Erheblicher Sachmangel bei Lieferung eines Kfz in einer anderen als der bestellten Farbe

1. **Die Lieferung eines Kraftfahrzeugs in einer anderen als der bestellten Farbe stellt im Regelfall einen erheblichen Sachmangel und eine erhebliche Pflichtverletzung des Verkäufers dar. Dies gilt auch dann, wenn der Käufer neben der im Kaufvertrag festgelegten zunächst auch eine andere Fahrzeugfarbe in Betracht gezogen hatte.**

2. **Zur Frage der Verwertbarkeit der Aussage eines Zeugen über den Inhalt eines Telefonats, das er ohne Einwilligung des Gesprächspartners mitgehört hat (im Anschluss an BGH, Urt. v. 18.02.2003 – XI ZR 165/02, NJW 2003, 1727, und Urt. v. 12.01.2005 – XII ZR 227/03, BGHZ 162, 1).**

BGH, Urteil vom 17.02.2010 – VIII ZR 70/07

Sachverhalt: Die Klägerin begehrt von dem Beklagten aus abgetretenem Recht der *B* mit Sitz in den USA die Zahlung des Kaufpreises von 54.510 US-Dollar für einen Personenkraftwagen Chevrolet Corvette, Modell 2005 (im Folgenden: Corvette), Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs, sowie die Feststellung, dass sich der Beklagte in Annahmeverzug befindet. Daneben begehrt sie aus eigenem Recht die Zahlung von 14.347,55 € für die Umrüstung, die Verzollung und den Transport des Fahrzeugs aus den USA nach Deutschland sowie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 749,95 €.

Die Parteien kamen Anfang des Jahres 2005 miteinander in Kontakt, da der Beklagte eine Corvette der neuesten Modellreihe erwerben wollte. Dieses Modell wurde damals erst seit kurzer Zeit auf dem amerikanischen Markt gehandelt und war begehrt. Mit Schreiben vom 24.01.2005 teilte der Beklagte der Klägerin die Ausstattungsmerkmale mit, die das Fahrzeug haben sollte. Als gewünschte Farbe gab er „black oder le mans blue metallic“ an. Daraufhin teilte die Klägerin ihm durch Schreiben vom 11.02.2005 mit, wie die Beschaffung des Fahrzeugs erfolgen werde. Die wesentlichen Punkte dieses Schreibens lauten:

> „Wenn wir ein Fahrzeug gefunden haben, schicken wir Ihnen ein Angebot zur Unterschrift von der *B* in USA. Bei Auftragserteilung wird eine Zahlung von 20 % fällig, die Sie bitte bei Auftragserteilung … überweisen … Bezüglich der Restsumme gehen wir in Vorauslage bis zur Auslieferung. Für diesen Zeitraum zahlen Sie uns die anfallenden Zinsen von z. Zt. 6,8 % … Die Restsumme in US-$ wird fällig bei Übernahme nebst Zinsen und Auslagen.“

Darüber hinaus enthält das Schreiben die Mitteilung, dass die Klägerin zusätzlich damit zu beauftragen sei, den Transport des Fahrzeugs nach Deutschland und die Verzollung sowie die TÜV-Umrüstung vorzunehmen, und der Beklagte für die im Schreiben im Einzelnen aufgelisteten Kosten eine gesonderte Rechnung erhalten werde.

Mit Schreiben vom 18.03.2005 übersandte die Klägerin dem Beklagten ein Angebot der *B* über eine Corvette zum Preis von 51.950 US-Dollar zuzüglich Frachtkosten von 900 US-Dollar und bat den Beklagten, dieses Schreiben unterzeichnet als Kaufbestätigung zurückzusenden sowie eine schnellstmögliche Überweisung des genannten Betrags zu veranlassen. Das dem Schreiben beigefügte Angebot zu dem genannten Preis enthielt neben weiteren Ausstattungsmerkmalen des Fahrzeugs als Farbbezeichnung die Angabe „Le Mans Blue Metallic“. Der Beklagte sandte dieses Angebot am selben Tag unterschrieben an *B* zurück, die ebenfalls noch am selben Tag den Auftrag schriftlich bestätigte.

In der Folgezeit versuchte *B*, in den USA ein entsprechendes Fahrzeug anzukaufen, was wegen dessen erst kurz zuvor erfolgter Markteinführung und der hohen Nachfrage Schwierigkeiten bereitete. Als *B* am 07.04.2005 noch kein Fahrzeug für den Beklagten gefunden hatte, rief deren Geschäftsführer bei dem Beklagten an und hinterließ eine Nachricht auf dessen Anrufbeantworter, wonach noch „zwei Eisen im Feuer“ seien und deshalb um weitere 24 Stunden gebeten werde, nach deren Ablauf dem Beklagten gegebenenfalls abgesagt werden müsse. Zwischen den Parteien ist streitig, ob anschließend in der Zeit zwischen dem 07.04.2005 und dem 10.04.2005 in einem Telefonat des Geschäftsführers der *B* mit dem Beklagten eine Einigung auf die Lieferung einer schwarzen Corvette erfolgte. *B* gelang es kurz darauf, eine schwarze Corvette mit gegenüber dem Angebot vom 18.03.2005 weiterem Zubehör anzukaufen. Dies teilte sie dem Beklagten mit Schreiben vom 10.04.2005 mit, dessen Inhalt auszugsweise lautet:

> „Nach vielem ‚Hin und Her' freuen wir uns, Ihnen mitteilen zu können daß wir die schwarze Corvette jetzt fest für Sie kaufen konnten. Diese Autos sind derzeit so gefragt, daß wir von Glück sagen können, dieses Fahrzeug bekommen zu haben. Wie wir Ihnen telefonisch mitgeteilt hatten, bekommen Sie jetzt etwas mehr Zubehör wie folgt: … Dieses Fahrzeug bekommen Sie zum vereinbarten Preis von 53.610 US-Dollar zuzüglich Shipping. Die Rechnung … erstellen wir Ihnen morgen. Wir werden für schnellste Verschiffung sorgen – bitte überweisen Sie umgehend die Anzahlung, da wir das Fahrzeug ab heute in voller Höhe bezahlt haben."

Noch am selben Tag wurde dem Beklagten die Fahrzeugrechnung übersandt, in der als Fahrzeugfarbe „black" angegeben war. Einen Tag später wies die Klägerin den Beklagten schriftlich darauf hin, dass ihr ein Rechenfehler bei der Bildung der Gesamtsumme unterlaufen sei, die 54.510 US-Dollar lauten müsse, kündigte die Übersendung einer korrigierten Rechnung an und wies darauf hin, dass die Anzahlung des Beklagten in Höhe von 10.500 US-Dollar bisher nicht eingegangen sei. In der korrigierten Rechnung über 54.510 US-Dollar ist als Fahrzeugfarbe wiederum „black" angegeben. In der Folgezeit veranlasste *B* die Verschiffung der schwarzen Corvette nach Deutschland und teilte dem Beklagten mit Schreiben vom 02.05.2005 den 17.05.2005 als Ankunftstermin mit. Zur Vorbereitung der Verzollung unterzeichnete der Beklagte am 16.05.2005 eine Vollmacht für die Firma *R*, die von ihm ermächtigt wurde „für mich mein Fahrzeug Corvette Coupe … zu verzollen". In der Folgezeit wurde das Fahrzeug verzollt und von der Klägerin für die TÜV-Abnahme umgerüstet. Die hierfür angefallenen Kosten stellte die Klägerin dem Beklagten gesondert in Rechnung. Am 01.06.2005 war das Fahrzeug auslieferungsbereit.

Der Beklagte lehnte die Abnahme des Fahrzeugs ab und leistete keine Zahlung. Er vertritt die Auffassung, zwischen den Kaufvertragsparteien sei am 18.03.2005 ein Vertrag über eine blaue Corvette zustande gekommen. Mit der angebotenen Lieferung einer schwarzen Corvette habe die Verkäuferin diesen Vertrag jedoch nicht ordnungsgemäß erfüllt. Zum einen habe die Verkäuferin die Erfüllung abgelehnt, indem sie am 07.04.2005 mitgeteilt habe, vom Vertrag Abstand zu nehmen, wenn sie nicht innerhalb von 24 Stunden eine entsprechende Corvette finden werde. Daher sei aus seiner Sicht der Vertrag bereits erledigt gewesen, als die Verkäuferin ihm am 10.04.2005 – nach Fristablauf – mitgeteilt habe, dass sie nun doch ein Fahrzeug gefunden habe. Zum anderen habe er einer Vertragsänderung von einer blauen zu einer schwarzen Corvette nicht zugestimmt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter. Das Rechtsmittel war erfolgreich.

Aus den Gründen: [10] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[11] Der Klägerin stehe aus abgetretenem Recht der geltend gemachte Kaufpreisanspruch Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung der in Rechnung gestellten schwarzen Corvette, mit deren Annahme sich der Beklagte im Verzug befinde, sowie ein Anspruch auf Zahlung der mit der Verbringung des Fahrzeugs nach Deutschland verbundenen Kosten zu. Auch hinsichtlich der von der Klägerin aus eigenem Recht geltend gemachten weiteren Forderungen sei die Klage begründet.

[12] Auf die Vertragsbeziehung zwischen *B* und dem Beklagten finde deutsches Recht Anwendung. Zwischen *B* und dem Beklagten sei am 18.03.2005 ein wirksamer Kaufvertrag über eine gattungsmäßig bestimmte Corvette Baujahr 2005 mit der Farbe „Le Mans Blue Metallic“ zustande gekommen. Dieser Kaufvertrag sei nicht infolge des Anrufs des Geschäftsführers der *B* bei dem Beklagten am 07.04.2005 aufgehoben worden. Entgegen der Auffassung des Beklagten habe es sich bei diesem Anruf um keine rechtsgeschäftliche Erklärung in Richtung einer Aufhebung des Kaufvertrags, sondern lediglich um eine Sachstandsmitteilung gehandelt.

[13] Ein Recht zur Zurückweisung der schwarzen Corvette stehe dem Beklagten nicht zu. Voraussetzung eines Zurückweisungsrechts noch vor der Lieferung der Kaufsache sei das Bestehen eines Rücktrittsrechts. Gemäß § 323 V 2 BGB könne der Gläubiger jedoch nur bei einer erheblichen Pflichtverletzung vom Vertrag zurücktreten, an der es hier fehle. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob angesichts des dem Kaufvertragsangebot vom 18.03.2005 vorausgegangenen Schreibens des Beklagten vom 24.01.2005, in welchem dieser Interesse am Erwerb einer schwarzen oder blauen Corvette bekundet habe, das Kaufvertragsangebot vom 18.03.2005 überhaupt eine Festlegung auf die Farbe Blue Metallic beinhalte, und die Lieferung einer schwarzen statt einer blauen Corvette eine Vertragsverletzung darstelle. Denn selbst bei einer Eingrenzung der Gattung auf eine blaue Corvette bestehe kein Rücktrittsrecht des Beklagten. Unabhängig davon, ob überhaupt die übrigen Rücktrittsvoraussetzungen vorlägen, sei ein Rücktritt deshalb ausgeschlossen, weil die Lieferung einer schwarzen statt einer blauen Corvette hier keine erhebliche Pflichtverletzung darstelle. Mit seinem Schreiben vom 24.01.2005 habe der Beklagte zu erkennen gegeben, dass die blaue oder schwarze Farbe des Fahrzeugs für ihn kein maßgebliches Kaufkriterium gewesen sei.

[14] Unabhängig davon sei der Senat davon überzeugt, dass sich die Parteien in einem zwischen dem 07.04.2005 und 10.04.2005 geführten Telefonat des Geschäftsführers der *B* mit dem Beklagten darauf geeinigt hätten, dass statt einer blauen eine schwarze Corvette geliefert werden solle. Dies ergebe sich aus der Aussage der Zeugin *Ü*. Das Landgericht sei an einer Verwertung der Angaben dieser Zeugin nicht gehindert gewesen, obwohl sie das Telefonat ohne Kenntnis des Beklagten über eine Freisprechanlage mitgehört habe. In der Verwertung der Zeugenaussage liege kein Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Recht am gesprochenen Wort. Denn die vorzunehmende Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Interesse an einer funktionstüchtigen Straf- und Zivilrechtspflege sowie dem Streben nach einer gerechten Entscheidung falle hier zugunsten der letztgenannten Gesichtspunkte aus. Das Mithören sei im Rahmen des allgemeinen Geschäftsbetriebs und lediglich zur Erleichterung des von der Zeugin vorzubereitenden weiteren Schriftverkehrs erfolgt, nicht aber zum Zwecke der Beweisverschaffung. Die Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin *Ü* werde dadurch gestützt, dass auf Klägerseite die gesamte Geschäftsbeziehung sehr ausführlich durch zahlreiche Schreiben dokumentiert sei, während aufseiten des Beklagten ein Widerspruch gegen die Ankündigung, dass nunmehr ein schwarzes Fahrzeug geliefert werde, nicht einmal vorgetragen, geschweige denn schriftlich dokumentiert sei. Die Aussage der Zeugin diene daher lediglich der Abrundung der vorgelegten, für sich allein bereits für eine (nachträgliche) Einigung der Parteien auf eine schwarze Corvette sprechenden Unterlagen. So ergebe sich unter anderem bereits aus der Rechnung vom 11.04.2005, dass statt einer blauen eine schwarze Corvette geliefert werde. Der Beklagte habe nicht vorgetragen, zu irgendeinem Zeitpunkt erklärt zu haben, dass er keine schwarze Corvette erhalten wolle, sondern auf der Vertragserfüllung mit einer blauen Corvette bestehe. Im Gegenteil habe er noch am 18.05.2005 die Firma *R* schriftlich beauftragt, für ihn die schwarze Corvette zu verzollen. Da der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht angegeben habe, zwischenzeitlich anderweitig eine blaue Corvette erworben zu haben, sei davon auszugehen, dass er an der schwarzen Corvette schlicht kein Interesse mehr habe und nunmehr nach Ausflüchten suche, um aus dem Vertrag herauszukommen.

[15] II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann ein Zurückweisungsrecht des Beklagten nicht mit der Begründung verneint werden, die Voraussetzungen für einen Rücktritt des Beklagten vom Kaufvertrag lägen schon deshalb nicht vor, weil die Lieferung eines schwarzen statt eines blauen Fahrzeugs keine erhebliche Pflichtverletzung darstelle. Zudem darf die vom Berufungsgericht angenommene spätere einvernehmliche Änderung des Vertragsgegenstandes von einer blauen in eine schwarze Corvette nicht auf die Aussage der in erster Instanz vernommenen Zeugin *Ü* gestützt werden, weil dieser Teil der Zeugenaussage auf dem heimlichen Mithören eines Telefonats beruht und insoweit nicht erhoben werden durfte und einem Beweisverwertungsverbot unterliegt.

[16] 1. Im Ergebnis zutreffend und von der Revision unbeanstandet hat das Berufungsgericht auf den vorliegenden Fall internes deutsches Recht angewendet. Die vom Berufungsgericht dafür gegebene Hilfsbegründung, dass der Kaufvertrag insbesondere in Anbetracht der von der Klägerin in Deutschland vorzunehmenden zusätzlichen Leistungen, vor allem der hier zu erbringenden Umrüstung des Fahrzeugs für den deutschen Markt, die engsten Beziehungen mit Deutschland aufweise (Art. 28 I 1 EGBGB), ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

[17] 2. Auch die Feststellung des Berufungsgerichts, dass zwischen den Parteien am 18.03.2005 ein Kaufvertrag über einen noch zu beschaffenden Neuwagen vom Typ Corvette geschlossen wurde, ist frei von Rechtsfehlern. Ob in diesem Vertrag die Farbe des Fahrzeugs verbindlich vereinbart worden ist, hat das Berufungsgericht offengelassen. Revisionsrechtlich ist demnach davon auszugehen, dass im Vertrag eine Festlegung auf die Farbe Blue Metallic erfolgt und damit eine dementsprechende Beschaffenheitsvereinbarung i. S. des § 434 I 1 BGB getroffen worden ist.

[18] Entgegen der Auffassung der Revision ist dem Berufungsgericht auch darin beizupflichten, dass der Kaufvertrag nicht infolge des Anrufs des Geschäftsführers der *B* bei dem Beklagten am 07.04.2005 aufgehoben worden ist. Die Annahme des Berufungsgerichts, die auf dem Anrufbeantworter des Beklagten aufgezeichnete, im Tatbestand wiedergegebene Mitteilung des Geschäftsführers der *B* sei nicht so zu verstehen, dass für den Fall eines erfolglosen Ablaufs der Frist eine Aufhebung des Kaufvertrags angeboten werde, lässt entgegen der Ansicht der Revision keinen Rechtsfehler erkennen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ging offenbar auch der Beklagte selbst – trotz seines gegenteiligen Vortrags – damals nicht davon aus, dass mit dem erfolglosen Verstreichen der 24-Stunden-Frist die Bestellung der Corvette hinfällig werden sollte. Anderenfalls hätte er nicht am 16.05.2005 eine Vollmacht für die Verzollung der Corvette erteilt.

[19] Anders als die Revision meint, ist in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht auch nicht davon auszugehen, dass der Kaufvertrag erst zustande kommen sollte, wenn der Beklagte die geforderte Anzahlung von 10.500 US-Dollar geleistet hat. Die im Schreiben vom 11.04.2005 enthaltene Formulierung, es werde um schnellstmögliche Anweisung (der Anzahlung) gebeten, da diese die Voraussetzung für das Geschäft sei, ist lediglich als dringende Zahlungsaufforderung zu sehen, die im Zusammenhang mit dem Schreiben vom 10.04.2005 steht, in welchem unter Hinweis darauf, dass die *B* das Fahrzeug bereits in voller Höhe bezahlt habe, um Überweisung der Anzahlung gebeten worden war. Zudem ergibt sich aus dem Kaufvertrag selbst kein Hinweis darauf, dass die Anzahlung Voraussetzung für dessen Zustandekommen sein sollte. Nichts anderes gilt für das dem Kaufvertragsschluss vorausgegangene Schreiben der Klägerin vom 11.02.2005. Darin wird lediglich mitgeteilt, dass im Falle einer Auftragserteilung eine Anzahlung von 20 % des Kaufpreises fällig werde, nicht aber, dass sie Voraussetzung für den Abschluss des Kaufvertrags sei.

[20] 3. Nicht gefolgt werden kann dagegen den Ausführungen des Berufungsgerichts zum Nichtbestehen eines Rechts des Beklagten, die Lieferung der schwarzen Corvette zurückzuweisen. Mit der gegebenen Begründung, es bestehe kein Rücktrittsrecht, weil es jedenfalls an der Erheblichkeit einer möglichen Pflichtverletzung fehle, kann ein Zurückweisungsrecht nicht verneint werden.

[21] a) Dabei kann offenbleiben, unter welchen Voraussetzungen ein Zurückweisungsrecht besteht. In der Literatur wird entgegen dem Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach ein Zurückweisungsrecht nur dann in Betracht komme, wenn dem Beklagten ein Rücktrittsrecht zustehe, die Auffassung vertreten, dass der Käufer grundsätzlich zur Zurückweisung der ihm vom Verkäufer als Vertragserfüllung angebotenen Sache berechtigt sei, wenn diese eine vertragswidrige Beschaffenheit aufweise oder sonst mit Mängeln behaftet sei (vgl. Palandt/*Weidenkaff,* BGB, 69. Aufl., § 433 Rn. 47; MünchKomm-BGB/*Westermann,* 5. Aufl., § 437 Rn. 16; Staudinger/*Beckmann,* BGB, Neubearb. 2004, § 433 Rn. 89, 160; Jauernig/*Berger,* BGB, 13. Aufl., § 437 Rn. 29; *Ernst,* NJW 1997, 896, 897, 901; *Jud,* JuS 2004, 841, 843 f.; *Lamprecht,* ZIP 2002, 1790; vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 26.11.1993 – 11 U 72/93, BB 1995, 1925). Dabei sei unter Zurückweisung der Ware die Weigerung des Käufers oder sonstigen Sachgläubigers zu verstehen, die ihm angebotene Ware als Erfüllung anzunehmen (*Jud,* JuS 2004, 841; vgl. auch *Lamprecht,* ZIP 2002, 1790). Dabei soll eine Berechtigung zur Zurückweisung der zur Abnahme angebotenen Sache – anders als vom Berufungsgericht angenommen – nicht zwingend voraussetzen, dass die Voraussetzungen eines Rücktrittsrechts bestünden; sie komme vielmehr grundsätzlich auch sonst in Betracht, wenn die angebotene Ware aufgrund ihrer Mangelhaftigkeit zurückzugewähren sei (vgl. Jauernig/*Berger,* a. a. O., § 437 Rn. 29; *Ernst,* NJW 1997, 896, 901; *Jud,* JuS 2004, 841, 843 f.; MünchKomm-BGB/*Westermann,* a. a. O., § 437 Rn. 16), beispielsweise wenn der Käufer eine Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung verlangen könne (vgl. Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 433 Rn. 47). Überdies stehe dem Käufer hinsichtlich der Kaufpreiszahlung die Einrede aus § 320 BGB zu (vgl. MünchKomm-BGB/*Westermann,* a. a. O., § 433 Rn. 60).

[22] b) Einer Entscheidung der vorstehend genannten Fragen bedarf es hier nicht. Denn dem Berufungsgericht kann nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt jedenfalls darin nicht gefolgt werden, dass in der hier gegebenen Farbabweichung nur eine unerhebliche Pflichtverletzung gemäß § 323 V 2 BGB zu sehen sei.

[23] aa) Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung unerheblich i. S. des § 323 V 2 BGB ist, erfordert eine umfassende Interessenabwägung (OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.01.2008 – I-17 U 2/07, NJW-RR 2008, 1230, 1231; OLG Nürnberg, Urt. v. 21.03.2005 – 8 U 2366/04, NJW 2005, 2019, 2020; *Grothe,* in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 323 Rn. 39; Palandt/*Grüneberg,* BGB, 69. Aufl., § 323 Rn. 32; Palandt/*Weidenkaff,* a. a. O., § 437 Rn. 23), wobei es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt (MünchKomm-BGB/*Ernst,* 5. Aufl., § 323 Rn. 243; vgl. hierzu Senat, Urt. v. 14.09.2005 – VIII ZR 363/04, NJW 2005, 3490 [unter II 2]; Urt. v. 12.03.2008 – VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517 Rn. 22; Urt. v. 05.11.2008 – VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508 Rn. 18–21; Beschl. v. 08.05.2007 – VIII ZR 19/05, NJW 2007, 2111 Rn. 3). Dabei wird in der Regel ein Verstoß gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung – hier die Vereinbarung einer bestimmten Wagenfarbe – die Erheblichkeit der Pflichtverletzung indizieren (Palandt/*Grüneberg,* a. a. O., § 323 Rn. 32).

[24] bb) Danach kann im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht von einer unerheblichen Pflichtverletzung im Sinne der genannten Vorschrift ausgegangen werden. Die Lieferung eines Kraftfahrzeugs in einer anderen als der bestellten Farbe stellt im Regelfall einen erheblichen Sachmangel und damit auch eine erhebliche Pflichtverletzung gemäß § 323 V 2 BGB dar. Dies gilt auch dann, wenn der Käufer im Rahmen der dem Vertragsschluss vorausgegangenen Verhandlungen neben der im Kaufvertrag festgelegten zunächst auch eine andere Fahrzeugfarbe in Betracht gezogen hatte.

[25] Hinsichtlich der Farbe der bestellten Corvette haben die *B* und der Beklagte, wie revisionsrechtlich zu unterstellen ist (s. oben unter 2), im Kaufvertrag vom 18.03.2005 eine Beschaffenheitsvereinbarung i. S. des § 434 I 1 BGB dahin gehend getroffen, dass ein Fahrzeug in der Farbe Blue Metallic geliefert werden sollte. Gemessen an dieser Beschaffenheitsvereinbarung ist die von der Klägerin angebotene schwarze Corvette daher nicht frei von Sachmängeln (vgl. OLG Köln, Beschl. v. 14.10.2005 – 20 U 88/05, NJW 2006, 781, 782; OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.03.2008 – 10 U 68/07, NJW-RR 2009, 777, 778; LG Aachen, Urt. v. 26.04.2005 – 12 O 493/04, NJW 2005, 2236, 2238). Der in dieser Farbabweichung liegende Sachmangel ist nicht als eine nur unerhebliche Pflichtverletzung gemäß § 323 V 2 BGB zu bewerten. Die Lackfarbe stellt ein äußeres Merkmal des Kraftfahrzeugs dar, welches regelmäßig zu den für den Käufer im Rahmen seiner Kaufentscheidung maßgeblichen Gesichtspunkten gehört (so auch OLG Köln, Beschl. v. 14.10.2005 – 20 U 88/05, NJW 2006, 781, 782). Der Entscheidung des Käufers für eine bestimmte Farbe kann auch eine wirtschaftliche Bedeutung zukommen, etwa weil bei einem späteren Verkauf des Fahrzeugs für bestimmte Wagenfarben eine stärkere Nachfrage zu erwarten ist.

[26] cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich aus dem Umstand, dass der Beklagte ursprünglich Interesse am Erwerb einer Corvette in Schwarz oder Blue Metallic gezeigt hat, nicht ableiten, dass die Lieferung einer schwarzen statt der im Kaufvertrag vereinbarten blauen Corvette eine nur unerhebliche Pflichtverletzung gemäß § 323 V 2 BGB darstelle. Dass der Käufer eines Neufahrzeugs vor dem Abschluss des Kaufvertrags sowohl hinsichtlich der technischen als auch der optischen Ausstattung des Fahrzeugs alternative Überlegungen anstellt, dürfte in der Praxis nicht selten der Fall sein. Entscheidend kommt es darauf an, ob im Kaufvertrag eine eindeutige Wahl der Fahrzeugfarbe erfolgt ist. Dies ist, wie revisionsrechtlich zu unterstellen ist ..., hier der Fall. Die Argumentation des Berufungsgerichts läuft letztlich darauf hinaus, dass die Farbwahl im Kaufvertrag nicht ernst gemeint gewesen sei. Das hat das Berufungsgericht in dieser Form jedoch weder festgestellt, noch lassen sich den von ihm in Bezug genommenen Unterlagen ausreichende Anhaltspunkte hierfür entnehmen.

[27] 4. Nicht frei von Rechtsfehlern ist auch die alternative Begründung des Berufungsgerichts, wonach sich die Kaufvertragsparteien in einem zwischen dem 07.04.2005 und dem 10.04.2005 geführten Telefonat auf die Lieferung einer schwarzen statt einer blauen Corvette geeinigt hätten. Soweit sich das Berufungsgericht hierbei auf die Aussage der Zeugin *Ü* über den Inhalt eines Telefonats zwischen ihrem Ehemann und dem Beklagten stützt, begegnet dies durchgreifenden Bedenken.

[28] a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts durfte die Aussage der Zeugin *Ü* über den Inhalt dieses Telefongesprächs, das sie ohne Wissen des Beklagten mitgehört hat, nicht verwertet werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG liegt in der Erhebung und Verwertung der Aussage eines Zeugen, der ein Telefonat ohne Einwilligung des Gesprächspartners mitgehört hat, ein Eingriff in das durch Art. 2 I GG i. V. mit Art. 1 I GG geschützte Recht des Gesprächspartners am gesprochenen Wort, für den es einer dem Rang des grundrechtlichen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Rechnung tragenden Rechtfertigung bedarf (vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.10.2002 – 1 BvR 1611/96 und 1 BvR 805/98, BVerfGE 106, 28, 44 ff.; ebenso BGH, Urt. v. 18.02.2003 – XI ZR 165/02, NJW 2003, 1727 [unter II 1]; vgl. auch BGH, Urt. v. 12.01.2005 – XII ZR 227/03, BGHZ 162, 1, 5 f.). Dabei reicht das allgemeine Interesse an einer funktionstüchtigen Straf- und Zivilrechtspflege nicht aus, um im Rahmen der erforderlichen Abwägung von einem gleichen oder höheren Gewicht ausgehen zu können, als es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zukommt. Vielmehr müssen weitere Aspekte hinzutreten, die ergeben, dass das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung schutzwürdig ist. Das BVerfG und die neuere Rechtsprechung des BGH verweisen insoweit auf notwehrähnliche Situationen wie die Anfertigung heimlicher Tonbandaufnahmen zur Feststellung der Identität eines anonymen Anrufers oder zur Feststellung erpresserischer Drohungen oder den Fall eines auf andere Weise nicht abwehrbaren Angriffs auf die berufliche Existenz (vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.10.2002 – 1 BvR 1611/96 und 1 BvR 805/98, BVerfGE 106, 28, 49 f.; BGH, Urt. v. 12.01.2005 – XI ZR 227/03, BGHZ 162, 1, 6; BGH, Urt. v. 18.02.2003 – XI ZR 165/02, NJW 2003, 1727 [unter II 2 c]).

[29] b) Damit ist der hier zu beurteilende Fall nicht annähernd vergleichbar. Die Zeugin *Ü* hat das Telefonat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mitgehört, um den Inhalt anschließend buchmäßig leichter verarbeiten zu können. Das Mithören ist deshalb möglicherweise nicht mit dem Ziel geschehen, der Klägerin ein Beweismittel zu verschaffen. Gleichwohl bedeutet die Vernehmung der Zeugin *Ü* zu dem Inhalt des Telefongesprächs einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Beklagten, für den es keine Rechtfertigung gibt. Dass die Zeugin *Ü* dieselben Informationen im Anschluss an das Telefonat von ihrem Ehemann hätte erhalten können, ist rechtlich ohne Bedeutung. Das Recht am gesprochenen Wort schützt nicht die Privatsphäre, sondern die Selbstbestimmung über die unmittelbare Zugänglichkeit der Kommunikation; dabei hängt der Schutz des Rechts am gesprochenen Wort weder davon ab, ob es sich bei den ausgetauschten Informationen um personale Kommunikationsinhalte oder gar besonders persönlichkeitssensible Daten handelt, noch kommt es auf die Vereinbarung einer besonderen Vertraulichkeit an (BVerfG, Beschl. v. 09.10.2002 – 1 BvR 1611/96 und 1 BvR 805/98, BVerfGE 106, 28, 41).

[30] 5. Das Berufungsurteil beruht auf den unter 3 und 4 aufgezeigten Rechtsfehlern (§ 545 I ZPO).

[31] a) Ein Beruhen der Entscheidung auf der Rechtsverletzung ist bei der Verletzung materiellen Rechts (vgl. oben unter 3) dann gegeben, wenn die Entscheidung ohne den Gesetzesverstoß im Ergebnis für den Revisionskläger günstiger ausgefallen wäre (MünchKomm-ZPO/*Wenzel,* 3. Aufl., § 545 Rn. 14; *Reichold,* in: Thomas/Putzo, ZPO, 30. Aufl., § 545 Rn. 12). Bei der Verletzung verfahrensrechtlicher Bestimmungen (vgl. oben unter 4) genügt hingegen bereits die Möglichkeit, dass das Berufungsgericht ohne den Verfahrensfehler zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre (BGH, Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 198/94, NJW 1995, 1841 [unter II 2]; MünchKomm-ZPO/*Wenzel,* a. a. O., § 545 Rn. 14). Danach erweisen sich beide Begründungsstränge des Berufungsurteils als mit Rechtsfehlern behaftet, auf denen die Entscheidung beruht. Hinsichtlich der ersten Begründung ist davon auszugehen, dass das Berufungsgericht ohne den unter 3 aufgezeigten Rechtsfehler voraussichtlich nicht zur Verneinung eines Zurückweisungsrechts gelangt wäre. Hinsichtlich der alternativen Begründung (nachträgliche einvernehmliche Änderung des Vertragsgegenstands) ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht ohne die verfahrensfehlerhafte Verwertung der einem Beweisverwertungsverbot unterliegenden Aussage der Zeugin *Ü* zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

[32] b) An dieser Möglichkeit eines anderen Ergebnisses ändert der Umstand nichts, dass das Berufungsgericht im Rahmen seines zweiten Begründungsstrangs insbesondere den Unterlagen, die aus der Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags stammen, eine erhebliche Bedeutung für die Annahme einer nachträglichen Einigung der Kaufvertragsparteien auf eine schwarze Corvette beigemessen hat. Das Berufungsgericht gelangt in diesem Zusammenhang zwar zu der – durchaus nicht fernliegenden – Einschätzung, die genannten Unterlagen sprächen für sich alleine bereits für eine (nachträgliche) Einigung der Parteien auf eine schwarze Corvette. Diese für die rechtliche Beurteilung des Streitfalles wichtige Einschätzung hat das Berufungsgericht jedoch nicht als eigenen Gesichtspunkt angeführt, sondern lediglich in dem Teil der Urteilsbegründung erwähnt, der sich mit der Glaubhaftigkeit der Aussage der Zeugin *Ü* befasst. Bei dieser Sachlage spricht zwar einiges dafür, dass das Berufungsgericht ohne die verfahrensfehlerhafte Verwertung der Aussage der Zeugin *Ü* zu keinem anderen Ergebnis gelangt wäre. Angesichts des Aufbaus der Urteilsbegründung kann jedoch die Möglichkeit einer anderen Entscheidung des Berufungsgerichts nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden. Es bedarf daher einer erneuten Würdigung durch den Tatrichter. Dieser wird insbesondere zu beurteilen haben, ob bereits die verwertbaren Gesichtspunkte ausreichen, um zu der Annahme einer nachträglichen Einigung auf eine schwarze Corvette zu gelangen.

[33] III. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 I ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil es einer erneuten tatrichterlichen Würdigung bedarf. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf https://autokaufrecht.info/sofortberatung/ oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.