

**Brandenburgisches OLG - Urteil vom 30.04.2009 - Az. 12 U 196/08 (gekürzt)**

Das Brandenburgische Oberlandesgericht hatte sich mit einem Fall zu befassen, bei dem ein Pferd per Telefongespräch gekauft worden ist.

Der Kläger hatte von der Beklagten im Januar 2005 ein Pferd gekauft, das im Februar und März 2005 Koliken hatte. Er nimmt die Beklagte auf Minderung und Schadensersatz in Anspruch. Die Parteien streiten über einen Gewährleistungsausschluss, einen Mangel des Pferdes im Hinblick auf die bei diesem nach Vertragsschluss aufgetretenen Koliken, über die Beweislastumkehr nach § 476 BGB, und schließlich die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung zur Nacherfüllung.

Hinsichtlich der Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses hatte die Beklagte eine Zeugin als Beweismittel angeboten, die das Telefongespräch mitgehört habe. Die Beklagte hatte entsprechendes mit dem Erwidernsschriftsatz vom 02.03.2007 vorgetragen. Der Kläger hatte diesen Vortrag erstmals mit Schriftsatz vom 10.07.2008 bestritten. Die Vorinstanz hatte das Bestreiten eines Gewährleistungsausschlusses durch den Kläger als verspätet gem. §§ 282 Abs. 1, 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Der Kläger ist der Auffassung, dass die Zeugin wegen eines Beweisverwertungsverbotes nicht hätte gehört werden können, da sie unberechtigt das Telefongespräch zwischen den Parteien mitgehört habe.

In der Sache hat das Rechtsmittel des Klägers insoweit Erfolg, als das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen wurde. Das landgerichtliche Urteil sei verfahrensfehlerhaft ergangen. Zu Unrecht habe das Landgericht das Bestreiten eines Haftungsausschlusses durch den Kläger als verspätet zurückgewiesen. Die Beklagte habe ihre Behauptung zu einer entsprechenden Vereinbarung bei dem Telefonat am 13.01.2005 nicht hinreichend unter Beweis gestellt. Dabei äußerte sich das OLG nun zu dem Beweiswert beim Mithören von Telefongesprächen.

Das Gericht führt hierzu aus, dass

*„das Mithören von Telefongesprächen durch einen Dritten ohne Bekanntgabe dieses Umstandes an den Gesprächspartner sowie die Vernehmung dieses Dritten als Zeugen und die*

*Verwertung von dessen Aussage im Prozess das Recht des Gesprächsführenden an seinem gesprochenen Wort als Teil seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG (BVerfG NJW 2002, S. 3619; Greger in Zöller, ZPO-Kommentar, 27. Aufl., § 286 Rn. 15 b) [verletzt]. Das Selbstbestimmungsrecht eines jeden Menschen hinsichtlich der eigenen Darstellung der Person in der Kommunikation mit anderen findet seinen Ausdruck in der Befugnis des Menschen, selbst und allein zu entscheiden, ob sein Wort auf einen Tonträger aufgenommen und damit möglicherweise Dritten zugänglich werden soll, weiterhin besteht Schutz davor, dass ein Kommunikationspartner ohne Kenntnis des anderen eine dritte Person als Zuhörer in das Gespräch mit einbezieht oder die unmittelbare Kommunikationsteilhabe durch den Dritten gestattet (BVerfG a. a. O.).*

*Der Gesprächsführende ist gegen eine Kommunikationsteilhabe jedoch dann nicht geschützt, wenn er etwa von ihm unerwünschte Hörer in seiner Nähe übersieht oder die Lautstärke seiner Äußerung falsch einschätzt, wobei entscheidend ist, ob der Sprecher aufgrund der Rahmenbedingungen erwarten darf, nicht von Dritten gehört zu werden (BVerfG a. a. O.). Die Schutzbedürftigkeit des Kommunikationsvorganges hängt dabei nicht davon ab, ob das Gespräch einen vertraulichen Inhalt hat oder ob der Anrufer erkennbaren Wert auf Vertraulichkeit gelegt hat (BVerfG a. a. O.). Schließlich ist allein aufgrund der faktischen Verbreitung von Mithöreinrichtungen an Telefongeräten die Annahme einer stillschweigenden Einwilligung in das Mithören nicht gerechtfertigt (BVerfG a. a. O.; zur ausnahmsweisen Annahme einer stillschweigenden Einigung vgl. BVerfG NJW 2003, S. 2375; OLG Jena, MDR 2006, s. 533).“*

Im vorliegenden Fall sollte, nach dem Vortrag der Beklagten in der Berufungsinstanz, die benannte Zeugin jedoch allein die Worte der Beklagten mitgehört haben, so dass eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers nicht vorlag. Nach dem Vortrag der Beklagten war es der Zeugin nach Ansicht des OLG allerdings nicht möglich zu bestätigen, dass der Kläger einem Gewährleistungsausschluss zugestimmt hat, denn eine entsprechende Erklärung hat die Zeugin gerade nicht vernommen.

Die vom LG noch zu klärenden Fragen werden sodann vom OLG aufgeführt:

Hierzu gehört das Vorliegen eines Mangels des Pferdes bei Gefahrübergang am 15.01.2005 bezüglich der Behauptung des Klägers, bereits an diesem Tage habe bei dem Tier eine persistierte Gewebespange und eine Veränderung des Ileums vorgelegen und bezüglich der gegenbeweislichen Behauptung der Beklagten, erst aufgrund der ersten Kolik im Februar 2005 hätten sich Mesenterialverwachsungen mit Darmteilen entwickelt. Eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Mangelhaftigkeit des Pferdes entsprechend der in § 476 BGB enthaltenen

Vermutungsregelung hat das OLG nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht angenommen. Der Kläger habe das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs bereits im Hinblick auf die Einordnung der Beklagten als Unternehmerin im Sinne von § 14 Abs. 1 BGB nicht hinreichend dargetan.

Das LG wird weiterhin zu klären haben, ob das für Minderung und Schadensersatz erforderliche fruchtlose Setzen einer Frist zur Nacherfüllung entbehrlich gewesen ist. Eine Entbehrlichkeit ist beim Tierkauf anzunehmen, wenn die unverzügliche Inanspruchnahme tierärztlicher Hilfe erforderlich war, die tierärztliche Behandlung mithin eine Notfallmaßnahme darstellte, die aus damaliger Sicht keinen Aufschub duldete und insbesondere auch einen Transport des erkrankten Tieres zum Wohnort des Verkäufers nicht zuließ (vgl. BGH, MDR 2006, S. 141).

Diesbezüglich ist festzustellen, ob die Koliken die durchgeführten Maßnahmen der ärztlichen Behandlung rechtfertigten und – weil es sich um Notmaßnahmen handelte – der Kläger nicht zunächst der Beklagten Gelegenheit zur Nacherfüllung hätte geben müssen. Hierbei ist zu differenzieren, welche Maßnahmen vom Kläger selbst bei Bemerkung der Koliken ergriffen werden durften und welche Tätigkeiten die eingeschalteten Tierärzte ohne Rücksprache mit der Beklagten entfalten durften, insbesondere ob auch hinsichtlich der Operation eine Notfallsituation gegeben war.

Weiterhin ist die Höhe eines Minderungsanspruchs zu klären und - hinsichtlich der geltend gemachten Schadensersatzansprüche wegen der von Klägerseite behaupteten Behandlungskosten - ob eine Pflichtverletzung der Beklagten vorlag. Hier wird den von der Beklagten angetretenen Beweisen nachzugehen sein, dass sie eine etwaige Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe.