

fähigkeit, weil man idR nicht annehmen darf, daß der Schuldner die gerichtliche Zahlungsvollstreckung ohne Not an sich herankommen läßt.

Zum Teil gewährt die Jud Beweiserleichterungen: In der unveröffentlichten E vom 29. 5. 1980, 7 Ob 591/80 hat der OGH der beklagten Partei, die einen Konkursantrag eingebracht hat, die Behauptungs- und Beweislast übertragen, daß die aufgestellten Behauptungen hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit wider besseren Wissens mißbräuchlich erfolgt sind. In der Lehre vertrat *Burgstaller*<sup>42)</sup> etwa auch die Ansicht, es spreche prima facie für das Vorliegen der Benachteiligungsabsicht, wenn der Schuldner nachweislich eine inkongruente Deckung im Bewußtsein vornimmt, daß dadurch andere Gläubiger benachteiligt werden. Eine Beweislastverschiebung zugunsten des Masseverwalters und zum Nachteil der Bank erblickte *Schumacher*<sup>43)</sup> in einer Verletzung des § 15 Abs 5 KWG aF, in dem die Pflicht des Kreditunternehmens normiert war, bei Einräumung eines Großkredites vom Kunden die Offenlegung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse zu verlangen. Der Masseverwalter müsse lediglich die Übertretung dieser Bestimmung nachweisen und wäre hiermit der Beweislast der subjektiven Tatseite des Anfechtungsgegners nachgekommen.

Meines Erachtens stellt der Anscheinsbeweis ein taugliches Mittel dar, um nicht nur dem Geschädigten im Schadenersatzprozeß die teilweise schwierige Beweisführung zu erleichtern, sondern auch dem Masseverwalter im Anfechtungsprozeß den kaum zu erbringenden Nachweis der Kenntnis dieser Merkmale durch den Anfechtungsgegner zu ermöglichen.

Ein begründeter Konkursantrag durch den Anfechtungsgegner selbst, das Anbot des Schuldners eines gerichtlichen oder außergerichtlichen Ausgleiches sowie die Kenntnis des Anfechtungsgegners von einer Mehrzahl von Exekutionen sind Tatsachen, aufgrund derer notwendig der Schluß gezogen werden muß, daß sich der Schuldner bereits in derartigen Zahlungsschwierigkeiten

befindet, die typischerweise auf dessen Insolvenz hinweisen. Als Abgrenzung zu einer bloßen Zahlungsstockung eignet sich die OGH-E vom 19. 7. 1988 WBI 1988, 431, nach der ausnahmsweise nur Zahlungsstockung anzunehmen ist, wenn die betriebenen Forderungen gering sind, die Verkaufsverfahren vor dem Verkauf durch Bezahlung oder Abschluß von Ratenvereinbarungen eingestellt wurden und der Schuldner schon früher häufig Exekutionen ausgesetzt war, ohne zahlungsunfähig zu sein.

Hat der Anfechtungsgegner Zahlung erhalten, nachdem er in einem Konkursantrag die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hinreichend begründet hat, so hat der Masseverwalter prima facie den Beweis der Kenntnis dieser Krise durch den Anfechtungsgegner erbracht, wenn er dem Gericht diesen Antrag vorlegt. Seiner Beweispflicht hat der Masseverwalter auch entsprochen, wenn er Beweise, etwa Urkunden, vorlegt, in denen der spätere Gemeinschuldner unter anderem auch dem Anfechtungsgegner mangels liquider Mittel einen außergerichtlichen oder gerichtlichen Ausgleichsvorschlag unterbreitet. Da es ein Schuldner in der Regel nicht freiwillig zu einer Mehrzahl von Exekutionen kommen läßt, sondern der Normalfall der ist, daß er einfach nicht nur vorübergehend nicht in der Lage ist, seine Schulden rechtzeitig begleichen zu können, muß der Kenntnis dieser Exekutionen die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gleichgesetzt werden. Der Masseverwalter hat nur den Nachweis der Kenntnis der Exekutionen durch den Anfechtungsgegner zu erbringen, etwa durch Vorlage von Exekutionsbeschlüssen, aus denen diverse betreibende Gläubiger ersichtlich sind.

Da Zahlungen des Schuldners in der Krise aufgrund des oben aufgezeigten Verständnisses von Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht typischerweise in Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht erfolgen, ist sohin durch den Prima-Facie-Beweis der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit auch notwendig der Prima-Facie-Beweis der Kenntnis der Begünstigungs- und Benachteiligungsabsicht erbracht.

Der Autor:

Dr. Christian Bachmann, Rechtsanwalt in Wien

<sup>42)</sup> *Burgstaller*, ÖJZ 1979, 151.

<sup>43)</sup> *Schumacher*, ÖJZ 1981, 36; ablehnend jedoch *Hoyer*, Zu den Anfechtungstatbeständen des § 31 Abs 1 Z 2 KO, ÖJZ 1982, 376 (382).

## Der Leasingvertrag im Konkurs des Leasingnehmers Anmerkungen zu OGH 26. 4. 1995, 3 Ob 532/95\*)

Von Dr. Reinhard Schanda

*Der OGH äußert sich im besprochenen Urteil erstmals zu der Frage, ob ein Finanzierungsleasingvertrag im Konkurs des Leasingnehmers nach den Regeln für Bestandverträge (§ 23 KO) oder jenen für beidseitig nicht vollständig erfüllte zweiseitige Rechtsgeschäfte im allgemeinen (§ 21 KO) zu behandeln ist. Der OGH entscheidet sich für die Anwendung des § 23 KO mit dem Ergebnis, daß die Leasingraten ab Konkurseröffnung mangels einer Kündigung des Masseverwalters Masseforderungen bilden.*

### 1. Ausgangslage

Nach § 21 Abs 1 KO kann der Masseverwalter einen zweiseitigen Vertrag, der von beiden Seiten zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht vollständig erfüllt worden ist, entweder erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten<sup>1)</sup>. Tritt er

\*) ZIK 1995, 184 = JBl 1995, 727 = ecoclex 1995, 633.

<sup>1)</sup> Eine diesbezügliche Erklärung des Masseverwalters kann von ihm nicht mehr widerrufen werden, vgl EvBl 1989/62. Zur Wirkung des Rücktritts nach § 21 KO vgl *Pitkowitz*, ÖJZ 1990, 677 und *Hock sen*, ÖJZ 1991, 297.

zurück, kann der Gläubiger den Ersatz des ihm verursachten Schadens verlangen<sup>2)</sup>, dies gem § 21 Abs 2 KO jedoch nur als (praktisch wertlose) Konkursforderung.

Nur wenn der Masseverwalter ausdrücklich in den Vertrag eintritt, kann der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch gem § 46 Abs 1 Z 4 iVm § 21 KO als Masseforderung begehren<sup>3)</sup>. Gibt der Masseverwalter keine Erklärung ab, besteht kein Anspruch gegen die Masse<sup>4)</sup>.

All dies gilt bei Verträgen über teilbare Leistungen gem § 21 Abs 4 KO nur für die bei Konkurseröffnung noch nicht erfüllten Teilleistungen. Die schon erfüllten Teilleistungen werden nur mit der Konkursquote erfüllt<sup>5)</sup>.

Leasingverträge sind nun zweifellos zweiseitige Verträge. Unter der weiteren Prämisse, daß die in Erfüllung des Vertrages erbrachten Leistungen (auf Seiten des Leasinggebers in zeitlicher Hinsicht) teilbar<sup>6)</sup> sind, und der Konkurs während der Vertragslaufzeit eröffnet wird, der Vertrag also von beiden Seiten zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht vollständig erfüllt wurde, ist auf einen solchen Vertrag prima vista § 21 KO anzuwenden. Dies würde dazu führen, daß die nach Konkurseröffnung anfallenden Leasingraten nur dann als Masseforderungen verlangt werden können, wenn der Masseverwalter ausdrücklich in den Vertrag eintritt.

Anders die Regelung der KO für Bestandverträge: Hat der Gemeinschuldner eine Sache in Bestand genommen, so kann der Masseverwalter (ebenso wie auch der Bestandgeber) gem § 23 KO den Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen oder der vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist kündigen. Mangels einer solchen Kündigung wird das Bestandverhältnis ipso iure mit der Masse fortgesetzt<sup>7)</sup>.

Auch hier wird das Vertragsverhältnis also (in zeitlicher Hinsicht) geteilt: Die allenfalls rückständigen Bestandzinsforderungen für den Zeitraum vor Konkurseröffnung unterliegen der Quote. Der Bestandzins ab dem Tag der Konkurseröffnung bildet jedoch auch ohne ausdrücklichen Eintritt, also auch bei bloßem Schweigen des Masseverwalters, eine Masseforderung<sup>8)</sup>.

Eine Behandlung des Leasingvertrages als Bestandvertrag iSd § 23 KO würde daher dazu führen, daß die nach

Konkurseröffnung anfallenden Leasingraten auch dann als Masseforderungen verlangt werden können, wenn der Masseverwalter keine Erklärung abgibt.

## 2. Begründung des OGH in ZIK 1995, 184

Im konkret vom OGH entschiedenen Fall wurde vom Masseverwalter keine Erklärung abgegeben, sodaß der OGH zwischen den beiden dargestellten Regelungen zu wählen hatte<sup>9)</sup>. Da die Frage nach dem weiteren Schicksal des Finanzierungsleasingvertrages im Konkurs des Leasingnehmers – laut eigener Begründung des OGH – bisher in dessen Judikatur nicht behandelt wurde, analysiert die Entscheidung auch die deutsche Judikatur und Literatur zu dieser Frage.

In Deutschland vertreten der BGH<sup>10)</sup> und die hM<sup>11)</sup> die Auffassung, daß Leasingverträge, und zwar nicht nur Operating-, sondern auch Finanzierungsleasingverträge idR dem Regime des § 19 dKO<sup>12)</sup> (entspricht § 23 KO), und nicht jenem des § 17 dKO<sup>13)</sup> (entspricht § 21 KO) zu unterwerfen sind.

*Jaeger/Henckel*<sup>14)</sup> geben hierfür folgende Begründung<sup>15)</sup>: „Ist das Wirtschaftsgut dem Leasingnehmer bei Konkurseröffnung bereits überlassen, so erfüllt sich der Vertrag von Seiten des Leasinggebers von selbst. Anders als beim Kaufvertrag, auf den § 17 Anwendung findet, kann der Leasinggeber seine Leistung nicht zurückbehalten, um seinen Anspruch auf die Gegenleistung zu sichern. Deshalb wäre es unangemessen, dem Konkursverwalter<sup>16)</sup>

<sup>2)</sup> Die Frage wurde bereits in EvBl 1983/166 aufgeworfen, blieb dort jedoch mangels Entscheidungsrelevanz unbeantwortet.

<sup>3)</sup> BGHZ 71/28 = WM 1978, 510 = NJW 1978, 1383 = BB 1978, 682 = DB 1978, 1334; WM 1984, 1217.

<sup>4)</sup> *Jaeger/Henckel*, KO<sup>9</sup>, § 19 Rz 17; *Kilger/K. Schmidt*, KO<sup>6</sup>, § 19 Anm 2; *Graf von Westphalen*, Der Leasingvertrag<sup>4</sup> 434; *ders*, Leasing und Konkurs, BB 1988, 218 (221); *Bauer/Siürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht II<sup>9</sup> 128; *Huber in Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, § 38 Rz 20 f; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO<sup>6</sup>, § 19 Rz 3a–3e; *Baumgarte*, Leasingverträge über bewegliche Sachen im Konkurs 60 ff; die hM referierend: *Fehl*, BB 1989, Beil 10, 28; aA *Canaris*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> Rz 1783; *Stoppok in Hagenmüller*, Leasing-Handbuch<sup>2</sup> 24; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht 350 ff.

<sup>5)</sup> Dieser lautet: „War dem Gemeinschuldner ein von ihm gemieteter oder gepachteter Gegenstand vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen, so kann sowohl der andere Teil als der Verwalter das Miet- oder Pachtverhältnis kündigen. Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche. Kündigt der Verwalter, so ist der andere Teil berechtigt, Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Vertrages entstehenden Schadens zu verlangen.“

<sup>6)</sup> Dieser lautet: „Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen.“

Der Verwalter muß auf Erfordern des anderen Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterläßt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.“

<sup>7)</sup> KO<sup>9</sup> § 19 Rz 17.

<sup>2)</sup> Zum Umfang dieser Schadenersatzansprüche des Leasinggebers vgl EvBl 1983/166.

<sup>3)</sup> Vgl SZ 58/190 zu einem Versicherungsvertrag; vgl auch SZ 49/36.

<sup>4)</sup> Der Masseverwalter kann lediglich gemäß § 21 Abs 2 KO vom Konkursgericht auf Antrag des Gläubigers aufgefordert werden, sich binnen einer gerichtlich bestimmten Frist zu erklären, widrigenfalls angenommen wird, daß der Masseverwalter vom Geschäft zurücktritt, wodurch dem Gläubiger jedoch lediglich die (praktisch wertlose) Konkursforderung entsteht.

<sup>5)</sup> Vgl dazu *Iro*, RdW 1985, 101.

<sup>6)</sup> Teilbar ist eine Leistung nach EvBl 1981/223 unter Berufung auf *Bartsch/Pollak*<sup>3</sup> Anm 29 zu § 20a AO, wenn sie sich in Teilleistungen zerlegen läßt, die von der Gesamtleistung nur in der Größe, nicht aber in der Beschaffenheit verschieden sind, so daß die Teilleistungen zusammen den Wert der ganzen Leistung ausmachen. Unteilbar sei eine Leistung hingegen dann, wenn die Einzelleistung für sich allein für den Leistungsempfänger nicht von Wert ist. Vgl zum Stromlieferungsvertrag: JBl 1966, 376.

<sup>7)</sup> SZ 49/109 = EvBl 1977/90 = MietSlg 28.711; MietSlg 29.742; MietSlg 34.891; MietSlg 37.852.

<sup>8)</sup> Vgl SZ 49/36.

<sup>9)</sup> Die anderen zitierten Autoren stützen sich nicht auf dieses Argument.

<sup>10)</sup> *Ie* in Österreich: dem Masseverwalter.

die Wahl zu belassen, ob der Vertrag mit der Konkursöffnung, wie es § 17 vorsieht, in einen einseitigen Schadenersatzanspruch des Leasinggebers umgewandelt bleiben oder erfüllt werden soll. Denn wenn der Konkursverwalter die Erfüllung ablehnt, wäre die Gebrauchsmöglichkeit, die bis zur Entscheidung des Konkursverwalters der Masse verblieben ist, vom Leasinggeber rechtsgrundlos gewährt. [...] Dies ist der entscheidende Gesichtspunkt für die Anwendung des § 19. Er will sicherstellen, daß derjenige, der dem Gemeinschuldner eine Sache vor Konkursöffnung zum Gebrauch überlassen hat, die volle vertragliche Gegenleistung bekommt, bis der Vertrag für die Zukunft durch Kündigung beendet wird.“

Der OGH hat sich in seiner nunmehrigen Entscheidung diesem auch von *Iro*<sup>17)</sup> referierten Argument angeschlossen. Die Gegenposition von *Canaris*<sup>18)</sup>, der wegen der kreditorischen Funktion des Finanzierungsleasing darlehensrechtliche Regeln anwenden will, wird vom OGH ausdrücklich mit der Begründung verworfen, daß „diese Ansicht das hiebei entscheidende Element, daß der Leasinggeber nach Überlassung des Gebrauchs seine Leistung nicht mehr zur Sicherung der periodischen Gegenleistung zurückbehalten kann, nicht entsprechend berücksichtige“.

Die Begründung des OGH erscheint prima vista überzeugend: § 21 Abs 1 KO hat offenbar den Fall vor Augen, daß der Gläubiger seine Leistung verweigern kann. Dies wäre beispielsweise beim Lieferanten eines Sukzessivlieferungsvertrages oder überhaupt beim Verkäufer einer noch nicht gelieferten Sache gegeben. Hier kann der Verkäufer seine Leistung zurückbehalten, solange nicht feststeht, daß der Masseverwalter in den Vertrag eintritt und die Kaufpreisschuld als Masseschuld erfüllt. § 21 KO gibt dem Verkäufer also die Möglichkeit, sich Klarheit zu verschaffen, ob die Masse bereit ist, den Vertrag zu erfüllen. Bis zu dieser Entscheidung des Masseverwalters ist er durch das Zug-um-Zug-Prinzip abgesichert.

Genau dieses Sicherungsmittel steht dem Leasinggeber, ebenso wie dem Bestandgeber, nicht zur Verfügung. Der Leasinggeber kann seine Leistung nicht zurückbehalten, da sich der Vertrag von seiten des Leasinggebers, ebenso wie der Bestandvertrag, durch den Zeitverlauf von selbst erfüllt.

Mit diesem Argument allein ist aber der Einwand von *Canaris*<sup>19)</sup>, der von der noch zu beurteilenden Prämisse ausgeht, der Finanzierungsleasingvertrag sei wie ein Darlehen<sup>20)</sup> zu behandeln, in Wahrheit nicht zu entkräften. Auch beim Darlehen hat der Darlehensgeber nämlich nicht die Möglichkeit, seine Leistung zurückzuhalten. Gerade die ohne Absicherung vor Konkursöffnung erbrachte Vorleistung des Gläubigers und das damit übernommene Bonitätsrisiko unterliegt ja der Konkurswirkung. Das mangelnde Zurückbehaltungsrecht allein kann daher die Anwendung des § 23 KO auf Leasingverträge nicht begründen.

<sup>17)</sup> *Iro*, RdW 1993, 177.

<sup>18)</sup> Bankvertragsrecht<sup>3</sup> Rz 1783.

<sup>19)</sup> Bankvertragsrecht<sup>3</sup> Rz 1783.

<sup>20)</sup> Gemeint ist Kauf auf Kredit.

Dies zeigt sich auch an folgender Überlegung: Der OGH deutet<sup>21)</sup> an, daß man einen Leasingvertrag, bei dem den Leasingnehmer die Pflicht zum Kauf des Leasingobjektes am Ende der Vertragslaufzeit trifft, oder die Ausübung einer Kaufoption wirtschaftlich unvernünftig ist, wie einen Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt behandeln müßte. Auch bei einem solchen Leasingvertrag wäre aber das oben referierte Argument der mangelnden Zurückhaltungsmöglichkeit zu. Auf dem Boden dieses Arguments läßt sich nicht erklären, warum bei einer solchen Vertragsgestaltung nun anderes gelten soll.

Dies läßt sich vielmehr nur dadurch erklären, daß ein solcher Leasingvertrag mit Kaufverpflichtung bei Würdigung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien eher als Kauf denn als Miete zu beurteilen ist. Eben diese Unterscheidung muß dann aber auch die Begründung für die Zuordnung jener Leasingverträge ohne Kaufverpflichtung zu den Mietverträgen iSd § 23 KO liefern. Mit anderen Worten: Man kommt nicht umhin, beim einzelnen Leasingvertrag zu prüfen, ob die Elemente des Kaufs oder jene der Miete überwiegen.

### 3. Zur Rechtsnatur des Finanzierungsleasing

Die Beurteilung der Rechtsnatur des Finanzierungsleasing in dessen verschiedenen Ausprägungsformen war bereits Gegenstand umfassender Analysen<sup>22)</sup>, deren Begründungen den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würden. Es seien daher lediglich deren Ergebnisse referiert:

*Krejci*<sup>23)</sup> gelangt zum Ergebnis, daß Leasingverträge typischerweise Dauerschuldverhältnisse sind. Er weist darauf hin<sup>24)</sup>, daß es dem Finanzierungsleasing üblicherweise an der für den Kauf notwendigen Verpflichtung fehlt, das Eigentum an der gekauften Sache zu verschaffen. Daran ändere auch eine Kaufoption nichts, denn das Recht, in Zukunft ein Kaufrecht ausüben zu können, sei mit einem bereits vereinbarten Recht auf Eigentumsübertragung nicht gleichzusetzen<sup>25)</sup>. Nur wenn das Leasinggut nach Ablauf der Leasingzeit sofort in das uneingeschränkte Eigentum des Leasingnehmers übergeht und der Leasingnehmer schon vorweg aufgrund des Leasingvertrages ein Anwartschaftsrecht auf das Eigentum erhält, sei der Vertrag als Kauf unter Eigentumsvorbehalt zu beurteilen<sup>26)</sup>. Von solchen Verträgen abgesehen seien Finanzierungsleasingverträge als zwar atypische, aber dennoch als Mietverträge zu qualifizieren<sup>27)</sup>.

*Fischer-Czermak* analysiert<sup>28)</sup> – ausgehend von dem Zwischenergebnis, daß von den gesetzlichen Vertragstypen, denen der Leasingvertrag entsprechen könnte, nur

<sup>21)</sup> Unter Berufung auf *Iro*, RdW, 1993, 177.

<sup>22)</sup> Vgl insb *Nitsche*, Zur Rechtsnatur des Leasing, ÖJZ 1974, 29; *Krejci* in *Egger/Krejci*, Das Leasinggeschäft (1987) 1 ff; zuletzt bes instruktiv: *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing (1995).

<sup>23)</sup> In *Egger/Krejci*, Das Leasinggeschäft 53.

<sup>24)</sup> In *Egger/Krejci*, Das Leasinggeschäft 64.

<sup>25)</sup> In *Egger/Krejci*, Das Leasinggeschäft 65 f.

<sup>26)</sup> In *Egger/Krejci*, Das Leasinggeschäft 66.

<sup>27)</sup> In *Egger/Krejci*, Das Leasinggeschäft 82 ff.

<sup>28)</sup> Mobilienleasing 118 ff.

Miete und Kauf in Frage kommen<sup>29)</sup> – alle in der Praxis vorkommenden Vertragsgestaltungen<sup>30)</sup> einzeln auf ihre Zuordnung zu den gesetzlichen Vertragstypen. Sie gelangt dabei zu dem Ergebnis, daß es für die Zuordnung von entscheidender Bedeutung sei, welche Vereinbarungen die Parteien für das Ende der Vertragszeit getroffen haben, weil davon abhängt, ob der für den Kauf notwendige Eigentumserwerb des Leasingnehmers beabsichtigt ist<sup>31)</sup>.

Danach seien Verträge, die den Leasingnehmer zur Rückgabe des Leasingobjekts nach Vertragsablauf verpflichten, Mietverträge, und zwar auch dann, wenn der Leasingnehmer das Restwertisiko trägt<sup>32)</sup>. Ein Mietvertrag liege auch dann vor, wenn der Leasingnehmer eine Kaufoption zum Verkehrswert habe. Diese hänge nämlich nur äußerlich mit dem Leasingvertrag zusammen, weil der Eigentumserwerb nicht durch die Leasingraten abgegolten wird<sup>33)</sup>. Dasselbe gelte auch für den Vertrag

mit Verlängerungsoption und für den Vertrag mit Andienungsrecht des Leasinggebers<sup>34)</sup>.

#### 4. Ergebnis

Mit den dargelegten Analysen gelangt man also zu dem Ergebnis, daß die häufigsten Gestaltungsformen des Finanzierungsleasing als Mietverträge zu qualifizieren sind<sup>35)</sup>. Eben diese Zuordnung (und nicht das Argument mangelnder Zurückbehaltungsmöglichkeit) muß dazu führen, auf einen solchen Vertrag auch die Regeln des § 23 KO über Bestandverträge, und nicht jene des § 21 KO anzuwenden<sup>36)</sup>.

Der Autor:

Dr. Reinhard Schanda ist Rechtsanwaltsanwärter in Wien.

<sup>29)</sup> Mobilienleasing 117.

<sup>30)</sup> Nämlich Vollamortisationsverträge mit 1. Eigentumserwerb mit Zahlung der letzten Leasingrate, 2. Rückgabe des Leasingobjektes, 3. Kaufoption zu einem Anerkennungsbetrag, 4. Kaufoption zum Verkehrswert, 5. Vertragsdauer bis zur Wertlosigkeit, 6. Verlängerungsoption, sowie Teilamortisationsverträge mit 1. Rückgabe des Leasingobjektes, 2. Kaufoption zum Restwert, 3. Verlängerungsoption auf Basis des Restwertes, 4. Andienungsrecht des Leasinggebers, 5. Aufteilung des Mehrerlöses, 6. Null-Leasing.

<sup>31)</sup> Mobilienleasing 161.

<sup>32)</sup> Mobilienleasing 163 f.

<sup>33)</sup> Mobilienleasing 164.

<sup>34)</sup> Mobilienleasing 164.

<sup>35)</sup> Zu beachten ist auch, daß Leasingverträge idR eine steuerliche Anerkennung iSd Abschn 4 der EStR 1984 anstreben. Diese steuerliche Anerkennung, die impliziert, daß das Leasingobjekt dem Vermögen des Leasinggebers zugerechnet wird, läuft weitgehend parallel mit den Merkmalen, die den Vertrag als Miete, und nicht als Kauf erscheinen lassen. Verträge, die die Anforderungen für die steuerliche Anerkennung erfüllen, sind daher zugleich regelmäßig als Mietverträge zu beurteilen (vgl dazu auch Fischer-Czermak, Mobilienleasing 166).

<sup>36)</sup> Lediglich angemerkt sei hier noch, daß sich dieselbe Frage auch für andere in der KO nicht ausdrücklich geregelte Verträge stellt. Insbesondere bei Patent- und Markenlizenzverträgen sowie bei urheberrechtlichen Werknutzungsrechten und -bewilligungen ist die Problematik wohl ähnlich.

## Die GmbH und das Amtslöschungsgesetz

Von Günter Santner

*Obwohl im Zuge der Schaffung des Firmenbuchgesetzes mit dem BGBl 1991/10 auch eine weitgehende Rechtsbereinigung erfolgte, blieb das Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Oktober 1934, RGBl I 914, weiterhin in Kraft. Begründet wurde dies von den Vertretern des BMJ damit, daß die Löschung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung wegen Vermögenslosigkeit eine Reihe von Problemen für die Vollziehung aufwerfe, die es ratsam erscheinen ließen, eine Neufassung des materiellen Inhaltes des AmtsLG erst nach eingehender Begutachtung und Überlegung vorzunehmen<sup>1)</sup>.*

*Ungeachtet der vorhandenen und im folgenden aufgezeigten Probleme, dürfte eine diesbezügliche Gesetzesänderung wohl in weiter Ferne liegen.*

### 1. Allgemeines

Wie schnell dieses auch in der BRD noch in Geltung befindliche Gesetz neue Bedeutung erlangen könnte, zeigt der Umstand, daß im Zuge der Durchsetzung des deutschen Bilanzrichtliniengesetzes 1985, welches für kleine und mittlere GmbH die Einreichung von Bilanz und Anhang beim Handelsgericht vorschreibt, als Zwangsmittel auch die Anwendung des Gesetzes vom 9. Oktober 1934 über die amtswegige Auflösung und Löschung von Gesellschaften wegen Vermögenslosigkeit erwogen wird<sup>2)</sup>.

Im Zeitraum vom 1. 1. 1993 bis zum 31. 12. 1994 wurden in Österreich von den Firmenbuchgerichten ca 2.700 GmbH gem § 2 AmtsLG und ca 1.700 GmbH nach förmlicher Beendigung der Liquidation im Firmenbuch gelöscht.

Unter den von Amts wegen (nach § 2 AmtsLG) gelöschten Gesellschaften dürften vor allem auch jene zu finden sein, die bereits infolge Abweisung eines Konkurs-

<sup>1)</sup> Graff, RdW 1991, 7.

<sup>2)</sup> Urlsberger, Neues vom europäischen Gemeinschaftsrecht, WB1 1991, 160.