

6. Das Pferd als nicht gebrauchte Sache (§ 474 Abs. 2 S. 1 BGB)

Ein im Zeitpunkt des Verkaufs zweieinhalb Jahre alter Hengst ist nicht mehr jung und infolgedessen als „gebraucht“ anzusehen. Er ist in diesem Alter schon längere Zeit von der Mutterstute getrennt, hat eine eigene Entwicklung vollzogen und ist geschlechtsreif geworden (beträchtliche Erhöhung des Mängelrisikos).

OLG Schleswig, Urteil vom 04.07.2018 – 12 U 87/17

Der Fall

Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines Pferdekaufs.

Die Klägerin ersteigerte am 01.11.2014 auf einer von der Beklagten veranstalteten Auktion einen damals 2 1/2 Jahre alten Hengst. Nach Rücktritt vom Kaufvertrag verlangt sie die Rückabwicklung des Vertrages (Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe des Pferdes). Das Pferd stand ab der Übergabe bis zum Sommer 2015 im Stall der Klägerin. Die Klägerin hat behauptet, sie habe versucht das Tier zu longieren und an Sattel und Reitergewicht zu gewöhnen. Ab Mitte Okt. 2015 bis Frühjahr 2016 habe sie versucht, das Pferd anzureiten. Sie habe das Pferd als zukünftiges Dressurpferd gekauft, das Tier sei nicht reitbar und auffällig widersetzlich und empfindlich. Es habe schon mindestens im Zeitpunkt der Auktion ein sogenanntes Kissing Spines im Bereich der Brust- und der Lendenwirbelsäule und eine Verkalkung im Nackenbereich im Bereich des Hinterhauptes aufgewiesen. Der Beklagte hat die behaupteten Sachmängel bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben.

Aus den Gründen

I. Das LG hat die Klage abgewiesen, die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB seien nicht anwendbar, da die Klägerin das Pferd bei einer öffentlich zugänglichen Versteigerung gekauft und das Tier als gebrauchte Sache im Sinne des Gesetzes anzusehen sei. Nach Auf-

fassung des LG sei es nicht gerechtfertigt, die Eigenschaft als „neue“ Sache ohne jegliche zeitliche Grenze ausschließlich an der bestimmungsgemäßen Nutzung festzumachen.

II. Die Berufung ist unbegründet. Ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises besteht nicht, da der Rücktritt vom Kaufvertrag nach § 218 BGB unwirksam ist. Nacherfüllungsansprüche, so sie denn bestanden haben sollten, sind verjährt. Den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, wonach Gewährleistungsansprüche drei Monate nach Gefahrübergang verjähren, stehen die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf nicht entgegen, da es sich bei dem verkauften Hengst um eine gebrauchte Sache i.S.d. § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB handelt.

1. Die Auktionsbedingungen sind nicht gem. § 476 BGB unwirksam, da die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf gem. § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht anwendbar sind. Bei dem von der Klägerin anlässlich der Auktion erworbenen, zweieinhalb Jahre alten Hengst handelt es sich um eine gebrauchte Sache im Sinne des Gesetzes.

2. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, wie die Abgrenzung zwischen neuen und gebrauchten Sachen vorzunehmen ist. Problematisch ist vor allem die Einordnung von Tieren als „gebrauchte“ Sache.

a) Es kann dahinstehen, ob für die Abgrenzung auf eine Parteivereinbarung abzustellen ist, da eine solche zweifelsfrei nicht vorliegt.

b) Im Schrifttum werden Tiere stets als gebrauchte Sache i.S.v. § 474 Abs. 2 Satz 2 BGB angesehen mit der Begründung, dass eine am Verwendungszweck orientierte Abgrenzung bei Tieren aufgrund vielfältiger Verwendungsformen nicht nur sachlich unangemessen, sondern auch praktisch nicht oder nur schwer handhabbar sei (Adolphsen, Agrarrecht 2001, 203, 207).

c) Nach Auffassung des BGH, dem der Senat diesbezüglich folgt, ist dieser Ansatz mit der Regelung des § 90 a BGB nicht vereinbar. Danach sind auf Tiere die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, sofern nicht etwas anderes bestimmt ist. Die §§ 474 ff. BGB enthalten keine Sonderregelungen für Tiere. Der Gesetzgeber ist ausweislich der Gesetzesmaterialien davon ausgegangen, dass es beim Tierkauf keiner speziellen Regelung zur Sachmängelhaftung und zur Verjährung bedarf, weil die neu eingeführten kaufrechtlichen Vorschriften auch den Tierkauf angemessen regelten. Auch beim Tierkauf ist zwischen „neu“ und „alt“ zu unterscheiden (BGH, Urt. v. 15.11.2006 zu VIII ZR 3/06, Rn 28 f., RdL 2007, 36–39).

d) Vorzugswürdig erscheint es, auf objektive Gesichtspunkte abzustellen, wobei umstritten ist, wie diese festzulegen sind.

aa) Nach Auffassung des Senates ist zur Abgrenzung unabhängig davon, welchem Zweck ein Pferd dienen soll und ob es schon verwendet worden ist, allein auf den Ablauf einer gewissen Zeitspanne nach der Geburt des Tieres abzustellen (vgl. OLG Düsseldorf ZGS 2004, 271, 273 f.). Hierbei ist in besonderer Weise zu berücksichtigen, dass Tiere ab einem bestimmten Alter ein rein altersbedingt erhöhtes Sachmängelrisiko aufweisen, sofern sich der Zeitablauf nachteilig auf die Beschaffenheit auswirkt (MünchKommB, S. Lorenz, 6. Aufl., 2012, § 474 Rn 14). Bei Festlegung der Zeitspanne ist auf die fortgeschrittene körperliche Entwicklung des Tieres abzustellen. Insofern vermag der Senat der teilweise vertretenen Auffassung, ein Tier bereits ab dem Zeitpunkt der ersten Futterfütterung bzw. Unterbringung als gebraucht anzusehen, nicht zu folgen. Ebenso kann der Zeitpunkt des ersten Verkaufs kein geeignetes Kriterium sein, da die Entwicklung des Tieres zu diesem Zeitpunkt möglicherweise gerade erst begonnen hat. Der BGH hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2006 (BGH, a.a.O. Rn 32, Zitat nach Juris) den bloßen Zeitablauf als unerheblich angesehen, solange das Tier noch jung ist.

bb) Nach Auffassung des Senats ist der zum Zeitpunkt des Verkaufs zweieinhalb Jahre alte Hengst nicht mehr als jung und infolgedessen als „gebraucht“ im Sinne des Gesetzes anzusehen. Nach den Erfahrungen der Senatsmitglieder aus einer Reihe zivilrechtlicher und strafrechtlicher Verfahren, die u. a. die Rückabwicklung von Pferdekäufen, die körperliche Entwicklung von Pferden und das Schmerzempfinden von Pferden im Rahmen der Turniersportausbildung zum Gegenstand hatten und jeweils sachverständig begleitet wurden, ist festzustellen, dass ein Hengst in diesem Alter schon längere Zeit von der Mutterstute getrennt ist, infolgedessen über einen nicht unerheblichen Zeit-

raum eine eigenständige Entwicklung vollzogen hat und bereits seit längerem geschlechtsreif ist. Die Geschlechtsreife, die bei einem Hengst spätestens mit Vollendung des zweiten Lebensjahres eintritt, erhöht nach Auffassung des Senats bereits allein durch die im Tier zu diesem Zeitpunkt eingetretenen biologischen Veränderungen das Mängelrisiko beträchtlich. Wenngleich beispielsweise ein ungewollter Deckakt durch die Stallhaltung des Hengstes und Separierung von Stuten vermieden werden kann, verändert sich das Verhalten eines Hengstes allein durch den Eintritt der Geschlechtsreife gegenüber einem nicht geschlechtsreifen Tier erheblich. Hierzu sei angemerkt, dass der streitgegenständliche Hengst nach den bindenden Feststellungen im angefochtenen Urteil im Jan. 2015 kastriert wurde. Zu berücksichtigen ist bei einem Zeitablauf von zweieinhalb Jahren ab Geburt schließlich auch, dass die Möglichkeit von nachteiligen Veränderungen des Tieres durch eine beispielsweise unzureichende Stallhaltung/Weidehaltung, Fütterung und tierärztliche Versorgung gegenüber einem deutlich jüngeren Tier bereits nicht unerheblich gestiegen ist.

cc) Ergänzend schließt sich der Senat soweit den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil an. Eine Abgrenzung, die auf den erstmaligen Einsatz des Pferdes als Reitpferd abstellt, ist dagegen ungeeignet, weil hierdurch der Erwerber des Tieres das Risiko nachteiliger Veränderungen einseitig auf den Verkäufer abwälzen könnte, indem das Tier erst in sehr vorgerücktem Alter einer Zweckbestimmung zugeführt wird, nämlich die Entscheidung getroffen wird, ob das Tier als Sportpferd (Dressur, Military oder Springreiten) oder als reines Freizeitpferd eingesetzt werden soll. Letztlich bliebe auch offen, wie zu urteilen ist, wenn sich der Erwerber entschließen sollte, das Pferd überhaupt nicht als Reitpferd einzusetzen.

Anmerkung

Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter Dr. Burkhard Oexmann, Lippetal

Die Entscheidung wirkt eher kasuistisch. Unter dem Aspekt der Sondervorschriften (Art. 20a GG, § 90 a BGB) sind gewichtige Argumente aus Pferdeethologie und Tierschutz unberücksichtigt geblieben:

1. In Umsetzung des Art. 1 Abs. 3 der EU-Kaufrechtsrichtlinie 1999/44/EG stellt § 474 Abs. 2 S. 2 BGB richtlinienkonform eine aus mehreren Kriterien geschöpfte gesetzliche Bereichsausnahme für den Begriff der „gebrauchten“ Sache dar. Bezogen auf „gebrauchte“ Tiere stehen sich in Rechtsprechung und Literatur wenigstens drei Auffassungen

gegenüber: (1.) Tiere sind bereits mit der Vollendung ihrer Geburt als „gebraucht“ zu betrachten. (2.) Der Eintritt des Merkmals „gebraucht“ knüpft an die bestimmungsgemäße Erstnutzung an. (3.) Ein Tier erlangt die Gebrauchsqualität durch bloßen Zeitablauf, also mit zunehmendem Alter.

2. Auf der Suche nach dogmatischer, nicht kasuistischer Lösung ist zu bedenken: Im Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Schuldrechts (BT-Drucks. 14/6040 vom 14.05.2001, S. 245 linke Spalte) heißt es, für gebrauchte Sachen enthalte die (aktuelle) Regelung in § 476 Abs. 2 BGB eine

Untergrenze von einem Jahr, die nicht mehr unterschritten werden dürfe. Diese Ausnahmeregelung gelte grundsätzlich auch beim Kauf von Tieren, insbesondere beim Kauf von Pferden und Schafen, für die die bisher das Viehkaufrecht mit einer kurzen Verjährungsfrist von 6 Wochen anzuwenden sei. Auch bei Tieren werde indessen ein Unterschied zwischen „neu“ und „gebraucht“ vorzunehmen sein. Das bedeutet, dass Tiere verjährungstechnisch nicht generell wie gebrauchte Sachen behandelt werden könnten. Im bisherigen Recht spiele diese Unterscheidung bei der Anwendung von § 11 Nr. 10 AGBG eine Rolle. Der Entwurf des SMG wolle an der Rechtsprechung zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Tiere als „neu“ anzusehen sein, nichts ändern. Sodann verweist der Gesetzesentwurf auf das Forellen-Urteil des BGH sowie die Hundewelpen-Entscheidung des LG Aschaffenburg aus den Jahren 1985/1989. Bei kritischer Würdigung der gesetzgeberischen Motivationslage stellt sich die verfassungsrechtliche Frage, welchen Einfluss Art. 20a GG und § 90 a BGB auf den Begriff „gebrauchte Sachen“ i.S.v. „gebrauchte Tiere“ ausüben. Während § 90 a BGB im Jahre 1990, also „vorkonstitutionell“ gegenüber dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in Kraft trat, ist Art. 20a GG erst zum 01.07.2002, also nach Inkrafttreten des SMG, Bestandteil unserer Verfassung geworden. Ein unmittelbarer, rechtsdogmatisch begründeter Einfluss dieser Sondervorschriften wird eher zu verneinen sein. Denn die Sonderregelung in § 474 Abs. 2 S. 2 BGB dient ersichtlich nicht dem Tier-, sondern dem Verbraucherschutz im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufes.

3. Soweit der Gesetzesentwurf zur Definition des Begriffes „gebraucht“ bzw. „neu“ auf § 11 Nr. 10 AGBG verweist (eine Vorschrift, die im Jahre 1977 in Kraft trat und mit dem 31.12.2001 ihre Wirksamkeit verlor), ist anzuknüpfen an zwei Gerichtsentscheidungen. Der für das Kaufrecht zuständige 8. Zivilsenat des BGH hat mit Urt. v. 03.07.1985 zu VIII ZR 152/84 (NJW-RR 1986, 52–54) lebend gelieferte Forellen als „neu hergestellte Sachen“ bezeichnet und, möglicherweise im Wege eines obiter dictum, darauf hingewiesen, offen bleibe, ob diese Sichtweise für bereits verwendete Nutztiere (Arbeitspferde oder Reitpferde) gelte. Unter Hinweis auf diese Entscheidung hat das LG Aschaffenburg (Urt. v. 14.12.1989 zu S 210/89; NJW 1990, 915/916) einen neun Wochen alten Hundewelpen als eine „neu hergestellte Sache“ i.S.d. § 11 Nr. 10 AGBG bezeichnet. Die sich aufdrängende Kritik an diesen Entscheidungen folgt zunächst aus dem

Wortlaut des § 11 Nr. 10 AGBG, der sich mit „Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen“ befasst. Darunter sind von Menschenhand kalkulierte und geplante Sachen/Leistungen zu verstehen. Tierzucht ist nur beschränkt planbar, da tierische Reproduktion und Biotechnologie erfahrungswissenschaftlichen und damit empirischen Methoden folgen (zur Anerkennung biotechnischer Zuchtverfahren bei Pferden: Merk, Tierzucht und Zivilrecht, Köln 2013, S. 230–244 unter Berücksichtigung des TierZG und der TierZOV). „Gebrauchte“ Pferde haben die Rechtsprechung wiederholt befasst. Das OLG Düsseldorf (Urt. v. 02.04.2004 zu 14 U 213/03; ZGS 2004, 271–275) hat eine im Zeitpunkt des Verkauf vierjährige alte Stute nicht als „neu hergestellt“ angesehen, dabei aber nicht auf den damals geltenden § 474 Abs. 2 S. 2 BGB verwiesen, sondern auf § 309 Nr. 8 lit. b bb BGB. Der BGH hat sich mit Urt. v. 15.11.2006 zu VIII ZR 3/06 (RdL 2007, 36–39) mit einem sechs Monate alten Hengstfohlen befasst und dieses als „nicht gebraucht“ bezeichnet. In der in diesem Heft (S. 389–390) wiedergegebenen Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht vom 04.07.2018 zu 12 U 87/17 wird ein im Zeitpunkt der Versteigerung zweieinhalb Jahre alter Hengst als gebraucht qualifiziert.

4. Auf der Suche nach einer dogmatischen und nicht nur kasuistischen Lösung, welches Pferd als „gebraucht“ i.S.d. § 474 Abs. 2 S. 2 BGB anzusehen ist, gibt es folgende Ansätze:

a) Soweit der Gesetzgeber im parlamentarischen Entwurf an § 11 Nr. 10 AGBG anknüpft, wird das Tätigkeitswort „herstellen“ schlicht negiert. Tierische Produktion unterscheidet sich grundlegend von der Herstellung von Sachen. Möge noch der reine Zeugungsakt (Zusammenbringen einer weiblichen Eizelle und eines männlichen Spermiums) planbar sein, durchläuft der Fötus in der embryonalen/pränatalen Phase, die bei Pferden immerhin elf Monate dauert, eine Vielzahl von Stadien, die auf äußere, vom Menschen nicht kalkulierbare Einflüsse Folgen zeitigen können.

b) Die Risikobehaftung eines postnatalen Tieres steigt proportional mit der Lebensalterszunahme. Das darauf gestützte Argument des OLG Schleswig a.a.O. erscheint eher willkürlich, vor allem nicht abgrenzbar und eröffnet damit ein weiteres Einfallstor für systemwidrige Kasuistik.

c) Die risikobehafteten Umwelteinflüsse setzen sich beim Pferd postpartum in der Laktationsphase fort. Nicht nur die (futterneidische) Stute kann im wahrsten Sinne des Wortes um sich schlagen und dabei das eigene Fohlen treffen. Folgt man

den Empfehlungen der Pferdeethologen, sollen Fohlen zusammen mit anderen Jungtieren in der Laktationsphase in einer Stuten- und Fohlenherde „laufen“. Hier multiplizieren sich die Risiken, vor allem durch den schon beschriebenen Futterneid anderer Mutterstuten.

d) Nach Abschluss der Laktationsphase (ca. 20 Wochen nach der Geburt) kommt es zu weiteren Risikosteigerungen, wenn man auf die tierschutzrechtlich zwingenden Haltungsempfehlungen abstellt (dazu: Leitlinien zur Beurteilung von Pferdehaltungen unter Tierschutzgesichtspunkten, hrsg. vom Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz am 09.06.2009; ferner Zeitler-Feicht, Handbuch Pferdeverhalten, 3. Aufl. 2015, S. 37–59 zum Sozialverhalten). Pferde, so die Autorin Zeitler-Feicht, seien soziale Wesen und lebten in Verbänden mit zwei bis max. 20 Mitgliedern. Die Gemeinschaft mit Artgenossen bedeute für sie Sicherheit; soziale Kontakte zu Artgenossen seien daher für Pferde unerlässlich. Dieses angeborene Sozialverhalten zwingt Pferde, eine Rangordnung zu erstellen. Sie reduziere das Aggressionsniveau in der Gruppe und diene zur Festlegung des Zusammenhalts. Zu den Droh- und Unterlegenheitsgesten zählten der Hinterhandschlag, das Beißen sowie das Angehen (dazu Zeitler-Feicht a.a.O. S. 42 und S. 48).

e) Es könnte sich anbieten, entgegen den (schon im Ansatz falschen) Überlegungen des Gesetzgebers Pferde grundsätzlich aus der Diskussion um „gebraucht“ und „neu“ herauszunehmen. Pferde sind nicht nur Individuen, sondern werden in aller Regel auch nur in kleinen Kohorten gehalten (anders etwa als Forellen, die zu Tausenden in einem Becken der künstlichen Aufzucht schwimmen). Der Einfluss der Umwelt, des sozialen Geheges durch Menschen ist unübersehbar und nicht abschätzbar. Demgegenüber mögen Tiere im Bereich der Herstellung von Nahrungsmitteln (Mast Schweine, Bullenmast) bis zur Abgabe durch den Mäster an den Viehhändler usw. als neu gelten. Hier fehlt es insbesondere an der Individualisierung des einzelnen Tieres.

f) Letztlich drückt sich in § 474 Abs. 2 S. 2 BGB kein Konflikt mit dem Tierschutz aus, wie er sich in § 20 a GG und § 90 a BGB geregelt wiederfindet, vielmehr geht es hier um eine Bereichsausnahme aus dem Duktus des Verbraucherschutzes der §§ 474 ff. BGB. Bei der Strukturierung des polymorphen Begriffes „gebrauchtes Pferd“ könnte es künftig darauf ankommen, dogmatisch zwischen intrinsischen und extrinsischen Einflüssen auf das Tier ab seiner Geburt zu differenzieren.