

Das Aussonderungsrecht des Leasinggebers im Konkurs des Leasingnehmers beim Investitionsgüterleasing

Prof. Dr. Heinrich Honsell, Zürich

Der Autor geht der seit langem umstrittenen Frage nach, ob dem Leasinggeber im Konkurs des Leasingnehmers ein Aussonderungsrecht zusteht. Das impliziert zunächst die Vorfrage nach der Rechtsnatur des Leasing, das als Gebrauchsüberlassung sui generis zu qualifizieren ist und nicht als Veräußerungsvertrag. Sodann setzt sich der Autor mit der These auseinander, das Leasing verstosse gegen das sachenrechtliche Publizitätsprinzip, wenn die Leasingdauer mit der tatsächlichen Nutzungsdauer des Leasinggutes übereinstimme. Die Widerlegung dieser These bildet das zentrale Thema der Abhandlung. Hieraus resultiert die Bejahung des Aussonderungsrechts, ein Ergebnis, das sich auch in anderen Rechtsordnungen und in der Unidroit Convention findet.

I. Einleitung

Das Leasing ist eine Vertragsform des modernen Wirtschaftslebens. Es begegnet uns in verschiedenen Erscheinungsarten. Das Wort Leasing kommt vom englischen to lease (überlassen, vermieten). Rechtlich handelt es sich jedoch nicht um Miete, sondern um einen verkehrstypische, eigenständige Form der Gebrauchsüberlassung, die als Alternative zum Kauf in den USA entwickelt wurde. Im Vergleich zum Kauf ist das Investitionsgüterleasing liquiditätsschonend. Die Bindung von Eigenkapital oder die Aufnahme von Fremdkapital wird vermieden. Der Leasingnehmer muss nicht den gesamten Kaufpreis auf einmal aufbringen, sondern kann die Leasingzinse aus den mit der Investition erzielten Erträgen zahlen (pay as you earn). Allgemein kann man den Leasingvertrag definieren als die Gebrauchsüberlassung einer Sache auf eine bestimmte Zeit gegen ein (monatlich) in Teilbeträgen zu zahlendes Entgelt, wobei abweichend vom Mietrecht insbesondere Gefahr und Instandhaltungslasten den Leasingnehmer treffen. Die häufigste Erscheinungsform des Leasing ist das Finanzierungsleasing.

Für das Finanzierungsleasing ist typisch, dass der Leasinggeber den Leasinggegenstand vom Lieferanten erwirbt und ihn sodann im Rahmen des Leasingvertrages dem Leasingnehmer überlässt. Man bezeichnet diesen Vorgang auch als indirektes Leasing. Es handelt sich um ein Dreipersonenverhältnis¹. Meist wird der Geschäftskontakt zum Lieferanten vom Leasingnehmer geknüpft. Ergibt sich sodann, dass der Käufer den Gegenstand nicht kaufen, sondern leasen will, so wird eine Leasinggesellschaft eingeschaltet, die zumeist in Geschäftskontakt mit dem Lieferanten steht.

¹ BGE 118 II 150 ff., 153.

Die Leasingzinse dienen der Tilgung und Verzinsung des Anschaffungspreises. Sie enthalten ferner einen Gewinn- und einen Verwaltungskostenanteil des Leasinggebers. Man unterscheidet Vollamortisationsverträge (Full-pay-out-Verträge) und Teilamortisationsverträge (Non-full-pay-out-Verträge). Der Unterschied besteht darin, dass bei den erstgenannten Verträgen der Leasinggegenstand dem Leasingnehmer während der ganzen oder doch ganz überwiegenden Nutzungsdauer zur Verfügung gestellt wird, wohingegen bei den Teilamortisationsverträgen eine kürzere Nutzungsdauer vereinbart wird. Während beim Konsumgüterleasing regelmässig nur eine Teilamortisation vorgesehen ist, handelt es sich beim Investitionsgüterleasing in aller Regel um Full-pay-out-Verträge. Eine typische Fallgestaltung ist die, dass innerhalb einer fünfjährigen Vertragslaufzeit im Leasingzins eine Amortisation auf einen Restwert von ca. 1% des Anschaffungswertes enthalten ist. Diese vorsichtige Kalkulation wird deshalb gewählt, weil der Leasingnehmer das Objekt beliebig intensiv nutzen kann. Häufig liegt dann der Restwert des Objektes in einer Bandbreite von 5-30% des Anschaffungspreises. Es gibt aber auch Fälle, in denen der Restwert tatsächlich nur noch 1% beträgt. Ein Andienungsrecht des Leasinggebers oder eine Kaufoption des Leasingnehmers wird regelmässig nicht vertraglich vereinbart. In aller Regel wird aber dem Leasingnehmer das Objekt am Ende des Vertrages zum Kauf angeboten, was für ihn im Hinblick auf den meist noch vorhandenen Restwert von Interesse ist.

II. Rechtsnatur des Finanzierungsleasing

1. Das Finanzierungsleasing wird in der Schweiz als gemischter Vertrag qualifiziert, in dem Elemente der Gebrauchsüberlassung dominieren. In der Schweizer Terminologie handelt sich um einen Innominatkontrakt, einen Gebrauchsüberlassungsvertrag *sui generis*². Die Rechtsprechung hat sich dem inzwischen angeschlossen³.

Auch Lehre und Rechtsprechung in Deutschland und Österreich qualifizieren das Finanzierungsleasing überwiegend als atypischen Mietvertrag bzw. Gebrauchsüberlassung *sui generis*⁴. Diese Auffassung al-

² Vgl. *Schluep* SPR VII/2 826; OR-*Schluep*/Amstutz Einl. vor Art 184 ff. N 90; *Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (1988) 35 f.; *Wiegand* recht 1992, 110 ff., 111; *Giger*, Der Leasingvertrag (1977) 53; *Guhl/Koller/Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht (1991) 306; *Iten*, Der Leasingvertrag in der Büromaschinenbranche, Diss. Zürich 1984, 56 ff.; *Rinderknecht*, Leasing von Mobilien, Diss. Zürich 1984, 89 ff., 94; *Schubiger*, Der Leasingvertrag nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Fribourg 1970, 131.

³ BGE 118 II 150 ff., 156 f.: Finanzierungsleasing als Gebrauchsüberlassungsvertrag eigener Art.; ebenso BezGer Zürich SJZ 1993, 119 ff., 121; vgl. auch BGE 110 II 244 ff. = Pra 1985 Nr. 7, wo die rechtliche Qualifizierung offengelassen wurde; vgl. noch *Merz* ZBJV 1986, 165 ff.; *Hedinger* recht 1986, 26 ff.; *Schraner* SJZ 1994, 8.

⁴ Vgl. etwa BGHZ 71, 189, 196 = NJW 1978, 1384; BGH NJW 1990, 1113; *Martinek*, Moderne Vertragstypen, Bd. I: Leasing und Factoring (1991) 69 ff.; *Gitter*, Gebrauchsüberlassungsverträge (1988) 305 ff.; Graf v. *Westphalen*, Der Leasingvertrag (1992) N 37 ff.; 86; Palandt/*Putzo* Einf vor § 535 BGB N 28; Rummel/*Würth* § 1090 ABGB N 27 mwN.; *Krejci*, Zivilrechtsfragen zum Leasingvertrag, in: *Egger/Krejci* (Hrsg.), Das Leasinggeschäft (1987) 48 ff.; *Schuhmacher* ZVR 1979, 289.

lein ist mit dem Parteiwillen vereinbar. Sie ist auch dann zutreffend, wenn dem Leasingnehmer im Ergebnis der gesamte Nutzungswert des Leasingobjektes verschafft wird⁵.

Auch die Unidroit Convention hat sich dieser vorherrschenden Qualifikation angeschlossen. Art. 1 Abs. 1 lit. b der Unidroit Convention geht klar von einem Nutzungsvertrag aus.

2. Demgegenüber hat eine ältere Mindermeinung in der schweizerischen Literatur das Leasing als einen kaufähnlichen Veräußerungsvertrag qualifiziert, der den Vorschriften über den Abzahlungskauf unterstehe, und bei dem das Eigentum automatisch auf den Leasingnehmer übergehen soll, wenn kein Eigentumsvorbehalt vereinbart wird⁶. Die Anhänger der Veräußerungstheorie verweisen darauf, dass das Leasing wirtschaftlich einem Kauf gleichkomme, da der Leasinggeber nicht an der Ausübung des Eigentums interessiert sei, sondern primär am Umsatz. Er habe Interesse an der Vollamortisation und der Leasingnehmer erhalte häufig das ganze Nutzungspotential an der Sache⁷. Diese Argumentation hat sich nicht durchgesetzt. Sie ist nicht überzeugend, denn der Hinweis auf die Interessen der Parteien kann die fehlende Übereignung nicht ersetzen. Eine Eigentumsübertragung ist aber weder gewollt, noch vereinbart, und nur hierauf kommt es im Rahmen einer privatautonomen Gestaltung an⁸. An einer Übereignung durch den Leasingvertrag fehlt es selbst dann, wenn die Parteien zum Vertragsende eine Erwerbsoption des Leasingnehmers oder ein Andienungsrecht des Leasinggebers vereinbaren⁹. Solche Optionen sind selbständige Rechtsgeschäfte, die erst durch Erklärung nach Ablauf der Vertragszeit ausgeübt werden müssen. Auch wenn (ohne Vereinbarung einer Option) die Veräußerung am Ende der Vertragszeit üblich und für den Leasingnehmer wesentlich ist, weil er den grössten Teil des Warenwerts bereits bezahlt hat und der kalkulierte Restwert unter dem Marktwert liegt, kann hieraus nicht auf einen Veräußerungswillen schon bei Vertragserrichtung rückgeschlossen werden. Ob ein wirtschaftlicher Anreiz besteht, die Option auszuüben, ist für die Vertragstypenzuordnung nicht von Bedeutung¹⁰. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts verwendet das Argument, dass das Vertragsverhältnis nicht aufgelöst werden kann, bevor ein bedeutender Teil des Warenwertes bezahlt ist, weil hier der Mieter aus wirtschaftlichen Gründen praktisch gezwungen sei, auf die Kündigung zu verzichten, nur für die Frage der Anwendbarkeit des Abzahlungsrechts, nicht für die der Vertragstypenzuordnung¹¹. Beides ist zu

⁵ S. statt aller *Krejci* [Fn 4] 84.

⁶ *Hausheer* ZBJV 1992, 480 ff.; *Stauder*, Das Finanzierungs-Investitionsgüterleasing von Mobilien durch eine Leasinggesellschaft: Offene Fragen, in: *Kramer* (Hrsg.), Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising (1992) 71 ff., 77; Appellationsgericht Basel BJM 1997, 26 ff., 31 ff.

⁷ Vgl. aus der deutschen Literatur etwa *Fikentscher*, Schuldrecht (1985) 483 ff.; *Ebenroth* JuS 1978, 591; *Lwowski*, Erwerbsersatz durch Nutzungsvertrag, Diss. Hamburg 1967, 97.

⁸ S. etwa *Martinek* [Fn 4] 77 f.; *Krejci* [Fn 4] 63 f.

⁹ H.L.: vgl. *Martinek* [Fn 4] 76 f. mNw.; *Krejci* [Fn 4] 64; *Krause*, Die zivilrechtlichen Grundlagen des Leasing-Verfahrens, 1967 Diss. Köln 1966, 78; *Koch*, Störungen beim Finanzierungsleasing, 1981, Diss. Marburg 1980, 93.

¹⁰ *Krejci* [Fn 4] 64.

¹¹ BGE 118 II 150 ff.; 113 II 168, 171.

unterscheiden. Das Abzahlungsrecht setzt ja – wie gerade Art. 226m OR zeigt – einen Veräusserungsvertrag nicht voraus¹². Die Frage der Anwendbarkeit des Abzahlungsrechts betrifft vor allem das Konsumentenleasing, auf welches die h.M. das Abzahlungsrecht sachgemäss beschränkt¹³. Dieser Problemkreis wird hier nicht weiter verfolgt, weil das Konsumentenleasing und das Abzahlungsrecht nicht Gegenstand dieser Abhandlung sind.

3. Eine dritte Auffassung schliesslich sieht im Leasing einen Kreditvertrag sui generis mit Elementen des Darlehens und der Sicherungsübereignung¹⁴. Der darlehens- oder kreditvertragliche Ansatz hat sich auch in Deutschland und Österreich nicht durchgesetzt¹⁵. Leasing ist allenfalls Warenkredit, nicht Geldkredit (unten III 2 a am Ende). Die Vereinbarung einer - unwirksamen - (dazu unten II 2) besitzlosen Sicherungsübereignung, kann nicht als Parteiwille unterstellt werden.

4. Zur Frage der rechtlichen Qualifizierung des Leasing kann zusammenfassend festgehalten werden, dass es sich nach ganz h.L. um einen Innominatkontrakt, bzw. um einen Vertrag sui generis handelt, der auf Gebrauchsüberlassung gerichtet ist.

III. Das Aussonderungsrecht des Leasinggebers im Konkurs des Leasingnehmers

1. Im Konkurs des Leasingnehmers hat der Leasinggeber nach h.L. ein Aussonderungsrecht¹⁶. Das ergibt sich schon aus der rechtlichen Qualifizierung des Finanzierungsleasing als Gebrauchsüberlassung sui generis (dazu oben II 1); denn der Leasingvertrag ist nicht auf Übereignung, sondern auf Gebrauchsüberlassung gerichtet.

Ungeachtet dieser ganz überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum hat *Hausheer* sachenrechtliche Bedenken geltend gemacht¹⁷. Hierauf ist im folgenden näher einzugehen.

¹² So ausdrücklich auch BGE 118 II 150 ff.

¹³ *Giger* [Fn 2] 38 ff., 59, 107 ff.; *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (1997) 372; *Schluemp* SPR VII/2, 827; OR-*Schluemp-Amstutz* Einl. N vor Art. 184 ff.; *Bucher* [Fn 2] 37; a.M. OR-*Stauder* Art. 226m N 35 ff.; *Bessenich* BJM 1993, 233 ff., 236.

¹⁴ *Giovanoli*, Le crédit-bail (Leasing) en Europe (1980) 365 ff.; *ders.* JdT 1981 I 34 ff.; *ders.* Diskussionsbeitrag zu Leasing und Kreditsicherung, in: Probleme der Kreditsicherung (Berner Tage für die juristische Praxis 1981), 1982, 175.

¹⁵ *Martinek* [Fn 4] 80 ff.; *Krejci* [Fn 4] 72 ff.; v. *Westphalen* [Fn 4] N 65 ff.; 81 ff.

¹⁶ BGE 118 II 150 ff.; *Tercier*, Les contrats spéciaux (1995) N 5792; *Honsell* [Fn 13] 113, 371; *Steinauer*, Les droits réels, Tome III (1996) N 3046g.

¹⁷ Vgl. ZBJV 1970, 209 ff.; *ders.* Leasing und Kreditsicherung, in: Probleme der Kreditsicherung (Berner Tage für die juristische Praxis 1981), 1982, 157 ff.; *ders.* ZBJV 1992, 480 ff.; zustimmend *Stauder* [Fn 6] 71 ff., 77; ebenso Appellationsgericht Basel BJM 1997, 26 ff., 31 ff.; ohne eigene Stellungnahme nur referierend *Schmid*, Sachenrecht (1997) N 1998 ff.

2. *Hausheer* verneint das Aussonderungsrecht namentlich unter Hinweis auf Art. 715 und 717, 884 ZGB. Er sieht die zwingenden Erfordernisse der Registrierung des Eigentumsvorbehalts nach Art. 715 ZGB und den *numerus clausus* der Sachenrechte verletzt. Hinzu kommt seiner Meinung nach ein Verstoß gegen Art. 884 ZGB, dem Verbot einer besitzlosen Mobiliarhypothek. Begründet wird all dies mit dem Argument, bei einer Leasingdauer, welche der tatsächlichen Nutzungsdauer des Leasinggutes entspreche, handle es sich in Wahrheit nicht mehr um Gebrauchsüberlassung, sondern um Veräußerung. *Hausheer* will deshalb die zwingenden sachenrechtlichen Vorschriften über Eigentumsvorbehalt und Mobiliarhypothek anwenden.

a) Das Verbot eines besitzlosen Pfandes in Art. 884 ZGB bzw. einer Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitutes (Art. 717 ZGB), die Registerpflicht beim Eigentumsvorbehalt (Art. 715 f. ZGB) oder bei der Viehverschreibung (Art. 885 ZGB) bezwecken die Sichtbarmachung der Rechtsverhältnisse des Sachenrechts, dienen also dem Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs. Die Vorschriften verlangen Publizität der Verpfändung durch Tradition der Pfandsache bzw. durch Registereintrag, damit die Gläubiger nicht über die (bei Verpfändung von Sachen abnehmende) Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden¹⁸. Es geht also um das Publizitätsprinzip¹⁹. Art. 717 ZGB verlangt dies konsequent auch für die Sicherungsübereignung, um eine Umgehung des Verbotes von Mobiliarhypotheken zu verhindern.

Das Publizitätsprinzip hat verschiedene Ausprägungen und hängt eng mit dem in Art. 930 ZGB normierten Grundsatz der Eigentumsvermutung zugunsten des Besitzers zusammen. Diese Vermutung hat in der Geschichte des gemeinen Rechts zuerst der Glossator Placentinus aufgestellt. Der Grundsatz lautete: *Qui possidet dominus esse praesumitur* – Wer besitzt, von dem wird vermutet, dass er Eigentümer ist²⁰. Diese Parömie hat indes niemals für obligatorisch Besitzberechtigte wie Mieter, Entleiher oder Verwahrer gegolten, denn diese waren nach römisch-gemeinem Recht nicht Besitzer, sondern blosse Detentoren, d.h., sie hatten nur faktischen Besitz. Das Prinzip ist also in der heutigen Terminologie, in der auch Vermieter, Entleiher usw. Besitzer sind, viel zu weit formuliert. Im heutigen Wirtschaftsverkehr kann keine Rede davon sein, dass jeder Besitzer auch als Eigentümer anzusehen ist. Dies gilt für alle Gebrauchsüberlassungsverträge und auch für das Leasing. Die erst im Mittelalter erfolgte verallgemeinernde Anknüpfung der Eigentumsvermutung an den Besitz ist heute jedenfalls nicht mehr zeitgerecht. Dass der Besitzer auch Eigentümer ist, lässt sich nicht einmal als Regel formulieren. Der richtige Kern des Prinzips besteht nur in dem Aspekt des „*beatus possidens*“: Der Besitzer, der die Sache nicht herausgeben will, hat den Vorteil der Beklagtenrolle. Er muss sein Eigentum nicht beweisen. Beweispflich-

¹⁸ ZK-*Oftinger/Bär* Art. 884 N 198.

¹⁹ Dazu etwa BK-*Meier-Hayoz* Syst. Teil vor Art. 641 ff. N 57 ff.; ZK-*Liver* Art. 733 N 54 ff., Art. 734 N 181 ff., die beide vor einer Überspannung dieses Prinzips warnen.

²⁰ Dazu *Kiefner*, *Qui possidet dominus esse praesumitur*, SZ 79 (1962) 239 ff.

tig ist vielmehr der Eigentümer, der auf Herausgabe seiner Sache klagt. Ein darüber hinausgehender Schutz Dritter in dem Sinne, dass man als Gläubiger stets berechtigt sein sollte, anzunehmen, alle Sachen im Besitze des Schuldners seien dessen Eigentum, wird den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht gerecht. Es ist interessant, dass trotz einer ganz ähnlichen Gesetzeslage, das besitzlose Sicherungseigentum in Deutschland allgemein anerkannt ist. § 1205 Abs. 2 BGB verbietet das besitzlose Pfand aus den gleichen Gründen wie Art. 884 ZGB. Gleichwohl hat die Judikatur des Reichsgerichtes das besitzlose Sicherungseigentum in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg wohl überwiegend aus wirtschaftlichen Gründen anerkannt²¹. Dieselbe Rechtslage wie in der Schweiz finden wir hingegen in Österreich.

Ungeachtet dieser Kritik ist das Verbot einer besitzlosen Mobiliarhypothek in Art. 884 ZGB, das auf diesem Prinzip beruht, im Gesetz festgeschrieben und de lege lata zu beachten. Dies betrifft aber primär nur den negativen Aspekt: Der Schuldner, der für seine Schuld ein Pfand bestellt, soll dieses auch weggeben müssen, damit nicht die übrigen Gläubiger über die Vermögenslage des Schuldners getäuscht werden (Publizitätsprinzip). Es besagt also nur, dass nicht (wirksam) verpfändet ist, was noch im Besitze des Schuldners ist. Es bedeutet nicht, dass man mit HAUSHEER annehmen dürfte, alle Sachen im Besitze des Schuldners seien dessen Eigentum²².

Wäre das richtig, so hätten die Gläubiger auch Zugriff auf Sachen, die der Besitzer nur entliehen oder gemietet, in Verwahrung hat (usw.). Hier bleibt es unstrittig beim Aussonderungs- bzw. Widerspruchsrecht des Eigentümers.

Nach Art. 717 ZGB ist die Sicherungsübereignung mittels Konstitut "Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder die Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist". Mit einem Finanzierungsleasing ist weder eine Benachteiligung Dritter verbunden, noch werden die Bestimmungen über das Faustpfand umgangen. Es handelt sich überhaupt nicht um eine Kreditsicherheit – wie beim Pfand oder der Sicherungsübereignung. Die Art. 884, 717 ZGB gelten aber nur für den Geld- nicht für den Warenkredit. Lediglich auf das sale and lease back von Mobilien sind nach h.L. diese Vorschriften anzuwenden, da dieses einer Sicherungsübereignung nahekommt²³. Auch wenn der Leasingvertrag erst abgeschlossen wird, nachdem die Sache vom Lieferanten bereits an den Leasingnehmer ausgeliefert wurde, so ist dieser, und nicht der Leasinggeber, Eigentümer des Ob-

²¹ RGZ 113, 57; 117, 270; 118, 209; 124, 73.

²² *Hausheer* ZBJV 1992, 483, s. dazu auch unten.

²³ So *Giovanoli*, Diskussionsbeitrag [Fn 14] 176; *ders.*, SJK Nr. 363, 7 f.; *Rinderknecht* [Fn 2] 178 f.; *Stöcklin*, Der Leasingvertrag als Mittel der Umgehung zwingenden Rechts, Diss. Basel 1985, 56; *Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum (1991) N 1728; *Schmid* [Fn 17] N 2001; BGE 119 II 236, 241; offen gelassen von BK-Zobl Syst. Teil N 1713, Art. 884 N 720.

jektes geworden. Eine "Lease-back"-Wirkung scheitert nach der Rechtsprechung hier ebenfalls an ZGB 717 und 884²⁴.

Das Finanzierungsleasing hingegen ist - auch wenn man - m.E. unzutreffend - seine Nähe zum Kauf betont, allenfalls als Warenkredit zu qualifizieren. Die Vorschriften der Art. 884 Abs. 3 und 717 Abs. 1 ZGB sind daher nicht einschlägig²⁵. Der Leasinggeber gewährt nicht Kredit, für den er sich eine Sache des Leasingnehmers verpfänden oder zur Sicherheit übereignen lässt, sondern er überlässt die Sachnutzung im Rahmen eines im Vergleich zum Kauf liquiditätsschonenden Vertragstyps an den Leasingnehmer. Dadurch werden die Sicherheiten des Leasinggebers nicht - für Dritte unbemerkt - reduziert. Es kommt vielmehr umgekehrt eine Sache hinzu, die nur nicht dem Zugriff anderer Gläubiger unterliegt. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass das Verbot der besitzlosen Mobiliarhypothek oder Sicherungsübereignung dem Leasing nicht entgegensteht.

b) Zu prüfen bleibt, ob es Gründe dafür gibt, Art. 715 f. ZGB auf das Leasing zu übertragen. Nach *Hausheer* ist die ratio legis des Art. 715 ZGB im Sozialschutz zu finden²⁶. Das ist abzulehnen. Denn es ist unerfindlich, inwiefern mit einer Registerpublizität Sozialschutz verwirklicht werden sollte. In Art. 715 ZGB geht es allein um das Publizitätsprinzip. Dem Sozialschutz dienen nur die Art. 226a ff. OR und das KKG.

Der Eigentumsvorbehalt ist Dritten gegenüber nur wirksam, wenn eine Registereintragung erfolgt. Von dieser hat sich der Gesetzgeber offenbar eine Art Ersatzpublizität erhofft. Das Eigentumsvorbehaltregister hat sich indes wegen seiner Umständlichkeit, vor allem aber wegen des nur sehr beschränkten Schutzes, welchen die Registereintragung bietet, nicht durchgesetzt. Die Registereintragungen sind in den letzten Jahrzehnten ständig zurückgegangen. Heute wird das Register praktisch kaum mehr benutzt. Die meisten europäischen Länder, darunter auch Deutschland und Österreich, Frankreich und Italien lassen den Eigentumsvorbehalt ohne Register zu.

Gelegentlich wird de lege ferenda die Einführung eines Leasingregisters oder eines Registers für Mobiliarhypotheken vorgeschlagen²⁷. Auch wenn man von dem damit verbundenen administrativen Aufwand absieht, ist dieser Vorschlag nicht empfehlenswert²⁸. Die negativen Erfahrungen mit dem Eigentumsvorbehaltregister können nicht geleugnet werden. Es hat die im zugedachte Funktion nicht erfüllt und ist heute selbst für kleine Warenkredite des Konsumgüterbereichs weitgehend bedeutungslos.

²⁴ BGE 119 II 236 ff., 239 ff. = Pra 1995 Nr. 102; dazu *Wiegand* ZBJV 1995, 369 f.

²⁵ Ebenso *Rinderknecht* [Fn 2] 181 f.

²⁶ ZBJV 1992, 480, 482.

²⁷ *Giovanoli*, Diskussionsbeitrag [Fn 14] 178; neuerdings wieder *Girsberger* SJZ 1997, 97, 103 ff. mwN.; *Bühler*, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr (1997) 211 f.; *Watter* ZSR 1995 II 179, 210 f.

²⁸ Wie hier ZGB-Th. *Bauer* Art. 884 N 12.

Im Bereich des Investitionsgüterleasing ist die Schaffung einer Ersatzpublizität durch ein Register von vornherein entbehrlich, denn ein präsumptiver Kreditgeber kann sich an Hand der Jahresabschlüsse und des kaufmännischen Rechnungswesens einfach darüber informieren, ob die Anlagegüter gekauft oder geleast sind.

Das Leasing ist – wie dargelegt – a priori nicht auf Eigentumsübertragung, sondern auf Gebrauchsüberlassung gerichtet. Schon deshalb ist es verfehlt, das Eigentum des Leasinggebers mit dem Argument zu bekämpfen, es sei im *numerus clausus* der Sachenrechte nicht vorgesehen²⁹. Wie bereits ausgeführt³⁰, ist es auch nicht richtig, wenn behauptet wird, es bestehe eine allgemeine, gesetzlich anerkannte Erwartung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bezüglich einer Zugriffsmöglichkeit auf das Schuldnervermögen, das nicht getäuscht werden dürfe³¹. Hinzu kommt, dass die Eintragung eines Leasingvertrages ins Eigentumsvorbehaltsregister gesetzlich nicht vorgesehen und deshalb nicht möglich ist. Sie müsste vom Schuldbetriebsbeamten abgelehnt werden. Niemand käme heute auf die Idee, die Eintragung eines Leasingvertrages beim Schuldbetriebsbeamten mit der Begründung zu verlangen, im Hinblick auf die Überlassung des gesamten Nutzungswertes handle es sich auch rechtlich um einen Veräußerungsvertrag. Die Auffassung *Hausheers* und des Basler Appellationsgerichts hätte die Konsequenz, den Leasingvertrag insgesamt zu verbieten, weil er als sachenrechtlicher Veräußerungsvertrag qualifiziert wird, der im Gesetz nicht vorgesehen ist. Diese Position liefe nämlich auf eine analoge Anwendung des Art. 715 ZGB hinaus, welche wegen des *numerus clausus* der Sachenrechte nicht zulässig ist. *Hausheer* und das Appellationsgericht versuchen dieses Dilemma zu vermeiden, indem sie annehmen, das Eigentum am Leasinggegenstand gehe ohne Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts quasi automatisch auf den Leasingnehmer über. Dieses Ergebnis lässt sich aber ohne Missachtung des Parteiwillens nicht gewinnen.

Beim Eigentumsvorbehalt vereinbaren die Parteien eine bedingte Übereignung nach Art. 714 ZGB, schliessen also einen dinglichen Veräußerungsvertrag. Das Gesetz bestimmt, dass die bedingte Übereignung gegenüber Dritten als unbedingt gilt, wenn die Ersatzpublizität in Form der Registereintragung nicht hergestellt wird. Beim Leasing fehlt eine solche Übereignung, so dass der dingliche Vertrag bei *Hausheer* und in der Entscheidung des Appellationsgerichts zu einer blossen Fiktion degeneriert. Für diese Fiktion der Übereignung soll es genügen, dass das Leasing wirtschaftlich auf Veräußerung gerichtet sei.

Im Wahrheit ist aber die Qualifizierung als sachenrechtliches Veräußerungsgeschäft verfehlt, denn das Leasing ist nicht auf Veräußerung, sondern auf Gebrauchsüberlassung gerichtet. Dies gilt auch dann,

²⁹ *Hausheer* ZBJV 1992, 483.

³⁰ Vgl. oben III 2 a.

wenn innerhalb einer festen Leasinglaufzeit ein vollständiger oder überwiegender Wertverzehr des Leasinggutes stattfindet und der Leasingzins den Kaufpreis erreicht oder übersteigt. Die blossе Tatsache, dass das wirtschaftliche Ergebnis am Ende dasselbe ist wie bei einer Veräusserung, weil der Leasinggeber die Sache bis zum Ende ihrer Nutzungsdauer behält, bzw. am Ende der Vertragslaufzeit erwirbt, reicht für eine Anwendung von Art. 715 ZGB nicht aus.

Der Auffassung von *Hausheer* folgt das Basler Appellationsgericht. Danach soll ein Veräusserungsgeschäft anzunehmen sein, das zu einem automatischen Eigentumsübergang nach Art. 714 ZGB auf den Erwerber führt, wenn der vereinbarte Leasingzins dem “gesamten Kaufwert” nebst Zins entsprechen. Die Parteien könnten den Eintritt dieser Rechtsfolge nur durch Eintragung eines Eigentumsvorbehalts verhindern. Obwohl das Gericht einen auf Veräusserung gerichteten “wirklichen Willen” daraus ableitet, dass die Sache am Ende der Laufzeit praktisch vollständig bezahlt sei, vertritt es offenbar die Auffassung, dass das Eigentum sogleich mit der Übergabe auf den Leasingnehmer übergehe. Der “wirkliche Wille” wird unter Berufung auf *Kramer*³² entgegen dem Wortlaut des Vertrages aus dem “Vertragszweck und den relevanten wirtschaftlichen Verhältnissen” hergeleitet. Der Wortlaut sei zwar primäres Auslegungsmittel, brauche aber nicht unbedingt dem tatsächlichen Willen der Vertragskontrahenten zu entsprechen (Art. 18). Abgesehen davon, dass der Konsens nach Art.1 OR nicht in dem übereinstimmenden inneren Willen, sondern in der übereinstimmenden Willensäusserung besteht, so dass der Wortlaut nicht Auslegungsmittel, sondern Auslegungsgegenstand ist, ist der Schluss von den relevanten wirtschaftlichen Verhältnissen auf einen tatsächlichen Veräusserungswillen bei einer Gebrauchsüberlassung nicht nachvollziehbar. Eine Übereignung ist im Leasingvertrag auch dann nicht enthalten, wenn der Leasingnehmer – wie üblich – das Leasingobjekt am Ende der Vertragslaufzeit zum kalkulatorischen Restwert kaufen kann.

Das Appellationsgericht argumentiert mit der Indizwirkung der Begleitumstände und gelangt zu dem erstaunlichen Satz, dass der “wirkliche Wille der Parteien auf Veräusserung gerichtet” sei³³. Dieser wirkliche Wille, der in Wahrheit gerade nicht existiert, wenn die Parteien einen Gebrauchsüberlassungsvertrag schliessen, wird einfach fingiert, weil das Geschäft am Ende, wirtschaftlich betrachtet, auf eine Veräusserung hinausläuft. Man kann sich jedoch nicht unter Berufung auf einen bestimmten wirtschaftlichen Effekt so weit von dem Geschäftstyp entfernen, auf den sich der Konsens der Parteien allein bezieht. Eine solche Auslegung, die nicht auf die Vertragsgestaltung der Parteien, sondern allein auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise abstellt, gibt es in der Schweiz nicht einmal im Steuerrecht. Es liegt auch keine Umgehung vor, wie sie z.B. Art. 717 ZGB voraussetzt. Insbesondere kann von einer Umgehung des Eigentumsvorbehalts keine Rede sein. Das *ius cogens* des Sachenrechts erfasst das Investitionsgü-

³¹ *Hausheer* aaO, 483.

³² BK-Art. 18 OR N 22 ff.

terleasing nicht. Irrig ist schliesslich auch die Behauptung, der Leasingvertrag impliziere eine besitzlose Kreditsicherheit, und das Eigentum diene praktisch nur der Sicherung der Ansprüche auf die Leasingzins³⁴. Wie bereits dargelegt, handelt es sich beim Leasing, wenn überhaupt, um einen Warenkredit.

Das Bundesgericht hat in BGE 118 II 150, 157 gerade umgekehrt argumentiert wie das Basler Appellationsgericht. Es hat festgestellt, dass mangels Veräusserungswillens ein Eigentumserwerb des Leasingnehmers nicht in Betracht kommt.

Nach dieser Entscheidung des Bundesgerichts ist eine von der Tatsacheninstanz getroffene Feststellung, dass dem Leasinggeber die Veräusserungsabsicht fehlt, vom Bundesgericht nicht nachzuprüfen³⁵. Richtig an der Kritik von *Hausheer* und *Wiegand* ist, dass die Partei eines Vertrages, der tatsächlich auf Veräusserung gerichtet ist, zwingende Normen des Sachenrechts nicht einfach dadurch ausschalten kann, dass sie erklärt, sie hätte keine Veräusserungsabsicht. Die Begründung des Bundesgerichts greift insoweit zu kurz. Mit diesem Einwand ist freilich für die Berechtigung der Veräusserungstheorie nichts gewonnen, denn es wurde bereits dargelegt, dass die Parteien eben kein Veräusserungsgeschäft abschliessen wollen.

Ganz abgesehen davon, dass es selbst die wirtschaftliche Gleichsetzung des Leasing mit einem Veräusserungsgeschäft noch nicht rechtfertigen könnte, das Leasing dem zwingenden Sachenrecht zu unterstellen, gibt es substantielle Unterschiede, welche diese Gleichsetzung verbieten. Dies ist im folgenden darzulegen.

Das Leasing ist wie dargelegt eine Gebrauchsüberlassung *sui generis*. Es lässt sich weder der Miete noch dem Kauf auch nur überwiegend zuordnen. Wenn es auch näher bei der Miete steht als beim Kauf, lässt sich doch auch ein deutlicher Abstand zur Miete feststellen. Vergleicht man z.B. die Marktgegebenheiten auf dem Kauf-, Miet- und Leasingmarkt für Baufahrzeuge, Autos usw., so kann man feststellen, dass alle drei Vertragstypen sehr unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedürfnissen dienen, die auf verschiedenen Märkten befriedigt werden. Die Miete ist kurzfristig und erfolgt zu höheren Preisen. Leasingverträge dagegen werden langfristig zu niedrigeren Preisen abgeschlossen. Im Vergleich zum Kauf ist das Investitionsgüterleasing liquiditätsschonend. Die Bindung von Eigenkapital oder die Aufnahme von Fremdkapital wird vermieden. Der Leasingnehmer muss nicht den gesamten Kaufpreis auf einmal aufbringen, sondern kann die Leasingzinse aus dem mit der Investition erzielten Erträgen zahlen. Das kommt schon in dem alten Werbespruch "pay as you earn" zum Ausdruck.

³³ BJM 1997, 29, 31.

³⁴ BJM 1997, 31.

³⁵ BGE 118 II 150 ff., 156 f.; dazu krit. *Hausheer* ZBJV 1992, 480 ff.; *Wiegand* ZBJV 1994, 268 f.; vgl. auch BGE 119 II 236 ff., 239 = Pra 1995 Nr. 102; (dazu *Wiegand* ZBJV 1995, 369 f., wo der Meinungsstreit ohne Stellungnahme erwähnt wird).

Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus dem Steuerrecht. Während gekaufte Anlagegüter - einerlei, ob sie mit Fremd- oder mit Eigenmitteln angeschafft sind - bilanziell ins Anlagevermögen zu stellen sind und nur nach Massgabe der steuerlich anerkannten AfA-Sätze abgeschrieben werden dürfen, können die Leasingzinsen in der Gewinn- und Verlustrechnung als Aufwand verbucht werden und sind daher unmittelbar ertrags- und steuermindernd. Allerdings ist der oft betonte Steuervorteil des Leasing in der Schweiz gering, da die Abschreibungssätze der kantonalen Steuergesetze in der Regel günstiger sind als dies etwa in Deutschland oder Österreich der Fall ist. Das Leasing ist daher eher als steuerneutral einzustufen.

Es hat sich also gezeigt, dass das Investitionsgüterleasing ein eigenständiges wirtschaftliches Bedürfnis abdeckt und keinesfalls bloss ein verkapptes Veräußerungsgeschäft darstellt. Das Investitionsgüterleasing erzielt in der Schweiz jährlich Umsätze in Höhe von mehreren Milliarden Franken. Selbst wenn es dem Publizitätsprinzip widersprechen würde, könnte dieses Instrument nicht einfach einem angeblich sakrosankten, sachenrechtlichen Prinzip geopfert werden, wie *Hausheer* vorschlägt.

IV. Rechtsvergleichung

Für die hier gewonnenen Ergebnisse spricht auch die Rechtsvergleichung. Ein Blick in die Nachbarländer und ins internationale Recht zeigt, dass das Leasing als Gebrauchsüberlassungsvertrag qualifiziert wird und das Eigentum und das Aussonderungsrecht des Leasinggebers ganz überwiegend anerkannt werden. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung in Deutschland und Österreich gilt das Finanzierungsleasing als atypischer Mietvertrag bzw. Gebrauchsüberlassung *sui generis*³⁶. Ebenso geht Art. 1 Abs. 1 lit. b der Unidroit Convention klar von einem Nutzungsvertrag aus.

Völlig unbestritten ist weiter das Aussonderungsrecht des Leasinggebers im Konkurs des Leasingnehmers³⁷. Dies gilt insbesondere wiederum für das Leasing-Übereinkommen von Unidroit. Art. 7 Abs. 1 lit. a Unidroit Convention bestimmt ausdrücklich: "Die dinglichen Rechte des Leasinggebers an dem Leasinggut können dem Konkursverwalter und den Gläubigern des Leasingnehmers, einschliesslich der Gläubiger, die eine Pfändung oder Beschlagnahme erwirkt haben, entgegengehalten werden".

³⁶ Vgl. die Nachweise oben II 1.

³⁷ Ganz h.L. im deutschen Recht, s. etwa *Martinek* [Fn 4] 215 f.; *Gitter* [Fn 4] 367 f.; Graf v. *Westphalen* [Fn 4] N 868; *Flume* Das Rechtsverhältnis des Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, DB 1972, 152 f.; vgl. ferner die Länderübersicht bei *Girsberger*, Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing, N 630 ff.

V. Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters

Hat nach dem Gesagten der Leasinggeber im Konkurs des Leasingnehmers ein Aussonderungsrecht, so bleibt es der Masseverwaltung nach Art. 211 Abs. 2 SchKG unbenommen, Erfüllung des Leasingvertrages zu verlangen, falls dies im Hinblick auf die bereits gezahlten Leasingzinse wirtschaftlich sinnvoll ist. Der Leasinggeber hat dann eine Masseforderung und kann überdies Sicherstellung verlangen.

Auch die meisten ausländischen Konkursordnungen räumen dem Konkursverwalter die Möglichkeit ein, Erfüllung des Vertrages zu verlangen. Tut er dies, so wird die Forderung des Leasinggebers zur Masseschuld³⁸.

VI. Zusammenfassung

Als Ergebnis ist festzuhalten: Das Leasing ist ein Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis und rechtlich kein Veräußerungsvertrag. Es handelt sich um ein eigenständiges Geschäft, das auf spezielle Marktdürfnisse zugeschnitten ist, die weder mit einer Miete noch mit einem Kauf erfüllt werden können. Im Vergleich zum Kauf ist das Investitionsgüterleasing liquiditätsschonend. Die Bindung von Eigenkapital oder die Aufnahme von Fremdkapital wird vermieden. Der Leasingnehmer muss nicht den gesamten Kaufpreis auf einmal aufbringen, sondern kann die Leasingzinse aus dem mit der Investition erzielten Erträgen zahlen.

Ein Verstoss gegen das sachenrechtliche Publizitätsprinzip lässt sich auch dann nicht konstruieren, wenn sich die Vertragsdauer auf die wirtschaftliche Nutzungsdauer erstreckt und die Leasingzinse den Wert der Sache erreichen oder übersteigen. Auch in diesem Fall sind die sachenrechtlichen Vorschriften mangels Vorliegens einer Übereignung nicht anwendbar. Eine (analoge) Anwendung der Art. 884, 717 ZGB auf das Leasing ist schon deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei diesem nicht um eine Kreditsicherheit handelt, wie sie ein Pfand oder eine Sicherungsübereignung darstellen. Vergleichbar wäre das Leasing – wenn überhaupt – allenfalls mit einem Warenkredit, wie dem Eigentumsvorbehalt. Eine analoge Anwendung von Art. 715 f. ZGB scheitert jedenfalls am numerus clausus eintragungsfähiger Sachenrechte. Im Bereich des Investitionsgüterleasing ist ein Register von vornherein entbehrlich, denn ein präsumptiver Kreditgeber kann sich an Hand der Jahresabschlüsse und des kaufmännischen Rechnungswesens ohne weiteres darüber informieren, ob die Anlagegüter gekauft oder geleast sind.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Leasinggeber Eigentümer der Sache bleibt und damit im Konkurs des Leasingnehmers ein Aussonderungsrecht hat.

³⁸ Vgl. etwa § 112 der künftigen deutschen Insolvenzordnung.