

Eine gewichtige Lücke im schweizerischen Recht der Eisenbahnfinanzierung

Stephan Erbe und Dr. Christian Hochstrasser, Basel*

I. Einführung

Ein kürzlich erschienener Bericht der Unternehmensberatung Roland Berger zeigte auf, dass die Investitionen des privaten Sektors in Eisenbahn-Rollmaterial, insbesondere im Frachtbereich, in ganz Europa zunehmen.¹ Auch in der Schweiz, wo dem Eisenbahnsektor traditionell eine wichtige Rolle zukommt, ist der Bedarf an privaten Finanzierungen im Eisenbahnsektor hoch. Trotz dieser bekannten Ausgangslage hat es der schweizerische Gesetzgeber, insbesondere im Hinblick auf die Sicherungsrechte, versäumt, taugliche Rahmenbedingungen bereit zu stellen. Damit nimmt der Gesetzgeber in Kauf, dass Finanzierungen von Eisenbahn-Rollmaterial komplexer und somit auch teurer werden. Abhilfe wäre leicht, doch fehlt es offenbar an politischem Willen.

Dieser Beitrag soll eine kurze Übersicht über die Situation geben und aufzeigen, wie leicht das Problem zu beheben wäre.

II. Das Faustpfandprinzip nach Art. 884 ZGB

Im Fahrnispfandrecht gilt in der Schweiz das Publizitätsprinzip: Ein Fahrnispfandrecht soll, da es als Pfandrecht gegenüber jedermann gilt, äusserlich erkennbar sein.² Bei Fahrnis wird diese Publizität im Regelfall durch Besitzübertragung hergestellt. Der Pfandschuldner soll nicht im Besitz der Sache bleiben, da der Besitz einer Sache auch Eigentum an dieser Sache suggeriert und so bei der Allgemeinheit ein falscher Eindruck über die Kreditwürdigkeit des Besitzers entstehen könnte.³ Zudem soll dem Schuldner die Möglichkeit genommen werden, weiter über die Sache zu verfügen.⁴ Neben dem Schutz der Allgemeinheit dient das Publizitätsprinzip somit auch dem Schutz des Pfandgläubigers.

Das Publizitätsprinzip wird in Art. 884 Abs. 1 ZGB konkretisiert: »Fahrnis kann, wo das Gesetz keine Ausnahme macht, nur dadurch verpfändet werden, dass dem Pfandgläubiger der Besitz an der Pfandsache übertragen wird«. Abs. 3 der gleichen Bestimmung hält sodann fest: »Das Pfandrecht ist nicht begründet, solange der Verpfänder die ausschliessliche Gewalt über die Sache behält«. Damit wird zwar nicht verlangt, dass der Pfandgläubiger den ausschliesslichen Besitz erlangt, doch setzt Art. 884 ZGB immerhin voraus, dass es dem Pfandschuldner nicht mehr möglich sein darf, selbständig, unter Ausschluss des Pfandgläubigers körperlich über die Pfandsache zu verfügen.⁵ Als ausreichend wurde es bspw. angesehen, wenn ein Raum zwei Schlösser hat, und Pfandgläubiger und -schuldner nur gemeinsam Zutritt erlangen können⁶ oder wenn verpfändete Maschinen zwar in den Räumlichkeiten des Pfandschuldners verbleiben, diese aber so schwer sind, dass ein einfaches wegbringen nicht möglich ist und diese zudem eingezäunt und mit einem Vorhängeschloss gesichert und die Verpfändung durch Beschriftungen angezeigt wird.⁷ Nie ausreichend ist hingegen eine offene Pfandlage, d.h. eine Situation wo die Pfandsache theoretisch der Besitznahme durch Drittpersonen ausgesetzt ist. Auch das Anbringen von Pfandzeichen begründet in einem solchen Fall keinen ausreichenden Pfandbesitz.⁸

In der Praxis der Rollmaterial-Finanzierungen ist es typischerweise entweder das Eisenbahnverkehrsunternehmen (hiernach **EVU**) selber, das eine Finanzierung für sein Rollmaterial benötigt oder ein finanzierendes Institut, das eine Sicherheit für seine Refinanzierung benötigt. Als Betreiber des Eisenbahnunternehmens ist das EVU dabei Besitzer des Rollmaterials und muss selbstredend auch jederzeitigen und uneingeschränkten Zugang zu seinem Rollmaterial haben. Es ist nicht denkbar, den Besitz so zu gestalten, dass das EVU nur gemeinsam mit dem finanzierenden Institut Zugang zum Rollmaterial hat. Eine direkte Verpfändung von Rollmaterial durch ein EVU an ein finanzierendes Institut scheidet deshalb an Art. 884 ZGB. Das Anbringen von Markierungen oder Beschilderungen, welche auf das Pfandverhältnis hinweisen, ändert nichts an dieser Ausgangslage, da eine Beschilderung oder Beschriftung des Rollmaterials keinen ausreichenden Pfandbesitz verschafft.⁹

III. Die Mobiliarhypothek als Ausnahme

Art. 884 ZGB hält fest, dass das Faustpfandprinzip dort durchbrochen wird, wo das Gesetz eine Ausnahme vorsieht. Dies trifft in jenen Fällen zu, in denen die mit dem Besitz verbundene Publizität durch einen Registereintrag ersetzt wird, dem per Gesetz die entsprechende Wirkung zukommt. In diesen Fällen können also bewegliche Sachen verpfändet werden, ohne dass der Besitz übertragen werden muss.

Neben der im ZGB selber vorgesehenen, eher unbedeutenden Viehverschreibung trifft dies auf die in der Praxis wichtigen Fälle der Schiffsverschreibung¹⁰ und der Luftfahrzeugverschreibung¹¹ zu. Für die Verpfändung von Luftfahrzeugen

* Rechtsanwälte, ThomannFischer (www.thomannfischer.ch), Basel; Stephan Erbe ist Mitglied der Rail Working Group (www.railworkinggroup.org).

1 Roland Berger, Private Financing of Rolling Stock, März 2017, abrufbar unter www.railworkinggroup.org.

2 Schmid/Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich 2012, § 33 N 1874.

3 BSK ZGB II-Bauer, N 8 zu Art. 884 ZGB.

4 Schmid/Hürlimann-Kaup, a.a.O. (Fn 1), § 33 N 1876.

5 BGE 89 II 314.

6 BGE 89 II 314, 319.

7 BGer 5A.315/2009 vom 13.08.2009.

8 BeK-Zobl, N 581 zu Art. 884.

9 Etwas missverständlich Kocher, Internationale Finanzierung von Rollmaterial der SBB mittels Leasing, Common Law Trust und Swap, recht 1995, S. 109, der anzudeuten scheint, dass die Beschilderung den guten Glauben Dritter zerstört. Massgeblich ist in der von ihm geschilderten Konstellation aber, dass die SBB nicht Eigentümer des Rollmaterials, sondern Pfandhalter war. Sofern die Voraussetzungen der Besitzanweisung gegeben sind und der Dritte benachrichtigt wurde, begründet solcher Besitz gültigen Faustpfandbesitz (BGE 132 III 155). Die Zerstörung des guten Glaubens durch eine Beschilderung ist jedoch nicht entscheidend.

10 Vgl. Art. 41 des Bundesgesetzes über das Schiffsregister (SR 747.11); sowie Art. 10 des Bundesgesetzes über die Seeschiffahrt unter der Schweizer Flagge (Seeschiffahrtsgesetz; SR 747.30).

11 Vgl. Art. 14 und 28 des Bundesgesetzes über das Luftfahrzeugbuch (SR 748.217.1).

und Schiffen ist deshalb nicht gefordert, dass der Verpfänder nicht mehr alleine über den Gegenstand verfügen kann; es reicht vielmehr die Eintragung im entsprechenden Register.

Im Bereich der Eisenbahnen sieht das schweizerische Recht leider kein derartiges Register vor. Zwar ist jeder Inhaber einer Betriebsbewilligung nach Art. 17a des Eisenbahngesetzes verpflichtet, sein Rollmaterial in ein vom Bundesamt für Verkehr geführtes Register einzutragen, doch ist dieses Register namentlich im Zusammenhang mit dem Netzzugang von Bedeutung;¹² eine zivilrechtliche Wirkung kommt dem Register hingegen nicht zu.

Im internationalen Verhältnis hat die Schweiz das Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung vom 16.11.2001 (sog. *Capetown Convention*) noch am Tag des Abschlusses unterzeichnet, dieses seither aber nicht ratifiziert.¹³ Ebenfalls unterzeichnet, aber wiederum nicht ratifiziert hat die Schweiz auch das Protokoll von Luxemburg zum Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung betreffend Besonderheiten des rollenden Eisenbahnmaterials vom 23.02.2007,¹⁴ womit sich weder eine nationale noch eine staatsvertragliche Rechtsgrundlage findet, die eine Mobiliarhypothek für Eisenbahn-Rollmaterial ermöglichen würde.

Für Rollmaterial von Eisenbahnen ist somit eine Mobiliarhypothek nach schweizerischem Recht zur Zeit ausgeschlossen.

IV. Das Eisenbahnpfand im Besonderen

Die Problematik, dass für Eisenbahn-Rollmaterial keine Mobiliarhypothek möglich ist, wurde bis vor kurzem zumindest teilweise durch das im Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmungen¹⁵ vorgesehene Eisenbahnpfand abgemildert. Dieses etwas exotisch anmutende Eisenbahnpfand konnte nur entweder für das ganze Netz oder für einzelne Linien eines Eisenbahnunternehmens bestellt werden. Das als Gesamtpfand ausgestaltete Eisenbahnpfand umfasste neben der Bahninfrastruktur gemäss dem ehemaligen Art. 9 Abs. 2 Buchst. b) des Gesetzes insbesondere auch Rollmaterial der Unternehmung. Die Eisenbahnunternehmung blieb dabei im (alleinigen) Besitz des Rollmaterials. Neu angeschafftes Rollmaterial wurde dabei automatisch von einem bestehenden Eisenbahnpfand erfasst. Diese Einheitliche Verpfändung von Rollmaterial und Infrastruktur wie auch das automatische Anwachsen neu angeschafften Rollmaterials liess ganz offenkundig jegliche Flexibilität vermissen.

V. Die RöVE-Vorlage und die unbeantwortete Frage

Mit dem im Rahmen der Bahnreform 1 im Jahre 1999 verwirklichten Recht auf Netzzugang bestand keine Notwendigkeit mehr, die Verpfändung der Infrastruktur und des Rollmaterials einheitlich zu behandeln.¹⁶ Per 01.01.2010 wurde Art. 9 Abs. 2 Buchst. b) deshalb folgerichtig aus dem Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmungen gestrichen. Damit fiel aber zugleich die letzte verbliebene Möglichkeit weg, Rollmaterial wenigstens auf dem Wege eines Eisenbahnpfandes als Sicherheit zu verwenden. Bedauerlicherweise – hierzu

sogleich – wurde es aber versäumt, einen adäquaten gesetzlichen Ersatz zu schaffen.

Der Bundesrat führt in der RöVE-Vorlage aus, es bestehe keine Notwendigkeit mehr, das Schicksal der Infrastruktur mit jenem des Rollmaterials zu verknüpfen. Den Unternehmungen müsse eine Möglichkeit geboten werden, im Rahmen von privaten Finanzierungen gewisse Sicherheiten zu bieten. Weder die öffentliche Hand noch die Finanzinstitute hätten ein Interesse an einer Verpfändung gesamter Infrastrukturen.¹⁷ Aufgrund dieser Überlegungen wurde das Eisenbahnpfand – wie oben erwähnt – abgeschafft.

Durch diesen Schritt, so der Bundesrat, gewinne die Finanzierung von Rollmaterial für private Investoren an Attraktivität. Diese Aussage ist an sich richtig, sofern für diese privaten Finanzierungen die Möglichkeit üblicher Besicherungen zur Verfügung gestellt wird. Der Bundesrat führte folgerichtig aus, als zusätzliches Instrument werde ein selbständiges Register, analog dem Luftfahrzeugregister, eingeführt, um Mobiliarhypotheken zu ermöglichen.¹⁸ Nur unter diesen Bedingungen sei es überhaupt möglich, den Investoren ein Vorzugsrecht auf das Rollmaterial einzuräumen. Diese Ausführungen sind uneingeschränkt richtig.

Problematischer war aber die folgende Aussage: Da gegenwärtig Bestrebungen laufen, ein internationales Register zu schaffen, werde auf eine nationale Lösung verzichtet. Ein schweizerisches Register werde ins Auge gefasst, wenn sich «in den nächsten Jahren» nichts ändere. Wie wir heute – 9 Jahre später (!) – wissen, ist das Luxemburger Protokoll bis heute nicht in Kraft getreten. Leider übernimmt auch die Schweiz in diesem Prozess lediglich eine beobachtende Rolle und wird eine Ratifizierung erst dann ins Auge fassen, wenn eine ausreichende Anzahl Staaten das Luxemburger Protokoll ratifiziert haben werden und die Finanzierung des internationalen Eisenbahnregisters gesichert ist (was immer das bedeuten mag).

Noch bedauerlicher ist es jedoch, dass die Schweiz nicht nur die Ratifizierung des Luxemburger Protokolls nicht an die Hand nimmt, sondern auch die angekündigte nationale Ersatzlösung nicht eingeführt hat, womit der schweizerische Eisenbahnsektor gleich doppelt gestraft ist: Der Schweizerische Gesetzgeber hat das zwar seltsame, aber immerhin existierende Institut des Eisenbahnpfandes abgeschafft, aber weder auf internationaler, noch auf nationaler Ebene eine Alternative präsentiert. Dies ist besonders bedauerlich wenn man bedenkt, dass das im Luxemburger Protokoll vorgesehene Register eine einfache, effiziente und kostengünstige Perfektion von Sicherheiten für Eisenbahn-Rollmaterial ermöglichen würde. Der Begriff »Eisenbahn-Rollmaterial« ist in diesem Zusammenhang sogar zu kurz gegriffen, denn ge-

12 Botschaft des Bundesrates zur RöVE-Vorlage, BBL 2007 2738.

13 Vgl. https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/internationale-vertraege/datenbank-staatsvertraege/detailansicht-staatsvertrag.ggst0_74.contract99992356.html?_charset=UTF-8.

14 Vgl. https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/aussenpolitik/voelkerrecht/internationale-vertraege/datenbank-staatsvertraege/detailansicht-staatsvertrag.ggst0_74.contract99993129.html?_charset=UTF-8.

15 SR 742.211.

16 *Stückelberger/Haldimann*, Verkehrsrecht, Basel 2008, S. 314.

17 Botschaft des Bundesrates zur RöVE-Vorlage, BBL 2007 2700.

18 Botschaft des Bundesrates zur RöVE-Vorlage, BBL 2007 2700.

mäss Luxemburger Protokoll umfasst der Begriff »rollendes Eisenbahnmaterial« alle Fahrzeuge, die sich auf festen Gleisanlagen oder unmittelbar auf, über oder unter Führungsbahnen bewegen können (Art. 1 Abs. 2 Buchst. e) Luxemburger Protokoll). Pfandrechte nach Luxemburger Protokoll wären somit – neben klassischem Eisenbahn-Rollmaterial – auch auf anderen gerade für die Schweiz wichtigen Infrastrukturen wie Seilbahnen oder Trams möglich. Zudem würden solchermaßen begründete Sicherheiten keinem rechtlichen Risiko ausgesetzt, wenn der Pfandgegenstand das Territorium der Schweiz verlässt.

Leider ist die rechtliche Ausgangslage heute aber so, dass eine Mobiliarhypothek auf Rollmaterial nicht möglich ist. Entgegen der vom Bundesrat formulierten und grundsätzlich zu begrüssenden Absicht, wird die private Finanzierung von Rollmaterial durch den bestehenden gesetzlichen Rahmen somit nicht gefördert, sondern im Gegenteil sogar behindert.

VI. Die heute verfügbaren Alternativen

Bis ein (nationales oder internationales) Register besteht, welches eine Verpfändung von Rollmaterial zulässt, wird sich die Industrie weiterhin mit den manchmal nur teilweise befriedigenden Alternativen begnügen müssen:

- **Leasingkonstruktionen:** Hier ist insbesondere zu beachten, dass das schweizerische Bundesgericht *sale-and-lease-back*-Transaktionen als Verstoss gegen das oben erwähnte Faustpfandprinzip und deshalb als unzulässig betrachtet.¹⁹
- **Eigentumsvorbehalte:** Diese Möglichkeit ist nur beschränkt geeignet, dem finanzierenden Institut die gewünschte Sicherheit zu vermitteln. Zum Einen kann ein Eigentumsvorbehalt nur im Zusammenhang mit Kaufverträgen, nicht aber zur Sicherung von Darlehensverträgen vereinbart werden und zum Anderen kommt dem Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister keine positive Rechtswirkung zu, d.h. es darf nicht davon ausgegangen werden, dass Dritten der Eigentumsvorbehalt bekannt ist.²⁰ Zu guter Letzt darf der Eigentumsvorbehalt nicht bei Kauf- und Rückkaufgeschäften eingesetzt werden, da dies als Umgehung des Faustpfandprinzips gewertet würde.²¹
- **Einschaltung Dritter:** Denkbar ist sodann, dass die Bank das Darlehen an eine Drittgesellschaft gewährt, die Eigentümerin des Rollmaterials wird und im Gegenzug das

Rollmaterial verpfändet. Anstelle der Besitzübertragung an die Bank überträgt der Verpfänder den Besitz an das EVU. Das EVU wird damit entweder Pfandhalter oder erwirbt den Besitz als Stellvertreter der Bank.²² Solche Konstruktionen können je nach Ausgestaltung zulässig sein, doch muss penibel darauf geachtet werden, dass der Besitz des EVU den allgemeinen Anforderungen an einen Pfandbesitz genügt (vgl. hierzu das oben Ausgeführte). Ist der so eingeschaltete Dritte eine Konzerngesellschaft des EVU, so kann je nach konkreter Ausgestaltung insbesondere fraglich sein, ob das EVU in ausreichendem Masse vom Dritten unabhängig ist, was eine Voraussetzung für gültigen Pfandbesitz ist.²³ Auch bei dieser Alternative kann deshalb (leider) nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, dass diese nicht von der Rechtsprechung als Umgehung des Faustpfandprinzips gewertet wird.

VII. Fazit und Ausblick

Nach dem Gesagten ist die bei anderen Investitionsgütern weit verbreitete, wenn nicht sogar vorherrschende Besicherungsform des Pfandes bei Eisenbahn-Rollmaterial nicht möglich. Abhilfe wäre leicht. Der Bund müsste das Luxemburger Protokoll ratifizieren und bis zum Inkrafttreten desselben ein nationales Register zur Verfügung stellen. Weder das eine noch das andere zeichnet sich aber ab. Hier besteht dringender Handlungsbedarf.

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber rasch bemerkt, dass er nicht auf das Prinzip Hoffnung, also auf ein baldiges Inkrafttreten des Luxemburger Protokolls setzen sollte, sondern dass er selber aktiv und rasch die Bereitstellung eines schweizerischen Registers an die Hand nehmen und die Ratifizierung des Luxemburger Protokolls vorantreiben müsste, um dem Eisenbahnsektor die private Finanzierung von Eisenbahn-Rollmaterial nicht weiter zu erschweren.

¹⁹ BGE 119 II 236.

²⁰ BSK ZGB II-Schwander, N 4 ff. zu Art. 715 ZGB.

²¹ BeK-Zobl, Systematischer Teil vor Art. 884–887 ZGB, N 1708.

²² BeK-Zobl, N 684 ff. zu Art. 884.

²³ ZK-Ofinger/Bär, N 216 zu Art. 884. Eine besondere Nähe des Dritten zum Verpfänder ist für den Pfandgläubiger ein besonderes Risiko (ZK-Ofinger/Bär, N 219 zu Art. 884).