BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 3/06

Verkündet am:
15. November 2006
Kirchgeßner,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 90a, 195, 199, 218, 309 Nr. 7, 326 A, 346, 347, 437, 438, 474, 475

a) Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit der die gesetzliche Verjährungsfrist für die Ansprüche des Käufers wegen eines Mangels der verkauften Sache abgekürzt wird, ist wegen Verstoßes gegen die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB insgesamt unwirksam, wenn die in diesen Klauselverboten bezeichneten Schadensersatzansprüche nicht von der Abkürzung der Verjährungsfrist ausgenommen werden.

b) Tiere, die verkauft werden, sind nicht generell als "gebraucht" anzusehen. Ein Tier, das im Zeitpunkt des Verkaufs noch jung (hier: sechs Monate altes Hengstfohlen) und bis zum Verkauf nicht benutzt (hier: als Reittier oder zur Zucht verwendet) worden ist, ist nicht "gebraucht".

c) Sachen oder Tiere, die nach objektiven Maßstäben noch neu sind, können durch einen Unternehmer an einen Verbraucher nicht mit der vereinbarten Beschaffenheit "gebraucht" verkauft werden, um eine Abkürzung der Verjährung von Mängelansprüchen des Verbrauchers zu ermöglichen.

d) Für die Frage, ob der Rücktritt des Käufers wegen eines Mangels der verkauften Sache nach § 218 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB wirksam ist, ist entscheidend, ob der Rücktritt erklärt wird, bevor der - bestehende oder hypothetische - Nacherfüllungsanspruch verjährt ist. Auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen aus dem durch den Rücktritt entstehenden Rückgewährschuldverhältnis kommt es nicht an (Bestätigung des Senatsurteils vom 7. Juni 2006 - VIII ZR 209/05).

e) Ansprüche des Käufers aus dem durch den Rücktritt entstehenden Rückgewährschuldverhältnis unterliegen nicht der Verjährung nach § 438 Abs. 1, 2 BGB, sondern der regelmäßigen Verjährung nach §§ 195, 199 BGB.

BGH, Urteil vom 15. November 2006 - VIII ZR 3/06 - OLG Schleswig
LG Kiel

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2006 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Milger, den Richter Dr. Koch und die Richterin Dr. Hessel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 13. Dezember 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 Der Kläger erwarb am 27. Oktober 2002 von der Beklagten auf einer von ihr veranstalteten Auktion das sechs Monate alte Hengstfohlen "H. ". Das Fohlen war zuvor klinisch untersucht worden; in dem Untersuchungsprotokoll heißt es unter anderem: "Herzbefunde: o.b.B" (ohne besonderen Befund).

2 Die dem Geschäft mit dem Kläger zugrunde liegenden Auktionsbedingungen der Beklagten bestimmen unter anderem:

"...Die Bedingungen werden mit Zuschlag Inhalt des Vertrages zwischen der T. Gesellschaft mbH [Beklagte] und dem Käufer. Die T. Gesellschaft mbH handelt als Kommissionär im eigenen Namen für Rechnung des Kommittenten (Ausstellers).

1. Die Auktion findet im Wege einer öffentlichen Versteigerung statt, bei der die Pferde als gebrauchte Sachen im Rechtssinne verkauft werden. Die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474 ff. BGB) finden keine Anwendung. ...

4. Durch den Zuschlag tritt der Käufer nur mit der T. Gesellschaft mbH in Rechtsbeziehungen. ...

5. Die zum Verkauf gestellten Pferde werden wie besichtigt verkauft und weisen zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs folgende Beschaffenheitsmerkmale (Verkaufsstandards) auf, die zugleich Gegenstand des Erfüllungsanspruchs des Käufers sind. ... Die zum Verkauf gestellten Tiere sind vor der Anlieferung durch einen vom Aussteller beauftragten Tierarzt in eigener Verantwortung klinisch untersucht worden. Über diese Untersuchung ist ein tierärztliches Untersuchungsprotokoll erstellt worden. Darüber hinaus sind von allen Hengsten, Reitpferden und nichttragenden 3-jährigen Stuten 10 Röntgenaufnahmen gefertigt worden. ... Über die Bewertung der Röntgenaufnahmen für jedes Pferd fertigt ein von der T. Gesellschaft mbH bestellter Gutachterausschuss eigenverantwortlich ein gemeinsames Protokoll. Dieses Protokoll, die Röntgenbilder und das Protokoll der klinischen Untersuchung stehen allen Kaufinteressenten zur Verfügung. Die Röntgenbilder, deren Bewertung durch den Gutachterausschuss und das Protokoll der klinischen Untersuchung stellen die gesundheitliche Beschaffenheit des Pferdes zum Zeitpunkt der Übergabe dar. ...

6.a) Die Haftung der T. Gesellschaft mbH beschränkt sich auf die Einhaltung der in Ziff. 5 dargestellten Beschaffenheitsvereinbarung mit der Einschränkung, dass Ansprüche auf Nacherfüllung oder Minderung ausgeschlossen sind. ...

d) Im Übrigen werden die Pferde verkauft wie besichtigt unter Ausschluss jeglicher Haftung/Gewährleistung. Die T.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Gesellschaft mbH übernimmt keinerlei Gewähr oder Garantie für bestimmte Eigenschaften oder Verwendungszwecke.

e) Sämtliche Ansprüche aus Mängeln sind an die T. Gesellschaft mbH zu richten, die als Kommissionär die Abwicklung der Ansprüche für den Kommittenten regelt.

f) Ansprüche aus Mängeln (Abweichung von der Ziff. 5 dargestellten Beschaffenheitsvereinbarung) sind innerhalb einer Ausschlussfrist von 6 Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt des Auktionstages, schriftlich geltend zu machen.

g) Die Gewährleistungsrechte des Käufers verjähren innerhalb von 12 Monaten nach Gefahrübergang. ...

10. Mit dem Zuschlag geht die Gefahr auf den Käufer über, auch wenn das Pferd zunächst noch im Gewahrsam der T. Gesellschaft oder des Kommittenten verbleibt. Die Pferde werden mit einem Halfter und Führstrick, die Reitpferde zusätzlich mit einer neuen Decke übergeben und müssen unverzüglich nach Ende der Auktion, spätestens jedoch bis 20.00 Uhr am Auktionstag abgenommen sein. ..."

3 Durch Schreiben vom 13. Oktober 2004, das der Beklagten am selben Tag zuging, erklärte der Kläger unter Berufung auf einen angeborenen Herzfehler des Fohlens, der sich bei einer klinischen Untersuchung herausgestellt habe, den Rücktritt vom Kauf. Die Beklagte lehnte die Rückabwicklung des Vertrages ab.

4 Mit der seit dem 15. November 2004 anhängigen und am 25. November 2004 zugestellten Klage hat der Kläger Rückzahlung des Kaufpreises von 5.671 € sowie weitere 2.400 € für die Aufzucht des Fohlens bis November 2004 und 80 € Tierarztkosten für die klinische Ultraschalluntersuchung nebst Rechtshängigkeitszinsen Zug um Zug gegen Herausgabe des Pferdes "H. " ver-

langt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

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

I.

6 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in OLG-Report Schleswig 2006, 193 veröffentlicht ist, hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises (§§ 346 Abs. 1, 348, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 und 2 Nr. 3 BGB) stehe dem Kläger nicht zu. Dabei könne offen bleiben, ob das Fohlen bei Gefahrübergang einen Sachmangel aufgewiesen habe. Der Rücktritt sei jedenfalls gemäß § 218 BGB unwirksam, weil der Anspruch des Klägers auf die Leistung oder der Nacherfüllungsanspruch verjährt sei und die Beklagte sich darauf berufen habe.

8 Die Beklagte berufe sich zu Recht darauf, dass hier nicht die zweijährige Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, sondern die einjährige Verjährungsfrist gemäß Nr. 6f (richtig: Nr. 6g) ihrer Auktionsbedingungen eingreife. Die Abkürzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr sei gemäß § 475 Abs. 2 BGB wirksam, weil es sich bei dem Hengstfohlen um eine gebrauchte Sache gehandelt habe.

9 Die Anwendung des Verbrauchsgüterkaufrechts (§§ 474 ff. BGB) sei allerdings nicht bereits grundsätzlich ausgeschlossen. Die Beklagte sei Unternehmerin (§ 14 BGB), der Kläger sei Verbraucher (§ 13 BGB).

10 Bei dem sechs Monate alten Hengstfohlen habe es sich zwar objektiv nicht um eine gebrauchte Sache gehandelt. Denn es sei bis zum Zeitpunkt der Auktion noch nicht als "Nutztier", nämlich zum Reiten oder zur Zucht, verwendet worden und habe sich zu dieser Zeit auch noch nicht von der Mutterstute "abgesetzt" gehabt.

11 Die Parteien hätten aber durch wirksame Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten "bindend entschieden", das Kaufobjekt als gebraucht anzusehen. In den Auktionsbedingungen der Beklagten sei ausdrücklich geregelt, dass die versteigerten Pferde als gebrauchte Sachen verkauft würden. Die Abgrenzung zwischen "neu" und "gebraucht" erscheine bei Pferden ersichtlich schwierig. Es sei daher nicht unbillig, eine Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu treffen, wonach die verkauften Pferde als "gebraucht" definiert würden. Ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB sei darin nicht zu erkennen.

12 Die Qualifizierung einer Kaufsache als neu oder gebraucht im Sinne von § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimme sich nicht allein nach objektiven Gesichtspunkten, sondern anhand einer Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien. Es liege grundsätzlich in ihren Händen, die geschuldete Beschaffenheit der Kaufsache festzulegen. Zudem sei im Anwendungsbereich von § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB, das heißt bei einer öffentlichen Versteigerung, der typische Wissensvorsprung des Verkäufers gegenüber dem Käufer nicht gegeben. Der Käufer, der eine Sache in einer öffentlichen Versteigerung kaufe, bringe dieser regelmäßig auch ein geringeres Vertrauen entgegen. Die Parteien hätten danach festlegen

können, dass es sich bei dem Hengstfohlen um eine gebrauchte Sache gehandelt habe. Die Vereinbarung einer Verjährungsfrist von einem Jahr in den Auktionsbedingungen der Beklagten sei daher auch unter dem Gesichtspunkt von § 475 Abs. 2 BGB bedenkenfrei.

13 Die auf Ersatz von Aufzucht- und Tierarztkosten gerichtete Schadensersatzforderung des Klägers (§§ 280 f., 434, 437 Nr. 3 BGB) sei ebenfalls verjährt. Dies sei selbst bei Zugrundelegung der zweijährigen Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB der Fall.

II.

14 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.

15 1. Ein Anspruch des Klägers aus § 346 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 90a Satz 3, § 437 Nr. 2, § 326 Abs. 5 BGB auf Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 27. Oktober 2002 kann nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden. Nach dem Sachvortrag des Klägers, der in Ermangelung abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts der revisionsrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen ist, leidet das verkaufte Fohlen an einem - nicht behebbaren - Mangel (§ 90a Satz 3, § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) in Gestalt eines angeborenen Herzfehlers. Der hierauf gestützte Rücktritt des Klägers (§ 437 Nr. 2, § 326 Abs. 5 BGB) ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht gemäß § 218 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB wegen Verjährung des hypothetischen Nacherfüllungsanspruchs unwirksam.

16 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht das am 27. Oktober 2002 gemäß § 156 BGB durch Zuschlag zustande gekommene Vertragsverhältnis der Par-

teien als Kaufvertrag qualifiziert, auf den die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in der seit dem 1. Januar 2002 geltenden Fassung Anwendung finden. Der zu unterstellende hypothetische Nacherfüllungsanspruch (§ 439 BGB) des Klägers unterliegt somit nach der gesetzlichen Regelung der zweijährigen Verjährung nach § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB.

17 b) Diese Frist ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht wirksam auf ein Jahr abgekürzt worden.

18 aa) Die Klausel 6g der Auktionsbedingungen der Beklagten, nach der "die Gewährleistungsrechte des Käufers" innerhalb von zwölf Monaten nach Gefahrübergang verjähren, ist bereits deshalb unwirksam, weil sie gegen die Klauselverbote des § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB verstößt.

19 Nach diesen Bestimmungen kann in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Verschuldenshaftung für Körper- und Gesundheitsschäden nicht, für sonstige Schäden nur für den Fall einfacher Fahrlässigkeit ausgeschlossen oder begrenzt werden. Eine Begrenzung der Haftung im Sinne des § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB ist auch die zeitliche Begrenzung der Durchsetzbarkeit entsprechender Schadensersatzansprüche durch Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen (vgl. zu § 64 ADSp bereits BGH, Urteil vom 4. Juni 1987 - I ZR 159/85, NJW-RR 1987, 1252 unter II 2; zu § 309 Nr. 7 BGB: Begründung des Entwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 156, 159; Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 309 Nr. 7 Rdnr. 28; Staudinger/Coester, BGB, 2006, § 307 Rdnr. 649; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 309 Rdnr. 44; Erman/Roloff, BGB, 11. Aufl., § 309 Rdnr. 69; MünchKommBGB/Basedow, 4. Aufl., § 309 Nr. 7 Rdnr. 23; Berger in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2006, § 309 Rdnr. 42; Reuter, ZGS 2005, 88, 94).

20 Hiergegen verstößt die Klausel 6g der Auktionsbedingungen der Beklagten, der zufolge "die Gewährleistungsrechte des Käufers" - ohne Ausnahme - innerhalb von zwölf Monaten ab Gefahrübergang verjähren. Denn sie erfasst auch Schadensersatzansprüche des Käufers, die auf Ersatz eines Köper- oder Gesundheitsschadens wegen eines vom Verkäufer zu vertretenden Mangels gerichtet oder auf grobes Verschulden des Verkäufers oder seiner Erfüllungsgehilfen gestützt sind.

21 Die verbotswidrige Begrenzung der Haftung für die in § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB aufgeführten Fälle hat zur Folge, dass die Klausel 6g der Auktionsbedingungen generell unwirksam ist. Verstößt eine Formularbestimmung gegen ein Klauselverbot, so kann sie nur unter der Voraussetzung teilweise aufrechterhalten bleiben, dass sie sich nach ihrem Wortlaut aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen inhaltlich zulässigen und einen unzulässigen Regelungsteil trennen lässt (st. Rspr., z.B. BGHZ 145, 203, 212 m.w.Nachw.). Daran fehlt es hier. Die Klausel enthält nur eine einzige homogene Regelung, mit der für sämtliche Gewährleistungsrechte des Käufers die Verjährung auf zwölf Monate abgekürzt wird. Um zu einem inhaltlich zulässigen Klauselinhalt zu gelangen, müsste die Klausel um eine Ausnahmeregelung für die Verjährung der in § 309 Nr. 7 Buchst. a und b aufgeführten Schadensersatzansprüche ergänzt werden. Das wäre der Sache nach indessen eine geltungserhaltende Reduktion durch inhaltliche Veränderung einer unzulässigen Klausel, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zulässig ist (z.B. BGH 143, 103, 118 ff.; Senatsurteil vom 6. April 2005 - VIII ZR 27/04, NJW 2005, 1574 unter II 3). Aus dem selben Grund kann die Klausel auch nicht in einem einschränkenden Sinne dahin ausgelegt werden, dass die in § 309 Nr. 7 Buchst. a und b BGB aufgeführten Ansprüche von der Abkürzung der Verjährung unberührt bleiben sollten.

22 Gemäß § 306 Abs. 2 BGB tritt an die Stelle der unwirksamen Klausel 6g der Auktionsbedingungen der Beklagten die gesetzliche Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB, die - auch für Ansprüche des Käufers wegen Mängeln einer gebrauchten Sache - zwei Jahre beträgt.

23 bb) Im Gegensatz zu den vorstehenden Ausführungen hat allerdings das Bundesarbeitsgericht in zwei jüngeren Entscheidungen die Auffassung vertreten, kurze Ausschluss- oder Verfallfristen in Formulararbeitsverträgen, die auch für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Körperschäden oder groben Verschuldens gelten sollen, stellten keine Haftungsbegrenzung im Sinne des § 309 Nr. 7 BGB dar, weil "der Anspruch uneingeschränkt entstehe und lediglich für den Fall fehlender Geltendmachung befristet (werde)" (BAG, NJW 2005, 3305, 3306; 2006, 795, 797). Dieser Umstand nötigt indessen nicht zur Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 (BGBl. I S. 661), denn die genannten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts beruhen nicht auf diesem Verständnis des § 309 Nr. 7 BGB (s. zu diesem Erfordernis BGHZ 141, 351, 357 m.w.Nachw.). Das Bundesarbeitsgericht hat nämlich entschieden, dass die betreffenden Klauseln in beiden Fällen wegen unangemessener Benachteiligung der Vertragspartner des Verwenders gemäß § 307 BGB unwirksam sind; auf deren Vereinbarkeit mit § 309 Nr. 7 BGB kam es danach nicht entscheidend an. Davon abgesehen beruht auch die im vorliegenden Fall zu treffende Entscheidung nicht auf dem vom Senat bejahten Verstoß der Klausel 6g der Auktionsbedingungen der Beklagten gegen § 309 Nr. 7 BGB, denn die dort vorgesehene Abkürzung der Verjährungsfrist ist auch aus den nachstehend unter c) dargelegten Gründen unwirksam.

24 c) Der Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für Ansprüche des Käufers wegen eines Mangels (§ 438 BGB) auf zwölf Monate steht auch die Bestimmung des § 475 Abs. 2 BGB entgegen, der zufolge bei einem Verbrauchsgüterkauf die Verjährung der in § 437 BGB bezeichneten Ansprüche des Käufers im Falle des Verkaufs neuer Sachen nicht auf weniger als zwei Jahre abgekürzt werden kann.

25 aa) Bei dem Verkauf des Fohlens an den Kläger handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dass die Beklagte bei der Versteigerung als Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) gehandelt hat und der Kläger das Fohlen als Verbraucher (§ 13 BGB) erworben hat, ist nach den in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts unstreitig.

26 bb) Die Ausnahmeregelung des § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB, nach der die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf dann nicht gelten, wenn gebrauchte Sachen in einer öffentlichen Versteigerung verkauft werden, an der der Verbraucher persönlich teilnehmen kann, greift nicht ein, denn das verkaufte Fohlen war entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zur Zeit der Veräußerung an den Kläger keine "gebrauchte" Sache.

27 (1) Ausgehend vom Wortsinn ist eine Sache gebraucht, wenn sie bereits benutzt worden ist (Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB, 2004, § 474 Rdnr. 41 m.w.Nachw.). Das ist hier nicht der Fall. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war das im Zeitpunkt der Auktion erst sechs Monate alte Fohlen vor diesem Zeitpunkt weder als Reitpferd noch zur Zucht verwendet worden.

28 (2) Nach einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung sind Tiere stets als "gebrauchte" Sachen im Sinne von § 474 Abs. 1 Satz 2, § 475 Abs. 2 BGB anzusehen. 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 (Adolphsen, Agrarrecht 2001, 203, 207; ders. in AnwKommBGB 2005, Anhang zu §§ 433-480: Tierkauf Rdnr. 33; Brückner/Böhme, MDR 2002, 1406 ff.; Fellmer/Brückner, WF 2003, 7, 12; Büdenbender in AnwKommBGB aaO, § 474 Rdnr. 17; Faust in Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1. März 2006, § 474 Rdnr. 19; Erman/Grunewald, BGB, 11. Aufl., § 474 Rdnr. 7; Bemmann, RdL 2005, 57, 59 f.; ders., Agrar- und Umweltrecht 2006, 189, 191; D. Schmidt in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 2006, § 475 Rdnr. 10).

29 Diese Ansicht ist - unbeschadet des Umstands, dass Tiere bereits ab ihrer Geburt ein gewisses, nur schwer beherrschbares Sachmängelrisiko in sich tragen mögen - mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar. Gemäß § 90a Satz 3 BGB sind auf Tiere die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, sofern nicht etwas anderes bestimmt ist. Die §§ 474 ff. BGB enthalten keine Sonderregelung für Tiere. Bei der im Rahmen der Schuldrechtsreform erfolgten Abschaffung der früheren Sondervorschriften über den Viehkauf (§§ 481 bis 491 BGB a.F.) ist der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien davon ausgegangen, dass es beim Tierkauf keiner speziellen Regelung zur Sachmängelhaftung und zur Verjährung bedürfe, weil die neu eingeführten kaufrechtlichen Vorschriften auch den Tierkauf angemessen regelten (BT-Drucks. 14/6040, S. 205 ff.); auch für den Tierkauf sei zwischen "neu" und "gebraucht" zu unterscheiden, so dass Tiere verjährungsrechtlich nicht generell als "gebraucht" behandelt werden könnten (BT-Drucks. 14/6040, S. 245).

30 Nach den Gesetzesmaterialien (aaO) knüpft diese Unterscheidung ausdrücklich an die bisherige Rechtsprechung des Senats an. Im früheren Recht hat die Unterscheidung, ob Tiere als "neu" oder "gebraucht" anzusehen sind, bei der Anwendung von § 11 Nr. 10 AGBG eine Rolle gespielt. Nach dem Senatsurteil vom 3. Juli 1985 (VIII ZR 152/84, WM 1985, 1145 = NJW-RR 1986, 52 unter III 1 b bb), das den Verkauf von Forellen betraf, sind jedenfalls solche Tiere nicht als "gebraucht" anzusehen, die nur mit dem in ihrer Existenz ("Beschaffenheit") wurzelnden Lebens- oder Gesundheitsrisiko behaftet sind, nicht aber mit Risiken, die typischerweise durch Gebrauch entstehen. Im Anwendungsbereich von § 474 Abs. 1 Satz 2, § 475 Abs. 2 BGB ist an dieser Abgrenzung festzuhalten. Der Gesetzgeber wollte mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz an der Rechtsprechung zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Tiere als "neu" zu bewerten sind, erklärtermaßen nichts ändern. In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es dazu vielmehr, auch künftig sollten etwa junge Haustiere als "neu" anzusehen sein (BT-Drucks. 14/6040, S. 245). Folglich ist auch die Ansicht der Revisionserwiderung abzulehnen, das vom Kläger erworbene Fohlen sei bereits unmittelbar nach der Geburt - mit der ersten Nahrungsaufnahme oder den ersten Bewegungen im Freien - zu einer "gebrauchten Sache" im Sinne der vorgenannten Vorschriften geworden.

31 Dass der Beginn des "Gebrauchtseins" möglicherweise nicht für alle zum Kauf angebotenen Tiere nach einheitlichen Regeln bestimmt werden kann, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Auch in anderem Zusammenhang hat der Senat bereits entschieden, dass beim Tierkauf eine differenzierte Betrachtungsweise etwa bei der Frage geboten ist, ob die Vermutung des § 476 BGB mit der Art des Mangels unvereinbar ist (Senatsurteil vom 29. März 2006 - VIII ZR 173/05, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, WM 2006, 1544 = NJW 2006, 2250, unter II 2 c bb (2)).

32 (3) Ob und wann ein Tier auch unabhängig von der Frage, welchem Zweck es dienen soll und ob es dafür schon verwendet worden ist, allein durch Ablauf einer gewissen Zeitspanne nach der Geburt zur "gebrauchten" Sache wird (vgl. OLG Düsseldorf, ZGS 2004, 271, 273 f.), bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, bei der Ausfüllung des Begriffs "gebraucht" im Sinne von § 474 Abs. 1 Satz 2, § 475 Abs. 2 BGB sei nicht nur auf das gebrauchs-, sondern auch auf das altersbedingte Sachmängelrisiko abzustellen, sofern sich der Zeitablauf nachteilig auf die Beschaffenheit auswirke (MünchKommBGB/S. Lorenz aaO, § 474 Rdnr. 14; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 7. Aufl., Rdnr. 728; Staudinger/Matusche-Beckmann aaO, § 475 Rdnr. 81). In Anbetracht der gesetzgeberischen Wertung, nach der jedenfalls junge Haustiere nicht als "gebraucht", sondern als "neu" anzusehen sein sollen (BT-Drucks. 14/6040, S. 245), ist der bloße Zeitablauf unerheblich, solange das Tier noch "jung" ist. Das ist bei dem im Zeitpunkt des Verkaufs erst sechs Monate alten Fohlen, das sich überdies noch nicht von der Mutterstute "abgesetzt" hatte, ohne Zweifel der Fall.

33 cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist das vom Kläger gekaufte Fohlen auch nicht deswegen wie eine gebrauchte Sache zu behandeln, weil nach Nr. 1 der Auktionsbedingungen der Beklagten die versteigerten Pferde "als gebrauchte Sachen im Rechtssinne" verkauft werden. Ob eine Sache oder ein Tier neu oder gebraucht ist, ist nach einem objektiven Maßstab zu bestimmen und - jedenfalls bei einem Verbrauchsgüterkauf - einer Parteivereinbarung entzogen (MünchKommBGB/S. Lorenz aaO, § 474 Rdnr. 15, § 475 Rdnr. 20; AnwKommBGB/Büdenbender aaO, § 474 Rdnr. 17; Jauernig/Berger, BGB, 11. Aufl., § 474 Rdnr. 6; Bemmann, Agrar- und Umweltrecht 2006, 189, 191 f.; Reuter aaO, 90; LG Oldenburg, RdL 2006, 152, 153; a.A. Staudinger/Matusche-Beckmann aaO, § 474 Rdnr. 44 für den Fall des § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. auch Faust in Beck'scher Online-Kommentar zum BGB aaO,

§ 474 Rdnr. 17, § 475 Rdnr. 8 ff.). Eine objektiv neue Sache kann nicht mit der vereinbarten Beschaffenheit "gebraucht" verkauft werden, um eine Abkürzung der Verjährung von Mängelansprüchen des Verbrauchers zu ermöglichen (MünchKommBGB/S. Lorenz aaO, § 475 Rdnr. 20; Staudinger/Matusche-Beckmann aaO, § 475 Rdnr. 80). Das folgt bereits aus dem Sinn und Zweck des § 475 Abs. 2 BGB. Danach ist beim Verkauf neuer Sachen nicht nur eine ausdrückliche Verkürzung der Verjährungsfrist unwirksam; die Vorschrift untersagt auch sonstige Vereinbarungen über eine Erleichterung der Verjährung, wenn sie im Ergebnis eine kürzere Frist als zwei Jahre ab Lieferung der Kaufsache zur Folge haben (BT-Drucks. 14/6040, S. 245). Der dadurch beabsichtigte Verbraucherschutz wäre ausgehöhlt, wenn die Eigenschaft "gebraucht" einer Parteivereinbarung zugänglich wäre.

34 d) Da das vom Kläger gekaufte Fohlen nicht als gebrauchte Sache anzusehen ist, ist die Ausnahmeregelung des § 475 Abs. 2, letzter Halbs. BGB nicht einschlägig, die (nur) bei gebrauchten Sachen eine Abkürzung der Verjährung der Mängelansprüche des Käufers auf ein Jahr zulässt. Es bewendet vielmehr bei der gesetzlichen Verjährungsfrist von zwei Jahren ab Ablieferung (§ 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 2. Alt. BGB). Diese hat frühestens am 27. Oktober 2002, dem Tag der Auktion, stattgefunden. Die Rücktrittserklärung des Klägers vom 13. Oktober 2004 ist der Beklagten noch am selben Tag und damit rechtzeitig vor Fristablauf zugegangen. Der Rücktritt ist daher nicht nach § 218 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB unwirksam. Nach dieser Bestimmung kommt es für die Wirksamkeit des Rücktritts darauf an, dass er erklärt wird, bevor der hypothetische Nacherfüllungsanspruch verjährt ist. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Ausübung des Gestaltungsrechts, nicht dagegen der Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen gemäß §§ 346 ff. BGB aus dem durch den Rücktritt entstehenden Rückgewährschuldverhältnis (Senatsurteil vom 7. Juni 2006 - VIII

ZR 209/05, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, WM 2006, 1960 = NJW 2006, 2839 = ZGS 2006, 348 unter II 2 b aa).

35 e) Der mit dem Rücktritt des Klägers entstandene Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises (§ 346 Abs. 1 BGB) ist ebenfalls nicht verjährt. Dieser Anspruch unterliegt der gesetzlichen Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB.

36 aa) Nach einer in Teilen des Schrifttums vertretenen Meinung sind allerdings auch Ansprüche aus wirksam erklärtem Rücktritt innerhalb der für die Verjährung des (Nach-)Erfüllungsanspruchs geltenden Frist des § 438 BGB geltend zu machen. Nach dieser Auffassung hätte der Kläger, um den Eintritt der Verjährung des Anspruchs auf Kaufpreisrückzahlung zu verhindern, innerhalb von zwei Jahren nach Ablieferung nicht nur den Rücktritt erklären, sondern auch Klage auf Rückzahlung des Kaufpreises erheben müssen. Dies soll einer ergänzenden Auslegung des § 218 BGB zu entnehmen sein, wonach der Schuldner den Konsequenzen des Rücktritts nicht länger ausgesetzt sein solle als denen des Leistungs- oder Nacherfüllungsanspruchs. Diese Wertung sei über § 438 Abs. 4 BGB in das Kaufrecht zu übernehmen, denn es sei eine unbillige Besserstellung des Rücktrittsrechts, wenn eine private Gestaltungserklärung ausreiche, die Verjährungsfrist bestimmter Ansprüche um drei Jahre - zuzüglich der bis zum Schluss des Jahres aufgelaufenen Frist (§ 199 Abs. 1 BGB) - zu verlängern (Wagner, ZIP 2002, 789, 790 ff.; Mansel/Budzikiewicz, Jura 2003, 1, 9; AnwKommBGB/Mansel/Stürner aaO, § 218 Rdnrn. 16, 17; Staudinger/Peters aaO, § 218 Rdnr. 6).

37 bb) Nach der überwiegend vertretenen Gegenansicht, die der Senat teilt, unterliegen Ansprüche des Käufers aus wirksam erklärtem Rücktritt wegen eines Mangels der Kaufsache dagegen der dreijährigen Regelverjährung nach §§ 195, 199 BGB. Erst durch den Rücktritt entsteht ein Rückabwicklungs-

schuldverhältnis nach §§ 346 bis 348 BGB, aus dem sich der Anspruch des Käufers auf Kaufpreisrückzahlung ergibt. Dieser Anspruch wird von § 438 BGB nicht erfasst (Staudinger/Matusche-Beckmann aaO, § 438 Rdnr. 31; MünchKommBGB/Grothe aaO, § 218 Rdnr. 4; MünchKommBGB/Westermann aaO, § 438 Rdnr. 4; Palandt/Heinrichs aaO, § 218 Rdnr. 7; Palandt/Putzo aaO, § 438 Rdnrn. 2, 20; Erman/Grunewald aaO, § 438 Rdnr. 21; D. Schmidt in Prütting/Wegen/Weinreich aaO, § 438 Rdnr. 7; Faust in Beck'scher Online-Kommentar zum BGB aaO, § 438 Rdnr. 49; Reinking, ZGS 2002, 140, 141; Haas in Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland, Das neue Schuldrecht, 2002, Kap. 5 Rdnrn. 218, 343; Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen aaO, § 309 Nr. 8 Rdnr. 106). In Ermangelung einer Regelungslücke kommt auch eine analoge Anwendung des § 438 BGB nicht in Betracht (Reinicke/Tiedtke aaO, Rdnr. 663; MünchKommBGB/Ernst aaO, Bd. 2a, § 323 Rdnr. 254; AnwKommBGB/Büdenbender aaO, § 438 Rdnr. 10).

38 f) Dem Rücktritt des Klägers steht schließlich auch nicht die Klausel Nr. 6f der Auktionsbedingungen der Beklagten entgegen, nach der Ansprüche aus Mängeln innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Wochen, gerechnet vom Zeitpunkt des Auktionstages, schriftlich geltend zu machen sind. Diese Bestimmung verstößt aus den vorgenannten Gründen ebenfalls gegen § 309 Nr. 7 BGB und § 475 Abs. 2 BGB, weil sie die gesetzliche Verjährungsfrist für die Mängelansprüche des Käufers unzulässig verkürzt, und darüber hinaus gegen § 309 Nr. 8 Buchst. b ee BGB, weil sie auch die Anzeige nicht offensichtlicher Mängel im Sinne dieser Vorschrift erfasst.

39 2. Im Ergebnis mit Erfolg wendet sich die Revision ferner dagegen, dass das Berufungsgericht die Klage auf Ersatz der Kosten für die Aufzucht des Fohlens bis November 2004 in Höhe von 2.400 € sowie von 80 € Tierarztkosten wegen Verjährung abgewiesen hat.

40 Ob etwaige Schadensersatzansprüche des Klägers aus § 437 Nr. 3, § 311a Abs. 2 BGB und ein - vom Berufungsgericht nicht erörterter - Aufwendungsersatzanspruch aus § 437 Nr. 3, § 284 BGB, der auch im Fall des Rücktritts grundsätzlich nicht verdrängt wird (BGHZ 163, 381, 385), verjährt sind, weil selbst die zweijährige Verjährungsfrist ab Ablieferung (§ 438 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2, 2. Alt. BGB) bei Klageerhebung bereits verstrichen war, bedarf keiner Entscheidung. Denn nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt kommt aufgrund des durch den Rücktritt entstandenen Rückgewährschuldverhältnisses (§§ 346 ff. BGB) ein nicht verjährter Anspruch des Klägers auf Verwendungsersatz (§ 347 Abs. 2 BGB) in Betracht.

41 Gemäß § 347 Abs. 2 Satz 1 BGB sind dem Rückgewährschuldner notwendige Verwendungen zu ersetzen. Eine Ersatzpflicht wegen notwendiger Verwendungen besteht auch bei gewöhnlichen Erhaltungskosten (BT-Drucks. 14/6040, S. 197). Dazu gehören bei Tieren beispielsweise die Futterkosten (MünchKommBGB/Gaier aaO, § 347 Rdnr. 18) sowie die Aufwendungen für eine tierärztliche Behandlung (Staudinger/Kaiser aaO, § 347 Rdnr. 29; AnwKommBGB/Hager aaO, § 347 Rdnr. 8).

42 Der Aufwendungsersatzanspruch aus § 347 Abs. 2 BGB ist nicht verjährt. Er entsteht mit der Rückgabe des Gegenstands (Staudinger/Kaiser aaO, § 347 Rdnrn. 47, 64; MünchKommBGB/Gaier aaO, § 347 Rdnr. 16) und unterliegt - als ein sich aus dem Rückgewährschuldverhältnis ergebender Anspruch - ebenso wie der Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung der dreijährigen Regelverjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB.

III.

43 Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil es dazu weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen zu dem bestrittenen Sachvortrag des Klägers getroffen, das Fohlen leide an einem angeborenen Herzfehler und damit an einem Mangel, der bereits bei Gefahrübergang vorhanden gewesen sei.

44 Sollte sich das Vorbringen des Klägers als zutreffend erweisen, so scheitert der Rücktritt nicht daran, dass der Kläger der Beklagten keine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat. Sofern der Mangel, was nahe liegt, unbehebbar ist, bedurfte es einer Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht (§ 326 Abs. 5 BGB). Aber auch dann, wenn es sich um einen behebbaren Mangel handeln sollte, war eine Fristsetzung aufgrund der besonderen Umstände des Streitfalls entbehrlich. Denn die Beklagte hat einen Nacherfüllungsanspruch des Käufers nach § 439 BGB in Nr. 6a der Auktionsbedingungen ausgeschlossen. Auf eine solche Abweichung von § 439 BGB zum Nachteil des Verbrauchers kann die Beklagte sich als Unternehmer bei dem hier gegebenen Verbrauchsgüterkauf zwar nicht berufen (§ 475 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zu ihren Gunsten kann die Beklagte aber die Unwirksamkeit einer solchen Regelung nicht geltend machen. Das entspricht der Rechtslage bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach sich

der Verwender einer Formularbestimmung nicht auf deren Unwirksamkeit berufen kann (vgl. Senatsurteil vom 5. April 2006 - VIII ZR 152/05, NJW 2006, 2115 unter II 3).

Ball Dr. Frellesen Dr. Milger

Dr. Koch Dr. Hessel

Vorinstanzen:
LG Kiel, Entscheidung vom 06.04.2005 - 4 O 279/04 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 13.12.2005 - 3 U 42/05 -