

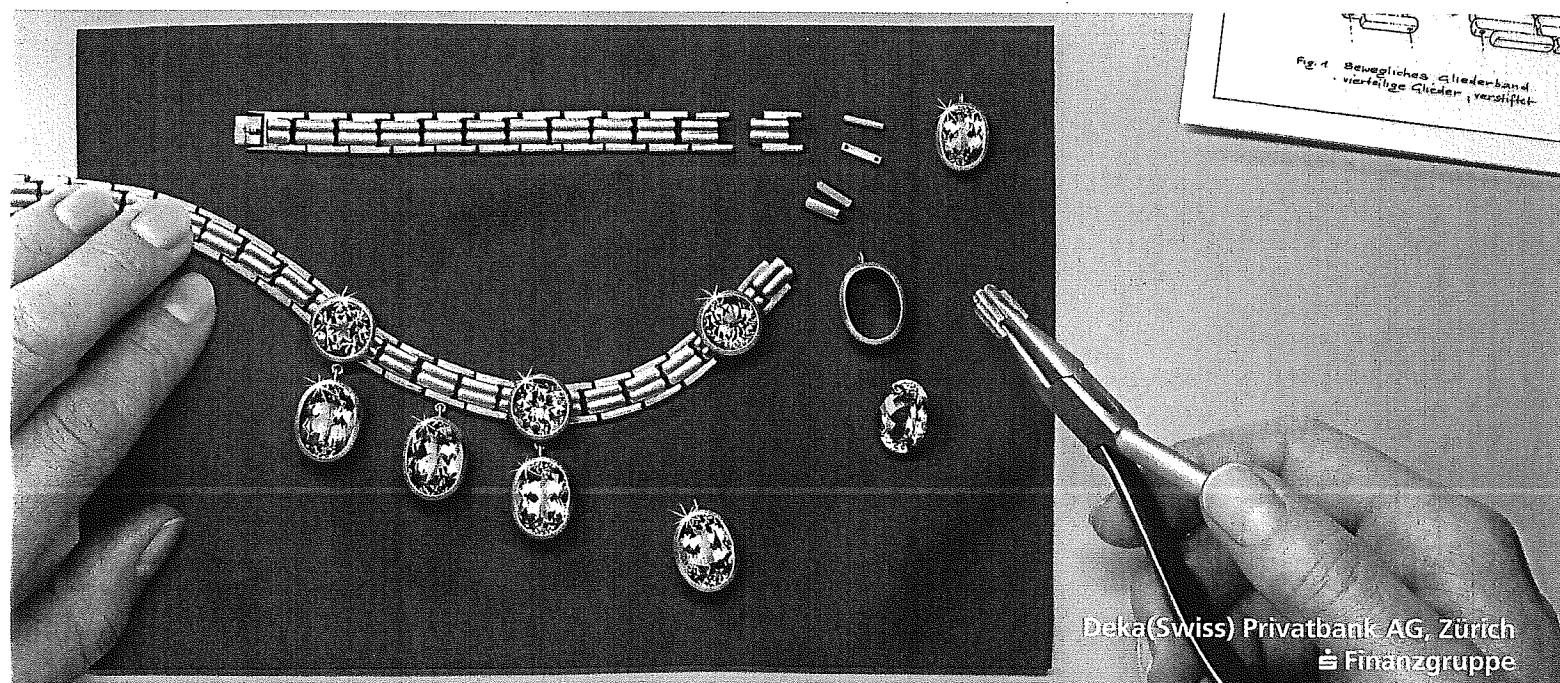
CH-D Wirtschaft

Leasing

- KFZ-Leasingverträge
- Immobilienleasing – Stiefkind der Schweizer Leasingbranche
- Finanzierungsleasing im IT-Bereich

Das Kostbarste, was wir Ihnen bieten können, ist Individualität. Swiss Vermögensmanagement.

„Deka
(Swiss) Privatbank



Deka(Swiss) Privatbank AG, Zürich
Finanzgruppe

Leasing und Schweizer Recht: Aktuelle Probleme und Tendenzen

lic. iur. Edith Kreis-Kolb
und Dr. Peter Honegger¹

Niederer Kraft & Frey Rechtsanwälte, Zürich
www.nkf.ch



Edith Kreis-Kolb



Dr. Peter Honegger

Die wirtschaftliche Bedeutung des Leasing in der Schweiz ist enorm. Per Ende 2005 wurden Wirtschaftsgüter von geschätzt CHF 15 Mrd. (ca. € 10 Mrd.) verleast. Gut die Hälfte aller Leasinggüter sind Automobile, dagegen werden kaum Immobilien verleast. Der Schweizerische Leasingverband, dessen Mitglieder ca. 90% des Leasingvolumens generieren, hat per Ende 2005 folgende Daten publiziert:

TCHF	Jahresendbestand 2005
PKW-Leasing (gewerblich und privat)	8 106 448
Investitionsgüterleasing	6 546 936
Immobilien-Leasing	612 286

Quelle: Schweizerischer Leasingverband

¹ Die Autoren danken Herrn Dr. Markus Hess, Geschäftsführer des Schweizerischen Leasingverbands, für die kritische Durchsicht.

Investitionsgüterleasing

Sind sich die Parteien bei Vertragsschluss einig, dass vorwiegend eine geschäftliche Nutzung des Leasinggegenstandes beabsichtigt ist, liegt Investitionsgüterleasing vor.

Rechtlich handelt es sich dabei um einen sogenannten Innominatkontrakt, also um eine im Gesetz nicht geregelte Vertragsart.

Es kommen die Regeln des Obligationenrechts (OR) analog zur Anwendung, namentlich jene des Miet-, Pacht- und Kaufrechts.

Konsumentenleasing

Beabsichtigen die Vertragsparteien vorwiegend eine *private* Nutzung des Leasinggegenstandes, liegt Konsumentenleasing vor. In diesem Fall muss zwingend das per 1. Januar 2003 revidierte Konsumkreditgesetz (KKG) beachtet werden. Das Konsumkreditgesetz findet auf Verträge zwischen CHF 500 und CHF 80 000 Anwendung, sofern diese vorsehen, dass bei vorzeitiger Auflösung des Leasingvertrages die vereinbarten Leasingraten erhöht werden. Damit werden die meisten Leasinggeschäfte zu Privatzwecken erfasst.

Das Konsumkreditgesetz bezweckt den Schutz des Kreditnehmers und verlangt deshalb vom Kreditgeber unter anderem eine *Kreditfähigkeitsprüfung*, d.h. detaillierte Prüfung der Kreditfähigkeit des Leasingnehmers. Verstösst der Leasinggeber in schwerwiegender Weise gegen diese Pflicht, verliert er seine Ansprüche gegenüber dem Leasingnehmer. Der Leasingnehmer muss die Sache zwar zurückgeben, doch schuldet er nichts und kann schon geleistete Zahlungen zurückfordern.

Das Konsumkreditgesetz enthält ausserdem strenge Formvorschriften für Leasingverträge. Werden diese missachtet, ist der Leasingvertrag nichtig. Darüber hinaus enthält das Konsumkreditgesetz diverse weitere Vorschriften zum Schutz des Leasingnehmers, wie etwa ein siebentägiges Widerrufsrecht des Leasingnehmers nach Unterzeichnung des Leasingvertrages.

Immobilien-Leasing

Beim Immobilien-Leasing erwirbt die Leasinggesellschaft eine gewerblich oder industriell nutzbare Immobilie, um diese dem Leasingnehmer anschliessend langfristig gegen Zahlung eines Leasingzinses zur Verfügung zu stellen. Am Ende der Laufzeit des Leasingvertrages hat der Leasingnehmer üblicherweise das Recht, die Immobilie zu übernehmen, weiterzuleasen oder zurückzugeben.

Es bestand längere Zeit Unsicherheit darüber, ob ein Immobilien-Leasingvertrag den Formvorschriften des Immobilienkaufrisches untersteht, also namentlich der öffentlichen Beurkundung. Das Bundesgericht hat diese Frage in einem neuesten Entscheid (August 2006) geklärt und festgestellt, dass ein Immobilien-Leasingvertrag mangels Eigentumsübergang grundsätzlich *formfrei* abgeschlossen werden darf. Einzig die Klausel, dass die Immobilie zu einem vorher bestimmten Restkaufpreis übernommen werden darf, untersteht als Kaufrecht der öffentlichen Beurkundung.

Geldwäschereibekämpfung

Leasinggesellschaften gelten als Finanzintermediäre und unterstehen damit dem Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei (GwG). Dieses auferlegt den Finanzintermediären verschiedene umfangreiche Pflichten, insbesondere die Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners und zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, des sogenannten *beneficial owner*. Bei «heiklen» Geschäftsbeziehungen und Transaktionen bestehen besondere Abklärungspflichten. Leasinggesellschaften müssen zudem auf ihr Geschäft zugeschnittene Weisungen über die Geldwäschereibekämpfung verfassen sowie eine Geldwäschereifachstelle bzw. einen *Compliance Officer* bezeichnen. Die Einhaltung der Weisungen wird durch eine externe Revisionsgesellschaft (Wirtschaftsprüfer) überprüft. Die Kosten im Zusammenhang mit der Geldwäschereibekämpfung sind entsprechend hoch.

Bei Verdacht auf Geldwäscherei besteht eine Meldepflicht. Die Verletzung der Meldepflicht wird strafrechtlich geahndet. Falls unklar ist, ob eine Meldepflicht besteht, kann gemäss Strafgesetzbuch (StGB) ein Melderecht ausgeübt werden.

Sale and lease back

Dieses Vorgehen ist vor allem in den USA weit verbreitet. Der Leasingnehmer möchte einen ihm bereits gehörenden Gegenstand durch Leasing finanzieren. Zu diesem Zweck verkauft er den Leasinggegenstand in einem ersten Schritt an eine Leasinggesellschaft (sale), und least diesen anschliessend wieder zurück (lease back).

Dieses Verfahren *scheitert* aber gemäss schweizerischer Rechtsprechung bei beweglichen Gegenständen, und zwar aus folgenden Gründen: Die Gerichte gehen davon aus, dass die Eigentumsübertragung auf die Leasinggesellschaft nur Sicherungszwecken diene und der Leasinggegenstand deshalb wie ein Faustpfand behandelt werden müsse. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) schreibt aber vor, dass der Pfandgegenstand in den Besitz des Pfandgläubigers übergehen muss und nicht beim Pfandschuldner verbleiben darf; andernfalls ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam. Um das Faustpfandrecht nicht zu verletzen, müsste sich der Leasinggegenstand deshalb während der Leasingdauer bei der Leasinggesellschaft befinden, was aber im Widerspruch zum Vertragszweck des Leasing, der Gebrauchsüberlassung, stehen würde.

Lease and lease back

Ebenfalls aus den USA stammt folgendes Vorgehen: Ein Investor aus den USA least von einem schweizerischen Unternehmen ein Wirtschaftsgut, so etwa Rollmaterial der SBB, Flugzeuge der Swiss(air) oder auch Kraftwerke. Das Wirtschaftsgut wird gleichzeitig wieder dem schweizerischen Unternehmen zurückgeleast. Im Wesentlichen heben sich die gegenseitig gewährten Nutzungsrechte auf.

Der amerikanische Investor zahlt bei Abschluss der Transaktion up-front eine Leasing Fee, wohingegen das schweizerische Unternehmen in periodischen Leasingraten zahlt. Der amerikanische Investor erzielt durch das Vorgehen einen Steuerstundungseffekt, der mit dem schweizerischen Unternehmen geteilt wird. Das lease and lease back ist zum

Zeitpunkt, als sich das Bundesgericht zum ersten Mal mit dieser Transaktionsform beschäftigte (Juni 2005) bereits «aus der Mode gekommen».

Retentionsrecht

Bewahrt der Leasingnehmer die Leasinggegenstände im Mieträumen auf, besteht oft ein sogenanntes Retentionsrecht des Vermieters. Beim Retentionsrecht handelt es sich um eine Art von Pfandrecht. Da das Retentionsrecht nur von Vermietern von Geschäftsräumlichkeiten ausgeübt werden kann, spielt es vor allem im Bereich des Investitionsgüterleasing eine Rolle.

Befindet sich der Leasingnehmer mit Mietzinszahlungen in Verzug, kann der Vermieter die Betreuung auf Pfandwertung verlangen und sich mit dem Erlös der verwerteten Leasinggegenstände für den verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins schadlos halten. Dieses Retentionsrecht des Vermieters lässt sich *zerstören*: Wenn der Leasingnehmer oder die Leasinggesellschaft dem Vermieter rechtzeitig anzeigt, dass die Leasinggegenstände nicht dem Mieter gehören, entfällt das Retentionsrecht.

Insolvenz, Eigentum und Veruntreuung

Fällt der Leasingnehmer in Konkurs, stellt sich für die Leasinggesellschaft regelmässig die wichtige Frage, ob sie den Leasinggegenstand als ihr Eigentum herausverlangen kann oder ob die Konkursverwaltung diesen zur Konkursmasse zieht. Entscheidend ist die Vertragsgestaltung: Geht aus dem Leasingvertrag klar hervor, dass die Parteien (vorwiegend) eine Gebrauchsüberlassung beabsichtigten, kommen die Regeln des Mietrechts analog zur Anwendung. Die Leasinggesellschaft kann ihr Eigentumsrecht geltend machen und den Leasinggegenstand an sich ziehen. Ergibt sich aus dem Leasingvertrag dagegen eine (überwiegende) Veräusserungsabsicht, fällt der Leasinggegenstand als Eigentum des Leasingnehmers in dessen Konkursmasse.

Gemäss Praxis der Betreibungsämter ist die Eintragung eines Eigentumsvorbehalts bei Leasinggegenständen nicht möglich. In der Praxis kann die unberechtigte Weiterveräusserung (bzw. Veruntreuung) von Leasingfahrzeugen durch Eintragung des sogenannten *Code 178* beim zuständigen kantonalen Strassenverkehrsamt in den meisten Fällen wirksam verhindert werden.