

Prof. Dr. Ernst A. Kramer  
(Herausgeber)

# Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

Verlag Paul Haupt Bern • Stuttgart • Wien

# Inhaltsverzeichnis

## A. Einführungsreferat

### **Funktion, rechtliche Problematik und Zukunftsperspektiven der Innominatverträge**

*von Ernst A. Kramer, St. Gallen*

I.	Einleitung	23
II.	Der Tatbestand der Innominatverträge, ihre Funktionen	23
	1. Die Dynamik des modernen Vertragswesens	23
	2. Historischer Rückblick	26
	3. Die gesellschaftliche Funktion der modernen Vertragspraxis	28
III.	Die Problematik der Innominatverträge	30
	1. Justiziabilität	30
	2. Instrumentalität	34
	3. Politische Legitimität	36
	4. Zusammenfassung	37
IV.	Zukunftsperspektiven	37
	1. Zurück zum <i>numerus clausus</i> ?	37
	2. Der Leitbildcharakter des dispositiven Rechts	38
	3. Typologische Betrachtungsweise?	40
	4. Der Appell an den Gesetzgeber	42
V.	Schlusswort	44

## B. Leasing

### **Typologie der Leasingverträge**

*von Walter Lüem, Herrliberg*

I.	Einleitung	49
II.	Gemeinsamkeiten der unter der Bezeichnung "Leasing" vorkommenden Rechtsgeschäfte	50

1. Grundgedanken	50
2. Entwicklung des Leasing	50
3. Grundsätze des Leasing	52
III. Typologische Unterscheidung der Rechtsgeschäfte nach verschiedenen Klassifizierungsmerkmalen	53
1. Übersicht	53
2. Unterscheidung nach dem Aspekt der am Geschäft beteiligten Parteien	56
a) Direktes und indirektes Leasing	56
b) Juristische und natürliche Personen	57
3. Typologische Unterscheidung der Rechtsgeschäfte je nach Art des Vertragsgegenstandes	57
a) Unterscheidung nach objektiv sachenrechtlichen Merkmalen	57
b) Unterscheidung nach subjektiv funktionalen Merkmalen	58
aa) Investitionsgüterleasing	58
bb) Konsumgüterverträge	60
cc) Das Problem der Abgrenzung	62
4. Spezialbestand des Sale-and-lease-back-Verfahrens	64
IV. Zusammenfassung der sich in der Schweiz herausgebildeten Rechtsverkehrstypen	66
1. Mobilienleasingverträge	66
a) Investitionsgüterverträge	66
b) Konsumgüterverträge	67
2. Immobilienleasingverträge	68

## **Das Finanzierungs-Investitionsgüterleasing von Mobilien durch eine Leasinggesellschaft: Offene Fragen**

*von Bernd Stauder, Genf*

A. <i>Einführung</i>	71
B. <i>Der Leasingvertrag de lege lata</i>	76
I. Rechtsnatur	76
1) Zur Bedeutung der Fragestellung	76
2) Übersicht über die wesentlichen Auffassungen in der Doktrin	77
a) Veräusserungsvertragstheorien	77
b) Gebrauchsüberlassungstheorien	78
c) Kreditvertrag sui generis	78

II.	Abzahlungsrechtliche Problematik	80
	1) Zur Relevanz der Fragestellung	80
	2) Sozialschutzbedürfnis und Abzahlungsrecht	81
	3) Leasingvertrag und Art. 226m Abs. 1 OR	82
III.	Leasing und Kreditsicherheit	88
	1) Praxis und Fragestellung	88
	2) Investitionsgüterleasing und Eigentumsvorbehalt	89
	3) Investitionsgüterleasing und Faustpfandprinzip	90
	4) Zulässigkeit eines besitzlosen Leasing-Sicherungsrechts?	91
IV.	Ausgewählte Probleme der Vertragsgestaltung	92
	1) Leasingvertrag und AGB	93
	a) Einbeziehung und Auslegung	94
	b) Inhaltskontrolle	95
	aa) Die Bedeutung von Art. 8 UWG	95
	bb) Die Inhaltsschranken im Individualvertrag	96
	cc) Die Konkretisierung der Generalklausel des Art. 8 UWG	97
	dd) Entwicklung eines Leitbildes des Investitionsgüterleasing	98
	2) Vertragsentstehung	100
	3) Sachgewährleistung	103
	4) Zahlungsschwierigkeiten des Leasingnehmers	109
C.	<i>Ausblick: Der Leasingvertrag de lege ferenda</i>	111
I.	Hängige Gesetzesvorlagen	111
II.	Kodifikation des Leasingvertrages?	112
	1) Voll-Kodifikation	113
	2) Teil-Kodifikation	114

## **Leasing im grenzüberschreitenden Verkehr**

*von Carsten Thomas Ebenroth, Konstanz*

I.	Leasing im grenzüberschreitenden Verkehr	117
	1. Einleitung	117
	2. Double-dip-leasing	119
	3. Internationales Steuerrecht	121
II.	Internationalprivatrechtliche Aspekte des grenzüberschreitenden Leasing	124
	1. Das Statut des grenzüberschreitenden Leasingvertrages	124

a) Subjektive Anknüpfung	125
b) Objektive Anknüpfung	128
2. Das Statut der mit dem Leasing in Zusammenhang stehenden Rechtsbeziehungen	129
III. Aspekte der Sicherung des Währungsrisikos beim grenzüberschreitenden Leasing	131
IV. Aspekte der Forum-Wahl beim grenzüberschreitenden Leasing	135
V. Souveräne Schuldner im grenzüberschreitenden Leasing	140
VI. Rechtsvergleich	143
1. Vereinigte Staaten von Amerika	143
a) Leasingmodelle im US-amerikanischen Recht	143
(1) True Lease	144
aa) Direct Lease	147
bb) Leveraged Lease	147
(2) Safe Harbor Lease - Tax Benefit Transfer (TBT) Lease - Finance Lease	151
(3) Operating Leasing - Finance Leasing - Capital Leasing	152
aa) Operating Lease - Capital Lease	152
bb) Operating Lease - Finance Lease	154
(4) Conditional Säle Lease (Non-tax-oriented Lease)	155
b) Rechtliche Strukturen des Leasing im US-amerikanischen Recht	155
(1) Art. 2A Uniform Commercial Code	155
(2) Consumer Credit Protection	160
(3) Wettbewerbsrecht	161
2. England	162
a) Rechtliche Strukturen des Leasing im englischen Raum	162
b) Steuerrechtliche Behandlung des Leasing im englischen Recht	166
3. Frankreich	169
a) Rechtliche Strukturen des Leasing im französischen Recht	169
b) Steuerrechtliche Behandlung des Leasing im französischen Recht	175
4. Bundesrepublik Deutschland	177
a) Rechtliche Strukturen des Leasing im deutschen Recht	177
b) Steuerrechtliche Behandlung des Leasing im deutschen Recht	182
5. Österreich	186
a) Rechtliche Strukturen des Leasing im österreichischen Recht	187
b) Steuerrechtliche Behandlung des Leasing im österreichischen Recht	191

<b>VII. Rechtsvereinheitlichung: UNIDROIT Convention on International Financial Leasing</b>	192
1. Anwendungsbereich der Konvention	194
2. Rechte und Pflichten der beteiligten Parteien	195
a) Verhältnis zwischen dem Leasinggeber und dem Lieferanten	195
b) Verhältnis zwischen dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer	196
(1) Änderung des Liefervertrages	196
(2) Leistungsstörungen	196
(3) Sachmängelhaftung	199
(4) Rechtsmängelhaftung	199
(5) Erhaltung des Leasinggegenstandes	200
(6) Zufälliger Untergang des Leasinggegenstandes	200
(7) Verletzung vertraglicher Pflichten durch den Leasingnehmer	201
(8) Übertragung von Ansprüchen aus dem Leasingvertrag und Rechten am Leasinggegenstand	203
c) Verhältnis zwischen dem Leasingnehmer und dem Lieferanten	204
d) Verhältnis zwischen dem Leasinggeber und Dritten	205
VII. Resümee und Ausblick	207
Anhang: UNIDROIT Convention on International Financial Leasing	218

## **Steuerrechtliche Aspekte des Leasing von Investitionsgütern**

*von Peter Spori, Bern*

<b>I. Vorbemerkungen</b>	239
<b>II. Steuerrechtliche Grundlegung und steuerrechtliche Aspekte des Mobilien-Operating-Leasing</b>	240
1. Begriffliches	240
2. Zivilrecht	241
3. Buchmässige Behandlung des Leasing	241
4. Wirtschaftliche Würdigung des Leasing	242
5. Ertragssteuerrechtliche Behandlung des Leasing	242
6. Warenumsatzsteuerliche Behandlung des Leasing	245
7. Grenzüberschreitendes Leasing	246
<b>III. Steuerrechtliche Aspekte des Mobilien-Finanz-Leasing</b>	249
1. Begriffliches	249

2. Zivilrecht	250
3. Buchmässige Behandlung	251
4. Ertragssteuerliche Würdigung	251
IV. Steuerrechtliche Aspekte des Immobilien-Finanz-Leasing	257
1. Begriffliches	257
2. Zivilrecht	257
3. Buchmässige Behandlung	258
4. Ertrags steuerliche Behandlung	258
V. Schlussbemerkungen	262

## **Bilanzrechtliche Aspekte des Leasing**

*von Martin Imbach, Solothurn*

I. Einleitende Bemerkungen	263
II. Die Bedeutung der Bilanzierung von Leasingverbindlichkeiten	263
III. Bilanzierung nach schweizerischem Recht	265
1. Allgemeines	265
2. Fälle, in denen bilanziert werden muss	265
3. Fälle, in denen nicht bilanziert wird oder werden darf	266
4. Fälle, in denen bilanziert werden darf oder soll	266
IV. Buchführung bei Leasingverträgen	267
1. Der Leasingvertrag wird bilanziert	267
2. Der Leasingvertrag wird nicht bilanziert	267
3. Praktisches Beispiel	268
4. Verfallene Leasingraten	269
5. Abschlussgebühren	269
V. Seitenblick ins Ausland	
1. EG-Bilanzrichtlinie	
2. Das deutsche Bilanzrichtliniengesetz	
3. US-amerikanische Vorschriften	
4. Vergleich	
VI. Zusammenfassung	

## C. Factoring

### **Die wirtschaftliche Funktionsweise des Factoring**

*von Kurt F. Schaer, Zürich*

I. Einleitung: Wesentliche Grundelemente des Factoring	275
II. Der Factoringvertrag	276
III. Die wirtschaftliche Funktionsweise des Inlandfactoring	277
IV. Das Exportfactoring	278
V. Übernahme des Delcredererisikos	280
VI. Die Finanzierung	282
VII. Andere Formen des Factoring	284
VIII. Die Kosten des Factoring	285
IX. Abschliessende Bemerkungen zur Rechtslage	287

### **Die Behandlung des Factoringvertrages im schweizerischen Recht**

*von Heinz Rey, Zürich*

I. Vorbemerkungen	289
1. Entstehung und Entwicklung des Factoring im Kurzüberblick	289
2. Zur Terminologie	290
II. Der aktuelle Grundtypus des Factoringvertrages in der Schweiz	290
1. Grundfunktionen	290
a) Dienstleistungsfunktion	291
b) Finanzierungsfunktion	292
2. Das Delcredererisiko	292
3. Domestic-Factoring und Import-Export-Factoring	295
III. Zur rechtlichen Qualifikation des Factoringvertrages	295
1. Der Factoringvertrag als gemischt-typischer Vertrag	295
a) Nominalelemente	296
b) Innominalelemente	2%
aa) Die Verteilung des Bonitätsrisikos	2%



bb) Das Dauerschuldverhältnis	297
2. Auslegung und Ergänzung des Factoringvertrages	298
IV. Beendigung des Factoringvertrages	299
1. Problematik	299
2. Lösungsansätze	300
V. Die Zessionsproblematik im besonderen	303
1. Zur Abtretung künftiger Forderungen in Factoringverträgen	303
2. Globalzession und Konkurs	306
a) Konkurs des Klienten als Zedent	306
b) Konkurs des Faktors als Zessionar	309
IV. Aspekte der internationalen Vereinheitlichung des Factoring	310
1. Zielrichtung, Anwendungsbereich und Schwerpunkt des UNIDROIT-Übereinkommens über das internationale Factoring	310
2. Zwei bedeutende Einzelbestimmungen	311
a) Die Bestimmung über die Wirksamkeit einer Abtretung trotz Zessionsverbot	311
b) Die Bestimmung über den verlängerten Eigentumsvorbehalt	313
Anhang: UNIDROIT Convention on International Factoring	315

## D. Franchising

### **Die Funktionsweise des Franchising im Gastgewerbe und in der Hotellerie**

*von Mario Wang, Zürich/Wädenswil*

- I. Vorbemerkungen
- II. Grundlagen
  1. Das Betriebssystem als zentrales Element des Franchising
  2. Die rechtliche Positionierung des Franchisevertrages
  3. Abgrenzung zu anderen Formen der Absatzmittlung und Markterschliessung; Entwicklungstendenzen
- III. Zum Inhalt der Franchiseverträge
  1. Präambel
  2. Vertragsgegenstand

3. Entgelt	347
4. Die einzelnen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien	348
a) Pflichten des Franchisegebers	349
b) Pflichten des Franchisenehmers	350
5. Das Betriebssystem	351
6. Die Errichtung des Franchisebetriebes	352
7. Der Beschaffungsbereich	353
8. Konkurrenzklausel	354
9. Das Verhältnis unter den Vertragsparteien	354
10. Dauer und Beendigung	354
11. Auseinandersetzung bei Vertragsende	356
12. Übertragbarkeit der Franchise:	
Wechsel unter den Vertragsparteien	357
13. Anwendbares Recht	358
IV. Sonderfragen	358

**Die Behandlung des Franchisevertrages  
im schweizerischen und im europäischen Recht**

*von Carl Baudenbacher, St. Gallen*

<b>I.</b> Rechtstatsachen	365
1. Franchising als moderne Absatzmethode	365
2. Historische Entwicklung	366
3. Formen	368
4. Verbreitung	369
5. Wirtschaftliche Bedeutung	370
<b>II.</b> Verkehrstypus	371
<b>in.</b> Rechtsnatur des Franchisevertrags	373
1. Allgemeine Bemerkungen	373
2. Zuordnung zu älteren Vertragstypen	373
3. Fazit	375
<b>IV.</b> Rechtsanwendung	375
1. Allgemeine Bemerkungen	375
2. Entstehung	377
3. Inhalt	377
4. Beendigung	379
a) Vertragliche Regelungen	379

b) Ordentliche Beendigung	379
c) Ausserordentliche Beendigung	380
d) Nachvertragliches Konkurrenzverbot	380
e) Kundschaftsentschädigungsanspruch des Franchisenehmers	381
f) Investitionsschutz	383
5. Besondere Probleme	384
a) Vertragsgerechtigkeit	384
b) Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Normen?	385
c) Kollisionsrechtliche Anknüpfung	387
d) Aspekte des schweizerischen Kartellrechts	389
V. Europäisches Recht	391
1. Vorbemerkungen	391
2. Der Fall Pronuptia de Paris	391
3. Entscheidungspraxis der Kommission	393
4. Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 4087/88 über Franchisevereinbarungen	394
a) Übersicht	394
b) Einzelregelungen	394
aa) Präambel	394
bb) Gegenstand der Freistellung	395
cc) Freigestellte Klauseln	395
dd) Bedingt freigestellte Klauseln	397
ee) Voraussetzungen der Freistellung	398
ff) Widerspruchsverfahren und Missbrauchsaufsicht	399
5. Spürbarkeit	399
6. Zur Relevanz des Europakartellrechts für schweizerische Unternehmen	400
IV. Zur Gestaltung von Franchiseverträgen	401
1. Allgemeine Bemerkungen zum Verfahren	401
2. Wichtige Klauseln in Franchise verträgen	402
3. Zur Rolle des Vertragsgestalters in einer auf Privatautonomie gründenden Rechts- und Wirtschaftsordnung	403
Anhang: Verordnung (EWG) Nr. 4087/88 der Kommission vom 30. November 1988 (Gruppenfreistellung für Franchisevereinbarungen)	408
Angaben zu den Verfassern	421
Sachwortregister	423