

| | |
|---------------------|---|
| Dokument | AJP 2005 S. 579 |
| Autor | Lukas Metzler, Markus Schmuki |
| Titel | Das Immobilienleasing - Frage der Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des Mietrechts |
| Publikation | Aktuelle Juristische Praxis |
| Herausgeber | Ivo Schwander |
| Frühere Herausgeber | |
| ISSN | 1660-3362 |
| Verlag | Dike Verlag AG |

Das Immobilienleasing - Frage der Anwendbarkeit der zwingenden Bestimmungen des Mietrechts

lic. iur. Lukas Metzler, Rechtsanwalt, St. Gallen

lic. iur. Markus Schmuki, Rechtsanwalt, St. Gallen

Il existe différentes perspectives de leasing. Cet article se concentre sur le leasing immobilier, lequel, ces dernières années, a acquis la plus large diffusion parmi toutes les formes de financement dans la majeure partie des programmes d'investissement commerciaux. C'est pourquoi la question qui se pose en particulier est de savoir dans quelle mesure les normes contraignantes du droit du bail sont applicables en matière de contrat de leasing immobilier. Cette question a une signification décisive dans la mesure où les normes contraignantes en matière de droit du bail ne correspondent pas toujours à la volonté des parties.

(trad. Cédric JeanRichard)

AJP 2005 S. 579

Inhaltsübersicht:

| | | | | |
|----|------------------------------------|--------------------------|---|--|
| 1. | Vorbemerkung | | | |
| 2. | Finanzierungsleasing an Immobilien | | | |
| | 2.1. | Allgemeines | | |
| | 2.2. | Rechtliche Qualifikation | | |
| | 2.3. | Anwendbares Recht | | |
| | | 2.3.1. | Allgemeines | |
| | | 2.3.2. | Anwendbarkeit der zwingenden Mietrechtsbestimmungen | |
| | | | 2.3.2.1. | Leasingzins |
| | | | 2.3.2.2. | Nebenkosten, öffentliche Abgaben und Unterhalt |
| | | 2.3.3. | Gefahrtragung und Haftung | |
| | | 2.3.4. | Verzicht auf Verrechnung | |
| 3. | Fazit | | | |



1. Vorbemerkung

Das Leasing als Finanzierungsform erfreut sich seit einiger Zeit immer grösserer Beliebtheit und hat sich in den vergangenen Jahren in den verschiedensten Sparten stark etabliert. Gründe dafür können in den Vorteilen gesehen werden, welche das Leasing im Vergleich zum Kauf mittels Eigen- oder Fremdfinanzierung sowohl in Bezug auf die Liquidität wie auch bezüglich der Rendite eines Unternehmens aufweist. Durch das Leasing hat der Leasingnehmer die Möglichkeit, über einen meist längeren Zeitraum eine Sache zu gebrauchen und zu nutzen, ohne jedoch grosse Investitionen tätigen zu müssen.¹ Der Gebrauch oder die Nutzung eines Gutes wird ermöglicht, ohne dass zuerst dessen Eigentum kostspielig erworben werden muss, denn das Leasing erfüllt den Finanzierungsgrundsatz "pay as you earn", das heisst die Investitionen in ein Gut finanzieren sich über dessen gesamte Einsatzdauer möglichst selbst.² Dies hat zur Folge, dass zum einen Eigenmittel eines Unternehmens anders und meist ertragsreicher eingesetzt werden können, und zum anderen kein Fremdkapital für eben diese Investitionen aufgenommen werden muss. Somit ist weniger Eigen- oder Fremdkapital - beispielsweise in Produktionsmitteln oder Betriebsstätten - mit tiefer Rendite gebunden, was sich positiv auf die Kennzahlen des Unternehmens auswirkt.

Es gibt verschiedenste Erscheinungsformen des Leasings. In den nachfolgenden Ausführungen wollen wir uns jedoch auf das Immobilienleasing beschränken, welches in den letzten Jahren vor allem als Finanzierungsform für grössere gewerbliche Investitionsvorhaben stark an Verbreitung gewonnen hat. Dabei interessiert uns insbesondere die Frage, inwieweit die zwingenden Mietrechtsbestimmungen auf den Immobilienleasingvertrag anzuwenden sind. Diese Frage ist insofern von entscheidender Bedeutung, als, wie sich nachfolgend zeigen wird, diese zwingenden Normen des Mietrechts dem Parteiwillen in aller Regel nicht gerecht werden können.

2. Finanzierungsleasing an Immobilien

2.1. Allgemeines

Beim Immobilienleasing ist das Leasingobjekt definitionsgemäss immer eine unbewegliche Sache. Meistens wird Immobilienleasing als Finanzierungsform für grössere gewerbliche Investitionsvorhaben gewählt, wie für den Bau von Warenhäusern, Lagerhallen, Parkhäusern, Hotels usw.³ Dabei kauft der Leasinggeber das Grundstück entweder vom Leasingnehmer oder von einem Dritten. Anschliessend führt der Leasinggeber ein vom Leasingnehmer geplantes Bauvorhaben aus und überlässt ihm anschliessend die Immobilie gegen Bezahlung eines Leasingzinses zu Nutzen und Gebrauch.⁴ Der Leasinggeber verpflichtet sich damit zur Finanzierung eines Gebäudes sowie unter Umständen auch zur Übernahme der Rolle des Bauherrn.⁵ Dadurch wird dem Leasingnehmer ermöglicht, ohne Einschränkung seiner Liquidität, mit 100-prozentiger Fremdfinanzierung, eine Baute zu erstellen. Das Eigentum an der Immobilie

AJP 2005 S. 579, 580

liegt allerdings beim Leasinggeber, worüber auch der Grundbucheintrag Aufschluss gibt. Nach Ablauf der Leasingdauer steht dem Leasingnehmer in der Regel ein vorgemerktetes Kaufrecht zu.⁶ Vollamortisationsverträge haben sich dagegen beim

1 BSK OR I - W.R. Schlupe/M. Amstutz, Einl. vor Art. 184ff., N 83; vgl. auch W.R. Schlupe, SPR VII/2, 820.

2 BSK OR I - W.R. Schlupe/M. Amstutz, Einl. vor Art. 184 ff., N 83; W.R. Schlupe, SPR VII/2, 820; H. Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, 7. A., Bern 2003, 415, M. Hess, Immobilien-Leasing in der Schweiz, Zürich 1989, 5.

3 Vgl. auch H. Honsell, a.a.O., 415 f., BSK OR I - W.R. Schlupe/M. Amstutz, Einl. vor Art. 184 ff., N 85.

4 Vgl. dazu auch M. Hess (FN 2), 5.

5 H. Honsell (FN 2), 419.

6 Vgl. dazu auch BSK OR I - W.R. Schlupe/M. Amstutz, Einl. vor Art. 184 ff., N. 85, H. Honsell (FN 2), 419, M. Hess (FN 2), 38.



Immobilienleasing aufgrund des hohen Restwertes der Immobilien nicht durchsetzen können.⁷

Für das Immobilienleasing als Form des Finanzierungsleasings ist nicht massgeblich, ob zwei oder drei Parteien am Leasingverhältnis beteiligt sind. Die klassischen Fälle des Sale-and-Lease-back, welche in erster Linie der Beschaffung flüssiger Mittel aus dem Verkauf des Leasinggegenstandes an die Leasinggesellschaft dienen, sollen nachfolgend jedoch ausdrücklich ausgeklammert werden. Ausgangspunkt des Immobilienleasings im hier verstandenen Sinn soll ein grösseres Investitionsvorhaben - der Erwerb oder die Erstellung einer Baute - sein, welches der Leasinggeber gemäss den Interessen des Leasingnehmers umsetzt, wobei das Leasing als Finanzierungsform dient. Dabei wird in aller Regel im Immobilienleasingvertrag die Bauphase, die Nutzungsphase sowie die Veräusserungsphase nach Ablauf des Immobilienleasingvertrages geregelt.⁸ Der Hauptaspekt der nachfolgenden Ausführungen soll auf der Nutzungsphase liegen. Hierbei ist zu beachten, dass zwar rechtlich der Leasinggeber Eigentümer des Leasingobjektes ist. Dessen Interesse besteht jedoch praktisch ausschliesslich in einer angemessenen Verzinsung und Sicherheit seiner Investitionen. Ganz in diesem Sinne wird dann auch die Bemessung des Leasingzinses festgesetzt. Sämtliche weiteren Verpflichtungen, welche im Zusammenhang mit dem Leasingobjekt auftreten können, werden im Leasingvertrag in aller Regel dem Leasingnehmer überbunden. Faktisch kommt daher diesem Eigentümerstellung zu.

2.2. Rechtliche Qualifikation

Die rechtliche Qualifikation des Immobilienleasingvertrages war in der Schweiz lange Zeit nicht unbestritten. Die heute vorherrschende Lehre geht jedoch davon aus, dass der Immobilienleasingvertrag einen Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis darstellt.⁹ Die Rechtsprechung hat sich dem heute grundsätzlich angeschlossen. So wurden in der kantonalen Rechtsprechung mehrere Entscheide gefällt, die dieser rechtlichen Qualifikation folgen.¹⁰ Das Bundesgericht hat sich bis heute nicht abschliessend geäussert. In BGE 118 II 150 ff. hat es jedoch immerhin anerkannt, dass es sich beim Leasing um einen Innominatvertrag handelt und liess dabei durchblicken, dass es der Qualifikation als Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis zuneigt.

Durch die Qualifikation des Immobilienleasingvertrages als Gebrauchsüberlassungsvertrag sui generis ist jedoch hinsichtlich der Rechtsanwendung noch nichts gewonnen; denn es stellt sich nach wie vor die Frage, welchen allenfalls ergänzenden oder berichtigenden Regeln dieser Innominatvertrag untersteht und insbesondere, inwieweit zwingende Bestimmungen des gesetzlichen Vertragstypenrechts zu beachten sind.

2.3. Anwendbares Recht

2.3.1. Allgemeines

Für Verträge sui generis besteht definitionsgemäss kein gesetzliches Vertragstypenrecht. In einem konkreten Streitfall fragt sich daher, welchen allenfalls ergänzenden oder berichtigenden Regeln die Verträge sui generis unterstehen. Einigkeit besteht vorab darüber, dass auch die Verträge sui generis allen Regeln des allgemeinen Teils des Obligationenrechts zu folgen haben.¹¹

Fraglich ist jedoch, ob die Verträge sui generis auch den zwingenden Bestimmungen des Vertragstypenrechts unterstehen. Für das Immobilienleasing sind dabei insbesondere die zwingenden Mietrechtsbestimmungen von Bedeutung, denn wesentliches Element des Immobilienleasingvertrages ist die Überlassung des Leasingobjektes an den Leasingnehmer zur bestimmungsgemässen Nutzung und zum

⁷ BSK OR I -W.R. Schlupe/M. Amstutz, Einl. vor Art. 184ff., N 85.

⁸ Vgl. dazu auch M. Hess, (FN 2), 25.

⁹ So etwa T. Guhl/A. Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, § 40 N 15.

¹⁰ Vgl. etwa BezGer Zürich, SJZ 1993 119 ff.; ZR 82, Nr. 19 E. III 2c und ZR 76, Nr. 50 E. 4.2.

¹¹ Vgl. W.R. Schlupe, SPR VII/2, 780.



bestimmungsgemässen Gebrauch. Da die Gebrauchüberlassungspflicht auch wesentliches Element des Mietvertrages ist, fragt sich in der Folge, ob die zwingenden Normen des Mietrechts ebenfalls Anwendung auf den Immobilienleasingvertrag finden sollen.

2.3.2. Anwendbarkeit der zwingenden Mietrechtsbestimmungen

Sinn und Zweck des Mietrechtes ist es im Wesentlichen, den Mieter vor Forderungen von Seiten des Vermieters zu schützen, die eindeutig über das hinausgehen, was am betreffenden Ort und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände normalerweise üblich ist. Die zwingenden Mietrechtsbestimmungen haben somit - wie auch alle anderen zwingenden Regeln des Vertragsrechts - die Aufgabe, den sozial und wirtschaftlich schwächeren Vertragspartner zu schützen.¹² Dementsprechend sieht das Mietrecht für die Miete von Wohn- und Geschäftsräumen unter anderem in Art. 269 ff. OR zwingende Bestimmungen zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und anderen missbräuchlichen Forderungen des Vermieters vor, währenddem Art. 271 ff. OR Bestimmungen zum Kündigungsschutz enthalten.

AJP 2005 S. 579, 581

Der eben dargestellte Schutzgedanke spielt für die vorliegend zu prüfende Frage der Anwendbarkeit der zwingenden Mietrechtsbestimmungen auf Immobilienleasingverträge eine wesentliche Rolle, da die Erstreckung des Anwendungsbereichs des zwingenden Mietrechts auf Immobilienleasingverträge auf der Grundlage dieses Gedankens "typologisch" zu ergründen ist. Eine ausdrückliche, zwingende Vertragstypenregel erfüllt nämlich ihre Schutzfunktion vermutungsweise zunächst im Blick auf den Normalfall. Weicht der konkrete Vertrag vom Normalfall (Typus) ab, so ist zu fragen, ob die Abweichung die Schutzbedürftigkeitslage verändert oder nicht.¹³

Im Gegensatz zum Mietrecht fehlt es im Immobilienleasing an einem ausgleichsbedürftigen Interessengegensatz zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer in dem Sinne, dass der Leasinggeber in einer von vornherein wirtschaftlich stärkeren Position wäre, welche es durch einen Ausbau der rechtlichen Stellung des Leasingnehmers auszugleichen gälte;¹⁴ denn als Leasingnehmer können - als Folge des Finanzierungsinteresses der Leasinggesellschaft - primär nur solvente Handelsgesellschaften in Frage kommen.¹⁵ Dieser Umstand muss zum Schluss führen, dass der dem Mietrecht zu Grunde liegende Gedanke des Schutzes der schwächeren Partei nicht auf den Immobilienleasingvertrag übertragen werden kann. Daher sollten nach der hier vertretenen Auffassung die zwingenden Mietrechtsbestimmungen nicht auf Immobilienleasingverträge angewendet werden. Bisher fehlen jedoch richterliche Entscheide zu dieser Frage, weshalb diesbezüglich eine erhebliche Rechtsunsicherheit besteht.

Anhand der nachfolgenden Ausführungen soll aufgezeigt werden, inwiefern die Parteien beim Abschluss eines Immobilienleasingvertrages in aller Regel von zwingenden Mietrechtsbestimmungen abweichen und welche Konsequenzen deren Anwendung im Streitfall zur Folge haben könnte.

2.3.2.1. Leasingzins

Durch den Immobilienleasingvertrag verpflichtet sich der Leasingnehmer, für die Dauer des Leasingverhältnisses einen bestimmten Leasingzins zu entrichten. Dieser Leasingzins enthält in der Regel einerseits einen Zinsanteil für das investierte Kapital, andererseits einen Amortisationsanteil für die Wertverminderung des Leasingobjektes. Letzterer bestimmt sich aufgrund der Anlagekosten sowie der Vertragsdauer und orientiert sich meist an den steuerlich zugelassenen Abschreibungssätzen. Sind diese

¹² Vgl. W.R. Schlupe, SPR VII/2, 792.

¹³ W.R. Schlupe, SPR VII/2, 793, BSK - OR I, W.R. Schlupe/M. Amstutz, Einl. vor Art. 184 ff., N 79.

¹⁴ M. Hess (FN 2), 159.

¹⁵ Vgl. M. Hess (FN 2), 150 f.

Grössen einmal bekannt, so kann der Amortisationsanteil fix festgelegt werden.¹⁶ Anders verhält es sich hingegen mit dem Zinsanteil, da sich die Verhältnisse auf dem Kapitalmarkt fortlaufend ändern. So ist mit steigenden Zinsen auf dem Kapitalmarkt auch eine Erhöhung der Rendite auf den investierten Eigenmitteln erwünscht. Die Refinanzierung ist mit anderen Worten stark mit dem geltenden Zinssatz für Fremdkapital verbunden. Deshalb ist in den meisten Immobilienleasingverträgen für den Fall einer Senkung oder Erhöhung des Hypothekarzinses eine Anpassung an die veränderten Verhältnisse vorgesehen, indem der Zinsanteil des periodisch zu bezahlenden Leasingzinses mittels Indexierung direkt an den Hypothekarzinsatz gebunden wird.¹⁷ Das Mietrecht lässt demgegenüber gemäss Art. 269b OR indexierte Mietzinsen nur zu, wenn als Index der Landesindex der Konsumentenpreise beigezogen wird und (kumulativ) der Mietvertrag für mindestens fünf Jahre abgeschlossen wird. Diese Bestimmung ist zwingender Natur. Die Vereinbarung eines anderen Indexes ist folglich unzulässig.¹⁸ Soweit ein Gericht im Streitfall die zwingenden Normen des Mietrechts und somit Art. 269b OR auf den vereinbarten Leasingzins anwenden wollte, wäre somit die diesbezügliche Vertragsbestimmung als widerrechtlich zu betrachten. In der Folge würde sich deshalb die Frage stellen, wie mit der betreffenden Bestimmung zu verfahren wäre.

Eine Möglichkeit wäre die Anpassung des Indexes an denjenigen der Konsumentenpreise.¹⁹ Eine solche Lösung wäre jedoch insofern problematisch, als die Parteien bei Abschluss des Vertrages den eindeutigen Willen hatten, den Leasingzins nach den zukünftigen Zinsen auf dem Kapitalmarkt zu richten, was jedoch mit einer Koppelung des Leasingzinses an den Landesindex der Konsumentenpreise gerade nicht erreicht werden könnte. Insofern würde diese Lösung dem Willen der Parteien in einem für die Parteien beim Abschluss des Vertrages zentralen Punkt widersprechen. Die von den Parteien vorgenommene Indexierung nach dem Hypothekarzinsatz durch eine Indexierung nach dem Landesindex der Konsumentenpreise zu ersetzen, dürfte daher wohl kaum der richtige Ansatz sein. Noch weniger dürfte der gänzliche Verzicht auf eine Indexierung in Frage kommen, da diese Lösung noch weiter vom Parteienwillen entfernt liegt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Parteien den Leasingvertrag ohne Anbindung des Leasingzinses an den Hypothekarzinsatz gar nicht abgeschlossen hätten, was grundsätzlich nur die Nichtigkeit des gesamten Leasingvertrages zur Folge haben könnte. Auch diese Lösung dürfte jedoch den Parteien des Leasingvertrages kaum dienen, da der Leasingnehmer einerseits weiterhin an der Nutzung des Objektes und der Leasinggeber andererseits an der Verzinsung und Rückzahlung des investierten Kapitals interessiert sein dürften. Die Anwendung der zwingenden Mietrechtsbestimmung von Art. 269b OR auf den hier dargestellten Typus des Immobilienleasingvertrages hätte zur Folge, dass solche Verträge überhaupt nicht

AJP 2005 S. 579, 582

rechtsgültig abgeschlossen werden könnten, obschon diese Finanzierungsform - wie erwähnt - gerade bei grossen gewerblichen Bauvorhaben einem steigenden Marktbedürfnis entspricht.

Die bezüglich des Leasingzinses bestehende Rechtsunsicherheit wäre durch die Annahme der vom Volk am 8. Februar 2004 abgelehnten Teilrevision des Mietrechts behoben worden. Diese hatte unter anderem vorgesehen, dass die Geltung der Missbrauchbestimmungen in Art. 269 ff. OR von den Parteien hätte ausgeschlossen werden können, wenn es sich um die Miete von Geschäftsräumen handelt und der Mieter ein Unternehmen mit über 2,5 Mio. Jahresumsatz oder mit mindestens zwanzig Beschäftigten ist.²⁰ Somit hätten die Vertragsparteien im Immobilienleasingvertrag über Gewerbebauten die entsprechenden zwingenden Mietrechtsbestimmungen

¹⁶ M. Hess (FN 2), 32.

¹⁷ M. Hess (FN 2), 33.

¹⁸ Vgl. z.B. P. Zihlmann, Das neue Mietrecht, Zürich 1990, 181; SVIT-Kommentar, 2. A., Zürich 1998, Art. 269b OR, N 8.

¹⁹ Dies schlägt z.B. SVIT-Kommentar (FN 18), Art. 269b OR, N 10, vor.

²⁰ So vorgesehen gewesen in revArt. 253b Abs. 2 OR.



ausdrücklich ausschliessen können und eine Anbindung des Leasingzinses an die zukünftigen Zinsen auf dem Kapitalmarkt wäre ohne das Risiko der Rechtsungültigkeit möglich geworden.

2.3.2.2. Nebenkosten, öffentliche Abgaben und Unterhalt

Wie bereits ausgeführt, ist im Immobilienleasing rechtlich der Leasinggeber Eigentümer des Leasinggegenstandes. Faktisch kommt allerdings nicht ihm, sondern dem Leasingnehmer Eigentümerstellung zu. Vor diesem Hintergrund verpflichtet sich letzterer in der Regel sowohl zur Tragung der Nebenkosten als auch zur Übernahme des gesamten Unterhalts. Bezüglich ersterem werden im Immobilienleasingvertrag regelmässig beispielhaft verschiedene Kostenelemente, wie z.B. die Auslagen für objekt- und eigentümerbezogene Steuern, öffentliche Abgaben sowie Versicherungsprämien, aufgezählt und die gesamten Nebenkosten dem Leasingnehmer überbunden.²¹ Dabei hat der Leasingnehmer dem Leasinggeber diese Kosten ohne Anrechnung an den Leasingzins zu erstatten. Im Mietrecht hingegen sind Auslagen im genannten Sinne gemäss Art. 256b OR vom Vermieter zu tragen. Einzig die mit dem Gebrauch der Sache zusammenhängenden Leistungen können unter dem Titel der Nebenkosten auf den Mieter überwältzt werden, wobei diese im Mietvertrag klar genannt werden müssen (Art. 257a OR). Der Zusammenhang mit dem Gebrauch der Mietsache fehlt jedoch beispielsweise bei Objektsteuern, Gebäudeversicherungsprämien, Hypothekarzinsen, Strassenbeiträgen oder Erschliessungskosten.²² Diese können daher nicht als Nebenkosten auf den Mieter überwältzt werden.

Was die Tragung des Unterhalts betrifft, hat der Mieter gemäss Art. 259 OR nur für den so genannten "kleinen Unterhalt" aufzukommen. Dieser umfasst lediglich die Behebung derjenigen Mängel, die durch kleine, für den gewöhnlichen Unterhalt erforderliche Reinigungen oder Ausbesserungen behoben werden können. Grössere Ausbesserungen obliegen zwingend dem Vermieter, es sei denn, der Mieter sei für den Mangel verantwortlich.²³ Eine über den kleinen Unterhalt hinausgehende Kostenüberwälzung auf den Mieter kann zu einer missbräuchlichen Festsetzung des Mietzinses führen, welche anfechtbar oder gar nichtig ist.²⁴ Folglich steht die in Immobilienleasingverträgen übliche Vereinbarung, wonach sämtlicher Unterhalt unter Kostentragung und ohne Anrechnung an den Leasingzins vom Leasingnehmer zu übernehmen ist, im Widerspruch zur zwingenden mietrechtlichen Unterhaltsregelung. Die Anwendung der zwingenden Mietrechtsbestimmungen kann deshalb zur Nichtigkeit einer entsprechenden Vereinbarung führen, mit der Folge, dass die Unterhaltskosten - wie schon die Nebenkosten - entgegen dem Willen der Parteien vom Leasinggeber zu tragen wären. Die im Leasingvertrag vereinbarte Kostentragung durch den Leasingnehmer beruht allerdings gerade darauf, dass der Leasingzins einzig aufgrund des zur Finanzierung notwendigen Kapitals unter Berücksichtigung einer entsprechenden Verzinsung berechnet wird. Für weitere Aufwendungen des Leasinggebers besteht bei dieser Kalkulation kein Spielraum. Sämtliche Unterhalts- und Nebenkosten sollten daher vom Leasingnehmer, dem faktischen Eigentümer des Leasingobjekts, getragen werden können.

2.3.3. Gefahrtragung und Haftung

Die Gefahrtragung wird im Immobilienleasingvertrag - analog der Tragung der Unterhalts- und Nebenkosten - in der Regel dem Leasingnehmer überbunden.²⁵ So wird im Immobilienleasingvertrag oft festgelegt, dass der Leasingnehmer vom Zeitpunkt des Abschlusses des Immobilienleasingvertrages die Gefahr für eine Beschädigung, die teilweise oder gänzliche Zerstörung sowie für anderweitige Wertverminderung des Leasingobjektes trägt. Der Leasingnehmer hat somit seinen aus dem Immobilienleasingvertrag fließenden Pflichten jederzeit und unabhängig vom

²¹ Vgl. dazu auch M. Hess (FN 2), 35 f.

²² BSK OR I-Weber, Art. 257a, N 1 ff.

²³ T. Guhl/A. Koller (FN 9), § 44 N 39.

²⁴ Vgl. z.B. SVIT-Kommentar (FN 18), Art. 259, N 2 ff.

²⁵ M. Hess (FN 2), 34.



Bestand und Zustand des Leasinggegenstandes vollumfänglich nachzukommen. Insbesondere hat er den Leasingzins auch dann zu entrichten, wenn das Leasingobjekt aus irgendeinem Grund nicht oder nur teilweise genutzt werden kann. Auf diese Weise sollen die Investitionen des Leasinggebers umfassend abgesichert und das Finanzierungsrisiko grösstenteils auf den Leasingnehmer überbunden werden. Einzig für Schäden und Wertverminderungen, die durch den Leasinggeber vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden sind, trägt der Leasingnehmer keine Haftung.

Im Mietrecht ist die Gefahrtragung gerade gegenteilig ausgestaltet. So gilt im Fall, in dem nach Übergabe der Mietsache die Weiterführung des Mietvertrages ohne Verschulden der Parteien objektiv unmöglich ist - weil entweder die Vermieterschaft die Mietsache nicht mehr zum Gebrauch überlassen oder die Mieterschaft die Mietsache

AJP 2005 S. 579, 583

nicht mehr gebrauchen kann -, dass das Mietverhältnis ohne Kündigung erlischt (Art. 119 OR).²⁶ Sind die Mieträumlichkeiten nur teilweise und nicht vollends zerstört, so ist nach denjenigen Regeln vorzugehen, welche auch bei Mängeln der Mietsache gelten.²⁷ Der Mieter kann folglich diesfalls ein Begehren auf Beseitigung stellen, eine Herabsetzung des Mietzinses und allenfalls Schadenersatz verlangen, sowie unter Umständen gar das Mietverhältnis vorzeitig auflösen (siehe Art. 259a ff. OR).

Neben der Gefahrtragung übernimmt der Leasingnehmer regelmässig auch jegliche Grund- und Werkeigentümerhaftung. Ausserdem ist es regelmässig am Leasingnehmer, für die genannten Haftungsfolgen eine Versicherung abzuschliessen.²⁸ Gemäss der mietrechtlichen Regelung sind dagegen die Grund- und Werkeigentümerhaftung und der Abschluss der entsprechenden Versicherungen zwingend Sache des Vermieters und Grundeigentümers. Somit kann festgehalten werden, dass in Immobilienleasingverträgen auch bezüglich der Gefahrtragung und Haftung regelmässig vom Mietrecht abweichende Regelungen getroffen werden, welche bei Anwendung des Mietrechts nichtig wären.

2.3.4. Verzicht auf Verrechnung

Im Immobilienleasingvertrag wird die Verrechnungsmöglichkeit für gegenseitige Forderungen zwischen dem Leasingnehmer und dem Leasinggeber oft im Voraus ausgeschlossen. Damit soll erreicht werden, dass der Leasinggeber konstant mit dem Eingang des Leasingzinses rechnen kann. Gemäss Art. 265 OR können jedoch der Vermieter und der Mieter nicht im Voraus auf ihr Recht verzichten, Forderungen und Schulden aus dem Mietverhältnis zu verrechnen. Die praktizierte Vereinbarung des Verrechnungsausschlusses im Immobilienleasingvertrag steht somit im Widerspruch zur genannten Mietrechtsbestimmung und wäre bei deren Anwendbarkeit nichtig.

3. Fazit

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen gibt es bis heute keinen höchstrichterlichen Entscheid zur Frage, ob und inwieweit die zwingenden Mietrechtsbestimmungen auf Immobilienleasingverträge anzuwenden sind. Es besteht daher für die Parteien beim Abschluss eines Immobilienleasingvertrages eine erhebliche Rechtsunsicherheit, da sie im Immobilienleasingvertrag regelmässig in entscheidenden Punkten gemäss übereinstimmenden Willen von den Bestimmungen des zwingenden Mietrechts abweichen. Dies deshalb, weil die zwingenden Bestimmungen des Mietrechts ihrem Geschäftsmodell in keiner Weise gerecht werden können. Die Anwendbarkeit der Mietrechtsbestimmungen hätte zur Folge, dass entweder der gesamte Leasingvertrag zufolge Nichtigkeit dahinfallen würde oder aber zumindest einzelne für die Parteien beim Abschluss des Vertrages entscheidende Bestimmungen, wie etwa diejenige über die Anbindung des Leasingzinses an den Hypothekarzinssatz oder die Gefahrtragung durch den Leasingnehmer auf eine Art und

²⁶ D. Lachat/D. Stoll/A. Brunner, Mietrecht für die Praxis, 4. A., Zürich 2002, 439; SVIT-Kommentar (FN 18), Vorbem. zu Art. 258-259i OR, N 19.

²⁷ D. Lachat/D. Stoll/A. Brunner (FN 26), 439.

²⁸ M. Hess (FN 2), 35.



Weise zu modifizieren wären, dass sie schliesslich mit den zwingenden Bestimmungen des Mietrechts übereinstimmen würden. Das Problem einer solchen Anpassung wäre jedoch, dass das zwingende Mietrecht vor allem bezüglich der Festsetzung des Leasingzinses aber auch bezüglich der Gefahrtragung keine Lösung zulässt, die dem Willen der Parteien entsprechen könnte. Die Anwendbarkeit der zwingenden Mietrechtsbestimmungen auf den hier skizzierten Immobilienleasingvertrag hätte daher zur Folge, dass diese Finanzierungsform von grösseren gewerblichen Investitionsvorhaben nicht mehr realisiert werden könnte, obschon eine solche Finanzierung aufgrund seiner Vorteile (100-prozentige Fremdfinanzierung einer Baute und somit kein Liquiditätsverlust) vom Markt gerade in letzter Zeit vermehrt gefordert wird.

Aus diesen Überlegungen und vor allem vor dem Hintergrund, dass der dem Mietrecht zu Grunde liegende Gedanke des Schutzes der schwächeren Partei nicht auf den Immobilienleasingvertrag übertragen werden kann, dürfen die zwingenden Normen des Mietrechts nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf den Immobilienleasingvertrag angewandt werden. Zur Beseitigung der heute in dieser Frage bestehenden Rechtsunsicherheit wäre es daher wünschenswert, wenn diese Frage durch den Gesetzgeber oder mindestens durch die Rechtsprechung baldmöglichst im vorerwähnten Sinn geklärt würde.