

---

**Datum:** 28.01.2019  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 2. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 2 U 98/18  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2019:0128.2U98.18.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Münster, 2 O 134/16

---

**Tenor:**

Auf die Berufung des Beklagten und des Streithelfers des Beklagten wird das Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Streithelfers des Beklagten hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

---

**Gründe**

1

**I.**

2

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten die Rückabwicklung eines Pferdekaufvertrags und macht gegen ihn weitere Aufwendungs- und Schadensersatzansprüche geltend.

3

Die im Reitsport engagierte Klägerin betreibt in England ein großes Gestüt namens "Y", auf dem sie verschiedene Pferde hält und regelmäßig Wettkämpfe sowie Reitlehrgänge ausrichtet. Die Verwaltung ihres Vermögens hat sie einem Herrn B aus der Schweiz übertragen. Ihre Dressurpferde erwirbt sie regelmäßig mithilfe des erfahrenen Berufsreiters

4

Herrn G. Pferde, die sich für die von ihr geplanten Sporteinsätze aus gesundheitlichen oder charakterlichen Gründen nicht eignen, veräußert sie als Reit- oder Zuchtpferde.

Der Beklagte führt zweimal jährlich Pferdeversteigerungen in L durch, die von dem Zeugen C als Auktionator geleitet werden. Vor ihrer Aufnahme in das Auktionslot werden alle Pferde einer Ankaufsuntersuchung einschließlich einer bestimmten Anzahl an Röntgenbildern unterzogen und von dem Zeugen Dr. D sowohl während der Vorbereitungszeit als auch am Auktionstag mittels eines sog. Vet-Checks tiermedizinisch betreut. 5

Zum Auktionssortiment der Herbstauktion 2015 zählte die von dem Streithelfer gezogene, damals dreijährige Stute "X", die zunächst für eine Versteigerung des Beklagten im Frühjahr 2015 vorgesehen, dann aber aus zwischen den Parteien streitigen Gründen zurückgezogen worden war. Den Beritt des als Siegerstute ausgezeichneten Pferdes nahm ab Anfang August 2015 der Zeuge Y als Chefbereiter des Beklagten vor, der es u.a. auf einem Werbevideo in Szene setzte. Vor der Auktion wurde "X" verschiedentlich öffentlich präsentiert und von mehreren Kunden einschließlich Herrn G, der für die Klägerin einen geeigneten Dressuraspiranten suchte, anstandslos probegeritten. Sowohl die Ankaufsuntersuchung als auch sämtliche tierärztliche Kontrollen blieben laut dem Zeugen Dr. D ohne Befund. 6

Am Auktionstag, dem 04.10.2015, ersteigerte Herr G das Pferd unter zwischen den Parteien streitigen Umständen für die Klägerin zu einem Preis von 100.000,00 Euro netto. Neben dem Kaufpreis einschließlich der Umsatzsteuer von 19.000,00 Euro stellte der Beklagte der Klägerin seine Kommissionsgebühr, einen Versicherungsbeitrag sowie eine Auslandspauschale in Höhe von insgesamt weiteren 8.520,00 Euro brutto in Rechnung. Nachdem die Klägerin sämtliche Forderungen beglichen hatte, blieb das Tier für die folgenden vier Tage beim Beklagten und wurde vom Zeugen Y geritten. Am 08.10.2015 wurde es von einem Spediteur abgeholt und am nächsten Tag in zwischen den Parteien streitigem Zustand bei der Klägerin gegen Transportkosten von 2.618,00 Euro abgeliefert. 7

Nachdem Herr G den Beklagten per Email vom 17.10.2015 über eine angebliche Lahmheit des Pferdes informiert hatte, veranlasste der Beklagte eine Untersuchung des Tieres durch den Zeugen Dr. D vor Ort. Laut dessen Bericht vom 17.11.2015 zeigte "X" eine geringfügige Lahmheit auf dem Zirkel, die er einer Weichteilentzündung zuschrieb und als gut heilbar einschätzte. 8

Mit anwaltlichem Schreiben vom 08.12.2015 erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag. Es entspann sich eine schriftliche Korrespondenz mit dem Beklagten, der zunächst die von dem Zeugen Dr. D berechneten Untersuchungskosten übernahm und mit Schreiben vom 23.12.2015 eine Reduzierung des Kaufpreises auf 75.000,00 Euro anbot. Die Klägerin lehnte diesen Vorschlag ab und erklärte mit einem Schreiben ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 08.03.2016 erneut den Vertragsrücktritt. Am 17.03.2016 wies der Beklagte ihre Forderungen zurück. 9

Nach Erhebung der Klage am 15.06.2016 forderte die Klägerin den Beklagten mit Schreiben vom 07.02.2017 - wenngleich vergebens - "vorsorglich" zur Nacherfüllung auf. 10

Die Klägerin hat behauptet, das Pferd habe seit seiner Ankunft bei ihr eine deutliche Lahmheit gezeigt, die zumindest latent schon am Auktionstag vorhanden und der Grund für den Rückzug des Pferdes aus der Frühjahrsauktion 2015 gewesen sei. In diesem Zusammenhang hat sie gemeint, zu ihren Gunsten streite die in § 476 BGB a.F. statuierte Beweislastumkehr, da sie das Pferd als Verbraucherin gekauft habe. Hierzu hat sie unter Vorlage verschiedener Steuerunterlagen sowie eidesstattlicher Versicherungen ihres 11

Vermögensverwalters und ihres Steuerberaters (Bl. 336, 338 d.A.) behauptet, sie betreibe ihre Farm aus reiner Liebhaberei und sei nie gewerblich am Markt aufgetreten. Schließlich hat sie behauptet, die Lahmheit der Stute sei nicht heilbar.

Der Beklagte und der Streithelfer haben übereinstimmend behauptet, "X" habe zu keinem Zeitpunkt Lahmheiten oder sonstige Auffälligkeiten gezeigt. Vielmehr habe sie stets mit einer besonderen Geschmeidigkeit beeindruckt, andernfalls der Zeuge Dr. D das Pferd aus dem Auktionskontingent entfernt und Herr G keine Kaufempfehlung abgegeben hätte. Das Tier habe nur deshalb nicht an der Frühjahrsauktion 2015 teilgenommen, weil es damals noch sehr jung und unbemuskelt gewesen sei. Sollte es nunmehr an einer Lahmheit leiden, sei dies entweder auf ein Transporttrauma oder andere Umstände aus dem Herrschaftsbereich der Klägerin zurückzuführen. Darüber hinaus haben sie die Auffassung vertreten, die Klägerin sei schon nach ihren eigenen Ausführungen als Unternehmerin anzusehen. 12

Schließlich hat der Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben und hilfsweise die Aufrechnung mit vermeintlichen Schadensersatzansprüchen in Höhe des Kaufpreises erklärt. Hierzu hat er behauptet, eine womöglich nunmehr chronische Lahmheit habe die Klägerin dadurch hervorgerufen, dass sie das Pferd keinem orthopädischen Hufbeschlag unterzogen, sondern auf der Weide sich selbst überlassen habe. 13

Das Landgericht hat der Klage nach der Einholung eines veterinärmedizinischen Sachverständigengutachtens und einer Einvernahme der Zeugen Dr. D, Y und C sowie des Streithelfers bis auf einen Teil der Zinsforderung stattgegeben. Es hat einen Sachmangel des Pferdes in Form einer Lahmheit beider Vordergliedmaßen angenommen, der schon beim Zuschlag vorgelegen habe. Zugunsten der Klägerin hat das Landgericht § 476 BGB a.F. herangezogen und das Geschäft insbesondere wegen der persönlichen Angaben der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 23.04.2018 sowie der zur Akte gereichten Steuerunterlagen als Verbrauchsgüterkauf eingeordnet. Dem Beklagten sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme der Nachweis des Gegenteils i.S.d. § 292 ZPO nicht gelungen. 14

Hiergegen richten sich die Berufungen des Beklagten und des Streithelfers. 15

Sie wiederholen und vertiefen im Wesentlichen ihr erstinstanzliches Vorbringen und halten die Klägerin in Bezug auf den streitbefangenen Kauf nach wie vor für eine Unternehmerin. Hierzu behauptet der Streithelfer, er habe erstmals am 19.06.2018 in einem Gespräch mit Herrn G erfahren, dass die Klägerin in den letzten drei bis vier Jahren vor der Auktion allein mit dessen Hilfe acht Dressurpferde erworben und zur Verlustminimierung vier Pferde veräußert habe. Hinzu kämen die von ihr selbst erwähnten Verkäufe von Zuchttieren. 16

Sie beantragen nunmehr, 17

das Urteil des Landgerichts Münster v. 14.05.2018 - 2 O 134/16 - abzuändern und die Klage abzuweisen. 18

Die Klägerin beantragt, 19

die Berufung zurückzuweisen. 20

Sie verteidigt das für sie günstige Urteil des Landgerichts und erachtet das Berufungsvorbringen des Beklagten sowie des Streithelfers als unzulässig i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO. Hierzu hat sie zunächst innerhalb der vom Senat gesetzten Berufungserwiderungsfrist 21

lediglich behauptet, sie habe weder mehr als ein reitbares Pferd gleichzeitig zur Verfügung gehabt noch mit Pferden gezüchtet.

Erstmals im Senatstermin am 28.01.2019 hat sie die Ausführungen des Beklagten und des Streithelfers hinsichtlich der Anzahl ihrer Pferdegeschäfte innerhalb der letzten drei bis vier Jahre vor dem Erwerb von "X" bestritten und nunmehr behauptet, sie habe in dieser Zeit lediglich drei Pferde erworben und keines veräußert. 22

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Anwaltsschriftsätze nebst Anlagen, auf die Sitzungsprotokolle erster und zweiter Instanz sowie auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen. 23

**II.** 24

Die zulässige Berufung ist begründet. 25

**1.** 26

Die Klage ist zulässig, insbesondere ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus Art. 4 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1215/2012, sog. Brüssel-Ia-VO. 27

**2.** 28

Die Klage bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. 29

a) 30

Es ist deutsches Recht anzuwenden, ohne dass die Frage nach einer wirksamen Einbeziehung der Allgemeinen Auktionsbedingungen (fortan: AGB) des Beklagten an dieser Stelle einer Klärung bedarf. Denn selbst ohne wirksame Rechtswahl gem. § 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008, sog. Rom-I-VO, i.V.m. lit. Q der AGB folgte die – auch von den Parteien nicht in Zweifel gezogene - Anwendung deutschen Rechts aus Art. 4 Ia der Rom-I-VO. 31

b) 32

Die Klägerin hat unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch gegen den Beklagten auf Rückzahlung des für "X" gezahlten Kaufpreises von 119.000,00 Euro brutto. Insbesondere ist ihre Forderung weder aufgrund eines wirksamen Vertragsrücktritts gem. §§ 437 Nr. 2, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 323 Abs. 1, 326 Abs. 5, 346 Abs. 1 BGB noch unter schadensersatzrechtlichen Aspekten gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 281, 249 Abs. 2 Satz 1 BGB oder gem. §§ 437 Nr. 3, 311a Abs. 2, 249 Abs. 2 Satz 1 BGB gerechtfertigt. Denn der Klägerin ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht mit der i.S.d. § 286 ZPO erforderlichen Sicherheit der Nachweis gelungen, dass die Stute bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit einem Sachmangel gem. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB behaftet war. 33

aa) 34

Die Parteien hatten den Gefahrübergang, der gem. § 446 BGB im Regelfall mit der Übergabe des Tieres einhergeht, gem. lit. D Ziff. 1 der AGB des Beklagten auf den Zeitpunkt des Zuschlags vorverlegt. Dies wäre selbst im Rahmen des von der Klägerin behaupteten Verbrauchsgüterkaufs ohne weiteres zulässig gewesen (vgl. BGH, Urteil v. 15.04.2014, VIII ZR 70/13). An der wirksamen Einbeziehung der AGB bestehen keine Zweifel. Insbesondere 35

waren sie unstreitig in dem Auktionskatalog in deutscher sowie englischer Sprache abgedruckt und von dem Zeugen C eingangs der Versteigerung ausdrücklich erwähnt worden. Ob der für die Klägerin vor Ort agierende Herr G als deren Bote oder als Stellvertreter i.S.d. §§ 164 ff. BGB aufgetreten ist, kann dahinstehen, da die Klägerin den Auktionskatalog - wie von ihrem Prozessbevollmächtigten im Senatstermin bestätigt - selbst eingesehen hat (vgl. zur Einbeziehung von AGB durch ein Auktionsverzeichnis: OLG Celle, Urteil v. 22.10.2010, 20 U 48/10).

bb) 36

Die röntgenologischen Veränderungen in Form eines zu kleinen hinteren Hufwinkels und geringfügiger Sklerosierungen, die der senatsbekannt sehr sorgfältige und versierte Sachverständige bei dem Tier festgestellt hat, begründeten isoliert betrachtet, also ohne zugleich klinische Erscheinungen, nicht einmal dann einen Sachmangel im genannten Sinne, wenn sie schon während der Auktion vorgelegen hätten. Denn sofern die Parteien keine anderslautende Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB getroffen haben, kann der Käufer eines mit individuellen Anlagen ausgestatteten Tieres auch auf hohem Preisniveau nicht erwarten, dass es dem physiologischen oder biologischen Ideal entspricht. Ebenso wenig wird die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eines Reitpferdes dadurch beeinträchtigt, dass aufgrund physiologischer Normabweichungen ein gewisses Risiko für die Entwicklung klinischer Symptome besteht. Eine andere Bewertung ist erst dann geboten, wenn eine alsbaldige Erkrankung bereits beim Gefahrübergang sehr wahrscheinlich war und das Risiko einer Einbuße der Verwendungsmöglichkeit als Reitpferd deutlich über die für ein Lebewesen typischen Entwicklungsunsicherheiten hinausging (vgl. BGH, Urteil v. 18.10.2017, VIII ZR 32/16). 37

(1) 38

Im Streitfall hatten die Parteien keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne bestimmter röntgenologischer Anforderungen getroffen, die "X" erfüllen musste. Vielmehr galt gem. lit. B II.1 der AGB des Beklagten derjenige Zustand als vereinbart, der sich aus den vor der Auktion jedem Interessenten zugänglichen Röntgenbildern ergab. 39

(2) 40

Ferner steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht fest, dass das Einsetzen einer Lahmheit bei "X" schon am Auktionstag sehr wahrscheinlich war. Zwar hat der Sachverständige nachvollziehbar erläutert, dass ein zu flacher bzw. bei "X" an einem Bein sogar "negativer" Hufwinkel typischerweise zu ungewöhnlich langen Zehen nebst einer spitzen Hufform und damit zu einer vermehrten Belastung der palmaren Strukturen führe. Eine klinische Relevanz oder einen Rückschluss auf die bei seiner Begutachtung erkennbare Lahmheit vermochte er jedoch ebenso wenig festzustellen wie die hohe Wahrscheinlichkeit einer alsbaldigen Bewegungsstörung am Auktionstag. 41

cc) 42

Ebenso wenig hat die Klägerin nachgewiesen, dass das vom Sachverständigen diagnostizierte "Equine palmar Foot Syndrome" (EPFS) als klinischer Lahmheitsbefund bei der Auktion am 04.10.2015 bereits apparent oder als Grundmangel angelegt war. 43

(1) 44

45

Macht ein Käufer gegen den Verkäufer Gewährleistungsrechte geltend, obliegt ihm nach Entgegennahme der Leistung gem. § 363 BGB grundsätzlich der Nachweis, dass im Zeitpunkt des Gefahrübergangs ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vorlag. Eine Ausnahme bestimmt § 476 BGB (gem. Art. 229 § 39 EGBGB in der Fassung vom 01.01.2002 bis zum 31.12.2017, fortan: a.F.), wonach bei Verbrauchsgüterkäufen, d.h. beim Erwerb eines Verbrauchers von einem Unternehmer, regelmäßig vermutet wird, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich binnen sechs Monaten ein Sachmangel zeigt.

(2) 46

47 Während die besagte Vermutung nach der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung nur in zeitlicher Hinsicht wirkte und die Mangelursache außen vor ließ (vgl. BGH, Urteil v. 21.12.2005, VIII ZR 49/05 - Katalysator; BGH, Urteil v. 29.03.2006, VIII ZR 173/05 - Sommerkezem I), hat der Bundesgerichtshof seine Auffassung nach einer Entscheidung des EuGH vom 04.06.2015 (C-497/13 - Faber) geändert und an Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG) angepasst. Danach muss der Käufer nunmehr lediglich den Nachweis einer Mangelercheinung führen, die sich binnen sechs Monaten ab Gefahrübergang gezeigt hat und - unterstellt sie beruhe auf einer dem Verkäufer zuzurechnenden Ursache - eine Haftung des Verkäufers wegen einer Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begründen würde. Ferner rechtfertigt das Auftreten einer Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten die Vermutung, dass sie bereits beim Gefahrübergang zumindest im Ansatz, d.h. als Grundmangel, vorgelegen hat. Dies bedeutet für den Verkäufer, dass er den vollen Gegenbeweis i.S.d. § 292 ZPO zu führen hat, dass ein Sachmangel beim Gefahrübergang noch nicht vorhanden war, weil er seinen Ursprung in nachfolgenden Umständen hat, die ihm nicht zuzurechnen sind (vgl. BGH, Urteil v. 12.10.2016, VIII ZR 103/15).

(3) 48

49 Wenngleich sich der Senat der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anschließt, kommt § 476 BGB a.F. der Klägerin nicht zugute, da sie weder substantiiert dargetan noch nachgewiesen hat, dass sie das Pferd als Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB gekauft hat und damit dem persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift unterfällt. Vielmehr sprechen gewichtige Gründe für einen Erwerb des Tieres durch die Klägerin als Unternehmerin gem. § 14 Abs. 1 BGB.

(a) 50

51 Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Über die Zuordnung zum privaten oder unternehmerischen Bereich entscheidet nicht der innere Wille des Handelnden, sondern die durch eine sachgerechte Auslegung unter Berücksichtigung der Begleitumstände und des Verhaltens der Parteien zu ermittelnde objektive Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts (vgl. zur Einordnung eines Verkäufers: BGH, Urteil v. 27.09.2017, VIII ZR 271/16). Der Nachweis der Verbrauchereigenschaft obliegt grundsätzlich demjenigen, der sich zu seinen Gunsten auf sie beruft; im Zweifel finden die Verbraucherschutzvorschriften keine Anwendung (vgl. Palandt - Ellenberger, BGB, 78. Aufl., § 13, Rn. 4 m.w.N).

(b) 52

53

Nach Maßgabe dieser Grundsätze lässt sich dem Vorbringen der Klägerin nicht entnehmen, dass sie den Kaufvertrag als Verbraucherin abgeschlossen hat. Zwar ist sie unstreitig keine Pferdehändlerin, die Tiere zum eigenen Profit mit hoher Fluktuation an- und verkauft. Dies lässt aber in Bezug auf das in Rede stehende Geschäft nicht auf ihre Stellung als Verbraucherin schließen. Insbesondere geht ihr - durch verschiedene Steuerunterlagen und die eidesstattlichen Versicherungen ihres Steuerberaters und ihres Vermögensverwalters belegter - Einwand fehl, sie sei nicht werbend am Markt tätig und verfolge keine Gewinnabsichten. Eine gewerbliche Tätigkeit setzt nämlich keine Gewinnerzielungsabsicht, sondern ein selbstständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen voraus (vgl. erneut: BGH, Urteil v. 29.03.2006, VIII ZR 173/05 - Sommerkzem I). Ob die Klägerin Umsatzsteuern oder Gewerbesteuern zahlt, ist lediglich insofern von Belang, als deren Ansatz ein sicheres Indiz für eine Unternehmereigenschaft wäre. Der Umkehrschluss, dass jemand, der keine Steuern zahlen muss, zwangsläufig ein Verbraucher ist, ist hingegen nicht gerechtfertigt.

(c) 54

Der Senat verkennt nicht, dass die Verwaltung eigenen Vermögens regelmäßig dem privaten Bereich zuzuordnen ist. Eine andere Bewertung ist allerdings geboten, wenn der organisatorische und zeitliche Aufwand für die eigene Vermögensverwaltung nach den Umständen des Einzelfalls das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelt (vgl. Palandt - Ellenberger, BGB, a.a.O., § 14, Rn. 2 m.w.N.). Für eine solche Größenordnung des klägereigenen Pferdebetriebes, den sie selbst als "H" bewirbt, spricht schon die ständige Anstellung eines Vermögensverwalters sowie von Stallpersonal, das eine reibungslose Bewältigung des täglichen Arbeitsanfalls und die Durchführung monatlicher Turniere und Lehrgänge ermöglicht.

(d) 56

Darüber hinaus hatte die Klägerin bereits in ihrer Klageschrift eingeräumt, dass sie über Jahre hinweg Sportpferde angekauft und diejenigen Pferde, die ihren Ansprüchen nicht genügten, als Reit- oder Zuchttiere veräußert hat.

(aa) 58

In diesem Zusammenhang konnte das Berufungsvorbringen des Streithelfers, die Klägerin habe in den letzten drei bis vier Jahre vor dem Erwerb von "X" allein über Herrn G acht Pferde gekauft und vier Pferde veräußert, berücksichtigt werden, da es nicht „neu“ i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO war. Es diene nämlich lediglich einer Konkretisierung der geschäftlichen Aktivitäten der Klägerin, die - wenn auch zunächst nicht zahlenmäßig belegt – nach ihrem eigenen erstinstanzlichen Vorbringen stattgefunden haben (vgl. BGH, Urteil v. 08.06.2004, VI ZR 199/03; BGH, Urteil v. 05.06.1991, VIII ZR 129/90).

(bb) 60

Aber selbst bei abweichender Betrachtung wäre der Vortrag des Streithelfers jedenfalls deswegen gem. § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen, weil er von der Klägerin innerhalb der vierwöchigen Berufungserwiderungsfrist weder ausdrücklich noch konkludent bestritten worden und damit gem. § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig anzusehen war (vgl. BGH, Urteil v. 18.11.2004, IX ZR 229/03). Insbesondere ließ sich eine gegenläufige Darstellung nicht ihrer Behauptung in der Berufungserwiderungsschrift entnehmen, sie habe stets nur über ein einziges zu ihren Zwecken nutzbares Reitpferd verfügt. Dies sprach vielmehr für einen

regelmäßigen Wechsel in ihrem Pferdebestand, der nicht nur mit der Unterstützung Herrn G, sondern mitunter eigeninitiativ durch die Klägerin bewirkt worden war.

(cc) 62

Ihre erstmals im Senatstermin vom 28.01.2019 aufgestellte Behauptung, sie habe in den letzten drei bis vier Jahren vor dem Erwerb von „X“ nur drei Pferde gekauft und keines veräußert, war hingegen nicht mehr zuzulassen, da es sich um eine verspätete und damit gem. §§ 530, 296 Abs. 1 ZPO unzulässige Rechtsverteidigung handelt. Insbesondere hatte der Senat der Klägerin mit der Terminsladung vom 10.09.2018 (Bl. 532, 533 d.A.) eine Frist zur Berufungserwiderung gem. § 521 Abs. 2 Alt. 1 ZPO bis zum 31.10.2018 gesetzt, in der sie sämtliche bekannten Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden vorzubringen hatte. Weshalb sie diese Gelegenheit nicht genutzt hat, um ihren zuletzt gehaltenen Vortrag rechtzeitig in den Rechtsstreit einzuführen, lässt sich weder ihren Ausführungen noch den sonstigen Umständen des Falles entnehmen. Eine Zulassung ihres neuen Vorbringens hätte ferner eine Beweisaufnahme erforderlich gemacht, die eine nennenswerte, nicht durch prozessleitende Maßnahmen zu verhindernde Verfahrensverzögerung bedeutet hätte. Vielmehr hatte der Senat die zunächst vorsorglich bewirkten Zeugen- und Sachverständigenladungen zum Termin aufgehoben, da nach dem Inhalt der Berufungserwiderung eine erneute Einvernahme nicht geboten war. Wäre die Klägerin dem Berufungsvorbringen fristgerecht entgegengetreten, hätten die Anordnungen hingegen bestehen bleiben und die Zeugen im Senatstermin vernommen werden können.

(e) 64

Vermittelte die Klägerin demnach das Bild einer selbstständigen, planmäßigen und von einer gewissen Dauerhaftigkeit geprägten Verkaufstätigkeit, die dazu diene, die Verluste und Kosten einer turniermäßig betriebenen Sportreiterei zu regulieren, erfüllt sie die Kriterien an ein Unternehmerhandeln i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB. Der Senat schließt sich insofern einer Entscheidung des OLG Köln vom 26.11.2014 (11 U 46/14) an, der Geschäfte des Vaters einer Springreiterin zugrunde lagen, mit denen er für seine Tochter binnen 20 Jahren 21 Pferde an- und verkauft hatte. Es wird nicht übersehen, dass der Senat in einer Entscheidung vom 05.03.2009 (2 U 203/08) eine Veräußerung von vier selbst gezogenen Fohlen innerhalb einiger Jahre als noch gelegentlich eingestuft und eine Unternehmereigenschaft des Verkäufers verneint hat. Der Streitfall erfordert aber schon einen grundlegend anderen Ansatz, da die Klägerin als Käuferin, die Gewährleistungsrechte geltend macht, ihre Verbrauchereigenschaft darzutun und nachzuweisen hat. Überdies gingen deren Aktivitäten nach den vorstehend skizzierten Erwägungen signifikant über die Geschäfte eines "kleinen" Züchters hinaus, der im vom Senat entschiedenen Fall lediglich drei Pferde und zwei Fohlen auf seinem Hof hielt. Vor allem richtet die Klägerin auf ihrem repräsentablen Anwesen unstreitig nicht nur monatliche Turniere und Lehrgänge aus. Zusätzlich tritt sie ausweislich der eidesstattlichen Versicherungen ihres Vermögensverwalters und ihres Steuerberaters (Bl. 336, 338 d.A.) stets mit dem Namenszusatz ihres Gestüts ("Y") auf. Indem sie sich auf diese Weise als Repräsentantin ihres Betriebs geriert, der sich deutlich von einem hobbymäßig betriebenen Hof mit nur wenigen Tieren abhebt, erweckt sie im Rechtsverkehr den Eindruck einer Unternehmerin und nicht einer Verbraucherin.

(f) 66

Gleichwenig vermag der Senat den Ausführungen der Klägerin in ihrer persönlichen Anhörung gem. § 141 ZPO in dem landgerichtlichen Termin vom 23.04.2018 zu folgen. Dass sie "ihr ganzes Geld" in das Pferd gesteckt haben will, ist angesichts ihrer Lebensumstände,

die sogar die Beauftragung eines Vermögensverwalters erfordern, nicht nachvollziehbar. Ebenso wenig führt der wiederum erstmals in Reaktion auf die hiesigen Rechtsausführungen am 28.01.2019 vorgebrachte Einwand ihres Prozessbevollmächtigten, die erstinstanzliche Verhandlung sei ohne einen gerichtlich bestellten Dolmetscher durchgeführt worden, zu einer für die Klägerin günstigeren Beurteilung. Denn selbst wenn seinerzeit ein – bis zum Senatstermin nicht ansatzweise thematisiertes - Verständigungsdefizit vorgelegen haben sollte, hat die Klägerin im Rahmen der einmonatigen Berufungserwiderungsfrist hinreichend Gelegenheit gehabt, auf die Berufungsangriffe zu reagieren und sich persönlich vor dem Senat zu äußern. Dass ihre letzten Behauptungen aus prozessualen Gründen nicht mehr zuzulassen waren, steht in keinem Zusammenhang mit dem Fernbleiben eines Dolmetschers im landgerichtlichen Termin vom 23.04.2018, sondern beruht ausschließlich auf der eigenen Prozessführung.

(g) 68

Schließlich kommt hinzu, dass selbst im Fall einer anderen rechtlichen Bewertung eine Anwendung der kaufrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften den Besonderheiten des Streitfalls nicht gerecht würde. Zwar kommt es dann, wenn ein Stellvertreter das Geschäft für den Verbraucher abgeschlossen hat, grundsätzlich auf die Person des Vertretenen an. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass Herr G nicht nur als Berater der Klägerin am Auktionstag fungierte, sondern als erfahrener Pferdefachmann sämtliche Vorbereitungen wie die Beobachtung und das Probereiten des Pferdes im Vorfeld allein durchgeführt hat und damit gleichsam als „Auge und Ohr“ der Klägerin aufgetreten war. Indem die Klägerin von Herrn G Fachkenntnissen profitierte und sich ohne eigene Sachprüfung auf dessen Einschätzung und gute Branchenkontakte verließ, lag gegenüber dem Beklagten kein verbrauchertypisches Wissensgefälle vor. Vielmehr begegnete sie ihm – vertreten durch Herrn G – auf Augenhöhe. 69

(4) 70

Nach Maßgabe der in § 363 BGB normierten Beweislastverteilung, ist die Beweisaufnahme zu Lasten der Klägerin verlaufen. 71

(a) 72

Zunächst hat keiner der vernommenen Zeugen die Behauptung der Klägerin bestätigt, "X" habe schon am Auktionstag oder gar im Vorfeld Lahmheiten gezeigt. Vielmehr haben sämtliche Zeugen übereinstimmend bekundet, das Pferd sei durch seine besondere Gangstärke und Geschmeidigkeit aufgefallen und von der Frühjahrsauktion nur wegen des damals altersbedingt noch "spärlichen" Exterieurs zurückgezogen worden. Diese Schilderungen sind nicht zuletzt umso plausibler, als andernfalls Herr G, der das Pferd nicht nur beobachtet, sondern auch probegeritten hat, keine Kaufempfehlung ausgesprochen hätte. 73

(b) 74

Dass der Sachverständige schon auf dem Auktionsvideo Taktunreinheiten im Trab gesehen hat, erfordert keine andere Bewertung, da er seiner Beobachtung keine eindeutig krankhafte Ursache zugrunde legen konnte. Vielmehr hat er erklärt, dass Taktstörungen mitunter einer starken reiterlichen Einwirkung geschuldet sind, die den natürlichen Bewegungsablauf unterdrücken. Ebenso wenig geht aus den Ausführungen des Sachverständigen hervor, dass das Pferd aus der Auktion und deren Vorbereitung Schäden davongetragen haben könnte, 75

die unweigerlich oder mit hoher Wahrscheinlichkeit zu den nach der Ankunft des Pferdes in England aufgetretenen Lahmheiten führen mussten. Stattdessen ist trotz umfangreicher Untersuchungen letztlich unklar geblieben, worauf der Zustand des Pferdes zurückzuführen ist. Erst recht war eine zeitliche Rückbeziehung auf den 04.10.2015 nicht möglich. Ob "X" bereits bei ihrer Ankunft in England gelahmt hat - hierfür spricht die E-Mail des Zeugen G vom 17.10.2015 (Bl. 18 d.A.) -, ist schon deswegen nicht maßgeblich, weil der Gefahrübergang bereits vier Tage zuvor stattgefunden hatte und Geschehnisse in der Zwischenzeit mit Ausnahme nicht in Rede stehender Fehler des vom Beklagten beschäftigten Personals in den Verantwortungsbereich der Klägerin fielen.

c) 76

Zugleich scheitert ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. 77  
Sofern die Klägerin mit ihrem anwaltlichen Schreiben vom 08.03.2016 (Bl. 31, 32 d.A.) ein Anfechtungsrecht gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB wegen einer womöglich arglistigen Täuschung durch den Beklagten angesprochen hat, ist bereits unklar, ob sie damit tatsächlich die Anfechtung gem. § 143 Abs. 1 BGB erklären wollte. Aber selbst wenn hiervon zu ihren Gunsten auszugehen sein sollte, ist sie weder erstinstanzlich noch im Berufungsverfahren auf diesen Punkt eingegangen. Zudem bestand aus den genannten Gründen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, kein Anfechtungsrecht gem. § 119 Abs. 2 BGB oder gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

d) 78

Da der Klägerin der Nachweis eines Sachmangels des erworbenen Pferdes nicht gelungen 79  
ist, war über die Hilfsaufrechnung des Beklagten nicht zu befinden. Außerdem entfallen zugleich sämtliche Aufwendungsersatzansprüche der Klägerin gem. §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1, 3, 284 BGB bzw. gem. § 304 BGB einschließlich der geltend gemachten Feststellungsansprüche. Gleiches gilt für eine Erstattung vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten und den Zinsanspruch.

III. 80

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, Abs. 1, 101 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige 81  
Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV. 82

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. 83