

## Sachverhalt

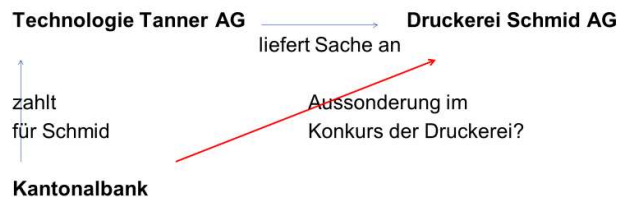
Die Druckerei Schmid AG schliesst mit der Technologie Tanner AG einen Kaufvertrag über eine Druckmaschine ab. Darin vereinbaren sie, dass «*der Kaufpreis durch Leasing beglichen*» werde. Die Druckmaschine wird durch Tanner direkt an die Druckerei Schmid AG geliefert. Die Rolle des Leasinggebers übernimmt die Kantonbank, mit der die Druckerei Schmid eine Woche nach der Lieferung einen Vertrag abschliesst. Die Druckerei Schmid muss kurz darauf den Konkurs anmelden. Die Kantonbank will jetzt die Druckmaschine *als ihr Eigentum* aufgrund des Leasings herausverlangen («aussondern»), doch verweigert die Konkursverwaltung dies. Sie ist der Ansicht, dass die Druckmaschine der Druckerei Schmid gehöre und in deren Konkurs zugunsten der Gläubiger zu verwerten sei.

Wie lässt sich diese Ansicht begründen?

## Lösungsvorschlag

Dieser Fall hat sich tatsächlich so ereignet (BGE 119 II 236 ff.).<sup>1</sup> Er lässt sich wie folgt visualisieren:

### BGE 119 II 236



Um die Frage der Aussonderung zu verstehen, ist ein Blick ins SchKG notwendig. Aussondern kann man im Konkurs der Druckerei Schmid AG diejenigen Sachen, die im Eigentum der Technologie Tanner AG stehen (vgl. Art. 242 Abs. 1 SchKG). Das ist wichtig, weil die Konkursverwaltung sonst die Sachen im Konkurs der Druckerei verwertet und den Erlös unter den Gläubigern der Druckerei verteilt. Die Kantonbank kann ohne Aussonderung der Druckmaschine lediglich ihre ungesicherte Forderung im Konkurs anmelden, wofür sie mit hoher Wahrscheinlichkeit nur noch *einen ganz geringen Betrag* aus dem Verwertungserlös der Aktiven der Druckerei erhält.

Zuerst ist festzustellen, ob die Kantonbank Eigentümerin der Druckmaschine ist. Das Leasing läuft *normalerweise* so ab:

1. Der Leasingnehmer wählt sich eine Sache beim Händler aus.
2. Der Leasinggeber schliesst einen Leasingvertrag mit dem Leasingnehmer ab und kauft die Sache.
3. Der Händler liefert die Sache an den Leasingnehmer, der diese als Stellvertreter der Leasinggeberin annimmt und im Rahmen des Leasingvertrags benützt. Die Leasinggeberin erlangt dadurch das Eigentum an der Leasingsache (Art. 714 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 922 Abs. 1, 923 ZGB). Diese spezielle Art der stellvertretungsweisen Besitzesübertragung ist in Art. 923 ZGB so

<sup>1</sup> Internet: <https://bger.li/119-II-236> (30.11.2019).

vorgesehen: «Geschieht die Übergabe unter Abwesenden, so ist sie mit der Übergabe der Sache an den Empfänger oder dessen Stellvertreter vollzogen.»<sup>2</sup>

Im vorliegenden Fall war es anders: Die Druckerei hat den Leasingvertrag erst geschlossen, als sie *als Käuferin bereits im Besitze der Sache war*. Eine stellvertretungsweise Übergabe der Druckmaschine hat nicht stattgefunden. Vielmehr hat die Druckerei das Eigentum für sich selbst im Zeitpunkt der Übergabe erlangt (Art. 714 Abs. 1 i.V.m. Art. 922 Abs. 1 ZGB).

Durch den späteren Abschluss des Leasingvertrags «fliegt» das Eigentum nicht automatisch von der Druckerei zur Kantonalbank. Es ist zwar schon so, dass man Eigentum im Sinne des Art. 714 Abs. 1 ZGB auch mit dem Besitzeskonstitut gemäss Art. 924 Abs. 1 ZGB übertragen kann. Beim Besitzeskonstitut vereinbaren die Parteien, dass der Veräusserer (die Druckerei) aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses – hier aufgrund des Leasings – im Besitze der Sache verbleiben soll, während das Eigentum auf die Kantonalbank übergeht.<sup>3</sup>

Im vorliegenden Fall ist das allerdings nicht möglich, *weil es das Faustpfandprinzip gemäss Art. 884 Abs. 3 ZGB verletzt*. *Weshalb ist das so?* Leasing als Innominatkontrakt besteht zumindest wirtschaftlich auch aus Elementen des Darlehens und der Sicherungsübereignung, d.h. der treuhänderischen Übertragung des Eigentums an der Leasingsache als Sicherheit für die Rückzahlung und Verzinsung des Darlehens.<sup>4</sup> Eine Sicherheit, die beim Schuldner verbleibt, kann nicht entstehen, was Art. 884 Abs. 3 ZGB für das Pfandrecht explizit so festhält: «Das Pfandrecht ist nicht begründet, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält.» Für die (sicherungsweise) Eigentumsübertragung hält Art. 717 Abs. 1 ZGB fest, dass das Faustpfandprinzip dadurch ebenso wenig umgangen werden kann: «Bleibt die Sache infolge eines besondern Rechtsverhältnisses beim Veräusserer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist.»<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. Huguenin, N 3730: «Beim indirekten Leasing liegt ein Dreiecksverhältnis vor: Der Leasingnehmer wählt beim Dritten (Hersteller/Lieferanten) das Leasingobjekt aus. Die Leasinggeberin (Leasinggesellschaft) erwirbt den Gegenstand direkt vom Dritten und überlässt diesen dem Leasingnehmer im Rahmen eines Leasingvertrages gegen Entgelt zum Gebrauch. Meist erfolgt die Übergabe direkt vom Hersteller/Lieferanten an den Leasingnehmer (Eigentumserwerb der Leasinggeberin erfolgt mittels Stellvertretung; Art. 923 ZGB). Als Eigentümerin kann die Leasinggeberin das Leasingobjekt im Konkurs des Leasingnehmers alsdann herausverlangen.»

<sup>3</sup> BSK ZGB II-Ernst, Art. 924 N 22: «Das Besitzeskonstitut (*constitutum possessorium*, *Besitzauftragung*) stellt wie die Besitzanweisung ein Übertragungssurrogat dar. Während dort schon vorher gestufter Besitz besteht, wird er beim Konstitut erst geschaffen. Bildlich gesprochen wird der selbständige Besitz abgespalten und geht auf einen Dritten über. Der bisherige selbständige Besitzer (Konstituent) begnügt sich mit dem unselbständigen und besitzt nun für den neuen selbständigen Besitzer aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses. Eine materielle Übertragung ist nicht nötig. Beispiel: Der Eigentümer verkauft eine Sache einem Dritten und mietet sie gleichzeitig von ihm. Er bekommt den Kaufpreis, muss aber in Zukunft den Mietzins bezahlen.»

<sup>4</sup> Huguenin, N 3725: «Der Leasingvertrag ist nach hier vertretener Auffassung als gemischter Vertrag zu qualifizieren und enthält in der Regel Elemente von Kauf, Miete, eventuell Pacht und Auftrag (beim indirekten Leasing). In der Lehre wird der Leasingvertrag dagegen unterschiedlich eingeordnet: • *Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis* (Miete als zentrales Element); • *Veräusserungsvertrag sui generis* (Abzahlungskauf im Vordergrund) oder • *Kreditvertrag sui generis* (Mischung aus Darlehen und Sicherungsübereignung).»

<sup>5</sup> BSK ZGB II-Bauer/Bauer, Art. 884 N 59: «Die Modalitäten der Besitzübertragung richten sich gem. Abs. 1 nach den Regeln des Besitzesrechts (Art. 922 ff.). Ergebnis des Besitzeserwerbungsprozesses muss es immerhin sein, dass der Pfandgläubiger die tatsächliche Gewalt über die Sache erhält (Art. 919 Abs. 1). Darüber hinaus wird in Abs. 3 eine qualifizierte Übertragung des Besitzes («Pfandbesitz») in der Weise verlangt, dass der Verpfänder, wenn er Besitzer bleibt (Art. 920), von der Ausübung der «ausschliesslichen Gewalt über die Sache» ausgeschlossen sein muss. Nur die Aufgabe der ausschliesslichen Sachherrschaft auf Seiten des Verpfänders vermag demnach den Pfandbesitz auf Seiten des Pfandnehmers zu begründen. Ein Besitzkonstitut schliesst den Pfandbesitz grundsätzlich aus (N 74). Umgekehrt ist nicht verlangt, dass der Pfandnehmer die ausschliessliche Gewalt über die Sache erlangt (Abs. 3; BGer, 13. 8. 2009, 5A\_315/2009, E. 5.1 = Pra 2010, 370, 374 f.; BGE 89 II 314, 320; ZK-

Die Benachteiligung der Gläubiger besteht darin, dass die Leasinggeberin und der Leasingnehmer ein *besitzloses Pfand* für die finanziellen Interessen der Leasinggeberin schaffen, was die Gläubiger der Druckerei nicht hinnehmen müssen.<sup>6</sup> Die Druckerei, die im Besitze der Druckmaschine war, schien dadurch solventer, als sie in Wirklichkeit war. Es ging bei dieser Transaktion nicht um einen Güteraus-tausch, sondern lediglich darum, das Eigentum als Sicherheit auf die Kantonalbank übergehen zu las-sen. Die *Dritten* – also die Gläubiger der Druckerei – müssen sich dies nicht gefallen lassen. Die Kanto-nalbank kann also die Druckmaschine nicht aussondern lassen.

*Inter partes*, also zwischen der Leasinggeberin und der Leasingnehmerin, ist diese Transaktion aber durchaus gültig, nur nützt das im Konkurs nichts. Im Ergebnis haben die Parteien hier eine *sale and lease back*-Transaktion durchgeführt. Die Druckerei hat ihre Maschine der Kantonalbank verkauft, um an die Finanzierung der Maschine zu kommen, und gleich wieder geleast, um sie zu nutzen, doch war damit in keiner Weise ein Güteraus-tausch beabsichtigt, sondern lediglich die Sicherung des Kredits mitsamt dem verpönten *besitzlosen Pfand*.<sup>7</sup>

---

*Oftinger/Bär, N 188*). Der Pfandbesitz ist im Übrigen nicht identisch mit dem betriebsrechtlichen Begriff des Gewahrsams, der für die Verteilung der Parteirollen im Widerspruchsprozess massgebend ist (Art. 106 ff. SchKG; BK-Stark/Lindenmann, Art. 919 ZGB N 31; ZK-Oftinger/Bär, N 193).»

<sup>6</sup> Huguenin, N 3731 f.: «Erwirbt der Leasingnehmer das Gut vom Dritten vor dem Vertragsabschluss mit der Lea-singgeberin und wird ihm dieses auch vorgängig tradiert, ist er der Eigentümer. Nach der Rechtsprechung kommt die von den Parteien erwünschte lease back-Wirkung wegen der Hürde von Art. 717 bzw. Art. 884 ZGB nicht zu-stande (...). Die beiden Artikel erfassen den Eigentumserwerb mittels Besitzeskonstitut. Der Veräusserer bleibt aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses (dem Leasing) unmittelbarer Besitzer der zu veräussernden Sa-che, wogegen das Eigentum auf den Erwerber übergeht. Der Erwerber wird somit mittelbarer Besitzer. Diese Rechtslage besteht grundsätzlich auch im Verhältnis zu Dritten. Davon gibt es jedoch zwei Ausnahmen: Der Ei-gentumserwerb ist Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit eine Benachteiligung Dritter, insbesondere der Gläubiger des Veräusserers, beabsichtigt ist (Art. 717 Abs. 1 ZGB). Ebenso verhält es sich bezüglich der Begrün-dung eines Faustpfandes an einer beweglichen Sache, sofern und solange der Verpfänder im Besitz der bewegli-chen Sache ist (Art. 884 Abs. 1 und Abs. 3 ZGB).»

<sup>7</sup> Vgl. Schmid/Hürliemann-Kaup, Sachenrecht, N 2001: «Auf die Sonderform des «Sale-and-lease-back» (...) ist Art. 717 ZGB hingegen anwendbar, da die Parteien damit keinen Güteraus-tausch, sondern die Sicherstellung einer Forderung beabsichtigen und insofern die Regeln über das Faustpfand umgehen.»