

Verbot der Verfallsabrede, Scheinverkauf zum Absicherungszweck und Treuhandvertrag

1. – In dieser Entscheidung der Vereinigten Senate wird wörtlich das wiederholt, was diese bereits im Urteil 1611/89 entschieden hatten.⁽¹⁾ Der entschiedene Fall ist ein Standardfall ohne Besonderheiten in der Sache, aus denen sich irgendeine Einschränkung für Eindeutigkeit und Geltungsbereich des Richterspruchs ableiten ließe, wie es Mariconda hingegen bei der früheren Entscheidung als Problem zu bemängeln hatte.⁽²⁾

Die Vereinigten Senate bestätigen damit ihre neue Auffassung, die sie bereits ab

Aus "Il Foro italiano", 1990, I, S. 205 ff. und aus "L'Espressione monetaria nella responsabilità civile", Cedam 1994.

Dieser Beitrag ist eine Anmerkung zu folgendem Leitsatz:

Kassationsg., Ver. Sen., 21.4.1989, Nr. 1907; Vors. Brancaccio, Berichterstatt. Meriggiola, Staatsanw. Amatucci E. (Schlussanträge konform); Castiglione c/ Leotta: *"Nichtig, weil nach Art. 2744 ZGB verboten, sind sowohl Veräußerungen zum Absicherungszweck, bei denen die Sache bei Unterbleiben der Rückzahlung des geliehenen Betrags endgültig in das Eigentum des Gläubigers übergeht, als auch Verkäufe, bei denen die Sache sofort ihren Eigentümer wechselt, aber mit der auflösenden Bedingung, dass der Verkäufer den vereinbarten Betrag bis zu einer bestimmten Frist erstattet (dies mit Bezug auf den Fall, dass der Käufer Gläubiger ist und der Betrag zuvor als Darlehen abgegeben worden ist). Bei Veräußerungen zum Absicherungszweck wird dieser zum Vertragsgrund, denn die Übereignung ist objektiv durch den Absicherungszweck gerechtfertigt und der Geldbetrag ist nicht die Bezahlung des Verkaufspreises, sondern ein Darlehen. Die Übertragung der Sache vervollständigt nicht die Zuweisung an den Käufer, sondern ist die Begründung einer trotz des anderen Anscheins unlegbar provisorischen Absicherungsposition. Der provisorische Charakter zeigt, dass der Vertragsgrund die Absicherung ist, und damit den Unterschied zwischen dem typischen Rechtsgrund und der Bestimmung des Rechtsgrundes durch die Vertragsparteien. Der an und für sich rechtmäßige und nicht rein formale Verkauf nimmt die Form eines Vertrags zur Umgehung des Gesetzes an (Art. 1344 ZGB)."*

(1) In *Foro it.*, 1989, I, S. 1428 mit zustimmenden Bemerkungen von V. MARICONDA u. F. REAL MONTE.

(2) In *Foro it.*, 1989, I, S. 1429.

dem Urteil Kassationsg. 3800/83 und in anderen darauf folgenden Entscheidungen⁽³⁾ dargelegt hatten und mit der sie die vereinzelte Meinungsänderung aus Urteil 7385/86 beiseite schieben.⁽⁴⁾ Außerdem wird dadurch ein langer Streit beendet, und zwar in dem Sinne, dass sie eine weit gehende Auslegung von Art. 2744 ZGB für verpflichtend halten, weil es sich nicht um eine Ausnahmeregelung handele, sondern sich darin im Gegenteil ein "vielen Rechtsinstituten gemeinsames Prinzip" ausdrücke.

Die Entscheidung des besprochenen Falls berücksichtigt besonders die Bestimmungen zur Verfallsabrede, auf die man im Zusammenhang mit so genannten "versteckten" Absicherungen stößt, wie etwa Veräußerungen zum Zweck der Absicherung. In der Entscheidung wird unmissverständlich bestätigt, dass das Verbot der Verfallsabrede sowohl die Veräußerungen zum Zweck der Absicherung mit aufschiebender Bedingung umfasst als auch solche mit auflösender Bedingung (wie etwa die Verkäufe mit Abmachung eines Wiederkaufsrechts, mit Rückkauf- oder Rückverkaufvereinbarung).

Der Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Rechtsgeschäften und den jeweiligen Bedingungen wird richtigerweise eher als scheinbar denn als wirklich angesehen. Im ersten Fall wird der Verkauf (und so der Kauf) beim Ausbleiben der Rückerstattung des Darlehens endgültig, im zweiten Fall wird der Kauf (und so der Verkauf) beim Ausbleiben der Rückerstattung des Wiederkaufspreises endgültig (der damit nichts anderes ist als ein Darlehen).

Die Vereinigten Senate haben das Richtige getroffen, wenn sie unterstreichen, dass in diesen beiden Rechtsgeschäften "dieselben Realitäten zum Ausdruck kommen."

Beiden gemeinsam ist nämlich die Funktion, das Darlehen bis zu seinem vollständigen Erlöschen abzusichern, welches entweder durch die *solutio* oder durch die vorgesehene endgültige Abtretung des Absicherungsgegenstandes erfolgt.

Im Urteil wird richtigerweise gesagt, dass in beiden Fällen das "Hauptanliegen der Absicherung vorherrschend ist" und dass in beiden Fällen "derselbe Zweck verfolgt wird." Von dieser Voraussetzung ausgehend, unterstreicht das Gericht, dass in diesen Fällen "eine bewusste Divergenz zwischen dem von den Vertragsparteien verfolgten praktischen Zweck der Absicherung und dem für eine Veräußerung typischen Vertragsgrund" vorliegt, so dass diese als solche als Scheinverkauf anzusehen ist. Das ist eine richtige und passende Antwort auf den langen Streit darüber, ob

(3) In *Foro it.*, 1984, I, S. 212, mit Anm. von MACARIO; in *Giur. it.*, 1984, I, 1, S. 1648, mit Anm. von DANUSSO; in *Giust. civ.*, 1983, I, S. 2953, mit Anm. von AZZARITI; in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, S. 97, mit Anm. von Rocco. Diese Rechtsmeinung ist bestätigt worden von Kassationsg. 7271/83, *Foro it.*, 1984, I, S. 426; 3784/87, *a.O.*, *Rep.* 1988, Stichw. *Patto commissorio*, Nr. 4; 46/88, *ders.*, 1988, I, S. 387.

(4) In *Foro it.*, 1987, I, S. 799.

der Verkauf mit auflösender Bedingung (zum Zweck der Absicherung) als Scheinverkauf (und ein solcher damit als erlaubt) zu gelten hat oder ob dies ein Realvertrag über eine Treuhandenschaft ist.

Sofern man versuchsweise doch am entgegengesetzten Konzept eines Treuhandvertrages festhalten wollte, würden die zu diesem Punkt im Urteil gemachten Bemerkungen zu völlig neuen Schlussfolgerungen über dessen Verständnis führen. Geht man den Begründungsteil des besprochenen Urteils durch, so wird das bisher akzeptierte Schema der *fiducia cum creditore*⁽⁵⁾ nach Art des Römischen Rechts in seinen Grundfesten erschüttert und als völlig inakzeptabel dargestellt.

Ich beziehe mich dabei auf den Abschnitt, in dem die "Übereignung als kausal und nicht als abstrakt" bezeichnet wird. Der "Zweck" ist – wie schon gesagt – richtigerweise in der "internen, von den Parteien gewollten Absicherungsvereinbarung" erkannt worden und nicht in der abstrakt betrachteten *fiduciae causa*, die dazu verleitete, die Vereinbarung zwischen den Parteien lediglich als ein einfaches Motiv anzusehen.⁽⁶⁾ Dasselbe Eigentum, dessen Übertragung angenommen wird, wird hier als "provisorisch" und nicht als "vollständig und endgültig" aufgefasst, wie zuvor stets angenommen worden ist. In jedem Fall wird ein derartiger Treuhandvertrag von den Vereinigten Senaten als völlig unrechtmäßig und nichtig angesehen, da er als Umgehung des Gesetzes (Art. 1344 ZGB) zu gelten hat.⁽⁷⁾

2. – Sehen wir uns genauer an, worum es sich beim Verbot der Verfallsabrede handelt.

Die Verfallsabrede kann definiert werden als "Vereinbarung, mit der der Schuldner zum Zweck der (vollständigen oder teilweisen) Begleichung seiner Verbindlichkeit eine Sache zur Absicherung für den Fall der Nichterfüllung endgültig als Eigentum des Gläubigers bestimmt,

(5) G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, S. 1-32, 52- 101, 105-120; C. GRASSETTI, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, S. 345; N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, S. 334 ff.; R. NITTI, *Negozio fiduciario*, Stichw. del *Novissimo digesto*, Torino, 1965, XI, S. 202; V.M. TRIMARCHI, *Negozio fiduciario*, Stichw. in der *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1978, XXVIII, S. 32; G. PUGLIESE, in *Giur. cass. civ.*, 1945, II, S. 156; sowie *ders.*, 1946, I, S. 87 u. in *Riv. dir. civ.*, 1955, II, S. 1064. Im Sinne der *fiducia* nach deutschem Recht: A. DE MARTINI, in *Giur. it.*, 1946, 1, 1, S. 321; U. CARNEVALI, in *Dizionario del diritto privato*, Milano, 1980, S. 455 ff. u. dort zit. Lit. Kritisch im Allgemeinen: S. PUGLIATTI, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, S. 298 ff.; M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957, S. 298.

(6) GRASSETTI, *a.O.*, S. 348, 353, 358-362, 363-372, 375-377.

(7) In diesem Sinne auch PUGLIESE, in *Giur. cass. civ.*, 1946, I, S. 87 ff.

ohne dass dabei irgendeine Wertbestimmung auf Grundlage des zu diesem Zeitpunkt üblichen Wertes vorgesehen ist". Die Nichterfüllung kann eine Schuld betreffen, die gleichzeitig mit der Vereinbarung (*in continenti*) eingegangen wird oder zuvor eingegangen worden ist (*ex intervallo*). Dies ist oft dann der Fall, wenn eine zuvor eingegangene Schuld verlängert wird.⁽⁸⁾

Die Verfallsabrede betrifft, wie schon gesagt, notwendigerweise die zur Absicherung der Forderung gestellte Sache und nicht irgendein anderes Gut aus dem Vermögen des Schuldners. Die Verfallsabrede hat daher, vom dogmatischen Standpunkt aus gesehen, Zusatzcharakter gegenüber der Sicherheit und letztlich gegenüber dem Geschäft, aus dem diese hervorgegangen ist. Dies wird dann offensichtlich, wenn die Sache Gegenstand eines Pfandes, einer Hypothek, eines Nutzungspfandes wird (so genannte offensichtliche Absicherungen). Die begriffliche Unterscheidung ist dagegen bei den so genannten versteckten Absicherungen sehr viel schwieriger wie etwa bei der Veräußerung zum Absicherungszweck, die in diesem Urteil besprochen wird.⁽⁹⁾

In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass die "Veräußerung zum Absicherungszweck" nicht offensichtlich ist und die Verfallsabrede erst recht verschleiert wird. Das Geschäft besteht normalerweise scheinbar im reinen, einfachen Verkauf einer Sache vom Schuldner an den Gläubiger. Tatsächlich geht aber aus dem Gesamtbild der konkreten Umstände, innerhalb derer der Verkauf erfolgt, aus den Abmachungen zwischen den Parteien und aus den vorliegenden Unterlagen hervor, dass die einfache Veräußerung ein Scheinverkauf ist und die zugrunde liegende Absicherungsfunktion sowie die Verfallsabrede verschleiert werden. Dies ist offensichtlich dann der Fall, wenn die Parteien die Schuld nach dem Verkauf und nach der angenommenen Begleichung durch den angeblichen Preis weiter für bestehend erachten und dazu auch noch zusätzliche Zinsen berechnen.

Der Unterschied zwischen einer Absicherungsvereinbarung und einer Verfallsabrede besteht auf dogmatischer Ebene theoretisch in der Annahme einer versteckten Absicherung, sofern man in einem Zusammenhang zwei Geschäfte annimmt und nicht nur eins.

Der unrechtmäßige (und nicht einfach nur nichtige) Charakter der Verfallsabrede bedeutet nach Art. 1417 ZGB eine weit gehende Freiheit einer sowohl mündlichen als auch auf Annahmen basierenden Beweisführung auch zwischen den Parteien. Dies betrifft,

(8) M. BIANCA, in *Foro pad.*, 1958, I, S. 457, sowie *ders.*, 1961, I, S. 49, u. in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, S. 117 ff. (s.a. *Il divieto*, zit., S. 79 ff.).

(9) Unter vielen: BIANCA, *zuletzt zit. Werk*, S. 114 ff.

wie aus der vorliegenden Entscheidung hervorgeht, sowohl die Verfallsabreden mit aufschiebender als auch die mit auflösender Bedingung. Insbesondere kann angenommen werden, dass ein Verkauf mit Abmachung eines Wiederkaufsrechts den Charakter eines Scheinverkaufs hat und sich dahinter ein Darlehen mit Verfallsabrede verbirgt. Die Hauptmerkmale der Verfallsabrede sind letztlich folgende:

A) Die zur Begleichung der Schuld vorgesehene Sache ist die als Absicherung gestellte Sache (und nicht irgendeine aus dem Vermögen des Schuldners).

B) Die Abtretung erfolgt ohne jegliche Garantie für eine gerechte Bewertung der Sache zum Zeitpunkt des endgültigen Übergangs ins Eigentum des Gläubigers.⁽¹⁰⁾

C) Der Gläubiger erwirbt die Sache ohne Konkurrenz von anderen möglichen Käufern (wie dies theoretisch selbst bei Versteigerungen der Fall ist).

Diese Umstände bringen die Gefahr mit sich, dass sich der Gläubiger auf Kosten des Schuldners bereichert und rechtfertigen das gesellschaftliche Interesse. Es wird außerdem verständlich, warum der so genannte marzianische Vertrag (mit Bewertung der Sache) schon immer als rechtmäßig galt⁽¹¹⁾ und schließlich auch, warum die Verfallsabrede mit verpflichtender Wirkung und deren Abschluss als nichtig anzusehen sind.⁽¹²⁾

3. – Betrachten wir nun das Grundproblem, welche Interpretation vorzuziehen sei. Diese Frage ist in der hier zu besprechenden Entscheidung zugunsten einer weit gehenden Auslegung entschieden worden.

Beim früheren Zivilgesetzbuch stellte sich dieses Problem bei der Ausdehnung des Verbots der Verfallsabrede vom Pfand auf die Hypothek (die nicht eingeschlossen war). Die vorherrschende Lehre⁽¹³⁾ und die älteste Rechtsprechung der regionalen Kassationshöfe⁽¹⁴⁾ neigten einer

(10) Von Bedeutung ist in diesem Sinne der Vortrag von Gianquinto in der Sitzung vom 4. Juli 1940 zu Art. 690 u. 691 des Entwurfs zum ZGB.

(11) U. CARNEVALI, *Patto commissario*, Stichw. dell' *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982, XXXII, S. 501 ff.; BIANCA, *Il divieto*, zit., S. 202 ff.

(12) Unter vielen: BIANCA, *a. O.*, S. 177 ff.

(13) G.P. CHIRONI, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, S. 708; E. ALBERTARIO, *ebenda*, 1924, II, S. 233; E. BETTI, *ebenda*, 1931, II, S. 688.

(14) Unter vielen: Kassationsg. Rom, 15. Mai 1914, *Foro it.*, Rep. 1914, Stichw. *Mutuo*, Nr. 3; Kassationsg. Neapel, 23. Februar 1911, *a.O.*, Rep. 1911, Zit. Stichw., Nr. 6.

weiten Auslegung zu. Das Oberste Gericht schloss sich nach der Entscheidung der Vereinigten Senate vom 28. Juli 1923⁽¹⁵⁾ ebenso wie Brugi⁽¹⁶⁾ den Anhängern einer engen Auslegung an, dies auf Grundlage des angeblichen Ausnahmecharakters und des Analogieverbots, das aus Art. 4 der damaligen Vorsprüche abzuleiten war. Dieser Streit setzte sich beim neuen Zivilgesetzbuch (wo das Verbot auf die Hypothek und den ex intervallo-Vertrag ausgedehnt wurde) mit den Veräußerungen zum Absicherungszweck fort. Bei einschränkender Auslegung, wie sie in der älteren Rechtsprechung angenommen wurde, wurde das Verbot dahingehend ausgeweitet, dass es auch die Veräußerung zum Absicherungszweck mit aufschiebender Bedingung umfasste, schloss dies bei auflösender Bedingung jedoch aus.⁽¹⁷⁾ Die neue Rechtsmeinung nach der Rechtmäßigkeitsentscheidung 3800/83, die in der Lehre vorherrscht,⁽¹⁸⁾ neigt prinzipiell einer weitgehenden Interpretation zu.

Die Vereinigten Senate ziehen jetzt einen Schlussstrich unter den Streit zu diesem Thema und legen unmissverständlich fest, dass die wörtliche Auslegung nicht gilt und keine Grundlage hat.

Die Begründung scheint völlig richtig. Die enge Auslegung, von der die Rede war, ist widersprüchlich. Sie hätte nur dann einen Sinn haben können, wenn das Verbot auf den Fall des Pfands, der Hypothek und des Nutzungspfands nach Art. 1963 und 2744 ZGB beschränkt gewesen wäre. Was sich als inkonsequent erweist, ist die Auffassung, der zufolge das Verbot auf den nicht vorgesehenen Fall der Veräußerung zum Absicherungszweck mit aufschiebender Bedingung ausgedehnt wird (so dass dieses weit gehend interpretiert wird), während andererseits die mit auflösender Bedingung ausgeschlossen und damit eine enge Auslegung bevorzugt wird.

Es wird dabei ungerechtfertigterweise mit zweierlei Maß gemessen. Die Vereinigten Senate sehen die *ratio* des Verbots in dem doppelten Erfordernis, die wirtschaftlich schwächere Seite vor der Möglichkeit eines "moralischen Zwangs von Seiten des Gläubigers" zu schützen und andererseits die Anwartschaft auf

(15) In *Foro it.*, 1923, I, S. 935 und in *Riv. dir. comm.*, 1924, II, 233 mit Anm. von ALBERTARIO.

(16) In *Riv. dir. comm.*, 1929, II, S. 46.

(17) Unter vielen: Kassationsg. 6005/82, *Foro it.*, Rep. 1982, Stichw. *Patto commissorio*, Nr. 3; 2854/80, *a.O.*, Rep. 1980, zit. Stichw., Nr. 2; 1390/73, *a.O.*, Rep. 1973, Stichw. *Vendita*, Nr. 80.

(18) F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, S. 156; BIANCA, *a.a.O.*; G. STOLFI, in *Foro pad.*, 1957, I, S. 767; DALMAZZO, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, S. 80; ANDRIOLI, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1955, zu Art. 2744; allgemein die Anm. verschiedener Verf. zu 3800/83, zit.

gleichmäßige Befriedigung der anderen Gläubiger.⁽¹⁹⁾ Diese Formulierung ist von einigen Autoren in der Vergangenheit als nicht ganz befriedigend angesehen worden.⁽²⁰⁾ Die Tatsache, dass der marzianische Vertrag zulässig ist, zeigt, dass unsere Rechtsordnung relativ wenig auf eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger achtet.⁽²¹⁾ Die Untersuchung der *ratio* muss noch vertieft werden. Insbesondere stellt sich das Problem, die *ratio* zu erkennen, deren letzte Folgen nicht dazu führen, dass dem Schuldner und dem Gläubiger die Freiheit genommen wird, nach Art. 1197 ZGB eine andere Sache als die geschuldete zu geben bzw. zu erhalten. Vielmehr müsste diese *ratio* mit den Bestimmungen dieser Vorschrift vereinbar sein. Es handelt sich also darum, den Unterschied zwischen der an und für sich rechtmäßigen *cessio in solutum* und der Verfallsabrede zu bestimmen, die dagegen ungültig ist.

Die Diskussion muss jetzt erweitert werden.

Oben wurde darauf hingewiesen, dass die Abtretung durch Verfallsabsprache lediglich die Bestimmung jener Sache zur Befriedigung der Forderung betrifft, welche an deren Absicherung gebunden ist und nicht anderer Sachen aus dem Vermögen des Gläubigers. Im untersuchten Fall ist die Möglichkeit, die Sache zu einem höheren Preis an Dritte zu veräußern, durch deren Bindung *de facto* eingeschränkt, weil Dritte ihr Vertrauen verloren haben und vom Erwerb abgehalten werden, so dass die Sache von Anfang an unvermeidlich nur vom Gläubiger "zu dessen Bedingungen" erworben werden kann.

Unsere Rechtsordnung bemüht sich in diesem Zusammenhang darum, dem Schuldner bis zu dem Zeitpunkt, zu dem er die Sache veräußert (eventuell auch an den Gläubiger) die Möglichkeiten und Chancen zu lassen, diese auch an am Kauf interessierte Dritte zu veräußern. Unser Gesetzgeber schließt also nicht aus, dass der Schuldner dieselbe Sache nach Art. 1197 an den Gläubiger verkauft, verbietet aber, dass er sich im voraus dazu verpflichtet oder sich auch nur verpflichtet die Sache gegebenenfalls an diesen zu veräußern, denn dies würde den Verlust seiner Vertragsfreiheit bedeuten. Freiheit ist hier konkret im Sinne anderer Lösungen zu verstehen und nicht abstrakt.

Die *ratio* des Verbots kann schließlich folgendermaßen formuliert werden: Die Abtretung der Sache zum Absicherungszweck

(19) F. CARNELUTTI, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, S. 887 ff.

(20) Richtigerweise ist bemerkt worden, dass es für die Verfallsabrede irrelevant ist, dass der Wert der Sache höher ist als der des Darlehens und dass ein konkreter Missbrauch zu Lasten des Schuldners vorliegt, welcher zum Rechtsmittel nach Art. 1448 ZGB greifen könnte.

(21) Der marzianische Vertrag legt eine bevorzugte Befriedigung des einzelnen Gläubigers zuungunsten der gleichmäßigen Befriedigung fest.

muss unzweideutig Ausdruck eines freien Willens sein, und dem Schuldner darf bis zuletzt nicht die Möglichkeit genommen werden, die Sache an Dritte zu veräußern. Der Gläubiger kann prinzipiell nur aufgrund einer Bewertung zum Zessionär werden.

Die Begründung, die die Vereinigten Senate in diesem Zusammenhang geben, ist klarer denn je und trifft das Richtige, wenn der gesetzliche Schutz mit dem Erfordernis gerechtfertigt wird, zu vermeiden, dass der Eigentümer bzw. Schuldner "seine Vertragsfreiheit verliert." In diesem Sinne stellt sich das Verbot wie eine Bestätigung und ein Schutz der Vertragsfreiheit und des Eigentums dar.

Die Begründung der Vereinigten Senate ist auch dort richtig, wo gesagt wird, es handele sich um ein "vielen Rechtsinstituten gemeinsames Prinzip." In unserem System ist nämlich im Allgemeinen eine Abneigung gegen Zuweisungen zu erkennen, die ohne Schätzung der Sache erfolgen. So kann nach Art. 2798 ZGB eine Zuweisung des Pfands an den Gläubiger ausschließlich "nach einer gutachterlichen Schätzung auf Grundlage des derzeit üblichen Preises erfolgen, sofern es für die Sache einen Marktpreis gibt."

Bei einer Zwangsvollstreckung ist eine Zuweisung der gepfändeten Sache nur dann zulässig, wenn die erste Versteigerung leer ausgegangen ist, und auch dann muss stets ein Mindestpreis berücksichtigt werden, der dem Grundpreis bei der Versteigerung entspricht, wobei bei der neuen Versteigerung wiederum jedes Angebot zulässig ist (Art. 506, 538 II, 536 II ZPO). Ebenso ist die Zuweisung einer Immobilie nur dann zulässig, wenn der Verkauf zum Schätzpries leer ausgegangen ist (Art. 588 u. 589 ZPO). In demselben Sinne äußert sich insbesondere die Regelung der Abtretung von Sachen an Gläubiger. Eine solche ist bei uns nur als Abtretung *pro solvendo* und nicht *pro soluto* vorgesehen, bei der die Gläubiger geschäftsführende und vollstreckende Rechte haben (Art. 1977-89 ZGB), dies unter Kontrolle des Schuldners, dem in jedem Fall eventuelle Liquidationsanteile zustehen (Art. 1982-83 ZGB). Das Recht auf Zwangsvollstreckung abgetretener Sachen steht weiterhin den vorhergehenden Gläubigern zu. Um zum Schluss zu kommen, wird dabei verständlich, dass in unserer Rechtsordnung jegliche Übereinkunft und jeder Vertrag verboten ist, mit dem die Sache im voraus zum Gegenstand einer Absicherung zur Befriedigung des Gläubigers wird, weil die Rechtsordnung die restliche Freiheit des Schuldners bzw. Eigentümers und dessen Verfügungsgewalt schützen will. Es wird noch zu zeigen sein, dass der Umstand, ob diese Verfügung an eine

aufschiebende oder auflösende Bedingung geknüpft ist, völlig irrelevant ist.

4. – Im oben beschriebenen Zusammenhang ist anzuerkennen, dass die Veräußerung zum Absicherungszweck eine äußerst signifikante Form der verbotenen Verfallsabrede darstellt. Dabei wird die Sache der Verfügungsgewalt des Schuldners bzw. Eigentümers entzogen, diese zu einer Art von nicht technischem Pfand des Gläubigers gemacht und gleichzeitig im voraus zur Befriedigung seiner Forderung bestimmt. In diesem Zusammenhang zählt es nur wenig, ob die Verfügung an eine aufschiebende oder auflösende Bedingung geknüpft ist. Unter einem gewissen Gesichtspunkt entspricht letztere Lösung noch eher dem Verbot, weil die Restfreiheit des Schuldners, über seine Sache zu verfügen, dabei noch geringer ist als im ersten Fall und diese Sache "ab sofort" als Eigentum des Gläubigers angesehen und zur eventuellen Befriedigung seiner Forderung bestimmt wird. In diesem Zusammenhang zählt es, wie zu Beginn gesagt, wenig, dass die Verfallsabrede aus Sicht der Rechtslehre als Treuhandgeschäft im Sinne der *fiducia cum creditore* (Sicherungstreuhand) gesehen wird und nicht als atypischer verbotener Vertrag. Aus der eventuellen Bezeichnung als Treuhandgeschäft (eher im Sinne des römischen oder des deutschen Rechts bzw. umgekehrt)⁽²²⁾ lässt sich keine Rechtfertigung für die Gültigkeit dieses in jedem Falle nach Art. 1344 ZGB unrechtmäßigen Rechtsgeschäftes ableiten. Dementsprechend hat es auch keinen großen Sinn, zu untersuchen, ob sich hinter dem Verkauf mit Abmachung eines Wiederverkaufsrechts zu Absicherungszwecken in Wirklichkeit eine verbotene Verfallsabrede mit aufschiebender Bedingung verbirgt.⁽²³⁾ Beide Fälle fallen unter das Verbot. Gemein sind ihnen außerdem das "Fehlen eines Preises" und der "Absicherungszweck," während das endgültige Eigentumsrecht erst in Folge des Ausbleibens der Rückzahlung des seinerzeit gezahlten Betrags auf den Gläubiger übergeht.

Die Vereinigten Senate unterstreichen bei dieser Art von Geschäft richtig: "Der Geldbetrag ist nicht die Bezahlung des Verkaufspreises, sondern die Rückzahlung eines Darlehens. Die Übertragung der Sache ist Begründung einer unleugbar provisorischen Absicherungsposition, die sich weiterentwickelt, je nachdem, ob der Schuldner die erhaltene Geldsumme zurückzahlt oder nicht."

(22) PUGLIESE, in *Giul. Cass. civ.*, 1946, II, S. 87 ff.

(23) BIANCA, in *Foro pad.*, 1958, I, S. 456.

Von einem anderen Blickwinkel aus bieten die Entscheidungen des Obersten Gerichts dem Urteilenden einen klaren Hinweis zur Unterscheidung zwischen der vom Gesetz verbotenen Verfallsabrede mit auflösender Bedingung und dem Verkauf mit Abmachung eines Wiederverkaufsrechts, der nach Art. 1500ff. ZGB an und für sich rechtmäßig und gültig ist. Es handelt sich darum, zu sehen, ob der Verkauf mit Abmachung eines Wiederverkaufsrechts Absicherungszwecken dient oder nicht, denn in diesem Fall ist auf eine Verfallsabrede im Rechtsgeschäft und damit auf dessen Unrechtmäßigkeit zu schließen.

5. – An dieser Stelle soll ein Beitrag zur eingehenderen Diskussion der komplexen Problematik geleistet werden, die sich in der Vergangenheit um die Veräußerung zu Absicherungszwecken entwickelt hat.

Die Tatsache, dass dieses Geschäft, wie auch immer es in der Rechtslehre bezeichnet wird, von unseren Vereinigten Senaten in jedem Fall für unrechtmäßig und nichtig angesehen worden ist, nimmt dieser Diskussion praktisch jeden Wert. Welchen Sinn soll eine andere theoretische Klassifikation eines Rechtsgeschäfts haben, das in jedem Fall unrechtmäßig ist?

Um unsere Betrachtung abzurunden, wollen wir trotzdem sehen, worum es sich handelt. Die Veräußerung zum Absicherungszweck kann durch einen Scheinverkauf erfolgen, um eine sofortige Absicherung zu erreichen, während bei Nichterfüllung die endgültige Abtretung erfolgt.

Sehen wir, welche Bedeutung dem Ausdruck "Absicherung" zukommt. In erster Linie ist auszuschließen, dass der Gläubiger aufgrund dieser "Absicherung" in den Genuss eines Rechts auf vorzugsweise Befriedigung gegenüber den anderen Gläubigern kommt, die weiterhin aufgrund ihres eigenen Rechts und ihrer eigenen Befriedigung im Hinblick auf die Sache eine Vollstreckung erwirken können. Der Gläubiger hat also gegenüber Dritten keinerlei dingliches Anrecht auf Absicherung oder auf vorzugsweise Befriedigung im üblichen Sinn. Diese Absicherung als solche weist dem Gläubiger noch nicht einmal das Recht zu, die Sache zu veräußern und erst recht nicht, seine Forderungen zu befriedigen, wenn nicht aufgrund eines speziellen Auftrags und mit Verpflichtung zu entsprechender Rechenschaftsablegung.⁽²⁴⁾ Die vorzugsweise Befriedigung, in deren Genuss der Gläubiger gegenüber Dritten kommt, ist rein faktisch und erfolgt innerhalb der Grenzen, in denen die scheinbare Übereignung real erfolgt und diese nicht durch Vollstreckung angegriffen wird. Dies hängt zu einem guten Teil,

(24) Ohne Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung würde sie zu einer Verfallsabrede.

wie seinerzeit unterstrichen worden ist⁽²⁵⁾, von der Geheimhaltung dieses Anscheins durch die Parteien ab. In diesem Sinne spricht man richtig von "geheimer Absicherung."

Die in unserem Fall betrachtete Absicherung zugunsten des Gläubigers wendet sich vor allem an den Schuldner bzw. Eigentümer, der so daran gehindert werden soll, über die Sache zu verfügen, die damit aus dem Pfändungsrecht (nicht in einem technischen Sinne) herausfällt, das jedem Gläubiger gegenüber jeder Sache des Schuldners zusteht, d.h. aus der allgemeinen Absicherung, die aus der unbeschränkten Haftung nach Art. 2740 ZGB folgt. Diese Sache soll also der Gewalt des Eigentümers bzw. Schuldners entzogen und ihr Verkauf zumindest stark erschwert werden.

Der Ausdruck definitive Absicherung wird hier, wie seinerzeit unterstrichen worden ist,⁽²⁶⁾ in der Bedeutung einer "Absicherung im wirtschaftlichen und vorjuristischen Sinn" verwendet, also eher im Sinne einer "Vorsichtsmaßnahme."

Es scheint sich um eine anomale Form der Sicherstellungsbeschlagnahme mit bewahrendem und nicht rechtlichen Charakter im Sinn von Art. 1798ff. ZGB zu handeln.⁽²⁷⁾ Ein derartiges Geschäft kann nicht an und für sich als verboten gelten, solange es sich darauf beschränkt, das Eingehen einer Bindung als Vorsichtsmaßnahme vorzusehen und nicht auch die Übereignung der Sache an den Gläubiger vorgesehen ist, in der sich die Verfallsabrede konkretisiert.

Dieses Rechtsgeschäft kann in unserer Rechtsordnung gleichwohl nicht als zulässig gelten, weil diese die Verwahrung durch den Gläubiger nicht vorsieht, sondern nach Art. 1798 ZGB nur durch einen Dritten.

Die Durchführung einer Absicherung dieser Art (im Sinne einer Vorsichtsmaßnahme) kann abstrakt durch den Übergang der Registrierung der Sache vom Schuldner bzw. Eigentümer auf den Gläubiger erfolgen. Dies ist der Fall bei der *fiducia* nach deutschem Recht,⁽²⁸⁾ die mit einem Auftrag im Interesse des Gläubigers verbunden und daher nach Art. 1723 II ZGB unwiderruflich ist bzw. allgemein mit einer Zurückbehaltungsvereinbarung im weiteren Sinne einhergeht.⁽²⁹⁾

(25) BIANCA, *Il divieto*, zit., S. 114 ff., 243 ff.

(26) PUGLIATTI, *a. O.*, S. 306 ff.

(27) NICOLETTI, in *Giust. civ.*, 1969, I, S. 1226; Kassationsg. 3252/57, *Foro it.*, Rep. 1957, Stichw. *Sequestro*, Nr. 79.

(28) Das kann bei treuhandschaftlicher Verwaltung von Beteiligungen an Gesellschaften der Fall sein.

(29) BETTI, *a. O.*, S. 705 spricht kurz von einer vertraglichen Zurückbehaltung im Allgemeinen. Diese wird auch als unrechtmäßig angesehen, weil sie dem Verbot der Verfallsabrede widerspräche, meines Erachtens jedoch fälschlich, siehe W. D'AVANZO, *Ritenzione*, Stichw. del *Novissimo digesto*, Torino, 1969, XVI, S. 68, 172 ff.

Der ledigliche Übergang der Registrierung (oder des formalen Eigentums der Sache) vom Schuldner auf den Gläubiger gegenüber Dritten ist in unserer Rechtsordnung nur bei Wertpapieren, Anteilen an Gesellschaften und Kreditinstrumenten gestattet (s. Gesetze 23. November 1939, Nr. 1966 und 13. April 1987, Nr. 148 über Treuhandgesellschaften). In diesem Fall verbleibt das wirtschaftliche oder materielle Eigentum beim Schuldner.⁽³⁰⁾ Der bloße Übergang der formalen Berechtigung vom Schuldner auf den Gläubiger kann die Funktion einer reinen, einfachen Absicherung erfüllen. In diesem Fall fällt der Übergang als solcher nicht unter das Verbot der Verfallsabrede, sofern sich dessen Einsatz auf diese Absicherungsfunktion beschränkt und nicht auch die wirtschaftliche oder materielle Abtretung der Sache betrifft.

Ist dies dagegen der Fall, so liegt ein völlig anderer Fall vor, d.h. eine Registrierung mit Absicherungsfunktion und die endgültige Abtretung, also eine Verfallsabrede. Mit Bezug auf die Wertpapiere, von denen die Rede war, wird dies der Fall sein, wenn nicht einfach das Indossament oder die Eintragung im Aktionärsverzeichnis, sondern der Übergang des vollen (auch wirtschaftlichen) Eigentums durch gestempelten Schlusschein über den Verkauf vom Schuldner an den Gläubiger und zur Befriedigung der Forderung erfolgt. Dieses Geschäft ist eine verbotene Verfallsabrede wie jede andere Art von Veräußerungen zum Absicherungszweck, von denen jetzt die Rede sein soll.

6. – Was in unserer Rechtsordnung nicht durchführbar ist, ist die treuhänderische Registrierung einer Immobilie des Schuldners zu Absicherungszwecken auf den Namen des Gläubigers.

Dies kann erst recht nicht durch ein Rechtsgeschäft erfolgen, das eine *fiducia cum creditore* im Sinne des römischen Rechts bewirkt.⁽³¹⁾ Derartige Abtretungen können, kurz gesagt, nicht ins Grundbuch eingetragen werden, weil sie nicht zur beschränkten Anzahl von Fällen gehören, die

(30) CARNEVALI, *a.a.O.*; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, S. 85. Dieser Unterschied wird gewöhnlich in der deutschen und schweizerischen Rechtsprechung gemacht, wo das Geschäft den Regeln des Auftrags unterworfen ist und die treuhänderisch verwalteten Konten nicht in der Bilanz erscheinen.

(31) Eine Recherche hat ergeben, dass in den Liegenschaftsregistern keine Treuhandgeschäfte oder Entscheidungen darüber eingetragen sind. Die Entscheidungen, die sich für deren Zulässigkeit ausgesprochen haben, lassen nicht erkennen, dass sie auch deren Eintragung für möglich halten.

in Art. 2643 ZGB vorgesehen sind,⁽³²⁾ und auch nicht zu denen, die durch Analogieschluss aus Art. 2645 ZGB entnommen werden könnten.⁽³³⁾

Beide Arten des Übergangs können nicht definitiv zu einer Eintragung führen und daher letztlich auch nicht zur Löschung des Schuldners als Eigentümer im Grundbuch bzw. zur Registrierung des Gläubigers. Daher können sie auch keine Absicherungsfunktion haben, auch nicht im Sinne der oben beschriebenen Vorsichtsmaßnahme.

Erst recht nicht können, ihres Wesens wegen, Scheingeschäfte eingetragen werden. In der Vergangenheit galt der Verkauf mit auflösender Bedingung (mit Abmachung eines Wiederkaufsrechts, Rückverkaufs- bzw. Rückkaufsrechts) zum Absicherungszweck als ein Fall von treuhandschaftlicher Abtretung im Sinn des Römischen Rechts. Unter diesem Gesichtspunkt wurde der Akzent darauf gelegt, dass das Mittel in keinem Verhältnis zum Zweck stehe, sowie darauf, dass der Verkauf echt und wirklich sei und nicht im Verdacht stehe, ein Scheinverkauf zu sein, außerdem darauf dass dieser zu einem atypischen Vertrag mit abstraktem Geschäft führe (*fiduciae causa*), wo die Vereinbarung zwischen den Parteien nur ein Motiv ohne besondere Bedeutung sei.⁽³⁴⁾ Diese Beschreibung aus der Rechtslehre ist meines Erachtens nicht zu akzeptieren, und die *fiducia* nach Römischem Recht selbst in unserer Rechtsordnung nicht zulässig.

Die oben dargelegte Argumentation führt außerdem zu einer *petitio principii*, die von den unbewiesenen Voraussetzungen ausgeht, dass es sich um einen echten und nicht um einen Scheinverkauf mit Abmachung eines Wiederkaufsrechts handele, und dass dieser außerdem gültig sei, weil sich dadurch ein Treuhandvertrag im Sinne des Römischen Rechts ergebe, der in unserer Rechtsordnung zulässig sei.

In Wirklichkeit ist die Auffassung, dass die Simulation keine Abmachung eines Wiederkaufsrechts zulässt, abzulehnen, weil jede Art von Geschäft simuliert werden kann.⁽³⁵⁾ Es muss mit anderen Worten untersucht werden, ob

(32) In diesem Sinne unter vielen, PUGLIATTI, *a. O.*, S. 302 ff.

(33) G. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato* hrgs. von RESCIGNO, 19, Torino, 1986, S. 100 ff.

(34) In diesem Sinne und für die Zulässigkeit des Treuhandvertrags mit den angegebenen Eigenschaften in unserer Rechtsordnung: Kassationsg. 5663/88 *Foro it.*, 1989, I, S. 101; 560/85, *ebenda*, Rep. 1987, Stichw. *Contratto in genere*, Nr. 295; 6423/84, *a.O.*, Rep. 1985, Stichw. *Simulazione civile*, Nr. 8. Für die spezielle Vollstreckung des *pactum fiduciae* spricht sich Kassationsg. Ver. Sen., 6478/84 aus, *ebenda*, 1985, I, S. 2325, mit Anm. von MAZZIA. Diese Rechtsmeinung ist inakzeptabel, da sie nicht auf gesetzlichen Grundlagen beruht und, meiner Ansicht nach, durch die hier besprochene Entscheidung überholt ist.

(35) Den gegenteiligen Fehler macht, wer das *lease-back* für eine Verfallsabrede hält. In diesem Fall ist die Verallgemeinerung der Schlussfolgerung wegen der Schätzung der erworbenen Sache, des professionellen Charakters der Leasing-Gesellschaft und des Fehlens einer *causa credendi* nicht möglich.

die Parteien in ihrem Verhältnis weder kaufen noch verkaufen, sondern lediglich eine Absicherung bieten wollten. Eine Vereinbarung zwischen zweien kann außerdem nicht zu einer echten Vermittlung, sondern nur zu einer scheinbaren führen. Offensichtlich ist auszuschließen, dass ein Scheingeschäft dieselbe Wirkung hat wie ein wirkliches Realgeschäft. Zu diesem widersprüchlichen Ergebnis führt dagegen die Auffassung, die diese Art von Geschäft zu einem Treuhandvertrag nach römischem Recht erklärt. Konsequenterweise muss man daher zugeben, dass der Scheinverkäufer die Sache beanspruchen kann, die Gläubiger gegen ihn vollstrecken können und die Sache zu seiner eventuellen Konkursmasse hinzutreten kann, weil sonst betrügerischer Bankrott vorliegt (Art. 216 I Satz 1, III Konkursgesetz).

Die Entscheidung unserer Vereinigten Senate zeigt in der Begründung, dass sie im Prinzip diesen Gedanken folgen, wenn sie bemerken, dass beim Verkauf mit Abmachung eines Wiederkaufsrechts zum Garantiezweck eine bewusste Divergenz zwischen dem Hauptanliegen der Parteien und dem typischen Rechtsgrund des Verkaufs auszumachen ist.⁽³⁶⁾ Dies entspricht einer Anerkennung des Scheincharakters..

Die wichtigste Neuigkeit dieser Entscheidung ist meines Erachtens die Ablehnung der *fiducia* nach Römischem Recht in ihren Hauptmerkmalen. Ich beziehe mich dabei auf die Abschnitte, in denen die Übertragung der Sache als kausal und nicht als abstrakt (oder *fiduciae causa*) angesehen wird und die Vereinbarung zwischen den Parteien als Rechtsgrund des Geschäfts und nicht als einfaches Motiv.⁽³⁷⁾ Von Bedeutung ist außerdem der andere Abschnitt, in dem ausgeschlossen wird, dass hier eine endgültige Abtretung des vollständigen Eigentums in Analogie zur römischen *mancipatio* vorliegt, während dagegen höchstens ein provisorisches Eigentum angenommen werden

Dies schließt nicht aus, dass es sich bei speziellen Umständen um eine Verfallsabrede handeln kann.

(36) Für diesen Gesichtspunkt: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, S. 248 ff.

(37) Der Treuhandvertrag, der in der Schweizer Rechtsordnung vorgesehen ist, ist vom Schweizer Bundesgericht im Urteil vom 13. Juli 1973 als Kausalgeschäft angesehen worden (*causa mandati*). Damit wurde eine Entscheidung des Gerichts Lugano vom 21. September 1971 zum Bankrott der Banca Vallugano für nichtig erklärt und die frühere Rechtsmeinung, die vom abstrakten Charakter des Vertrags ausging, verworfen. Vor Kurzem ist in Italien Art. 30 Gesetzesverordnung Nr. 69 vom 2. März 1989 eingeführt worden, der in das Gesetz Nr. 151 vom 27. April 1989 umgewandelt wurde. Dort wird das Treuhandeigentum, das anderen gehört, zu Lasten des Treugebers besteuert. Dies ist ein weiteres Argument gegen die Treuhanderschaft römischer Prägung.

kann.⁽³⁸⁾ Die einzige in unserer Rechtsordnung zulässige Treuhandenschaft, die sich auf eine Reihe von erlaubten Fällen bezieht, wobei Immobilien mit Sicherheit ausgeschlossen sind, bleibt letztlich die Treuhandenschaft, die sich auf formale Rechtstitel bezieht (d.h. die *fiducia* deutscher Art).

7. – Nach diesem Exkurs kehren wir wieder zur Diskussion der Veräußerung von Immobilien zum Absicherungszweck zurück.

Damit es zu einer Löschung der Eintragung des Eigentümers bzw. Schuldners kommt, ist es erforderlich, auf ein Scheingeschäft zurückzugreifen, das eintragungsfähig ist, wobei die übliche Form die eines Scheinverkaufs ist. Dieser hat jedoch, da es sich um ein Scheingeschäft handelt, theoretisch keinerlei eigentumsübertragende Wirkung, so dass das Eigentum beim Verkäufer bleibt und der Gläubiger nicht zum Eigentümer wird.

Bis das Scheingeschäft und die daraus folgende Wirkungslosigkeit durch ein Urteil als solche festgestellt und verworfen sind, vergeht allerdings Zeit, während der dem Eigentümer bzw. Schuldner "die Hände gebunden" sind und er gegenüber Dritten nicht frei über die Sache verfügen kann. Diese Situation ist Teil der *ratio*, welche die Grundlage des Verbots der Verfallsabrede ist.

Damit eine Verfallsabrede vorliegt, muss über die rein faktische Absicherung hinaus zwischen beiden Parteien auch ein Einvernehmen über die endgültige Abtretung der Sache an den Gläubiger zur Begleichung der Forderung vorliegen. Diese Abtretung ist virtuell in der Veräußerung zum Absicherungszweck enthalten, und die wenn auch nur eventuelle Verfügung der Sache zugunsten des Gläubigers ist bis zum Beweis des Gegenteils anzunehmen. Der Verkauf "verschleiert daher eine Verfallsabrede," die nach Art. 1417 ZGB nachgewiesen werden kann. Er ist nämlich Voraussetzung für den Ausgleich der Forderung, welche durch die Vorsichtsmaßnahme der Übertragung abgesichert ist, und nicht für einen Tausch der Sache gegen den Preis. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist der Verkauf dem Teil, der die Verfügung enthält, ersichtlich eine verschleierte Verfallsabrede. Was in unserem Fall sicher nicht angenommen werden kann, ist ein indirektes Geschäft, denn dann würde ein Scheingeschäft als Mittel für einen weiteren Zweck benutzt.⁽³⁹⁾

(38) Über das provisorische Eigentum: M. ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, 1930, S. 69 ff.; U. NATALI, *La proprietà*, Milano, 1962, S. 145-154; PELOSI, *La proprietà risolubile*, Milano, 1975.

(39) Das indirekte Geschäft setzt voraus, dass das Geschäft, welches als Mittel dient, echt ist und kein Scheingeschäft.

Um die Ergebnisse zusammenzufassen, kann die Schlussfolgerung keine andere sein als die, dass das durch die Veräußerung zum Absicherungszweck verschleierte Scheingeschäft, sei es mit aufschiebender oder auflösender Bedingung, in seinem einheitlichen Charakter (der in sich die Absicherungs- und Befriedigungsfunktion enthält) eben in einer Verfallsabrede besteht, die nach Art. 2744 ZGB und entsprechend der oben dargelegten *ratio* verboten ist.

Dieser Beitrag wird zitiert bei:

L. BARBIERA, *Codice civile commentato*, Giuffrè, 1991, S. 237, S. 247 (wo meine Auffassung von der Nichtanwendbarkeit von Treuhandgeschäften auf Immobilien abgelehnt wird); C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Torino 1993, I, S. 686, Anm. 15; G. GITTI, *Diritto del patto commissorio ecc.*, in *Riv. trim. Dir. e proc. civ.*, 1993, I, S. 461, Anm. 9.