gefahr damit auf ihn übergegangen, § 446 BGB. Nach Gefahrübergang richten sich die dem Kläger als Käufer zustehenden Rechte wegen im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhandener Mängel nach §§ 434 I, 437 Nr. 2, 440, 323, 326, 346, 90a BGB (Rücktritt) oder §§ 434 I, 437 Nr. 3, 440, 280, 281, 311b, 90a BGB (Schadensersatz).	38
b)	39
Nach dem Ergebnis der vor dem Senat durchgeführten Beweisaufnahme streitet zugunsten des Klägers eine - von der Beklagten nicht widerlegte - Vermutung dafür, dass das dem Kläger verkaufte Pferd im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war.	40
aa)	41
Allerdings hat sich die Behauptung des Klägers, das Pferd habe schon bei Übergabe an einer Hufrollenerkrankung (Podotrochlose) gelitten, die zeitweilige Lahmheit zur Folge (gehabt) habe und damit den uneingeschränkten Einsatz des Pferdes als Reitpferd ausschließe, nicht bestätigt. Ob der Vortrag des Klägers in diesem Zusammenhang als Behauptung einer Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB oder als Behauptung eines die Tauglichkeit des Pferdes zum vertraglich vorausgesetzten oder dem gewöhnlichen Zweck i.S.d. § 434 I 2 Nr. 1, 2 BGB ausschließenden Zustands zu verstehen ist, kann dabei letztlich offen bleiben.	42
Wie der Sachverständige Dr. med. vet. T in seinem schriftlichen Gutachten vom 20.06.2003 (Bl. 150 ff, 162, 169 GA = S. 13 ff, 20 des Gutachtens) ausgeführt und bei seiner ergänzenden Anhörung vor dem Landgericht nochmals ebenso nachvollziehbar wie überzeugend erläutert hat, haben sich bei der röntgenologischen Untersuchung des Pferdes zwar gewissen Normabweichungen gezeigt, die den Sachverständigen veranlasst haben, den Röntgenbefund in die Röntgenklassen II und III einzuordnen. Der Sachverständige konnte jedoch keine Lahmheitserscheinungen des Pferdes feststellen, die nach seiner Einschätzung zwingende (weitere) Voraussetzung für die Annahme der vom Kläger behaupteten	43

Hufrollenerkrankung sind.

Der Einwand des Klägers, bereits die von dem Sachverständigen festgestellten röntgenologischen Normabweichungen schränken die Einsetzbarkeit des Pferdes ein, weil die beim Distanzreiten auftretenden Belastungen unweigerlich zu Problemen in Form der Podotrochlose führen würden, ist nicht geeignet, die Beurteilung des Sachverständigen in Frage zu stellen. Abgesehen davon, dass der Kläger mit diesem Vortrag von seiner in erster Instanz aufgestellten Behauptung abrückt, das Pferd lahme, hat der Sachverständige Dr. T die vom Kläger nunmehr in den Vordergrund gestellten röntgenologischen Normabweichungen ohne gleichzeitigen klinischen Befund bei seiner Anhörung vor dem Landgericht ausdrücklich als gerade nicht ausreichend bezeichnet, um die Diagnose einer Hufrollenerkrankung im Sinne der Podotrochlose zu stellen. Damit korrespondieren die den Röntgenklassen zugrunde liegenden, im Gutachten des Sachverständigen Dr. med. vet. T vom 20.06.2003 (Bl. 159 f GA = S. 10 f des Gutachtens) wiedergegebenen allgemeinen Beurteilungskriterien, die Befunde der Röntgenklasse III als solche beschreiben, die deutlich von der Norm abweichen, bei denen klinische Erscheinungen aber gleichwohl wenig wahrscheinlich sind.

44

bb) 45

Die Mangelhaftigkeit des dem Kläger verkauften Pferdes lässt sich weiterhin auch nicht aus dem Umstand herleiten, dass es entgegen abweichender Angaben der Beklagten in einer Zeitschriftenanzeige ("rennleistungsgeprüft und platziert – Rennbahn X") tatsächlich nicht rennleistungsgeprüft war. 46

Zwar zählen nach § 434 Abs. 1 S. 3 BGB "zu der Beschaffenheit" i.S.d. Bestimmung grundsätzlich auch solche Eigenschaften der Kaufsache, die der Käufer nach öffentlichen Äußerungen des Verkäufers in der Werbung erwarten kann. Bleibt die Kaufsache hinter einer so vereinbarten Beschaffenheit zurück, liegt ein Sachmangel vor. Entgegen der Deutung, die der Kläger suggeriert, kann die vorgenannte Zeitschriftenwerbung indes - wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 01. Juli 2005 (dort S. 8) dargelegt hat - nicht dahin verstanden werden, dass das Pferd die Hengstleistungsprüfung nach den Regeln des Zuchtverbandes in der Modalität der erfolgreichen Teilnahme an Rennen absolviert habe. Dagegen spricht entscheidend bereits der Umstand, dass nach eigenem Vortrag des Klägers eine Hengstleistungsprüfung nach den Regeln eines deutschen Zuchtverbandes nicht auf einer Rennbahn im Ausland abgelegt werden kann. Der vom Kläger angeführte Anzeigentext war damit bei unbefangener Lesart schon wegen des ausdrücklichen Hinweises auf die Rennbahn Warschau ungeeignet, den hierdurch angesprochenen sachkundigen Lesern die (unrichtige) Vorstellung zu vermitteln, das beworbene Pferd habe mit Erfolg die Hengstleistungsprüfung nach den Regeln des Zuchtverbandes absolviert. 47

cc) 48

Die Mangelhaftigkeit des Pferdes ergibt sich vorliegend jedoch aus dem Umstand, dass es bereits bei Gefahrübergang so hochgradig gegen Mückenstiche sensibilisiert war, dass weiterer Kontakt mit dem Reizstoff mit hoher Wahrscheinlichkeit alsbald zu einem - in seiner maßgeblichen Ursache danach bereits angelegten - Sommerexzem führen musste. Unstreitige Folge der genannten allergischen Erkrankung ist, dass daran leidende Pferde während der Sommermonate unter normalen Bedingungen nicht im Freien gehalten und insbesondere nicht zu Reitzwecken eingesetzt werden können, weil die allergischen Reaktionen durch den Kontakt mit einer bestimmten Mückenart ausgelöst werden, mit der während des Sommers regelmäßig zu rechnen ist. Das Pferd war und ist deshalb weder zu 49

der hier vereinbarten Verwendung für Distanzritte, noch zu der gewöhnlichen Verwendung als Reitpferd geeignet.

(1) 50

Dass das vom Kläger erworbene Pferd an der Allergie "Sommerekzem" leidet, hat der Senat 51 aufgrund der im August 2002 erhobenen Befunde, die durch die vom Kläger vorgelegte tierärztliche Bescheinigung des Tierarztes D vom 16. Januar 2003 (Bl. 100 GA) sowie die Auswertung einer am 30.08.2002 entnommenen Blutprobe (Befundbericht Prof. Dr. M vom 11.09.2002. Bl. 12 GA) dokumentiert sind, bereits in seinem Urteil vom 01. Juli 2005 als bewiesen angesehen.

Hiervon abzuweichen, gibt der Vortrag der Beklagten keine Veranlassung. Die Einwände der 52 Beklagten stehen in unvereinbarem Widerspruch sowohl zu den überzeugenden Feststellungen des Sachverständigen Dr. med. vet. T als auch zum Inhalt der genannten Bescheinigung des Tierarztes D vom 16. Januar 2003 (Bl. 100 GA), der zufolge das Pferd des Klägers am 19. August 2002 *"mit starken Scheuerstellen an Schweif und Mähne, sowie ausgeprägtem Haarbruch"* vorgestellt wurde und bei dieser Gelegenheit starken Juckreiz gezeigt habe. Damit korrespondiert die in der Bescheinigung D vom 16. Januar 2003 erwähnte Blutprobe, die ausweislich der mit der Klageschrift vorgelegten Befundmitteilung vom 11. September 2002 (Bl. 12 GA) für den Entnahmezeitpunkt (30. August 2002) eine *"sehr breite und teils höchstgradige Sensibilisierung (u.a.) gegen Insekten..."* bestätigt, wobei der funktionelle Allergietest (FIT) zum Nachweis von Allergenen aus *culicoides nebulosus* (= Kriebelmücke, dem Auslöser des Sommerekzems) mit dem Ergebnis "positiv 3+" (Stufung 1+ als "eindeutig" bis 4+ als "höchstgradig") geführt hat.

(2) 53

Obwohl der bestehende Mangel des Pferdes in Form der vorliegenden Allergie 54 "Sommerekzem" im August 2002 und damit innerhalb von 6 Monaten seit am 18.03.2002 erfolgtem Gefahrübergang aufgetreten ist, lässt sich allerdings allein damit das Rücktrittsbegehren des Klägers nicht begründen. Denn die Beklagte hat die nach § 476 BGB zugunsten des Klägers streitende - widerlegliche (§ 292 ZPO) - Vermutung, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, durch den (vollen) Beweis des Gegenteils widerlegt.

(a) 55

Wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 01. Juli 2005 dargelegt hat, besteht keine Bindung 56 an die vom Landgericht festgestellte Fallgestaltung, wonach es am 18. März 2002, d.h. bei Übergabe des Pferdes, an einem Sachmangel fehlte. Aufgrund konkreter Anhaltspunkte im Sinne von § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO bestehen begründete Zweifel daran, dass diese Feststellung des Landgerichts richtig ist.

Das Landgericht ist ersichtlich infolge einer unrichtigen Beweislastverteilung zu seiner 57 vorgenannten Einschätzung gelangt, da es fälschlich angenommen hat, die in § 476 BGB vorgesehene Vermutung sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil mit der Art des Mangels nicht vereinbar. Denn tatsächlich ist die Vermutung des § 476 BGB im Streitfall sowohl nach der Art des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts als auch nach der Art des Kaufgegenstandes durchaus anwendbar. Ungeachtet hiergegen erhobener Einwände der Beklagten handelt es sich bei dem Vertrag der Parteien um einen Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB (BGH, Urteil vom 29. März 2006 = NJW 2006, 2250 ff; ab Tz. 13). Dessen

Gegenstand war zwar ein Lebewesen, das als solches naturgemäß einem stetigen Wandel seines körperlichen und gesundheitlichen Zustands unterliegt. Dass allein schließt die Vermutung des § 476 BGB jedoch nicht von vornherein aus, sondern führt lediglich dazu, dass die Vermutung im Einzelfall wegen der Art des Mangels bei bestimmten Tierkrankheiten ausgeschlossen sein kann (*BGH aaO. Tz. 22 ff, 25 ff*), wobei ein solcher Ausnahmefall allerdings jedenfalls nicht gegeben ist bei einer saisonal sichtbaren Allergie wie dem hier in Rede stehenden Sommereczem (*BGH aaO. Tz. 29*).

(b) 58

Da sich die Beweislastumkehr des § 476 BGB auf die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung beschränkt, dass der binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretene Sachmangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag (*BGH aaO. Tz. 21 unter Hinweis auf BGH NJW 2005, 3490 sowie BGH NJW 2006, 434*), ist im Streitfall zur Widerlegung der zugunsten des Klägers streitenden Vermutung der volle Beweis erforderlich, dass der Mangel - hier: die Allergie Sommereczem - bei Gefahrübergang tatsächlich noch nicht bestand. Diesen Beweis hat die Beklagte durch die Aussagen der vor dem Senat vernommenen Zeugen T1, S1 und E geführt. 59

(aa) 60

Dass bezogen auf den 18.03.2002 - den Zeitpunkt der Übergabe des Pferdes an den Kläger - kein Laborbefund existiert, der verlässliche Aussagen dazu ermöglicht, ob und inwieweit zu diesem Zeitpunkt bereits die Allergie des Pferdes gegen Mückenstiche bestand, und ein solcher Laborbefund auch nicht mehr nachträglich erhoben werden kann, schließt den der Beklagten obliegenden Vollbeweis nicht von vornherein aus. Denn ein solcher immunologischer Befund ist nicht das einzige Beweismittel zur Widerlegung der Vermutung. Da die Allergie Sommereczem nach dem Gutachten des Sachverständigen Dr. med. vet. T untrennbar mit bestimmten pathologischen Symptomen verbunden ist, lässt sich die Vermutung, dass das Pferd bereits vor Gefahrübergang unter dieser Allergie litt und deshalb mangelhaft war, auch durch den Nachweis widerlegen, dass die Symptome des Sommereczems bei dem Pferd bis zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs - trotz Aufenthalt des Pferdes im Freien und dadurch bedingtem Kontakt mit Mücken - noch nicht in Erscheinung getreten waren. 61

Der Senat hat hierzu Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T1, S1, B und E und ist danach aufgrund der glaubhaften Bekundungen der Zeugen T1, S1 und E davon überzeugt, dass bei dem Pferd bis zum Vertragsschluss - insbesondere im Sommer/Herbst 2001, als nach insoweit übereinstimmendem Vortrag der Parteien letztmalig vor dem Verkauf ein Kontakt mit den als Allergen wirkenden Mücken aufgetreten sein kann - keine Symptome des Sommereczems wie etwa auffälliger Juckreiz oder Scheuer - und Bruchstellen im Fell vorgelegen haben. 62

Hatte das Pferd aber bis zum Vertragsschluss, das heißt auch nach einem zuvor letztmals im Sommer/Herbst 2001 möglichen Kontakt mit dem Allergen, noch nicht allergisch auf den Kontakt mit dem Reizstoff reagierte, dann lässt sich hieraus schlussfolgern, dass die den Sachmangel begründende Allergie Sommereczem bis zum Gefahrübergang noch nicht bestand, sondern erstmals im Sommer 2002 aufgetreten ist, mithin die Tauglichkeit des Pferdes, im Sommer geritten zu werden, bis zum Vertragsschluss noch nicht beeinträchtigt war. 63

(bb) 64

Einen weitergehenden Beweis hat die Beklagte zur Widerlegung der Vermutung des § 476 BGB, soweit es um die Allergie Sommerekzem geht, nicht zu führen, da sich die Vermutung des § 476 BGB zunächst einmal allein auf den nach Gefahrübergang in Erscheinung getretenen Sachmangel bezieht, hier also die Allergie, durch deren pathologische Symptomatik die Tauglichkeit des Pferdes, sich zur Sommerzeit im Freien aufzuhalten, eingeschränkt ist (BGH aaO. Tz. 35). 65

(3) 66

Obwohl die Beklagte bewiesen hat, dass eine allergiebedingte Einschränkung der Tauglichkeit des Pferdes bis zum Gefahrübergang noch nicht gegeben war, sondern erstmals im Sommer 2002 aufgetreten ist, kann der Kläger sie gleichwohl mit Recht auf Gewährleistung in Anspruch nehmen, da der im August 2002 aufgetretene Sachmangel in Gestalt der Allergie Sommerekzem auf eine Ursache zurückzuführen ist, die ihrerseits eine vertragswidrige Beschaffenheit darstellt (vgl. BGH aaO. unter Hinweis auf BGH Urteil vom 23. November 2005 - VIII ZR 143/05 - = NJW 2006, 434 ff, 435 zu unter II 1a = Tz. 16), und von der nach § 476 BGB zu vermuten ist, dass sie bereits bei Gefahrübergang vorhanden war. 67

(a) 68

Zwar haftet der Verkäufer eines Tieres nach § 434 BGB nur dafür, dass das Tier (bei Gefahrübergang) nicht krank ist und sich auch nicht in einem - ebenfalls vertragswidrigen - Zustand befindet, auf Grund dessen bereits die Sicherheit oder zumindest hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es alsbald erkranken wird. § 476 BGB enthält dagegen keine Garantie für den Fortbestand der Gesundheit eines Tiers undbürdet dem Verkäufer eines Tieres, das innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang erkrankt, zunächst einmal nur den Gegenbeweis auf, dass die betreffende Krankheit noch nicht vorlag, nicht aber auch den Gegenbeweis dafür, dass im Zeitpunkt des Gefahrübergangs keine denkbare Ursache oder genetisch bedingte "Disposition" für die später ausgebrochene Krankheit vorlag. 69

(b) 70

Nach den Darlegung des Sachverständigen Dr. med. vet. T, die der Sachverständige bei seiner ergänzenden Anhörung vor dem Senat noch einmal erläutert hat, ist indes davon auszugehen, dass das dem Kläger verkaufte Pferd innerhalb der Frist des § 476 BGB so hochgradig gegen Mückenstiche sensibilisiert war, dass im Zeitpunkt der im August 2002 erhobenen Untersuchungsbefunde Dr. D und Prof. Dr. M bei einem Kontakt mit Mücken die hohe Wahrscheinlichkeit einer baldigen Erkrankung an einem Sommerekzem bestand. Auch wenn bis dahin eine allergiebedingte Einschränkung der Verwendungsfähigkeit des Pferdes in der Sommerzeit nach dem Ergebnis der Zeugenvernehmung noch nicht aufgetreten war, stellt doch allein diese hochgradige Sensibilisierung als Ursache der nach Gefahrübergang in Erscheinung getretenen Allergie Sommerekzem ihrerseits eine vertragswidrige Beschaffenheit und damit einen Mangel des Pferdes dar, von dem nach § 476 BGB zu vermuten ist, dass er bereits bei Gefahrübergang vorhanden war. Diese Vermutung ist nach Maßgabe der im Revisionsurteil vom 29. März 2006 (dort Tz. 22 bis 28) dargestellten Kriterien nicht nur mit der Art der Sache, sondern auch mit der Art dieses Mangels vereinbar. Insbesondere der Gesichtspunkt einer der Aufklärung nicht zugänglichen Ungewissheit über den Zeitpunkt der Entstehung einer späteren (Infektions-) Krankheit (Revisionsurteil Tz. 29) schließt die Vermutung hier nicht aus, weil die Sensibilisierung und deren Grad durch einen funktionellen Allergietest (FIT) nachweisbar ist, wie der Befundbericht vom 11.09.2002 belegt. Da der Verkäufer somit die Möglichkeit hat - ohne hierzu verpflichtet zu sein - , anlässlich des 71

Verkaufs eine entsprechende Untersuchung zu veranlassen, besteht kein zureichender Grund, von der Regel abzuweichen, dass im Hinblick auf den Schutz des Käufers die Beweislast für die Mangelfreiheit der Sache bei Gefahrübergang beim Verkäufer liegt. Die Beklagte hat die gegen sie sprechende Vermutung nicht widerlegt. Auch der Sachverständige Dr. med. vet. T konnte keine sichere Aussage dazu machen, wie lange die im August 2002 festgestellte hochgradige Sensibilisierung des Pferdes bereits bestand.

c) 72

Da der hier vorliegende Mangel des verkauften Pferd in Gestalt seiner bereits bei Gefahrübergang vorliegenden hochgradigen Sensibilisierung gegen Mückenstiche jedenfalls in überschaubarer Zeit nicht heilbar war bzw. ist. - nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. med. vet. T existieren zwar seines Wissens bislang keine exakten Untersuchungen zu der Frage, innerhalb welcher Zeit eine bestehende Sensibilisierung wieder zurückgeht, andererseits soll im Rahmen einer Untersuchung aber festgestellt worden sein, dass bei einem einmal sensibilisierten Pferd auch nach 15-jähriger Antigenabstinenz bereits der erste Kontakt mit dem Antigen zum erneuten Auftreten des Sommerekzems geführt hat -, so dass ein unbehebbarer Mangel vorliegt, brauchte die Beklagte gemäß § 275 Abs. 1 BGB nicht zu leisten. Dies hat gemäß § 326 Abs. 5 BGB zur Folge, dass der Kläger entsprechend § 323 BGB ohne Notwendigkeit einer vorherigen Fristsetzung zur Nacherfüllung vom Vertrag zurücktreten konnte, was er mit seinem Schreiben vom 17. September 2002 - wirksam - getan hat.

d) 74

Nach wirksamem Rücktritt des Klägers ist die Beklagte gemäß § 346 Abs. 1 BGB zur Rückgewähr der empfangenen Leistung, hier des Kaufpreises für das Pferd in Höhe von 7.100 Euro, verpflichtet. Hiervon abzusetzen ist allerdings der Erlös in Höhe von 2.000,00 Euro, den der Klägers aus dem zwischenzeitlich im Einverständnis der Beklagten erfolgten Verkauf des streitbefangenen Pferdes an den Zeugen B erzielt hat und mit dessen Verrechnung auf den Kaufpreis sich die Beklagte im Senatstermin vom 09.02.2007 ausdrücklich einverstanden erklärt hat.

2. Anspruch des Klägers auf Verwendungsersatz: 76

Weitere Folge des wirksamen Rücktritts des Klägers vom Vertrag ist gemäß §§ 347 Abs. 2, 437 Abs. 2 BGB die Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz der notwendigen Verwendung des Klägers auf die Kaufsache. 77

Deren Höhe hat der Senat in seinem Urteil vom 01. Juli 2005 mit **5.575,54 Euro** ermittelt und sich hierbei von der - weiterhin als zutreffend erachteten - Überlegung leiten lassen, dass als Verwendungen i.S.d. § 347 BGB Vermögensaufwendungen anzusehen sind, die der Sache zugute kommen, 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 (§ 994 I 1 BGB; *Palandt-Bassenge, BGB, 66. Aufl. § 994 Rz. 5; BGH NJW 1996, 921*). 78

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs sind die von dem Kläger geltend gemachten und weitgehend urkundlich belegten Kosten für die Unterbringung, Pflege, Haftpflichtversicherung, tierärztliche Versorgung, Medikamente und den Hufschmied zur Erhaltung und "ordnungsgemäßen Bewirtschaftung" des Pferdes erforderlich gewesen. Zu 79

berücksichtigen ist dabei, dass die Parteien im Senatstermin vom 09.02.2007 für den Zeitraum September 2004 bis August 2005 unter Berücksichtigung verbliebener Nutzungsmöglichkeiten einen Aufwendungsersatzanspruch des Klägers von monatlich 90,00 Euro unstreitig gestellt haben.

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.	notw. 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	
Haftpflichtversicherung	April 2002	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	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	
Haftpflichtversicherung	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	
Verwendungsersatz Sept. 2004 - Aug. 2005		<u>1.080,00</u>		<u>1.080,00</u>	
Summe		7.771,34		6.655,54	1.115,80

Die berechtigte Klageforderung stellt sich danach auf

gezahlter Kaufpreis ./ Erlös aus Weiterveräußerung	5.100,00 Euro
notwendige Aufwendungen	<u>6.655,54 Euro</u>
Summe	11.755,54 Euro

3.	84
Soweit die Beklagte zum Ersatz der Aufwendungen nicht gemäß §§ 437 Nr. 2, 347 Abs. 2 BGB verpflichtet ist, steht dem Kläger - wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 01.07.2005 dargelegt hat - 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.	85
Das gilt nach § 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB (letzter Halbsatz) allerdings dann nicht, wenn der Schuldner das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben, so dass dem Kläger die weitergehenden Ansprüche nicht zustehen. Aufgrund der insoweit übereinstimmenden Bekundungen der vor dem Senat vernommenen Zeugen T1, S1, B und E ist bewiesen, dass die Beklagte von der Erkrankung des Pferdes bei Abschluss des Vertrags am 18. März 2002 keine Kenntnis hatte. Alle Zeugen haben ausgesagt, dass in der Zeit bis zum Vertragsschluss bei dem Pferd keine Symptome des Sommerekzems vorgelegen haben. Nach den von den Zeugen T1, S1 und E geschilderten Kontakten mit dem Pferd hätte jedenfalls diesen Zeugen, die das Pferd noch im Sommer und Herbst des Jahres 2001 gesehen haben, mithin zu einem Zeitpunkt, als letztmalig vor dem Verkauf ein Kontakt mit den als Allergen wirkenden Fliegen auftrat, eine solche Erkrankung, wenn sie sichtbar gewesen wäre, nicht entgehen können, da die Zeugen Umgang mit Pferden gewohnt sind.	86
Dass die Beklagte bei Vertragsschluss am 18. März 2002 Kenntnis von der Erkrankung erlangt hatte, lässt sich gleichfalls nicht feststellen und ist schon deshalb im Zweifel zu verneinen, weil in der Zwischenzeit wegen des Auslaufens der jahreszeitlichen Fliegensaison mit einem Auftreten der Symptome nicht zu rechnen war. Ob bereits in der Sommersaison des Jahres 2002, als das Pferd zur Ausbildung beim Zeugen B war, die von diesem in seiner Aussage bestätigte Neigung des Tieres zum Scheuern an der Schweifrübe auf ein erstes Symptom für das Sommerekzem hindeutete, kann letztlich dahin stehen. Denn auch hieraus ließen sich keine Rückschlüsse auf ein Vorliegen solcher Symptome bereits zu früherer Zeit ziehen und erst recht nicht auf eine Kenntnis der Beklagten hiervon.	87
Auch für eine verschuldete Unkenntnis der Klägerin ergeben sich aus dem Vortrag beider Parteien keine Anhaltspunkte. Insbesondere war die Beklagte nicht verpflichtet, vor dem Verkauf des Pferdes einen Labortest auf das Sommerekzem durchführen zu lassen.	88
4.	89
Der Zinsanspruch folgt aus §§ 280, 286 oder 291 BGB in der gesetzlichen Höhe ab Verzugseintritt oder Rechtshängigkeit.	90
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.), des Schriftsatzes vom 9. Januar 2004 am 14. Januar 2004 (Bl. 291 d.A.) und des Schriftsatzes vom 03.02.2007 ab Antragstellung im Senatstermin vom 09.02.2007.	91

Im Umfang des durch Zwischenverkauf erzielten Erlöses ist mit am 15.03.2006 erfolgter Zahlung durch Überweisung (Bl. 585 GA) die Erledigung des Rechtsstreits eingetreten.	92
5.	93
Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 708 Nr. 10, 711, 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.	94
Im Rahmen der Kostenentscheidung hat der Senat neben dem Grad des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens der Parteien berücksichtigt, dass sich als Folge des im Einverständnis der Beklagten erfolgten Weiterverkaufs des streitbefangenen Pferdes nicht nur der Anspruch des Klägers auf Kaufpreiserstattung in Höhe des erzielten (Weiter-)Verkaufserlöses teilweise erledigt hat, sondern daneben auch die ursprünglich gleichfalls zulässige wie auch begründeten - Feststellungsanträge des Klägers.	95
Der Senat hat die Revision zugelassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.	96