

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

10.07.2007

Geschäftszahl

4Ob104/07h

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zechner als Vorsitzenden und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Katja B*****, vertreten durch Dr. Günther Forenbacher, Rechtsanwalt in Graz, gegen die beklagten Parteien 1. Friedrich G*****, vertreten durch Dr. Martina Withoff, Rechtsanwältin in Zwettl, 2. I***** GmbH, S*****, Deutschland, vertreten durch Hausberger Moritz Schmidt Rechtsanwälte in Wörgl, wegen 37.403,79 EUR sA, infolge der Revisionen der klagenden und der erstbeklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 6. Februar 2007, GZ 5 R 3/07m-87, mit dem infolge der Berufungen der erstbeklagten und der zweitbeklagten Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 13. Oktober 2006, GZ 20 Cg 251/02z-77, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

I. Die Revision der klagenden Partei wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen. Die klagende Partei ist schuldig, der zweitbeklagten Partei die mit 1.757,70 EUR (darin 292,95 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die erstbeklagte Partei hat die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen.

II. Der Revision der erstbeklagten Partei wird Folge gegeben. Das angefochtene Urteil wird in Ansehung der Klagestattgebung (Punkt II. 1.) samt der getroffenen Kostenentscheidung aufgehoben. Die Rechtssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens bilden weitere Kosten des Berufungsverfahrens.

Text
Begründung:

Die Klägerin war im Frühjahr 2002 Reitschülerin des Erstbeklagten und bei ihm im Reitstall beschäftigt. Sie war Eigentümerin des beim Erstbeklagten eingestellten dreijährigen Wallachen „Laroche“, konnte dieses Pferd jedoch auf Grund seines Alters und der noch mangelhaften Ausbildung nicht auf Turnieren vorstellen. Der Erstbeklagte erklärte der Klägerin, die reiterisch weiterkommen wollte, sie benötige ein für die Klasse S (Dressur) ausgebildetes Pferd für die erfolgreiche Teilnahme an Turnieren. Die Klägerin, die ein solches Pferd kaufen wollte, reiste sodann mit dem Erstbeklagten zur Zweitbeklagten nach Deutschland, mit der der Erstbeklagte bereits einige Jahre in ständiger Geschäftsbeziehung stand. Die Klägerin und der Erstbeklagte besichtigten dort mehrere Pferde, darunter „Alabaster's son“; diesen ritt die Klägerin auch zur Probe. Das Pferd war leicht zu reiten, Mängel waren nicht ersichtlich. Nachdem der Erstbeklagte dieses Pferd als für die Klägerin geeignet beurteilt hatte, entschloss sich die Klägerin zum Kauf. Über Empfehlung des Erstbeklagten ließ sie das Pferd durch einen Tierarzt untersuchen. Dafür zahlte sie 300 EUR. Diese klinische und röntgenologische Untersuchung hatte die Extremitäten des Pferdes zum Gegenstand, nicht jedoch dessen Rücken und Nacken. Danach schloss der Erstbeklagte mit der Zweitbeklagten einen schriftlichen Kauf- und Tauschvertrag über insgesamt drei Pferde, darunter „Alabaster's son“. In der Vertragsurkunde schien allerdings die Mutter des Erstbeklagten als Käuferin auf. Am 7. oder 8. 5. 2002 erfolgte die Lieferung der Pferde nach Österreich. In Abstattung des Kaufpreises für „Alabaster's son“ von 70.000 DM erhielt die Verkäuferin vereinbarungsgemäß das bisherige Pferd der Klägerin „Laroche“ und 25.500 EUR in bar. Nach dem Abladen wurde „Alabaster's son“

an der Longe bewegt, er wies dabei keine Mängel infolge des Transports auf. Am 21. 5. 2002 ließ die Klägerin „Alabaster's son" von einem Tierarzt untersuchen. Dabei wurde eine Schmerzhaftigkeit an der linken Kruppe im Bereich der Wirbelsäule und eine Schrittverkürzung der linken Hinterhand im Bereich des Ischias-Nervs festgestellt. Der Tierarzt behandelte das Pferd mit Akupunktur und homöopathischen Mitteln; eine Röntgenuntersuchung erfolgte nicht. Die Klägerin zahlte dafür 120 EUR. In der Folge ließ sie das Pferd vom Vertrauens-tierarzt des Erstbeklagten untersuchen und nach Grundsätzen alternativer Medizin behandeln. Die Kosten dafür beliefen sich auf rund 360 EUR. Im Oktober 2002 stellte die Klägerin „Alabaster's son" in einem anderen Stall ein. Am 22. 10. 2002 wurde das Pferd an der veterinärmedizinischen Universität in Wien untersucht. Dabei wurden ein (geringgradiges) „Kissing-Spine-Syndrom" und Verkalkungen im Nackenband diagnostiziert. Für diese Untersuchung zahlte die Klägerin 654,10 EUR. Später ließ sie „Alabaster's son" ua auch noch mit TCM (Traditioneller chinesischer Medizin) behandeln, wofür sie 313,48 EUR zahlte. Alle veranlassten tierärztlichen Untersuchungen waren notwendig, die Honorare waren angemessen. Die Klägerin begehrte von den Beklagten zur ungeteilten Hand 37.403,79 EUR sA; dieser Betrag errechnet sich aus dem vereinbarten Kaufpreis für „Alabaster's son" (70.000 DM = 35.609,69 EUR), den Kosten für die Ankaufuntersuchung (300 EUR) sowie den späteren Kosten für tierärztliche Untersuchungen und Behandlungen (120, 320, 654,10 und 400 EUR). Der Kostenaufwand für tierärztliche Leistungen sei zur Ermittlung der gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Pferdes notwendig gewesen. Der Kaufpreis sei vereinbarungsgemäß durch die Leistung von 25.500 EUR in bar und die Übergabe des Pferdes „Laroche" an Zahlungsstatt entrichtet worden. Die wechselseitige Übergabe des Geldes und der Pferde habe am 8. 5. 2002 in Österreich stattgefunden. Das nach der Eignungszusage für die Dressurklasse S ausgebildete Pferd sei indes nicht gut zu reiten gewesen; auch der Erstbeklagte habe es nicht auf die gleiche Weise wie beim Proberitt reiten können. Das indiziere eine besondere Vorbereitung für den Proberitt. Erst bei den tierärztlichen Untersuchungen hätten sich bei „Alabaster's son" ein „Kissing-Spine-Syndrom" und irreparable Verkalkungen im Genickbereich herausgestellt. Das Pferd sei deshalb für die Dressur - insbesondere der Klasse S - ungeeignet. Es handle sich um bereits im Zeitpunkt der Übergabe vorhandene wesentliche und unbehebbar e Mängel, weshalb Wandlung begehrt werde. Der Erstbeklagte habe behauptet, nur Vermittler der als Verkäuferin auftretenden Zweitbeklagten gewesen zu sein. Die Zweitbeklagte habe bestritten, ihr ein Pferd verkauft zu haben. Beide Beklagten hätten zusammengewirkt, um sie über den tatsächlichen Verkäufer im Unklaren zu lassen und insofern in Irrtum zu führen. Der Erstbeklagte habe die Untauglichkeit des Pferdes für den bedungenen Gebrauch schon bei Abschluss des Kaufvertrags gekannt. Auch der Geschäftsführer der Zweitbeklagten habe das gewusst. Es habe sich ergeben, dass sich das Pferd nach medikamentöser Schmerzfreistellung ganz anders als ohne Medikamenteneinfluss präsentiere. Die Beklagten hafteten aus den Titeln der Gewährleistung, des Schadenersatzes, aber auch der Irreführung über den wahren - den bedungenen Gebrauch ausschließenden

- Zustand des Pferdes. Der Erstbeklagte sei jedenfalls als Verkäufer anzusehen. Die Zweitbeklagte hafte wegen Irreführung, selbst wenn sie nicht Verkäuferin im Verhältnis zu ihr - der Klägerin - gewesen sein sollte, habe sie doch die mangelnde Eignung des Pferdes für die Dressur der Klasse S gekannt; andernfalls hätte ihr das bekannt sein müssen. Das Pferd sei nur mit ärztlicher Vorbereitung reittauglich. Für ein gezieltes Training und einen Turniereinsatz eigne es sich nicht. Die Zweitbeklagte hafte allenfalls aus dem Vertrag zwischen den Beklagten als solchen mit Schutzwirkungen zu ihren - der Klägerin
- Gunsten. Der Geschäftsführer der Zweitbeklagten habe von ihrem Proberitt gewusst, er habe mit ihr Verkaufsgespräche geführt, ihr Eintauschpferd samt dem Pferdepass, in dem sie als Besitzerin eingetragen gewesen sei, übernommen und das gekaufte Pferd zu ihrem Einstellplatz geliefert; es sei ihm klar gewesen, dass das Pferd nicht an ihre Mutter, die bloße Geldgeberin, sondern an sie selbst verkauft worden sei.

Der Erstbeklagte wendete ein, die Mutter der Klägerin habe sich an ihn gewandt, um nähere Informationen über das besichtigte Pferd zu erhalten. Er habe mit ihr eines günstigeren Kaufpreises wegen vereinbart, das Pferd treuhändig für sie bei der Zweitbeklagten zu erwerben. Die Klägerin sei daher nicht aktiv legitimiert. Seine Treuhandschaft für deren Mutter sei der Zweitbeklagten offengelegt worden. Er habe der Klägerin daher nichts verkauft und sei deshalb nicht passiv legitimiert. Das ihm treuhändig übergebene Pferd „Laroche" habe wegen schlechter Reit- und Charaktereigenschaften sowie einer schweren Strahlfäule nur einen Wert von 2.000 EUR. Deshalb belaufe sich der Kaufpreis für „Alabaster's son" letztlich bloß auf 27.500 EUR. Dessen Lieferung nach Österreich und die Zahlung des bar zu entrichtenden Teils des Kaufpreises seien am 7. 5. 2002 erfolgt. Das Pferd sei im Zeitpunkt seiner Übergabe mängelfrei und für den bedungenen Gebrauch geeignet gewesen. Später hervorgekommene Mängel könnten ihre Ursache in einem ungeeigneten Training oder in einer unsachgemäßen Behandlung haben.

Die Zweitbeklagte wendete wegen ihres Sitzes in Deutschland mangelnde inländische Gerichtsbarkeit „bzw" mangelnde Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ein. In der Sache brachte sie vor, nicht Vertragspartnerin der Klägerin geworden zu sein; sie habe das Pferd „Alabaster's son" an den Erstbeklagten verkauft. Es sei Teil einer umfassenden Kauf- und Tauschvereinbarung zwischen den Beklagten gewesen. Diese sei über Wunsch des Erstbeklagten aus steuerlichen Gründen mit dessen Mutter geschlossen worden. Die vom Erstbeklagten behauptete Treuhandvereinbarung sei ihr unbekannt. Das Pferd sei mängelfrei und für den bedungenen Gebrauch geeignet übergeben worden. Das Erstgericht verwarf die Unzuständigkeitseinrede der Zweitbeklagten und gab

dem Klagebegehren statt. Es traf unter anderem noch folgende, (auch) in der Berufung des Erstbeklagten bekämpfte Feststellungen:

Die Untersuchung von „Alabaster's son" am 6. 8. 2003 habe ergeben, dass es „nicht durch das Genick geritten werden" könne. Die Veränderungen an den Dornfortsätzen der Brustwirbel und die Verkalkungen im Ansatzbereich des Nackenbandes verhinderten ein problemloses Reiten. Kissing-Spine-Syndrome könnten durch intensives Training oder schlechte reiterliche Einwirkung im Lauf der Ausbildung entstehen. Ein solches Syndrom lasse sich medikamentös durch die Verabreichung schmerzstillender und entzündungshemmender Medikamente behandeln. Eine Teilnahme des Pferdes an Turnieren scheidet jedoch aus. Bei „Alabaster's son" sei jenes Syndrom bereits im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden gewesen. Die Verkalkungen im Nackenbandbereich seien gleichfalls schon „beim Ankauf" vorhanden gewesen; solche würden meist bei weiteren Traumen oder Strapazen - also durch die Arbeit mit dem Pferd - floride. Mit Verkalkungen im Genick sei das Pferd nur bedingt verwendbar, jedenfalls sei es für die Dressur in der Klasse S nicht einsetzbar.

Nach der Rechtsansicht des Erstgerichts trat der Erstbeklagte bei der Zweitbeklagten „für die Klägerin" auf. Der Zweitbeklagten sei bekannt gewesen, dass die Klägerin Käuferin sei. Es sei aber zumindest erkennbar gewesen. Dass die Eltern der Klägerin das Bargeld beigesteuert hätten, ändere nichts „am Zustandekommen des Kaufvertrags zwischen der Klägerin und dem Erstbeklagten". Bezeichnend sei, dass anstatt des Erstbeklagten dessen Mutter im Kaufvertrag mit der Zweitbeklagten als Käuferin aufscheine. Vor diesem Hintergrund sei umso mehr davon auszugehen, dass der Erstbeklagte nur vorgeschoben worden, das Geschäft aber „zwischen der Klägerin und der Zweitbeklagten zustande gekommen" sei. Der Erstbeklagte hafte der Klägerin „auf Grund des Kaufvertrags aus dem Titel der Gewährleistung", sei doch der Mangel innerhalb von sechs Monaten ab der Übergabe hervorgekommen. Wegen der „Kissing-Spines" und der Verkalkungen im Nackenband sei das Pferd für den Dressursport in der Klasse S ungeeignet. Auch wenn die unbeheblichen Mängel zum Zeitpunkt der Übergabe noch geruht hätten und erst wenig später akut geworden wären, genüge es für Gewährleistungsansprüche, dass die „Anlage" zum Mangel beim Gefahrenübergang (Übergabe) schon bestanden habe. Das Pferd nur für Freizeitritte zu verwenden, erfülle die bedungene Eigenschaft nicht. Das Wandlungsbegehren sei berechtigt. Wegen Vorliegens eines Verbrauchergeschäfts nach § 1 KSchG, sei die sechswöchige Gewährleistungsfrist für Viehmängel gemäß § 933 Abs 2 ABGB nicht anzuwenden. Auch die Zweitbeklagte hafte „im Sinne der Gewährleistung", weil „das verdeckte Geschäft zum Tragen" komme; zumindest aber hafte sie für Schadenersatz, weil ihr als Pferdehändlerin habe bekannt sein müssen, dass das Kaufobjekt für die Dressur in der S-Klasse ungeeignet sei. Beide Beklagten hafteten auch für die geltend gemachten Tierarztkosten. Diese seien Mangelfolgekosten.

Das Berufungsgericht verurteilte nur den Erstbeklagten zur Zahlung von 35.609,69 EUR sA, das Mehrbegehren von 1.794,10 EUR sA und das gesamte Begehren im Verhältnis zur Zweitbeklagten wies es dagegen ab. Es sprach ferner aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil höchstgerichtliche Rechtsprechung dazu fehle, ob die Vermutung nach § 924 ABGB auch bei krankheitsbedingten Tiermängeln eingreife. Aus dem Sachverhalt folge, dass die Klägerin „Alabaster's son" gekauft habe. Deren Mutter sei nur Geldgeberin gewesen. Verkäufer des Pferdes im Verhältnis zur Klägerin sei (nur) der Erstbeklagte gewesen. Dieser werde beim Weiterverkauf an die Klägerin nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge auch einen höheren Preis erzielt haben, als er an die Zweitbeklagte habe entrichten müssen. Er habe mit der Zweitbeklagten einen Kauf- und Tauschvertrag über insgesamt drei Pferde geschlossen und seine Mutter als Käuferin vorgeschoben. Für den nach dem 31. 12. 2001 geschlossenen Kaufvertrag sei bereits die Rechtslage nach dem am 1. 1. 2002 in Kraft getretenen Gewährleistungsrechtsänderungsgesetz maßgebend. Gemäß § 924 ABGB habe der Übergabe für die bei Übergabe bereits vorhandenen Mängel Gewähr zu leisten. Solche Mängel würden bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn sie innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe hervorkämen. Diese Vermutung beruhe darauf, dass Mängel, die bald nach der Übergabe zu Tage träten, in der Regel bereits bei Übergabe bestanden hätten. Überdies könne der Verkäufer eine allfällige Mängelfreiheit wegen seiner Beziehung zum Hersteller des Kaufobjekts leichter beweisen als der Käufer. Die hier bedeutsamen Mängel seien jedenfalls innerhalb von sechs Monaten ab Übergabe des Pferdes hervorgekommen. Den Prozessstandpunkt der Klägerin stütze daher die Vermutung des § 924 zweiter Satz ABGB. Diese trete gemäß § 924 dritter Satz ABGB nur dann nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar sei. Es gebe keinen generellen Ausschluss der gesetzlichen Vermutung bei gebrauchten Sachen. Gesundheitliche Mängel eines Tieres fielen ferner nicht unter § 924 dritter Satz ABGB. Somit belasteten alle Unklarheiten auf der Tatsachenebene über den Zeitpunkt des Eintritts der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Pferdes die Beklagten. Diese hätten den ihnen obliegenden Entlastungsbeweis nicht erbracht. Das Wandlungsbegehren sei daher berechtigt. Die Gewährleistungsfrist nach § 933 Abs 2 ABGB für Viehmängel komme bei Reit- und Springpferden nicht zum Tragen.

Frustrierte Mangelfolgekosten - hier: die Aufwendungen der Klägerin für die Ankaufsuntersuchung, die Feststellung der Mängel und deren versuchte Behebung - stünden der Klägerin nur aus dem Titel des Schadenersatzes zu. Dabei habe der Übergabe nach § 1298 ABGB seine allfällige Schuldlosigkeit zu beweisen. Ein Verschulden des Erstbeklagten am Erwerb von „Alabaster's son" trotz seiner Mängel sei nicht zu erkennen, sei doch über seine Empfehlung eine Untersuchung des Tiers vor dem Kauf durchgeführt worden. Diese habe keine Mängel ergeben. Der Erstbeklagte habe daher vor dem Kauf und Weiterverkauf die gebotene Sorgfalt eingehalten. Eine Irreführung der Klägerin über die Turniertauglichkeit des Pferdes sei nicht erwiesen. Im Verhältnis zur Zweitbeklagten sei nach Artikel 3 EVÜ das von den Parteien in der mündlichen

Berufungsverhandlung am 6. 2. 2007 gewählte österreichische Sachrecht maßgebend. Eine Vertragsbeziehung zwischen der Klägerin und der Zweitbeklagten bestehe nicht. Letztere habe den Kauf- und Tauschvertrag über insgesamt drei Pferde mit dem Erstbeklagten geschlossen. Demnach schieden Gewährleistungsansprüche der Klägerin gegen die Zweitbeklagte aus. Für Schadenersatz haftete die Zweitbeklagte nur deliktisch. Diesfalls wären jedoch reine Vermögensschäden nicht ersatzfähig. Es fehle aber auch an einem Verschulden der Zweitbeklagten. Die Ankaufsuntersuchung habe keine Mängel ergeben. Dass die Zweitbeklagte um die gesundheitliche Beeinträchtigung des Pferdes gewusst habe, stehe nicht fest. Damit komme auch die als weitere Stütze des Klageanspruchs ins Treffen geführte Irreführung nicht zum Tragen. Ansprüche wegen Verletzung eines Vertrags mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter bestünden nicht, wenn der Dritte - wie hier die Klägerin - den behaupteten Schadenersatzanspruch auf Grund eines eigenen Vertrags geltend machen könne.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der Klägerin ist unzulässig, jene des Erstbeklagten ist dagegen zulässig und im Rahmen des Aufhebungsantrags auch berechtigt.

I. Zur Revision der Klägerin

1. Die Klägerin geht nicht vom festgestellten Sachverhalt aus, sondern bekämpft mit einem Großteil ihrer Ausführungen in Wahrheit die Beweiswürdigung der Vorinstanzen. Diese stellten nicht fest, dass Partei des Kaufvertrags mit der Klägerin die Zweitbeklagte geworden sei, diese von der Untauglichkeit des Pferdes für den bedungenen Gebrauch gewusst, die Klägerin darüber in Irrtum geführt oder mit dem Erstbeklagten zur Schädigung der Klägerin zusammengewirkt habe. Daher entbehrt ihre Rechtsrüge insoweit einer gesetzmäßigen Ausführung.

2. Die Revision zeigt ferner nicht auf, weshalb - auf dem Boden der maßgebenden Tatsachen - die Rechtsansicht des Berufungsgerichts unzutreffend sein soll, für Ansprüche gegen die Zweitbeklagte mangle es sowohl an einer vertraglichen als auch an einer deliktischen Grundlage. Soweit sie daran festhält, geschützte Dritte des Kauf- und Tauschvertrags zwischen den Beklagten zu sein, übergeht sie die ihrem Standpunkt widersprechenden - auf der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs beruhenden - Erwägungen des Berufungsgerichts. Danach sind Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter auf Grund eines fremden Vertrags zu verneinen, wenn der Dritte gegen einen der Partner jenes Vertrags Ansprüche aus einem eigenen Vertrag hat (7 Ob 245/02h mwN).

3. Die Entscheidung hängt daher nach den in der Revision vorgetragenen Gründen nicht von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO ab.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO bzw §§ 40, 50 Abs 1 ZPO. Nur die Zweitbeklagte wies in ihrer Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit des Rechtsmittels hin, weshalb nur ihr Schriftsatz einer zweckentsprechenden Rechtsverteidigung diene. Der Ansatz für die Kostenberechnung nach TP 3C RATG beträgt jedoch richtig 976,50 EUR.

II. Zur Revision des Erstbeklagten

1. Der Erstbeklagte macht als wesentlichen Mangel des Berufungsverfahrens geltend, die zweite Instanz habe seine Beweisrüge mit einer kursorischen Scheinbegründung erledigt und sich mit der Bekämpfung der Feststellungen zum Vorliegen der Mängel bereits im Zeitpunkt der Übergabe in Wahrheit nicht auseinandergesetzt.

2. Ein Mangel des Berufungsverfahrens liegt ua dann vor, wenn die zweite Instanz eine Beweisrüge nicht erledigte, nur mit inhaltsleeren Floskeln abtat oder so kursorisch behandelte, dass nicht nachvollziehbar ist, weshalb es bekämpfte entscheidungswesentliche Feststellungen für richtig hielt (ausführlich dazu Zechner in Fasching/Konecny² IV/1 § 503 ZPO Rz 143 ff; ebenso E. Kodek in Rechberger³ § 503 Rz 11 je mN aus der Rsp).

3. Das Berufungsgericht hielt die Beweisrüge in der Berufung des Erstbeklagten gegen die Feststellungen zu den bei „Alabaster's son“ bereits im Zeitpunkt dessen Übergabe vorhandenen Mängel für nicht gesetzmäßig ausgeführt, weil „konkret begehrte Ersatzfeststellungen ... nicht erkennbar“ seien. Der Beweisrüge ist jedoch als Ergebnis der ausgeführten Gründe zu entnehmen, es könne „lediglich als gesichert festgestellt werden, dass zum Ankaufszeitpunkt das Pferd 'Alabaster's son' an einem KSS (Anm: Kissing-Spine-Syndrom) nicht gelitten hat bzw. dieses nicht vorgelegen hat“ und sich aus „klinischen Befunden in keinster Weise ... auch nur ein Verdacht auf das Vorhandensein eines KSS bzw. von Kalkeinlagerungen im Nackenband zum Ankaufszeitpunkt“ ableiten lasse. Damit verdeutlichte der Erstbeklagte, welche Feststellungen anstelle der getroffenen er anstrebte, nämlich dass „Alabaster's son“ bei dessen Übergabe an die Klägerin als Käuferin weder an einem Kissing-Spine-Syndrom noch an Kalkeinlagerungen im Nackenband litt. Es trifft somit - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht zu, dass der Erstbeklagte in der Beweisrüge konkrete Ersatzfeststellungen nicht begehrte. Soweit die zweite Instanz auf die mit behaupteten Ergebnissen des Beweisverfahrens begründete ausführliche Kritik des Erstbeklagten an dem die bekämpften Feststellungen tragenden Gutachten eines Sachverständigen letztlich dennoch eingeht, führt sie bloß aus, das Gutachten erscheine „im Großen und Ganzen durchaus schlüssig“ und es wäre trotz der dort gemachten Einschränkung - die festgestellten gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Pferdes müssten bei Übergabe noch nicht vorhanden gewesen sein, es sei aber

wahrscheinlicher, dass es der Fall gewesen sei - „nicht zu beanstanden, dass das Erstgericht hieraus auf Grund eigener, unter Berücksichtigung aller anderen vorliegenden Beweisergebnisse gewonnener Überzeugung die Feststellungen über das Vorhandensein der näher beschriebenen Beeinträchtigungen zum Übergabezeitpunkt“ getroffen habe. Das ist nicht mehr als eine Scheinbegründung, mit der die Kernargumente in der Beweistrüge des Erstbeklagten nicht erledigt wurden (siehe dazu Zechner aaO § 503 ZPO Rz 145). Auch bei Behandlung der Beweistrüge der Zweitbeklagten, die gleichfalls die Feststellungen bekämpfte, es seien bei „Alabaster's son“ die erwähnten Verkalkungen und das Kissing-Spine-Syndrom im Zeitpunkt dessen Übergabe an die Klägerin als Käuferin vorhanden gewesen, führte die zweite Instanz lediglich aus, dass „die Beweisergebnisse insgesamt diese Feststellung durchaus“ trügen, „weshalb sie vom Berufungsgericht gebilligt“ werde. 3. 1. Vor dem Hintergrund der Erwägungen unter 2. und 3. leidet das Berufungsverfahren an einem wesentlichen Mangel. Die zweite Instanz wird daher die entscheidungsrelevanten Feststellungen geltende Beweistrüge des Erstbeklagten im fortgesetzten Verfahren mängelfrei zu erledigen haben. Als Ergebnis dessen wird klarzustellen sein, ob und, bejahendenfalls, inwieweit die bekämpften Feststellungen übernommen werden. Wären nämlich anstelle der in erster Instanz getroffenen, die vom Erstbeklagten angestrebten Feststellungen über den Zustand von „Alabaster's son“ im Zeitpunkt seiner Übergabe an die Klägerin als Käuferin zu treffen, so wäre dem geltend gemachten Gewährleistungsanspruch der Boden entzogen. Blicke die Beweistrüge des Erstbeklagten dagegen erfolglos, so wäre das Wandlungsbegehren berechtigt. In beiden Fällen würden an § 924 ABGB anknüpfende Beweislastfragen nicht mehr aufgeworfen.

4. Lediglich dann, wenn das Berufungsgericht weder die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen übernehme noch die vom Erstbeklagten angestrebten Feststellungen trafe, sodass letztlich nicht feststellbar wäre, ob „Alabaster's son“ bereits im Zeitpunkt seiner Übergabe an die Klägerin als Käuferin unter der erörterten gesundheitlichen Beeinträchtigung litt, wäre die Rechtssache nach dem auf § 924 ABGB fußenden - tieferstehend zu erörternden - Gesichtspunkt der Beweislastverteilung zu beurteilen.

5. Die Frage danach, ob die Vermutung kraft § 924 zweiter Satz ABGB bei den nicht unter § 925 ABGB fallenden Tierkrankheiten deshalb nicht eingreifen könne, weil sie mit der Art der Sache und des Mangels iSd § 924 dritter Satz ABGB unvereinbar sei, wurde vom Obersten Gerichtshof noch nicht beantwortet. Im Schrifttum finden sich unterschiedliche Auffassungen. Nach Fischer-Czermak (in FS Krejci 1167 [1176 f]), Welser/Jud (Gewährleistungsrecht §§ 925 - 927 ABGB Rz 8) und Ofner (in Schwimann, ABGB³ § 924 Rz 9) soll die Vermutung nach § 924 zweiter Satz ABGB ganz allgemein nicht für Tierkrankheiten gelten, weil Veränderungen bei Lebewesen in aller Regel viel rascher vor sich gingen als bei leblosen Sachen. Dementgegen sieht Dobretsberger (§ 924 ABGB bei Tiermängeln, AnwBl 2003, 539 [542 f]) keinen Grund, auf Tiermängel die erörterte gesetzliche Vermutung jedenfalls nicht anzuwenden, weil die Ausnahme in § 924 dritter Satz ABGB nach der Regierungsvorlage nur auf Fehler abziele, bei denen typischerweise anzunehmen sei, dass sie nicht bereits bei der Übergabe vorhanden gewesen seien; das treffe auf Tierkrankheiten nicht generell zu. Nach P. Bydliniski (in KBB², § 924 Rz 7 f) soll die Unvereinbarkeit der gesetzlichen Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels bei Tierkrankheiten - wie bei verderblichen Waren - jeweils auf Grund des „konkreten Hervorkommenszeitpunkts“ des jeweiligen Mangels geprüft werden.

5.1. Der Senat hält bei Beurteilung der Krankheit eines Sportpferds eine flexible Anwendung des § 924 dritter Satz ABGB im Einklang mit den Ausführungen P. Bydliniskis für geboten. Gemessen am Regelungszweck, das Eingreifen der Vermutung nach § 924 zweiter Satz ABGB sachgerecht zu beschränken, ist es mit dieser Wertung am besten in Einklang zu bringen, die Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels für die nicht unter § 925 ABGB fallenden Pferdekrankheiten weder generell auszuschließen, noch ganz allgemein zu bejahen, sondern jeweils auf den konkreten Zeitpunkt des Hervorkommens und die Art und Wurzel der jeweiligen Erkrankung abzustellen. Im Licht dessen wäre hier danach zu fragen, ob die erstmals nach Übergabe festgestellten Krankheiten - berücksichtigt man neben dem Alter des betroffenen Tiers auch den üblichen Zeitraum, der zwischen dem Beginn der Erkrankungen und der Wahrnehmbarkeit erster Symptome verstreicht - schon im Zeitpunkt der Übergabe von „Alabaster's son“ an die Klägerin als Käuferin in ihrer Wurzel vorhanden gewesen sein können. Wäre das zu bejahen, so griffe die gesetzliche Vermutung nach § 924 zweiter Satz ABGB ein, andernfalls dagegen nicht.

5.2. Die Erwägungen unter 5. und 5.1. lassen sich in folgender Weise zusammenfassen:

Ob im Fall einer nicht unter § 925 ABGB fallenden Krankheit als Mangel eines Sportpferds die Vermutung nach § 924 zweiter Satz ABGB infolge Unvereinbarkeit mit der Art der Sache oder des Mangels iSd § 924 dritter Satz ABGB eingreift oder nicht, ist nach dem konkreten Zeitpunkt des Hervorkommens und der Art und Wurzel der jeweiligen Erkrankung zu beurteilen. Die gesetzliche Vermutung greift daher jedenfalls dann ein, wenn eine erstmals nach Übergabe des Sportpferds an den Käufer festgestellte Erkrankung - berücksichtigt man neben dem Alter des betroffenen Tiers auch den üblichen Zeitraum, der zwischen dem Beginn der jeweiligen Erkrankung oder im Fall einer Infektionskrankheit dem Zeitpunkt der Infektion und der Wahrnehmbarkeit erster Krankheitssymptome verstreicht - in ihrer Wurzel schon im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden gewesen sein kann.

5.3. Beim Pferd „Alabaster's son“, das im Zeitpunkt des Kaufs rund neun Jahre alt gewesen sein könnte (Beilage .F), wurden etwa fünfeinhalb Monate nach dessen Übergabe an die Klägerin ein (geringgradiges) Kissing-Spine-Syndrom sowie Verkalkungen im Nackenband festgestellt. Die Vermutung des § 924 zweiter Satz ABGB

käme nach den bisherigen Erwägungen somit nur dann zum Tragen, wenn die beim Pferd festgestellten krankhaften Veränderungen ausgehend vom Zeitpunkt deren erstmaligen Feststellung ihrer Art und Wurzel nach bereits vor fünfeinhalb Monaten begonnen haben können. Ob dies der Fall ist, lässt sich nach bereits bekannten Tatsachen noch nicht abschließend beurteilen.

6. Der Kostenvorbehalt beruht auf §§ 50 Abs 1, 52 Abs 1 ZPO.