
Datum: 17.02.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 U 66/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0217.3U66.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 4 O 40/06

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 4. Zivilkammer - Einzelrichter - des Landgerichts Köln vom 14.03.2007 (4 O 40/06) wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Leistung einer Sicherheit in Höhe von 120% des nach dem Urteil zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Rückzahlung des Kaufpreises sowie Erstattung von Unterbringungskosten und sonstigen Verwendungen wie Tierarzt-, Hufschmiede-, Bewegungs-, Pensions- und Ausbildungskosten für die Stute "H. ", die ihr Ehemann auf einer vom Beklagten am 29.01.2005 in W. veranstalteten Auktion ersteigert hat.

1

2

3

- Der Beklagte ist ein anerkannter Pferdezuchtverband. Er organisiert in W. jährlich mehrere Auktionen, in deren Rahmen Pferde der Mitglieder des Beklagten versteigert werden. Den Auktionen des Beklagten liegen die allgemeinen Auktionsbedingungen des Beklagten zugrunde, aus denen sich ergibt, dass die Versteigerungen vom Beklagten veranstaltet werden, dass die im Rahmen der Auktion geschlossenen Verträge zwischen dem Ersteigerer und dem Beklagten als Kommissionär des Einlieferers zustande kommen und dass der Beklagte Auktionsgebühren erhält. In den Auktionsbedingungen heißt es außerdem, dass die jeweilige Auktion im Wege der öffentlichen Versteigerung stattfindet, bei der die Pferde als gebrauchte Sachen im Rechtssinne unter Ausschluss der Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufrechts gemäß §§ 474 ff. BGB verkauft werden. Unter E - "Haftung des Verbandes" - sehen die Auktionsbedingungen vor, dass die Pferde "verkauft [werden] - wie besichtigt und geritten – unter Ausschluss jedweder Sachmängelhaftung". 4
- Die Stute "H. " wurde am 31.03.1999 auf dem Hof des Züchters I. geboren. Als Dreijährige wurde sie dem Zeugen L. zur Ausbildung übergeben. Danach wurde sie zunächst zur Zucht verwendet. Am 01.07.2004 übergab der Züchter I. die Stute erneut dem Zeugen L. zur weiteren Ausbildung. Am 06.12.2004 wurde "H. " von dem Zeugen Dr. C. im Rahmen einer tierärztlichen Ankaufsuntersuchung für die im Januar 2005 stattfindende Versteigerung des Beklagten untersucht. In dem unter dem 06.12.2004 durch den Zeugen Dr. C. als Tierarzt erstellten Untersuchungsprotokoll (GA Bl.97) findet sich eine Zeile mit dem Inhalt "6. Maulhöhle und Zähne: o. b. B.". Das Feld "o. b. B." wurde durch Dr. C. angekreuzt, weitere Eintragungen befinden sich in dieser Zeile nicht. "H. " verblieb dann bis zum 17.01.2005 bei dem Zeugen L. , von wo aus sie in die Auktionsställe des Beklagten verbracht wurde. Dort wurde sie vom 17.01.2005 bis zum Tag der Auktion, dem 29.01.2005 untergebracht. Während dieser Zeit wurde sie vom Zeugen Dr. C. erneut tierärztlich untersucht, durch den Stallmeister des Beklagten, den Zeugen M. , betreut und vom Zeugen N. geritten und ausgebildet. 5
- Am 29.01.2005 führte der Beklagte in der Q. in W. eine Auktion durch, die von dem Versteigerer K. geleitet wurde, und in deren Rahmen auch das Pferd "H. " zur Versteigerung angeboten wurde. Der Ehemann der Klägerin bot im Rahmen der Auktion des Beklagten am 29.01.2005 telefonisch auf dieses Pferd und erhielt den Zuschlag. Aus dem Kaufpreis, den Kommissionsgebühren einschl. Versicherungsbeitrag und zzgl. MWSt. ergab sich ein Rechnungsendbetrag von 159.774, 75 €. Nach der Versteigerung teilte der Ehemann der Klägerin dem Beklagten mit, dass die Rechnung an die Klägerin geschickt werden solle. Die Kommissionsabrechnung vom 29.01.2005 (Anlage K 1, Anlagenheft Bl. 1) wurde an die Klägerin adressiert, die seit Jahren gute Kundin des Beklagten ist. 6
- Am gleichen (so der Beklagte GA Bl.31) bzw. am darauffolgenden Tag (so die Klägerin GA Bl.90) wurde das Pferd "H. " nebst Abstammungsnachweis und den Pferdepapieren übergeben; auf Veranlassung der Klägerin wurde das Pferd zunächst für einige Wochen in den Stall des Zeugen D. verbracht, der selbständiger Pferdeausbilder ist und das Pferd weiter ausbildete. Mitte März 2005 brachte die Klägerin das Pferd von dort aus in einen Pensionsstall in O. . 7
- Nach zwei bis drei Tagen im Pensionsstall in O. stellten sowohl die Klägerin als auch das Stallpersonal und die übrigen Pferdebesitzer fest, dass die Stute "H. " im Stall und auf der Stallgasse "freikoppte". Als "Freikoppen" bezeichnet man eine bei Pferden vorkommende Verhaltensauffälligkeit, bei der die Pferde den Kopf frei in die Luft halten und sodann Luft durch die Speiseröhre in den Magen pressen. Die Verhaltensauffälligkeit des "Freikoppens" mindert den Zucht- und Wiederverkaufswert eines Pferdes und kann zu einer erhöhten 8

Kolikanfälligkeit führen. Diese Verhaltensauffälligkeit besteht nicht von Geburt an, sondern kann spontan auftreten.

Am 19.04.2005 ließ die Klägerin die Stute "H. " durch den Tierarzt Dr. P. untersuchen. Wegen des Ergebnisses dieser Untersuchung wird auf das unter dem 02.05.2005 durch den Tierarzt Dr. P. schriftlich niedergelegte Untersuchungsergebnis, Anlage K3, AH Bl.4, Bezug genommen. In einer unter dem 29.05.2006 vom Tierarzt P. ausgestellten weiteren tierärztlichen Bescheinigung (Anlage K 8, GA Bl.92) nahm dieser zu seiner Bescheinigung vom 02.05.2005 wie folgt ergänzend Stellung: "Bei dem beschriebenen deutlichen Abschliff der labialen Kanten, des ersten und zweiten Incisivi oben links handelt es sich um eine Abrundung / Brechung der ansonsten scharfkantig zur Lippe hinzeigenden Ränder der Schneidezähne (siehe Skizze). Da die Stute freikoppt ist diese Abrundung der labialen Kanten nicht auf das Koppen zurückzuführen sondern weist lediglich darauf hin, dass die Stute bei geöffnetem Maul mit immer gleicher Kopfhaltung diesen Abrieb an einem bestimmten Gegenstand vornimmt. Wie erwähnt wird dies als Barrenwetzen bezeichnet und kann unter Umständen als Vorstufe des Koppens gewertet werden."

Mit Schreiben vom 22.06.2005 informierte die Klägerin den Beklagten über das "Koppen" des Pferdes. Der Beklagte bot der Klägerin daraufhin einen Nachlass von 15.000 € an, welcher der Klägerin nicht ausreichend erschien. Mit Schreiben vom 13.12.2005 forderte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin daraufhin den Beklagten auf, das Pferd "H. " Zug um Zug gegen Zahlung des gesamten Auktionspreises auf Kosten und Gefahr des Beklagten im Stall der Klägerin in O. abzuholen. Zudem begehrte die Klägerin vollständigen Ersatz der von ihr getätigten Aufwendungen, die sie nunmehr auch mit der Klage geltend macht.

Die Klägerin hat behauptet, ihr Ehemann habe bei Ersteigerung der Stute "H. " auf der Auktion des Beklagten in ihrem Namen gehandelt. Das Pferd habe bereits zum Zeitpunkt der Übergabe die Untugend "Freikoppen" aufgewiesen, die nicht behebbar sei. Sie ist der Ansicht, sie müsse nicht beweisen, dass das Pferd bereits bei der Übergabe diese Untugend aufgewiesen habe bzw. dass diese Untugend zu diesem Zeitpunkt bereits im Keim angelegt war, da dies nach § 476 BGB zu ihren Gunsten vermutet werde.

Die Klägerin hat zunächst beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 159.774,75 € nebst 5 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus seit dem 16.02.2006 (Rechtshängigkeit) zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Herausgabe der Stute "H. von J." mit der Lebensnummer XXXXX nebst Abstammungsnachweis und den anlässlich des Kaufs übergebenen Pferdepapieren, wobei die Herausgabe durch Zuverfügungstellung des Pferdes einschließlich der Papiere am Stall der Klägerin in O. erfolgt,

2. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 27.636,59 € nebst 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.02.2006 (Rechtshängigkeit) zu zahlen,

3. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin die notwendigen Aufwendungen für die Stute "H. " (Tierarzt-, Hufschmiede-, Bewegungs- und Pensionskosten) seit dem 01.01.2006 bis zur tatsächlichen Abholung des Pferdes am Pensionsstall der Klägerin und die Kosten der Ausbildung des Pferdes seit dem 01.03.2005 bis zur Abholung des Pferdes zu erstatten,

4. festzustellen, dass sich der Beklagte seit dem 16.02.2006 im Annahmeverzug befindet.

Mit Schriftsatz vom 07.04.2006 hat die Klägerin einen weiteren Antrag in den Rechtsstreit eingeführt. Sie hat nunmehr zusätzlich beantragt,

2a. den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin nicht anrechenbare anwaltliche Kosten in Höhe von 2.422,54 € nebst 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.05.2005 zu zahlen. 18

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 19

Er hat behauptet, "H. " habe bei Übergabe weder die Untugend des Freikoppens noch die des Barrenwetzens aufgewiesen. Es sei entgegen der im tierärztlichen Attest vom 02.05.2005 geäußerten Ansicht nicht zutreffend, dass aus der Art und Weise des durch das Pferd "H. " ausgeführten Koppvorgangs auf eine bereits länger andauernde Verhaltensstörung geschlossen werden könne. Außerdem hätten bei Übergabe des Pferdes keine Abwetzungen am Gebiss vorgelegen. Der Versteigerer K. sei zur Durchführung von Versteigerungen öffentlich bestellt gem. § 34b Abs. 5 GewO. Die Auswirkungen des Koppens seien im Übrigen mittels eines einfachen Nervenschnitts zu beseitigen. 20

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 21

Das Landgericht hat die Klageforderung nach Beweiserhebung zur Frage, ab wann die Stute "H. " "gekoppt" oder "barrengewetzt" hat, für unbegründet erachtet. Der Klägerin stehe kein Grund vom Rücktritt des Vertrages zu. Sie sei zwar hinsichtlich des Kaufvertrages aktivlegitimiert, ihr Rücktrittsrecht auch nicht wirksam ausgeschlossen worden, ein Sachmangel in Gestalt des "Freikoppens" (nicht aber des "Barrenwetzens") gegeben und es greife auch die Vermutung des § 476 BGB zugunsten der Klägerin ein. Dem Beklagten sei aber der ihm nach § 292 ZPO obliegende Beweis des Gegenteils gelungen, also der Beweis, dass die Stute zum Zeitpunkt der Übergabe am 29.01.2005 nicht die Untugend des "Freikoppens" aufwies. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird wiederum auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 22

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. 23

In der Berufungsinstanz haben die Parteien u.a. zum Ablauf der Auktion näher vorgetragen. Hierbei ist unstreitig geblieben, dass der Beklagte für die Auktion vom 28./29.01.2005 in W. einen Katalog hat erstellen lassen, der am 07.01.2005 an Interessenten verschickt wurde. Bereits mit Schreiben vom 15.12.2004 hatte die Q.-GmbH einen Veranstaltungskalender für das Jahr 2005 an den Polizeiabschnitt des Landkreises W. , den Landkreis W. und verschiedene Ämter der Stadt W. übersandt, in dem für den 28./29.01.2005 ohne nähere Bezeichnung des Gegenstandes die "Winterauktion" des Beklagten in der Q. angekündigt wurde. In den W.-er Nachrichten vom 21.01.2005 wurde auf die Auktion des Beklagten vom 28./29.01.2005 hingewiesen; weitere Veröffentlichungen in der Tagespresse sind streitig. Der Zutritt zur Auktion vom 29.01.2005 wurde von der Zahlung eines Eintrittsgeldes in Höhe von 5 Euro abhängig gemacht. 24

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 29.02.2008 eine zwischen ihr und ihrem Ehemann geschlossene Abtretungsvereinbarung vom 25.02.2008 vorgelegt, wonach alle Ansprüche des Ehemannes aus dem Kauf der Stute "H. " vom 29.01.2005 an die Klägerin abgetreten werden. Der Beklagte hat daraufhin sein Bestreiten der nunmehrigen Aktivlegitimation der Klägerin aufgegeben und die Einrede der Verjährung der geltend gemachten Ansprüche erhoben. 25

Die Klägerin meint, das Landgericht habe die Beweisaufnahme und -würdigung hinsichtlich der Frage, ob die Stute zum Zeitpunkt der Übergabe nicht die Untugend des "Freikoppens" aufwies, nicht korrekt vorgenommen. Das Gericht hätte zunächst den Zeugen Dr. C. persönlich vernehmen und dabei herausfinden müssen, ob der Zeuge sich bei seiner Aussage noch an die Untersuchung erinnern oder sich nur noch auf sein Untersuchungsprotokoll stützen konnte. Wenn Letzteres der Fall gewesen wäre, hätte nach Ansicht der Klägerin aus dem Untersuchungsprotokoll selbst gem. § 416 ZPO nur der Schluss gezogen werden dürfen, dass dies vom Zeugen stammt, nicht aber, dass keine Anzeichen für eine Verhaltensauffälligkeit gegeben waren. Außerdem geht die Klägerin davon aus, dass sich der Zeuge M. nicht positiv an die Stute erinnern kann und verweist darauf, dass dieser Zeuge ausgesagt habe, "ihm oder seinem Stallpersonal hätte es auffallen müssen, wenn das Pferd gekoppt hätte." Eine solche Zeugenaussage sei nach der Rechtsprechung nicht geeignet, den nach § 292 ZPO erforderlichen Beweis des Gegenteils im Rahmen des § 476 BGB zu erbringen. Auch die Zeugenaussage des Herrn E. sei nicht aussagekräftig hinsichtlich des Nichtvorliegens der Untugend Freikoppen, da das Tier nicht nächtlich beobachtet worden sei und die Situation im Stall der einer belebten Durchgangsstraße geähnelt habe. Des Weiteren meint die Klägerin, das Gericht hätte ein Sachverständigengutachten einholen müssen zu den Eigenarten des "Freikoppens" und dazu, ob aus dem Ausmaß der Abriebspuren an den oberen Schneidezähnen der Stute "H. ", welche in der Bescheinigung des Tierarztes P. vom 02.05.2006 beschrieben werden, geschlossen werden kann, dass die Stute "H. " bei der Feststellung des Schadens schon mindestens sechs Monate gekoppt hatte. Zur Frage der Öffentlichkeit der Versteigerung im Sinne des § 474 Abs.1 S.2 BGB meint die Klägerin, dass es erforderlich sei, dass der Versteigerer selbst die Auktion veranstalte, hierzu die – inhaltlich ausgewogenen – Auktionsbedingungen stelle und der Kaufvertrag mit ihm selbst zustande komme; all dies sei hier nicht der Fall. Im Übrigen liege in der Gestaltung der Vertragsbeziehungen jedenfalls eine unzulässige Umgehung von Verbraucherschutzvorschriften im Sinne des § 475 Abs.1 S.2 BGB. Schließlich stehe auch das erhobene Eintrittsgeld der Öffentlichkeit der Versteigerung entgegen und sei auch den Anforderungen der Versteigerer-Verordnung an die öffentliche Bekanntmachung nicht ausreichend Rechnung getragen, zumal weder der Beklagte noch der Versteigerer die notwendigen Bekanntmachungen in die Wege geleitet hätten.	26
Die Klägerin beantragt, unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu erkennen, wie in erster Instanz beantragt.	27
Der Beklagte beantragt, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	28
Der Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und insbesondere auch die dort vorgenommene Beweiswürdigung. Von einem Mangel der Stute sei zudem schon deshalb nicht auszugehen, weil diese in ihrer Leistungsfähigkeit als Springpferd nicht beeinträchtigt sei. Im Übrigen weist er darauf hin, dass die Klägerin keine Verbraucherin sei, was sich u.a. daraus ergebe, dass sie zur Zeit des Erwerbs von "H. " bereits Eigentümerin zahlreicher weiterer Pferde gewesen sei und einen professionellen Springstall unterhalten habe. Zur Durchführung der Auktion vom 28./29.01.2005 hat der Beklagte behauptet, auf diese sei zusätzlich in der Vereinszeitschrift "F.", auf der Internetseite des Beklagten und in allen deutschen Pferdezeitschriften bereits Wochen vor der Veranstaltung hingewiesen worden.	29
Der Senat hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 06.03.2008 (GA Bl.426 f.) durch Einholung amtlicher Auskünfte der IHK F., des Landkreises W. und der Stadt W. ; wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Schreiben des Landkreises W.	30

vom 30.05.2008, GA Bl.463, auf die Schreiben der Stadt W. vom 09.06.2008, GA Bl.466, vom 15.07.2008, GA Bl.469 und vom 09.09.2008, GA Bl.498, sowie das Schreiben der IHK F. vom 30.05.2008, GA Bl.497, verwiesen. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II. 31

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. Der Klägerin stehen die geltend gemachten Ansprüche nicht zu, weil sie nicht hat beweisen können, dass die Stute H. im Zeitpunkt des Erwerbs vom Beklagten einen Mangel aufwies, obwohl sie insoweit die Darlegungs- und Beweislast trifft. Damit entfallen alle denkbaren Ansprüche der Klägerin auf Rückzahlung des Kaufpreises, Erstattung von Unterbringungskosten und sonstigen Verwendungen wie Tierarzt-, Hufschmiede-, Bewegungs-, Pensions- und Ausbildungskosten. 32

1. 33

Die Klägerin ist aktivlegitimiert. Ihr stehen die geltend gemachten Ansprüche – deren Bestehen unterstellt - jedenfalls aufgrund der in der Berufungsinstanz unstreitig gewordenen Abtretung durch ihren Ehemann zu, § 398 BGB. 34

Die Klägerin ist nach ihrem eigenen, vom Beklagten allerdings bestrittenen Vorbringen schon deshalb aktivlegitimiert, weil sie behauptet, aufgrund bei Vertragsabschluss offen gelegter Vertretung durch ihren Ehemann selbst Vertragspartnerin geworden zu sein, § 164 BGB. Trifft die Darstellung der Beklagten zu, dass der Vertrag nicht mit der Klägerin, sondern mit deren Ehemann zustande gekommen sei, weil dieser bei Vertragsschluss nicht, jedenfalls aber nicht für sie erkennbar für die Klägerin gehandelt habe, ergibt sich die Anspruchsberechtigung der Klägerin aus abgetretenem Recht, § 398 BGB, nachdem die Beklagte nunmehr nicht (mehr) bestreitet, dass der Klägerin etwaige Ansprüche unter dem 25.02.2008 abgetreten worden sind (vgl. Schriftsatz vom 14.04.2008, GA Bl.452). 35

2. 36

Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises gem. §§ 346 Abs.1, 437 Nr.2 BGB für die Stute "H. " liegen nicht vor, weil sich die Voraussetzungen eines Rechts zum Rücktritt vom Kaufvertrag nicht feststellen lassen und mangels wirksamen Rücktritts vom Kaufvertrag auch die weiter geltend gemachten Ansprüche nicht bestehen. 37

Gem. §§ 437 Nr.2 BGB, 439, 440 BGB kann der Käufer – vorbehaltlich eines wirksamen Gewährleistungsausschlusses - wegen eines Mangels der Kaufsache vom Kaufvertrag zurücktreten, wenn diese bei Gefahrübergang mangelhaft war und eine Nacherfüllung gescheitert oder entbehrlich ist. Im vorliegenden Fall lässt sich unabhängig von der Frage der Nacherfüllung schon nicht feststellen, dass die verkaufte Stute "H. " bei Gefahrübergang mangelhaft im Sinne des § 434 BGB war (dazu unter a.); dies geht zu Lasten der insoweit nach allgemeinen Grundsätzen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 476 BGB darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin (dazu unter b.). 38

a. 39

Ein Rücktritt der Klägerin vom Kaufvertrag kommt hier nur wegen eines Mangels der Kaufsache bei Gefahrübergang in Betracht. Insoweit hat die Klägerin ihre Behauptung, dass die Stute "H. " bei Übergabe an sie bereits "koppte" oder "Barren wetzte", nicht beweisen 40

können; der Senat vermag andererseits aber auch nicht festzustellen, dass diese Untugenden bei Gefahrübergang noch nicht vorlagen und auch nicht im Keim angelegt waren.

aa. 41

Die Untugenden des "Koppens" und des "Barrenwetzens" stellen jeweils einen Sachmangel im Sinne des § 434 BGB dar. Gemäß § 434 Abs. 1 BGB, der nach § 90a BGB auf Tiere entsprechend anzuwenden ist, ist die Sache mangelfrei, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Nach Satz 2 dieser Bestimmung ist die Sache, soweit ihre Beschaffenheit nicht vereinbart ist, frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (Nr. 1), sonst, 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 (Nr. 2). Zur "üblichen" Beschaffenheit eines Tieres gehört insoweit zwar nicht, dass es in jeder Hinsicht einer biologischen oder physiologischen "Idealnorm" entspricht; denn gewisse - erworbene oder genetisch bedingte - Abweichungen vom physiologischen Idealzustand kommen bei Lebewesen erfahrungsgemäß häufig vor. Der Käufer eines Reitpferdes kann deshalb redlicherweise nicht erwarten, dass er auch ohne besondere Vereinbarung ein Tier mit "idealen" Anlagen erhält, sondern er muss im Regelfall damit rechnen, dass das von ihm erworbene Tier in der einen oder anderen Hinsicht physiologische Abweichungen vom Idealzustand aufweist, wie sie für Lebewesen nicht ungewöhnlich sind. Auch die damit verbundenen Risiken für die spätere Entwicklung des Tieres sind für Lebewesen typisch und stellen für sich genommen noch keinen vertragswidrigen Zustand dar, denn der Verkäufer eines Tieres haftet nicht für den Fortbestand des bei Gefahrübergang gegebenen Gesundheitszustands. Ein Sachmangel liegt aber vor, wenn der Zustand des Pferdes bei Gefahrübergang nicht der berechtigten Käufererwartung entspricht (vgl. BGH, Urt. v. 07.02.2007, VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351 ff.). 42

Davon ist bei einem "koppenden" Pferd - ungeachtet der konkret beabsichtigten Verwendung dieses Pferdes – auszugehen, denn beim "Koppen" handelt es sich um eine echte Verhaltensstörung mit Krankheitswert, wobei das "Koppen" Ausdruck eines psychischen Defektes des Pferdes ist, der sich auf verschiedene Weise äußern kann (vgl. OLG Hamm, 2 U 148/06, RdL 2008, 37). Im Übrigen wird hierdurch unstreitig auch die Tauglichkeit des Pferdes für die Zucht beeinträchtigt, wobei die Verwendungsfähigkeit eines so teuren Pferdes wie "H. " zur Zucht ohne weiteres zur üblichen Beschaffenheit zählen dürfte. Jedenfalls galt aber "Koppen" als Hauptmangel nach der früheren ViehmängelVO und ist es nicht ersichtlich, dass sich an der Beurteilung dieser Untugend durch die beteiligten Verkehrskreise aufgrund der Schuldrechtsreform etwas geändert hätte. Nach wie vor wird ein koppendes Pferd als mangelbehaftet angesehen und führt diese Eigenart unstreitig zu einer erheblichen Wertminderung, wenn auch dem letztgenannten Umstand allein keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 07.02.2007, VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351 ff.). 43

Ob Entsprechendes auch für die Untugend des sog. "Barren- oder Krippenwetzens" gilt (vgl. OLG Hamm, 2 U 148/06, RdL 2008, 37), oder ob insoweit nach den im Urteil des Bundesgerichtshofes vom 07.02.2007, VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351 ff., formulierten Grundsätzen die konkrete Feststellung einer gesundheitlichen Beeinträchtigung des Pferdes erforderlich ist, kann dahingestellt bleiben; denn auch hinsichtlich dieser Untugend ist hier nicht feststellbar, dass sie bei Gefahrübergang bestanden hat (s.u.). 44

bb. 45

Unstreitig ist bei "H. " Mitte März 2005 die Untugend des "Freikoppens beobachtet worden. 46
Dass sie auch schon vor Übergabe an die Klägerin aufgetreten ist, lässt sich hingegen nicht
feststellen, auch nicht, dass "H. " bereits bei Übergabe die Untugend des "Barrenwetzens"
angenommen hatte. Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der entsprechenden Feststellung des
Landgerichts sind weder dargetan noch ersichtlich.

(1) 47

Keiner der vor dem Landgericht vernommenen Zeugen hat ein "Koppen" oder "Barrenwetzen" 48
bei H. vor Übergabe an die Klägerin beobachtet. Erstmals festgestellt wurde das "Koppen"
nach der Übergabe, nämlich Mitte März 2005; ein Zahnabrieb soll erstmals am 19.4.2005 und
damit ebenfalls nach Übergabe durch den Tierarzt P. festgestellt worden sein.

(2) 49

Aus dem Umstand, dass ab März 2005 beobachtet wurde, dass H. "koppte", kann nicht der 50
Schluss gezogen werden, dass diese Untugend auch bereits zuvor bei Gefährübergang am
29./30.01.2005 vorgelegen hat. Soweit der in erster Instanz schriftlich angehörte
sachverständige Zeuge Prof. Dr. T. in seiner Erklärung vom 08.12.2006 (GA Bl.155 f.)
bekundet hat, die Stute "H. " habe ausgehend von dem am 19.04.2005 festgestellten
Zahnbefund mit hoher Wahrscheinlichkeit schon vor Übergabe an die Klägerin gekoppt, kann
darauf eine gesicherte Feststellung nicht gestützt werden. Der Zahnbefund, dessen Ursache
nicht das bei "H. " allein beobachtete Freikoppen sein kann, sondern nur ein "Barrenwetzen",
lässt einen gesicherten Rückschluss auf die Unart des Koppens schon deshalb nicht zu, weil
ein durch einen etwaigen Zahnabrieb bestätigtes "Barrenwetzen" nur mögliche Vorstufe des
Koppens ist, aber nicht zwingend darauf hinweist, dass "H. " bereits bei Gefährübergang
gekoppt hat oder dieser Mangel jedenfalls im Keim angelegt war. Die von der Klägerin in
Bezug genommene tierärztliche Bescheinigung von Dr. P. vom 02.05.2005 spricht insoweit
ausdrücklich davon, dass das "Barrenwetzen" unter Umständen als Vorstufe des Koppens
gewertet werden könne. Soweit der sachverständige Zeuge Prof. Dr. T. in seiner
Stellungnahme vom 21.12.2006 (GA Bl.174-176) ausgeführt hat, dass der am 19.04.2005 –
angeblich - festgestellte Zahnabrieb darauf schließen lasse, dass auf eine länger anhaltende,
intensive Aufsatzkoppertätigkeit geschlossen werden könne, die nach dem Inhalt seiner
Stellungnahme vom 08.12.2006 (GA Bl.155-156) schon vor dem 29.01.2005 begonnen
worden sein müsse, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Zum Einen ist der Umfang des
Zahnabriebs in der tierärztlichen Bescheinigung vom 02.05.2005 (AH Bl.4) mit der Wendung
"deutlich abgeschliffen" nicht ansatzweise quantifizierbar festgehalten und bietet auch die
weitere tierärztliche Bescheinigung vom 29.05.2006 (GA Bl.92) insoweit keine weiter
gehenden Anhaltspunkte. Jeder Rückschluss auf einen nahezu drei Monate zurückliegenden
Zeitpunkt ist daher mit so erheblichen Unsicherheiten behaftet, dass sich gesicherte
Feststellungen zum Zustand des Gebisses am 29.01.2005 und zur Frage, ob "H. " seinerzeit
schon mit einem "Barrenwetzen" oder "Aufsetzkoppen" begonnen hatte, das Rückschlüsse
auf das später allein festgestellte Freikoppen erlauben könnte, insoweit nicht mehr treffen
lassen, zumal der sachverständige Zeuge Prof. Dr. T. in seiner Stellungnahme vom
08.12.2006 ausdrücklich nur von einem Zeitraum von "mindestens drei Monaten" gesprochen
hat, nachdem er zuvor in einem für die Klägerin erstellten Privatgutachten vom 25.08.2006
(AH Bl.51-55) noch von einem nachweisbaren Zeitraum von mindestens sechs Monaten
ausgegangen war. Zum Anderen erlauben die Ausführungen des sachverständigen Zeugen
Prof. Dr. T. in seiner Stellungnahme vom 21.12.2006 nur den Rückschluss, dass "H. "
ausgehend von dem (angeblich) festgestellten Zahnabschliff entweder bereits
Aufsatzkopperin oder aber Barrenwetterin gewesen sein müsse, nicht aber, dass sie sicher

bereits vor Gefahrübergang gekoppt hat; die entgegenstehende Schlussfolgerung steht in offensichtlichem Widerspruch zur vorangegangenen Feststellung, der Abschliff könne nur entweder durch Aufsatzkoppen oder durch Barrenwetzen entstanden sein. Mangels ausreichender Anknüpfungstatsachen zum Umfang des Zahnabriebs bedurfte es auch insoweit aber nicht der Einholung eines von der Klägerin noch beantragten Sachverständigengutachtens.

(3) 51

Auch, dass "H. " bei Übergabe an die Klägerin bereits "Barrenwetterin" war, steht damit nach dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme nicht fest. 52

(4) 53

Andererseits vermag der Senat auch nicht festzustellen, dass "H. " bei Gefahrübergang noch nicht die Untugenden des "Koppens" und/oder "Barrenwetzens" aufwies. An der Richtigkeit der anderslautenden Feststellung des Landgerichts, wonach feststehe, dass die Untugenden bei Gefahrübergang noch nicht vorgelegen haben, bestehen durchgreifende Zweifel, so dass diese den Senat nicht bindet, § 529 Abs.1 Nr.1 ZPO; die in erster Instanz durchgeführte Beweisaufnahme hat diese Frage vielmehr nicht abschließend klären können und ist nach Einschätzung des Senats auch nicht mehr aufklärbar. Keiner der Zeugen, die mit "H. " zu tun hatten, hat das Pferd rund um die Uhr beobachtet. Nach den insoweit überzeugenden Ausführungen des in erster Instanz schriftlich angehörten sachverständigen Zeugen Prof. Dr. T. kann die Tatsache, dass ein Pferd koppt, aber insbesondere in der Anfangsphase leicht übersehen werden, weil es möglich ist, dass sich die Untugend erst langsam ausbildet und auch im Bewegungsablauf zu Anfang noch nicht so ausgeprägt sein muss, wie sie dann möglicherweise später zutage tritt. Danach kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Untugend des "Koppens" doch schon vor Übergabe von "H. " aufgetreten ist. 54

b. 55

Dieses Ergebnis geht zu Lasten der nach allgemeinen Grundsätzen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 476 BGB darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin. Der Anwendungsbereich des § 476 BGB ist zwar in persönlicher Hinsicht eröffnet (dazu aa.) und auch nicht durch die Auktionsbedingungen der Beklagten ausgeschlossen (dazu bb.); die Anwendbarkeit des § 476 BGB ist jedoch gem. § 474 Abs.1 S.2 BGB ausgeschlossen, weil "H. " als gebrauchte Sache im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung verkauft worden ist, an der eine persönliche Teilnahme möglich war (dazu cc.). 56

aa. 57

Der persönliche Anwendungsbereich ist eröffnet. Ungeachtet der Frage, ob die Klägerin oder ihr Ehemann den Vertrag geschlossen hat, hat auf Käuferseite ein Verbraucher im Sinne des § 13 BGB gehandelt, während der Beklagte auf Verkäuferseite als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB tätig geworden ist. 58

(1) 59

Wenn der Ehemann der Klägerin Vertragspartner geworden ist, kommt es auf dessen Eigenschaft als Verbraucher gemäß § 13 BGB an. Der diesbezüglichen Behauptung der Klägerin aus der Klageschrift vom 19.01.2006, GA Bl.5, ist der Beklagte nicht erheblich entgegen getreten; auf die berufliche Tätigkeit des Ehemanns der Klägerin als 60

Geschäftsführer eines mittelständischen Unternehmens aus der Automobilzulieferindustrie kommt es insoweit ersichtlich nicht an.

(2) 61

Wenn die Klägerin bei Vertragsschluss von ihrem Ehemann wirksam vertreten wurde, kommt es allerdings auf die Verbrauchereigenschaft der Klägerin selbst als Vertragspartnerin an (vgl. MüKo-Lorenz, § 474 BGB Rn19); auch diese ist aber gem. § 13 BGB zu bejahen. Die insoweit für Verbraucherhandeln darlegungs- und beweisbelastete Klägerin (BGH, Urt. v. 11.07.2007, VIII ZR 110/06, NJW 2007, 2619 ff.) hat ausgeführt, dass sie im Zeitpunkt des Erwerbs von "H. " keine Pferdezucht betrieben, insbesondere keine Pferde weiterveräußert habe. Dem ist der Beklagte nicht erheblich entgegen getreten. Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin betreibe ein Gestüt, lässt nicht erkennen, dass die Klägerin, wie für Unternehmerhandeln erforderlich, am Markt Leistungen gegen Entgelt angeboten hat (vgl. BGH, Urt. v. 29.03.2006, VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250 ff.); dass sie eine ggf. sehr aufwändige Organisation zur Pflege ihres Hobbys betrieben hat, reicht hierfür entgegen der Ansicht des Beklagten aus Rechtsgründen nicht aus (vgl. OLG Hamm, 2 U 148/06, RdL 2008, 37).

(3) 63

Der Beklagte ist hier als Unternehmer tätig geworden, § 14 BGB. Bei dem Beklagten handelt es sich um einen eingetragenen Verein, also um eine juristische Person im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB. Der Beklagte hat auch bei Abschluss des Kaufvertrags in Ausübung seiner gewerblichen beruflichen Tätigkeit gehandelt, denn er bietet am Markt planmäßig und dauerhaft Leistungen gegen Entgelt an. Dies ergibt sich bereits aus dem Vortrag des Beklagten, er handele im Rahmen der von ihm regelmäßig ausgerichteten Auktionen jeweils als Kommissionär, so auch hier für den Einlieferer der Stute "H. ". Denn nach § 383 Abs. 1 HGB ist Kommissionär (nur), wer es gewerbsmäßig übernimmt, u.a. Waren für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass der Beklagte nur für seine Mitglieder tätig wird, an die auch die Gewinne aus den Kaufverträgen abgeführt werden; denn eine Gewinnerzielungsabsicht ist für die Unternehmereigenschaft nach § 14 BGB nicht erforderlich, weil zum Einen eine Gewinnerzielungsabsicht dem Verbraucher bei Vertragsschluss als rein unternehmensinterne Tatsache meist verborgen bleibt und zum Anderen kein überzeugender Grund dafür besteht, den Verbraucherschutz davon abhängig zu machen, ob der Verkäufer Gewinne erzielen oder lediglich Verluste reduzieren will (BGH, Urt. v. 29.03.2006, VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250 ff.).

cc. 65

Die Anwendbarkeit des § 476 BGB ist indes ausgeschlossen, weil "H. " als gebrauchte Sache im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung verkauft worden ist, an der eine persönliche Teilnahme möglich war, § 474 Abs.1 S.2 BGB.

(1) 67

Bei dem verkauften Pferd "H. " handelte es sich um eine bewegliche, gebrauchte Sache. Nach dem Wortlaut des § 474 Abs. 1 S. 1 BGB liegt ein die Anwendung von § 476 BGB eröffnender Verbrauchsgüterkauf vor, wenn Gegenstand des Kaufvertrags eine bewegliche Sache ist. Darunter fallen gemäß § 90 BGB nur körperliche Gegenstände, zu denen gemäß § 90a S. 3 BGB auch Tiere gehören. Vorliegend handelte es sich bei "H. " um eine gebrauchte

bewegliche Sache. Ausgehend vom Wortsinn (vgl. BGH, Urt. v. 15.11.2006, VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674 ff.) ist eine Sache gebraucht, wenn sie bereits benutzt worden ist. Das ist bezüglich "H. " der Fall, denn sie war bereits vor dem Verkauf mehrfach geritten und ausgebildet worden; im Übrigen kann bei einer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits fast sechs Jahre alten Stute aber auch unabhängig vom vorangegangenen Einsatz des Pferdes nicht mehr von einer "neuen Sache" die Rede sein (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, ZGS 2004, 271 ff.).

(2) 69

Die Auktion vom 29.01.2005 ist als "öffentliche Versteigerung" im Sinne des § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB anzusehen, so dass die Anwendung des § 476 BGB im vorliegenden Fall ausgeschlossen ist. 70

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, beantwortet sich die Frage, ob es sich bei einer bestimmten Versteigerung um eine "öffentliche Versteigerung" i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 2 BGB handelt, nach den im Zusammenhang mit der Auslegung des § 383 Abs. 3 BGB, der eine Legaldefinition des Begriffes enthält, entwickelten Kriterien (BGH, Urt. v. 09.11.2005, VIII ZR 116/05, NJW 2006, 613, 614). Danach sind solche Versteigerungen erfasst, die durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich erfolgen, wobei durch die "öffentlich angestellten" Versteigerer die öffentlich "bestellten" Versteigerer i.S.v. § 34b Abs. 5 GewO erfasst werden (BGH, aaO.; BGH Urt. v. 05.10.1989, IX ZR 265/88, NJW 1990, 899, 900); § 474 Abs.1 S.2 BGB verlangt zusätzlich die Möglichkeit des Verbrauchers zu persönlicher Teilnahme an der Auktion, § 383 Abs.3 S.2 BGB deren öffentliche Bekanntmachung. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt; weitere Voraussetzungen sind für die Anwendbarkeit des § 474 Abs.1 S.2 BGB nicht erforderlich. 71

(2.1) 72

Die Versteigerung vom 29.01.2005 wurde unstreitig durch Herrn G. K. geleitet. Dieser ist als öffentlich bestellter Versteigerer i.S.v. § 34b Abs. 5 GewO tätig geworden, wie sich aus der vom Beklagten vorgelegten Bestallungsurkunde vom 15.04.2004 (Anlagen B 5 und 6, GA Bl. 57 f.) ergibt. Soweit die Klägerin meint, aus der Bestallungsurkunde ergebe sich lediglich die Erlaubnis zur Durchführung von Versteigerungen gem. § 34b Abs. 1 GewO, nicht aber dessen öffentliche Bestellung und Vereidigung i.S.v. § 34b Abs. 5 GewO, verkennt sie den Inhalt der Urkunde. Obwohl diese die Vorschrift des § 34b GewO ohne nähere Bestimmung des Absatzes nennt, ergibt sich aus dem Hinweis, dass diese bei "Erlöschen der Eigenschaft als öffentlich bestellter und vereidigter Versteigerer" zurückzugeben sei, eindeutig, dass Herr K. zum maßgeblichen Zeitpunkt (29.01.2005) öffentlich bestellter und vereidigter Versteigerer für eine bestimmte Art von Versteigerungen ("Landwirtschaft") i.S.v. § 34b Abs. 5 GewO war. Soweit die Klägerin in Zweifel gezogen hat, dass diese Bestellung auch für den Veranstaltungsort der Versteigerung galt (GA Bl.38), bleibt festzuhalten, dass die gem. § 34b Abs. 5 GewO erfolgte Bestellung bundesweite Gültigkeit besitzt (Landmann/Rohmer-Bleitge, Gewerbeordnung, Kommentar § 34b GewO Rn13). 73

(2.2) 74

Die Möglichkeit der persönlichen Teilnahme an der Auktion ist unstreitig; dass weder die Klägerin noch ihr Ehemann tatsächlich persönlich teilgenommen haben, spielt insoweit keine Rolle (MüKo-Lorenz, § 474 BGB Rn13; Bamberger/Roth-Faust, § 474 BGB Rn20). 75

(2.3)

76

Darüber hinaus war die Versteigerung auch "öffentlich" im Sinne des § 383 Abs.3 BGB. Insoweit ist nicht mehr erforderlich ist als ein freier Zutritt und eine öffentliche Bekanntmachung der Versteigerung; beide Voraussetzungen sind hier gegeben.

77

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes stellt entscheidend allein auf eine öffentliche Bekanntmachung und freien Zutritt zur Versteigerung ab (vgl. BGH Urt. v. 05.10.1989, IX ZR 265/88, NJW 1990, 899 f.); dem schließt sich der Senat an.

78

Freier Zutritt zu der Auktion vom 29.01.2005 ist unstreitig. Soweit der Zutritt von der Zahlung eines Eintrittsgeldes in Höhe von 5 Euro abhängig gemacht worden ist, handelt es sich um keine wesentliche Beschränkung der Öffentlichkeit (dazu vgl. Reuter, ZGS 2005, 92).

79

Gem. § 383 Abs.3 S.2 BGB müssen Ort und Zeit der Versteigerung öffentlich bekannt gemacht werden; entscheidend ist, dass die im Einzelfall interessierten Kreise der Öffentlichkeit erreicht werden (Staudinger-Olzen, § 383 BGB Rn9). Davon kann hier ausgegangen werden. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung zum A. (BGH, Urt. v. 05.10.1989, IX ZR 265/88, NJW 1990, 899 f.) im Tatbestand festgehalten, dass Auktionskataloge versandt worden waren und auf die Versteigerung in (überregionalen) Tageszeitungen hingewiesen worden war. Entsprechende Voraussetzungen sind auch hier erfüllt. Unstreitig ist auf die bevorstehende Auktion jedenfalls in einem Teil der Tagespresse hingewiesen und diese jedenfalls durch Übersendung des Veranstaltungskalenders der Q. u.a. an die Stadt W. bekannt gemacht und unstreitig Auktionskataloge an Interessierte versandt worden. Dass der Veranstalter selbst die Bekanntmachung veranlassen muss, wie die Klägerin meint, ergibt sich aus § 383 Abs.3 BGB hingegen nicht und ist auch nach dem Schutzzweck des § 383 Abs.3 BGB nicht erforderlich. Die Frage, welche Pflichten den Versteigerer insoweit gem. § 3 VerstVO treffen, kann insoweit dahinstehen, denn eine über die unstreitig ergriffenen Maßnahmen hinaus gehende öffentliche Anzeige bei Behörden war vorliegend gem. § 3 Abs.1 S.3 VerstVO entbehrlich, weil es sich bei dem Auktionsgegenstand um "Vieh" im Sinne der Vorschrift handelte. Soweit die Klägerin dies für den hier vorliegenden Fall der Versteigerung eines wertvollen Reitpferdes ausgehend vom heutigen Sprachverständnis anders sehen will, kann eine solche Auslegung nicht überzeugen. Pferde können auch nach heutigem Sprachgebrauch noch zwanglos unter den Begriff "Vieh" subsumiert werden; dies zeigt sich u.a. in §§ 12, 13 der geltenden Viehverkehrsverordnung, die in § 12 Abs.1 Pferdehandel ausdrücklich als Viehhandel definiert. Angesichts der insoweit gebotenen generalisierenden Betrachtungsweise kann es auf den Wert des versteigerten Pferdes im Einzelfall offensichtlich nicht ankommen. Im Übrigen liegt § 3 Abs.1 S.3 VerstVO in der Fassung der Versteigererverordnung aus dem Jahre 2003 mit § 5 VerstV a.F. (BGBl. I 1976, 1345) eine Vorläufervorschrift aus dem Jahr 1976 zugrunde, die sich nach damaligem, unter Anderem von der seinerzeit geltenden ViehmängelVO geprägten Sprachgebrauch des BGB ohne weiteres auch auf Pferde bezog; dass der Ordnungsgeber hieran etwas ändern wollte, ist nicht ersichtlich.

80

(2.4)

81

Weiter gehende Anforderungen sind an das Vorliegen einer öffentlichen Versteigerung im Sinne des § 474 Abs.1 S.2 BGB nicht zu stellen; eine unzulässige Umgehung im Sinne des § 475 Abs.1 S.2 BGB liegt nicht vor.

82

Dass die Versteigerung zwar von einem öffentlich bestellten Versteigerer geleitet wurde, Veranstalter aber – unstreitig – der Beklagte war, steht der Annahme einer öffentlichen

83

Versteigerung im Sinne des § 474 Abs.1 S.2 BGB nicht entgegen. Der Gesetzeswortlaut des § 383 Abs. 3 BGB setzt nur voraus, dass die Versteigerung durch einen öffentlich angestellten Versteigerer "erfolgt". Dies erfordert nicht mehr als die Leitung der Versteigerung durch einen öffentlich angestellten Versteigerer; nicht erforderlich ist hingegen, dass der Versteigerer darüber hinaus als Veranstalter fungieren, die Auktionsbedingungen gestellt oder zumindest überprüft haben oder gar Vertragspartner des Käufers werden muss. Hierfür bieten weder der Wortlaut des § 383 Abs.3 BGB noch der Schutzzweck der §§ 474 ff. BGB eine ausreichende Grundlage.

Davon, dass der Versteigerer nicht Vertragspartner des Käufers werden muss, damit von einer öffentlichen Versteigerung die Rede sein kann, ist schon nach dem Tatbestand der Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Urteil vom 05.10.1989, IX ZR 265/88, NJW 1990, 899 ff., auszugehen. In dieser noch 2005 vom Bundesgerichtshof zustimmend zitierten (BGH, Ur. v. 09.11.2005, VIII ZR 116/05, NJW 2006, 613 ff.) Entscheidung war der Auktionator nicht Vertragspartner des Käufers geworden, ohne dass dies Anlass geboten hätte, den Charakter der Versteigerung als öffentlich im Sinne des § 383 Abs.3 BGB in Zweifel zu ziehen. Dem entsprechend geht auch die ganz h. M. davon aus, dass dies nicht erforderlich ist; vielmehr stellt es den Regelfall dar, dass der Versteigerer nur als Vertreter des Einlieferers auftritt (vgl. Reuter, ZGS 2005, 88, 91; Palandt-Heinrichs § 156 BGB Rn1).

84

Dass die Auktionsbedingungen vom öffentlich bestellten Versteigerer gestellt oder in bestimmter Weise überprüft worden sein müssten, oder dass der Versteigerer als "Veranstalter der Auktion" auftreten müsste, damit von einer öffentlichen Versteigerung die Rede sein kann, ist weder dem Gesetz noch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu entnehmen; der Senat sieht hierfür auch im Schutzzweck der Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf keine ausreichende Grundlage. § 383 Abs.3 BGB enthält insoweit keine besonderen Vorgaben; dass die Versteigerung durch einen öffentlich bestellten Versteigerer "erfolgen" muss, kann ohne weiteres auch allein auf den äußeren Ablauf der Versteigerung selbst bezogen werden. Wenn der Bundesgerichtshof (BGH, Ur. v. 09.11.2005, VIII ZR 116/05, NJW 2006, 613 ff.) maßgeblich darauf abstellt, dass der Versteigerer aufgrund seiner Person eine gesteigerte Gewähr für die ordnungsgemäße Durchführung der Versteigerung einschließlich der zutreffenden Beschreibung der angebotenen Gegenstände biete, weil von ihm im Hinblick auf § 34 Abs.5 GewO besondere Sachkunde erwartet werden könne, lässt dies ebenfalls nicht erkennen, dass es auf eine – wie auch immer geartete - Kontrolle der verwendeten Auktionsbedingungen durch den Auktionator ankommen soll; vielmehr wird allein abgestellt auf den äußeren Ablauf der Versteigerung unter Einschluss der Beschreibung des Gegenstandes der Versteigerung.

85

Die Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften von einer wie auch immer gearteten Beziehung des Auktionators zu den Auktionsbedingungen abhängig zu machen, erscheint auch unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes weder veranlasst noch erforderlich. Zum Einen taugt die in §§ 474 ff. BGB gesetzlich anerkannte, besondere Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers als maßgebliches Kriterium für die Bestimmung der Öffentlichkeit der Versteigerung schon deshalb nicht, weil sie zur Bildung eines eigenständigen Begriffs der öffentlichen Versteigerung im Sinne des § 474 Abs.1 S.2 BGB führen würde; dies stünde aber ersichtlich nicht in Einklang mit Sinn und Zweck der Legaldefinition in § 383 BGB, die einheitlich Geltung für den gesamten Anwendungsbereich des BGB beansprucht (vgl. BGH, Ur. v. 09.11.2005, VIII ZR 116/05, NJW 2006, 613 ff.). Zum Anderen sollen die speziellen Verbraucherschutzvorschriften im Rahmen öffentlicher Versteigerungen gem. § 474 Abs.1 S.2 BGB gerade keine Anwendung finden, so dass die Forderung, die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers müsse zu einer einschränkenden Auslegung des Begriffs der Öffentlichkeit

86

der Versteigerung führen, auf einen Zirkelschluss hinausläuft. Schließlich unterliegen Auktionsbedingungen auch im Falle einer öffentlichen Versteigerung der – auch verbraucherschützenden - Klauselkontrolle gem. §§ 307 ff. BGB, so dass die wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 474 ff. BGB, insbesondere im Hinblick auf Gewährleistungsansprüche des Käufers, gewahrt bleiben. Dem entsprechend hat auch der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 15.11.2006 (VIII ZR 3/06, NJW 2007, 674 ff.) nicht das Vorliegen einer öffentlichen Versteigerung verneint, weil die Auktionsbedingungen nicht den Anforderungen entsprachen, sondern sich umfassend zur Frage der Gebrauchtheit des versteigerten Pferdes geäußert; die Frage der Angemessenheit und Wirksamkeit der Auktionsbedingungen ist daher unabhängig von der Frage des Vorliegens einer öffentlichen Versteigerung zu beurteilen (ebenso Reuter, ZGS 2005, 88, 93 f.).

Hieraus folgt, dass entgegen der Ansicht der Klägerin auch von einer unzulässigen Umgehung im Sinne des § 475 Abs.1 S.2 BGB nicht die Rede sein kann. Diese Vorschrift findet zwar Anwendung auf Vertragsgestaltungen, durch die ein Eigengeschäft des Unternehmers verschleiert wird mit der Folge, dass damit die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf umgangen werden (BGH, Urt. v. 22.11.2006, VIII ZR 72/06, NJW 2007, 759 ff.). Um die Verschleierung eines Eigengeschäfts des Unternehmers geht es im vorliegenden Fall aber nicht; vielmehr geht es um das Zustandekommen eines Verkaufs im Wege einer von § 474 Abs.1 S.2 BGB ausdrücklich zugelassenen und als privilegiert von der Anwendung der Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs ausgenommenen Versteigerung, der mit dem oben genannten Fall nicht vergleichbar ist.

87

Weiter gehende Anforderungen an die Öffentlichkeit der Versteigerung ergeben sich schließlich auch nicht aus der Versteigerer-Verordnung. Insoweit ist allein maßgeblich die Einhaltung der oben angesprochenen grundlegenden Vorschriften betreffend die Öffentlichkeit der Versteigerung; die Einhaltung bloßer Ordnungsvorschriften – etwa über die Anfertigung und Aufbewahrung von Unterlagen durch den Auktionator oder den erforderlichen zeitlichen Abstand zwischen verschiedenen Auktionen - ist demgegenüber ohne Belang (ebenso Reuter, ZGS 2005, 93: bloße Ordnungsvorschriften ohne zivilrechtliche Wirkungen).

88

3.

89

Auf die zwischen den Parteien weiter streitigen Fragen, ob das "Koppen" einen behebbaren Mangel darstellt – daran Bestehen nach Auffassung des Senats durchgreifende Bedenken, vgl. OLG Hamm, 2 U 148/06, RdL 2008, 37 -, ob insoweit die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts gem. §§ 440, 323 BGB vorliegen, ob die Rücktrittserklärung der Klägerin vom 13.12.2005 auch dann wirksam war, wenn sie nicht selbst Vertragspartnerin des Beklagten geworden ist, ob Ansprüche der Klägerin bereits an den in den Auktionsbedingungen des Beklagten vorgesehenen Haftungsausschlüssen scheitern - nach Auffassung des Senats ist dies nicht der Fall, da durchgreifende Bedenken gegen deren Wirksamkeit im Hinblick auf § 309 Nr.7a) und b) BGB bestehen -, ob das Koppen den Voraussetzungen des § 476 S.2 BGB unterfällt, weil es typischerweise jederzeit auftreten kann – das schließt die Anwendbarkeit des § 476 S.2 BGB nach Auffassung des Senats nicht aus, vgl. BGH, Urt. v. 14.09.2005, VIII ZR 363 /04, NJW 2005, 3490 ff. und Urt. v.29.03.2006, VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250 ff. -, oder ob bei Annahme eines mit dem Ehemann der Klägerin zustande gekommenen Vertrages die erhobene Verjährungseinrede durchgreift, kommt es danach für die Entscheidung nicht mehr an.

90

4.

91

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 92

5. 93

Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Frage, wann eine Versteigerung als öffentlich im Sinne der §§ 383 Abs.3, 474 Abs.1 S.2 BGB, insbesondere als öffentlich bekannt gemacht im Sinne des § 383 Abs.3 S.2 BGB anzusehen ist, zuzulassen, § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO. Diese Frage ist in der vorliegenden höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend entschieden; eine höchstrichterliche Klärung erscheint geboten, weil vergleichbare Auktionen ständig und nicht nur vom Beklagten durchgeführt werden, so dass davon auszugehen ist, dass sich insbesondere die Frage der Anwendbarkeit des § 476 BGB in einer Vielzahl von künftigen, ähnlich gelagerten Fällen stellen wird. 94

Streitwert: bis 200.000 Euro 95