



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 173/05

Verkündet am:  
29. März 2006  
Potsch  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 14, 474, 476

- a) Beim Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) setzt das Vorliegen eines Gewerbes und damit die Unternehmerstellung des Verkäufers nicht voraus, dass dieser mit seiner Geschäftstätigkeit die Absicht verfolgt, Gewinn zu erzielen.
- b) Die Vermutung des § 476 BGB ist grundsätzlich auch auf den Tierkauf anzuwenden. Sie kann jedoch wegen der Art des Mangels bei bestimmten Tierkrankheiten ausgeschlossen sein; bei einer saisonal sichtbaren Allergie - hier: Sommerekzem eines Pferdes - ist dies nicht der Fall.
- c) Zur Widerlegung der Vermutung des § 476 BGB bei einer Tierkrankheit.

BGH, Urteil vom 29. März 2006 - VIII ZR 173/05 - OLG Hamm  
LG Arnsberg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. März 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert, die Richter Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Frellesen sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 1. Juli 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte betreibt die Zucht von Araber-Pferden. Sie verkaufte dem Kläger am 18. März 2002 einen 1997 geborenen Hengst zum Preis von 7.100 €. Die Übergabe des Pferdes erfolgte am selben Tag. Mit Schreiben vom 17. September 2002 trat der Kläger unter Berufung auf gesundheitliche Mängel des Pferdes - insbesondere eine im August 2002 aufgetretene Allergie (sogenanntes Sommerexzem) - vom Kauf zurück. Die Beklagte lehnte die Rückabwicklung des Vertrages ab.

2 Mit seiner Klage hat der Kläger Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes und Aufwendungsersatz - insgesamt Zahlung von 13.880,75 € nebst Zinsen - sowie die Feststellung begehrt, dass sich die Beklagte seit dem 19. September 2002 in Annahmeverzug befindet und verpflichtet ist, dem Kläger alle künftigen durch die Haltung des Pferdes entstehenden Kosten zu erstatten.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 12.675,54 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes verurteilt und dem Feststellungsbegehren des Klägers entsprochen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

5 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

6 Die Beklagte sei gemäß § 346 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 326 Abs. 5, 437 Nr. 2 BGB verpflichtet, den Kaufpreis von 7.100 € an den Kläger zurückzuzahlen. Die Kaufsache sei mangelhaft, weil das Pferd an einem Sommerexzem leide und aufgrund dieser allergischen Erkrankung, die den Aufent-

halt eines daran leidenden Pferdes im Freien während der Sommermonate nicht zulasse, zu der hier vereinbarten Verwendung (Distanzritte), aber auch zu der gewöhnlichen Verwendung (als Reitpferd) nicht geeignet sei. Dass dieser für den 30. August 2002 durch tierärztliche Bescheinigung und Laboruntersuchung nachgewiesene Sachmangel auch bereits am 18. März 2002 - bei Übergabe und Gefahrübergang - vorgelegen habe, folge aus der Vermutung des § 476 BGB.

7 Die Regelungen über den Verbrauchsgüterkauf, darunter auch § 476 BGB, seien anwendbar, weil der Kläger Verbraucher und die Beklagte Unternehmerin seien. Die Unternehmereigenschaft der Beklagten ergebe sich daraus, dass sie planmäßig und dauerhaft Deckhengste und den Verkauf selbst gezogener Fohlen gegen Entgelt anbiete; unerheblich sei demgegenüber, ob die Beklagte, wie sie betone, die Pferdezucht ohne Gewinnerzielungsabsicht betreibe.

8 Die Voraussetzungen für die in § 476 BGB vorgesehene Vermutung seien erfüllt. Der in der allergischen Erkrankung - Sommereczem - liegende Mangel des Pferdes habe sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang gezeigt. Die Frage, ob dieser Mangel in Form der Sensibilisierung dergestalt, dass der nächste Kontakt mit dem Allergen zum Auftreten der überschießenden Reaktion der Immunabwehr und zu den daraus resultierenden Symptomen führe, bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen habe, lasse sich nach dem Gutachten des Sachverständigen nachträglich nicht aufklären. Die Unaufklärbarkeit des Zeitpunkts, zu dem die Erkrankung eingetreten sei, gehe gemäß § 476 BGB zu Lasten der Beklagten. Entgegen der Auffassung des Landgerichts greife eine der gesetzlichen Ausnahmen von der Vermutung nicht ein; diese sei hier weder mit der Art der Sache noch der des Mangels unvereinbar. Die Ausnahmetatbestände seien im Interesse des Verbraucherschutzes

eng auszulegen und könnten bei Tierkrankheiten jedenfalls dann nicht eingreifen, wenn - wie hier - im Zeitpunkt der Übergabe durch labormäßige Testverfahren hätte festgestellt werden können, ob die Erkrankung bereits vorgelegen habe.

- 9 Da der hier vorliegende Mangel in überschaubarer Zeit nicht heilbar sei und nicht beseitigt werden könne, liege ein anfänglicher unbehebbarer Mangel vor, bei dem die Beklagte von der Leistung frei sei (§ 275 Abs. 1 BGB) und der Kläger zurücktreten könne, ohne zuvor eine Frist zur Nacherfüllung setzen zu müssen (§ 326 Abs. 5 BGB). Die Beklagte habe dem Kläger auch gemäß §§ 437 Nr. 2, 347 Abs. 2 BGB die notwendigen Verwendungen zu ersetzen. Es bestehe jedoch darüber hinaus kein Anspruch des Klägers auf Schadensersatz statt der Leistung oder Aufwendungsersatz nach § 284 BGB, weil die Beklagte das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht gekannt und ihre Unkenntnis auch nicht zu vertreten gehabt habe (§ 311 a Abs. 2 Satz 2 BGB). Die Beweisaufnahme vor dem Senat habe insoweit ergeben, dass in der Zeit bis zum Vertragsschluss - auch im Sommer und Herbst des Jahres 2001, als letztmalig vor dem Verkauf ein Kontakt mit den als Allergen wirkenden Insekten aufgetreten sei - bei dem Pferd keine Symptome des Sommererkzems vorgelegen hätten.

## II.

- 10 Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand. Dem Kläger kann ein Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 326 Abs. 5, 437 Nr. 2 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 18. März 2002 mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht zugebilligt werden. Die Revision rügt zu Recht, dass die vom Berufungsgericht in Anwendung der Vermutung des § 476 BGB zum Nachteil der Beklagten getroffene Beweislastentscheidung auf einer

Beweiswürdigung beruht, bei der das Berufungsgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht das gesamte Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme berücksichtigt hat; die insoweit in der Revisionserwiderung erhobene Gegenrüge aus § 286 ZPO greift ebenfalls durch.

- 11            1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht aufgrund der im August 2002 erhobenen Befunde festgestellt, dass das verkaufte Pferd zu dieser Zeit an dem sogenannten Sommerekzem litt. Hierbei handelt es sich nach dem vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Sachverständigengutachten um eine Allergie, bei der während der Sommermonate durch Mückenstiche eine (vorübergehende) lokale Entzündungsreaktion der Haut ausgelöst wird, die zu starkem Juckreiz des Pferdes führt und dadurch Scheuerstellen und Haarbruch an Mähne und Schweif verursacht. Dass diese Allergie bei dem Pferd im August 2002 aufgetreten ist, greift die Revision ebenso wenig an wie die vom Berufungsgericht zutreffend vorgenommene Qualifizierung des Sommerekzems als Sachmangel im Sinne der §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 434 Abs. 1 in Verbindung mit § 90 a Satz 3 BGB.
- 12            2. Mit Erfolg rügt die Revision jedoch die mit der Vermutung des § 476 BGB begründete Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Allergie des Pferdes, wie es § 433 Abs. 1 BGB als Voraussetzung für die Rechte des Klägers aus § 437 BGB verlangt, bereits bei Gefahrübergang vorgelegen habe.
- 13            a) Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht die Regelung des § 476 BGB im vorliegenden Fall für anwendbar gehalten hat. Denn bei dem Kaufvertrag vom 18. März 2002 handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 BGB), für den § 476 BGB gilt. Die Stellung des Klägers als Verbraucher (§ 13 BGB) ist nicht im Streit. Auch hat das Berufungsgericht mit Recht die Beklagte als Unternehmerin angesehen.

- 14            Unternehmer ist nach der Legaldefinition des § 14 Abs. 1 BGB eine Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine gewerbliche Tätigkeit setzt - jedenfalls - ein selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus (MünchKommBGB/Micklitz, 4. Aufl., § 14 Rdnr. 12 ff.; Soergel/Pfeiffer, BGB, 13. Aufl., § 14 Rdnr. 11; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 14 Rdnr. 2 m.w.Nachw.) Dies wird von der Revision ebenso wenig in Zweifel gezogen wie die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte diese Voraussetzungen erfüllt, indem sie - wie sich aus ihrer Anzeigenwerbung in einer Fachzeitschrift für die Zucht von Araber-Pferden ergibt – unter der Bezeichnung "Araberhof R. " planmäßig und dauerhaft nicht nur Deckhengste für die Zucht, sondern auch Pferde aus der eigenen Nachzucht zum Verkauf anbietet.
- 15            Die Revision meint jedoch, trotz des insoweit geschäftsmäßigen Auftretens der Beklagten am Markt liege eine gewerbliche Tätigkeit nicht vor; hierfür sei weiter erforderlich, dass die Tätigkeit mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werde. Daran fehle es bei der Beklagten, weil sie die Pferdezucht nur als Hobby betreibe; die damit einhergehenden Geschäfte dienten nur dazu, die Verluste etwas zu reduzieren. Dem ist das Berufungsgericht mit Recht nicht gefolgt.
- 16            Beim Verbrauchsgüterkauf setzt das Vorliegen eines Gewerbes und damit die Unternehmerstellung des Verkäufers nicht voraus, dass dieser mit seiner Geschäftstätigkeit die Absicht verfolgt, Gewinn zu erzielen. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verbraucherkreditrecht (BGHZ 155, 240, 246) und auch der ganz herrschenden Auffassung im Schrifttum zur Auslegung des für § 474 BGB maßgeblichen Unternehmerbegriffs in § 14 Abs. 1 BGB (MünchKommBGB/Micklitz, aaO, § 14 BGB Rdnr. 16 ff.; Soer-

gel/Pfeiffer, BGB, aaO, § 14 Rdnr. 13; Staudinger/Habermann, BGB (2004) § 14 Rdnr. 35; Bamberger/Roth/Schmidt-Räntsch, BGB, § 14 Rdnr. 6; Palandt/Heinrichs, BGB, aaO, § 14 Rdnr. 2; Erman/Saenger, BGB, 11. Aufl., § 14 Rdnr. 8 ff., 12).

17           Zwar ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff, der ebenfalls an den Gewerbebegriff anknüpft, eine Gewinnerzielungsabsicht des Kaufmanns oder selbständigen Unternehmers im Bereich des Handels- bzw. Unternehmensrechts grundsätzlich unverzichtbar (BGHZ aaO, 245 m.w.Nachw.). Ob das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht im Handels- und Unternehmensrecht inzwischen überholt ist, hat der Bundesgerichtshof (aaO, 246) offen gelassen und bedarf auch hier keiner Entscheidung. Jedenfalls ist beim Verbrauchsgüterkauf - ebenso wie beim Verbraucherkredit (BGHZ aaO) - die Unternehmerstellung des Vertragspartners des Verbrauchers nicht von der Motivation, Gewinn zu erzielen, abhängig.

18           Zum Verbraucherkreditgesetz hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass es für das Abgrenzungskriterium "in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit" in § 1 Abs. 1 VerbrKrG (a.F.) auf ein dauerhaftes Gewinnstreben des Kreditgebers nach dem Willen des Gesetzgebers im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes nicht ankommt (aaO, 246 f.). Dies gilt nicht nur für das Verbraucherkreditrecht, das hinsichtlich des Unternehmerbegriffs ohne sachliche Änderung in das Bürgerliche Gesetzbuch (§§ 491 ff. BGB) übernommen worden ist (Staudinger/Kessal-Wulf, BGB (2004), § 491 Rdnr. 3, 7), sondern gleichermaßen für den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB). Auch hier steht das Interesse des Gesetzgebers an einem wirksamen Verbraucherschutz, dessen Umsetzung in nationales Recht dem Gesetzgeber durch die Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Ga-



rantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171/12) aufgegeben worden war, im Vordergrund und nicht die Anknüpfung an den traditionellen Gewerbebegriff des deutschen Handelsrechts. Dementsprechend wird in der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (BT-Drucks. 14/6040, S. 243) zur Erläuterung des Unternehmerbegriffs in § 474 BGB nicht auf den traditionellen Gewerbebegriff des deutschen Handelsrechts Bezug genommen, sondern darauf hingewiesen, dass der für § 474 BGB maßgebliche Unternehmerbegriff in § 14 BGB der Definition des Verkäufers in Art. 1 Abs. 2 Buchst. c der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entspreche. Aus dieser Bezugnahme auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wird deutlich, dass dem Unternehmerbegriff in § 474 BGB der europäisch-autonome Unternehmerbegriff zugrunde liegt (Soergel/Pfeiffer, aaO, Rdnr. 11), der vom Gedanken des Verbraucherschutzes geprägt ist. Die überkommene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum handelsrechtlichen Gewerbebegriff hindert deshalb - wie bereits für den Verbrauchercredit entschieden (BGHZ 155, 240) - auch beim Verbrauchsgüterkauf nicht daran, für das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit des Verkäufers auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht zu verzichten. Dies ist im Interesse eines wirksamen Verbraucherschutzes auch hier geboten, weil eine Gewinnerzielungsabsicht des Verkäufers als rein unternehmensinterne Tatsache dem Verbraucher beim Vertragsschluss häufig verborgen bleiben wird (vgl. BGHZ aaO, 246) und auch kein überzeugender Grund dafür ersichtlich ist, den Verbraucherschutz beim Verbrauchsgüterkauf davon abhängig zu machen, ob der Verkäufer mit einer in professioneller Weise betriebenen Geschäftstätigkeit Gewinn erzielen oder - wie die Beklagte für sich geltend macht - damit lediglich Verluste reduzieren will. Nichts spricht dafür, das Schutzbedürfnis des Verbrauchers, auf das für den Anwendungsbereich des Gesetzes wesentlich abzustellen ist, für geringer zu erachten, wenn dem Verkäufer, der am Markt - nach seinem gesamten Erscheinungsbild - als Unternehmer auftritt, die Absicht der Gewinnerzielung fehlt.

- 19            Diesem für das Verbraucherschutzrecht maßgeblichen, allein auf die objektiven Gegebenheiten abstellenden Unternehmer- und Gewerbebegriff hat sich im Übrigen auch bereits die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum handelsrechtlichen Gewerbebegriff angenähert, soweit sie den Zweck der Gewinnerzielung dahin verstanden hat, dass der Geschäftsbetrieb auf Erzielung "dauernder Einnahmen" gerichtet ist (vgl. BGHZ 33, 321, 324 und 95, 155, 157, jeweils unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 2. Dezember 1958 - VIII ZR 154/57, WM 1959, 161). Dass die von der Beklagten betriebene Pferdezucht zur Deckung der damit verbundenen Kosten auf die Erzielung wiederkehrender Einnahmen durch Deckgelder und Verkaufserlöse ausgerichtet ist, stellt die Beklagte selbst nicht in Abrede.
- 20            b) Die Vorschrift des § 476 BGB ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht unwirksam. Es kann dahingestellt bleiben, ob die gemeinschaftsrechtliche Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, wie die Revision unter Bezugnahme auf den zweitinstanzlichen Vortrag der Beklagten meint, etwa formunwirksam ist, weil der mit Beschluss 77/505/EWG vom 25. Juli 1977 (ABl. EG Nr. L 206 vom 12. August 1977, S. 11) eingesetzte Tierzuchtausschuss am Erlass der Richtlinie nicht beteiligt worden sei. Die Wirksamkeit der Regelung in § 476 BGB, durch die Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt worden ist, bliebe, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, von etwaigen formalen Mängeln der Richtlinie unberührt. Dagegen bringt die Revision nichts vor. Dem Antrag auf Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an den Europäischen Gerichtshof hat das Berufungsgericht deshalb mit Recht nicht entsprochen. Für den im Revisionsverfahren wiederholten Antrag gilt nichts anderes.
- 21            c) Die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Eingreifen der in § 476 BGB geregelten Vermutung sind erfüllt. Die Allergie hat sich bei dem verkauften

Pferd im August 2002 und damit innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang gezeigt. Das Auftreten dieses Sachmangels begründet nach der Rechtsprechung des Senats eine - lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende - Vermutung, dass dieser Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag (BGHZ 159, 215; Senatsurteile vom 14. September 2005 - VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490 unter B II 1 b bb (1) und vom 23. November 2005 - VIII ZR 143/05, NJW 2006, 434 unter II 1 b aa). Dies gilt allerdings nach § 476 BGB dann nicht, wenn die Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Ein solcher Ausnahmetatbestand liegt hier jedoch, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, nicht vor.

22           aa) Die Vermutung des § 476 BGB ist gemäß der für Tiere maßgeblichen Verweisung in § 90 a Satz 3 BGB auf die für Sachen geltenden Vorschriften auch beim Kauf eines Pferdes entsprechend anzuwenden; insoweit ist sie nicht schon mit der Art des Kaufgegenstandes unvereinbar (ebenso E. v. Westphalen, ZGS 2005, 210, 214; Westermann, ZGS 2005, 342, 347; Adolphsen, AgrarR 2001, 169, 172; Augenhöfer, ZGS 2004, 385, 386 mit Hinweisen auf die abweichende gesetzliche Regelung in Österreich). Die Revision meint dagegen unter Berufung auf eine in der Rechtsprechung der Instanzgerichte zum Teil vertretene Auffassung (LG Verden, RdL 2005, 176; AG Worbis, RdL 2005, 146; AG Helmstedt, RdL 2005, 65; tendenziell auch OLG Oldenburg - 8. Senat, RdL 2005, 65; OLG Oldenburg - 14. Senat, RdL 2005, 65 und LG Lüneburg, RdL 2005, 66), § 476 BGB sei auf den Tierkauf grundsätzlich nicht anwendbar. Dies trifft nicht zu.

23           (1) Durch das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 1887) sind die bis dahin - auch für Pferde - geltenden Bestimmungen über den Viehkauf (§§ 481 bis 492 BGB) aufgehoben worden. Diese Regelungen sahen nur eine

- gegenüber §§ 459 ff. BGB a.F. eingeschränkte - Gewährleistung für sogenannte Hauptmängel im Sinne der Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27. März 1899 (RGBl. S. 219) vor. Ziel der Aufhebung des besonders geregelten Viehgewährleistungsrechts war es, das allgemeine Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB) auf die Gewährleistung bei jeder Art von Tierkauf anzuwenden (BT-Drucks. 14/6040, S. 207). Schon aus dem seitherigen Fehlen von Spezialvorschriften für die Gewährleistung beim Tierkauf folgt, dass auch die gesetzliche Vermutung des § 476 BGB unter den Voraussetzungen des § 474 BGB auf den Tierkauf entsprechend anzuwenden ist (§ 90 a Satz 3 ZPO). Dies kommt auch in der Begründung zu § 476 BGB zum Ausdruck, in welcher der Tierkauf als möglicher Anwendungsfall der Vermutung besonders angesprochen wird (BT-Drucksache 14/6040, S. 245).

24

(2) Auch von der Sache her verbietet sich eine rückwirkende Vermutung über den Zustand des Tieres im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht in jedem Fall schon deshalb, weil es sich bei Tieren um Lebewesen handelt, die naturgemäß einem stetigen Wandel ihres körperlichen und gesundheitlichen Zustandes unterliegen. Eine derartige Vermutung enthielt bereits das frühere Viehgewährleistungsrecht in § 484 BGB a.F., wenn auch nur innerhalb wesentlich kürzerer Gewährfristen als der einheitlichen Frist von sechs Monaten in § 476 BGB. Entscheidend aber ist, dass der Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes, auf dem die aus Art. 5 Abs. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie übernommene Bestimmung des § 476 BGB beruht, für eine Anwendung dieser Regelung auch auf den Tierkauf spricht. Die Vermutung leitet ihren spezifisch verbraucher-schützenden Charakter aus den schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers und den - jedenfalls in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe - ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers her (BT-Drucks. 14/6040, S. 245). Diese Erwägung trifft auch auf den Tierkauf zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer zu. Der gewerblich tätige

Verkäufer vermag den Zustand des Tieres im Zeitpunkt der Übergabe im Regelfall besser zu beurteilen als ein Käufer, der mit dem Erwerb von Tieren nicht beruflich oder gewerbsmäßig befasst ist. Deshalb ist es gerechtfertigt, die Vermutung grundsätzlich auch auf den Tierkauf anzuwenden. Ob dies für alle Arten von Tieren gilt, kann offen bleiben; beim Kauf eines Pferdes ist die Anwendung der Vermutung jedenfalls nicht von vornherein wegen der Art des Tieres ausgeschlossen.

25           bb) Die Vermutung ist im vorliegenden Fall auch nicht mit der Art des Mangels unvereinbar.

26           (1) Zu diesem Ausschlussstatbestand hat der Senat - im Hinblick auf die äußere Beschädigung eines Kraftfahrzeugs - bereits entschieden, dass die Vermutung, ein Sachmangel habe bereits bei Gefahrübergang vorgelegen, nicht schon dann mit der Art des Mangels unvereinbar ist, wenn der Mangel typischerweise jederzeit auftreten kann und deshalb keinen hinreichenden Rückschluss darauf zulässt, dass er schon bei Gefahrübergang vorlag (Senatsurteil vom 14. September 2005 aaO, Leitsatz 2). Dies gilt im Grundsatz auch für den Tierkauf. Auch hier besteht aufgrund der Art des Mangels häufig Ungewissheit über dessen Entstehungszeitpunkt. Mit dem Regel-Ausnahmeverhältnis in § 476 BGB und dem Verbraucherschützenden Charakter der Norm wäre es auch beim Tierkauf nicht zu vereinbaren, die Vermutung ohne weiteres schon daran scheitern zu lassen, dass der Entstehungszeitpunkt eines Mangels typischerweise nicht zuverlässig festgestellt werden kann; denn durch eine derartige Einengung der Beweislastumkehr würde der mit der Regelung intendierte Verbraucherschutz weitgehend ausgehöhlt (vgl. Senatsurteil aaO unter II 1 b cc (2)).

27

(2) Jedoch sind beim Tierkauf die Besonderheiten zu berücksichtigen, die sich aus der Natur des Tieres als Lebewesen ergeben. Deshalb sind Rechtsprechung und Schrifttum zum Anwendungsbereich der Vermutung bei beweglichen Sachen (§ 90 BGB) nicht unbesehen auf Tiere zu übertragen. Dies folgt schon daraus, dass Tiere keine Sachen sind (§ 90 a Satz 1 BGB) und auf sie die für Sachen geltenden Vorschriften daher nur entsprechende Anwendung finden können (§ 90 a Satz 3 BGB). Anders als bewegliche Sachen unterliegen Tiere während ihrer gesamten Lebenszeit einer ständigen Entwicklung und Veränderung ihrer körperlichen und gesundheitlichen Verfassung, die nicht nur von den natürlichen Gegebenheiten des Tieres (Anlagen, Alter), sondern auch von seiner Haltung (Ernährung, Pflege, Belastung) beeinflusst wird. Darin lag der Grund für das Viehgewährleistungsrecht in §§ 481 ff. BGB a.F., das den Besonderheiten des Handels mit lebenden Organismen Rechnung tragen sollte (BT-Drucks. 14/6040, S. 206). Der wesensmäßige Unterschied zwischen Tieren und Sachen, der in der Bestimmung des § 90 a BGB zum Ausdruck kommt, ist nach der Aufhebung der §§ 481 ff. BGB a.F. im Zuge der Schuldrechtsreform nicht gegenstandslos geworden, sondern weiterhin von Bedeutung insbesondere für die Frage, inwieweit die Vermutung des § 476 BGB mit der Art des Mangels unvereinbar ist. In den Gesetzesmaterialien zu § 476 BGB wird insoweit ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Vermutung mit der Art des Mangels jedenfalls bei Tierkrankheiten häufig unvereinbar sein werde, weil wegen der Ungewissheiten über den Zeitraum zwischen Infektion und Ausbruch der Krankheit nicht selten ungewiss bleiben werde, ob eine Ansteckung bereits vor oder erst nach Lieferung des Tieres an den Käufer erfolgt sei; eine Vermutung, dass der Mangel zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen habe, lasse sich dann nicht rechtfertigen, was aber nicht unbedingt auch für andere Fehler eines Tieres gelten müsse (BT-Drucks. 14/6040, S. 245).

28

Aus dieser Erläuterung zur Anwendung des § 476 BGB auf den Tierkauf geht hervor, dass sich die Frage, ob die Vermutung des § 476 BGB mit der Art des Mangels unvereinbar ist, nach der Vorstellung des Gesetzgebers nicht für alle erdenklichen Erkrankungen und sonstigen Mängel von Tieren einheitlich bejahen oder verneinen lässt, sondern differenzierter Beurteilung je nach der Art der Erkrankung oder des sonstigen Mangels bedarf. Maßgeblich dafür sind einerseits der Sinn und Zweck des § 476 BGB - Privilegierung des Verbrauchers aufgrund besserer Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers über den Zustand des Tieres bei Gefahrübergang (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 245) - und andererseits die dabei auch zu berücksichtigenden Besonderheiten bestimmter Tierkrankheiten oder sonstiger Mängel, aus denen sich aufgrund der spezifischen Natur des Tieres die in der Begründung zu § 476 BGB (aaO) beispielhaft aufgezeigten Grenzen für eine Beweislastumkehr ergeben können. Eine nach der spezifischen Art der Tierkrankheit oder des sonstigen Mangels differenzierende Beurteilung wird auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum befürwortet (vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO, § 476 Rdnr. 33; MünchKommBGB/S.Lorenz, aaO, § 476 Rdnr. 17; Palandt/Heinrichs, aaO, § 476 Rdnr. 11; Bamberger/Roth/Faust, aaO, § 476 Rdnr. 4; Westermann, aaO, 347; E. v. Westphalen, aaO, 214; Augenhöfer, aaO, 387) und hat bereits zu einer umfangreichen Judikatur der Instanzgerichte zum Anwendungsbereich der Vermutung bei bestimmten Mängeln von Tieren, insbesondere von Pferden, geführt (vgl. LG Aurich, ZGS 2005, 40 und OLG Oldenburg - 14. Senat, RdL 2005, 65 zum "Weben" eines Pferdes; OLG Oldenburg - 8. Senat, RdL 2005, 65 zur mangelnden "Rittigkeit"; OLG Hamm, RdL 2005, 66, LG Lüneburg, RdL 2005, 66 und AG Bad Gandersheim, RdL 2005, 66, jeweils zum "Spat"; OLG Düsseldorf, ZGS 2004, 271 zu einer Knochen- und Knorpelentzündung und LG Verden, RdL 2005, 176 zur Borreliose; AG Herne, ZGS 2005, 199 zu "Kreuzgalopp" und Rü-

ckenproblemen eines Pferdes; LG Essen, ZGS 2004, 399 zur Parvovirose eines Welpen).

29 (3) Das Berufungsgericht hat die vorliegende Allergie des Pferdes zutreffend als nicht mit der Vermutung des § 476 BGB unvereinbar angesehen. Das Sommerekzem ist nach dem vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Sachverständigengutachten keine versteckte Krankheit, sondern eine saisonal sichtbare Allergie, bei der eine überschießende Reaktion des Immunsystems auf Mückenstiche zu dem vom Sachverständigen beschriebenen klinischen Erscheinungsbild (Entzündung der Haut, Juckreiz) führt. Auch das Berufungsgericht geht davon aus, dass die durch Kontakt mit dem Reizstoff hervorgerufenen Symptome des Sommerekzems (Scheuerstellen, Haarbruch) nicht übersehen werden können. Es ist deshalb durchaus feststellbar, ob das Pferd unter dieser Allergie bereits vor Gefahrübergang einmal gelitten hat, auch wenn die Allergie im Zeitpunkt des Vertragschlusses selbst wegen des saisonbedingt fehlenden Kontaktes mit Mücken nicht sichtbar sein konnte. Für einen Ausschluss der Vermutung unter dem in der Gesetzesbegründung zu § 476 BGB (aaO) hervorgehobenen Gesichtspunkt einer der Aufklärung nicht zugänglichen Ungewissheit über den Zeitpunkt der Entstehung einer später ausgebrochenen Infektionskrankheit (BT-Drucks. 14/6040, S. 245) ist deshalb hier jedenfalls kein Raum.

30 cc) Die vom Berufungsgericht aufgrund der Vermutung des § 476 BGB getroffene Beweislastentscheidung zum Nachteil der Beklagten kann jedoch mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Sie beruht auf der rechtsfehlerhaften Annahme des Berufungsgerichts, es sei im vorliegenden Fall unaufklärbar, ob die Allergie des Pferdes im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits vorgelegen habe. Zur Begründung hat sich das Berufungsgericht insoweit allein auf das im ersten Rechtszug erstattete schriftliche



Gutachten des Sachverständigen gestützt, nach dem die übermäßige Sensibilisierung des Pferdes im Nachhinein allenfalls für eine Zeit von vier bis sechs Wochen vor der am 30. August 2002 entnommenen Blutprobe gesichert feststellbar sei, während für die weiter zurückliegende Zeit eine Aufklärung rückschauend nicht möglich sei. Mit dieser Beschränkung auf die Ausführungen im schriftlichen Sachverständigengutachten hat jedoch das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft nicht das gesamte Ergebnis der Beweisaufnahme gewürdigt. Sowohl die Revision als auch die Revisionserwiderung rügen zu Recht, dass das Berufungsgericht aufgrund dieses Verstoßes gegen § 286 ZPO nicht hinreichend geprüft hat, ob die Beklagte, wie die Revision meint, die Vermutung widerlegt hat oder ob im Gegenteil, wie die Revisionserwiderung geltend macht, das Vorliegen eines Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nachgewiesen ist.

31 (1) Die Vermutung des § 476 BGB ist widerleglich. Greift sie ein, so obliegt dem Verkäufer der Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO; Senatsurteil vom 23. November 2005 - VIII ZR 43/05, zur Veröffentlichung bestimmt unter II 1 b bb). Hierfür ist auch bei § 476 BGB eine Erschütterung der Vermutung nicht ausreichend; erforderlich ist vielmehr der volle Beweis des Gegenteils der vermuteten Tatsache (ebenso OLG Celle, NJW 2004, 3566; MünchKommBGB/S. Lorenz, aaO, § 476 Rdnr. 22; Palandt/Putzo, aaO, § 476 Rdnr. 8 a; Westermann, aaO, 347; E. v. Westphalen, aaO, 102, 213; allgemein zu § 292 ZPO: Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl., § 292 Rdnr. 2).

32 (2) Da sich die Beweislastumkehr des § 476 BGB, wie dargelegt (oben unter II 2 c), auf die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung beschränkt, dass der binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretene Sachmangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag, ist zur Widerlegung der Vermutung voller Beweis dafür zu erbringen, dass dieser Mangel - hier: die Allergie

Sommerekzem - bei Gefahrübergang noch nicht bestand. Nach dem Ergebnis der im zweiten Rechtszug ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme, das vom Berufungsgericht im Zusammenhang mit § 476 BGB nicht berücksichtigt worden ist, könnte der Beklagten dieser Beweis gelungen sein.

33 Das Berufungsgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, dass die Vermutung nur durch einen Laborbefund widerlegt werden könne, der nachweist, dass die den Sachmangel begründende, mit pathologischen Symptomen verbundene Sensibilisierung des Pferdes gegen Mückenstiche bei Vertragsschluss noch nicht bestand. Einen derartigen Befund kann die Beklagte nachträglich nicht vorlegen, weil bei Gefahrübergang eine Blutprobe nicht entnommen worden ist. Rückschlüsse auf den Grad der Sensibilisierung des Pferdes im Zeitpunkt des Gefahrübergangs sind nach dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen aus dem Befund vom 30. August 2002, der nach dem Auftreten der klinischen Symptomatik des Sommereczems erhoben worden ist, nicht zu ziehen.

34 Ein immunologischer Befund ist jedoch nicht das einzige Beweismittel zur Widerlegung der Vermutung. Da die Allergie Sommereczem nach dem Sachverständigengutachten untrennbar mit bestimmten pathologischen Symptomen verbunden ist, lässt sich die Vermutung, dass das Pferd bereits vor Gefahrübergang unter dieser Allergie litt und deshalb mangelhaft war, auch durch den Nachweis widerlegen, dass die Symptome des Sommereczems bei dem Pferd bis zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs - trotz Aufenthalt des Pferdes im Freien und dadurch bedingtem Kontakt mit Mücken - noch nicht in Erscheinung getreten waren. Das Berufungsgericht hat hierüber auch Beweis erhoben durch Vernehmung mehrerer Zeugen und hat aufgrund des Ergebnisses seiner Beweisaufnahme die Feststellung getroffen, dass bei dem Pferd bis zum Vertragschluss - insbesondere im Sommer/Herbst 2001, als letztmalig vor dem Verkauf

ein Kontakt mit den als Allergen wirkenden Insekten auftrat - keine Symptome des Sommerekzems vorgelegen hätten. Diese - von der Revisionserwiderung nicht beanstandete - Feststellung, die dem Sachverständigen bei seinem bereits im ersten Rechtszug erstatteten Gutachten nicht bekannt war, berücksichtigt das Berufungsgericht jedoch nicht bei seiner Annahme, es sei unaufklärbar, ob das Pferd vor Gefahrübergang bereits unter der im Sommer 2002 aufgetretenen Allergie gelitten habe, und ist damit auch nicht ohne weiteres vereinbar. Wenn das Pferd bis zum Vertragsschluss, das heißt auch noch bei dem letzten Kontakt mit dem Allergen im Sommer/Herbst 2001, nicht allergisch auf den Kontakt mit dem Reizstoff reagierte, dann spricht dies dafür, dass die den Sachmangel begründende Allergie Sommerekzem bis zum Vertragsschluss (Gefahrübergang) noch nicht bestanden hatte, sondern erstmals im Sommer 2002 aufgetreten ist und dass deshalb die Tauglichkeit des Pferdes, im Sommer geritten zu werden, bis zum Vertragsschluss noch nicht beeinträchtigt war.

35           Einen weitergehenden Beweis hätte die Beklagte zur Widerlegung der Vermutung des § 476 BGB, soweit es um die Allergie Sommerekzem geht, nicht zu führen. Die Vermutung des § 476 BGB bezieht sich auf den nach Gefahrübergang in Erscheinung getretenen Sachmangel, das heißt die Allergie, durch deren pathologische Symptomatik die Tauglichkeit des Pferdes, sich zur Sommerzeit im Freien aufzuhalten, eingeschränkt ist. Wenn dagegen nachgewiesen ist, dass eine allergiebedingte Einschränkung der Tauglichkeit des Pferdes bis zum Gefahrübergang noch nicht gegeben war, sondern erstmals im Sommer 2002 aufgetreten ist, so kommt eine Sachmängelhaftung nur dann noch in Betracht, wenn der Sachmangel - hier: die Allergie Sommerekzem - auf eine Ursache zurückzuführen ist, die ihrerseits eine vertragswidrige Beschaffenheit darstellt (vgl. Senatsurteil vom 23. November 2005, aaO, unter II 1a). Hierfür gilt die in § 476 BGB vorgesehene Beweislastumkehr zugunsten des Käufers nicht; ob hinsichtlich einer solchen Ursache ein Sachmangel vorliegt,

hat vielmehr der Käufer darzulegen und zu beweisen (BGHZ aaO, 217 f.; Senatsurteil vom 23. November 2005, aaO, unter II 1 b aa).

36 (3) Insoweit rügt der Kläger in der Revisionserwiderung allerdings zu Recht, dass das Berufungsgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht geprüft hat, ob dem Kläger - unabhängig von der Vermutung des § 476 BGB - der Beweis gelungen ist, dass sich das Pferd im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits in einem vertragswidrigen Zustand befand. Der Kläger macht geltend, dass die nach Gefahrübergang in Erscheinung getretene Allergie Sommerekzem auch dann, wenn sie erst im Sommer 2002 zum ersten Mal aufgetreten sein sollte, jedenfalls "in der Anlage" bei Gefahrübergang bereits vorhanden gewesen sei. Sie beruhe auf einer entsprechenden "Disposition" des Pferdes, die zwar - als Vorstufe der Allergie Sommerekzem - noch nicht mit einer pathologischen Symptomatik verbunden sei, die aber die Gefahr in sich berge, dass das Pferd später die Allergie ausbilden werde; schon darin liege ein Sachmangel.

37 Die zunächst pauschale Behauptung des Klägers in den Vorinstanzen, die im Sommer 2002 ausgebrochene Allergie Sommerekzem habe sich aufgrund einer "genetisch bedingten" Disposition des Pferdes im Laufe des Lebens allmählich entwickelt, reicht allerdings zur substantiierten Darlegung eines vertragswidrigen Zustands des Pferdes im Zeitpunkt des Gefahrübergangs nicht aus. Der Käufer eines Tieres haftet nach § 434 BGB nur dafür, dass das Tier (bei Gefahrübergang) nicht krank ist und sich auch nicht in einem - ebenfalls vertragswidrigen - Zustand befindet, aufgrund dessen bereits die Sicherheit oder zumindest hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es alsbald erkranken wird. Insoweit gilt beim Verbrauchsgüterkauf nichts anderes. § 476 BGB enthält keine Garantie für den Fortbestand der Gesundheit eines Tieres und bürdet dem Verkäufer eines Tieres, das innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang erkrankt, nur den Gegenbeweis auf, dass die betreffende Krankheit

noch nicht vorlag, nicht aber den Gegenbeweis, dass im Zeitpunkt des Gefahrübergangs keine denkbare Ursache oder genetisch bedingte "Disposition" für die später ausgebrochene Krankheit vorlag. Die substantiierte Darlegung und der Nachweis einer konkreten Ursache, die bereits für sich genommen einen Sachmangel darstellt, obliegt vielmehr, wie ausgeführt (unter (2)), auch beim Verbrauchsgüterkauf dem Käufer.

38 Jedoch beanstandet der Kläger in der Revisionserwiderung zu Recht, dass das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft nicht die Äußerung des Sachverständigen bei dessen mündlicher Anhörung vor dem Landgericht gewürdigt habe, die er, der Kläger, sich im Berufsrechtszug zu eigen gemacht habe; aus ihr ergebe sich, dass sich das Pferd bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs in einem vertragswidrigen Zustand befunden habe, auch wenn eine allergiebedingte Einschränkung seiner Verwendungsfähigkeit in der Sommerzeit nach dem Ergebnis der Zeugenvernehmung bis dahin noch nicht aufgetreten sei. Nach dem Sitzungsprotokoll hat der Sachverständige bekundet, dass in dem hier vorliegenden Fall "am 18. März 2002 bereits eine solche Disposition vorhanden war, die bei Kontakt mit Reizstoffen bereits zu diesem Zeitpunkt zu pathologischen Erscheinungen geführt hätte". Diese Äußerung gab Anlass zu der Prüfung, ob damit - unabhängig von der Vermutung des § 476 BGB - der Nachweis erbracht ist, dass sich das Pferd im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits in einem vertragswidrigen Zustand befand. Allerdings scheint die mündliche Äußerung des Sachverständigen in gewissem Widerspruch zu seinem schriftlichen Gutachten zu stehen, demzufolge eine medizinische Schlussfolgerung über das Vorhandensein von Antikörpern aus dem Ergebnis der Blutprobe vom 30. August 2002 rückwirkend über sechs bis acht Wochen hinaus nicht möglich sei. Das Berufungsgericht wird daher - gegebenenfalls durch Befragung des Sachverständigen - zu klären haben, wie die mündliche Äußerung des Sachverständigen im Verhältnis zum schriftlichen Gutachten zu verstehen

ist und welche Schlussfolgerungen sich für den Sachverständigen daraus und auch aus den Zeugenaussagen, die im ersten Rechtszug noch nicht vorlagen, für die Frage ergeben, ob sich das Pferd bereits bei Gefahrübergang in einem Zustand befand, aufgrund dessen damit zu rechnen war, dass das Pferd als bald unter der Allergie Sommerekzem leiden werde.

III.

39 Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf. Daher ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuweisen (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

Dr. Deppert

Dr. Leimert

Wiechers

Dr. Frellesen

Hermanns

Vorinstanzen:

LG Arnsberg, Entscheidung vom 06.02.2004 - 4 O 396/02 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 01.07.2005 - 11 U 43/04 -