
Datum: 28.10.1982
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 149/82
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1982:1028.28U149.82.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 3 O 741/81

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 12. März 1982 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer für die Klägerin beträgt 14.390,- DM.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Die Klägerin kann von der Beklagten Zahlung des Kaufpreises und Abnahme des angebotenen Fahrzeuges gemäß § 433 Abs. 2 BGB nicht verlangen, da die Beklagte von ihrer Verpflichtung aus dem auf der Bestellung mit Datum vom 11. April 1981 beruhenden Kaufvertrag freigeworden ist.

Das Leistungsverweigerungsrecht kann die Beklagte allerdings nicht auf die in der Ablehnung der Abnahme des angebotenen Fahrzeuges zusehende Rücktrittserklärung stützen. Denn ein Rücktrittsrecht gemäß Ziff. VI Abs. 4 der zwischen den Parteien vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Verkauf von fabrikneuen Kraftfahrzeugen und Anhängern (AGB der Klägerin) in Verbindung mit § 326 BGB hat der Beklagten nicht zugestanden. Die Beklagte hat den ihr obliegenden Beweis dafür, daß sie der in Verzug befindlichen Klägerin

1

2

3

4

zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Nachfrist mit der Erklärung gesetzt hat, daß sie die Annahme der Leistung nach Ablauf der gesetzten Frist ablehne, nicht erbracht. Deshalb kann dahinstehen, ob der vereinbarte Liefertermin "Mitte Juli 1981" als verbindlich vereinbart worden ist. Denn die Vereinbarung als verbindlich bedeutet nach der Auslegungsregel des § 192 BGB (Palandt-Heinrichs, BGB 40. Aufl. § 192 Anm. 1), daß unter Mitte des Monats der fünfzehnte des Monats Juli 1981 zu verstehen ist. Somit endete mit Ablauf dieses Tages die Frist für die Lieferung (§ 188 Abs. 1 BGB) mit der Folge, daß die Klägerin mit Ablauf des 15. Juli 1981 in Verzug geriet, da für ihre Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war (§ 284 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung hat jedenfalls bei einer kalendermäßig bestimmten Frist für die Leistung nach Ablauf der Frist zu erfolgen, weil in diesem Fall die Leistung überhaupt auch erst an dem Kalendertag fällig wird. Anders ist es nur dann, wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist. In diesem Fall kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen (§ 271 Abs. 1 BGB), d.h. auf Leistung klagen und durch Mahnung den Verzug herbeiführen (Palandt-Heinrichs a.a.O. § 271 Anm. 1 d). Deshalb kann es auch nur bei der sofortigen Fälligkeit der Leistung ausnahmsweise zugelassen werden, die den Verzug begründende Mahnung mit der Fristsetzung zu verbinden (Palandt-Heinrichs a.a.O. § 326 Anm. 5 a bb).

Von der Richtigkeit der erstmals in der mündlichen Verhandlung aufgestellten Behauptung der Beklagten, sie habe am 17. Juli 1981 die Klägerin zur Lieferung spätestens bis zum 28. August 1981 aufgefordert und für die Versäumung der Frist die Abnahmeverweigerung angedroht, vermag sich der Senat nach der Aussage des Zeugen ... nicht zu überzeugen. Der Zeuge hat zwar die Daten 16. bzw. 17. Juli 1981 genannt. Er hat aber weiter bekundet, der Anruf seitens der Klägerin sei erfolgt, als er gerade von der Arbeit nach Hause gekommen sei. Das Ende der Arbeitszeit am Freitag hat der Zeuge ... mit 13.15 Uhr angegeben. Gegen 17 Uhr sei angerufen worden. Noch am gleichen Tage habe man die Klägerin aufgesucht. Der Zeuge hat dann nach Hinweis auf die zeitliche Unstimmigkeiten - insoweit nicht im Berichterstattevermerk festgehalten - eingeräumt, die Aufforderung zur Lieferung bis spätestens 28. August 1981 könne nicht am Freitag, dem 17. Juli 1981 erfolgt sein. Dies zeigt die Unsicherheit im Erinnerungsvermögen des Zeugen an einen bestimmten Tag. Deshalb kann auch nicht mit der erforderlichen Sicherheit angenommen werden, die entscheidende Fristsetzung durch die Beklagte sei am 16. Juli 1981 erfolgt. Hat danach die Beklagte den ihr obliegenden Beweis der Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach dem 15. Juli 1981 nicht geführt, so hat ihr ein Rücktrittsrecht nicht zugestanden.

Die Beklagte ist aber deshalb von ihrer vertraglichen Verpflichtung frei geworden, weil der Klägerin die ihr obliegende Leistung auf Lieferung der vertraglich vereinbarten Kaufsache gemäß § 275 BGB unmöglich geworden ist. Dies hat zur Folge, daß die Klägerin den Anspruch auf die Gegenleistung, nämlich auf Zahlung und Abnahme des Fahrzeuges verloren hat (§ 323 Abs. 1 1. Halbsatz BGB). Unstreitig war vereinbart, daß die Klägerin an die Beklagte das Fahrzeug in der Farbe "türkis, Code 34" zu liefern hatte, wobei allerdings die Parteien übereinstimmend ersichtlich davon ausgehen, daß auch die Farbe "türkis metallic, Code 31" als der vertraglich vereinbarten Farbe entsprechend anzusehen ist. Zur Lieferung eines solchen Fahrzeuges ist die Klägerin unstreitig nicht in der Lage. Da sie weder nach ihren AGB berechtigt war, eine Leistungsbestimmung dahin zu treffen, das Fahrzeug in der Farbe "silbergrün metallic, Code 41" als vertragsgerecht zu liefern noch den Beweis einer nachträglich erfolgten Vereinbarung über die Farbänderung geführt hat, ist es bei ihrer Verpflichtung zur Lieferung des Fahrzeuges in der ursprünglich vereinbarten Farbe geblieben. Die Folge ist die Unmöglichkeit der ihr obliegenden Leistung.

5

6

7

Für die Frage der vertragsmäßigen Beschaffenheit, somit der Festlegung des Leistungsinhalts ist maßgebend der Vertragsinhalt sowie die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erwähnten Angaben (Reinking/Eggert Der Autokauf 1979 Rdn. 124). Hält sich danach der Verkäufer im Rahmen der ihm durch seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingeräumten Rechte zu Abweichungen im Leistungsinhalt, so bleibt auch die abgeänderte Leistung die vertraglich geschuldete. Die Beurteilung hat vorliegend gemäß Ziff. VI Abs. 6 und 7 der AGB der Klägerin zu erfolgen. Beide Bestimmungen greifen nicht ein. Ziff. VI Abs. 7 AGB ist nicht anwendbar. Die Ausgestaltung der Farbe wird vom Begriff "Annäherungswert" nicht erfaßt. Denn diese Bezeichnung bezieht sich lediglich auf technisch bedingte Schwankungen der industriellen Serienfertigung, nicht aber auf die vom Hersteller gewollten Änderungen (Reinking/Eggert a.a.O. Rdn. 143 3. Abs.).

Dem trägt Ziff VI Abs. 6 der AGB der Klägerin Rechnung. Diese Bestimmung verhält sich nicht über die Zulässigkeit von Annäherungswerten, sondern enthält einen Änderungsvorbehalt hinsichtlich nicht erheblicher und dem Käufer zumutbarer Änderungen. Die Konsequenz ist, daß in diesem Rahmen Änderungen der Leistung noch die dem Verkäufer obliegende vertragliche Leistung darstellen. Ziff. VI Abs. 6 der AGB trifft somit eine Interessenabwägung zwischen dem Händler als Verkäufer und dem Käufer. An Hand der konkreten Umstände des Einzelfalles ist zu entscheiden, ob durch die Änderung die Grenze der Erheblichkeit erreicht und die der Zumutbarkeit für den Käufer überschritten wird. Eine erhebliche Änderung - auch wenn zumutbar - braucht der Käufer nicht hinzunehmen, eine unerhebliche nur dann, wenn diese ihm zugemutet werden kann (Reinking/Eggert a.a.O. Rdn. 144, 184).

8

Die Darlegungs- und Beweislast für die in diesem Sinne vorgenommene Interessenabwägung trifft den Verwender der AGB. Auszugehen ist dabei vom Interesse des Kunden an der versprochenen Leistung (vgl. Ulmer-Brandner-Hensen, AGB 3. Aufl. § 9 Rdn. 53, § 10 Nr. 4 Rdn. 9). Der Verwender der AGB muß ein erhebliches Interesse darlegen, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abweichen zu dürfen. Grundsätzlich ist dieses Interesse nur beachtlich, wenn und soweit die Änderung oder Abweichung für einen vertragstreuen Schuldner im Hinblick auf die Besonderheit des Leistungsgegenstandes oder auf sonstige Umstände unvermeidbar ist oder den Vertragspartner besserstellt (z.B. technische Verbesserungen). Gründe der Kalkulation und der Kostensteigerung sind unbeachtlich. Selbst bei Vorliegen eines beachtlichen Interesses des Verwenders der AGB ist die Änderung nicht zumutbar, wenn dadurch das Äquivalenzverhältnis der beiderseitigen Leistungen nicht nur ganz unwesentlich gestört wird oder der geänderte Leistungsgegenstand bei verständiger Würdigung dem Interesse des Vertragspartners nicht entspricht. Je geringer die Änderung das Interesse des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher greift das Interesse des Verwenders der AGB durch (Ulmer-Brandner-Hensen a.a.O. § 10 Nr. Rdn. 9).

9

Ausgehend von diesen Erwägungen greift zu Gunsten der Klägerin Ziff. VI Abs. 6 ihrer AGB nicht ein. Es kann dahinstehen, ob die Berufung hierauf der Klägerin nicht schon deshalb verwehrt ist, weil ihrem Vortrag nicht zu entnehmen ist, warum die Farbänderung erfolgt ist, ob sie also überhaupt eine Interessenabwägung vorgenommen hat. Denn nach Ansicht des Senats ist die Farbänderung jedenfalls erheblich mit der Folge, daß die Interessenabwägung zu Gunsten der Beklagten zu erfolgen hat. Die Augenscheinseinnahme der zu den Akten überreichten Farbmuster zeigt, daß die Farbe gemäß der Bestellung der Farbpalette "Blau" angehört, die gemäß der Abänderung der Farbpalette "Grün". Die Entscheidung eines Käufers wird im Regelfall von seinem bestimmten Farbwunsch für ein Fahrzeug ausschlaggebend beeinflusst. Mag auch die Farbänderung, die nur graduell unterschiedlich in derselben Farbpalette verbleibt, unerheblich und zumutbar sein. Eine andere Farbe entspricht aber bei

10

verständiger Würdigung nicht mehr dem Interesse des Käufers an dem vereinbarten Leistungsgegenstand.

Schließlich kann die Klägerin auch nicht mit Erfolg geltend machen, die Beklagte habe sich am 15. Juli 1981 mit der Farbänderung einverstanden erklärt. Denn die Klägerin hat nicht bewiesen, daß diese nachträgliche Vertragsänderung gemäß den §§ 241, 305 BGB nur die Farbänderung zum Inhalt hatte und nicht auch unter der Bedingung erfolgt ist, daß die Auslieferung des Fahrzeuges mit der anderen Farbe spätestens am 28. August 1981 zu erfolgen hatte. Zu Gunsten der Klägerin ist allerdings davon auszugehen, daß sich die Beklagte mit der angebotenen Vertragsänderung einverstanden erklärt hat. Denn die Beklagte räumt ein, daß sie dem Geschäftsführer der Beklagten gegenüber die Lieferung spätestens bis zum 28. August 1981 verlangt hat. Nach Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte war daher die Beklagte aus der Sicht der Klägerin, auf dies es ankommt (§§ 133, 157 BGB), mit der Farbänderung einverstanden. Jedoch behauptet die Beklagte weiter die Vereinbarung eines bestimmten Liefertermins als Bedingung für ihr Einverständnis. Dies hat im übrigen nicht nur der Zeuge ... bekundet. Auch der Zeuge ... hat angegeben, wegen der Lieferzeit habe er die Beklagte an die Geschäftsführung verwiesen, da er selbst verbindliche Absprachen nicht habe treffen können. Hieraus folgt im übrigen, daß das Gespräch zwischen dem Zeugen ... und der Beklagten über die Farbänderung und zwischen dieser und dem Geschäftsführer der Beklagten über den Liefertermin Bestandteile einer einheitlichen Vereinbarung gewesen sind. Ihre Behauptung, die Beklagte sei mit der Farbänderung einverstanden gewesen ohne Lieferfrist bis spätestens 28. August 1981, hat die Klägerin nicht bewiesen. Sie ist danach beweisfällig. Denn wer aus einem Rechtsgeschäft Rechte herleitet, trägt die Beweislast dafür, daß das Rechtsgeschäft ohne aufschiebende Bedingung vorgenommen worden ist (Palandt-Heinrichs a.a.O. vor § 157 Anm. 7 m.w.N.), somit sofort vollwirksam geworden ist. Entsprechendes gilt wegen der Verweisung in § 163 BGB auch für eine Zeitbestimmung.

11

Nach alledem konnte die Berufung keinen Erfolg haben.

12

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Ziff. 10 ZPO.

13

Verkündet am 28. Oktober 1982

14

Nettebrock, Justizangestellte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des
Oberlandesgerichts

15