

## Wandelung bei EDV-Fehlern und Nachverhandlungen

OLG Köln, Urteil vom 9. Oktober 1992 (19 U 107/92)

### Leitsätze

1. In dem nach erklärter Wandelung abgegebenen Einverständnis des Bestellers, ein vom Lieferanten mit der Mängelbehebung beauftragter Dritter könne sich die Anlage ansehen, liegt normalerweise kein Verzicht auf die Wandelung.
2. Eine Bestimmung in den AGB des Lieferanten, wonach der Besteller erst die Wandelung verlangen kann, wenn trotz wiederholter Gewährleistungsarbeiten der Mangel nicht behoben werden konnte, ist nach §§ 9, 11 Nr. 10 b AGBG unwirksam, wenn dem Besteller nicht auch die Befugnis, sich vom Vertrag zu lösen, für den Fall der gar nicht erst durchgeführten Nachbesserung eingeräumt ist.

### Entscheidungsgründe

*Wandelungsanspruch gegeben.*

*Anderer Ansicht:  
LG Köln*

*Die Vorgeschichte:  
Probleme und Reklamationen*

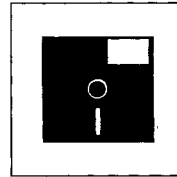
*Nachbesserung nicht mehr  
gewollt, sondern Beendigung  
der Vertragsbeziehungen.*

Die zulässige Berufung der Klägerin hat Erfolg. Die Klägerin kann, da die Leasinggeberin ihr die Gewährleistungsansprüche gegen die Beklagte abgetreten hat, den zwischen der Leasinggeberin und der Beklagten geschlossenen Vertrag über die Lieferung einer elektronischen Kassenanlage gemäß §§ 459, 462 BGB wandeln.

Das Landgericht hat der Klägerin das Recht auf Wandelung als zur Zeit nicht gerechtfertigt mit der Begründung verneint, sie habe in einem Telefonat mit dem Zeugen K. Nachbesserung zum 31.8.1990 vereinbart. Hierbei hat es sich auf die Aussage dieses Zeugen gestützt. Diese Würdigung des Landgerichts vermag nicht zu überzeugen.

Festzuhalten ist zunächst, daß die Anlage bereits im Januar 1990 geliefert worden ist, daß die Klägerin zahlreiche Mängel gerügt hatte und daß die Beklagte unstrittig beanstandete Mängel bis zum 22.5.1990 nicht behoben hatte. Denn mit Schreiben vom 22.5.1990 teilte sie mit der Entschuldigung, daß es sich um eine Neuentwicklung handele, der Klägerin mit, sie werde kurzfristig versuchen, die von der Klägerin aufgezeigten Mängel abzustellen; als Gegenleistung für diese Zusage möge die Klägerin die Empfangsbestätigung unterschrieben an die Leasinggesellschaft senden. Unstrittig ist weiterhin, daß die Beklagte bis zum Erhalt des Schreibens der Klägerin vom 17.8.1990, in dem diese die Wandelung erklärte, die Mängel nicht behoben hatte. Zur Begründung hat sie erstinstanzlich ausgeführt, es hätten Lieferschwierigkeiten bei den auszuwechselnden Teilen bestanden, wobei die Beklagte selbst nicht behauptet, der Klägerin dies mitgeteilt zu haben. Vor diesem Hintergrund erscheint die Aussage der Zeugin H. glaubhaft, ihr Mann habe nach dem Erhalt des Schreibens vom 22.5.1990 mehrfach (etwa 3x) fernmündlich reklamiert und erklärt, er wolle die Anlage, werde sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist mangelfrei, nicht mehr haben. Da die Beklagte keine Abhilfe schaffte, schaltete die Klägerin schließlich ihren Anwalt ein und erklärte mit Schreiben vom 17.8.1990 die Wandelung, wobei sie behauptet, die Beklagte habe das Schreiben am 22.8.1990 erhalten, während die Klägerin den 23.8.1990 nennt.

Aus diesem Ablauf wird deutlich, daß die Klägerin nicht länger auf eventuelle Nachbesserungsversuche der Beklagten warten, sondern die Vertragsbeziehungen endgültig beenden wollte. Gleichwohl soll sie, so die Beklagte und ihr folgend das Landgericht, trotz erklärter Wandelung der Beklagten erneut Nachbesserung zum 31.8.1990 eingeräumt und auf ihr Wandelungsrecht verzichtet haben, und zwar allein aufgrund eines Telefonats mit dem ihr bis dahin unbekanntem Zeugen K., der den Inhaber der Klägerin über dessen Autotelefon erreicht hatte; dabei wurde das Gespräch unstrittig vor einer abschließenden Übereinkunft unterbrochen. Diese Deutung ist schon von der Motivationslage nicht nachzuvollziehen. Wer solange vergeblich auf die Behebung von Mängeln gewartet und schließlich seinen Anwalt beauftragt hat, die Wandelung zu erklären, macht nach der Lebenserfahrung seinen Entschluß nicht allein deshalb rückgängig, weil ihm ein unbekannter EDV-Berater per Ferndiagnose am Telefon mitteilt, die Anlage nun lauffähig machen zu können. Selbst wenn der Inhaber der Klägerin bei diesem Gespräch dem Zeugen K. also zugesagt haben sollte, er könne sich die Anlage ansehen oder sie überprüfen, so läge hierin nach den



Gesamtumständen noch kein Verzicht auf die Wandelung und damit keine Vereinbarung über eine Nachbesserung in dem vom Landgericht angenommenen Sinn. Hinzu kommt, daß der Zeuge K. von der Beklagten überhaupt keinen Auftrag hatte, eine Nachbesserungsvereinbarung mit der Klägerin zu treffen; seinen Erklärungen kann auch aus diesem Grunde nicht der Wille unterstellt werden, als Vertreter der Beklagten mit der Klägerin eine entsprechende Vereinbarung herbeizuführen. Der Zeuge war, wie er selbst bekundet hat, lediglich als Berater für das von der Beklagten vertriebene Produkt angestellt und hatte lediglich den Auftrag, sich um Mängel der Kassenanlage zu kümmern.

Das Wandlungsbegehren war auch gerechtfertigt, weil die gelieferte Anlage mit Fehlern behaftet war, die ihre Tauglichkeit zu dem vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufhob oder minderte (§ 459 Abs. 1 BGB). Denn obwohl sie bereits im Januar 1990 geliefert war, war es der Beklagten bis zum August 1990 nicht gelungen, sie ordnungsgemäß zum Laufen zu bringen. Das ergibt sich aus dem eigenen Schreiben der Beklagten vom 22.5.1990, in dem sie die von der Klägerin gerügten Mängel akzeptiert und kurzfristige Behebung zugesagt hat. Auch in ihrem Schriftsatz vom 4.1.1991 führt die Beklagte an, es seien unvorhergesehene Lieferschwierigkeiten bei den auszuwechselnden Teilen aufgetreten, was nur den Schluß zuläßt, daß die zuvor gelieferten Teile fehlerhaft waren. Angesichts dessen kommt der Behauptung der Beklagten, einzelne Beanstandungen beruhten auf Bedienungsfehlern, keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu.

Ziffer 7.2. und 7.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, in denen sie sich ein Nachbesserungsrecht eingeräumt hat und wonach der Käufer erst Wandelung verlangen kann, wenn trotz wiederholter Gewährleistungsarbeiten der Mangel nicht behoben werden konnte, steht dem Wandlungsbegehren nicht entgegen. Denn diese Klauseln geben weder Aufschluß darüber, wie viele Nachbesserungsversuche der Kunde gestatten muß, noch geben sie dem Kunden ein Wandlungsrecht für den Fall, daß eine Nachbesserung von vornherein unmöglich ist oder vom Verkäufer unzumutbar verzögert wird. Jedenfalls dann, wenn der Verkäufer in seinen AGB die beim Scheitern oder bei Verzögerung der Nachbesserung dem Käufer zustehenden Befugnisse aufführt, muß in einer solchen Klausel dem Käufer für den Fall der gar nicht erst durchgeführten Nachbesserung ausdrücklich die Befugnis, sich vom Vertrag lösen zu können, eingeräumt sein (vgl. BGH NJW 1981, 1501 [1502]). Hieran fehlt es vorliegend, so daß diese Bestimmungen nach §§ 11 Nr. 10b, 9 AGBG unwirksam sind. Die Klägerin brauchte sich daher auf keinerlei Nachbesserungsversuch einzulassen, sondern konnte sofort wandeln.

Aber auch wenn man die Wirksamkeit der Ziffer 7.3 der AGB der Beklagten unterstellte, ergibt sich nichts anderes. Die Klägerin hatte die Beklagte mehrfach, und zwar auch noch nach deren Schreiben vom 22.5.1990, wie die Zeugin H. bekundet hat, zur Mängelbeseitigung aufgefordert, ohne daß etwas geschah. Ihre Zusage vom Mai 1990, die Mängel kurzfristig zu beheben, hat die Beklagte nicht eingehalten; ihren eigenen Ausführungen ist vielmehr zu entnehmen, daß ihr jedenfalls bis Ende August 1990 die Behebung der Mängel gar nicht möglich war. Das stellte angesichts der Tatsache, daß die Anlage bereits im Januar 1990 ausgeliefert worden war, eine für die Klägerin unzumutbare Verzögerung der Nachbesserung dar. Die Klägerin brauchte daher nicht länger zu warten, sondern konnte die Nachbesserung als gescheitert ansehen und den Vertrag, wie mit Schreiben vom 17.8.1990 geschehen, nach §§ 462, 467, 346, 348 BGB wandeln. Sie hat der Beklagten auch vergeblich die Rücknahme der Anlage angeboten. Diese befindet sich mit der Annahme derselben in Verzug, was auf Antrag der Klägerin wegen der sich aus § 274 Abs. 2 BGB, 765 ZPO ergebenden Folgen auszusprechen war.

*(Eingesandt vom 19. Zivilsenat des OLG Köln.)*

*Wandlungsbegehren gerechtfertigt.*

*AGBs stehen dem Wandlungsbegehren nicht entgegen.*