
Datum: 26.11.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 148/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:1126.2U148.06.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 4 O 198/05

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 02.05.2006 verkündete Teilurteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 31.10.2006 verkündet Schlussurteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Münster wie folgt abgeändert.

1.

Der Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klägerin 13.738,02 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 12.600,96 Euro für die Zeit seit dem 28. Januar 2005 sowie aus weiteren 1.137,06 Euro seit dem 11. Mai 2005 zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe der Eigentumsurkunde für das am 21.04.2004 geborene dunkelbraune Pferd mit der Lebensnummer #####.

2.

Es wird festgestellt, dass sich der Beklagte zu 2) mit der Annahme der vorbezeichneten Eigentumsurkunde in Verzug befindet.

3.

Der Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klägerin weitere 367,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11. Mai 2005 zu zahlen.

Wegen der Zinsmehrforderung in Bezug auf den unter Ziff. 1. tenorierten Betrag von 1.137,06 Euro und den unter Ziff. 3. tenorierten Betrag von 367,90 Euro bleibt die Klage abgewiesen und die Berufung wird insoweit zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten und die aussergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Klägerin und der Beklagte zu 2) je zu 1/2.

Die Klägerin trägt darüber hinaus die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1).

Der Beklagte zu 2) trägt seine eigenen aussergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

1

A.

2

Die Parteien streiten um Rückabwicklungsansprüche im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Fohlens durch die Klägerin vom Beklagten zu 1).

3

Die Klägerin hatte bei einer am 22.08.2004 vom Beklagten zu 1) in N durchgeführten Fohlenauktion, bei der der Beklagte zu 1) nach den Versteigerungsbedingungen im eigenen Namen und für Rechnung der Beschicker gehandelt hatte, den Zuschlag für das streitgegenständliche Fohlen erhalten. Züchter und Eigentümer des Fohlens war der Beklagte zu 2). Dieser nahm das Fohlen nach der Versteigerung wieder mit, da es noch nicht von der Mutter abgesetzt werden konnte. Die Übergabe des Fohlens an die Klägerin erfolgte sodann am 01.11.2004. Nachfolgend machte die Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 1) geltend, dass das Fohlen mangelhaft sei, da es koppe und einen Überbiss habe.

4

Prozessual hatte die Klägerin zunächst nur den Beklagten zu 1) auf Rückabwicklung des Kaufvertrages in Anspruch genommen. Im Verlaufe des erstinstanzlichen Verfahrens hat der Beklagte zu 1) sodann unter dem 26.09.2005 gegenüber der Klägerin erklärt, dass er seine ihm eventuell gegen den Beklagten zu 2) zustehenden Ansprüche aus den zugrunde liegenden Beschickerbestimmungen zur Auktion an die Klägerin abtrete. Ein nachfolgendes

5

auf die Abtretung gestütztes aussergerichtliches Rückabwicklungsverlangen der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 2) vom 24.10.2005 hat dieser durch Schreiben vom 08.11.2005 zurückgewiesen. Daraufhin hat die Klägerin ihre Klage gegen den Beklagten 2) erweitert.

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien und der erstinstanzlichen Anträge wird auf die Tatbestände des landgerichtlichen Teilurteils vom 02.05.2006 und des Schlussurteils vom 31.10. 2006 verwiesen. 6

Durch das Teilurteil vom 02.05.2006 hat das Landgericht die Klage gegen den Beklagten zu 1) als derzeit unzulässig abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klägerin und der Beklagte zu 1) im Zusammenhang mit der Forderungsabtretung des Beklagten zu 1) ein pactum de non petendo getroffen hätten. Dadurch habe die Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 1) auf eine klageweise Geltendmachung von Forderungen gegen ihn verzichtet, bis die abgetretene Forderung erfüllt werde oder der Versuch anderweitiger Befriedigung fehlschlage. 7

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt und diese im wesentlichen darauf gestützt, dass das Teilurteil des Landgerichts schon unzulässig sei, da das Verfahren gegen den Beklagten zu 1) nicht entscheidungsreif gewesen sei und die Gefahr widersprechender Entscheidungen bestehe. Zudem habe das Landgericht zu Unrecht ein pactum de non petendo angenommen. Es habe lediglich kurzfristig aussergerichtlich eine Inanspruchnahme des Beklagten zu 2) versucht werden sollen. Da diese gescheitert sei, habe das Verfahren gegen den Beklagten zu 2) fortgesetzt werden können. 8

Die Klägerin beantragt hinsichtlich des Teilurteils vom 31.10.2006, 9

dieses Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. 10

Der Beklagte zu 1) beantragt, 11

die Berufung zurückzuweisen. 12

Er macht geltend, dass gegen die Zulässigkeit des Teilurteils keine Bedenken bestünden. Weder sei eine Gefahr widersprechender Entscheidungen gegeben, noch habe es an einer Entscheidungsreife gefehlt. Zu Recht habe das Landgericht zudem die Klage gegen ihn - den Beklagten zu 1) - als unzulässig angesehen. Denn es sei bei der Forderungsabtretung seinerzeit gerade darum gegangen, dass die Klägerin nun den Beklagten zu 2) - und zwar ggfs. auch gerichtlich - in Anspruch nehme. In der Sache habe aber auch keine Mangelhaftigkeit des Fohlens im Zeitpunkt seiner Übergabe an die Klägerin vorgelegen. Zu bestreiten sei, dass das Pferd seinerzeit schon gekoppt habe. Der Überbiss sei nicht so gravierend, dass er einen Mangel darstelle. Jedenfalls aber stehe einem Anspruch insoweit § 442 BGB entgegen. 13

Durch Schlussurteil vom 31.10.2006 hat das Landgericht die Klage nach Vernehmung der Zeugen D, S und T sowie Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dr. T2 auch gegenüber dem Beklagten zu 2) abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, ein von der Klägerin behauptetes Anerkenntnis des Beklagten zu 2) in Bezug auf die Pflicht zur Rückzahlung des Kaufpreises sei nicht bewiesen worden. Eigene Gewährleistungsansprüche stünden der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 2) mangels vertraglicher Beziehung zu diesem nicht zu. Ansprüche aus abgetretenem Recht seien nicht gegeben, da nicht feststehe, dass das Fohlen bereits bei der Übergabe an die Klägerin mangelbehaftet gewesen sei. So 14

sei nicht feststellbar, dass das Pferd schon zu dieser Zeit gekoppt habe. Auf die Regelung des § 476 BGB könne die Klägerin sich hierbei nicht berufen, da im Verhältnis zwischen den Beklagten kein Verbrauchsgüterkauf vorliege. Auf den Überbiss als Mangel könne die Klägerin sich wegen § 442 BGB nicht berufen, da der Beklagte zu 1) hiervon gewußt habe und ihr diese Kenntnis zuzurechnen sei.

Auch gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie stützt sich unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens erster Instanz in wesentlichen darauf, dass das Landgericht zu Unrecht den Beweis für ein Anerkenntnis des Beklagten zu 2) als nicht erbracht angesehen habe. Ebenfalls habe das Landgericht unzutreffend den Beweis für das Koppen bei Gefahrübergang bzw. für die genetische Prädisposition hierzu als nicht geführt gewertet. Auch sei eine ihr - der Klägerin - zurechenbare Kenntnis von dem Überbiss des Fohlens nicht gegeben. Denn der Beklagte zu 1) sei ja gerade davon ausgegangen, dass ein Sachmangel insoweit nicht vorgelegen habe. Sie selbst habe ohnehin hiervon nichts gewußt. 15

Die Klägerin beantragt in Bezug auf das Schlussurteil, 16

in Abänderung dieses Urteils 17

1. 18

den Beklagten zu 2) gesamtschuldnerisch mit dem Beklagten zu 1) zu verurteilen, an sie 19
13.738,02 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen
Basiszinssatz aus 12.600,96 Euro für die Zeit vom 28.01. bis zum 19.03.2005 sowie aus
13.738,02 Euro seit dem 10.03.2005 zu zahlen, Zug um Zug gegen Herausgabe der
Eigentumsurkunde für das am 21.04.2004 geborene dunkelbraune Pferd mit der
Lebensnummer #####,

2. 20

festzustellen, dass sich je Beklagten zu 1) und 2) mit der Annahme der vorbezeichneten 21
Eigentumsurkunde in Verzug befinden,

3. 22

je Beklagten zu 1) und 2) ferner zu verurteilen, an sie weitere 367,90 Euro nebst Zinsen 23
in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 03.03.2005 zu
zahlen.

Der Beklagte zu 2) beantragt, 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Der Beklagte zu 2) verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung 26
seines erstinstanzlichen Vortrages. Er macht insbesondere geltend, er habe niemals
irgendwelche Ansprüche der Klägerin anerkannt. Auch liege keine wirksame Abtretung
etwaiger Ansprüche an die Klägerin vor, da sie die Abtretungserklärung des Beklagten zu 1)
nicht rechtzeitig angenommen habe. Im übrigen habe das Fohlen aber auch keine
Sachmängel aufgewiesen. So habe es bis zur Übergabe an die Klägerin zu keiner Zeit
gekoppt. Vielmehr sei das Fohlen offenbar wegen schlechter Haltung bei der Klägerin damit
angefangen. Die Beweislast liege ohnehin bei der Klägerin, da diese als Unternehmerin
anzusehen sei. Abgesehen davon stelle das Koppen auch keinen Sachmangel dar. Einer
Berufung auf den Überbiss als Mangel stehe § 442 BGB entgegen. Schließlich habe die

Klägerin keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze verwiesen. 27

Der Senat hat die Berufungsverfahren in Bezug auf das Teilurteil vom 02.05.2006 und das Schlussurteil vom 31.10.2006 miteinander verbunden und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T, T3 und T4 sowie durch Anhörung des Sachverständigen Dr. T2. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Berichterstatteervermerk zum Senatstermin vom 05.11.2007 Bezug genommen. 28

B. 29

Die Berufung der Klägerin gegen das Teilurteil des Landgerichts ist unbegründet. Die Berufung gegen das Schlussurteil hat dagegen bis auf eine geringfügige Zuviehforderung Erfolg. 30

I. 31

Zur Berufung der Klägerin gegen das Teilurteil 32

1. 33

Es kann dahinstehen, ob das Landgericht gegenüber dem Beklagten zu 1) ein Teilurteil hatte erlassen können oder einem solchen die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen entgegentand. Denn aufgrund der Verbindung der Verfahren durch den Senat ist diese Gefahr jedenfalls nicht mehr gegeben. 34

2. 35

Das Landgericht hat die Klage gegen den Beklagten zu 1) zu Recht als zur Zeit unzulässig zurückgewiesen. Denn der derzeitigen Inanspruchnahme des Beklagten zu 1) durch die Klägerin steht im Zusammenhang mit der Abtretungserklärung des Beklagten zu 1) vom 26.09.2005 ein sog. pactum de non petendo entgegen. 36

a) 37

Bei der v.g. Forderungsabtretung handelt es sich um eine Leistung erfüllungshalber. Das folgt schon daraus, dass die Parteien seinerzeit ausweislich des landgerichtlichen Terminprotokolls vom 06.09.2005 im Hinblick auf die damals geäußerte Bereitschaft des Beklagten zu 1) zur nachfolgend dann auch erklärten Abtretung gemeinsam das Ruhen des Verfahrens beantragt hatten. Das zeigt, dass die Klägerin sich nach dem übereinstimmenden Willen der damaligen Prozessparteien nach der Abtretung nunmehr erst einmal an den Beklagten zu 2) wenden und diesem gegenüber ihre Forderungen - jetzt aus abgetretenem Recht - durchsetzen sollte. Daraus ergibt sich entsprechend die grundsätzliche Pflicht der Klägerin zur vorrangigen Verwertung der abgetretenen Forderung. 38

b) 39

Eine solche Pflicht zur vorrangigen Verwertung besteht weiterhin. Sie ist insbesondere nicht dadurch entfallen, dass der Beklagte zu 2) sich nicht ausserprozessual zur Leistung bereit erklärt hat. 40

41

Es kann dahinstehen, ob ein Scheitern der Inanspruchnahme mit der Folge der Beendigung des pactum de non petendo grundsätzlich erst nach erfolgloser gerichtlicher Durchsetzungsbemühungen gegen den Schuldner zu bejahen ist. Vorliegend ist dies jedenfalls aufgrund der besonderen Umstände anzunehmen. Denn die Klägerin hat hier tatsächlich Klage gegen den Beklagten zu 2) erhoben. Sie hat sich zur Begründung ihrer Klage gerade auch der ihr vom Beklagten zu 1) abgetretenen Forderung bedient und diese nicht etwa an den Beklagten zu 1) rückabgetreten. Das gilt ebenfalls für das Berufungsverfahren. Damit nutzt die Klägerin zum einen die Abtretung weiterhin. Zum anderen steht nach wie vor nicht fest, dass die auf die abgetretene Forderung gestützte Inanspruchnahme des Beklagten zu 2) scheitert. Vielmehr führt sie - wie nachfolgend noch auszuführen ist - zu einer antragsgemäßen Verurteilung. Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte zu 2) etwa die Urteilssumme nicht wird aufbringen können, sind ebenfalls weder dargetan noch sonst ersichtlich. Unter diesen Umständen aber kann der Beklagte zu 1) der Klägerin weiterhin die Pflicht zur vorrangigen Verwertung der Ansprüche gegen den Beklagten zu 2) entgegenhalten.

c) 42

Der Einwand des pactum de non petendo führt - wie schon das Landgericht zutreffend dargelegt hat - nicht zu einer Zurückweisung der Klage als zur Zeit unbegründet, sondern als derzeit unzulässig. Es ist zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) im Hinblick auf die seinerzeit im Verhandlungstermin vor dem Landgericht angekündigte Abtretung das Ruhen des Verfahrens beantragt worden. Das beinhaltet prozessual einen vorübergehenden Verfahrensstillstand bis zum Entfallen des Grundes für das Ruhen des Verfahrens. Solange dieser Grund - nach obigen Ausführungen die vorrangige Inanspruchnahme des Beklagten zu 1) - noch fortbesteht, besteht auch das prozessuale Hindernis in Bezug auf die Verfahrensfortsetzung fort. 43

Damit war die Berufung der Klägerin gegen das den Beklagten zu 1) betreffende landgerichtliche Teilurteil zurückzuweisen. 44

II. 45

Zur Berufung der Klägerin gegen das Schlussurteil 46

Die hiergegen gerichtete Berufung hat bis auf eine geringfügige Zuvielforderung hinsichtlich eines Teiles der Zinsen Erfolg. 47

1. 48

Allerdings kann die Klägerin den Beklagten zu 2), mit dessen Haftung sich das Schlussurteil befasst, nicht unmittelbar aus eigenem Recht auf Zahlung der geltend gemachten Beträge in Anspruch nehmen. 49

Die Klägerin hat sich insoweit darauf berufen, dass der Beklagte zu 2) ihr gegenüber aufgrund eines Anerkenntnisses hafte. Denn er habe bei der Abholung des streitgegenständlichen Fohlens am 30.01.2005 erklärt, dass er ihr den Kaufpreis für das Pferd erstatten werde. Diese Darstellung ist vom Beklagten zu 2) bestritten worden. Die Klägerin aber hat den ihr obliegenden Beweis für ein solches Anerkenntnis des Beklagten zu 2) nicht erbracht. 50

Das Landgericht ist nach Vernehmung der Zeugen D, S und T zu diesem Ergebnis gelangt und hat dies im Einzelnen und ausführlich begründet. Dabei hat es insbesondere darauf abgestellt, dass die Aussagen der Zeugen D und S schon inhaltlich zu unbestimmt waren, um die Behauptung der Klägerin bestätigen zu können. Im übrigen hat das Landgericht auch auf die Widersprüche der Aussagen dieser Zeugen zu der Bekundung des Zeugen T verwiesen.	
Diese Beweiswürdigung des Landgerichts, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, ist nicht zu beanstanden. Sie deckt sich auch damit, dass die Klägerin und der Beklagte zu 2) seinerzeit lediglich die Übernahme des Fohlens durch den Beklagten zu 2), nicht jedoch weitere Abreden schriftlich dokumentiert haben. Letzteres wäre aber zu erwarten gewesen, wenn der Beklagte zu 2) tatsächlich die von der Klägerin behauptete Anerkenntniserklärung abgegeben hätte.	52
Fehler in der landgerichtlichen Beweiswürdigung oder sonstige überzeugende Argumente gegen sie hat die Berufung ebenfalls nicht vorgebracht. Sie sind auch sonst nicht ersichtlich. Der Senat sieht daher keine Veranlassung, von der Beweiswürdigung des Landgerichts abzuweichen und die Zeugen erneut zu vernehmen.	53
Da somit schon der Beweis für die behauptete Erklärung des Beklagten zu 2) nicht erbracht worden ist, kommt es auf die streitige Frage, wie die behauptete Erklärung rechtlich einzuordnen ist, nicht mehr an.	54
2.	55
Die Klägerin kann den Beklagten zu 2) jedoch aus abgetretenem Recht des Beklagten zu 1) gemäß §§ 383ff HGB, § 398 BGB i.V.m. den Beschickerbestimmungen des Beklagten zu 1) und §§ 434, 437 Nr. 2, 323, 346ff BGB auf Rückabwicklung des fraglichen Kaufgeschäftes in Anspruch nehmen.	56
a)	57
Der Beklagte zu 1) hat der Klägerin wirksam die ihm gegenüber dem Beklagten zu 2) zustehenden Ansprüche aus seinen Beschickerbestimmungen abgetreten.	58
Die entsprechende Abtretungserklärung des Beklagten zu 1) datiert vom 26.09.2005. Sie ist der Klägerin - wie sich auch aus den Akten ergibt - erst mit Schreiben vom 11.10.2005 zugeleitet worden. Die Klägerin hat sie sodann unter dem 15.10.2005 gegengezeichnet. Das folgt aus dem Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 24.10.2005, in dem auf die Abtretungsvereinbarung vom 26.09./15.10.2005 Bezug genommen worden ist. Auch das Landgericht hat dies im unstreitigen und nicht durch einen Berichtigungsantrag angegriffenen Teil des Tatbestandes so festgestellt. Das Schreiben vom 24.10.2005 ist dem Beklagten zu 1) zeitnah über das Gericht zugeleitet worden, so dass entgegen der Ansicht des Beklagten zu 2) sehr wohl eine rechtzeitige Annahme der Abtretung festzustellen ist.	59
b)	60
Zwischen dem Beklagten zu 1) und dem Beklagten zu 2) hat in Bezug auf das streitgegenständliche Fohlen ein Kommissionsgeschäft im Sinne der §§ 383 ff HGB bzw. eine entgeltliche Geschäftsbesorgung vorgelegen. Im Rahmen dieser Geschäftsbeziehung galten die zwischen dem Beklagten zu 1) und dem Beklagten zu 2) vereinbarten Beschickerbestimmungen. Nach Ziff. 10 dieser Bestimmungen hat der Beklagte zu 1) gegenüber dem Beklagten zu 2) einen Anspruch auf Freistellung hinsichtlich seiner Haftung	61

gegenüber seinen Käufern. Diese Regelung ist vorliegend Grundlage für die Inanspruchnahme des Beklagten zu 2) durch die Klägerin aus abgetretenem Recht des Beklagten zu 1). Denn der Klägerin steht - wie nachfolgend auszuführen ist - gegenüber dem Beklagten zu 1) aus kaufrechtlicher Gewährleistung ein Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages zu, für den aufgrund der Beschickerbestimmungen des Beklagten zu 1) der Beklagten zu 2) zu haften hat.

Das gewährleistungsrechtliche Rücktrittsrecht der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 1) ergibt sich aus Folgendem: 62

aa) 63

Zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) bestand in Bezug auf das fragliche Fohlen eine kaufvertragliche Beziehung. Entsprechend findet hierauf das kaufvertragliche Gewährleistungsrecht, ergänzt durch die Auktionsbedingungen des Beklagten zu 1), Anwendung. 64

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist das Rechtsgeschäft zwischen ihr und dem Beklagten zu 1) allerdings nicht schon nach §§ 134 BGB, 34 b Abs. 6 Nr. 5 GewO nichtig. Dabei kann dahinstehen, ob die Regelung des § 34 b GewO vorliegend überhaupt einschlägig ist. Denn es handelt sich bei dieser Norm lediglich um ein allein den Versteigerer selbst betreffendes Verbot. Ein etwaiger Verstoß hiergegen stellt nur eine bußgeldbeschwerte Ordnungswidrigkeit dar. Eine Nichtigkeitsfolge für das Rechtsgeschäft selbst lässt sich daraus gerade nicht ableiten. Sonstige Nichtigkeitsgründe sind ebenfalls nicht ersichtlich. 65

bb) 66

Es ist davon auszugehen, dass das der Klägerin verkaufte Fohlen zur maßgeblichen Zeit des Gefahrübergangs auf sie durch die am 01.11.2004 erfolgte Übergabe des Pferdes mit einem Sachmangel im Sinne des § 434 BGB behaftet war. 67

Bei dem fraglichen Fohlen handelt es sich um einen sog. Kopper. Das ist zwischen den Parteien unstreitig. 68

Das Koppen eines Pferdes stellt einen Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB dar. Nach den überzeugenden und nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 in seinem Gutachten vom 15.08.2006 und seinen weiteren Erläuterungen im Rahmen seiner Anhörung vor dem Senat handelt es sich bei dem Koppen um eine echte Verhaltensstörung mit Krankheitswert. Dabei ist das Koppen Ausdruck eines psychischen Defektes des Pferdes, der sich auf verschiedene Weise - wie eben in Form des Koppens, des sog. Krippenwetzens oder eines Boxenlaufens - äußert. Aus medizinischer Sicht ist es ohne Bedeutung, in welcher Weise sich diese psychische Erkrankung letztlich äußert. Auch der Markt wertet im übrigen ein koppelndes Pferd als mangelbehaftet, da - wie der Sachverständige ebenfalls ausgeführt hat - für diesen Fall von einer Wertminderung von 30 bis 50 % auszugehen ist. 69

Wohl ist der Zeitpunkt des Beginns des Koppens als Beleg für das Vorliegen des psychischen Defektes des Fohlens streitig. So hat der Beklagte zu 2) - wie im übrigen auch der Beklagte zu 1) - geltend gemacht, dass das Fohlen bis zu seiner Übergabe an die Klägerin niemals gekoppt habe, es also erst bei der Klägerin zu einem Kopper geworden sei. Dem ist die Klägerin unter Hinweis darauf entgegengetreten, dass der abgenutzte Zustand der Zähne des Fohlens bei der von ihr veranlassten tierärztlichen Untersuchung vom 07.12.2004 ein Koppen 70

schon für die Zeit vor dem 01.11.2004 belege.

Der Senat hat zu dieser Streitfrage die vom Beklagten zu 2) benannten Zeugen T, T3 und T4 71 gehört. Diese Zeugen haben übereinstimmend bekundet, dass sie das streitgegenständliche Fohlen regelmäßig täglich bzw. sogar mehrmals täglich gesehen und sich auch näher mit ihm befasst hätten und das Fohlen bei all diesen Gelegenheiten niemals gekoppt habe. Diese Aussagen mögen zwar inhaltlich zutreffen. Dennoch belegen sie nicht, dass das Fohlen in der Besitzzeit des Beklagten zu 2) tatsächlich niemals gekoppt hat. Denn die Zeugen haben jeweils nur zeitlich begrenzte Beobachtungen wiedergeben können. Keiner von ihnen hat sich etwa den ganzen Tag oder gar über Nacht bei dem Fohlen aufgehalten. Es ist nach den Aussagen der Zeugen nicht einmal anzunehmen, dass das Fohlen die überwiegende Zeit des Tages unter Beobachtung gestanden hat. Damit kann keineswegs ausgeschlossen werden, dass das Fohlen zu unbeobachteten Zeiten - etwa gerade nach Weggang der Zeugen oder in der Nacht - gekoppt hat.

Vielmehr sprechen die Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 in seinem schriftlichen Gutachten vom 15.08.2006 und bei seiner Anhörung vor dem Senat sogar dafür, dass das Fohlen tatsächlich schon vor Gefahrübergang auf die Klägerin gekoppt hat. Zwar hat sich auch der Sachverständige nicht darauf festlegen mögen, ob das Koppen bereits vor dem 01.11.2004 stattgefunden hat oder nicht. Er hat aber andererseits nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, dass der Zustand der Zähne, wie er sich nach dem auch zu den Akten gereichten und als solcher von Beklagtenseite nicht konkret angegriffenen Untersuchungsbericht des Tierarztes Dr. I vom 07.12.2004 seinerzeit dargestellt hat, als Folge des Koppens nicht in wenigen Tagen eintrete, sondern ein Koppen über mehrere Wochen voraussetze; dabei hänge der Abnutzungsgrad der Zähne auch von weiteren Umständen - wie der Häufigkeit des Koppens, der Heftigkeit des Aufsetzens und dem Material, auf das die Zähne aufgesetzt werden - ab. Dazu hat der Sachverständige vor dem Senat nochmals erläutert, dass dieser Zeitraum mit etwa mindestens 6 bis 8 Wochen anzusetzen sei. Dies hat er überzeugend damit begründet, dass seine eigenen Feststellungen zur Abnutzung des Gebisses sich nicht gravierend von denen des Dr. I vom 07.12.2004 unterscheiden würden, so dass sich der Abnutzungsprozess bei dem fraglichen Fohlen eher langsam vollzogen habe. Bei Zugrundelegung eines Zeitraums von 6 bis 8 Wochen für den Beginn des Koppens aber fiel dieser schon in die Besitzzeit des Klägers. Dabei ist nicht einmal berücksichtigt, dass sich das Koppen nach den Angaben des Sachverständigen in aller Regel erst nach und nach entwickelt. 72

Zwar mag angesichts der auch vom Sachverständigen aufgezeigten Unsicherheiten letztlich nicht zwingend feststellbar sein, dass das fragliche Fohlen tatsächlich bereits beim Beklagten zu 2) gekoppt hat. Das ist aber andererseits auch nicht ausgeräumt. Die verbleibende Unaufklärbarkeit wirkt sich zu Lasten des Beklagten zu 2) aus. Denn bei der maßgeblichen Frage, ob der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 1) ein Rücktrittsrecht zusteht, für das der Beklagte zu 2) den Beklagten zu 1) freizustellen hat, kommt die Vermutungswirkung § 476 BGB zum Tragen. 73

Es handelt sich vorliegend um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne dieser Vorschrift. Die Klägerin hat hierzu bereits erstinstanzlich geltend gemacht, dass sie die Pferdezucht lediglich zu Hobbyzwecken betrieben und von ihren 4 Fohlen nur eines verkauft habe; eines sei verstorben und die übrigen habe sie behalten; damit seien ihre Stallplätze auch belegt. Das aber vermag eine Unternehmereigenschaft der Klägerin nicht zu begründen. Demgegenüber hat der Beklagte zu 2) - wie auch der Beklagte zu 1) - erstinstanzlich keine konkreten Umstände vorgetragen, aus denen sich eine andere Wertung rechtfertigen ließe. 74

Erstmals zweitinstanzlich hat der Beklagte zu 2) dann zunächst darauf verwiesen, dass die Klägerin seit dem 01.09.2005 eine Hengststation übernommen habe und nunmehr den Zucht-, Ausbildungs- und Pensionsstall D betreibe. Daraus folgert er, dass die Klägerin auch schon zuvor unternehmerisch tätig gewesen sein müsse. Letzteres hat die Klägerin in Abrede gestellt, so dass der Behauptung - abgesehen davon, dass es auch an hinreichend konkretem Vortrag hierzu fehlt - als neuem Vorbringen nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht weiter nachzugehen ist. Die von der Klägerin für die Zeit ab dem 01.09.2005 unstreitig gestellte Übernahme der Hengststation und Gründung des Zucht-, Ausbildungs- und Pensionsbetriebes steht der Anwendbarkeit des § 476 BGB nicht entgegen. Denn hieraus läßt sich auf eine Unternehmereigenschaft der Klägerin für den Zeitpunkt des Fohlenkaufes vom 22.08.2004 nicht schließen.

75

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Klägerin - wie sie im Senatstermin vom 05.11.2007 erklärt hat - zur fraglichen Zeit noch über 2 Deckhengste verfügt hat, die sie beide an einen Herrn C verleast hatte. Auch insoweit kann - da es sich wiederum um neues Vorbringen in zweiter Instanz handelt - nur das Berücksichtigung finden, was die Klägerin selbst einräumt. Danach hat sie für den einen Hengst eine Vergütung von 20.000,- Euro erhalten, die nach ihren Angaben durch die Kosten wieder aufgezehrt worden ist. Für den anderen Hengst soll der Klägerin nach ihren Ausführungen schon kein Vergütungsanspruch gegen Herrn C zugestanden haben. Auch hieraus folgt noch keine Unternehmereigenschaft der Klägerin. Zwar kommt es dabei auf die Absicht der Gewinnerzielung grundsätzlich nicht an. Eine Unternehmereigenschaft setzt in Abgrenzung zur privaten Ausübung eines Hobbys bzw. einer reinen Vermögensverwaltung aber ein auf Dauer angelegtes planvolles Handeln am Markt im Wettbewerb mit anderen Unternehmern und mit einem planmäßigen Geschäftsbetrieb voraus (vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, 66. Aufl., § 14 Rdnr. 2 m.w.N.). Diese Merkmale fehlen bei Zugrundelegung des klägerischen Vortrags. Es fehlen insbesondere konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin überhaupt als Unternehmerin am Markt aufgetreten ist. Da nach dem von ihr eingeräumten Sachverhalt zudem Geschäftskontakte nur in Bezug auf das Verleasen zweier Pferde und nur mit einer einzigen Person vorhanden waren, ist auch ein Geschäftsbetrieb mit einem gewissen organisatorischen Aufwand nicht gegeben. Entsprechend ist die nach dem erstinstanzlichen Vorbringen anzunehmende Verbrauchereigenschaft der Klägerin nach wie vor zu bejahen und die zweitinstanzlich vorgetragenen Umstände stehen, soweit sie von der Klägerin unstreitig gestellt worden sind, dem nicht entgegen.

76

Soweit seitens des Beklagten zu 2) im – nicht nachgelassenen – Schriftsatz vom 22.11.2007 weitere Ausführungen zur Problematik der Unternehmereigenschaft der Klägerin erfolgt sind, besteht keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Neue rechtliche Gesichtspunkte sind darin nicht enthalten. Im übrigen können – wie ausgeführt – nur solche Fakten Berücksichtigung finden, die erstinstanzlich vorgetragen bzw. von der Klägerin selbst eingeräumt worden sind. Das aber ist geschehen. Die Voraussetzung für eine Zulassung nach § 531 Abs. 2 ZPO hat der Beklagte zu 2) auch im Schriftsatz vom 22.11.2007 in keiner Weise dargetan.

77

Da das Fohlen unstreitig jedenfalls am 30.01.2005 gekoppt hat, hat sich der Mangel innerhalb der 6-Monats-Frist des § 476 BGB gezeigt.

78

Der damit geltenden Vermutung für das Vorliegen des Mangels bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs steht die Art der Sache nicht entgegen. Die Regelung des § 476 BGB gilt grundsätzlich auch für Tiere. Gründe, warum der Vermutungswirkung des § 476 BGB die Art des Mangels entgegenstehen könnte, sind ebenfalls nicht ersichtlich und von Beklagtenseite

79

auch nicht dargetan.

Demgemäß hat der Beklagte zu 2) die zu Gunsten der Klägerin sprechende Vermutung des § 476 BGB nicht ausgeräumt. 80

cc) 81

Einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nach § 323 BGB bedurfte es vorliegend nicht. 82

Eine Heilung des Koppens ist nach den auch insoweit überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dr. T2 nicht zu erwarten. Auch der Beklagte zu 2), der das Pferd seit der Rückholung am 30.01.2005 wieder in seinem Besitz hat, hat bei seiner Anhörung erklärt, dass das Tier nach wie vor koppe. Eine Nachbesserung scheidet daher aus. 83

Eine Nachlieferung kommt ebenfalls nicht in Betracht. Zum einen hatte die Klägerin sich das fragliche Fohlen nach ihren Kriterien aus einer Vielzahl von Pferden ausgesucht. Dafür, dass es dennoch beliebig austauschbar wäre, spricht nichts. Zum anderen hatte der Beklagte zu 1), auf dessen Haftung gegenüber der Klägerin vorliegend abzustellen ist, selbst in seinen Auktionsbedingungen unter lit. B Ansprüche auf Nacherfüllung ausgeschlossen. Dann aber kann jetzt weder auf einem solchen Recht bestanden noch eine etwaige Unwirksamkeit dieser Regelung zum Nachteil der Klägerin geltend gemacht werden. 84

dd) 85

Eine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung im Sinne des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB liegt nicht vor. 86

Wie bereits ausgeführt, hat das Koppen eines Pferdes eine erhebliche Minderung seines Marktwertes von 30 bis 50 % zur Folge. 87

ee) 88

Auf einen Gewährleistungsausschluss im hier maßgeblichen Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) kann der Beklagte zu 2) sich ebenfalls nicht berufen. 89

Zwar hat der Beklagte zu 1) in lit. B seiner Auktionsbedingungen einen solchen Gewährleistungsausschluss vorgesehen. Da es sich - wie ebenfalls schon erörtert - vorliegend aber um einen Verbrauchsgüterkauf nach §§ 474ff BGB handelt, ist dieser Gewährleistungsausschluss nach § 475 Abs. 1 BGB gegenüber der Klägerin unwirksam. 90

ff) 91

Soweit lit. C Ziff. III der Auktionsbedingungen des Beklagten einen Rechtsverlust für den Fall vorsehen, dass der Mangel nicht binnen 8 Wochen nach Gefahrübergang angezeigt wird, ist auch diese Regelung gegenüber der Klägerin als Verbraucherin nach § 475 BGB unwirksam. 92

Demgemäß steht der Klägerin gegenüber dem Beklagten zu 1) ein Recht auf Rücktritt vom Kaufvertrag im Hinblick auf den gerügten Mangel des Koppens zu. Dabei kommt es nach obigen Ausführungen auch nicht mehr darauf an, ob bereits allein eine etwaige genetische Disposition zum Koppen als Mangel zu werten ist oder nicht. Ebenfalls kann dahinstehen, ob daneben auch noch ein Rücktrittsrecht wegen des als weiteren Mangel gerügten Überbisses des Pferdes zu bejahen wäre. 93

gg) 94

Aufgrund des von der Klägerin auch ausgeübten Rücktrittsrechts steht ihr ein Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises einschließlich der aufgewandten Kommissionsgebühr und der Versicherung von insgesamt 12.600,96 Euro zu.	95
Als notwendige Verwendungen sind ihr ebenfalls die als solche konkret nicht bestrittenen Aufwendungen für tierärztliche Bemühungen von 837,09 Euro und Unterbringungskosten von 300,- Euro im beantragten Umfang zu erstatten.	96
Auch die vorgerichtlichen Anwaltskosten von 367,90 Euro, die die Klägerin nach ihren unbestrittenen Angaben im Senatstermin vom 05.11.2007 an ihre Prozessbevollmächtigten gezahlt hat, sind als Kosten einer sachdienlichen Rechtsverfolgung, die im Verfahren nicht anrechnungsfähig sind, zu erstatten (Ziff. 3. des Tenors).	97
Die geltend gemachten Zinsen rechtfertigen sich in Bezug auf den geleisteten Kaufpreis einschließlich der Nebenkosten von insgesamt 12.600,96 Euro aufgrund des vorprozessualen klägerischen Schreibens vom 19.01.2005 unter Fristsetzung zum 27.01.2005 ab dem 28.01.2005.	98
Die übrigen Kosten sind mangels Feststellbarkeit eines Verzugs erst ab Zustellung der Klage mit dem 11.05.2005 zuzusprechen. Diesbzgl. war die Klage daher unter Zurückweisung der Berufung insoweit abzuweisen.	99
3.	100
Da die Klägerin ihr Rücktrittsrecht aus abgetretenem Recht des Beklagten zu 1) gegenüber dem Beklagten zu 2) nach obigen Ausführungen zu Recht geltend gemacht hat, war dem Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs in Bezug auf den Beklagten zu 2) ebenfalls stattzugeben.	101
B.	102
Die Kosten des Rechtsstreits waren wie geschehen nach § 92 ZPO zu verteilen.	103
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziff. 10, 713 ZPO.	104
C.	105
Die Revision war nicht zuzulassen. Dem Rechtsstreit kommt weder grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichtes.	106