

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Gewährleistung beim Finanzierungsleasing – Geklärte und offene Fragen

Die Rechtsprechung des BGH zum Finanzierungsleasing ist weitestgehend zu einem Abschluß gekommen; zahlreiche Problemkreise sind inzwischen als typisches „judge-made law“ geklärt. Doch ist gleichwohl aus der Sicht der Praxis festzustellen, daß verschiedene Aspekte – gerade im Zusammenhang mit dem Zentralproblem: der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche des Leasingnehmers – noch ungeklärt sind. Darum geht es im folgenden.

I. Der Bestand der BGH-Judikatur

1. Die „Abtretungskonstruktion“

Es entspricht ständiger Judikatur des BGH: Der Leasinggeber ist berechtigt, seine mietvertragliche Eigenhaftung gemäß §§ 537, 538 BGB gegenüber dem Leasingnehmer auszuschließen, sofern er dem Leasingnehmer – als Kom-

pensation – die Gewährleistungsansprüche abtritt, die ihm, dem Leasinggeber, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zustehen¹. Von dieser „Abtretungskonstruktion“ werden alle kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche erfaßt, die im Verhältnis zwischen Leasinggeber – Lieferant des Leasingguts begründet sind. Dogmatische Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Abtretung bestehen für den Nachbesserungsanspruch² genau so wenig wie für die Gestaltungsrechte, den Anspruch auf Wandelung oder Minderung³. Dies ist aufgrund einer neuen Entscheidung des VII. Senats⁴ zu unterstreichen, weil – wie früher dargelegt⁵ – eine gewisse Parallelität zwischen der „Abtretungskonstruktion“ beim Bauträgervertrag im Vergleich zum Finanzierungsleasingvertrag besteht. So gesehen dürften die dogmatischen Bedenken, Gestaltungsrechte könnten nicht isoliert abgetreten werden⁶ zerstreut sein, so daß es in der Sache nicht mehr entscheidend darauf ankommt, ob eine aus diesen Gründen unzulässige Abtretung in eine wirksame Ermächtigung gemäß § 140 BGB umgedeutet werden kann⁷ – mit der Folge, daß dann der Leasingnehmer ermächtigt wird, die dem Leasinggeber zustehenden Ansprüche aus Wandelung oder Minderung gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko geltend zu machen.

Dabei ist ja auch im Auge zu behalten, daß unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz beträchtliche Bedenken bestehen, die verschiedentlich noch verwendete „Ermächtigungskonstruktion“ als ausreichende Kompensation dafür anzusehen, daß der Leasinggeber seine mietvertragliche Eigenhaftung gemäß §§ 537, 538 BGB ausschließt, um statt dessen den Leasingnehmer zu ermächtigen, die dem Leasinggeber zustehenden Gewährleistungsansprüche auf eigene Kosten und eigenes Risiko gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend zu machen⁸. Entscheidend ist nämlich: Erleidet der Leasingnehmer aufgrund eines Mangels des Leasingguts einen Schaden, der z. B. wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft gemäß §§ 463, 635 BGB als Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts geltend gemacht werden müßte, so stellt sich heraus, daß der Leasingnehmer insoweit rechtlos ist. Denn die dem Leasingnehmer erteilte Ermächtigung zielt ausschließlich darauf, Ansprüche des Leasinggebers geltend zu machen; sie ist nicht geeignet, auch den Schaden zu erfassen, der dem Leasingnehmer als Eigenschaden entstanden ist, weil kein Einzelanspruch – auch nicht unter dem Gesichtswinkel der Drittschadensliquidation – dafür herangezogen werden kann, gleichberechtigt die Schäden auszugleichen, die zwei Personen – hier dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer – erwachsen sind⁹. Diesen Mangel hat die „Abtretungskonstruktion“ nicht, weil anerkannt ist¹⁰: Wird ein Anspruch zediert, so bemißt sich der zu ersetzende Schaden aus dem der Person des Zessionars entstandenen Schaden; ein dem Zedenten entstandener Schaden bleibt unbeachtlich, es sei denn, der dem Zessionar entstandene und geltend gemachte Anspruch sei unvorhersehbar hoch¹¹. Deshalb ist unter diesem Gesichtswinkel sowie unter Berücksichtigung der Wertungskriterien von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz gegen die Wirksamkeit der „Abtretungskonstruktion“ nichts einzuwenden; hingegen dürfte die „Ermächtigungskonstruktion“ aus den aufgezeigten Gründen mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht im Einklang stehen und deshalb insgesamt gemäß § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz der Unwirksamkeitssanktion verfallen. Die Konsequenz wäre

damit zwingend vorgegeben: Der BGH hat¹² seine Judikatur gefestigt, daß Verträge im Bereich des Finanzierungsleasings grundsätzlich Mietverträge im Sinn der §§ 535 ff. BGB sind; zur Konsequenz hat dies, daß die Anwendbarkeit von § 6 Abs. 2 AGB-Gesetz dazu führt: Der Ausschluß der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers gemäß §§ 537, 538 BGB scheidet wegen der Unwirksamkeit der „Ermächtigungskonstruktion“ an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz, so daß die mietvertragliche Eigenhaftung des Leasinggebers gemäß §§ 537, 538 BGB zum Zuge kommt. Dem Leasinggeber steht es dann nicht zu, den Leasingnehmer wegen etwaiger Mängel des Leasingguts an den Lieferanten zu verweisen; vielmehr ist der Leasinggeber selbst gemäß §§ 537, 538 BGB verpflichtet.

2. Wandelungserklärung – Wandelungsurteil

a) Die Voraussetzungen

Es ist allgemein anerkannt, daß der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 b AGB-Gesetz auch im kaufmännischen Verkehr gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz gilt¹³. Dies hat zur Konsequenz: Da die üblichen Lieferanten-AGB die Gewährleistungsansprüche des Käufers/Leasingnehmers durch einen Anspruch auf Mangelbeseitigung oder Ersatzlieferung ersetzen, ist der Leasingnehmer zunächst darauf angewiesen, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts diese Rechte geltend zu machen. Dabei gilt der Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 c AGB-Gesetz – grundsätzlich gewertet – auch im kaufmännischen Verkehr, so daß es mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht im Einklang steht, wenn der Lieferant des Leasingguts alle zum Zweck der Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen auf den Leasingnehmer überwälzt. Wo hier im einzelnen die Grenzen liegen, steht noch nicht fest; doch geht die überwiegend in der Literatur vertretene Auffassung dahin, den Verbotstatbestand von § 11 Nr. 10 c AGB-Gesetz auch im kaufmännischen Verkehr gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz ungekürzt zu berücksichtigen¹⁴. Denn es ist nicht einzusehen, daß der Käufer/Leasingnehmer den Kaufpreis für eine mangelhafte Sache zahlt, um dann im Rahmen der Mangelbeseitigung noch weitere Aufwendungen ganz oder teilweise zu tragen, zumal die Mangelhaftigkeit des

1 BGH, BB 1981 S. 2093; BGH, ZIP 1984 S. 1101; BGH, ZIP 1985 S. 226.

2 BGH, BauR 1986 S. 98.

3 BGH, BB 1985 S. 1938.

4 Ebenda.

5 Hierzu Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 2. Aufl., Rz. 406.

6 BGH, WM 1977 S. 447, 449; hierzu auch Seetzen, AcP 169 S. 352, 370 f.

7 BGH, a.a.O.

8 Im einzelnen Graf von Westphalen, a.a.O., Rz. 251 f.

9 Ebenda, Rz. 252.

10 Vgl. BGH, NJW 1978 S. 2148, 2149; Staudinger/Medicus, § 249 Rdnr. 184; Emmerich in MünchKomm., § 326 Rdnr. 15 m. w. N.

11 BGH, a.a.O.

12 Hierzu insbesondere BGH, ZIP 1985 S. 1398; vgl. auch Graf von Westphalen, ZIP 1985 S. 1436 ff.

13 BGHZ 22 S. 90, 99; BGH, BB 1974 S. 294; BGH, BB 1974 S. 1137; BGH, BB 1979 S. 804; BGH, BB 1980 S. 13; BGH, BB 1981 S. 815; BGH, BB 1981 S. 935.

14 BGH, BB 1981 S. 935; vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen, 4. Aufl., § 11 Nr. 10 Rdnr. 61; weitergehend Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner, Großkommentar, § 11 Nr. 10 c Rdnr. 22; Palandt/Heinrichs, § 11 Anm. 10 c.

Leasingguts ohnehin dazu führt, daß das Leasinggut nicht – oder doch nur eingeschränkt – benutzt werden kann. So gesehen erweist sich die Richtigkeit des Äquivalenzprinzips¹⁵: Hat der Lieferant des Leasingguts durch Lieferung eines mangelhaften Leasingguts eben dieses Äquivalenzprinzip gestört, so ist es eine unangemessene Benachteiligung des Leasingnehmers, wenn er nicht alle zum Zweck der Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen auf den Lieferanten des Leasingguts abwälzen kann.

Voraussetzung für den – weitergehenden – Anspruch auf Wandelung oder Minderung ist gemäß § 11 Nr. 10 b AGB-Gesetz, daß es sich um ein „Fehlschlagen“ der Mangelbeseitigung/Ersatzlieferung handelt¹⁶. Sowohl im Kauf- als auch im Werkvertragsrecht versteht die BGH-Judikatur unter dem Oberbegriff des „Fehlschlagens“ der Nachbesserung/Ersatzlieferung verschiedene Fallkonstellationen, nämlich: die Unmöglichkeit oder das Mißlingen der Mangelbeseitigung¹⁷, die schuldhaftige Verzögerung der Mangelbeseitigung¹⁸ sowie deren Verweigerung¹⁹. Praktisch bedeutsam sind vor allem die Fälle, in denen die Mangelbeseitigung über angemessene Fristen hinaus verzögert wird²⁰ oder mißlingt²¹. Es stellt sich deshalb regelmäßig die Frage: Wieviele Mangelbeseitigungsversuche/Ersatzlieferungsversuche muß der Leasingnehmer hinnehmen, bevor er sich auf die – weitergehenden – Rechte berufen und Wandelung oder Minderung reklamieren kann? Diese Frage ist generell nicht zu beantworten; es entscheiden stets die Umstände des Einzelfalls²². Doch dürfte es weitgehend gesichert sein: Mehr als zwei vergebliche Mangelbeseitigungsversuche braucht der Leasingnehmer nicht hinzunehmen²³; und es ist ebenfalls gesichert: Mißlingt die Ersatzlieferung, so kommt es schon dann zu einem „Wiederaufleben“ der Gewährleistungsansprüche²⁴, weil man nämlich dann grundsätzlich davon ausgehen kann, daß es dem Leasingnehmer nicht zumutbar ist, sich auf einen weiteren Versuch, Ersatzlieferung zu bewirken, einzulassen.

Da hier – wie stets in vergleichbaren Fällen auch – die Grenzen fließend sind, empfiehlt es sich, daß der Leasingnehmer dem Lieferanten des Leasingguts angemessene Fristen setzt, damit Mangelbeseitigung oder Ersatzlieferung durchgeführt werden. Eine Ablehnungsandrohung für den Fall, daß der Lieferant die ihm gesetzte angemessene Frist aus Gründen verstreichen läßt, die er zu vertreten hat, ist nicht von § 11 Nr. 10 b AGB-Gesetz gefordert und auch im Rahmen von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz nicht geboten. Eine Parallele zu § 326 BGB besteht insoweit nicht. Doch besagt dies nicht, daß es nicht aus praktischen Gründen heraus geboten sein kann, durch eindeutige Erklärungen gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts klarzustellen, daß ein Scheitern der Mangelbeseitigung/Ersatzlieferung für ihn nicht ohne Folgen bleiben werde. Im Sinne kaufmännischer Vernunft ist ein solches Vorgehen schon deshalb angezeigt um sicherzustellen, daß ein Streit mit dem Lieferanten des Leasingguts darüber vermieden wird, ob tatsächlich ein „Fehlschlagen“ der Mangelbeseitigung/Ersatzlieferung im Sinn von § 11 Nr. 10 b AGB-Gesetz vorliegt, wenn dann der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts Wandelung oder Minderung erklärt und prozessual geltend gemacht hat.

b) Die Wandelungserklärung

In der Literatur²⁵ ist verschiedentlich geltend gemacht worden, daß bereits die Erklärung des Leasingnehmers, das Vertragsverhältnis zwischen Leasinggeber – Lieferant des Leasingguts aus abgetretenem Recht zu wandeln, in

bezug auf den Leasingvertrag dazu führt, den Fortfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB zu bewirken. Dem hat sich der BGH nicht angeschlossen: In der Ausgangsentscheidung vom 16. 9. 1981²⁶ hat der BGH festgestellt, daß die Verpflichtung des Leasingnehmers zur Zahlung der Leasingraten jedenfalls dann von Anfang an entfällt, daß mithin auch dem Leasingvertrag „von vornherein“²⁷ die Geschäftsgrundlage fehlt, wenn der Leasinggegenstand nicht gebrauchstauglich und nicht nachbesserungsfähig ist und der Leasingnehmer ihn auch nicht benutzt hat und nicht benutzen kann. In der weiteren Entscheidung vom 5. 12. 1984²⁸ hat der BGH ausgesprochen, daß die gleichen Grundsätze auch dann gelten, wenn das Leasinggut für einen gewissen Zeitraum gebrauchstauglich/funktionstüchtig war. Während der BGH aber in seiner Entscheidung vom 16. 9. 1981²⁹ konstatierte, die Zahlungspflicht des Leasingnehmers bleibe jedenfalls insoweit aufrechterhalten, als er in der Lage gewesen sei, das Leasinggut auch zu nutzen, hat er in dem späteren Urteil vom 5. 12. 1984³⁰ daran nicht mehr festgehalten, sondern festgestellt: „Ist die Wandelung vollzogen, so fehlt dem Leasingvertrag von vornherein die Geschäftsgrundlage auch dann, wenn der Leasinggegenstand zeitweilig benutzt wurde. Das Ziel des Vertrages, die mangelfreie Gebrauchsüberlassung für die im Vertrag bezeichnete Zeit und zu den dort geregelten Bedingungen, kann auch in diesem Fall nicht erreicht werden“³¹.

Damit steht fest, daß dem Leasingvertrag – wegen Gebrauchsuntauglichkeit des Leasingguts – „von vornherein“³² die Geschäftsgrundlage im Sinn von § 242 BGB fehlt, wenn der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts die Wandelung „vollzogen“ hat³³. Damit entfällt gleichzeitig – „rückwirkend“³⁴ – die Verpflichtung des Leasingnehmers, Leasingraten zu zahlen.

15 Grundlegend *BGH*, ZIP 1985 S. 1398, 1400.

16 Hierzu Fn. 14.

17 *BGHZ* 22 S. 90, 99; *BGH*, BB 1974 S. 294; *BGH*, BB 1974 S. 1137.

18 *BGHZ* 22 S. 90, 99; *BGHZ* 37 S. 94, 98; *BGH*, BB 1978 S. 325.

19 *BGHZ* 22 S. 90, 99; *BGHZ* 34 S. 94, 98; *BGH*, BB 1975 S. 1507; *BGH*, BB 1979 S. 804.

20 Hierzu auch *OLG Hamm*, NJW 1974 S. 909; *OLG Hamburg*, MDR 1974 S. 578.

21 *OLG Stuttgart*, BB 1963 S. 1115; *OLG Celle*, BB 1970 S. 513, 514, *OLG Karlsruhe*, MDR 1971 S. 843; *OLG Hamburg*, MDR 1974 S. 578.

22 Hierzu *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, a.a.O., § 11 Nr. 10 b Rdnrn. 10 f.; *Staudinger/Schlosser*, § 11 Nr. 10 Rdnr. 45; *Schmidt-Salzer*, AGB, 2. Aufl., F 91.

23 *OLG Nürnberg*, DAR 1980 S. 345; *Schmidt-Salzer*, a.a.O.

24 Hierzu im einzelnen *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, a.a.O., § 11 Nr. 10 b Rdnr. 14.

25 Hierzu *Reinicke/Tiedtke*, BB 1983 S. 1142, 1147; *Canaris*, NJW 1982 S. 305, 311; vgl. auch *Graf von Westphalen*, DB-Beilage Nr. 6/1982 S. 5; *ders.*, Der Leasingvertrag, 2. Aufl., Rz. 358 ff. m. w. N.

26 *BGH*, BB 1981 S. 2093 = NJW 1982 S. 105 = ZIP 1981 S. 1215 mit Anmerkung von *Graf von Westphalen* = WM 1981 S. 1219.

27 Ebenda.

28 *BGH*, ZIP 1985 S. 226 = BB 1985 S. 354 = NJW 1985 S. 796.

29 S. Fn. 26.

30 S. Fn. 28.

31 *BGH*, ZIP 1985 S. 226, 228.

32 S. Fn. 27 = *BGH*, WM 1981 S. 1219, 1220.

33 Hierzu auch *OLG Hamm*, ZIP 1981 S. 631.

34 *BGH*, ZIP 1985 S. 226, 228.

c) Die Wirkungen des Wandelungsprozesses

Vom Grundsatz her betrachtet gilt die Regel: Die Wandelung eines Kaufvertrages ist dann vollzogen, wenn sich der Verkäufer – nach der Geltendmachung von Sachmängeln – auf Verlangen des Käufers mit der Wandelung einverstanden erklärt hat³⁵. Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese Einverständniserklärung innerhalb oder außerhalb eines Rechtsstreits zustandekommt³⁶. Unter Berücksichtigung dieser Ausgangssituation hat der BGH bereits in seiner Entscheidung vom 16. 9. 1981³⁷ unmißverständlich erklärt, daß der Leasinggeber das Ergebnis des Wandelungsprozesses, wie es sich in dem Rechtsstreit zwischen Leasingnehmer und Lieferant des Leasingguts ergibt, gegen sich gelten lassen muß. Denn die „Abtretungskonstruktion“ hat zur Konsequenz, daß allein der Leasingnehmer berechtigt, aber auch verpflichtet ist, Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängeln gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts durchzusetzen. Dies schließt ein, daß der Leasinggeber, wie der BGH in seiner Entscheidung vom 27. 2. 1985³⁸ konstatiert hat, auch einen zwischen Leasingnehmer und Lieferant des Leasingguts abgeschlossenen Vergleich über die Mangelhaftigkeit des Leasingguts gegen sich gelten lassen muß. Der Leasingnehmer muß das – ungekürzte – Recht haben, sich von einem mangelhaften Leasinggut in der Weise zu entledigen, daß er – vorbehaltlich eines kollusiven Verhaltens³⁹ – mit dem Lieferanten des Leasingguts Abreden trifft, die wegen der Mangelhaftigkeit des Leasingguts darauf hinauslaufen, im Ergebnis auch den Leasingvertrag wegen Fehlens der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB zu beenden.

Daraus folgt gleichzeitig: Die weitere Abwicklung einer – vollzogenen – Wandelung ist nicht Sache des Leasingnehmers, sondern ureigene Verpflichtung des Leasinggebers; denn der Leasinggeber ist Käufer und Eigentümer des Leasingguts. Freilich schließt dies ein, daß der Leasingnehmer gegenüber dem Leasinggeber seine Sorgfaltspflichten erfüllt, indem er den Leasinggeber davon unterrichtet, daß die dem Lieferanten des Leasingguts gesetzte angemessene Frist zur Mangelbeseitigung fruchtlos verstrichen ist, und daß er demzufolge gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts die Wandelung erklärt hat⁴⁰. Unterläßt es der Leasingnehmer, diese Pflicht zu erfüllen, so kann er sich schadensersatzpflichtig machen.

d) Ablauf der Gewährleistungsfristen

Aus der BGH-Entscheidung vom 5. 12. 1984⁴¹ folgt eindeutig: Dem Leasingnehmer steht als unmittelbare Folge der leasingtypischen „Abtretungskonstruktion“ die Stellung eines Käufers zu; deshalb ist er darauf angewiesen, etwaige Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts innerhalb der Fristen der §§ 477, 638 BGB geltend zu machen. Sind diese Fristen verstrichen, dann folgt aus der Verjährung der Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts, daß der Leasingnehmer in seinem Verhältnis gegenüber dem Leasinggeber nicht mehr berechtigt ist, sich auf das Fehlen oder auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB mit Erfolg zu berufen.

Deshalb ist es mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz vereinbar, daß der Leasinggeber – nach Ablauf der kauf- oder werkvertraglichen Gewährleistungsfristen gemäß §§ 477, 638 BGB – weitere Ansprüche gegenüber dem Leasingnehmer wegen einer etwaigen Mangelhaftigkeit des Leasingguts abbedingt⁴². Die mietvertragliche Kategorisierung des

Finanzierungsleasing geht nicht soweit, daß die Ersetzung der mietvertraglichen Eigenhaftung des Leasinggebers gemäß §§ 537, 538 BGB nur für den Zeitraum anzuerkennen ist, in welchem dem Leasingnehmer Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts aufgrund der „Abtretungskonstruktion“ zur Verfügung stehen. Mithin ist auch entgegen der Auffassung von Blomeyer⁴³ eine Haftung des Leasinggebers für irgendwelche „Spätschäden“ nicht anzuerkennen; diese sind vielmehr genuines Risiko des Leasingnehmers, der ja auch den Lieferanten des Leasingguts „ausgesucht“⁴⁴ hat.

3. Mangelhaftigkeit des Leasingguts – Leistungsverweigerungsrecht des Leasingnehmers

Die praktisch wichtigste Frage ist indessen: Ist der Leasingnehmer berechtigt, dem Zahlungsverlangen des Leasinggebers einredeweise entgegenzuhalten, daß er gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts die Wandelung erklärt hat, die freilich noch nicht vollzogen ist?

a) Bei Insolvenz des Lieferanten des Leasingguts

In seiner Entscheidung vom 20. 6. 1984⁴⁵ hat der BGH unmißverständlich erklärt: Der Leasinggeber muß es gegen sich gelten lassen, wenn der Lieferant des Leasingguts unmittelbar, nachdem der Leasingnehmer die Wandelung des Kaufvertrages erklärt hat, in Vermögensverfall gerät⁴⁶. Denn: „Die Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche an den Leasingnehmer befreit den Leasinggeber beim Finanzierungsleasing nicht von dem Risiko, daß ein begründetes Wandelungsbegehren wegen Vermögenslosigkeit des Herstellers/Lieferanten des Leasingobjekts nicht realisierbar ist. Das hat seine Ursache darin, daß die Rückabwicklung des Kaufvertrages aufgrund begründeten Wandelungsbegehrens Sache der daran beteiligten Vertragsparteien, also Sache von Leasinggeber und Hersteller/Lieferant ist“⁴⁷. Deshalb gilt:

„Scheitert die Realisierung der Wandelung an der Vermögenslosigkeit des Herstellers/Lieferanten, so muß der Leasingnehmer im Verhältnis zum Leasinggeber so gestellt werden, wie er stünde, wenn die Wandelung des Kaufvertrages vollzogen worden wäre“⁴⁸.

In diesem Fall war es allerdings erwiesen – und von dem Leasinggeber eingeräumt –, daß das Leasinggut (eine EDV-Anlage) mangelhaft war; auch hatte hierüber eine Beweisaufnahme stattgefunden⁴⁹.

35 Hierzu *Palandt/Putzo*, 45. Aufl., § 465 Anm. 2 a, dd.

36 Hierzu im einzelnen *Staudinger/Honsell*, § 465 Rdnrn. 8 ff.

37 S. Fn. 26.

38 *BGH*, BB 1985 S. 826.

39 Ebenda.

40 Ebenda.

41 S. Fn. 30.

42 *BGH*, WM 1985 S. 263 = *BGH*, EWiR § 537 BGB 2/85 (*Graf von Westphalen*).

43 *Blomeyer*, NJW 1973 S. 973, 976; hierzu im einzelnen auch *Graf von Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 2. Aufl., Rz. 416 ff.

44 Hierzu *BGH*, BB 1981 S. 2093 = WM 1981 S. 1219, 1220 f.

45 *BGH*, ZIP 1984 S. 1101 mit Anmerkung *Graf von Westphalen*.

46 Vgl. hierzu aber auch *OLG Frankfurt*, DB 1985 S. 2500 mit Anmerkung von *Bernstein*.

47 *BGH*, ZIP 1984 S. 1101, 1104.

48 *BGH*, ZIP 1984 S. 1101.

49 *BGH*, ZIP 1984 S. 1101, 1104 f.

In bezug auf das dem Leasingnehmer – wegen der Mangelhaftigkeit des Leasingguts – zustehende Leistungsverweigerungsrecht erklärt der BGH nahezu kategorisch, der Leasingnehmer könne dem Zahlungsverlangen des Leasinggebers die Einrede der Wandelung entgegenhalten. Und es gilt:

„Der Leasingnehmer wird damit jedenfalls von dem Zeitpunkt an, in dem er die – wenn auch möglicherweise sich erst später als sachlich gerechtfertigt erweisende – Wandelung des Kaufvertrages erklärt hat, von seiner Mietzinsverpflichtung gegenüber dem Leasinggeber frei“⁵⁰.

b) Die BGH-Entscheidung vom 5. 12. 1984⁵¹

Die – wie gesagt – fast kategorisch klingende Äußerung hat der BGH in seiner Entscheidung vom 5. 12. 1984⁵² relativiert: Zum einen hat er erklärt, daß die Sentenz aus der Senatsentscheidung vom 20. 6. 1984⁵³ nur den Fall erfasse, daß es dem Leasingnehmer – wegen der Insolvenz des Lieferanten des Leasingguts – nicht zumutbar sei, auf die ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüche verwiesen zu werden und in diesem Verhältnis die Wandelung zu vollziehen⁵⁴. Zum anderen hat der BGH festgestellt, es sei zu erwägen, ob der Leasingnehmer „nicht schon vor der – zumeist nur im Prozeß durchzusetzenden – Vollziehung der Wandelung berechtigt sein muß, sich gegen den Zahlungsanspruch des Leasinggebers mit der Begründung zu wehren, dem Leasingvertrag fehle von Anfang an die Geschäftsgrundlage“⁵⁵. Aber daran

anschließend heißt es – und dies ist der Kern, um den es hier geht:

„Voraussetzung hierfür wäre aber grundsätzlich, daß der Leasingnehmer *gleichzeitig* die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche *in einem Rechtsstreit* angriffs- oder verteidigungsweise gegen den Hersteller/Lieferanten geltend macht“⁵⁶ (Hervorhebungen vom Verfasser).

Dennoch ließ der BGH im Ergebnis die hiermit aufgeworfene Frage ausdrücklich offen⁵⁷, entschied aber unter Berücksichtigung der sachverhaltsspezifischen Variante, wie im Leitsatz zu Ziff. 2 nachzulesen:

„Hat der Leasinggeber seine Gewährleistungsansprüche aus dem Kaufvertrag mit dem Hersteller/Lieferanten an den Leasingnehmer abgetreten und tritt er seine Ansprüche aus dem Leasingvertrag an den Hersteller/Lieferanten ab, so kann der Leasingnehmer diesem gegenüber bei Geltendmachung der Leasingansprüche den abgetretenen Wandelungsanspruch einredeweise geltend machen, ohne daß es der vorherigen Vollziehung der Wandelung bedarf“⁵⁸.

Daß der Leasinggeber seine aus dem Leasingvertrag resultierenden Ansprüche an den Lieferanten des Leasing-

50 S. 1105.

51 BGH, ZIP 1985 S. 226 = WM 1985 S. 226.

52 Ebenda.

53 BGH, ZIP 1984 S. 1101 = WM 1984 S. 1089.

54 BGH, ZIP 1985 S. 226, 228.

55 S. 229.

56 Ebenda.

57 Ebenda.

58 S. 226.

guts abtritt, ist indessen selten. Normalerweise bleibt es – auch im Zusammenhang mit gewährleistungsrechtlichen Auseinandersetzungen – beim typischen „Dreiecksverhältnis“⁵⁹, wie es das Finanzierungsleasing charakterisiert: Im Verhältnis Leasingnehmer – Lieferant des Leasingguts werden aus abgetretenem Recht Gewährleistungsansprüche wegen der Mangelhaftigkeit des Leasingguts geltend gemacht; der Leasinggeber verlangt unabhängig davon weitere Zahlung der Leasingraten. Erst der Vollzug der Wandelung ist für den Leasinggeber Beleg dafür, daß dem Leasingvertrag „von vornherein“⁶⁰ die Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB fehlt, so daß er erst von diesem Zeitpunkt an – dies lehrt die Erfahrung – darauf verzichtet, Ansprüche auf Zahlung von Leasingentgelt gegenüber dem Leasingnehmer geltend zu machen.

II. Ungeklärte Fragen

1. Die Wandelungseinrede des Leasingnehmers

a) Die Entscheidung des OLG Hamburg vom 8. 2. 1985⁶¹

In dieser – bislang einzigen – obergerichtlichen Entscheidung ging es darum, ob der Leasingnehmer berechtigt ist, dem Zahlungsverlangen des Leasinggebers die Einrede entgegenzuhalten, wegen der erklärten, aber noch nicht vollzogenen Wandelung weitere Leasingraten nicht zu schulden. Das OLG kommt zu folgender grundsätzlichen Aussage:

„Solange eine gegen den Lieferanten durchsetzbare Wandelung nicht oder noch nicht vollzogen, vor allem, weil ein zur Wandelung berechtigter Mangel des Leasingobjekts nicht bewiesen ist, wird der Leasingnehmer jedenfalls bis zur Erhebung der Wandelungsklage von seiner Verpflichtung, die Leasingraten zu zahlen, nicht befreit“⁶².

Begründet wird diese Auffassung zunächst mit allgemeinen Erwägungen: Der Leasingnehmer sucht das Leasinggut beim Lieferanten aus, legt mit diesem den Verwendungszweck fest und kann auch deshalb – im Fall eines Mangels – regelmäßig besser als der Leasinggeber beurteilen, ob das Leasinggut noch funktionstüchtig/gebrauchstauglich ist oder nicht. Insbesondere ist der Leasingnehmer in der Lage, aus eigener Sachkenntnis zu ermitteln, ob aufgrund eines Mangels des Leasingguts die „sofortige Wandelung erfolversprechend ist“⁶³ oder ob es zunächst angezeigt ist, weitere Mangelbeseitigungsversuche zu unternehmen. Entscheidend stellt sodann das OLG Hamburg auf folgendes ab:

„Ferner liegt es aus lebenspraktischer Sicht nahe, daß der Leasingnehmer nicht mehr an einer Durchsetzung seiner Wandelungsrechte interessiert ist und einen Prozeß gegen die Lieferanten möglichst spät und dann schleppend führt, wenn er bereits mit Abgabe der Wandelungserklärung dazu berechtigt sein sollte, auch seine Zahlungen an den Leasinggeber einzustellen“⁶⁴.

Schließlich erachtet das OLG Hamburg, es entspreche einem „Gebot der Rechtsklarheit“, dem Leasingnehmer so lange das Recht zur Zahlungsverweigerung – trotz erhobener Wandelungserklärung – abzuschneiden, als er nicht gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts eine Wandelungsklage eingereicht hat. Denn:

„Das somit von ihm (dem Leasingnehmer) zu tragende Risiko, jedenfalls zeitweise ohne gebrauchsfähiges Leasingobjekt und bei zusätzlichen Kosten für eine Ersatzbeschaffung Leasingraten zahlen zu müssen, stellt im Rahmen der Zivilrechtsordnung keinen außergewöhnlichen Fall dar. Dieses Risiko trägt jeder Käufer,

wenn sich nach Zahlung des Kaufpreises Mängel herausstellen“⁶⁵ (Hervorhebungen vom Verfasser).

b) Die Auffassung von Reinicke/Tiedtke⁶⁶

Reinicke/Tiedtke haben sich ausführlich mit den hier interessierenden Problemen – unter besonderer Berücksichtigung der Ansicht des OLG Hamburg⁶⁷ – auseinandergesetzt; die von ihnen formulierten Thesen erfordern eine umfassende Antwort, weil sie der Auffassung des OLG Hamburg diametral entgegengesetzt sind:

aa) Vor Erhebung der Wandelungsklage

Unter der Voraussetzung, daß der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts noch keine Wandelungsklage eingereicht, wohl aber die Wandelungserklärung abgegeben hat, vertreten Reinicke/Tiedtke⁶⁸ die Ansicht: Der Leasingnehmer ist weiterhin verpflichtet, seine Leasingraten zu zahlen, soweit er nicht bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung im Leasingprozeß die Wandelungsklage gegen den Lieferanten erhoben hat. Denn – und dem ist uneingeschränkt zuzustimmen –: der Leasinggeber hat einen Anspruch darauf, daß ein Gericht darüber befindet, ob die vom Leasingnehmer behauptete Mangelhaftigkeit des Leasingguts tatsächlich gegeben oder nur vorgeschützt ist. Dies entspricht auch der Grundentscheidung des BGH in seinem Urteil vom 5. 12. 1984⁶⁹, in welchem der BGH erklärt hat, der Leasingnehmer sei nur insoweit zur Zahlungsverweigerung berechtigt, als er „gleichzeitig“⁷⁰ einen Rechtsstreit gegenüber dem Lieferanten – bezogen auf die angebliche Mangelhaftigkeit des Leasingguts – angestrengt hat.

bb) Wandelungsklage – Anspruch auf weitere Leasingraten oder Zahlungsverweigerungsrecht?

Im Ergebnis vertreten Reinicke/Tiedtke in diesem Zusammenhang die Meinung, nicht das Urteil im Wandelungsprozeß führe dazu, daß dem Leasingvertrag „von vornherein“⁷¹ die Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB fehlt, sondern dies geschehe „bereits durch das begründete Wandelungsbegehren“⁷². Demzufolge kann der Leasinggeber vom Leasingnehmer nur dann Leasingraten, die erst während des anhängigen Wandelungsprozesses fällig werden, fordern, „wenn die Wandelungsklage im Wandelungsprozeß abgewiesen worden ist“⁷³. Begründet wird diese Auffassung damit: Der Leasingnehmer macht Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts aus abgetretenem Recht geltend; es handelt sich also um Ansprüche, die originär dem Leasingge-

59 Hierzu *Graf von Westphalen*, *Der Leasingvertrag*, 2. Aufl., Rz. 33 ff. zur Abgrenzung zwischen „direktem“ und „indirektem“ Leasing.

60 *OLG Hamburg*, DB 1985 S. 2091 = WM 1985 S. 586.

61 Ebenda.

62 S. 2091.

63 S. 2092.

64 Ebenda.

65 Ebenda.

66 *Reinicke/Tiedtke*, DB 1985 S. 2085 ff.

67 S. Fn. 61.

68 S. 2086 f.

69 S. Fn. 51.

70 S. Fn. 56.

71 *BGH*, WM 1981 S. 1219, 1220.

72 *Reinicke/Tiedtke*, DB 1985 S. 2085, 2087.

73 S. 2088.

ber zustehen. Diesem aber ist es verwehrt, auf der einen Seite Wandelung und damit Rückgängigmachung des Kaufvertrages – insbesondere: Rückzahlung des Kaufpreises – zu verlangen, gleichzeitig aber vom Leasingnehmer weiterhin Leasingraten zu fordern. Hätte nämlich der Leasinggeber – so die Argumentation von Reinicke/Tiedtke⁷⁴ – nicht die Eigenhaftung gegenüber dem Leasingnehmer ausgeschlossen, um – statt dessen – den Leasingnehmer auf Gewährleistungsansprüche aus abgetretenem Recht zu verweisen, so wäre es ohne weiteres einleuchtend: Da es strittig ist, ob die Wandelungsklage des Leasingnehmers gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts tatsächlich Erfolg hat, kann der Leasingnehmer – wie ein Käufer – dem Zahlungsverlangen des Leasinggebers einredeweise die Wandelung entgegenhalten⁷⁵. Wenn aber aufgrund abgetretenen Rechts die Frage, ob tatsächlich ein Mangel des Leasingguts vorliegt, in einem separaten Wandelungsprozeß zu prüfen und zu entscheiden ist, so kann dies nicht zu einer Schlechterstellung des Leasingnehmers führen.

Im Grunde genommen geht es – so Reinicke/Tiedtke⁷⁶ – darum, ob das den Leasingprozeß entscheidende Gericht berechtigt ist, ein Zahlungsurteil zu sprechen, obwohl es nicht sicher ist, ob die Wandelungsklage des Leasingnehmers gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts nicht letzten Endes Erfolg hat. Hat sie aber Erfolg, so führt dies – auch nach der Ansicht des OLG Hamm⁷⁷ – dazu, daß erst aufgrund des Wandelungsurteils dem Leasingvertrag „von vornherein“ die Geschäftsgrundlage im Sinn von § 242 BGB fehlt. Daraus begründen Reinicke/Tiedtke⁷⁸ auch ihren Widerspruch gegenüber der Ansicht des OLG Hamburg⁷⁹: Hat nämlich der Leasingnehmer Wandelungsklage erhoben, so steht dem Leasinggeber nicht das Recht zu, vor Anhängigmachung der Wandelungsklage fällig werdende Leasingraten gerichtlich einzufordern.

c) Stellungnahme

aa) Die BGH-Entscheidung vom 5. 12. 1984⁸⁰

Ausgangspunkt in diesem Meinungsstreit ist zunächst die BGH-Entscheidung vom 5. 12. 1984: Voraussetzung dafür, daß ein Leistungsverweigerungsrecht zugunsten des Leasingnehmers gegenüber dem Zahlungsverlangen des Leasinggebers eingreift, ist, daß der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts nicht nur die Wandelung erklärt, sondern auch „gleichzeitig“⁸¹ Wandelungsklage erhoben hat. Dieser Ansatzpunkt erscheint

jedoch ein wenig theoretisch zu sein; er entspricht nicht den praktischen Gegebenheiten: Erklärt der Leasingnehmer wegen einer von ihm behaupteten Mangelhaftigkeit des Leasingguts gegenüber dem Lieferanten die Wandelung, so ist diese im Sinn von § 465 BGB erst dann „vollzogen“, wenn sich der Lieferant mit der Wandelungserklärung einverstanden erklärt hat. Unter Berücksichtigung von § 271 BGB hat der Leasingnehmer einen Anspruch darauf, daß sich der Lieferant sofort erklärt. In der Praxis führt dies regelmäßig dazu, daß eine Wandelungserklärung – unter Fristsetzung – abgegeben wird, so daß dann – nach fruchtlosem Verstreichen der gesetzten Frist – Wandelungsklage eingereicht wird. Notwendigerweise verstreichen also gewisse Zeiträume – etwa 2–3 Wochen – zwischen einer Wandelungserklärung und der danach eingereichten Wandelungsklage.

Unter Berücksichtigung dieser Ausgangskonstellation wurde an anderer Stelle⁸² vorgeschlagen, dem Leasinggeber stehe das Recht zu, den Leasingnehmer aufzufordern, nach Abgabe der Wandelungserklärung unverzüglich Wandelungsklage einzureichen. Doch ist weder das eine noch das andere „gleichzeitig“⁸³ im Sinn der BGH-Judikatur.

bb) Leasingraten zwischen Wandelungserklärung und Wandelungsklage – § 478 BGB analog

Dies wirft die Frage auf, ob der Auffassung des OLG Hamburg⁸⁴ auch insoweit zu folgen ist, als der Leasingnehmer zur – vorläufigen – Zahlung der Leasingraten verurteilt wird, die zwischen Wandelungserklärung und Wandelungsklage fällig geworden sind. Dies wurde an anderer Stelle⁸⁵ kursorisch bejaht; doch ist daran nicht weiter festzuhalten. Vielmehr bietet sich folgende Lösung an:

74 Ebenda.

75 Ebenda.

76 Ebenda.

77 OLG Hamm, ZIP 1981 S. 631, 633.

78 S. 2089.

79 OLG Hamburg, DB 1985 S. 2091.

80 BGH, ZIP 1985 S. 226.

81 S. 229.

82 Hierzu Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 2. Aufl., Rz. 362.

83 S. Fn. 81.

84 S. Fn. 60.

85 Hierzu Graf von Westphalen, WuB II 2. Leasing 4.35.

Die Wandelungserklärung bedingt noch nicht, daß dem Leasingvertrag die Geschäftsgrundlage gemäß § 242 BGB fehlt. Dies ist vielmehr erst dann der Fall, wenn die Wandelung – wegen der bewiesenen Mangelhaftigkeit des Leasingguts – im Sinn von § 465 BGB vollzogen ist, gleichgültig, ob sich der Lieferant des Leasingguts mit der Wandelung einverstanden erklärt oder ob sein Einverständnis gemäß § 894 ZPO durch Urteil ersetzt wird⁸⁶. Von der Wandelungserklärung an steht dem Leasingnehmer gegenüber dem Zahlungsanspruch des Leasinggebers ein Leistungsverweigerungsrecht zu; er ist berechtigt, die Wandelungserklärung einredeweise dem Zahlungsanspruch des Leasinggebers entgegenzusetzen.

Rechtfertigender Gesichtspunkt für diese Einrede ist eine analoge Anwendung von § 478 BGB: Es entspricht ja der üblichen und typischen Konstellation beim Finanzierungsleasing, daß der Leasinggeber dem Leasingnehmer – bezogen auf die dem Leasingnehmer abgetretenen Gewährleistungsansprüche – eine Rechtstellung einräumt, die derjenigen des „Käufers“ einer Sache entspricht⁸⁷. Dem Käufer einer Sache gibt § 478 BGB das Recht, die Zahlung – auch nach Eintritt der Verjährung – zu verweigern, sofern er nur – vor Eintritt der Verjährung – eine Mängelanzeige an den Verkäufer abgesandt hat. Anerkanntermaßen gewährt § 478 BGB eine peremptorische Einrede gegen den Anspruch des Verkäufers auf Kaufpreiszahlung; diese ist ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht⁸⁸, gewährt aber keinen Anspruch, Rückzahlung eines geleisteten Teil-Kaufpreises zu fordern⁸⁹. Wie sich aus der Literatur zu § 478 BGB ergibt⁹⁰, kann und muß der Käufer – aufgrund der nach § 478 BGB geltend gemachten Einrede – in der Lage sein, die Durchführung der Wandelung zu erzwingen⁹¹. Es kann nämlich nicht sein, daß der Käufer – unter Berufung auf die Einrede gemäß § 478 BGB – bessersteht als ein Käufer, der vor Eintritt der Verjährung Wandelungsklage erhebt: Im einen wie im anderen Fall muß wegen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache die Wandelung vollzogen werden⁹².

Wie dies im einzelnen dogmatisch zu begründen ist, braucht hier nicht geklärt zu werden⁹³. Entscheidend ist vielmehr die auffallende Parallelität: Auch dem Leasingnehmer ist es versagt, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts – wegen der behaupteten Mangelhaftigkeit – lediglich die Wandelung zu erklären, ohne die Wandelungsklage zu erheben. Denn es ist ausgeschlossen, daß der Leasinggeber rechtlos gestellt wird; ihm muß die Möglichkeit erhalten bleiben, den Leasingnehmer zu zwingen, nicht nur die Wandelungseinrede geltend zu machen, sondern auch die Wandelungsklage zu erheben, um im Ergebnis rechtsverbindlich feststellen zu lassen, ob das dem Leasingnehmer überlassene Leasinggut gebrauchstauglich/funktionstüchtig oder mangelhaft ist. Dieser Schwierigkeit trägt die Literatur zu § 478 BGB in der Weise Rechnung, daß es dem Verkäufer gestattet ist, im Wege der Klageänderung die Kaufsache zurückzufordern, sofern der Käufer gegenüber der Kaufpreisklage die Wandelungseinrede gemäß § 478 BGB erhebt⁹⁴. Demzufolge muß auch beim Finanzierungsleasing in analoger Anwendung von § 478 BGB dem Leasinggeber das Recht erhalten bleiben, den Leasingnehmer zu zwingen, gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts die Wandelungsklage zu erheben, sobald der Leasingnehmer dem Leasinggeber gegenüber die Einrede der Wandelungserklärung erhoben hat.

Fordert deshalb der Leasinggeber den Leasingnehmer auf, Wandelungsklage zu erheben, unterläßt der Leasing-

nehmer aber dies, so verhält er sich treuwidrig, so daß er die Wandelungseinrede gemäß § 242 BGB verwirkt⁹⁵. Damit ist gleichzeitig gesagt: Erhebt der Leasingnehmer – gleichgültig, ob aus eigenem Antrieb oder auf Veranlassung des Leasinggebers – Wandelungsklage gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts, so steht dem Leasingnehmer gegenüber dem Zahlungsanspruch des Leasinggebers das Leistungsverweigerungsrecht aufgrund der Wandelungseinrede zur Seite⁹⁶. Dies betrifft auch die Leasingraten, die vor Erhebung der Wandelungsklage fällig geworden sind, weil ja die Wandelungseinrede in analoger Anwendung von § 478 BGB den Zahlungsanspruch des Leasinggebers beim Finanzierungsleasingvertrag beeinflusst.

cc) Anwendung von § 148 ZPO

Hat aber der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts Wandelungsklage erhoben, so ist diese Klage im Sinn von § 148 ZPO vorgreiflich gegenüber der Zahlungsklage des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer. Folglich ist dieses Verfahren bis zur Rechtskraft des Wandelungsurteils auszusetzen⁹⁷. Erweist sich schließlich, daß die Wandelungseinrede unbegründet war, so stand dem Leasingnehmer – von Anfang an – die Einrede des Leistungsverweigerungsrechts nicht zur Seite; es liegt deshalb im Verhältnis zum Leasinggeber Zahlungsverzug gemäß §§ 284 ff. BGB vor, der den Leasinggeber berechtigt, den Leasingvertrag fristlos zu kündigen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu reklamieren⁹⁸.

III. Zusammenfassung

Wird die Wandelung im Verhältnis zwischen Lieferant des Leasingguts – Leasingnehmer vollzogen (§ 465 BGB), so fehlt dem Leasingvertrag „von vornherein“⁹⁹ die Geschäftsgrundlage im Sinn von § 242 BGB. Dies gilt unabhängig davon, ob das Leasinggut von Anfang an gebrauchsuntauglich oder ob es für eine begrenzte Zeit gebrauchstauglich/funktionstüchtig war¹⁰⁰. Soweit der Leasingnehmer gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts die Wandelungseinrede erhebt, ist § 478 BGB analog anwendbar; dem Leasinggeber steht das Recht zu, den Leasingnehmer zu zwingen, Wandelungsklage gegenüber dem Lieferanten des Leasingguts zu erheben. Unterläßt der Leasingnehmer dies, so verwirkt er die Wandelungseinrede wegen rechtsmißbräuchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB. Soweit Wandelungsklage erhoben ist, ist eine Zahlungsklage des Leasinggebers gegenüber dem Leasingnehmer gemäß § 148 ZPO bis zur Rechtskraft des Wandelungsurteils auszusetzen.

86 Hierzu *OLG Hamm*, a.a.O. (Fn. 77).

87 Hierzu *Graf von Westphalen*, a.a.O., Rz. 82 ff. m. w. N.

88 *Staudinger/Honsell*, § 478 Rdnr. 1.

89 RGZ 69 S. 385, 387 ff.

90 Hierzu im einzelnen *Staudinger/Honsell*, § 478 Rdnr. 13.

91 *Staudinger/Honsell*, a.a.O.

92 *Mezger*, in RGRK-BGB, § 478 Rdnr. 3; *Staudinger/Honsell*, a.a.O.

93 Hierzu *Staudinger/Honsell*, a.a.O.

94 *Staudinger/Honsell*, a.a.O.

95 *Graf von Westphalen*, a.a.O. (Fn. 82).

96 So auch *Bernstein*, DB 1985 S. 1877, 1881.

97 Hierzu auch *BGH*, BB 1985 S. 226, 229; *Reinicke/Tiedtke*, DB 1985 S. 2985, 2087 f. – sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis abweichend.

98 Vgl. *BGH*, ZIP 1985 S. 226, 229 f.

99 Hierzu *BGH*, WM 1981 S. 1219, 1220.

100 *BGH*, BB 1981 S. 2093; *BGH*, ZIP 1985 S. 226.