
Datum: 26.10.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 32/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:1026.2U32.20.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 12 O 234/18
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, VIII 24/20

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin gegen das am 23.12.2019 verkündete Urteil des Einzelrichters der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird das Urteil aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 14.417,50 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 20.09.2018 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Pferdes „G“, Lebensnummer DE 01.

Die Beklagte wird ferner verurteilt, die Klägerin von den Kosten für die zahnärztliche Behandlung des Pferdes durch die Tierärztin C aus April 2018 in Höhe von 130,00 € freizustellen.

Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Rücknahme des Pferdes „G“, Lebensnummer DE 01, im Verzug befindet.

Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle Kosten, die ihr ab dem 20.09.2018 für die Unterbringung und die Versorgung des Pferdes entstehen werden, zu ersetzen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis 16.000 € festgesetzt.

Gründe	1
I.	2
Von der Darstellung eines Tatbestandes wird gemäß §§ 313a Abs. 1, 544 Abs. 2 ZPO abgesehen.	3
II.	4
Die zulässige, namentlich form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin ist überwiegend begründet, im Übrigen unbegründet.	5
1.	6
Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 14.417,50 € aus §§ 179, 437 Nr. 2, 440, 323 I, 346 I, 347 BGB Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des im Tenor näher bezeichneten Pferdes.	7
a)	8
Die Voraussetzungen der Haftung wegen Vertretung ohne Vertretungsmacht gem. § 179 BGB liegen vor, da die Beklagte bei Abschluss des Kaufvertrages über das Pferd ohne Vertretungsmacht handelte.	9
aa)	10
Die Beklagte hat bei Abschluss des Kaufvertrages in fremdem Namen gehandelt. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte in fremdem Namen gem. § 164 BGB gehandelt hat. Streitig ist lediglich, in wessen Namen sie gehandelt hat. Die Beklagte hat den Kaufvertrag ausdrücklich „im Auftrag“ geschlossen und ihn „i. A.“, also im Auftrag unterzeichnet. Zudem vermittelt sie nach eigener Angabe Pferde für andere Personen. Auch aus dem von der Klägerin mit der Klageschrift vorgelegten Chatverlauf folgt, dass die Beklagte nicht in eigenem Namen, sondern in fremdem Namen handelte. Dabei ist unerheblich, dass die Beklagte den Namen des Vertretenen bei Abschluss des Vertrages nicht genannt hat. Der Name des Vertretenen muss nicht genannt werden, vgl. § 164 I 2 BGB (Palandt-Ellenberger, § 164 BGB, Rn. 1 m. w. N.). Es reicht aus, wenn die Person des Vertretenen bestimmbar ist.	11
bb)	12
Die Beklagte hat bei Abschluss des Kaufvertrages gem. § 179 I BGB ohne Vertretungsmacht gehandelt. Die Beweislast für das Vorliegen einer Vollmacht trägt die Beklagte. Die Auffassung der Beklagten, § 179 BGB sei schon deshalb nicht einschlägig, da sie eine Vollmacht des Eigentümers L habe, geht fehl. Ausweislich des Chatverlaufs handelte die Beklagte durchgehend für „den Züchter“. Züchter des Pferdes ist unstreitig Herr T aus C1. Die Beklagte hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht auch	13

eingräumt, gewusst zu haben, dass Herr T der Züchter ist. Ihr habe der Pferdepass vorgelegen, der Herrn T als Züchter ausweise. Maßgeblich ist entgegen der Ansicht der Beklagten jedoch nicht, was sie hinsichtlich der Vollmacht erklären wollte. Es kommt bei der Frage, für wen die Erklärung in fremdem Namen abgegeben wird, vielmehr allein auf den objektiven Empfängerhorizont an (Schubert in MüKo, § 164 BGB, Rn. 114; BGH, Teilurteil vom 18.12.2007 - X ZR 137/04, NJW 2008, 1214). Nach dem objektiven Empfängerhorizont war die Erklärung der Beklagten für die Klägerin bei verständiger Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB nur so zu verstehen, dass die Beklagte als Vertreterin des Züchters T auftrat und handelte. Wen die Beklagte in Wahrheit meinte, ist wegen des allein maßgeblichen objektiven Empfängerhorizonts unerheblich. Zudem überzeugen ihre Angaben wenig. Obwohl sie positiv wusste, dass Herr T der Züchter des streitgegenständlichen Pferdes ist, will sie mit „der Züchter“ stets Herrn L gemeint haben. Dies ist lebensfremd. Auch ihre Erklärung, dies habe sie so formuliert, da auch Herr L ein Züchter sei, überzeugt nicht. Hier war auch zu beachten, dass sich der Vortrag der Beklagten im Verlauf des Verfahrens geändert hat. In der Klageerwidern hat die Beklagte vorgetragen, sie könnte „nicht mehr rekapitulieren“, warum sie statt „Verkäufer“ „Züchter“ gesagt habe. In der Duplik hat sie auf die weiteren Einwände der Klägerin hingegen vorgetragen, sie habe „Züchter“ gesagt, weil auch Herr L ein Züchter sei. Diese Entwicklung des Vortrages überzeugt nicht und ist erkennbar an den Vortrag der Klägerin angepasst.

Mithin kommt es nicht darauf an, dass die Beklagte eine Vollmacht des Zeugen L vorlegt. Diese Vollmacht macht die Beklagte nicht zu einer Vertreterin mit Vertretungsmacht, da sie nach außen nicht für den Zeugen L, sondern für den Züchter T aufgetreten ist. 14

Für diese Sichtweise spricht auch, dass gem. § 164 I 2 BGB unerheblich ist, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder sich dies aus den Umständen ergibt. Das Offenkundigkeitsprinzip des § 164 BGB muss auch im Rahmen des § 179 BGB gelten. 15

Hierfür spricht zudem die Rechtsfigur des so genannten offenen Vertretergeschäfts. Dies liegt vor, wenn der Vertreterwille zwar ausdrücklich erklärt wird, der Name oder die Person des Vertretenen aber zunächst offen bleibt. Hier haftet der Vertreter, wenn er den Namen trotz Aufforderung nicht mitteilt, entsprechend § 179 BGB (Palandt-Ellenberger, § 164 BGB, Rn. 9; § 177 BGB, Rn. 2 jeweils m. w. N.). Zwar fehlt es vorliegend an einer ausdrücklichen Aufforderung der Klägerin gegenüber der Beklagten zur Offenlegung des Namens des Vertretenen. Der Rechtsgedanke des offenen Vertretergeschäfts ist jedoch entsprechend anzuwenden. 16

cc) 17

Der Vertretene, also der Züchter T, hat das Rechtsgeschäft der Beklagten nicht genehmigt. Die Beweislast für eine fehlende Genehmigung des Vertretergeschäfts trägt die Klägerin (Palandt-Ellenberger, § 179 BGB, Rn. 10). Da nicht auf den Zeugen L, sondern auf den Zeugen T abzustellen ist, hat die Klägerin diesen Beweis erbracht. Der Zeuge T hat die Genehmigung verweigert und mit seiner E-Mail vom 06.06.2018 zum Ausdruck gebracht, dass er das Geschäft nicht für oder gegen sich gelten lassen will. 18

dd) 19

§ 179 BGB erfasst zwar seinem Wortlaut nach nur die Haftung des Vertreters auf Erfüllung oder Schadensersatz. Darüber hinaus erfasst die Norm jedoch auch alle weiteren Ansprüche des anderen Teils, namentlich alle Rechte aus § 437 BGB (Palandt-Ellenberger, § 179 BGB, Rn. 5 m. w. N.). 20

Damit haftet die Beklagte dem Grunde nach aus § 179 I BGB für alle Ansprüche aus Rücktritt, auf Schadensersatz und auf Aufwendungsersatz.	21
b)	22
Zwischen der Klägerin und der Beklagten als Vertreterin ohne Vertretungsmacht liegt ein Kaufvertrag gemäß § 433 BGB vor.	23
aa)	24
Zur Überzeugung des Senats beträgt der von den Parteien vereinbarte Kaufpreis für das streitgegenständliche Pferd 12.500 €.	25
Die Beweislast für den höheren Betrag, nämlich 12.500 € anstatt 11.500 €, trägt aus zwei Gründen die Klägerin. Zum einen beruft sie sich auf einen von dem Betrag in der von ihr selbst unterzeichneten Privaturkunde abweichenden Betrag, zum anderen beruft sie sich auf einen ihr günstigeren höheren Betrag.	26
Der Klägerin ist dieser Beweis gelungen. Zum einen sind ihre Angaben schlüssig und lebensnah. Der von ihr dargelegte Sachverhalt zum Hintergrund der von der schriftlichen Niederlegung abweichenden mündlichen Vereinbarung ist so individuell und außergewöhnlich, dass es fern liegend, wenn nicht ausgeschlossen erscheint, dass die Klägerin sich diesen Sachverhalt wahrheitswidrig ausgedacht hat. Es ist auch kein Motiv für falschen Vortrag erkennbar. Dass die Klägerin sich über den Rücktritt zusätzliche 1.000 € „erschleichen“ will, ist weder ersichtlich noch von der Beklagten behauptet. Zum anderen hat die Schwester der Klägerin als Zeugin diesen Sachverhalt vor dem Landgericht vollumfänglich bestätigt. Der Senat war diesbezüglich auch nicht gehalten, die Zeugin erneut zu vernehmen, da hierfür angesichts der umfangreich protokollierten Aussage keine Veranlassung bestand.	27
bb)	28
Der Vertrag bzw. die Willenserklärung der Klägerin sind auch nicht gem. § 117 BGB als Scheingeschäft nichtig. Kennzeichnend für ein Scheingeschäft ist der fehlende Rechtsbindungswille (Palandt-Ellenberger, § 117 BGB, Rn. 3); die Parteien wollen die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Rechtsfolgen gerade nicht eintreten lassen. Hier liegt der Fall jedoch anders. Die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Folgen sollten gerade eintreten. Insoweit liegt zur Täuschung des Ehemanns der Klägerin lediglich eine „schriftliche Lüge“ über die Höhe des Kaufpreises vor. Anders als etwa bei Grundstücksgeschäften, bei denen zum Schein ein geringerer Kaufpreis angegeben wird und bei denen dann Nichtigkeit gem. §§ 117, 311b BGB eintritt, besteht hier auch kein Formzwang. Selbst wenn die schriftliche Erklärung über 11.500 € gem. § 117 BGB nichtig wäre, hätten die Parteien daneben einen wirksamen mündlichen Vertrag mit einem Kaufpreis von 12.500 € geschlossen.	29
cc)	30
Der Kaufvertrag ist auch nicht durch die erklärte Anfechtung der Klägerin gemäß § 142 Abs. 1 BGB nichtig. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung greift nämlich nicht durch.	31
Zwar hat die Klägerin die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung mit außergerichtlichem Schreiben vom 07.08.2018 ausdrücklich erklärt. Dieses Schreiben hat die Beklagte auch unstreitig erhalten.	32

Es fehlt jedoch an einem Anfechtungsgrund. Die Voraussetzungen des hier allein in Betracht kommenden Anfechtungsgrundes der arglistigen Täuschung gem. § 123 I 1. Fall BGB liegen nicht vor. 33

Anknüpfungspunkt hierfür kann nur sein, dass die Beklagte die Klägerin darüber getäuscht hat, in wessen Namen sie handelt. Die Klägerin stützt die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ausdrücklich darauf, dass die Beklagte nicht berechtigt gewesen sei, das Pferd zu veräußern, und dass sie die Klägerin über ihren wahren Vertragspartner getäuscht habe. Aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts der Klägerin liegt zwar eine Täuschung der Beklagten über den wahren Vertragspartner vor. Gegen die Ausführungen des Landgerichts, es fehle jedenfalls an der Kausalität der Täuschung, ist jedoch nichts zu erinnern. Für die Klägerin war von vornherein klar, dass die Beklagte nicht in eigenem Namen, sondern in fremden Namen gehandelt hat. Dies folgt bereits aus den eindeutigen Angaben im schriftlichen Kaufvertrag. Voraussetzung für eine erfolgreiche Anfechtung gem. § 123 I BGB ist, dass dargelegt und ggf. bewiesen wird, dass ohne (erfolgreiche) Täuschung die Willenserklärung nicht oder nicht so abgegeben worden wäre. Dies hat die Klägerin nicht zu beweisen vermocht. Sie hat aus dem Umstand, dass aus dem Kaufvertrag eindeutig ein Vertreterhandeln der Beklagten folgt, zunächst keine Konsequenzen gezogen. Auch aus dem umfangreichen Chatverlauf folgt nicht, dass der Klägerin die Identität des Vertretenen besonders wichtig war. Diese Umstände, namentlich der Chatverlauf, sprechen gegen den Vortrag der Klägerin, sie hätte das Pferd bei Kenntnis der Umstände nie erworben. Jedenfalls gehen Zweifel insoweit zu Lasten der Klägerin. 34

Soweit die Klägerin in der Berufung geltend macht, der Anfechtungsgrund liege darin, dass die Beklagte durch aktives Tun darüber getäuscht habe, dass das Pferd unmittelbar vom Züchter kommt, dass die Klägerin dachte, sie erwerbe ein Reitpferd aus erster Hand vom Züchter, dass dies wie bei einem Pkw eine wichtige Eigenschaft sei und dass sie den Vertrag bei Kenntnis nicht geschlossen hätte, begründet auch dies keinen Anfechtungsgrund wegen arglistiger Täuschung. Nicht von der Hand zu weisen ist zwar eine aktive Täuschung der Beklagten, die immer von „der Züchter“ gesprochen hat, obwohl sie (positiv) wusste, dass eine andere Person der Züchter ist. Insoweit ist der Senat geneigt, eine arglistige Täuschung der Beklagten durchaus zu bejahen. Die Klägerin ist aber auch insoweit darlegungs- und beweisbelastet für die Kausalität. Die Klägerin hat auf die Mitteilung des Züchters vom 06.06.2018 nicht mit der Erklärung der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung reagiert, sondern zunächst der Beklagten eine Nacherfüllungsfrist gesetzt, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt bereits wusste, dass die Beklagte nicht für den wahren Züchter handelt. Auch als die Beklagte auf das Schreiben vom 07.06.2018 nicht reagiert hat, hat die Klägerin hieraus keine Konsequenzen gezogen. Vielmehr hat sie zunächst den Rücktritt erklärt, ohne die Anfechtung zu erklären. Erst auf das Schreiben der Beklagten vom 31.07.2018 erfolgte die Erklärung der Anfechtung. Dieser zeitliche Ablauf spricht in der Gesamtschau mit der eindeutigen Formulierung im Kaufvertrag und dem Chatverlauf gegen die Kausalität der Täuschung. Trotz positiver Kenntnis der Täuschung hat die Klägerin erst nach Monaten die Anfechtung erklärt. Dies liegt zwar innerhalb der Frist des § 124 I BGB, spricht aber bei Würdigung der Umstände gegen die Kausalität zwischen arglistiger Täuschung und Abgabe der Willenserklärung. Zweifel gehen zu Lasten der Klägerin. 35

c) 36

Das Pferd „G“ war bei Gefahrübergang mangelhaft gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB. 37

aa) 38

39

Ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB liegt vor. Eine Kaufsache ist frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Es kann offen bleiben, ob – wie die Klägerin in der Berufungsbegründung erstmals vertieft geltend macht – ein Sachmangel bereits darin liegt, dass sie, die Klägerin, beim Abschluss des Kaufvertrages davon ausgegangen sei, ein Reitpferd „aus erster Hand“ direkt vom Züchter zu erwerben, und sich diese Erwartung nicht bestätigt hat. Es bedarf auch keiner Entscheidung, ob die von der Klägerin gerügte Lahmheit des Pferdes oder die von dem Sachverständigen festgestellten Engstände der Dornfortsätze mit Sklerosierungen („Kissing Spines“) einen Sachmangel darstellen und ob diese Sachmängel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. 40

Ein Sachmangel liegt zur Überzeugung des Senats jedenfalls in der Erkrankung des Kreuzdarmbeingelenks. Bei der Erkrankung handelt es sich um einen Zustand, der vom klinischen Normbefund abweicht, der bei Sachen der gleichen Art nicht üblich ist und den die Klägerin nach der Art der Sache nicht erwarten musste. 41

Der Zeuge T1 hatte im Bereich des Kreuzdarmbeingelenks ausweislich seines Berichts vom 19.07.2018 bereits bei seiner Untersuchung vom 15.05.2018, mithin rund fünf Wochen nach Gefahrübergang am 07.04.2018, eine Druckempfindlichkeit festgestellt. Der vom Gericht beauftragte Sachverständige hat in seinem schriftlichen Gutachten eine deutliche szintigraphische Veränderung des linken und rechten Iliosacralgelenks festgestellt. Er hat ausgeführt, es liege in diesem Bereich eine erhöhte Aufnahme des gespritzten Radiopharmakons vor, was Hinweis auf eine erhöhte Stoffwechselrate sei. Dies sei wiederum Anzeichen für ein entzündliches Geschehen. In seiner mündlichen Erläuterung vor dem Landgericht im Termin am 04.12.2019 hat der Sachverständige ergänzend ausgeführt, die Problematik am Kreuzdarmbeingelenk (Iliosacralgelenk) sei der einzige klinische Befund, den er habe feststellen können. 42

Damit steht fest, dass sowohl am 15.05.2018, dem Zeitpunkt der Untersuchung durch den sachverständigen Zeugen T1, als auch einige Wochen nach Anlieferung des Pferdes durch die Klägerin am 08.05.2019, dem Zeitpunkt der Untersuchung durch den Sachverständigen M, eine Auffälligkeit im Bereich des Kreuzdarmbeingelenks vorgelegen hat. 43

Zwar hat der sachverständige Zeuge T1 in seinem Bericht vom 19.07.2018 weder Ausführungen dazu gemacht, was die Ursache der Druckempfindlichkeit im Bereich des Kreuzdarmbeingelenks war, noch dargelegt, ob es sich um eine klinisch relevante Auffälligkeit gehandelt hat. Soweit erstinstanzlich mangels Vernehmung des sachverständigen Zeugen T1 durch das Landgericht offen geblieben ist, ob es sich bei den Feststellungen des Zeugen um einen klinisch relevanten Befund gehandelt hat, hat der Senat den sachverständigen Zeugen T1 im Termin vom 28.09.2020 ergänzend vernommen. 44

Zur Problematik des Kreuzdarmbeingelenks hat der Zeuge bekundet, das Kreuzdarmbeingelenk sei bei seiner Untersuchung vom 15.05.2018 druckschmerzempfindlich gewesen. Das Kreuzdarmbeingelenk liege bei Pferden sehr versteckt und sei direkter Einwirkung nicht zugänglich. Erforderlich sei daher, dass ein gewisser Druck ausgeübt werde. Hierbei werde ein erheblicher Schmerz bei entzündlichen Bereichen ausgelöst. Das von ihm, dem Zeugen, festgestellte Ausmaß sei klinisch auffällig gewesen und sei über eine normale Druckschmerzempfindlichkeit hinausgegangen. Diese Auffälligkeit im Kreuzdarmbeingelenk sei von klinischer Relevanz gewesen. Des Weiteren hat der Zeuge bekundet, dass er von der 45

Diagnose einer klinisch relevanten Entzündung des Kreuzdarmbeingelenks ausgegangen wäre, wenn er seinerzeit die szinigraphischen Untersuchungsergebnisse zur Verfügung gehabt hätte.	
Damit steht fest, dass sowohl am 15.05.2018 als auch nach dem 08.05.2019 eine klinisch relevante deutliche Auffälligkeit im Bereich des Kreuzdarmbeingelenks vorgelegen hat.	46
In der Gesamtschau dieser Befunde ist der Senat gem. § 286 ZPO davon überzeugt, dass ein Sachmangel bei dem Pferd in Gestalt der deutlichen szintigraphischen Veränderungen des linken und rechten Kreuzdarmbeingelenks mit entzündlichem Geschehen und der daraus resultierenden Schmerzempfindlichkeit vorliegt.	47
Dabei hat der Senat – neben dem Inhalt der dargelegten Bekundungen des Zeugen und den Ausführungen des Sachverständigen – auch gewürdigt, dass der sachverständige Zeuge T1 als Mitinhaber und Leiter der Tierklinik U besonders sachkundig ist. Zudem erstattet er als Sachverständiger seit langer Zeit Gutachten für Gerichte in Fragen der Mangelhaftigkeit von Pferden.	48
Des Weiteren hat der gerichtliche Sachverständige – durch den Senat ergänzend befragt – angegeben, bei dem Befund, den er am Kreuzdarmbeingelenk vorgefunden habe, habe es sich eindeutig um einen krankhaften Befund gehandelt.	49
bb)	50
Der Sachmangel lag gem. §§ 434 I, 446 I, 477 BGB auch bei Gefahrübergang vor.	51
Gefahrübergang war am Tag der Übergabe des Pferdes am 07.04.2018, § 446 BGB.	52
Grundsätzlich obliegt es der Klägerin zu beweisen, dass der Mangel bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Zwar kann die Klägerin diesen Beweis nicht ohne Weiteres führen, da sowohl der Sachverständige als auch der Zeuge angegeben haben, den Mangel nicht auf den Tag der Übergabe „rückdatieren“ zu können.	53
Der Klägerin kommt jedoch die Beweislastumkehr des § 477 BGB zugute. Gem. § 477 BGB wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb von 6 Monaten seit Gefahrübergang ein Mangel zeigt. Die Voraussetzungen des Verbrauchsgüterkaufs gem. § 474 BGB liegen vor.	54
(1)	55
Die Klägerin ist unstreitig Verbraucherin, § 13 BGB.	56
(2)	57
Die Beklagte hat als Unternehmerin gehandelt, § 14 BGB. Gemäß § 14 BGB ist Unternehmer jede Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.	58
Dabei ist auf Beklagte selbst abzustellen. Da die Beklagte wegen § 179 BGB wie die Vertragspartei haftet (Palandt-Ellenberger, § 179 BGB, Rn. 5), ist auf die Unternehmereigenschaft der Beklagten und nicht auf die Unternehmereigenschaft des Vertretenen abzustellen.	59
	60

Die Beklagte ist als Unternehmerin gemäß § 14 BGB zu behandeln. Unternehmerin ist jede Person, die am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt anbietet (Palandt-Ellenberger, § 14 BGB, Rn. 2 m. w. N.). Auf die Absicht einer Gewinnerzielung kommt es nicht an (Palandt-Ellenberger, § 14 BGB, Rn. 2; BGH NJW 2006, 2250). Nach diesen Grundsätzen ist von einer unternehmerischen Tätigkeit der Beklagten auszugehen. Sie betreibt laut ihrem eigenen Briefkopf die „W – Inhaberin: I“. Zudem betreibt sie die Homepage www.W.de sowie nach eigener Angabe vor dem Landgericht ein Gewerbe, nämlich die „W“. Ausweislich des Protokolls über die mündliche Verhandlung vor dem Landgericht hat die Beklagte dort angegeben, sie „vermiddle gewerblich Pferde“. Nach eigener Angabe sollte sie zudem von Herrn L eine Provision für die Veräußerung erhalten. Damit hat die Beklagte unternehmerisch gehandelt. Ihr anders lautender Vortrag in der Duplik, sie betreibe zwar ein Gewerbe, der Verkauf des streitgegenständlichen Pferdes sei jedoch nicht in Ausübung dieser gewerblichen Tätigkeit erfolgt, überzeugt nicht. Sie hat nämlich auch eingeräumt, dass sie die Pferde „immer“ im Auftrag verkaufe, was auf eine auf Dauer angelegte Tätigkeit spricht.

(3) 61

Im Rahmen des § 477 BGB muss die Klägerin nur darlegen, dass sich innerhalb der 6 Monate ab Übergabe ein Mangelsymptom gezeigt hat (BGH, Urteil v. 12.10.2016, VIII ZR 103/15, juris). Zudem erstreckt sich die Vermutungswirkung des § 477 BGB auch darauf, dass vermutet wird, dass die Ursache des Mangels bereits bei Gefahrübergang angelegt war (BGH, Urteil v. 12.10.2016, VIII ZR 103/15, juris). Aufgrund der Aussage vor dem Senat und des Berichts des sachverständigen Zeugen T1 vom 19.07.2018 über die Untersuchung vom 15.05.2018 steht fest, dass sich innerhalb von 6 Monaten ab Gefahrübergang, nämlich innerhalb von rund 5 Wochen, ein Mangel gezeigt hat. 62

Soweit weder der Zeuge noch der Sachverständige den Mangel im Bereich des Kreuzdarmbeingelenks „rückdatieren“ können, wohl aber „nicht ausschließen“ können, dass die klinischen Auffälligkeiten bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben, geht dies zu Lasten der Beklagten. 63

Greift die Beweislastumkehr des § 477 BGB, ist es dem Verkäufer unbenommen, den vollen Gegenbeweis zu führen, dass der streitige Mangel nicht bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Dieser Beweis gelingt der Beklagten indes nicht. Sie hat nicht zu beweisen vermocht, dass die klinischen Auffälligkeiten des Iliosacralgelenks nicht am 07.04.2018 vorgelegen haben. Dieser Gegenbeweis gelingt ihr namentlich nicht mit der – unstreitig – befundlosen Ankaufuntersuchung. Zum einen ist davon auszugehen, dass die Ankaufuntersuchung in der Regel oberflächlicher gewesen ist als die von dem Zeugen und dem Sachverständigen durchgeführten aufwändigen und bildgebenden Untersuchungen. Zum anderen hat der Zeuge T1 fachkundig ausgesagt, dass das Kreuzdarmbeingelenk bei Pferden sehr versteckt liege und direkter Einwirkung nicht zugänglich sei. Insoweit hat die – beweisbelastete – Beklagte bereits nicht behauptet oder unter Beweis gestellt, dass derartige Überprüfungen im Rahmen der Ankaufuntersuchung vorgenommen worden sind. Die Vermutungswirkung des § 477 BGB geht – wie ausgeführt – auch dahin, dass vermutet wird, dass der mangelhafte Zustand schon im Ansatz bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Die Beklagte hat den Beweis, dass die klinischen relevanten deutlichen Veränderungen im Kreuzbeindarmgelenk (Iliosacralgelenk) bei Gefahrübergang nicht vorgelegen haben, nicht zu führen vermocht. 64

Für dieses Ergebnis hinsichtlich der Erkrankung im Bereich des Kreuzdarmbeingelenks spricht auch, dass das Pferd sowohl bei der Untersuchung durch den Sachverständigen als auch bei der Untersuchung durch den Zeugen T1 die gleichen Symptome gezeigt hat. 65

Insoweit lag zu beiden Zeitpunkten das gleiche Symptom an gleicher Stelle mit klinischer Relevanz vor. Dies spricht – neben der Vermutungswirkung des § 477 BGB – auch in tatsächlicher Hinsicht dafür, dass in diesem Bereich durchgängig eine klinische Abweichung vom Normbefund und damit ein Sachmangel vorgelegen haben.

Soweit nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Befund vom 15.05.2018 auf einen bereits zum Zeitpunkt der Übergabe begründeten Mangel beruht und es sich insoweit nicht nur um eine akute, wieder abklingende Erscheinung gehandelt hat, gehen verbleibende Zweifel zu Lasten der insoweit beweisbelasteten Beklagten. 66

(4) 67

Die Vermutungswirkung des § 477 BGB ist mit der Art der Mängel nicht gem. § 477 2. Hs. BGB unvereinbar. § 477 BGB ist auch beim Tierkauf anwendbar, allerdings nicht ohne jegliche Einschränkungen (BGH, Urteil vom 29. 3. 2006 - VIII ZR 173/05 NJW 2006, 2250). Die Vermutungswirkung ist bei der vorgefundenen Erkrankung im Bereich des Kreuzdarmbeingelenks mit der Art des Mangels vereinbar. Es spricht auch nicht gegen die Anwendbarkeit des § 477 BGB, dass nach Angabe des Sachverständigen in dessen schriftlichen Gutachten die Iliosacralveränderungen binnen 8-12 Wochen entstanden sein könnten. Würde man die Vermutungswirkung des § 477 BGB in derartigen Fällen ablehnen, ließe dies den Anwendungsbereich des § 477 BGB beim Tierkauf praktisch leer laufen, was mit dem Gedanken des Verbraucherschutzes nicht vereinbar wäre. 68

d) 69

Die Klägerin hat der Beklagten zwar keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt. Dies ist jedoch unschädlich, da eine solche entbehrlich war. 70

aa) 71

Die Klägerin hat der Beklagten mit Schreiben vom 07.06.2018 vor Erklärung des Rücktritts eine Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben und eine Frist gesetzt, §§ 439 I, 440, 323 I BGB. Allerdings hat die Beklagte den Zugang dieses Schreibens bestritten. Die Beweislast für den Zugang trägt die Klägerin. Einen Zugangsnachweis legt die Klägerin nicht vor und tritt keinen Beweis für den Zugang an. Auch aus anderen Umständen lässt sich der Zugang nicht herleiten, namentlich hat die Beklagte auf dieses Schreiben unstreitig nicht reagiert. Mithin fehlt es grundsätzlich an einer Fristsetzung und Gelegenheit zur Nacherfüllung. 72

bb) 73

Die Fristsetzung und Gelegenheit zur Nacherfüllung sind jedoch gem. § 323 II Nr. 1 BGB entbehrlich, da die Beklagte die Leistung in ihren Mitteilungen an die Klägerin vom 31.07.2018 und 11.08.2018 ernsthaft und endgültig verweigert hat. Sie hat die Ansprüche der Klägerin durchgängig als unbegründet zurückgewiesen, einen Mangel verneint und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie die geforderte Leistung nicht erbringen werde. 74

e) 75

Der Mangel ist gem. § 323 V 2 BGB entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht unerheblich. Es liegt – wie ausgeführt – eine deutliche und klinisch relevante Veränderung des Iliosacralgelenks vor, welche zu einem erheblichen subjektiven Missempfinden bei dem Pferd führt. Im Übrigen obliegt der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast für die 76

Unerheblichkeit des Mangels gem. § 323 V 2 BGB. Dieser Beweis ist ihr nicht gelungen.

f)	77
Die Gewährleistungsansprüche der Klägerin sind nicht durch einen zwischen den Parteien vereinbarten Gewährleistungsausschluss ausgeschlossen.	78
aa)	79
Da ein Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 BGB vorliegt, ist der Gewährleistungsausschluss in § 4 des Kaufvertrages bereits gem. § 476 I BGB unwirksam, da zu Lasten der Klägerin von ihren Rechten aus § 437 BGB abgewichen wird.	80
bb)	81
Zudem ist die Klausel in § 4 des Kaufvertrages gemäß § 309 Nr. 7 BGB unwirksam. Bei den Klauseln im Vertrag handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen gem. § 305 I BGB, die der Klägerin durch die Beklagte einseitig gestellt worden sind. § 4 des Kaufvertrages ist jedoch unwirksam. Die Klausel in § 4 des Kaufvertrages hält nämlich einer Inhaltskontrolle gem. § 309 Nr. 7 BGB nicht stand, da der Haftungsausschluss („Das Pferd wird verkauft unter Ausschluss jedweder Mängelhaftung des Verkäufers. Von diesem Ausschluss umfasst sind auch alle versteckten Mängel zum Zeitpunkt des Verkaufs, es sei denn, der Verkäufer habe bestimmte Eigenschaften vertraglich zugesagt oder arglistig verschwiegen.“) sämtliche Schäden, also auch die an Leben, Körper und Gesundheit, sowie alle Formen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, betrifft.	82
g)	83
Die Klägerin hat den Rücktritt mit anwaltlichem Schreiben vom 25.07.2018, dessen Zugang die Beklagte nicht bestritten hat, ausdrücklich erklärt, § 349 BGB.	84
Die Rücktrittserklärung ist entgegen der Ansicht der Beklagten auch wirksam. Ihre Rüge in der Klageerwidern vom 30.10.2018, dem Rücktrittsschreiben sei keine Originalvollmacht beigelegt gewesen, geht fehl. Zwar kann die Klägerin nicht damit gehört werden, dem Schreiben vom 07.06.2018 sei die Originalvollmacht beigelegt gewesen, da sie den Zugang dieses Schreibens – wie ausgeführt – gerade nicht beweisen kann. Es fehlt aber an einer unverzüglichen Zurückweisung durch die Beklagte gem. § 174 S. 1 BGB. Die Zurückweisung hätte unmissverständlich und ohne schuldhaftes Zögern gem. § 121 I BGB erfolgen müssen (vgl. Palandt-Ellenberger, § 174 BGB Rn. 6 unter Verweis auf § 111 BGB Rn. 5). Hieran fehlt es, da die Beklagte in ihren Schreiben vom 31.07.2018 und 11.08.2018 das Fehlen der Vollmacht der jetzigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin nicht rügt und das Rechtsgeschäft nicht zurückweist. Die Zurückweisung in der Klageerwidern vom 30.10.2018 ist angesichts eines Zeitablaufs von über zwei Monaten verspätet und nicht mehr unverzüglich i. S. d. §§ 174 S. 1, 121 I BGB.	85
h)	86
Gem. § 346 I BGB sind die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.	87
aa)	88
Die Klägerin kann zunächst die Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises in Höhe von 12.500 € verlangen, Zug um Zug (§ 348 BGB) gegen Rückgabe und Rückübereignung des Pferdes.	89

bb)	90
Die Klägerin hat gegen die Beklagte des Weiteren einen Anspruch auf Zahlung von Aufwendungsersatz i. H. v. 1.917,50 € aus § 347 BGB.	91
Es handelt sich bei den von der Klägerin geltend gemachten Positionen weit überwiegend um notwendige Verwendungen. Notwendige Verwendungen sind solche, die zur Erhaltung und ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Sache nach objektivem Maßstab zur Zeit der Vornahme erforderlich sind (Palandt-Herrler, § 994 BGB, Rn. 5 m. w. N.). Zur ersetzen sind auch gewöhnliche Erhaltungskosten (Palandt-Grüneberg, § 347 BGB, Rn. 3).	92
(1)	93
Die Klägerin kann zunächst die Stallkosten i. H. v. 1.100,00 € verlangen. Die Beklagte hat diese Kosten nicht bestritten, so dass sie gemäß § 138 ZPO als zugestanden zu behandeln waren.	94
(2)	95
Des Weiteren kann die Klägerin die Erstattung der Kosten für die Tierklinik i.H.v. 397,50 € verlangen. Auch hierbei handelt es sich um notwendige Verwendungen auf das Pferd. Soweit die Beklagte bestritten hat, dass diese Kosten notwendig, erforderlich und angemessen waren, hat die Klägerin den ihr obliegenden Beweis geführt. Der Sachverständige hat ausgeführt, die von der Klägerin aufgewandten Kosten seien erforderlich und angemessen. Die – von der Beklagten im Übrigen nicht bestrittene – Zahlung der Rechnung folgt im Übrigen aus der vorgelegten EC-Quittung.	96
(3)	97
Die Klägerin hat des Weiteren einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung der Kosten für den Hufbeschlag i.H.v. 420,00 €. Soweit die Beklagte bestritten hat, dass die geltend gemachten Kosten üblich, notwendig und angemessen sind, hat die Klägerin auch diesen ihr obliegenden Beweis erbracht. Der hierzu befragte Sachverständige hat festgestellt, dass die Kosten für den Hufbeschlag üblich, erforderlich und angemessen sind. Soweit die Beklagte des Weiteren bestritten hat, dass das Pferd überhaupt beschlagen worden ist und die Kosten für die Klägerin angefallen sind, hat die Prozessbevollmächtigte der Beklagten im Senatstermin dieses Bestreiten zurückgenommen und Anfall und Begleichung der Kosten unstreitig gestellt.	98
(4)	99
Die Klägerin hat hingegen keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Wurmkur i.H.v. 10,00 €. Trotz Bestreitens der Beklagten hat die Klägerin Anfall und Begleichung dieser Rechnung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht belegt.	100
(5)	101
Die Klägerin hat zudem gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten für eine Anpassung des Sattels in Höhe von 100,00 €. Zwar hat die Klägerin hierzu befragt im Senatstermin angegeben, der Sattel sei für diesen Betrag angepasst worden und sie habe die Kosten auch beglichen. Zwar hat die Klägerin hierzu auch Zeugenbeweis angetreten. Der Senat war jedoch nicht gehalten, hierüber Beweis zu erheben, da die Kosten bereits dem Grunde nach nicht erstattungsfähig sind. Bei den Kosten für die Anpassung des Sattels	102

handelt es sich nicht um notwendige Verwendungen auf das Pferd, sondern um Verwendungen auf Zubehör.

(6)	103
Die Klägerin hat schließlich gegen die Beklagte einen Anspruch auf Freistellung von Zahntierarztkosten in Höhe von 130,00 €. Die Klägerin kann insoweit jedoch lediglich die Freistellung gemäß § 257 BGB und nicht Zahlung verlangen. Die Klägerin hat für die von der Beklagten ausdrücklich bestrittene Zahlung an den Zahntierarzt keinen Beweis angetreten.	104
2.	105
Der Zinsanspruch folgt aus § 291 BGB.	106
3.	107
Der Feststellungsantrag betreffend weitere Folgeaufwendungen ist gemäß § 256 ZPO zulässig. Insbesondere ist die Klägerin nicht verpflichtet, teilweise auf eine Leistungsklage umzustellen, auch wenn ihr eine teilweise Bezifferung des Schadens möglich wäre, da der Schaden in Gestalt von Unterstellkosten, Futterkosten, Tierarztkosten etc. noch in der Entwicklung ist (vgl. Zöller-Greger, § 256 BGB, Rn. 7a m. w. N.). Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen verwiesen.	108
4.	109
Der Antrag auf Feststellung des Annahmeverzuges der Beklagten ist ebenfalls begründet, da die Klägerin der Beklagten das Pferd mit Schreiben vom 25.07.2018 gem. § 293ff BGB ordnungsgemäß angeboten hat.	110
5.	111
Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 490,99 € aus §§ 280 Abs. 1, 286 Abs. 1 BGB oder einer anderen Anspruchsgrundlage. Dieser Anspruch scheitert daran, dass sich die Beklagte im Zeitpunkt des erstmaligen Tätigwerdens der jetzigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin nicht im Verzug befand. Die Beklagte wurde allenfalls erst durch das anwaltliche Schreiben vom 07.06.2018 in Verzug gesetzt, dessen Zugang die Klägerin jedoch nicht bewiesen hat. Da die Klägerin beweisfällig für den Zugang dieses Schreibens ist, befand sich die Beklagte auch bei Fertigung des zweiten außergerichtlichen Schreibens der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 25.07.2018 nicht in Verzug. Auch aus dem von der Klägerin vorgelegten Chat-Verlauf ergibt sich keine verzugsbegründende Aufforderung.	112
6.	113
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 2, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	114
7.	115
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Zulassungsgründe des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.	116
