

36

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 535, 537; AGBG § 9 Bb, Cf; ZPO § 148

- a) Der in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Leasinggebers enthaltene Ausschluß der mietrechtlichen Gewährleistung unter Abtretung der kaufrechtlichen Sachmängelansprüche gegenüber dem Lieferanten an den Leasingnehmer ist dahin auszulegen, daß der Leasinggeber auch nicht vorläufig Zahlung von Leasingraten fordern kann, wenn der Leasingnehmer Wandelungsklage gegen den Lieferanten erhoben hat (Ergänzung zu BGHZ 81, 298).
- b) Kann in einem solchen Fall mangels rechtskräftiger Entscheidung im Wandelungsprozeß gegen den Lieferanten ein Sachurteil über den vom Leasinggeber anhängig gemachten Anspruch auf Leasingraten noch nicht ergehen, so hat das Gericht diesen Rechtsstreit nach § 148 ZPO auszusetzen.

BGH, Urt.v. 19. Februar 1986 - VIII ZR 91/85 - Hanseatisches
OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 91/85

URTEIL

Verkündet am: 19. Februar 1986

Kanik, Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Dr. Peter S c h [REDACTED],
2. Sch [REDACTED] Augenoptik GmbH, vertreten durch die Geschäftsführerin Helene Sch [REDACTED],
3. M [REDACTED] Contactlinsen GmbH & Co., persönlich haftende Gesellschafterin M [REDACTED] Contact GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführerin Helene Sch [REDACTED],

als Gesellschafter der Sch [REDACTED] Ausbaugesellschaft bR,
L [REDACTED] Tor, H [REDACTED] [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und [REDACTED]

g e g e n

M [REDACTED] Leasing GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Diplom-Kaufmann Wolfgang B [REDACTED], P [REDACTED] Straße [REDACTED],
B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Februar 1986 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Treier, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 8. Februar 1985 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin fordert von den Beklagten, die sich zwecks gemeinsamen Einkaufs für die Augenarztpraxis des Erstbeklagten und den Geschäftsbetrieb der Zweit- und Drittbeklagten zu einer nicht im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft zusammengeschlossen haben, die Begleichung dreier Leasing-Monatsraten für eine Computer-Anlage mit Betriebssystem-Software. Über diese Anlage schlossen die Beklagten zunächst einen schriftlichen



Kaufvertrag vom 28./29. Dezember 1982 mit der Firma A [REDACTED] Gesellschaft für angewandte Informatik mbH (im folgenden: Lieferantin) zum Kaufpreis von 160.700 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. In den "Allgemeinen Bedingungen zum Kauf von DV-Anlagen", die zum Vertragsbestandteil gemacht waren, heißt es unter Nr. 9 (auszugsweise):

- 9.2 Für Lieferung fabrikneuer Erzeugnisse übernehmen wir eine Gewährleistung von 6 Monaten ab Datum des Empfangs der Lieferung bzw. Annahme der Anlage.

....

- 9.4 Bei berechtigter Beanstandung, z.B. bei Fabrikations- oder Materialfehlern, beheben wir die Mängel nach unserer Wahl durch kostenlose Instandsetzung oder Ersatzlieferung. Bei Fehlschlägen der Instandsetzung oder Ersatzlieferung kann der Käufer nach seiner Wahl Herabsetzung der Vergütung oder Rückgängigmachung des Vertrages verlangen. Eine weitergehende Haftung, insbesondere bei Schäden, die nicht an den gelieferten Erzeugnissen selbst entstanden sind, ist ausgeschlossen, soweit uns oder unseren Erfüllungsgehilfen nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

....

Die Anlage wurde an die Beklagten ausgeliefert, nach Angabe der Klägerin am 29. März 1983. Am 18. Mai 1983 nahm die Klägerin einen Antrag der Beklagten vom 28. Dezember 1982 auf Abschluß eines Leasingvertrages über die Computeranlage an. Die von der Klägerin vorformulierten "Allgemeinen Leasingbedingungen" (ALB) lauten unter anderem:

....

4. Benutzung, Wartung, Reparatur und Haftung

Die Haftung des LG aus und im Zusammenhang mit diesem Vertrag ist auf die Ansprüche beschränkt, die der LG gegenüber dem Lieferanten hat. Der LG tritt diese Ansprüche dem LN ab.

....

Die während der Vertragsdauer von 54 Monaten ab 1. Juni 1983 zu zahlenden Raten betrugen monatlich 4.605,40 DM einschließlich Mehrwertsteuer.

Die Klägerin bezahlte die an sie gerichtete Kaufpreisrechnung der Lieferantin. Die Beklagten entrichteten die Raten nur bis September 1983. Bereits ab Juni rügten sie mehrfach gegenüber der Lieferantin (unter Mitteilung auch an die Klägerin) Mängel der Anlage. Die Lieferantin unternahm Nachbesserungsversuche, deren Erfolg zwischen den Parteien streitig ist. Mit Schreiben ihrer Rechtsanwälte vom 2. September 1983 verlangten die Beklagten von der Lieferantin Beseitigung der Mängel bis zum 15. September und drohten andernfalls Wandelung des Kaufvertrages an. Mit weiterem Anwaltsschreiben vom 16. September 1983 erklärten sie gegenüber der Lieferantin die Wandelung und forderten deren Bestätigung bis zum 26. September. Von beiden Schreiben wurde die Klägerin durch die Beklagten in Kenntnis gesetzt.

Mit ihrer Klage vom 2. Januar 1984 hat die Klägerin die Raten für Oktober - Dezember 1983 in Höhe von 13.816,20 DM nebst 1 % Zinsen pro Monat auf je 4.605,40 DM seit dem 2. Oktober, 2. November und 2. Dezember 1983 ge-

fordert. Nach Zustellung dieser Klage haben die Beklagten mit Schriftsatz vom 24. Januar 1984 Wandelungsklage gegen die Lieferantin erhoben (8 O 42/84 LG Hamburg); eine Entscheidung darüber ist bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung II. Instanz in der vorliegenden Sache noch nicht ergangen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstreben die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I. 1. Das Berufungsgericht hält - bei Annahme eines zwischen den Parteien bestehenden Finanzierungsleasingverhältnisses - den Klaganspruch für gerechtfertigt. Es meint zwar, die Auslegung des Vertrages vom 18. Mai 1983 als typischer Leasingvertrag könne zweifelhaft sein, weil der Kaufvertrag zwischen den Beklagten und der Lieferantin vorher zustande gekommen und durch Aufstellung der Anlage bereits teilweise erfüllt gewesen sei; beide Parteien hätten aber übereinstimmend erklärt, sie gingen davon aus, daß die Klägerin anstelle der Beklagten wirksam in den Kaufvertrag eingetreten sei sowie das Leasinggut zu Eigentum erworben und den Beklagten im Leasingwege zum Gebrauch überlassen habe. Einwendungen gegen die Annahme einer solchen rechtlich möglichen Vertragsgestaltung (vgl. Senatsurteil vom 27. November 1985 - VIII ZR 316/84 =

WM 1986, 163 unter II 1 und 2 a) hat keine Partei erhoben. Von ihr ist daher auszugehen.

2. Zur weiteren Begründung seiner Entscheidung führt das Berufungsgericht aus: Die Beklagten hätten die Bezahlung der vor Beginn des Wandelungsprozesses angefallenen Leasingraten nicht verweigern dürfen. Zwar entziehe, wenn die mietrechtliche Haftung wirksam durch Abtretung der kaufrechtlichen Gewährleistung ersetzt sei, eine vollzogene Wandelung des Kaufvertrages dem Leasingvertrag die Grundlage und befreie den Leasingnehmer jedenfalls für den Zeitraum nach Erklärung der Wandelung von seiner Zahlungspflicht. Grundsätzliche Überlegungen und die Abwägung der Interessen der am Leasingvertrag Beteiligten ließen dasselbe aber nicht gelten, wenn die Wandelung weder vollzogen sei noch ihre Voraussetzungen feststünden. Das Risiko der Mangelhaftigkeit oder der generellen Verwendbarkeit des Leasinggegenstandes werde vom Leasinggeber nicht so beherrscht wie vom Leasingnehmer. Dieser habe das Leasinggut nach seinen Vorstellungen beim Lieferanten ausgesucht und könne dessen Befähigung zur Vertragserfüllung besser beurteilen. Auch könne er die Mangelfreiheit der Sache bei Übernahme prüfen, was dem Leasinggeber im allgemeinen versagt sei. Bei später hervortretenden Mängeln könne allein der Leasingnehmer deren Nachbesserungsfähigkeit oder die Notwendigkeit sofortiger Wandelung sowie deren Durchsetzbarkeit beurteilen. Für den Leasinggeber sei nicht erkennbar, ob ein erheblicher Mangel vorliege oder aus anderen Gründen nur vorgeschützt werde. Auch liege es nahe, daß der Leasingnehmer nicht mehr an der zügigen Durchsetzung seiner Wandelungsrechte interessiert sei,

wenn er bereits mit Abgabe seiner Wandelungserklärung zur Einbehaltung der Leasingraten berechtigt wäre. Der Leasinggeber seinerseits könne den Gewährleistungsrechtsstreit nach Abtretung des Wandelungsanspruchs nicht ohne weiteres selbst betreiben, zumal ihm jegliche Informationen über die angeblichen Mängel fehlten. Daher sei es auch ein Gebot der Rechtsklarheit, daß jedenfalls bis zur Erhebung der Wandelungsklage der Leasingnehmer zur Zahlung verpflichtet bleibe. Er trage damit nur dasselbe Risiko wie jeder Käufer nach Zahlung des Kaufpreises oder wie ein Abzahlungskäufer, wenn die Voraussetzungen des Einwendungsdurchgriffs nicht vorliegen. Das Risiko der Insolvenz des Leasinggebers sei im vorliegenden Fall gering zu veranschlagen, weil nur die Raten für drei Monate, also bis zur Erhebung der Wandelungsklage eingeklagt seien; diesen Zeitpunkt hätten die Beklagten bestimmt; sie hätten jedoch Klage bereits im Oktober 1983 erheben können. Eine Aussetzung des Rechtsstreits nach § 148 ZPO scheide aus, weil die Entscheidung im Gewährleistungsprozeß nicht vorgreiflich sei. Den Beklagten würde damit faktisch ein ihnen nicht zustehendes Zurückbehaltungsrecht eingeräumt. Daß sie allerdings im Falle ihres Obsiegens im Wandelungsprozeß die Klägerin auf Rückzahlung und möglicherweise auf Schadensersatz in Anspruch nehmen könnten, bedürfe keiner weiteren Erörterung.

Diese von der Revision angegriffenen Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

II. Dem durch den Vertrag vom 18. Mai 1983 un-
streitig entstandenen Anspruch der Klägerin auf Zahlung
von Leasingraten begegnen die Beklagten mit dem Einwand,
infolge Mangelhaftigkeit der Leasingsache sei dem Lea-
singvertrag die Grundlage entzogen und der Zahlungsan-
spruch von Anfang an unbegründet. Diese Rechtsfolge läßt
sich zwar derzeit noch nicht endgültig feststellen. Aber
auch die vom Berufungsgericht gezogene Folgerung einer
"vorläufigen" Zahlungspflicht der Beklagten und einer
Rückzahlung bei erfolgreichem Abschluß des Wandelungs-
prozesses ist nicht aufrechtzuerhalten.

1. Da Finanzierungsleasingverträge in erster Linie
nach Mietrecht zu beurteilen sind (st.Rspr., BGHZ 71, 189,
193 f m.w.N.; Senatsurteil vom 9. Oktober 1985 -
VIII ZR 217/84 = NJW 1986, 179 = WM 1985, 1447 unter I 2),
ist die Überlassung der Leasingsache in gebrauchsfähigem
Zustand eine Hauptpflicht des Leasinggebers (Senatsur-
teil vom 9. Oktober 1985 aaO., ferner BGHZ 94, 180, 188).
Von der sich daran knüpfenden mietrechtlichen Sachmängel-
haftung nach § 537 BGB kann sich der Leasinggeber wegen
der Besonderheiten des Leasingverhältnisses auch im nicht-
kaufmännischen Verkehr in allgemeinen Geschäftsbedingungen
freizeichnen, wenn er dem Leasingnehmer gleichzeitig seine
kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den Liefe-
ranten abtritt und diese Ansprüche die Interessen des Lea-
singnehmers in angemessener Weise wahren (für den nicht-
kaufmännischen Verkehr Senatsurteil vom 20. Juni 1984 -
VIII ZR 131/83 = NJW 1985, 129 = WM 1984, 1089; ferner
allgemein BGHZ 68, 118, 123; 81, 298, 301 f; 94, 44, 48;
94, 180, 185 ff mit dem Ergebnis, daß § 11 Nr. 10 a AGBG
diese Freizeichnung nicht hindert). In der Klausel 4 ihrer

ALB hat die Klägerin von der Haftungsfreizeichnung Gebrauch gemacht.

2. Bei dieser Vertragslage konnten die Beklagten die von ihnen behauptete Unbrauchbarkeit der Computer-Anlage nicht unmittelbar dem Leasingratenanspruch der Klägerin entgegenhalten. Sie waren darauf angewiesen, entsprechend der Regelung im Kaufvertrag zunächst von der Lieferantin Nachbesserung und bei deren Erfolglosigkeit die Zustimmung zur Wandelung zu fordern und einzuklagen. Die Befreiung von ihren Verpflichtungen aus dem Leasingvertrag konnten sie nur erreichen, wenn die Wandelung vollzogen und dem Leasingvertrag dadurch die Grundlage entzogen wurde oder wenn ausnahmsweise die Durchsetzung der Wandelung unmöglich oder unzumutbar war (st.Rspr., vgl. BGHZ 68, 118, 126; 81, 298, 307; Senatsurteile vom 20. Juni 1984 aaO und vom 5. Dezember 1984 - VIII ZR 277/83 = NJW 1985, 796 = WM 1985, 226). Diesen Weg haben die Beklagten mit ihrer Wandelungsklage gegen die Lieferantin beschritten, ohne bisher eine rechtskräftige Entscheidung herbeiführen zu können. Es steht also noch nicht fest, ob dem Leasingvertrag die Grundlage fehlt.

3. In diesem Stadium des Verfahrens kann der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung der Leasingraten nicht zuerkannt werden.

a) Die Frage der - möglicherweise vorläufigen - Zahlungspflicht des Leasingnehmers in der Zeit bis zur Klärung des Wandelungsrechts ist in der Literatur umstritten. Soweit dem Leasinggeber der Anspruch zugebilligt

wird, geschieht das im wesentlichen mit der Begründung, die Wandelung beseitige nicht die Geschäftsgrundlage des Leasingvertrages von Anfang an, sondern wirke erst vom Zeitpunkt ihrer Vollziehung an (so vor allem Koch, Störungen beim Finanzierungs-Leasing S. 119 ff) oder beseitige selbst dann nicht die Pflichten aus dem Leasingvertrag (Lieb JZ 1982, 561; kritisch auch Klamroth BB 1982, 1949, 1953, die auf die von Lieb hervorgehobenen systematischen Bedenken und auf praktische Interessensgesichtspunkte hinweist, andererseits aber eine Aussetzung des Rechtsstreits nach § 148 ZPO befürwortet). Die Gegenansicht folgert aus dem rückwirkenden Wegfall der Geschäftsgrundlage, daß dann auch kein "vorläufiger" Anspruch des Leasinggebers bestehen könne (Reinicke/Tiedtke BB 1982, 1142, 1146 ff; Graf von Westphalen, Der Leasingvertrag, 2. Aufl., Rdn. 362; Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrechts, 4. Aufl., Rdn. 466, 467).

b) Der Bundesgerichtshof hat die Streitfrage bisher nicht entschieden, und zwar entgegen der Ansicht der Revision auch nicht in dem Urteil in BGHZ 68, 118, 126. Dort und in den übrigen Fällen bis zum Urteil vom 20. Juni 1984 (aaO) war die Wandelung entweder vollzogen oder verjährt oder ihre Durchführung war endgültig unzumutbar. Im Senatsurteil vom 5. Dezember 1984 (aaO unter II 2 e) konnte die Frage dahingestellt bleiben, weil nicht der Leasinggeber, sondern der Lieferant aus abgetretenem Recht klagte; auch in dem weiteren Urteil vom 5. Dezember 1984 (VIII ZR 87/83 = WM 1985, 263 unter II 2 b und c) bedurfte sie keiner Entscheidung, weil sich dort die Wandelung endgültig als unbegründet herausge-

stellt hatte; im Urteil vom 27. Februar 1985 (BGHZ 94, 44) war die Wandelung wiederum vollzogen, im Urteil vom 24. April 1985 (BGHZ 94, 180) war eine Wandelungsklage nicht erhoben.

c) Mit Rücksicht auf die durch das "Dreiecksverhältnis" zwischen Lieferant, Leasinggeber und Leasingnehmer gekennzeichnete Rechts- und Sachlage läßt sich die Entscheidung weder allein aus dem Gesetz noch aus dem Vergleich mit anderen Vertragstypen ableiten. Sie muß vielmehr ihre Rechtfertigung in der besonderen Gestaltung des Leasingverhältnisses finden. Dabei muß auch beachtet werden, daß die Abhängigkeit des Anspruchs des Leasinggebers von der Klärung des Rechtsverhältnisses zu einem Dritten (dem Lieferanten) erst durch die Haftungsregelung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Leasinggebers entstanden ist.

aa) Das Gesetz kennt - abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Fällen der Vorbehaltsurteile nach §§ 302, 305, 599 ZPO - keine ausdrückliche Regelung, die einem Gläubiger nach Art der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung die Möglichkeit verschafft, seinen behaupteten Anspruch unabhängig von der Klärung der vom Schuldner schlüssig erhobenen Einwendungen "vorläufig" durchzusetzen. Als allgemeine Regel kann vielmehr gelten, daß Ansprüche, die möglicherweise durch Gegenrechte vernichtet sind, bis zu deren Klärung nicht verwirklicht werden können.

bb) Die vom Berufungsgericht hervorgehobene "Risikolnähe" des Leasingnehmers zur Gebrauchstauglichkeit des

Leasinggutes spricht nicht für den Standpunkt der Klägerin. Sachmängelansprüche sind sowohl im Kaufrecht als auch im Mietrecht unabhängig von Kenntnis oder Verschulden des Verkäufers oder Vermieters. Auf die angeblich bessere Beurteilungsmöglichkeit des Leasingnehmers kann es also nicht ankommen.

cc) Entscheidend muß vielmehr auf die durch den Vertrag begründete Stellung der Parteien und die Auslegung ihrer Rechte und Pflichten abgestellt werden. Der erkennende Senat hat mehrfach darauf hingewiesen, daß sich die Vertragsbeteiligung des Leasinggebers nicht in der Finanzierungsfunktion erschöpft, sondern auch und gerade die Vermieterposition umfaßt (vgl. z.B. BGHZ 94, 44, 48; 94, 180, 188; Senatsurteil vom 9. Oktober 1985 aaO). Die sich daraus und aus der Eigentümerstellung ergebende Verantwortlichkeit für die Leasingsache hindert den Leasinggeber daran, durch eine Haftungsabwälzung den Leasingnehmer so vollkommen mit der Sachgefahr zu belasten, daß ihm selbst nur noch die Stellung eines "Finanzierers" verbleibt. Die hierin liegende Einschränkung der zulässigen Freizeichnung (kritisch dazu Lieb aaO) rechtfertigt sich durch die Zugehörigkeit der Leasingsache zum Vermögen des Leasinggebers, worin der Unterschied sowohl zu den Fällen des finanzierten Abzahlungskaufs als auch des bloßen Sicherungseigentums liegt.

Grundlage für die Lösung ist damit in erster Linie der angemessene Inhalt und Sinn der vertraglichen, vom Leasinggeber vorformulierten Haftungsregelung. Dieser ist nicht nur zu entnehmen, daß der Leasinggeber das

Ergebnis des Gewährleistungsstreits als für sich verbindlich anerkennt (BGHZ 81, 298, 305); bei Berücksichtigung der gesamten Vertragskonstruktion ist sie so zu verstehen, daß der Leasinggeber vor Beendigung des Wandlungsstreits Leasingraten auch nicht vorläufig fordern kann.

Enthielte der Vertrag die Freizeichnung nicht, wäre diese Folge nicht nur nach Mietrecht, sondern - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - auch nach Kaufrecht selbstverständlich. Zu vergleichen wäre der Leasingnehmer nämlich nicht mit dem Käufer, der bereits voll gezahlt hat, sondern mit dem, den der Verkäufer auf Zahlung in Anspruch nimmt. Die Durchsetzung einer solchen Forderung vor Klärung erhobener Mangel einwendungen wäre ausgeschlossen. Die Haftungsabwälzung in allgemeinen Geschäftsbedingungen kann an dieser grundsätzlichen, vom gesetzlichen Rechtsschutzsystem vorgegebenen Risikoverteilung nichts ändern. Sie würde sonst die Rechtsstellung des Leasingnehmers in erheblicher Weise abweichend von dem erörterten Grundsatz des Rechtsschutzsystems regeln und verschlechtern, ohne daß dafür ein dringendes Bedürfnis des Leasinggebers erkennbar wäre (§ 157 BGB, § 9 Abs. 1 AGBG).

Anlaß und Rechtfertigung für die Haftungsfreizeichnung ist die besondere Situation des Leasinggebers, der weder die für die Auswahl des Leasinggutes maßgebenden Bedürfnisse des Leasingnehmers noch die Voraussetzungen für eine vertragsgemäße Leistung des Lieferanten kennt und deshalb das Vorliegen eines Mangels schlechter beurteilen kann als Leasingnehmer und Lieferant (BGHZ 68,

118, 124 f; 81, 298, 303; 94, 180, 190). Dieser Sachlage wird aber hinreichend Rechnung getragen, wenn dem Leasingnehmer die Verantwortlichkeit dafür übertragen wird, ob und in welchem Maße Mängel der Leasingsache geltend gemacht werden sollen und mit welchem Material ein Gewährleistungsprozeß zu führen ist. Dagegen hat die Frage, ob der Leasinggeber bis zur Klärung des Mängelstreits vorläufig Zahlung verlangen kann, mit der typischen Leasingssituation nichts zu tun. Das Interesse des Leasinggebers gleicht insoweit demjenigen eines jeden Gläubigers, der bestrebt ist, seinen Anspruch nicht durch möglicherweise unberechtigte Einwendungen verzögern oder gefährden zu lassen. Da die Verwirklichung dieses Interesses - wie oben erörtert - die Rechtsstellung des Leasingnehmers erheblich verschlechtern würde, scheidet eine Auslegung der Freizeichnungsregelung aus, die dem Leasinggeber einen vorläufigen Zahlungsanspruch bis zur Klärung des Wandelungseinwands zugesteht.

dd) Unzumutbare Nachteile entstehen für den Leasinggeber bei dieser Auslegung nicht. Wie bereits ausgeführt, ist er gegenüber vergleichbaren anderen Gläubigern nicht benachteiligt. Das Risiko einer Insolvenz des Leasingnehmers hat er bereits mit dem Abschluß des Vertrages auf sich genommen. Er kann es für die Dauer des Mängelrechtsstreits mildern, indem er eine Sicherstellung der Leasingsache mit dem Leasingnehmer vereinbart, die dieser angesichts seines Wandelungsbegehrens in der Regel nicht ablehnen wird. Schließlich besteht auch keine durch zweckmäßige Maßnahmen nicht zu beseitigende Gefahr übermäßiger Verzögerung. Da dem Leasingvertrag die Grundlage nur bei Vollziehung der Wandelung

(oder bei deren hier nicht vorliegender Undurchführbarkeit) entzogen wird, kann sich der Leasingnehmer mit Erfolg nur wehren, wenn er nicht nur den Mangel behauptet, sondern - bei verweigerter Zustimmung des Lieferanten zur Wandelung - auch Wandelungsklage erhebt. Unterläßt er dies, ist sein Einwand nicht schlüssig, so daß der Leasinggeber seinen Zahlungsanspruch auch im Prozeßwege durchsetzen kann (Senatsurteil vom 5. Dezember 1984 - VIII ZR 277/83 aaO unter II 2 e).

ee) Im vorliegenden Fall haben die Beklagten den Wandelungsprozeß erst anhängig gemacht, als ihnen die Zahlungsklage bereits zugestellt war. Das ändert an der Wirksamkeit ihrer Einwendung jedoch nichts. Für den Erfolg von Gegenrechten ist es - abgesehen von den im Gesetz angeordneten besonderen Verzögerungsfolgen z.B. in §§ 296, 528 ZPO - grundsätzlich ohne Bedeutung, ob sie vor Beginn oder während des von dem Anspruchsgegner eingeleiteten Rechtsstreits geltend gemacht werden. Davon kann es auch für den Wandelungseinwand im Leasingverhältnis keine Ausnahme geben. Ob der Leasingnehmer die Klage bereits früher hätte erheben können, ist - außer im Falle der hier nicht in Betracht kommenden Verwirkung oder unzulässigen Rechtsausübung - ohne Belang. Befürchtet der Leasinggeber eine Verzögerung wegen mangelnden Interesses des Leasingnehmers an der Mängelaufklärung, kann er ihn durch Zahlungsaufforderung und notfalls Klageerhebung zur alsbaldigen Entscheidung veranlassen, ob ein Gewährleistungsprozeß geführt werden soll.

4. Aus den oben erörterten Gründen durften die Beklagten mangels rechtskräftiger Entscheidung über die

Wandelung nicht zur Zahlung verurteilt werden. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben.

Eine endgültige andere Sachentscheidung durch Abweisung der Klage war dem Revisionsgericht nicht möglich. Denn wenn sich die Wandelung als unberechtigt erweisen sollte, stünde damit fest, daß der Anspruch der Klägerin auch für den jetzigen Zeitpunkt begründet und nicht etwa zeitweilig (und damit Verzugsfolgen ausschließend) unbegründet ist. In einer derartigen Situation bleibt für das Gericht keine andere Möglichkeit, als den Rechtsstreit nach § 148 ZPO auszusetzen. Grundsätzlich unterliegt die Aussetzung zwar dem gerichtlichen Ermessen. Dieses kann sich aber auf eine Verpflichtung hin reduzieren, wenn eine Sachentscheidung nicht möglich ist, weil deren Voraussetzungen im vorliegenden Verfahren nicht geklärt werden können (BGHZ 16, 124, 138). Ein derartiger Fall liegt hier vor, weil die Parteien vertraglich die Aufklärung der Sachmängelrechte in ihrem Verhältnis zueinander ausgeschlossen und ihre gegenseitigen Ansprüche von der Entscheidung im Gewährleistungsprozeß mit dem Lieferanten abhängig gemacht haben.

Auch die Aussetzung des Rechtsstreits konnte das Revisionsgericht nicht selbst aussprechen. Nach den Feststellungen im zweiten Rechtszug steht nur fest, daß bis zum Schluß der dortigen mündlichen Verhandlung über die Wandelung noch nicht entschieden war. Es ist nicht auszuschließen und kann vom Revisionsgericht mangels übereinstimmenden Parteivortrags (vgl. zu einem anders gelagerten Fall das Senatsurteil vom 5. Dezember 1984 -

VIII ZR 87/83 aa0) nicht aufgeklärt werden, ob sich dieser Sachstand inzwischen geändert hat. Die Sache war daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Braxmaier

RIBGH Treier befindet sich in Urlaub und ist deshalb verhindert zu unterschreiben

Dr. Brunotte

Braxmaier

Dr. Zülch

Dr. Paulusch