

Methodik ZR

Dr. Daniel Rodi*

ZR-Anfängerhausarbeit zum BGB AT/Schuldrecht

(K)ein Pferd wie das andere

<https://doi.org/10.1515/jura-2020-2562>

Die in der Übung im Bürgerlichen Recht für Anfänger der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Sommersemester 2020 in leicht abgewandelter Form gestellte Hausarbeit (Notendurchschnitt: 6.5 Punkte; Durchfallquote: 19 %) ist drei aktuellen höchst- bzw. obergerichtlichen Entscheidungen aus dem bei Prüfern sehr beliebten »Pferderecht« nachgebildet. Sie behandelt schwerpunktmäßig Fragen des Kauf- bzw. Tauschrechts (Vorschädigung bei Tieren als Mangel; Nachlieferung bei Stückschulden; Einordnung von Tieren als gebrauchte Sache) und der Irrtumslehre (Identitätsirrtum). Daneben schult sie aber auch den sicheren Umgang mit dem Verbraucherwiderrufsrecht und der Verjährung.

SACHVERHALT

Reitlehrer A und Freizeitreiter B kommen über ein Pferde-Internetforum in Kontakt. Am 22. Mai 2018 klagt A über die Chat-Funktion des Forums B sein Leid über sein neues Schulpferd Ostwind (O), das sich als sehr »bockig« erwiesen hat und daher voraussichtlich nicht für den Unterricht genutzt werden kann. B, der immer eine Herausforderung sucht, schlägt A daraufhin vor, O gegen sein handzahmes, ja geradezu »langweiliges« Pferd Schattenfell (S) zu tauschen. A zeigt sich interessiert, und sie tauschen nähere Informationen über die jeweiligen Pferde (Größe, Körperbau, Alter, Abstammung) aus. O ist zweieinhalb Jahre alt und wurde noch nicht eingeritten. Vor einer endgültigen Entscheidung möchte A allerdings noch einen Blick auf S werfen. Da B die nächsten Wochen im Ausland verbringen wird, bittet er A, O zu seinem privaten Landgut zu mitbringen und das Geschäft dort direkt mit seinem Verwalter V abzuwickeln. Außerdem regt B für den Fall, dass A sich für den Tausch entscheidet, an, die Verjährung im Vertrag auf ein Jahr zu beschränken, was A für eine gute Idee hält.

Als A am 1. Juni 2018 mit O beim Landgut von B erscheint, geht V auf die Koppel, um S zu holen. Aus Unachtsamkeit verwechselt er S jedoch mit dem in Alter, Größe und Körperbau ähnlichen Fantastico (F). A zeigt sich mit F, den er für S hält, zufrieden. Daher unterzeichnen A und V (im Namen von B) ein mit »Tauschvertrag« überschriebenes Dokument, und V übergibt F samt dem auf S ausgestellten Equidenpass (Nummer DE 414 342135214) im Austausch für O an A. Der Vertrag lautet:

»§ 1 Die Parteien sind übereingekommen, dass A sein Reitpferd O mit der Equidenpassnummer DE 341 412113197 gegen das Reitpferd S mit der Equidenpassnummer DE 414 342135214 von B tauscht.

§§ 2 bis 5 ... [Angaben zu Größe, Körperbau, Alter und Abstammung von O und S]

§ 6 Eventuelle Gewährleistungsansprüche verjähren nach einem Jahr.«

Als B am 12. Juli 2018 aus dem Ausland zurückkehrt und die Verwechslung bemerkt, informiert er A umgehend und verlangt die Rückgabe von F, der schließlich einen viel edleren Stammbaum aufweise und jünger sei, im Austausch für S. A lehnt dies ab, da der Fehler von V ihn nichts angehe und er sehr zufrieden mit F sei. Weil er sich nicht mit A herumschlagen will, lässt B die Sache zunächst auf sich beruhen.

Am 12. Dezember 2019 wird im Rahmen einer Routineuntersuchung festgestellt, dass O vor zwei Jahren eine Rippenfraktur erlitten hatte, die aber vollständig ausgeheilt ist. B nimmt dies zum Anlass, die Sache seinem Rechtsanwalt R zu übergeben. Dieser verlangt von A am 15. Januar 2020 unter Verweis auf die erfolgte Verwechslung sowie die Rippenfraktur des O die Herausgabe von F und erklärt hierbei namens seines Mandanten hinsichtlich sämtlicher Verträge die Anfechtung, den Widerruf und den Rücktritt. Die Rippenfraktur begründe einen unbehebbaeren Sachmangel von O. Außerdem sei der Vertrag über das Internet, jedenfalls aber nicht in den Geschäftsräumen des A geschlossen worden.

Erst auf eine erneute Aufforderung von R reagiert A und führt an, dass die Rippenfraktur bereits vor Vertragschluss vollständig ausgeheilt gewesen sei. Außerdem sei das ja jetzt alles schon ziemlich lange her, und B könne

*Kontaktperson: Daniel Rodi, der Autor ist akad. Rat a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht (Prof. Dr. Andreas Pickenbrock) der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

ihn doch nicht »nach Jahren« noch mit irgendwelchen vermeintlichen Ansprüchen überziehen. Auch habe R seinem Schreiben nicht einmal eine Vollmacht von B beigelegt und keine Frist gesetzt. Zur Not hätte A dem B dann ein anderes Pferd als Ersatz für O anbieten können.

R hält die Abheilung für unerheblich, da Rippenbrüche bei Pferden sehr selten seien und nur durch traumatische Ereignisse bewirkt werden könnten, weshalb die begründete Befürchtung bestehe, dass sich später noch weitere, bisher unentdeckte, auch psychische Unfallfolgen zeigen. Daher habe ein entsprechend vorgeschädigtes Pferd – genauso wie ein Unfallfahrzeug – einen erheblich reduzierten Marktwert. Auch sei die vertragliche Verjährungsregelung unwirksam, weil O nicht eingeritten oder sonstwie gebraucht worden sei, sodass er nicht als gebrauchte Sache im Sinne des Gesetzes angesehen werden könne.

Aufgabe: Kann B von A die Herausgabe von F verlangen?

Bearbeitervermerke:

Es ist auf alle aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachtlich – einzugehen.

Auf Gegenansprüche des A sowie die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (RL 1999/44/EG) ist nicht einzugehen.

Der Equidenpass ist ein Identifizierungsdokument für in der EU gehaltene Pferde.

LÖSUNG

A. Anspruch von B gegen A auf Herausgabe von F gemäß § 346 Abs. 1 BGB

B könnte gegen A gemäß § 346 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Herausgabe von F zustehen. Dies setzt voraus, dass A und B einen Vertrag geschlossen haben, infolgedessen A den Besitz (§ 854 BGB) an F erlangt hat, und dass von diesem Vertrag wirksam zurückgetreten wurde.

I. Entstehung des Anspruchs

1. Vertragsschluss

Der Abschluss eines Vertrags setzt nach §§ 145 ff. BGB zwei korrespondierende Willenserklärungen – Angebote und Annahme – voraus. Ein Angebot könnte in dem über die Chat-Funktion des Internetforums am 22. Mai 2018 erfolg-

ten Vorschlag des B zu sehen sein, O gegen S zu tauschen. Dieses Angebot hat A allerdings nicht unmittelbar angenommen, da er sich S vor einer endgültigen Entscheidung zunächst anschauen wollte.

Ein Vertrag könnte aber zustandegekommen sein, als A am 1. Juni 2018 auf dem Landgut des B den Tauschvertrag unterschrieb. Hiermit könnte A das Angebot des B vom 22. Mai 2018 angenommen haben. Dafür dürfte dieses Angebot aber noch nicht gemäß § 146 BGB erloschen sein. Die Chat-Funktion des Internetforums ist wegen der unmittelbaren Möglichkeit der Reaktion als sonstige technische Einrichtung i.S.v. § 147 Abs. 1 S. 2 BGB anzusehen,¹ sodass der Antrag des B als Antrag unter Anwesenheit gemäß § 147 Abs. 1 S. 1 BGB nur sofort angenommen werden konnte. Die Erklärung des A vom 1. Juni 2018 erfolgte erst über eine Woche später und damit unzweifelhaft nicht »sofort«. Der Antrag des A vom 22. Mai 2018 ist daher gemäß § 146 BGB erloschen.

Eine weitere vertragsgeeignete Erklärung hat B nicht abgegeben, doch könnte ihm eine eventuelle Erklärung des V gemäß § 164 Abs. 1 BGB zurechenbar sein. V hat den Tauschvertrag mit seiner Unterschrift gebilligt und damit eine eigene Willenserklärung abgegeben. Dies erfolgte auch ausdrücklich im Namen des B. Ferner müsste V mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung könnte davon ausgegangen werden, dass B dem V, den er offenbar instruiert hat, auch eine entsprechende Vollmacht (§ 166 Abs. 2 BGB) eingeräumt hat. Auf eine solche Innenvollmacht (§ 167 Abs. 1 Alt. 1 BGB) kommt es jedoch nicht entscheidend an, da sich eine Bevollmächtigung des V jedenfalls daraus ergibt, dass B den A gebeten hat, das Geschäft direkt mit V abzuwickeln. Hierin ist die Erteilung einer Außenvollmacht zu erblicken (§ 167 Abs. 1 Alt. 2 BGB). Die Erklärung des V wirkt somit für und gegen B, sodass durch das beiderseitige Unterschreiben des Tauschvertragsdokuments zwischen A und B ein Vertrag zustandegekommen ist.

2. Erklärung des Rücktritts (§ 349 BGB)

Eine Rücktrittserklärung könnte darin erblickt werden, dass B am 12. Juli 2018 nach Entdeckung der Verwechslung von F und S von A die Rückgabe von F verlangt hatte. Der Fachbegriff »Rücktritt« muss nicht fallen, sondern es genügt, dass sich die Erklärung gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont in einer Parallelwertung in der Laiensphäre als Rücktritt verstehen lässt.

¹ Vgl. MüKo/Busche, BGB, 8. Aufl. 2018, § 147 Rn. 29 m. w. N.

Da der Rücktritt letztlich zu einer Aufhebung bzw. Rückabwicklung des Vertrages führt, muss der Erklärung aber Wille entnommen werden können, sich vom Vertrag loszusagen. B verlangte allerdings die Rückgabe von F im Austausch für S und brachte damit eindeutig zum Ausdruck, dass er durchaus an dem Tauschvertrag festhalten und lediglich die fehlerhafte Durchführung korrigieren wollte. Eine Rücktrittserklärung des B liegt daher nicht vor.

In seinem Schreiben vom 15. Januar 2020 hat indes R den Rücktritt im Namen von B erklärt (§§ 349, 164 Abs. 1 BGB). Da B den R beauftragt hat, ist jedenfalls von einer konkludenten Bevollmächtigung zur Abgabe der erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen auszugehen. Allerdings hat R seine Bevollmächtigung gegenüber A nicht nachgewiesen. Die Rücktrittserklärung könnte daher als einseitiges Rechtsgeschäft gemäß § 174 S. 1 BGB unwirksam sein. Hierfür ist erforderlich, dass A den Rücktritt mangels Nachweises der Bevollmächtigung unverzüglich zurückgewiesen hat. A hat das Fehlen einer Vollmachtsurkunde moniert, was nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) durchaus als Zurückweisung ausgelegt werden kann. Allerdings musste diese Zurückweisung unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) erfolgt sein. Vorliegend reagierte A aber nicht unmittelbar auf das die Rücktrittserklärung enthaltende Schreiben, sondern erst nach erneuter Aufforderung seitens R. Es liegt daher keine unverzügliche Zurückweisung vor und der Rücktritt wurde wirksam erklärt.

3. Bestehen eines Rücktrittsrechts (§§ 480, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB)

B müsste ferner ein Rücktrittsrecht zugestanden haben. Ein solches könnte sich aus §§ 480, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB ergeben. A und B haben einen Tauschvertrag geschlossen, auf den gemäß § 480 BGB die Regelungen des Kaufrechts entsprechende Anwendung finden. Pferde sind als Tiere zwar keine Sachen (§ 90a S. 1 BGB), auf sie finden gemäß § 90a S. 3 BGB die für Sachen geltenden Vorschriften aber grundsätzlich entsprechende Anwendung. Gemäß §§ 480, 437 Nr. 2 BGB müsste das erhaltene Tauschobjekt mangelhaft gewesen sein. Da es um einen Rücktritt von B geht, ist insofern auf O abzustellen.

a) Mangelhaftigkeit von O

O hatte eine Rippenfraktur erlitten, was einen Sachmangel begründen könnte (§ 434 BGB). Eine bestimmte Beschaffenheit von O wurde diesbezüglich nicht vereinbart, so-

dass kein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt. Soweit die Rippenfraktur die Nutzung als Reitpferd beeinträchtigt, kommt aber ein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. Denn nach den Gesamtumständen sowie der Formulierung in § 1 des Tauschvertrags lag eine vertragliche Bestimmung des O zur Nutzung als Reitpferd vor. Allerdings müsste der Mangel bei Gefahrübergang, also bei Übergabe von A an V am 1. Juni 2018 vorhanden gewesen sein (§ 446 S. 1 BGB). Zu diesem Zeitpunkt war die Rippenfraktur indes bereits vollständig ausgeheilt gewesen.

Möglicherweise ließe sich jedoch bereits der Umstand, O dass überhaupt eine, wenngleich ausgeheilte, Rippenfraktur aufwies, als Mangel ansehen (»Freiheit von Vorverletzungen«). Hierfür könnte angeführt werden, dass Rippenbrüche bei Pferden sehr selten seien und nur durch traumatische Ereignisse bewirkt werden könnten, weshalb die begründete Befürchtung bestehe, dass sich später noch weitere, bisher unentdeckte, auch psychische Unfallfolgen zeigen, was zudem zu einem erheblich reduzierten Marktwert eines solchermaßen vorgeschädigten Pferdes führe.² Insofern könnte eine Parallele zur Behandlung von Unfallfahrzeugen gezogen werden, die trotz fachgerechter Reparatur – vorbehaltlich einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung – als mangelhaft erachtet werden, weil dennoch das Risiko besteht, dass sich der Unfallschaden noch negativ auswirkt.³

Eine solche Argumentation würde aber den – auch in § 90a BGB zum Ausdruck kommenden – Umstand nicht hinreichend würdigen, dass kein Vertrag über ein Kraftfahrzeug bzw. ein sonstiges lebloses Objekt, sondern über ein Lebewesen abgeschlossen wurde. Denn Lebewesen sind – anders als Sachen – mit individuellen Anlagen ausgestattet und dementsprechend mit sich daraus ergebenden unterschiedlichen Risiken behaftet.⁴ Der Erwerber eines lebenden Tieres kann redlicherweise nicht erwarten, dass er auch ohne besondere (Beschaffenheits-)Vereinbarung ein Tier mit »idealen« Anlagen erhält, sondern muss im Regelfall damit rechnen, dass das von ihm erworbene Tier in der einen oder anderen Hinsicht physiologische Abweichungen vom Idealzustand aufweist.⁵ Eine fehlende Eignung für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung ist daher lediglich anzunehmen, wenn das Tier bei Gefahrübergang krank ist oder sich in einem Zustand be-

² So OLG Karlsruhe, Urt. v. 27. 2. 2018 – 8 U 168/15, zitiert nach BGH NJW 2020, 389 Rn. 13f.

³ BGH NJW 2008, 53 Rn. 20; BeckOK/Faust, BGB, 57. Ed. 1. 2. 2021, § 434 Rn. 73.

⁴ BGH NJW 2020, 389 Rn. 26.

⁵ BGH NJW 2020, 389 Rn. 26.

findet, aufgrund dessen bereits die Sicherheit oder zumindest die hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass es alsbald erkranken wird und infolgedessen für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung nicht mehr einsetzbar wäre.⁶

Vorliegend besteht lediglich die völlig abstrakte Gefahr, dass aus dem – möglicherweise traumatischen – Ereignis, welches zu der Rippenfraktur geführt hatte, negative Folgewirkungen resultieren. Diese Gefahr übersteigt aber nicht das bei dem Erwerb jeglichen Tieres bestehende »allgemeine Lebensrisiko« und steht der vertraglich vorausgesetzten Verwendung als Reitpferd nicht entgegen. Auch der Umstand, dass die Rippenfraktur als Vorschädigung zu einem reduzierten Erlös bei einer Weiterveräußerung führen mag, begründet keinen Mangel, da bei Lebewesen – wie ausgeführt – bei der maßgeblichen objektiven Betrachtung mit Abweichungen von der physiologischen Norm gerechnet werden muss und hierüber hinausgehende subjektive Qualitätserwartungen »des Markts« nur bei einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung relevant sind.⁷ Darüber hinaus besteht die vertraglich vorausgesetzte Verwendung in der Nutzung als Reitpferd und nicht als Veräußerungsobjekt. Diese Verwendungsmöglichkeit ist aber nicht in relevantem Maße eingeschränkt. O ist daher nicht mangelhaft.

b) Hilfsweise: Entbehrlichkeit der Fristsetzung (§ 326 Abs. 5 Hs. 2 BGB)⁸

Die Mangelhaftigkeit von O unterstellt, würde ein Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB grundsätzlich den erfolglosen Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung erfordern. Weder R noch B haben eine Frist zur Nacherfüllung

gesetzt. Die Fristsetzung könnte aber gemäß § 326 Abs. 5 Hs. 2 BGB entbehrlich sein, wenn der Rücktritt nicht auf § 323 Abs. 1 BGB, sondern auf § 326 Abs. 5 BGB gestützt wird. Dies setzt voraus, dass der B wegen der unterstellten Mangelhaftigkeit des O gegen A zustehende Nacherfüllungsanspruch (§§ 480, 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB) nach § 275 BGB ausgeschlossen ist. Die Nacherfüllung hat nach Wahl des Erwerbers durch Nachbesserung oder Nachlieferung zu erfolgen (§§ 480, 439 Abs. 1 BGB). Erblickt man allein in dem Umstand, dass O eine Rippenfraktur erlitten hatte, einen Mangel, so ist die Behebung dieses Mangels unmöglich i. S. v. § 275 Abs. 1 BGB, da sich die Vergangenheit nicht verändern lässt. In Betracht kommt daher lediglich eine Nacherfüllung durch Lieferung eines mangelfreien Ersatzes.

Allerdings bezieht sich der Tauschvertrag nicht generell auf die Gattung Pferde, sondern auf ein bestimmtes Pferd, O, sodass ein »Stücktausch« vorliegt. Da O als Lebewesen naturgemäß ein Unikat darstellt, ist fraglich, ob die Lieferung eines anderen Pferdes überhaupt erfüllungsg geeignet sein kann.⁹ Teilweise wird davon ausgegangen, dass eine Ersatzlieferung bei einer Stückschuld generell ausscheidet, weil auch der primäre Erfüllungsanspruch nur durch die Lieferung des Unikats hätte erfüllt werden können und der Nacherfüllungsanspruch lediglich einen modifizierten Erfüllungsanspruch darstellt.¹⁰ Nach h.M. soll eine Nachlieferung bei der Stückschuld hingegen nicht generell ausgeschlossen sein, da das mit der Schuldrechtsmodernisierung geschaffene Gewährleistungsrecht gerade nicht mehr zwischen Stück- und Gattungsschuld differenziert und der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Nachlieferung beim Stückkauf anerkannt habe.¹¹ Den Maßstab für die Möglichkeit einer Ersatzlieferung bildet nach überwiegender Auffassung der (subjektive) Parteiwille,¹² teilweise wird aber auch auf das (objektive) Kriterium der Vertretbarkeit i. S. v. § 91 BGB abgestellt.¹³

Eines Streitentscheides bedarf es nur, soweit die verschiedenen Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. Pferde werden im Verkehr nicht nur nach Zahl, Maß oder Gewicht gehandelt, sondern es kommt entscheidend auf ihre individuellen Eigenschaften wie etwa Stammbaum und Gesundheitszustand an, sodass sie nicht

⁶ BGH NJW 2020, 389 Rn. 25.

⁷ BGH NJW 2020, 389 Rn. 21.

⁸ Die Problematik der fehlenden Fristsetzung ist im Sachverhalt deutlich angesprochen und muss daher auch bei Ablehnung eines Mangels hilfsgutachtlich geprüft werden. Insbesondere sollte die Mangelhaftigkeit nicht rein aus taktischen Gründen bejaht werden, um ein Hilfsgutachten zu vermeiden. Zwar werden Klausuren bzw. Hausarbeiten regelmäßig so konzipiert, dass ein Hilfsgutachten nicht erforderlich ist. Dies ist aber keineswegs zwingend, wofür die vorliegende Arbeit den Blick schärfen soll. Hinzu kommt, dass Spekulationen darüber, was der Klausurersteller mutmaßlich gewollt hat, durchaus fehleranfällig sind und auch durch unzutreffende Prämissen bzw. Pfadabweichungen im früheren Verlauf des Gutachtens verfälscht werden können. Bewertet wird nicht das Ergebnis, sondern die Argumentation. Die Argumentation gelingt aber am besten, wenn man sich für die Auffassung entscheidet, von der man wirklich überzeugt ist. Vergleichbares gilt im Übrigen auch für das IPR. Es gab bereits mehrere Examensklausuren, in denen im Ergebnis ausländisches Recht anwendbar war, wenngleich dieses natürlich nicht geprüft werden musste.

⁹ Vgl. zum Streitstand auch die Übersicht bei BeckOGK/Höpfner, BGB, Stand: 1. 1. 2021, § 439 Rn. 94 ff.

¹⁰ Vgl. Musielak NJW 2008, 2801.

¹¹ Vgl. BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 Rn. 17; OLG Braunschweig NJW 2003, 1053, 1054; *Canaris* JZ 2003, 831.

¹² BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 Rn. 23.

¹³ Vgl. *Pammler* NJW 2003, 1992, 1993.

vertretbar i. S. v. § 91 BGB sind,¹⁴ weshalb eine Ersatzlieferung sowohl nach der hierauf abstellenden als auch nach der eine solche generell ablehnenden Auffassung ausgeschlossen ist. Fraglich ist aber, ob eine Ersatzlieferung nach dem Parteiwillen in Betracht kommen sollte. Für die Möglichkeit der ersatzweisen Lieferung eines anderen Pferdes an B spricht, dass nur A, nicht hingegen B das zu erwerbende Pferd zunächst besichtigen wollte. Denn hieraus ergibt sich, dass die visuell wahrnehmbaren individuellen Merkmale von O für B nicht von entscheidender Bedeutung waren. Zwar wäre denkbar, dass B die visuelle Kontrolle V überlassen hat, doch gibt der Sachverhalt hierfür nichts her. Allerdings hatten sich A und B über Größe, Körperbau, Alter und Abstammung der Pferde ausgetauscht und diese auch in §§ 2–5 in den Vertrag aufgenommen. Zudem resultierte das Interesse von B an O aus dessen konkreter Beschreibung als »bockig« und daher herausfordernd. Vor diesem Hintergrund ist zumindest klar, dass die Ersatzlieferung irgendeines Pferdes nicht in Betracht kommt – was sich mit der Ablehnung des Vorliegens einer vertretbaren »Sache« deckt –, sondern allenfalls die Lieferung eines diesen Vorgaben zumindest hinreichend vergleichbaren.

Gerade die Vergleichbarkeit unterschiedlicher Abstammungen dürfte sich aber nicht eindeutig klären lassen, sodass Streit hierüber und damit Rechtsunsicherheit vorprogrammiert wäre, weshalb eine diesbezügliche Nachlieferungspflicht bzw. -möglichkeit nicht den Interessen der Parteien entspräche.¹⁵ Eindeutig mit O übereinstimmen würde insofern lediglich ein Pferd mit denselben Eltern. Dass ein solches existiert und es zusätzlich noch den anderen Kriterien (Größe, Körperbau, Alter) zumindest vergleichbar und darüber hinaus als »bockig« bzw. herausfordernd zu klassifizieren ist, erscheint nahezu ausgeschlossen. Mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt kann nicht davon ausgegangen werden, dass A ein solches Pferd zur Verfügung steht, sodass eine Ersatzlieferung auch nach der auf den Parteiwillen abstellenden Auffassung ausscheidet und ein Streitentscheid entbehrlich ist. Aufgrund der Unmöglichkeit beider Arten der Nacherfüllung ist ein Nacherfüllungsanspruch von B somit gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen und § 326 Abs. 5 BGB verwirklicht. Die Wirksamkeit des Rücktritts scheidet daher nicht an der fehlenden Fristsetzung.

4. Hilfsweise: Unwirksamkeit des Rücktritts (§§ 480, 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1, 2 BGB)

a) Tatbestand des § 218 Abs. 1 BGB

Bei unterstellter Mangelhaftigkeit von O könnte der an sich wirksame Rücktritt gemäß §§ 480, 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam geworden sein, wenn der Nacherfüllungsanspruch verjährt ist und der Schuldner sich hierauf berufen hat. Wie soeben behandelt, war der Nacherfüllungsanspruch von B gegen A aber gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, sodass er mangels Existenz nicht verjähren konnte. Für diesen Fall erklärt § 218 Abs. 1 S. 2 BGB die Regelung in 218 Abs. 1 S. 1 BGB indes für entsprechend anwendbar. A hat sich nicht explizit auf die (hypothetische) Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs berufen, sondern lediglich eingewandt, dass die Angelegenheit ja schon ziemlich lange her sei und B ihn doch nicht »nach Jahren« noch mit irgendwelchen vermeintlichen Ansprüchen überziehen könne. Der Fachbegriff »Verjährung« muss aber nicht fallen, sondern es genügt, dass sich die Erklärung gemäß §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont in einer Parallelwertung in der Laiensphäre als Berufung auf die (hypothetische) Verjährung verstehen lässt. A hat hier deutlich gemacht, dass er sich aufgrund der verstrichenen Zeit nicht mehr in der Pflicht sieht, was für die Annahme einer Berufung auf die Verjährung genügt.

Fraglich ist aber, ob der Nacherfüllungsanspruch zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung vom 15. Januar 2020 – bzw. genau genommen zum Zeitpunkt deren Zugangs (§ 130 Abs. 1 BGB) – bereits verjährt gewesen wäre.¹⁶ Die Verjährungsfrist des Nacherfüllungsanspruchs beträgt gemäß §§ 480, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BGB grundsätzlich zwei Jahre und beginnt mit der Ablieferung am 1. Juni 2018. Gemäß §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB würde die Verjährungsfrist hiernach erst am 1. Juni 2020 um 24.00 Uhr ablaufen, sodass noch keine (hypothetische) Verjährung eingetreten wäre. Eine abweichende Verjährungsfrist könnte sich jedoch aus § 6 des Tauschvertrags ergeben, der festlegt, dass eventuelle Gewährleistungsansprüche nach einem Jahr verjähren sollen. Hiernach wäre die Verjährungsfrist gemäß §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1, 193¹⁷ BGB bereits am 3. Juni 2019 um 24.00 Uhr abgelaufen, sodass Verjährung eingetreten wäre. Zu prüfen ist daher die Wirksamkeit von § 6 des Tauschvertrags.

¹⁴ Vgl. MüKo/Stresemann, BGB, 8. Aufl. 2018, § 91 Rn. 4.

¹⁵ Vgl. auch BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 Rn. 24.

¹⁶ Vgl. BGHZ 168, 64 = NJW 2006, 2839 Rn. 26.

¹⁷ Der 1. Juni 2019 war ein Samstag.

b) Wirksamkeit von § 6 des Tauschvertrags

In den Grenzen des § 202 BGB ist die Verjährung grundsätzlich der Parteidisposition zugänglich.¹⁸ Der Wirksamkeit von § 6 des Tauschvertrags könnte jedoch §§ 480, 476 Abs. 2 BGB entgegenstehen, wonach bei einem »Verbrauchsgütertausch« die Verjährung u. a. von Nachbesserungsansprüchen grundsätzlich nicht auf unter zwei Jahre reduziert werden kann.

aa) Vorliegen eines »Verbrauchsgütertausches«

Hierfür wäre erforderlich, dass im Hinblick auf O – um dessen Mangelhaftigkeit es schließlich geht – ein Verbrauchsgütertausch i. S. v. §§ 480, 474 BGB vorliegt. A müsste daher als Unternehmer und B als Verbraucher agiert haben. Unternehmer ist eine Person gemäß § 14 BGB, wenn sie bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. A wollte ein neues Schulpferd für seine gewerbliche bzw. selbständige berufliche Tätigkeit als Reitlehrer erwerben und agierte daher als Unternehmer. Für die Verwirklichung von § 14 BGB ist nicht erforderlich, dass die Haupttätigkeit – konkret also die Vergabe von Reitstunden – betroffen ist, es genügen auch Vorbereitungstätigkeiten.¹⁹ Verbraucher ist gemäß § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. B ist Freizeitreiter und wollte O rein für sein privates Vergnügen erwerben. Er handelte daher als Verbraucher. Allerdings gelten die Verbraucherschutzregelungen nach §§ 480, 474 Abs. 1 BGB bei sinnentsprechender Anwendung nicht für den gesamten Tauschvertrag, sondern lediglich für die vom Unternehmer zu erbringende Tauschleistung.²⁰ Vorliegend bezieht sich der (hypothetische) Nacherfüllungsanspruch auf O, der die Tauschleistung des Unternehmers A darstellt, sodass §§ 480, 476 Abs. 2 BGB einschlägig ist.

bb) Klassifizierung von O als gebraucht

Allerdings enthält § 476 Abs. 2 Alt. 2 BGB eine Ausnahme für gebrauchte Sachen, bei denen die Verjährungsfrist bis auf ein Jahr reduziert werden kann.²¹ Fraglich ist daher, ob

O als gebrauchte Sache im Sinne der Vorschrift angesehen werden kann. In diesem Fall wäre § 6 des Tauschvertrags wirksam, ansonsten unwirksam. Teilweise werden Tiere aufgrund ihrer Eigenschaft als Lebewesen ganz generell als gebraucht²² bzw. generell als nicht gebraucht²³ eingestuft. Der Gesetzgeber hat mit der Aufhebung des speziellen Viehkaufrechts im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung indes zum Ausdruck gebracht, dass er das allgemeine Kaufrecht auch beim Kauf – entsprechendes gilt letztlich für den Tausch – von Tieren grundsätzlich für sachgerecht erachtet.²⁴ In der Gesetzesbegründung wurde ferner ausgeführt, dass auch bei Tieren ein Unterschied zwischen »neu« und »gebraucht« vorzunehmen und etwa junge Haustiere für neu zu erachten seien.²⁵ Eine generelle Klassifizierung jeglicher Tiere als gebraucht ist vor diesem Hintergrund abzulehnen.²⁶ Fraglich ist daher, nach welchen Kriterien die Abgrenzung zu erfolgen hat.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist eine Sache dann gebraucht, wenn sie bereits benutzt, also »gebraucht« worden ist.²⁷ Dies ist auch teleologisch stimmig, da die Möglichkeit der Vereinbarung einer kürzeren Verjährungsfrist auf dem bei gebrauchten Sachen erhöhten und vom Erwerber auch zu erwartenden Sachmängelrisiko beruht.²⁸ Ein Tier ist daher jedenfalls dann als gebraucht anzusehen, wenn es seiner bestimmungsgemäßen Verwendung zugeführt wurde, da es dann nicht mehr nur mit dem in seiner Existenz wurzelnden Lebens- und Gesundheitsrisiko behaftet ist, sondern mit den spezifischen Risiken, die typischerweise durch Gebrauch entstehen.²⁹ Vorliegend war O noch nicht als Schulpferd eingesetzt und auch nicht eingeritten worden, was gegen die Klassifizierung als gebraucht spräche.

richtlinie nicht für den Tausch gilt, BeckOGK/*Bodenheimer* (Fn. 20), § 480 Rn. 14.1. Nach BGH NJW 2021, 1008 scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung aus, weshalb in einem aktuellen Gesetzgebungsvorhaben eine Änderung von § 476 BGB vorgesehen ist. Allerdings wird die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zum 1. 1. 2022 durch die Warenkaufrichtlinie (EU) 2019/771 ersetzt, die eine – auch bereits geplante – Rückkehr zum gegenwärtigen Rechtszustand ermöglicht. Siehe zum Ganzen *Rapp* NJW 2021, 969.

²² Vgl. *Erman/Grünwald*, 16. Aufl. 2020, § 474 Rn. 9 m. w. N. Für die Einordnung als gebraucht ab der ersten Unterbringung bzw. Fütterung *MüKo/S. Lorenz*, BGB, 8. Aufl. 2019, § 474 Rn. 20.

²³ So *Haas* in *Haas/Medicus et al.* Das neue Schuldrecht, 2002, S. 283.

²⁴ BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 26.

²⁵ BT-Drs. 14/6040, S. 245.

²⁶ BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 26.

²⁷ BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 31.

²⁸ BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 32, 49; BeckOGK/*Augenhöfer*, BGB, Stand: 1. 4. 2021, § 474 Rn. 100.

²⁹ Vgl. BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 27; *Wertenbruch* NJW 2012, 2065, 2069.

¹⁸ BeckOGK/*Piekenbrock*, BGB, Stand: 1. 2. 2021, § 202 Rn. 1.

¹⁹ BeckOGK/*Alexander*, BGB, Stand: 1. 4. 2021, § 14 Rn. 182.

²⁰ BeckOGK/*Bodenheimer*, Stand: 1. 2. 2021, § 480 Rn. 14.

²¹ Die Regelung ist nach der Ferenschild-Entscheidung des EuGH (JZ 2018, 298) zwar richtlinienwidrig, doch ist dies angesichts des Bearbeitervermerks nicht zu thematisieren, zumal die Verbrauchsgüterkauf-

Allerdings ist die Zuführung zur bestimmungsgemäßen Verwendung nicht notwendigerweise der einzige Gesichtspunkt, der eine Sache bzw. ein Tier als gebraucht erscheinen lässt. Ein erhöhtes Sachmängelrisiko kann sich bei einem Tier nämlich auch unabhängig vom Einsatz als Nutztier schlicht daraus ergeben, dass es lebt und sich bewegt und hiermit unzähligen Umwelteinflüssen ausgesetzt ist, vor denen es im Gegensatz zu unbelebten Gegenständen nur eingeschränkt bewahrt werden kann.³⁰ Darin lag der Grund für das frühere spezifische Viehgewährleistungsrecht, dessen Aufhebung keineswegs die – auch durch § 90a BGB zum Ausdruck gebrachten – wesensmäßigen Unterschiede zwischen Tieren und Sachen vollständig nivellieren sollte.³¹ Auch die Gesetzesbegründung hat gerade nur junge Haustiere für nicht gebraucht erachtet,³² obwohl Haustiere nicht als Nutztiere im engeren Sinn anzusehen sind und daher keiner spezifischen Verwendung zugeführt werden. Hiermit wird implizit vorausgesetzt, dass auch noch nicht einer bestimmten Verwendung zugeführte Tiere ab einem gewissen Alter nicht mehr als »neu« einzustufen sind.³³ Auch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch wäre es nicht zu vereinbaren, ein relativ altes, möglicherweise bereits krankes Tier nicht als gebraucht, sondern noch als »neu« zu bezeichnen, nur weil es bisher nicht seiner bestimmungsgemäßen Verwendung zugeführt wurde.

Nach der behandelten gesetzgeberischen Wertung, wonach Tiere nicht bereits ab Geburt oder kürzere Zeit danach als gebraucht gelten sollen, genügt für die Annahme eines erhöhten Sachmängelrisikos, das zu der Bewertung führt, ein Tier sei nicht mehr »neu«, nicht bereits eine geringfügige Lebensdauer, mag das Tier auch bereits ab der Geburt gewissen Umweltfaktoren ausgesetzt sein.³⁴ Auch kann das Alter nicht als einzig relevantes Kriterium angesehen werden, sondern es hat eine Gesamtabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu erfolgen.³⁵ Vorliegend war O zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ungefähr zweieinhalb Jahre alt und damit in nicht unerheblichem Umfang potentiell schädlichen Umwelteinflüssen, wie etwa fehlerhafter Fütterung bzw. Behandlung, ausgesetzt. Hinzu kommt, dass O bereits eine Rippenfraktur und damit eine Vorschädigung erlitten hat-

te.³⁶ Zwar ist die Rippenfraktur ohne erkennbare Nachwirkungen ausgeheilt und begründet daher richtigerweise keinen Sachmangel.³⁷ Dennoch verbleibt die abstrakte Gefahr, dass aus dem – möglicherweise traumatischen – Ereignis, welches zu der Rippenfraktur geführt hatte, negative Folgewirkungen resultieren. Diese abstrakte Gefahrerhöhung rechtfertigt vor dem Hintergrund des Telos von § 476 Abs. 2 Alt. 2 BGB, der für den Verkäufer das bei gebrauchten Sachen stets *abstrakt* erhöhten Sachmängelrisiko überschaubar halten will,³⁸ jedenfalls in Zusammenschau mit dem bereits vorangeschrittenen Alter von O die Einordnung als gebraucht. Damit ist § 476 Abs. 2 Alt. 2 BGB einschlägig und § 6 des Tauschvertrags wirksam.³⁹

c) Zwischenergebnis

Aufgrund der Wirksamkeit von § 6 des Tauschvertrags war der (hypothetische) Nacherfüllungsanspruch von B zu Zeitpunkt des Rücktritts bereits verjährt und der Rücktritt auch bei unterstellter Mangelhaftigkeit von O somit gemäß §§ 480, 438 Abs. 4 S. 1, 218 Abs. 1 S. 1, 2 BGB unwirksam.

II. Ergebnis

Mangels wirksamen Rücktritts kann B von A nicht gemäß § 346 Abs. 1 BGB die Herausgabe von F verlangen.

B. Anspruch von B gegen A auf Herausgabe von F gemäß § 355 Abs. 3 S. 1 BGB

B könnte gegen A gemäß § 355 Abs. 3 S. 1 BGB ein Anspruch auf Herausgabe von F zustehen. Dies setzt voraus, dass B den Tauschvertrag wirksam widerrufen hat.

³⁰ BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 33 f., 46.

³¹ BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 35.

³² BT-Drs. 14/6040, S. 245.

³³ BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 33.

³⁴ BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 38. Vgl. auch BGHZ 170, 31 = NJW 2007, 674, wo ein sechs Monate altes Fohlen als nicht gebraucht eingeordnet wurde.

³⁵ Vgl. BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 39.

³⁶ Vgl. dazu auch BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 46.

³⁷ S. o. A. I. 3. a).

³⁸ BGHZ 223, 235 = BGH NJW 2020, 759 Rn. 32, 49; BeckOGK/Augenhofer (Fn. 28), § 474 Rn. 100.

³⁹ Eine AGB-Prüfung ist mangels diesbezüglicher Angaben im Sachverhalt nicht indiziert.

I. Entstehung des Anspruchs

1. Erklärung des Widerrufs (§ 355 Abs. 1 S. 2 BGB)

Ebenso wie der Rücktritt führt der Widerruf letztlich zu einer Aufhebung bzw. Rückabwicklung des Vertrages (§ 355 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 BGB), sodass die Rückforderung von F durch B am 12. Juli 2018 nicht als Widerruf ausgelegt werden kann. Eine Widerrufserklärung enthält erst das Schreiben vom 15. Januar 2020, in dem R den Widerruf im Namen von B erklärt hat (§§ 355 Abs. 1 S. 2, 164 Abs. 1 BGB).

2. Bestehen eines Widerrufsrechts (§ 312 g Abs. 1 BGB)

Ein Widerrufsrecht von B könnte sich (lediglich) aus § 312 g Abs. 1 BGB ergeben. Dies setzt gemäß § 312 Abs. 1 BGB zunächst voraus, dass der Tauschvertrag einen Verbrauchervertrag i. S. d. § 310 Abs. 3 BGB darstellt, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat. Wie bereits behandelt, agierte A als Unternehmer (§ 14 Abs. 1 BGB) und B als Verbraucher (§ 13 BGB).⁴⁰ Die Leistung des A bestand in der Übereignung von O an B, wofür sich dieser verpflichtete, seinerseits ein Pferd an A zu übereignen, sodass ein entgeltlicher Verbrauchervertrag vorliegt. Ob sich der Tauschvertrag auf S oder F bezog, ist insofern ohne Belang.

Ferner müsste der Tauschvertrag als Außergeschäftsraum- (§ 312 b Abs. 1 BGB) oder als Fernabsatzvertrag (§ 312 c Abs. 1 BGB) zu klassifizieren sein. Die Annahme eines Fernabsatzvertrags setzt voraus, dass für den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel i. S. v. § 312 c Abs. 2 BGB verwendet wurden. Dies trifft auf das Internetforum bzw. dessen Chatfunktion zu, doch wurde der Vertrag, wie bereits behandelt, erst am 1. Juni 2018 auf dem Hof des B geschlossen.⁴¹ Auch erfolgte der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems (§ 312 c Abs. 1 Hs. 2 BGB). Es liegt daher kein Fernabsatzvertrag vor.

In Betracht käme aber ein Außergeschäftsraumvertrag nach § 312 b Abs. 1 Nr. 1 BGB. Der Vertrag wurde bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit von A und V auf dem Hof des B und mithin außerhalb eines Geschäftsraums des A i. S. v. § 312 b Abs. 2 BGB geschlossen. Dass B sich durch V vertreten ließ, ist insofern unschädlich. Nach

dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB kommt es für die situationellen Voraussetzungen des Widerrufsrechts auf die Person des Vertreters an.⁴² Die Sachgerechtigkeit einer Widerrufsmöglichkeit des B ließe sich zwar im Hinblick darauf in Zweifel ziehen, dass A gerade auf Wunsch des B zu dessen Hof kam und der Vertrag dort geschlossen wurde, doch enthält § 312 b BGB im Gegensatz zur früheren Rechtslage bewusst keinen Vorbehalt für bestellte Besuche des Unternehmers mehr, da die Verbraucherrechtlinie dies in ihrem 21. Erwägungsgrund ausschließt.⁴³ B steht somit ein Widerrufsrecht zu.

3. Widerrufsfrist

Der Widerruf müsste aber auch fristgemäß erklärt worden sein. Nach § 355 Abs. 2 BGB beträgt die Widerrufsfrist 14 Tage und beginnt grundsätzlich mit dem Vertragsschluss. Für das Widerrufsrecht bei Außergeschäftsraumverträgen finden sich in § 356 BGB indes eine Sonderregelung. Gemäß § 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB beginnt die Frist bei einem Verbrauchsgüterkauf – entsprechendes gilt gemäß § 480 BGB für den Verbrauchsgütertausch – mit dem Erhalt der Ware. Vorliegend hat V, als von B benannter Dritter, O am 1. Juni 2018 erhalten. Die eventuelle – richtigerweise aber zu verneinende⁴⁴ – Mangelhaftigkeit von O ist für den Fristlauf schon aus Rechtssicherheitsgründen ohne Belang.⁴⁵

Allerdings setzt der Fristlauf gemäß § 356 Abs. 3 S. 1 BGB voraus, dass A den B bzw. V ordnungsgemäß über die Modalitäten des Widerrufsrechts belehrt hat (§ 312 d Abs. 1, Art. 246 a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB). Vorliegend fehlt es an jeglicher Belehrung, sodass die Widerrufsfrist nicht zu laufen begonnen hat. Unabhängig vom Ablauf der Widerrufsfrist erlischt das Widerrufsrecht aber gemäß § 355 Abs. 3 S. 2 BGB zwölf Monate und 14 Tage nach dem Erhalt der Ware. Diese ab dem 1. Juni 2018 gerechnete Frist endet gemäß §§ 187 Abs. 1, 188, 193⁴⁶ BGB am 17. Juni 2019 um 24.00 Uhr. Zum Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs am 15. Januar 2020 war das Widerrufsrecht des B daher bereits erloschen.

⁴⁰ S. o. A. I. 4. b) aa).

⁴¹ S. o. A. I. 1.

⁴² Vgl. auch BeckOGK/*Busch*, BGB, Stand: 1. 1. 2021, § 312 b Rn. 28.

⁴³ BT-Drs. 17/12637, S. 49.

⁴⁴ S. o. A. I. 3. a).

⁴⁵ MüKo/*Fritsche*, BGB, 8. Aufl. 2019, § 356 Rn. 11; anders bei fehlender Prüfbarkeit der gelieferten Sache AG Cuxhaven, Urt. v. 25. 2. 2020 – 5 C 429/19; zur Vertiefung *Schneider*, ZIP 2016, 1759.

⁴⁶ Das eigentliche Fristende (15. Juni 2018) fällt auf einen Samstag.

II. Ergebnis

Mangels wirksamen Widerrufs kann B von A nicht gemäß § 355 Abs. 3 S. 1 BGB die Herausgabe von F verlangen.

C. Anspruch von B gegen A auf Herausgabe von F gemäß § 985 BGB

B könnte gegen A gemäß § 985 BGB ein Anspruch auf Herausgabe von F zustehen. Dies setzt voraus, dass B Eigentümer von F ist und A diesen ohne Besitzrecht besitzt.

I. Entstehung des Anspruchs

1. Eigentümerstellung des B

a) Eigentumserwerb des A

Zunächst war B Eigentümer von F. Er könnte sein Eigentum jedoch gemäß § 929 S. 1 BGB an A verloren haben. Eine eigene Übereignungserklärung hat B nicht abgegeben. Gemäß § 164 Abs. 1 BGB sind ihm jedoch die Erklärungen des V zuzurechnen, den er, wie bereits behandelt, entsprechend bevollmächtigt hat.⁴⁷ V hat F am 1. Juni 2018 nach Unterzeichnung des Tauschvertrags im Namen des B an A übergeben. Dieses Verhalten ist eindeutig als Einigung über den Eigentumsübergang auszulegen. Im Hinblick auf die Verwechslung von S und F ist allerdings das Bezugsobjekt der Einigung fraglich, ob also S oder F übereignet werden sollte. Für eine Übereignung von S könnte die ausdrückliche Nennung von S im Tauschvertrag sprechen. Da eine Übereignung regelmäßig nicht zweckfrei erfolgt, ist es durchaus zulässig, die Übereignungserklärung vor dem Hintergrund der zugrundeliegenden Causa *auszulegen*, ohne dass hierin ein Widerspruch zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip zu erblicken wäre.⁴⁸ Dies kann auch im Hinblick auf den sachenrechtlichen Minimalkonsens

⁴⁷ S. o. A. I. 1. Aufwerfen könnte man hier noch die Frage, ob sich die Vertretungsmacht des V nur auf eine Übereignung von S bezieht und eine Übereignung von F daher *ultra vires* wäre. Allerdings richtet sich die Auslegung der erteilten Außenvollmacht nach dem objektiven Empfängerhorizont des A und dürfte so zu verstehen sein, dass V zu sämtlichen Rechtsgeschäften ermächtigt ist, die sich im Zusammenhang mit der Abwicklung des ja auch überhaupt erst noch abzuschließenden Tauschvertrags ergeben. Ergänzend ließe sich noch darauf abstellen, dass die V als Verwalter mutmaßlich zustehende Innenvollmacht ohnehin umfassend sein dürfte.

⁴⁸ MüKo/Oechsler, BGB, 8. Aufl. 2020, § 929 Rn. 27.

aber nicht so weit gehen, dass bei einem Identitätsirrtum stets das schuldvertraglich benannte Objekt übereignet werden sollte. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass § 929 S. 1 BGB als zusätzliches Erfordernis die Übergabe des Übereignungsobjekts aufstellt und die dinglichen Erklärungen auch vor diesem Hintergrund zu würdigen sind. Die Einigung über ein anderes als das übergebene Objekt wäre ungeeignet, den angestrebten Erfolg des Eigentumsübergangs herbeizuführen und stünde daher nicht in Einklang mit dem objektiv erklärten Willen und dem besonderen tatsächlichen Bezug der dinglichen Einigung. Vorliegend waren sich V und A daher einig, dass das Eigentum an dem übergebenen Pferd F auf A übergehen sollte.⁴⁹ Sie irrten sich lediglich über die Identität des übergebenen Pferdes. A ist somit zunächst Eigentümer von F geworden.

b) Anfechtung

Angesichts der erfolgten Verwechslung könnte die Einigungserklärung aber möglicherweise erfolgreich angefochten worden sein, sodass die Übereignung gemäß § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang nichtig anzusehen wäre.

aa) Anfechtungserklärung/-berechtigung

Als Gestaltungsrecht bedarf die Anfechtung der Erklärung (§ 143 Abs. 1 BGB). Fraglich ist insofern zunächst, wem das potentielle Anfechtungsrecht und damit die Erklärung der Anfechtung überhaupt zusteht, da V als Vertreter des B gehandelt hat. Denn einerseits betreffen die Wirkungen der Erklärung den Vertretenen, andererseits gibt der Vertreter – im Gegensatz zu einem Boten – gerade eine eigene Willenserklärung ab. Dementsprechend kommt es auch für das Vorliegen der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen gemäß § 166 Abs. 1 BGB auf den Vertreter an. Nach zutreffender h. M. kann das in der Gewährung des Anfechtungsrechts liegende Wahlrecht aber nur sinnvoll von demjenigen ausgeübt werden, der von dieser Wahl überhaupt betroffen wird, also dem Vertretenen B.⁵⁰

Eine Anfechtungserklärung des B könnte darin erblickt werden, dass er am 12. Juli 2018 nach Entdeckung der Verwechslung von F und S von A die Rückgabe von F verlangt hatte. Der Fachbegriff »Anfechtung« muss nicht fallen, sondern es genügt, dass sich die Erklärung gemäß

⁴⁹ Vgl. OLG Hamm NJW 2019, 3387 Rn. 67.

⁵⁰ MüKo/Busche (Fn. 1), § 142 Rn. 6; Staudinger/Roth, BGB, Neubearb. 2020, § 143 Rn. 14. Selbstverständlich ist es aber möglich, dass sich die Vertretungsmacht des Stellvertreters auch auf die Erklärung der Anfechtung erstreckt. Zur Vertiefung Preiß JA 2010, 6.

§§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont in einer Parallelwertung in der Laiensphäre als Anfechtung verstehen lässt. B hat mit der Verwechslung den unterlaufenen Identitätsirrtum aufgezeigt und daran die Konsequenz der Rückgabe von F geknüpft. Das genügt den nicht zu hoch anzusetzenden Anforderungen für die Annahme einer Anfechtungserklärung.

bb) Anfechtungsgrund

Ferner müsste – in der Person des V (§ 166 Abs. 1 BGB) – ein Anfechtungsgrund bestanden haben. Im Hinblick auf die Verwechslung von F und S kommt eine Anfechtung nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB wegen Inhaltsirrtums in Betracht. Ein Inhaltsirrtum ist gegeben, wenn der Erklärende sich über den Bedeutungsgehalt des von ihm verwendeten Erklärungszeichens irrt und daher eine Divergenz zwischen individuellem Erklärungswillen und objektiv-normativer Bedeutung der Erklärung vorliegt.⁵¹ Der Erklärende weiß gewissermaßen was er sagt, er weiß aber nicht, was er damit sagt.⁵² Vorliegend wusste V, dass seine Erklärung als Übereignung des übergebenen Pferdes zu verstehen war, er irrte sich aber über dessen Identität. Es ließe sich argumentieren, dass hierin ein Irrtum über den Bezugspunkt und damit über den Inhalt der Erklärung liegt, weil V entgegen seiner Vorstellung letztlich nicht sagte »Ich übereigne S«, sondern »Ich übereigne F«. Durch die Übergabe wurde der Übereignungsgegenstand allerdings eindeutig individualisiert, sodass richtigerweise kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung »Hiermit übereigne ich das übergebene Pferd« besteht, sondern lediglich ein Irrtum über die Identität des übereigneten Pferdes und damit über dessen individuelle Eigenschaften.⁵³

In Betracht kommt daher ein Eigenschaftsirrtum gemäß § 119 Abs. 2 BGB. Diesbezüglich gilt es zunächst zu klären, ob die Regelung überhaupt anwendbar ist. Denn nach h. M. verdrängt das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht die Eigenschaftsirrtumsanfechtung des Käufers ab Gefahrübergang vollständig und diejenige des Verkäufers zumindest dann, wenn hierdurch dem Käufer seine Gewährleistungsrechte entzogen würden.⁵⁴ Bei dem vorliegenden Tauschvertrag sind sogar beide Parteien gewissermaßen jeweils Käufer und Verkäufer. Auf die hiermit verbundenen Fragen kommt es jedoch nicht an, da es nicht

um die Anfechtung des Tauschvertrags, sondern um die Anfechtung der dinglichen Einigung geht. Hierfür gilt der Vorrang des Gewährleistungsrecht aber nicht, da dieses durch die Anfechtung der dinglichen Einigung nicht unterlaufen wird.

Für die Verwirklichung von § 119 Abs. 2 BGB müsste sich V über verkehrswesentliche Eigenschaften von F geirrt haben. Verkehrswesentlich ist nicht der Wert als solcher, aber die wertbildenden Faktoren.⁵⁵ V irrte sich über die Identität von F und hielt diesen für S. Damit irrte er sich aber zugleich auch über dessen individuelle Eigenschaften wie Stammbaum und Alter. Hierbei handelt es sich um wertbildende Faktoren, sodass ein Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften i. S. v. § 119 Abs. 2 BGB vorliegt.⁵⁶

cc) Anfechtungsfrist

Die Anfechtung müsste innerhalb der Anfechtungsfrist des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgt sein. B hat die Anfechtung umgehend nach Entdeckung der Verwechslung am 12. Juli 2018 erklärt, sodass die Frist gewahrt ist.

c) Zwischenergebnis

Aufgrund der wirksamen Anfechtung ist B weiterhin Eigentümer von F.

2. Besitz des A

A übt die tatsächliche Sachherrschaft über F aus und hat daher den unmittelbaren Besitz inne (§ 854 Abs. 1 BGB).

3. Kein Recht zum Besitz

A dürfte zudem kein gegenüber B wirkendes Recht zum Besitz zustehen (§ 986 Abs. 1 S. 1 BGB). Ein Recht zum Besitz des A würde sich aus dem Tauschvertrag ergeben, wenn dieser B zur Übergabe (und Übereignung) von F an A verpflichtete. Fraglich ist daher, wie der Tauschvertrag auszulegen ist. So könnte erwogen werden, dass er sich – ähnlich wie hinsichtlich der dinglichen Einigung – auf das tatsächlich vorgeführte Pferd, also F beziehen sollte. Im Tauschvertrag wurde hingegen ausdrücklich S als Tauschobjekt benannt. Hierbei handelt es sich auch nicht ledig-

⁵¹ Staudinger/Singer, BGB, Neubearb. 2017, § 119 Rn. 38.

⁵² OLG Hamm NJW 2019, 3387 Rn. 72.

⁵³ Vgl. Flume BGB AT II, 4. Aufl. 1992, S. 459 f.; Staudinger/Singer (Fn. 51), § 119 Rn. 46; tendenziell anders OLG Hamm NJW 2019, 3387 Rn. 71; MüKo/Armbrüster, BGB, 8. Aufl. 2018, § 119 Rn. 79.

⁵⁴ Staudinger/Singer (Fn. 51), § 119 Rn. 85 m. w. N.

⁵⁵ MüKo/Armbrüster (Fn. 53), § 119 Rn. 139.

⁵⁶ OLG Hamm NJW 2019, 3387 Rn. 75 f.

lich um eine übereinstimmende Falschbezeichnung, da der Vertrag noch weitere zur Konkretisierung des Vertragsgegenstandes dienende Eigenschaften wie Größe, Körperbau, Alter und Abstammung aufzählt und diese nur auf S zutreffen. Des Weiteren nimmt der Vertrag die Equidenpassnummer von S in Bezug und es wurde auch der auf S ausgestellte Equidenpass vorgelegt. Aufgrund dieser Gesamtumstände bezieht sich der Tauschvertrag ersichtlich auf S und nicht auf F,⁵⁷ sodass er A kein Recht zum Besitz von F einräumt.

II. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs könnte prinzipiell die von A erhobene Einrede der Verjährung entgegenstehen (§ 214 Abs. 1 BGB). Allerdings gilt für dingliche Herausgabeansprüche gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB eine dreißigjährige Frist, sodass eine Verjährung ersichtlich ausscheidet.

III. Ergebnis

B kann von A gemäß § 985 BGB die Herausgabe von F verlangen.

D. Anspruch von B gegen A auf Herausgabe von F gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

B könnte gegen A gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Herausgabe von F zustehen. Dies setzt voraus, dass A den Besitz an F durch Leistung des B ohne Rechtsgrund erlangt hat.

I. Entstehung des Anspruchs

Der Begriff des erlangten etwas ist denkbar weit zu verstehen und umfasst jede vorteilhafte Rechtsposition und damit auch den Besitz.⁵⁸ Unter Leistung wird herkömmlich die bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens verstanden.⁵⁹ V hat F bewusst – wenn auch in der

Annahme, es handle sich um S – für B an A übergeben, um die Verpflichtung aus dem Tauschvertrag zu erfüllen. Es liegt damit eine (zugerechnete) Leistung von B vor. Diese müsste ohne rechtlichen Grund erfolgt sein, sodass A kein Behaltensgrund zusteht und er daher ungerechtfertigt bereichert ist. Der Tauschvertrag würde einen Rechtsgrund darstellen, wenn er auf Übergabe von F gerichtet wäre. Wie bereits behandelt, bezieht er sich aber nicht auf F, sondern auf S.⁶⁰ Für die Übertragung des Besitzes an F von V an A besteht daher kein Rechtsgrund, sodass der Tatbestand des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verwirklicht ist und der erlangte Besitz an den Leistenden B herausgegeben werden muss.⁶¹

II. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Auch diesem Anspruch könnte die Einrede der Verjährung entgegenstehen (§ 214 Abs. 1 BGB). Der Anspruch ist mit Übergabe i. S. v. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden. Gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB setzt der Verjährungsbeginn aber zusätzlich voraus, dass B von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis hatte. Dass das falsche Pferd übergeben wurde, bemerkte B erst nach seiner Rückkehr am 12. Juli 2018. Wie bereits im Rahmen der Anfechtungsfrist behandelt, kommt die Zurechnung einer vermeintlich Kenntnis des V nicht in Betracht.⁶² Der genaue Zeitpunkt der Kenntniserlangung ist im Hinblick auf die Jahresultimoregelung in § 199 Abs. 1 BGB aber letztlich auch unerheblich, da die Verjährung in jedem Fall erst mit Ablauf des Jahres 2018 zu laufen begonnen hat. Für Bereicherungsansprüche gilt mangels Sonderregelung die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB). Gemäß §§ 187 Abs. 2, 188

⁶⁰ S. o. C. I. 3.

⁶¹ Zu einem anderen Ergebnis könnte man allerdings im Hinblick auf § 434 Abs. 3 BGB kommen. Denn wenn die Lieferung von F als mangelhafte Erfüllung des Tauschvertrags und nicht als Nichterfüllung anzusehen wäre, würde der Tauschvertrag konsequenterweise auch einen Behaltensgrund darstellen. Genau genommen dürfte er dann auch bereits ein Recht zum Besitz begründen. Hinsichtlich der Anwendung von § 434 Abs. 3 BGB in Fällen des Identitätsirrtums ist allerdings vieles umstritten (vgl. Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB, Neubearb. 2013, § 434 Rn. 144 ff.), angefangen mit der Frage, ob die Regelung überhaupt auf die Stückschuld anwendbar ist. Bejaht man dies, muss man sich weiter fragen, ob B ebenso wie die dingliche Einigung auch seine bzw. V's potentielle Tilgungsbestimmung anfechten und auf diesem Wege eine Anwendung von § 434 Abs. 3 BGB vermeiden kann, der eine willentliche Erfüllungslleistung voraussetzt.

⁶² S. o. C. I. 1. b) cc).

⁵⁷ Vgl. auch OLG Hamm NJW 2019, 3387 Rn. 89.

⁵⁸ *Staae* Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014, § 3 Rn. 4, 15.

⁵⁹ *Staae* (Fn. 58), § 3 Rn. 20.

Abs. 2 Alt. 2 BGB verjährt der Anspruch am 31. Dezember 2021 um 24.00 Uhr und ist daher bisher nicht verjährt.

III. Ergebnis

B kann von A gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB die Herausgabe von F verlangen.