

## 02/2020

23. JAHRGANG  
SEITEN 75 - 146



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

---

### ZIVILRECHT

- Wann ist ein Pferd „neu“?
- Werden Wohnräume überlassen, besteht nicht stets ein Wohnraummietverhältnis!
- Nachbar muss Birken nicht wegen Pollenflugs beseitigen!
- kompakt: Update zur Europarechtswidrigkeit von § 476 II a.E. BGB

### STRAFRECHT

- Strafbarkeit des Arztes bei einem assistierten Suizid
- Rücktritt vom Versuch der Erfolgsqualifikation des § 251 StGB gemäß § 24 I S. 1 Alt. 2 StGB

### ÖFFENTLICHES RECHT

- BVerfG prüft bei vollständig vereinheitlichtem EU-Recht vorrangig selbst die EU-Grundrechte – „Recht auf Vergessen II“
- Rechtswidrige Heranziehung zu den Kosten einer polizeilichen Ingewahrsamnahme

### TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

---

- Probleme im bereicherungsrechtlichen Mehrpersonenverhältnis (Teil 2)

### GRUNDFÄLLE

---

- Die Erleichterung der Verjährung, § 476 II BGB
- Unmittelbare Anwendbarkeit von primärem Unionsrecht

### HEMMER.LIFE

---

- Strategien für das richtige Lernen.  
Oder: Lernlust statt Studienfrust.



# E-BOOK LIFE&LAW FEBRUAR 2020

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## ZIVILRECHT

### 1 WANN IST EIN PFERD „NEU“?

#### A) Sounds

#### B) Problemaufriss

#### C) Lösung

I. Anspruch des K aus § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 323 BGB

1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB

2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

3. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang, §§ 434, 446 BGB

4. Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 326 V HS 2 BGB

5. Keine Unerheblichkeit des Mangels, §§ 326 V HS 2, 323 V S. 2 BGB

6. Unwirksamkeit des Rücktritts wegen Verjährung des hypothetischen Nacherfüllungsanspruches, § 438 IV S. 1 i.V.m. § 218 I S. 2 i.V.m. S. 1 BGB

a) Rücktritt innerhalb der gesetzlichen zweijährigen Verjährungsfrist erklärt

**b) Aber:** Dreimonatige Verjährungsfrist in den Auktionsbedingungen verstrichen

c) Unwirksamkeit der Verjährungsverkürzung gem. § 476 II BGB

d) Unanwendbarkeit des § 476 II BGB wegen § 474 II S. 2 BGB?

aa) Benutzte Sachen sind „gebraucht“

bb) Tier aber auch dann „gebraucht“, wenn lebensaltersbedingt ein gesteigertes Risiko für Sachmängel besteht

(1) Nach M.M. in Literatur sind Tiere ab der Geburt stets als gebraucht anzusehen

(2) Ansicht des BGH

(a) Lebensalter des Tieres allein genügt nicht

(b) Biologische Veränderungen des Tieres können dieses zur „gebrauchten“ Sache machen

(c) 2 ½ Jahre alter geschlechtsreifer und seit längerer Zeit von Mutterstute getrennter Hengst ist danach „gebraucht“

e) Keine Unwirksamkeit der Verjährungsverkürzung gem. § 309 Nr. 8b ff) BGB

f) Keine Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 7 BGB

g) Kein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 I S. 2 BGB

h) Evtl. aber unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB?

(1) Definition einer „unangemessenen Benachteiligung“ i.S.d. § 307 I S. 1 BGB

(2) Vorliegend ist Verjährungsverkürzung nicht unangemessen

II. Endergebnis

#### D) Kommentar

#### E) Wiederholungsfrage

#### F) Zur Vertiefung

## **2 WERDEN WOHNRÄUME ÜBERLASSEN, BESTEHT NICHT STETS EIN WOHNRAUMMIETVERHÄLTNIS!**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Ordentliche Kündigung

1. Kündigungsfrist

2. Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung unwirksam?

- a) Ist Mietvertrag zwischen V und M ein Mietverhältnis über Wohnraum?
- b) Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung für 5 Jahre trotzdem unwirksam?
- c) Wurde Ausschluss unter Bedingung der Zuweisung von Flüchtlingen gestellt?

II. Außerordentliche Kündigung

1. § 543 I BGB (-)

2. § 313 III BGB

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## **3 NACHBAR MUSS BIRKEN NICHT WEGEN POLLENFLUGS BESEITIGEN!**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch auf Beseitigung der Birken gem. § 1004 I S. 2 BGB

1. Störereigenschaft des B folgt nicht zwangsläufig aus Eigentümerstellung

2. Schließt Einhaltung der Grenzabstände die Störereigenschaft aus?

- a) Meinungsstand in Lit. und Rechtsprechung der Instanzgerichte
- b) Nach Ansicht des BGH ist Eigentümer nicht Störer
  - aa) Landesrecht neben BGB maßgebend, vgl. Art. 1 II und Art. 124 S. 1 EGBGB
  - bb) Einhaltung der Abstandsregeln führt zur ordnungsgemäßen Benutzung
  - cc) Auch §§ 907, 910 BGB bestätigen dieses Ergebnis
    - (1) Umkehrschluss aus § 907 II BGB
    - (2) Rückschluss aus § 910 BGB

3. Ergebnis

II. Kein Anspruch auf Beseitigung aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis

1. Anwendbarkeit des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses

2. Voraussetzungen liegen hier nicht vor

3. Ergebnis

III. Hilfsweise: Anspruch des K gegen B auf Ausgleichszahlung wegen des erhöhten Reinigungsbe-

darfs

1. Kein Anspruch gem. § 906 II S. 2 BGB
2. Kein Ausgleichsanspruch analog § 906 II S. 2 BGB

IV. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 4 KOMPAKT: UPDATE ZUR EUROPARECHTSWIDRIGKEIT VON § 476 II A.E. BGB

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Horizontale Drittwirkung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie
- II. Richtlinienkonforme Auslegung
- III. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung durch Nichtanwendung der Norm bzw. ergänzende Vertragsauslegung (Anwendungsvorrang des Europarechts)

D) Kommentar

# STRAFRECHT

## 5 STRAFBARKEIT DES ARZTES BEI EINEM ASSISTIERTEM SUIZID

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Strafbarkeit des H wegen Tötung auf Verlangen gem. § 216 I StGB
  1. Tatbestand
  2. Ergebnis
- II. Strafbarkeit des H wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft, §§ 212 I, 25 I Alt. 2 StGB, zum Nachteil der A
- III. Strafbarkeit des H wegen Tötung auf Verlangen durch Unterlassen gem. §§ 216 I, 13 I StGB zum Nachteil der A
- IV. Strafbarkeit des H wegen versuchter Tötung auf Verlangen zum Nachteil der A gem. §§ 216 I, II, 13 I, 22, 23 I StGB
  1. Vorprüfung
  2. Tatentschluss
    - a) Tod und Unterlassen
    - b) Rettungsmöglichkeit und Quasikausalität
    - c) Garantenstellung
- V. Strafbarkeit des H gem. § 323c I StGB wegen unterlassener Hilfeleistung zum Nachteil der A

## VI. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

# 6 RÜCKTRITT VOM VERSUCH DER ERFOLGSQUALIFIKATION DES § 251 STGB GEMÄSS § 24 I S. 1

## ALT. 2 STGB

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

### I. Strafbarkeit wegen versuchten Mordes gem. §§ 212 I, 22, 23 I Alt. 1 StGB

#### 1. Vorprüfung

#### 2. Tatentschluss

- a) Vorsatz bzgl. der Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 212 I StGB
- b) Vorsatz bzgl. der Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 211 II StGB
- c) Verwirklichung subjektiver Mordmerkmale gem. § 211 II StGB

#### 3. Unmittelbares Ansetzen

#### 4. Rechtswidrigkeit

#### 5. Schuld

#### 6. Kein Rücktritt

### II. Strafbarkeit wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung mit Todesfolge

#### 1. Vorprüfung

#### 2. Tatentschluss

- a) Vorsatz bzgl. der Verwirklichung des §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 Alt. 2 StGB
- b) Vorsatz bezüglich der Verwirklichung des § 251 StGB

#### 3. Unmittelbares Ansetzen

#### 4. Rechtswidrigkeit und Schuld

#### 5. Kein Rücktritt

- a) §§ 251, 22, 23 I Alt. 1 StGB
- b) §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 Alt. 2, 22, 23 I Alt. 1 StGB

### III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

# ÖFFENTLICHES RECHT

## 7 BVERFG PRÜFT BEI VOLLSTÄNDIG VEREINHEITLICHTEM EU-RECHT VORRANGIG SELBST DIE EU-GRUNDRECHTE – „RECHT AUF VERGESSEN II“

## A) Sounds

## B) Problemaufriss

## C) Lösung

### I. Vereinheitlichung durch Unionsrecht

#### 1. Maßstab der Abgrenzung

#### 2. Einordnung im konkreten Fall

### II. Anwendungsvorrang der Unionsgrundrechte bei vollvereinheitlichten Regelungen

### III. Auswirkungen des Anwendungsvorranges des Unionsrechts auf die Rolle des BVerfG

#### 1. Prüfungskompetenz als Ausfluss der Integrationsverantwortung

#### 2. Wirksamer Rechtsschutz i.R.d. Verfassungsbeschwerde

### IV. Ergebnis

## D) Kommentar

## E) Wiederholungsfragen

## F) Zur Vertiefung

# 8

## RECHTSWIDRIGE HERANZIEHUNG ZU DEN KOSTEN EINER POLIZEILICHEN INGEWAHRSAM- NAHME

## A) Sounds

## B) Problemaufriss

## C) Lösung

### I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

#### 1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

#### 2. Statthafte Klageart

#### 3. Klagebefugnis

#### 4. Zuständigkeit des Gerichts

#### 5. Vorverfahren

#### 6. Richtiger Klagegegner

#### 7. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

#### 8. Form und Klagefrist

### II. Begründetheit

#### 1. Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

##### a) Rechtsgrundlage des Gebührenbescheids

##### b) Formelle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

##### c) Materielle Rechtmäßigkeit des Gebührenbescheids

##### aa) Inzidentprüfungskompetenz und keine entgegenstehende Rechtskraft

#### 2. Zwischenergebnis

### III. Ergebnis

## D) Kommentar

# TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

## PROBLEME IM BEREICHERUNGSRECHTLICHEN MEHRPERSONENVERHÄLTNISS (TEIL 2)

### D) Herangehensweise zur Lösung eines bereicherungsrechtlichen Mehrpersonenverhältnisses

- I. Erster Schritt: In welchem Verhältnis liegen Leistungsbeziehungen vor?
- II. Zweiter Schritt: Festlegung, in welchem Verhältnis der Rechtsgrund fehlt (Feststellung der Kondiktionsbeziehungen)
- III. Dritter Schritt: Korrektur des anhand des Leistungsbegriffs gefundenen („schematischen“) Ergebnisses aus Wertungsgründen

### E) Die Rückabwicklung in den wichtigsten bereicherungsrechtlichen Mehrpersonenverhältnissen

#### I. Die Anweisungsfälle

##### 1. Erster Schritt: Ermittlung der Leistungsbeziehungen!

- a) Ermittlung der rechtlichen Beziehungen
  - aa) Verhältnis zwischen Anweisendem (A) und Empfänger der Zahlung (C)
  - bb) Verhältnis zwischen Anweisendem (A) und Angewiesenem (Bank B)
  - cc) Verhältnis zwischen Angewiesenem (Bank B) und Zahlungsempfänger (C)
- b) Leistungsbeziehungen nach ausgeführter Überweisung
  - aa) Leistung Bank B -> Anweisender A
  - bb) Leistung Anweisender A -> Empfänger C
  - cc) Keine Leistung durch die angewiesene Bank B an den Empfänger C

##### 2. Zweiter Schritt: Festlegung der Kondiktionsbeziehungen

##### 3. Dritter Schritt: Wertungsmäßige Überprüfung des Ergebnisses

##### 4. Übertragung dieser Grundsätze auf vier Beispielfälle

- a) Beispiel Nummer 1: Rechtsgrund fehlt nur im Valutaverhältnis
- b) Beispiel Nummer 2: Rechtsgrund fehlt im Deckungsverhältnis, was dem Empfänger aber bekannt ist
  - aa) Anspruch des A gegen B gem. § 675u S. 2 BGB auf Wiedergutschrift der 2.000,- €
  - bb) Anspruch der Bank B gegen C aus § 812 I BGB?
- c) Beispiel Nummer 3: Rechtsgrund fehlt im Deckungs- und im Valutaverhältnis (sog. „Doppel-mangel“)
  - aa) Anspruch des A gegen B gem. § 675u S. 2 BGB auf Wiedergutschrift der 2.000,- €
  - bb) Anspruch der Bank B gegen C aus § 812 I BGB?
  - cc) Aber: Wertungsmäßige Korrektur nötig!
    - (1) Nach M.M. steht Bank B ein Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB gegen A zu
    - (2) Kritik an der Ansicht in der Literatur
    - (3) Ansicht des BGH: Konditionssperre des § 675u S. 1 BGB führt zur Direktkondition der Bank B gegen den Empfänger C gem. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB
    - (4) Stellungnahme: Das Ergebnis des BGH ist überzeugend, die „Wortwahl“ ist es nicht

##### 5. Ausführliches Schaubild zur Anweisung bei der Banküberweisung

# GRUNDFÄLLE

## DIE ERLEICHTERUNG DER VERJÄHRUNG, § 476 II BGB

### A) Sound

### B) Gliederung

### C) Lösung

**Anspruch des K auf Nachbesserung (§§ 437 Nr. 1, 439 BGB)**

**A. Entstehung des Anspruchs**

**B. Durchsetzbarkeit des Anspruchs**

**1. Anwendbarkeit der §§ 474 ff. BGB**

**2. Vereinbarkeit mit § 476 II BGB**

**3. Europarechtswidrigkeit des § 476 II BGB**

**4. Rechtsfolge der Europarechtswidrigkeit für nationale Sachverhalte?**

**a) Keine unmittelbare Geltung der Richtlinie**

**b) Richtlinienkonforme Auslegung des § 476 II BGB?**

**c) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 476 II BGB**

### C) Ergebnis

### D) Zusammenfassung

### E) Zur Vertiefung

## UNMITTELBARE ANWENDBARKEIT VON PRIMÄREM UNIONSRECHT

### A) Rechtslage seit dem Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon

### B) Rechtsquellen des Unionsrechts

**1. Primärrecht**

**2. Sekundärrecht**

### C) Rangordnung innerhalb des Unionsrechts – „Normenhierarchie“

### D) Gliederung

### E) Lösung

**Unmittelbare Anwendbarkeit**

**1. Primärrecht grundsätzlich innerstaatlich anwendbar**

**2. Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit von Primärrecht**

**a) Die Bestimmung muss rechtlich vollkommen sein**

**b) Die Bestimmung muss inhaltlich unbedingt sein**

**c) Den Mitgliedstaaten müssen durch die Vorschrift Handlungs- oder Unterlassungspflichten auferlegt sein**

**d) Ergebnis**

### F) Zusammenfassung

### G) Zur Vertiefung

# ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 09.10.2019, VIII ZR 240/18 = JURISBYHEMMER

## 1 WANN IST EIN PFERD „NEU“?

**+++ Verbrauchsgüterkauf in öffentlich zugänglicher Versteigerung +++ Gebrauchte <-> neue Sache +++ Formularvertragliche Verkürzung der Verjährung von Mängelansprüchen des Käufers +++ §§ 90a, 156, 307, 309 Nr. 8b ff), 312g II Nr. 10, 433, 434, 437, 474 II S. 2, 476 I, II BGB +++**

**Sachverhalt (vereinfacht):** K erhielt am 01.11.2017 in einer von einem öffentlich bestellten Versteigerer durchgeführten öffentlichen Versteigerung den Zuschlag für einen zuvor mehrmals besichtigten Hengst zum Preis von 26.000,- €. Verkauft wurde das Pferd von dem im eigenen Namen handelnden Kommissionär V. Der Hengst war zur Zeit des Verkaufs ca. 2 ½ Jahre alt, ist seit längerem von der Mutterstute getrennt und geschlechtsreif, wurde aber bis zum Zeitpunkt der Auktion weder geritten noch angeritten.

Die von K zur Kenntnis genommenen Auktionsbedingungen des V enthalten u.a. folgende Regelung:

**(1.)** Die Mängelrechte des Käufers verjähren drei Monate nach dem Gefahrübergang.

**(2.)** Diese Befristung gilt nicht, soweit Ansprüche betroffen sind, die auf Ersatz eines Körper- und Gesundheitsschadens wegen eines vom Verkäufer zu vertretenden Mangels gerichtet oder auf grobes Verschulden des Verkäufers oder seiner Erfüllungsgehilfen gestützt sind. In solchen Fällen gilt die gesetzliche Frist.

Bei einer von K veranlassten tierärztlichen Untersuchung stellte sich heraus, dass das Pferd schon bei der Übergabe am 01.11.2017 sog. „Kissing Spines“ im Bereich der Brust- und der Lendenwirbelsäule sowie eine Verkalkung im Nackenband im Bereich des Hinterhauptes aufwies und damit für K „unreitbar“ ist. Es handelt sich um eine unheilbare Krankheit. K erklärte daraufhin am 11.10.2019 den Rücktritt vom Vertrag und forderte V zur Rückabwicklung des Kaufvertrags auf. V macht - im tatsächlichen zutreffend - geltend, dass ihm diese Erkrankung des Hengstes nicht bekannt war. Außerdem beruft sich V auf Verjährung.

**Kann K von V die Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückübereignung des Pferdes verlangen?**

### A) Sounds

1. Bei Tieren ist im Rahmen der Abgrenzung „neu“, „neu hergestellt“ und „gebraucht“ im Sinne der §§ 474 II S. 2, 309 Nr. 8b BGB nicht nur eine nutzungs-, sondern auch eine rein lebensaltersbedingte Steigerung des Sachmängelrisikos zu berücksichtigen.

2. Für die Frage, ab welchem Zeitpunkt ein noch nicht genutztes Pferd nicht mehr als „neu“ zu bewerten ist, lassen sich keine allgemein gültigen zeitlichen Grenzen aufstellen. Jedenfalls ist ein zum Zeitpunkt des Verkaufs weder gerittener noch angerittener und auch nicht einer sonstigen Verwendung (etwa Zucht) zugeführter knapp zweieinhalb Jahre alter Hengst, der schon seit längerer Zeit von der Mutterstute getrennt ist, infolgedessen über einen nicht unerheblichen Zeitraum eine eigenständige Entwicklung vollzogen hat und seit längerem geschlechtsreif ist, als „gebraucht“ im Sinne von § 474 II S. 2 BGB bzw. als nicht „neu hergestellt“ im Sinne von § 309 Nr. 8b BGB anzusehen.

3. Eine Klausel in Auktionsbedingungen des als Kommissionär für den Eigentümer tätig werdenden Verkäufers eines „gebrauchten“ Pferdes, die die gesetzliche Verjährungsfrist für Ansprüche des Käufers wegen eines Sachmangels des im Rahmen einer Versteigerung nach § 474 II S. 2 BGB verkauften Tieres auf drei Monate nach Gefahrübergang abkürzt, dabei aber die Klauselverbote des § 309 Nr. 7a und b BGB beachtet, hält der Inhaltskontrolle nach § 307 I S. 1, II BGB stand.

## B) Problemaufriss

Zentrales Problem des Falles ist die Frage, ob bzw. bis wann bei Tieren von einer „neuen“ bzw. „neu hergestellten“ Sache gesprochen werden kann.

**hemmer-Methode: Tiere sind zwar gem. § 90a S. 1 BGB keine Sachen. Jedoch finden auf Tiere nach § 90a S. 3 BGB die Vorschriften über Sachen entsprechende Anwendung.**

Ob eine „neue“ oder „gebrauchte“ Sache verkauft wurde, kann an verschiedenen Stellen in einer Klausur relevant werden:

- Beim Kauf einer gebrauchten Sache liegt in der Regel (aber nicht zwingend) ein Stückkauf vor.<sup>1</sup>
- Die Nacherfüllung in Form der Nachlieferung (§ 439 I Alt. 2 BGB) scheidet bei gebrauchten Sachen regelmäßig aus.
- Für einen Ausschluss oder eine Einschränkung der Mängelrechte in Formularverträgen gilt bei gebrauchten Sachen **§ 309 Nr. 8b BGB** nicht.
- Die §§ 474 ff. BGB gelten nicht für gebrauchte Sachen, die in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann, **§ 474 II S. 2 BGB**.
- Beim Verbrauchsgüterkauf darf die Verjährung der Mängelrechte vertraglich nicht erleichtert werden, wenn die Vereinbarung bei neuen Sachen zu einer Verjährungsfrist von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt, **§ 476 II BGB**.

**hemmer-Methode: Die Vorschrift des § 476 II BGB ist allerdings richtlinienwidrig.**

**Mit Urteil vom 13.07.2017 hat der EuGH entschieden, dass es die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (VGK-RL)<sup>2</sup> nicht erlaubt, die Verjährungsfrist für Mängelrechte des Käufers beim Kauf einer gebrauchten Sache auf ein Jahr zu verkürzen.<sup>3</sup>**

**Art. 7 I Unterabs. 2 VGK-RL verleiht den Mitgliedstaaten nur die Befugnis, im Falle gebrauchter Güter vorzusehen, dass die Parteien die Haftungsdauer des Verkäufers auf ein Jahr ab Lieferung begrenzen dürfen. Bei der Haftungsdauer handelt es sich um den Zeitraum, in dem sich ein Mangel der Kaufsache i.S.d. § 434 BGB, der bereits bei Gefahrübergang (zumindest latent) vorhanden war, zeigt, also dem Käufer bekannt wird. Die Verjährungsfrist, die den Zeitraum regelt, in dem der Verbraucher seine Rechte, die während der Haftungsdauer des Verkäufers entstanden sind, tatsächlich gegenüber diesem ausüben kann, muss aber mindestens zwei Jahre betragen.**

**Die Mitgliedstaaten haben aber nicht die Möglichkeit eingeräumt bekommen, gesetzlich zu bestimmen, dass die Parteien die Dauer der in Art. 5 I S. 2 der VGK-RL genannten Verjährungsfrist begrenzen dürfen.**

**Damit ist § 476 II BGB europarechtswidrig!**

**Aufgrund des eindeutigen Wortlautes scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung aus.<sup>4</sup>**

**Die „kleinstmögliche Korrektur“<sup>5</sup> des § 476 II BGB besteht also darin, den Halbsatz zu den gebrauchten Sachen einfach zu streichen. Daher bleibt bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber nichts anderes übrig, aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts § 476 II HS 2 BGB nicht mehr anzuwenden.<sup>6</sup>**

Der Begriff der „gebrauchten Sache“ wird weder durch das nationale Recht noch durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie definiert.

Die Klärung der Frage, wann eine Sache „neu“ oder „gebraucht“ ist, muss daher von der Rechtsprechung geklärt werden.

**Beim Verbrauchsgüterkauf** ist dabei jedenfalls ein **objektiver Maßstab** maßgeblich, d.h. die Eigenschaft als „gebraucht“ ist einer Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien entzogen. Andernfalls hätte es der Verkäufer in der Hand, durch die Vereinbarung, dass es sich um eine gebrauchte Kaufsache handelt, die Verjährungsfrist auf ein Jahr zu begrenzen.<sup>7</sup>

Zum Verkauf eines PKW ist die Frage, wann dieser „neu“ ist, vom BGH inzwischen weitgehend geklärt.

Ein Kraftfahrzeug ist nach Ansicht des BGH<sup>8</sup> nur dann „fabrikneu“,

1 Beim Kauf neuer Sachen aber häufig auch!

2 Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter.

3 EuGH, JZ 2018, 298 ff. (Sache „Ferenschild“); vgl. dazu auch **Tyroller, Life&Law 08/2018, 570 ff.**

4 So auch Ball, jurisPK-BGB, 8. Auflage, § 476, Rn. 26.2.

5 Leenen, JZ 06/2018, 284 (289).

6 Vgl. dazu auch BGH, **Life&Law 02/2009, 142 f.** = BGH, NJW 2009, 427 ff. („Quelle“).

7 BGH, **Life&Law 03/2007, 147 ff.** = NJW 2007, 674 ff. = **jurisbyhemmer**.

8 BGH NJW 2004, 160 f.

- wenn es unbenutzt ist,
- wenn es keine durch längere Standzeit bedingten Mängel aufweist,
- wenn zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrages nicht mehr als 12 Monate liegen **und**
- wenn und solange das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut wird.<sup>9</sup>

Ab wann bei Tieren vom Kauf einer gebrauchten Sache gesprochen werden kann, ist umstritten und Gegenstand dieser sowohl für die Scheinklausuren als auch für das Staatsexamen äußerst relevanten Urteilsbesprechung.

Relevant wird dies im vorliegenden Fall bei der Frage, ob die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf überhaupt zur Anwendung kommen (§ 474 II S. 2 BGB).

Außerdem geht es in dieser Entscheidung um die Frage, ob die formularvertragliche Verkürzung der Mängelrechte gegen § 309 Nr. 8b) ff) BGB verstößt.

## C) Lösung

K könnte gegen V ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises nach erklärtem Rücktritt aus § 346 I BGB zustehen. Dieser Anspruch bestünde bei einem wirksamen Rücktritt aber nur Zug-um-Zug (§§ 348, 320 I, 322 I BGB) gegen Rückgabe und Rückübereignung des Pferdes.

### I. Anspruch des K aus § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1, 326 V, 323 BGB

Gemäß § 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB kann der Käufer einer unbehebbar mangelhaften Sache nach §§ 326 V HS 2, 323 BGB ohne vorherige Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten.

#### Voraussetzungen des Rücktritts nach §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB:

1. **Wirksamer KV (= gegenseitiger Vertrag)**
2. **Rücktrittserklärung, § 349 BGB**
3. **Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang, § 434 BGB**
4. **Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung gem. § 326 V HS 2, § 275 I – III BGB**
5. **Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts**  
-> **Vereinbarter Haftungsausschluss der Mängelrechte**  
-> **Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, § 323 V S. 2 BGB**  
-> **§ 323 VI BGB**
6. **Keine Unwirksamkeit des Rücktritts wegen Verjährung des hypothetischen Nacherfüllungsanspruches, § 438 IV S. 1 i.V.m. § 218 I S. 2 i.V.m. S. 1 BGB**

### 1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB

Zwischen K und V müsste gem. §§ 433, 90a S. 3 BGB ein wirksamer Kaufvertrag über den Hengst zustande gekommen sein.

Bei einer Versteigerung kommt der Kaufvertrag mit dem Zuschlag gem. § 156 S. 1 BGB zustande.

Da K den Zuschlag erhielt, kam zwischen V und K ein wirksamer Kaufvertrag über den Hengst zustande.

### 2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

Mit Schreiben vom 11.10.2019 hat K gem. § 349 BGB den Rücktritt vom Vertrag erklärt und von V die Rückabwicklung verlangt.

<sup>9</sup> Nach einer Tageszulassung darf ein PKW aber noch als „neu“ verkauft werden, vgl. BGH, **Life&Law 08/2005, 501 ff.** = NJW 2005, 1422 f. = [jurisbyhemmer](#).

### 3. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang, §§ 434, 446 BGB

Des Weiteren müsste der Hengst bei der Übergabe an K mangelhaft gewesen sein.

a) Zwischen K und V wurde keine Sollbeschaffenheit des Pferdes i.S.d. § 434 I S. 1 BGB vereinbart.

**Anmerkung: An das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I S. 1 BGB sind strenge Anforderungen zu stellen.**

**Aufgrund des breit gefächerten Mangelbegriffs in § 434 I S. 1 bzw. § 434 I S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 (ggfs. i.V.m. § 434 I S. 3) bzw. § 434 II S. 1 und 2 sowie in § 434 III Alt. 1 und 2 BGB kommt eine solche nur in eindeutigen Fällen in Betracht.<sup>10</sup>**

b) Eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB muss nach Ansicht des BGH über eine bloße Beschaffenheit der Kaufsache hinausgehen.<sup>11</sup>

Der BGH begründet diese restriktive Auslegung des Begriffs der vertraglich vorausgesetzten Verwendung damit, dass anderenfalls die strengen Anforderungen, die an eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I S. 1 BGB zu stellen sind, unterlaufen würden.

Da Krankheiten aber zu den Beschaffenheiten des Pferdes gehören, scheidet auch das Vorliegen eines Mangels i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB aus.

c) Das Pferd ist aber nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB mangelhaft, da es aufgrund der Krankheiten keine Beschaffenheit aufweist, die bei Pferden (zumindest dieser Preisklasse) üblich ist. K konnte auch erwarten, dass der verkaufte Hengst nicht an einer Wirbelsäulenerkrankung leidet.

Damit hatte das Pferd bei der Übergabe und damit bereits beim Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB) einen Mangel i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB.

### 4. Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 326 V HS 2 BGB

a) Da die Wirbelsäulenerkrankung („Kissing Spines“) und die Verkalkung im Nackenband im Bereich des Hinterhauptes unheilbar waren, scheidet eine Nachbesserung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB aus.

b) Der BGH<sup>12</sup> und die h.L.<sup>13</sup> gehen zwar davon aus, dass auch beim Stückkauf eine Nachlieferung nach §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 2 BGB prinzipiell in Betracht kommt. Voraussetzung dafür ist ein dahingehender Wille der Parteien bei Vertragsschluss. Die Kaufsache muss nach dem Willen der Parteien bei Vertragsabschluss austauschbar sein. Beim Kauf eines nach Besichtigung ausgewählten Tieres kommt der vor Vertragsschluss begründeten emotionalen Beziehung zwischen dem Tier und dem Käufer eine besondere Bedeutung zu.

Für die Auswahl eines Tieres sind nicht nur objektive Kriterien wie beispielsweise Alter, Größe, Farbe und Abstammung, sondern weitgehend emotionale Faktoren und der davon beeinflusste Gesamteindruck von Bedeutung. Die auf ein konkretes Tier bezogene Kaufentscheidung ist daher ein Vorgang, der vom Verkäufer nicht ohne wesentliche Beeinträchtigung der Käuferinteressen bei einer Nachlieferung wiederholt werden kann. Unerheblich ist insoweit, ob das gekaufte Tier als neu oder gebraucht anzusehen ist (vgl. dazu später). Daher entspricht beim Tierkauf die einseitige Austauschbarkeit durch den Verkäufer im Gewährleistungsfall in der Regel nicht dem übereinstimmenden Parteiwillen bei Vertragsabschluss.<sup>14</sup>

Da K das Pferd zuvor mehrmals besichtigt hat, ist die Möglichkeit der Lieferung eines Ersatzpferdes auf Grund der Maßgeblichkeit des persönlichen Eindrucks und einer emotionalen Zugewandtheit abzulehnen.<sup>15</sup> Daher war die eigentlich gem. § 323 I BGB erforderliche vorherige Fristsetzung zur Nacherfüllung gem. § 326 V HS 2 BGB entbehrlich, sog. „qualitative Unmöglichkeit“ (eine a.A. ist vertretbar, aber nicht sehr überzeugend).

**Anmerkung: Der BGH ging auf all diese Fragen wegen der eingetretenen Verjährung (vgl. dazu sogleich unter I. 6.) nicht ein, da es für das Urteil hierauf nicht ankam.**

10 BGH, NJW 2018, 150 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2016, 3015 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2016, 2874 ff. = [jurisbyhemmer](#).

11 Vgl. dazu BGH, [Life&Law 10/2019, 659 ff.](#) = NJW 2019, 1937 ff. = [jurisbyhemmer](#).

12 BGH, [Life&Law 11/2006, 725 ff.](#) = NJW 2006, 2839 (2841) = [jurisbyhemmer](#).

13 [Palandt](#), § 439 Rn. 15 m.w.N.

14 Wertenbruch, Die Besonderheiten des Tierkaufs bei der Sachmängelgewährleistung, NJW 2012, 2065 ff.; Erman, § 439 Rn. 4.

15 OLG Frankfurt, Urteil vom 01.02.2011, Az.: 16 U 119/10, ZGS 2011, 284 ff. = [jurisbyhemmer](#).

## 5. Keine Unerheblichkeit des Mangels, §§ 326 V HS 2, 323 V S. 2 BGB

Da das Pferd aufgrund der Erkrankung für K nicht reitbar war, liegt ein erheblicher Mangel vor.

Der Ausschlussgrund des § 323 V S. 2 BGB greift folglich nicht ein.

## 6. Unwirksamkeit des Rücktritts wegen Verjährung des hypothetischen Nacherfüllungsanspruches, § 438 IV S. 1 i.V.m. § 218 I S. 2 i.V.m. S. 1 BGB

Der Rücktritt könnte aber gem. § 438 IV S. 1 BGB i.V.m. § 218 I S. 1 BGB wegen Verjährung des Nacherfüllungsanspruches unwirksam sein.

Da aber der Nacherfüllungsanspruch infolge des unbeheblichen Mangels wegen § 275 I BGB gar nicht bestand und daher auch nicht verjähren kann, stellt § 218 I S. 2 BGB auf die Verjährung des hypothetischen Nacherfüllungsanspruches ab.

**hemmer-Methode: Sprechen Sie nicht von der Verjährung des Rücktrittsrechts. Dies wäre falsch, da gemäß § 194 BGB nur Ansprüche verjähren können. Die Erklärung des Rücktritts ist „verfristet“.**

**Die Verweisung in § 438 IV S. 1 BGB ist im Übrigen überflüssig, da § 218 BGB als Vorschrift des BGB-AT ohnehin anwendbar ist. Da die Norm aber existiert, sollten Sie diese im Examen auch zitieren und sich nicht zu deren Überflüssigkeit auslassen. Solche Ausführungen erwecken den Eindruck der Überheblichkeit und kommen beim Korrektor nicht gut an.**

### a) Rücktritt innerhalb der gesetzlichen zweijährigen Verjährungsfrist erklärt

Der zu unterstellende hypothetische Nacherfüllungsanspruch des K gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I BGB unterliegt grds. der gesetzlichen zweijährigen Verjährung nach § 438 I Nr. 3 BGB, die gem. § 438 II BGB mit der Übergabe am 01.11.2017 zu laufen begann. Der am 11.10.2019 erklärte Rücktritt erfolgte also noch innerhalb der gesetzlichen zweijährigen Verjährung des Nacherfüllungsanspruches.

### b) Aber: Dreimonatige Verjährungsfrist in den Auktionsbedingungen verstrichen

Der Rücktritt vom 11.10.2019 wäre aber dann wegen Verjährung des hypothetischen Nacherfüllungsanspruches gemäß §§ 438 IV S. 1, 218 I S. 2 BGB unwirksam, wenn die Verjährung der Mängelrechte in den Auktionsbedingungen des V wirksam auf drei Monate verkürzt wurde.

Vereinbarungen, in denen die Verjährung von Ansprüchen erleichtert, d.h. die Verjährungsfrist verkürzt wird, sind grds. zulässig. Dies folgt im Umkehrschluss aus § 202 I BGB.

### c) Unwirksamkeit der Verjährungsverkürzung gem. § 476 II BGB

Der Abkürzung der Verjährungsfrist auf drei Monate könnte aber die Bestimmung des § 476 II BGB entgegenstehen.

Nach dieser Vorschrift kann die Verjährung der in § 437 BGB bezeichneten Ansprüche vor Mitteilung eines Mangels an den Unternehmer nicht durch Rechtsgeschäft erleichtert werden, wenn die Vereinbarung zu einer Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn von weniger als zwei Jahren, bei gebrauchten Sachen von weniger als einem Jahr führt.

Diese Vorschrift ist allerdings in Bezug auf die Verjährungsverkürzung beim Kauf gebrauchter Sachen richtlinienwidrig (vgl. dazu ausführlicher den **Problemaufriss**). Welche Auswirkungen sich aus dieser Europarechtswidrigkeit ergeben, bedürfte im vorliegenden Fall jedoch keiner Erörterung, wenn § 476 II BGB trotz des Umstands, dass der V bei der Versteigerung als Unternehmer (§ 14 BGB) gehandelt und K den Hengst als Verbraucherin (§ 13 BGB) erworben hat, wegen § 474 II S. 2 BGB gar nicht anwendbar wäre.

### d) Unanwendbarkeit des § 476 II BGB wegen § 474 II S. 2 BGB?

Die Vorschriften der §§ 474 ff. BGB finden nach der Ausnahmeregelung des § 474 II S. 2 BGB keine Anwendung, wenn eine gebrauchte Sache in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft wird, an der der Verbraucher teilnehmen

kann.

Der Begriff der öffentlich zugänglichen Versteigerung ist in § 312g II Nr. 10 BGB legaldefiniert.

Danach muss der Vertrag in einem von einem Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist, geschlossen werden. Weiter muss der Verbraucher zumindest die **Möglichkeit zu persönlicher Anwesenheit** gehabt haben.

**Anmerkung: Unerheblich ist, ob die Versteigerung auf gesetzlicher Grundlage (etwa bei Zwangsversteigerungen oder bei der Versteigerung von Fundsachen) oder freiwillig erfolgt. Auch Privatversteigerungen werden erfasst.**

**Die versteigernde Person muss nicht die Qualifikation nach § 34b V GewO besitzen. Der Versteigerer muss auch nicht selbst Veranstalter der Versteigerung sein.**

**Das weitere Erfordernis der Möglichkeit der „persönlichen Teilnahme“ des Verbrauchers setzt lediglich die Möglichkeit körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers, nicht jedoch dessen tatsächliche Anwesenheit voraus. Hat der Verbraucher also schriftlich, telefonisch oder anders ohne körperliche Anwesenheit geboten, ist der Ausschlussatbestand dennoch erfüllt.<sup>16</sup>**

**Bei sog. „Internetversteigerungen“ (eBay) ist der Ausschlussatbestand nach § 474 II S. 2 BGB schon deshalb nicht erfüllt, weil es sich hierbei nicht um Versteigerungen im Rechtssinne, sondern um einen Verkauf zum Höchstgebot handelt.<sup>17</sup>**

Im vorliegenden Fall wurde der Hengst im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft, an der die K persönlich teilnehmen konnte.

**Anmerkung: Dass der Kaufpreis mit 26.000,- € sehr hoch war, steht der Anwendbarkeit des § 474 II S. 2 BGB nicht entgegen. Nach Ansicht des BGH wird die Vorschrift nämlich nicht dahingehend teleologisch reduziert, dass von ihr nur Versteigerungen erfasst werden, die sich auf Gegenstände von geringerem Wert beziehen. Für eine teleologische Reduzierung ist kein Raum, weil sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen lässt, dass diese Bestimmung bei wertvollen Versteigerungsgegenständen nicht eingreifen soll.**

Problematisch ist aber, ob es sich bei dem verkauften Hengst um eine **gebrauchte** Sache gehandelt hat. Aufgrund der in § 474 II S. 2 BGB angelegten Unterscheidung zwischen „neu“ und „gebraucht“ muss zwischen diesen beiden Kategorien unterschieden werden. Eine Sache oder ein Tier muss daher denotwendig der einen oder der anderen Kategorie zuzuordnen sein.

**hemmer-Methode: Der unterschiedlichen Behandlung des Kaufs von „gebrauchten“ und „neuen“ beweglichen Sachen liegt die gesetzgeberische Wertung zugrunde, dass dem Verkäufer bei „gebrauchten“ Sachen Haftungserleichterungen zu Gute kommen sollen, weil diese - auch aus objektiver Käufersicht - mit einem höheren Sachmängelrisiko als „neue“ Gegenstände behaftet sind.**

#### **aa) Benutzte Sachen sind „gebraucht“**

Ausgehend vom Wortsinn ist eine Sache dann als gebraucht anzusehen, wenn sie bereits benutzt worden ist.<sup>18</sup>

Da der Hengst bis zu seinem Verkauf aber weder als Zuchtpferd benutzt noch geritten bzw. angeritten wurde, ist der Hengst jedenfalls bei einer nutzungsbedingten Betrachtung nicht als „gebraucht“ anzusehen.

#### **bb) Tier aber auch dann „gebraucht“, wenn lebensaltersbedingt ein gesteigertes Risiko für Sachmängel besteht**

Bei Tieren ist im Rahmen der Abgrenzung „neu“ und „gebraucht“ nicht nur eine nutzungs-, sondern auch eine rein lebensaltersbedingte Steigerung des Sachmängelrisikos zu berücksichtigen.<sup>19</sup>

Ein Tier ist daher nicht nur dann als „gebraucht“ einzustufen, wenn es einer bestimmten mit einer „Abnutzungsgefahr“ verbundenen Verwendung (z.B. als Reit- oder Zuchtpferd) zugeführt worden ist. Vielmehr kann ein über das allgemeine

<sup>16</sup> Zum Begriff der öffentlichen Versteigerung BGH, NJW-RR 2010, 1210 ff. = jurisbyhemmer.

<sup>17</sup> BGH, Life&Law 03/2017, 155 ff. m.w.N. = jurisbyhemmer.

<sup>18</sup> Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 474 BGB, Rn. 41 m.w.Nachw.

<sup>19</sup> So auch OLG Düsseldorf, ZGS 2004, 271 (273 f.) = jurisbyhemmer; MüKo, BGB, § 474 Rn. 17 und 20; jurisPK-BGB, § 474 Rn. 52 = jurisbyhemmer.

Lebens- und Gesundheitsrisiko hinausgehendes Sachmängelrisiko auch allein aufgrund eines bei einem „ungenutzten“ Tier eintretenden altersbedingten Abnutzungsprozesses bestehen.

Eine solch erhöhte Gefahr eines Sachmangeleintritts kann bei Tieren wegen ihrer Eigenschaft als Lebewesen auch ohne einen Einsatz als Nutztier bestehen. Anders als nicht lebende Gegenstände „gebraucht“ sich ein Tier allein dadurch ständig selbst, dass es lebt und sich bewegt; hierdurch steigert es das ihm anhaftende Sachmängelrisiko.

### **(1) Nach M.M. in Literatur sind Tiere ab der Geburt stets als gebraucht anzusehen**

Nach einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung sind Tiere stets als „gebrauchte“ Sachen anzusehen.<sup>20</sup>

Begründet wird dies damit, dass eine am Verwendungszweck anknüpfende Abgrenzung nach den Kriterien „neu“ oder „gebraucht“ bei Tieren angesichts vielfältiger Arten und Verwendungsformen nicht nur sachlich unangemessen, sondern auch praktisch nicht oder nur schwer handhabbar sei.

### **(2) Ansicht des BGH**

Nach Ansicht des BGH sind Tiere hingegen nicht bereits ab der Geburt oder mit der ersten Nahrungsaufnahme als „gebraucht“ anzusehen. Die gegenteilige Sichtweise lässt sich nicht mit §§ 90a S. 3, 474 ff. BGB vereinbaren, wonach mangels Sonderbestimmungen für Tiere die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden sind.

Daher verbietet es sich, ein Tier unmittelbar nach seiner Geburt oder kurze Zeit danach - jedenfalls ohne das Hinzutreten weiterer Umstände - bereits als „gebraucht“ anzusehen.

#### **(a) Lebensalter des Tieres allein genügt nicht**

Für die Annahme eines erhöhten Sachmängelrisikos, das zu der Bewertung führt, ein Tier sei nicht mehr „neu“, genügt allerdings nicht bereits der Umstand, dass die Geburt des Tieres einige Wochen oder Monate zurückliegt.

Zwar mag ein Tier schon ab seinen ersten Lebenstagen ein gewisses, nur schwer beherrschbares Sachmängelrisiko in sich tragen. Dies allein rechtfertigt es aber noch nicht, ein Tier nicht mehr als „neu“ zu bewerten.

Vielmehr wird regelmäßig nur ein deutlich längerer Zeitraum den Schluss zulassen, dass das Sachmängelrisiko in einer die Bewertung als „neu“ ausschließenden Weise angestiegen ist.

Dabei lassen sich keine allgemein gültigen zeitlichen Grenzen aufstellen, ab denen ein noch nicht einer Verwendung zugeführtes Tier, insbesondere ein Pferd, nicht mehr als „neu“ zu bewerten ist.

**hemmer-Methode: Gemessen an diesen Grundsätzen hat der BGH ein sechs Monate altes Hengstfohlen, das bislang weder als Reittier noch zur Zucht verwendet worden ist, als „neue Sache“ behandelt.<sup>21</sup>**

#### **(b) Biologische Veränderungen des Tieres können dieses zur „gebrauchten“ Sache machen**

Ob ein Tier auch allein aufgrund eingetretener biologischer Veränderungen wegen des damit einhergehenden lebensaltersbedingten erhöhten Sachmängelrisikos als gebraucht anzusehen ist, wurde vom BGH bislang noch nicht entschieden.

In diesem Urteil setzt sich der BGH mit dieser Frage erstmals auseinander und bejaht diese mit überzeugender Argumentation:

Tiere unterliegen während ihrer gesamten Lebenszeit einer ständigen Entwicklung und Veränderung ihrer körperlichen und gesundheitlichen Verfassung, die sowohl von den natürlichen Gegebenheiten des Tieres (Anlagen, Alter) als auch von seiner Haltung (Ernährung, Pflege, Belastung) beeinflusst wird.

Diese Faktoren spielen auch bei einem noch nicht einer bestimmten Verwendung zugeführten Tier, insbesondere bei Pferden, eine Rolle. Auch ein solches Tier muss gefüttert, gepflegt und tierärztlich versorgt werden und kann mit fortschreitendem Alter, insbesondere durch bestimmte biologische Entwicklungen, durch äußere Einwirkungen oder durch Umwelteinflüsse, nachteilig verändert werden.

Ein solch erhöhtes Gefahrenpotential besteht aufgrund der weitgehend biologisch gesteuerten Interaktionen eines Pfer-

<sup>20</sup> Brückner/Böhme, MDR 2002, 1406 ff.; Eichelberger, Von neuen und gebrauchten Tieren, ZGS 2007, 98 ff.  
<sup>21</sup> BGH, Life&Law 03/2007, 147 ff. = NJW 2007, 674 ff. = jurisbyhemmer.

des mit seinen Artgenossen und der bei Lebewesen nie auszuschließenden nachteiligen Veränderungen durch falsche Nahrung oder durch Krankheiten, durch tiermedizinische Behandlungen (etwa Impfungen) oder unsachgemäße Pflege auch dann, wenn das Pferd noch nicht seinem Bestimmungszweck als Reit-, Fahr- oder Zuchttier zugeführt worden ist, aber bereits eine **längere Zeit gelebt** hat.

**(c) 2 ½ Jahre alter geschlechtsreifer und seit längerer Zeit von Mutterstute getrennter Hengst ist danach „gebraucht“**

Im vorliegenden Fall war der Hengst zur Zeit des Verkaufs bereits 2 ½ Jahre alt. Außerdem war der Hengst geschlechtsreif und seit längerer Zeit von der Mutterstute getrennt.

Durch das triebgesteuerte Paarungsverhalten unerfahrener geschlechtsreifer Junghengste sind die Verletzungs- und Gesundheitsgefahren damit als Erhöhung des Sachmängelrisikos zu werten.

Auch eine mögliche nicht artgerechte Stall- oder Weidehaltung des von der Mutterstute abgesetzten Tieres, eine mögliche Fütterung mit ungeeigneter oder schädlicher Nahrung oder durch unzureichende bzw. fehlerhafte tierärztliche Behandlung des Pferdes wirken sich in diesem Fall als Erhöhung des Sachmängelrisikos aus.

**Zwischenergebnis:** Daher sind die auf einen 2 ½ Jahre alten geschlechtsreifen Hengst zahlreich einwirkenden Einflüsse als so erheblich einzustufen, dass das Tier nicht mehr als „neu“ anzusehen ist. Daher finden die Vorschriften der §§ 474 ff. im vorliegenden Fall aufgrund des § 474 II S. 2 BGB keine Anwendung.

Der Verkürzung der Verjährung auf drei Monate steht somit nicht die Vorschrift des § 476 II BGB entgegen.

Auf die Frage der Europarechtswidrigkeit dieser Vorschrift kommt es daher nicht mehr an.

**Anmerkung:** Leider hat sich der BGH mit dieser Frage nicht weiter befasst. Dies kann man dem BGH nicht vorwerfen. Dennoch wäre es erfreulich gewesen, wenn der BGH wenigstens in einem kurzen „obiter dictum“ angedeutet hätte, wie er zu dieser Thematik stehen würde, wenn sie denn tatsächlich einmal entscheidungserheblich ist.

Daher bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der Warenkaufrichtlinie<sup>22</sup> und der Richtlinie über digitale Dienstleistungen und digitale Inhalte<sup>23</sup> dieser Entscheidung zuvorkommt. Die beiden Richtlinien, die am 22.05.2019 im Amtsblatt der EU verkündet wurden, müssen bis zum 01.07.2021 in nationales Recht umgesetzt und dieses ab dem 01.01.2022 angewendet werden.<sup>24</sup>

**e) Keine Unwirksamkeit der Verjährungsverkürzung gem. § 309 Nr. 8b ff) BGB**

Bei der in den Auktionsbedingungen geregelten Verkürzung der Verjährungsfrist handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 I BGB.

Diese wurden auch wirksam gem. § 305 II BGB in den Vertrag einbezogen.

Gemäß § 309 Nr. 8b) ff) BGB ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen bei Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels eine weniger als ein Jahr betragende Verjährungsfrist ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn erreicht wird. Diese Bestimmung gilt zwar auch für den Kauf von Tieren.<sup>25</sup>

Für die Beurteilung, ob ein Vertrag den Kauf einer „gebrauchten“ oder einer „neu hergestellten“ Sache (oder eines Tieres) betrifft, gelten aber die gleichen Maßstäbe wie bei § 474 II S. 2 BGB.

Da es sich bei dem veräußerten Hengst - wie unter **I. 6. d)** dargelegt - aber nicht um eine „neu hergestellte Sache“ gehandelt hat, verstoßen die Auktionsbedingungen daher nicht gegen das Klauselverbot des § 309 Nr. 8b ff) BGB.

**f) Keine Unwirksamkeit gem. § 309 Nr. 7 BGB**

Die in den Auktionsbedingungen enthaltene Verkürzung der Verjährungsfrist auf drei Monate nach Gefahrübergang verstößt auch nicht gegen die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 BGB, da die genannte Allgemeine Geschäftsbedingung die Fallgestaltungen des § 309 Nr. 7a) und b) BGB (unzulässige Haftungsausschlüsse bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden) ausdrücklich von der abgekürzten Verjährung ausnimmt.

22 Richtlinie (EU) 2019/771 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, ABl. 2019, L 136/28.

23 Richtlinie (EU) 2019/770 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019, 136/1.

24 Einführend zu beiden Richtlinien *Bach*, NJW 2019, 1705 ff. und vertiefend *Tonner*, VuR 2019, 363 ff. sowie *Staudenmayer*, NJW 2019, 2889 ff.

25 BGH, NJW-RR 1986, 52 ff. = *jurisbyhemmer*.

## **g) Kein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 I S. 2 BGB**

Es liegt auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 I S. 2 BGB vor, weil die Auktionsbedingungen des V alle Schadensersatz- und Gewährleistungsansprüche denselben Regeln unterstellen, indem sie entweder für alle Ansprüche die Verjährungsfrist verkürzen oder - in den Fallgestaltungen des § 309 Nr. 7 BGB - der gesetzlichen Verjährung unterwerfen.

Damit lässt die Klausel keine Unklarheiten aufkommen.

## **h) Evtl. aber unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 BGB?**

Fraglich ist aber, ob die von V verwendete Klausel über die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche (vgl. § 438 I Nr. 3, II BGB) auf drei Monate ab Gefahrübergang auch einer Kontrolle am Maßstab des § 307 I S. 1, II BGB standhält.

### **(1) Definition einer „unangemessenen Benachteiligung“ i.S.d. § 307 I S. 1 BGB**

Nach § 307 I S. 1 BGB ist eine Formulklausel unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

Unangemessen ist eine Benachteiligung, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.

Davon ist im Zweifel im Falle eines Abweichens von einem **wesentlichen Grundgedanken** einer dispositiven gesetzlichen Regelung oder bei einer die **Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden Einschränkung** wesentlicher, sich aus der Natur des Vertrags ergebender Rechte oder Pflichten auszugehen (§ 307 II BGB).

### **(2) Vorliegend ist Verjährungsverkürzung nicht unangemessen**

Gemessen an diesen Maßstäben benachteiligt die Verkürzung der Verjährungsfrist auf drei Monate ab Gefahrübergang den Käufer nicht unangemessen.

**(a)** Die Bestimmung des § 474 II S. 2 BGB nimmt den Kauf einer gebrauchten Sache im Rahmen einer öffentlich zugänglichen Versteigerung, an der der Käufer persönlich teilnehmen kann, von dem in sonstigen Fällen eines Verbrauchsgüterkaufs geltenden Käuferschutz aus.

Die damit bestehende Möglichkeit des Verkäufers, Gewährleistungsrechte zu beschränken oder unter Umständen sogar auszuschließen, prägt somit das gesetzliche Leitbild mit, so dass die Verkürzung der Verjährungsfrist auf drei Monate nach Gefahrübergang den Käufer nicht gemäß § 307 I S. 1, II Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligt.

**(b)** Auch ein Fall des § 307 II Nr. 2 BGB ist nicht gegeben.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass V keinen vollständigen Gewährleistungsausschluss vorgenommen hat, was im Hinblick darauf, dass der verkaufte Hengst noch nicht angeritten und von K damit auch nicht probegeritten werden konnte, nicht unbedenklich gewesen wäre. Der von V gewählte Weg, die Verjährungsfrist auf drei Monate ab Gefahrübergang zu verkürzen, stellt das Erreichen des Vertragszwecks nicht ernsthaft in Frage.

Vielmehr wird auch in Anbetracht der Begleitumstände, die gem. § 310 III Nr. 3 BGB zu berücksichtigen sind, den Interessen beider Seiten noch angemessen Rechnung getragen. Insbesondere werden die Rechte und Pflichten der Kaufvertragsparteien nicht zu stark zu Lasten des Käufers beschnitten.

V hat das Pferd nicht als Eigentümer, sondern als Kommissionär versteigert, so dass ihm der Hengst und dessen „Vorleben“ nicht aus eigener Anschauung bekannt waren und für ihn aus diesem Grunde bezüglich eventuell vorhandener verdeckter Mängel typischerweise ein nicht unerhebliches Haftungsrisiko bestand, das es aus seiner Sicht zu verringern galt.

Auf der anderen Seite wies das Pferd zum Verkaufszeitpunkt noch nicht das Alter auf, in dem üblicherweise mit der Reitausbildung begonnen wird, weswegen sich ein Sichtbarwerden verdeckter Mängel nach dem Gefahrübergang auf einen Zeitpunkt nach Ablauf der verkürzten Verjährungsfrist hinauszögern konnte.

Diese Verschlechterung der Position der K wird aber dadurch abgemildert, dass dieser nicht die Möglichkeit abgeschnitten wird, sich durch erweiterte Untersuchungen des Pferdes nach der Übergabe zusätzliche Erkenntnisse über seinen