



ASDA | SVLR

ASSOCIATION SUISSE DE DROIT AERIEN ET SPATIAL
SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR LUFT- UND RAUMRECHT

BULLETIN

**Schweizer
Fachzeitschrift
für Luft- und
Weltraumrecht**

**2011
Nr. 143**

IMPRESSUM

ASDA/SVLR-Bulletin

REDAKTION

lic. iur. Reto Dubach
Fürsprecher, Bern
reto.dubach@bazl.admin.ch
+41 31 325 80 39

BEIRAT DER REDAKTION

Prof. Dr. Regula Dettling-Ott
Rechtsanwältin, Winterthur

lic. iur. Dunja Koch, LL.M.
Rechtsanwältin, London

Dr. Daniel Kunz
Fürsprecher, Stettlen

Dr. Pierre Moreillon
Avocat, Lausanne

Prof. Dr. Roland Müller
Rechtsanwalt, Staud/SG

Dr. Philipp Perren
Dipl. Masch.-Ing. ETH / Rechtsanwalt,
Landikon-Birmensdorf

Dr. Francis Schubert
Genève

PD Dr. Stefan Vogel
Rechtsanwalt, Fällanden

Prof. Dr. Alexander von Ziegler
Rechtsanwalt, Maur / Zürich

PRÄSIDENTIN

Dr. Gabriele Hofmann-Schmid
Rechtsanwältin, Hersberg

ABONNEMENTE / MITGLIEDSCHAFT

Bestellungen bei Sekretariat ASDA/SVLR,
Dr. Heinrich Hempel
Schiller Rechtsanwälte AG
Kasinostrasse 2, Postfach 1507
8401 Winterthur
Tel. +41 52 269 16 16, Fax +41 52 269 16 00
hempel@schillerlegal.ch

DRUCK

Ziegler Druck- und Verlags-AG
8401 Winterthur

Vorwort des Redaktors 4

Abhandlungen

La navigation aérienne dans les espaces aériens contaminés
par les cendres volcaniques **6**
Francis Schubert

Verpfändung von Luftfahrzeugen mittels der schweizerischen
Luftfahrzeugverschreibung **22**
Maya McNally

Le droit applicable au transfert de la propriété d'un aéronef :
considérations tirées de la pratique de l'aviation d'affaires **44**
Raphaël Baeriswyl/Caroline Amiel

Leasing von Triebwerken: Ausgewählte Rechtsfragen **64**
Dunja Koch

Vorläufige Schlussbilanz im Zürcher Flughafenstreit **82**
Heinrich Hempel

Les ultimes sursauts jurisprudentiels de la Convention de Varsovie ... **92**
Laurent Chassot

Zusammenstoss zweier Flugzeuge über dem Bodensee
am 1. Juli 2002 – Anwendbarkeit schweizerischen
Staatshaftungsrechts **106**
Isabelle Häner

LEASING VON TRIEBWERKEN: AUSGEWÄHLTE RECHTSFRAGEN

DUNJA KOCH*

Grenzüberschreitende Leasingkonstruktionen und Finanzierungen sind heutzutage in der Luftfahrt an der Tagesordnung. Die Leasingbranche für Triebwerke hat sich in den letzten 30 Jahren mehr oder weniger aus dem Nichts heraus entwickelt. Sie ist nun zu einem sehr wichtigen Teil der Luftfahrtindustrie geworden und ist wesentlich für die Finanzierungsstrategie einer Fluggesellschaft.

Den Anstoss dazu gaben die erhöhten Triebwerkpreise. Zum Beispiel wurde 2010 ein General Electric CF680 Triebwerk für USD 13 Mio. verkauft, das im Jahr 2000 USD 6,5 Mio. gekostet hatte. Eine ähnliche Preisentwicklung machte auch das GE90-115B Triebwerk, welches die Boeing 777 antreibt. Dieses Triebwerk kostet nun USD 32,5 Mio.¹

Wie die Luftfahrzeuge, an denen die Triebwerke montiert sind, werden diese meist grenzüberschreitend eingesetzt und befinden sich dadurch täglich in verschiedenen Rechtsordnungen. In den meisten Rechtsordnungen gilt die *Lex-rei-sitae*-Regel, wonach sich Erwerb und Verlust dinglicher Rechte nach dem Belegenheitsrecht zum Zeitpunkt des Rechtserwerbs richtet. Der daraus resultierende «*conflict mobile*» wirft kollisionsrechtliche Fragen auf. Diese Rechtslage wurde für Luftfahrzeuge durch das Genfer Abkommen von 1948 und die Kapstadt-Konvention von 2001 vereinfacht². Das letztgenannte Instrument gilt auch für Triebwerke. Da viele Staaten die Kapstadt-Konvention noch nicht ratifiziert haben (unter ihnen die Schweiz), wirft die Rechtslage für Triebwerke nach wie vor komplexe Fragen auf.

Dieser Beitrag soll auf immer wieder relevante Rechtsfragen eingehen, wie beispielsweise den Erwerb von Triebwerken und deren Finanzierung sowie die Sicherung der entsprechenden Darlehen.

1. Erwerb von Triebwerken

1.1. Rechtliche Qualifikation

Triebwerke gelten in ihrer Eigenschaft als bewegliche körperliche Sachen im schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB)³ als Fahrnis. Auch Luftfahrzeuge sind Mobilien, allerdings gelten für Luftfahrzeuge

* Lic. iur., LL.M. Rechtsanwältin in London

¹ JON SHARP, *Aircraft Engine Leasing: 2011 and Beyond*, in: *Transport Journal*, Januar 2011, S.9.

² Dazu 2.2.3.

³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

Sonderregeln, nämlich das Bundesgesetz über das Luftfahrzeugbuch (LBG)⁴. Während Luftfahrzeuge im schweizerischen Luftfahrzeugbuch registriert werden können und somit ähnlichen Regeln wie Grundstücke unterliegen, sind Triebwerke immer Gegenstand des Fahrniseigentums. Die Eigentumsrechte und die beschränkten dinglichen Rechte sind in Art. 441 ff., 713 ff. und 730 ff. ZGB geregelt.

In Rechtsordnungen, die auf römischem Recht beruhen, wird die wichtige Frage, ob Triebwerke Zugehör oder Bestandteil sind, je nach Land unterschiedlich beantwortet.⁵ Während in der Schweiz Triebwerke grundsätzlich als Zugehör gelten⁶, sieht Art. 22 Abs. 1 LBG folgende Lösung vor:

«Bestimmt bezeichnete Triebwerkeinheiten, welche mit einem Luftfahrzeug im Luftfahrzeugbuch eingetragen sind, gelten unabhängig von ihrer tatsächlichen Verbindung zum Luftfahrzeug als dessen Bestandteile.»

Triebwerke, die als Bestandteile gelten, folgen somit dem Schicksal der Luftfahrzeuge nicht nur, wenn sie am Tragwerk montiert sind, sondern auch, wenn sie vom Luftfahrzeug getrennt werden. So umfasst beispielsweise eine auf dem Luftfahrzeug lastende Hypothek das in der Werft befindliche Triebwerk mit.⁷ Die vorübergehende Trennung schadet der Bestandteilsqualität eingetragener Triebwerke nicht, da die Publizität des Luftfahrzeugbuchs die Offenlegung der Eigentumsverhältnisse gewährleistet.⁸ Im Kontext einer Finanzierung wird eine Bank deshalb sicherstellen, dass der Eigentümer nicht nur das Luftfahrzeug, sondern auch jedes nummerierte Triebwerk, welches zusammen mit dem Luftfahrzeug finanziert wurde, im Luftfahrzeugbuch registrieren lässt.

Bemerkenswert ist, dass Art. 22 LBG den Begriff «Triebwerkeinheit» («*unità di propulsione*»; «*unità di propulsione*») benützt und nicht «Triebwerk». Das Gesetz enthält keine Legaldefinition zur Klärung, was unter diesem Begriff zu verstehen ist. Hingegen präzisiert die Botschaft des Bundesrates, dass Triebwerkeinheiten bei Kolbenflugzeugen aus Motor und Propeller und bei Strahlflugzeugen aus je einem vollständigen Antriebsaggregat bestehen⁹. Mit anderen Worten greift der Begriff der *Triebwerkeinheit* weiter als nur der *Motor* (zumindest bei

⁴ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1959 über das Luftfahrzeugbuch, SR 748.217.1.

⁵ Vgl. REULEAUX/TANNER, *Financing Aircraft Engines – Pitfalls and Solutions*, in: *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, 2007, S.33-44.

⁶ Vgl. Art. 22 Abs. 2 LBG. Sie würden wahrscheinlich ohnehin als Zugehör gelten. Die Bestandteileigenschaft setzt voraus, dass «Das Verhältnis der körperlichen Beziehung [...] ein derartiges sein [muss], dass ohne Zerstörung oder Beschädigung oder Veränderung der Hauptsache der Teil von dieser nicht abgetrennt werden kann», vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, Bern 1966, Art. 642 ZGB N12. Es gelten somit nicht als Bestandteile, «was lediglich eingeschraubt, angenagelt oder nur aufgestellt, montiert ist» (*Ibidem*, N13 mwN).

⁷ MAYA McNALLY, *Recht zur Sicherung und der Finanzierung von Luftfahrzeugen*, Diss. Luzern/Zürich 2009, S.51.

⁸ McNALLY (*op. cit.* Fn. 7), S.51.

⁹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Luftfahrzeugbuch (vom 18. März 1959), BBl 1959 452, 466.

Kolbenmotoren)¹⁰. Bei Turbinenmotoren gibt es daher keinen Grund, den Propeller bzw. den Rotor nicht auch als Teil der Triebwerkeinheit zu betrachten.

In diesem Beitrag wird nicht näher auf die Einzelheiten der Triebwerksqualität als Bestandteil oder Zugehör eingegangen. Im Vordergrund stehen Fragen rund um Reserve- und Ersatztriebwerke, welche unabhängig vom Luftfahrzeug finanziert werden. Diese werden nicht im Luftfahrzeugbuch eingetragen und gelten deshalb als Zugehör. Aus rechtlicher Sicht sind sie sonderrechtsfähig, d.h. sie haben einen vom Luftfahrzeug unabhängigen Bestand¹¹. Eigentum und andere dingliche Rechte an Ersatztriebwerken beruhen nicht auf der Publizität des Luftfahrzeugbuchs, sondern sind den strikten Anforderungen des ZGB unterstellt.

1.2. Erwerb zu Eigentum

1.2.1. Übertragung

Am Verkauf von Triebwerken sind häufig Parteien mit Sitz in verschiedenen Ländern beteiligt. Aus schweizerischer Sicht unterliegen die Transaktionen daher in der Regel ausländischem Recht (meist englischem oder New Yorker Recht). Gemäss Art. 116 des Gesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG)¹² ist eine Rechtswahl gültig. Kommt es aber zur Frage über Erwerb und Verlust dinglicher Rechte, so kann die Rechtswahl Dritten nicht entgegengehalten werden (Art. 104 Abs. 2 IPRG). In den meisten Rechtsordnungen gilt die *Lex-reatae*-Regel, wonach sich Erwerb und Verlust dinglicher Rechte nach dem Belegenheitsrecht im Zeitpunkt des Rechtserwerbs richtet (für die Schweiz vgl. Art. 100 IPRG). Aus Schweizer Sicht stellt sich die Frage der Anerkennung von dinglichen Rechten, die unter einem ausländischen Recht erworben worden sind. In diesem Zusammenhang können Art. 14 (Rück- und Weiterverweisung), Art. 17 (Vorbehaltsklausel) und Art. 18 (zwingende Anwendung des schweizerischen Rechts) IPRG oder

¹⁰ Hingegen ist die im Protokoll zum Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung betreffend Besonderheiten der Luftfahrzeugausrüstung vom 16. November 2001 («Kapstadt-Konvention» vgl. dazu hinten 3.2.3.) enthaltene Definition restriktiver: «Flugzeugtriebwerke» bedeutet Flugzeugtriebwerke (ausgenommen solche, die im Militär-, Zoll-, oder Polizeidienst verwendet werden) mit Strahlantrieb oder Turbinen- oder Kolbentechnologie, die i) im Fall von Flugzeugtriebwerken mit Strahlantrieb einen Schub von mindestens 1750 lbs (Pounds) oder einem entsprechenden Wert haben, und ii) im Fall von Flugzeugtriebwerken mit Turbinen- oder Kolbantrieb eine Nennstartleistung von mindestens 550 PS oder einen entsprechenden Wert haben, nebst allen Modulen und anderen befestigten, eingebauten oder angebrachten Teilen sowie allen dazugehörigen Angaben, Handbüchern und Auszeichnungen.»

¹¹ McNALLY (*op. cit.* Fn. 7), S.52.

¹² Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht, SR 291.

gar die Bestimmungen des ausländischen Rechts¹¹ dazu führen, dass materielles Schweizer Recht anwendbar ist, falls sich ein Triebwerk zum Zeitpunkt des Erwerbs in der Schweiz befand (oder eventuell nur an einem in der Schweiz registrierten Flugzeug montiert war)¹⁴. Somit sind trotz Rechtswahl die schweizerischen Anforderungen über die Eigentumsübertragung nach dem ZGB zu erfüllen.

Gemäss Art. 714 Abs. 1 ZGB bedarf es zur Übertragung von Fahrniseigentum des Übergangs des Besitzes auf den Erwerber. Auf diese Weise überträgt beispielsweise ein Triebwerkhersteller das Eigentum an einem Triebwerk auf den Erwerber. Während der Lebenszeit eines Triebwerks kann aber das Eigentum auch mehrmals übertragen werden, ohne dass jedes Mal Besitz übertragen wird. In manchen Fällen wäre es sehr unpraktisch, wenn ein Triebwerk, ob an einem Tragwerk montiert oder davon getrennt, an den Käufer übergeben werden müsste. Weder der Verkäufer noch der Käufer werden den logistischen Aufwand der physischen Übergabe auf sich nehmen.

Das Schweizer Recht lässt grundsätzlich eine Eigentumsübergabe ohne Besitzwechsel gemäss Art. 924 ZGB zu. Die in Frage kommenden Traditionssurrogate sind einerseits die *Besitzanweisung* in einem Drei-Parteien-Verhältnis und andererseits das *constitutum possessorium* in einer Zwei-Parteien-Transaktion.¹⁵ Die *Besitzanweisung* ist beispielsweise dann anwendbar, wenn ein Verkäufer ein Triebwerk an einen Leasingnehmer vermietet und es an einen Dritten zu Eigentum übertragen will. Bei einer solchen Vereinbarung erklären sich die Parteien einverstanden, dass das Triebwerk nicht hin- und hergeschoben wird, sondern vielmehr im Besitz des Leasingnehmers bleibt¹⁶. Dies wird dadurch er-

¹¹ Die *Lex-re-sitae*-Regel wurde in England letztes Jahr in einem wichtigen Entscheid zum Teil bestätigt und zum Teil ergänzt. Siehe dazu die Entscheidung des Englischen High Courts in Sachen *Blue Sky One Limited and Others v Maban Air and Another* (2010) EWHC 631 (Comm), in der festgehalten wurde, dass die Frage der Gültigkeit einer Verpfändung/Eigentumsübertragung auf dem Sachstatut beruht, d.h. auf dem Recht des Lageorts der beweglichen Sache im Zeitpunkt des rechtsgeschäftlichen Vorgangs. Das Gericht hielt fest, dass man das materielle inländische Recht anwenden muss. Es handelt sich um eine Sachnormverweisung, die die Rück- und Weiterverweisung auf ein anderes ausländisches Recht ausschliesst. Je nach Rechtsordnung bedeutet dies für gewisse Transaktionen, dass – während es aus steuerrechtlichen Sicht vorteilhaft wäre, eine Eigentumsübertragung in internationalem Luftraum vorzunehmen – dies aus juristischer Sicht nicht immer empfehlenswert ist.

¹⁴ Die oben genannte *Blue-Sky*-Entscheidung erwähnt auch die Möglichkeit einer Anknüpfung an das Recht des Registerstaates. Da Triebwerke nirgendwo registriert werden können, bestünde die Möglichkeit einer Verweisung zum Registerstaat des Flugzeugs, an dem sie montiert sind.

¹⁵ Immerhin muss für das *constitutum possessorium* Art. 717 ZGB beachtet werden: «Bleibt die Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräusserer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit ihre Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist» (Abs. 1). «Das Gericht entscheidet hierüber nach seinem Ermessen» (Abs. 2). Vgl. dazu SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, *Sachenrecht*, Zürich 2009, RN1093 und dort zitierte Autoren.

¹⁶ Eine Besitzübergabe ohne Übertragung setzt voraus, dass die Parteien sie vereinbart haben: BGE 112 II 444, 449.

reicht, dass der Verkäufer dem Käufer eine Verkaufsurkunde (*Bill of Sale*) aushändigt, welche die Eigentumsübergabe mit Verkaufspreis an den Käufer bestätigt.¹⁷ Der Eigentumsübertragungsvertrag sieht manchmal auch die Übergabe einer sogenannten *Effective Time Notice* vor, ein Dokument, welches den genauen Zeitpunkt festhält, bei welchem Rechte aus dem Kaufvertrag auf den Käufer übergehen. Um gegenüber der Airline wirksam zu sein, muss diese vor der Eigentumsübertragung angewiesen werden, dass sie nun unmittelbare Besitzerin für den Käufer ist (Art. 934 Abs. 2 ZGB; Besitzeanweisung).

In der Praxis wird die Eigentumsübertragung an eine Übernahme des Leasingvertrags durch den Käufer gekoppelt, was gleichzeitig die Voraussetzung der in Art. 924 Abs. 2 ZGB erwähnten Anzeigepflicht an den Dritten erfüllt. Die Übernahme des Leasingvertrags geschieht meistens durch einen Novationsvertrag. Gemäss dem Novationsvertrag bestätigt der Leasingnehmer, dass seine Pflichten unter dem neuen Leasingvertrag gegenüber dem Käufer bestehen bleiben.

Das *constitutum possessorium*, welches die zweite Variante des Besitzerwerbes ohne Übergabe gemäss Art. 924 ZGB darstellt, ist im Rahmen eines *Sale and Lease Back* relevant.

1.2.2. Sale and Lease Back

Das *Sale and Lease Back* ist eine Sonderform des Leasings, bei der eine Luftfahrtgesellschaft ein Triebwerk an eine Leasinggesellschaft verkauft und es zur weiteren Nutzung gleichzeitig wieder zurück mietet. Aus der Sicht des Verkäufers liegt dem Vorgang oftmals eine Portfoliobereinigung zu Grunde.¹⁸ Durch den Kaufpreis setzt die Airline Kapital frei und erhöht kurzfristig ihre Liquidität. Dies geschieht, ohne dass sie auf die Nutzung des Triebwerks verzichten muss. Dass die Luftfahrtgesellschaft nicht mehr Eigentümerin ist und damit zukünftig an möglichen Wertsteigerungen nicht teilhaben kann, nimmt sie in Kauf. Ihr Ziel ist nicht die Investition in Triebwerke.

Käufer in *Sale-and-Lease-Back*-Transaktionen sind oft Leasingunternehmen (wie ELF und Willis Lease), die einen grossen Teil ihrer Triebwerke mittels *Sale and Lease Back* erwerben, weil somit durch das Leasing sofort ein gewinnbringendes Geschäft begonnen werden kann.¹⁹

¹⁷ Aus Schweizer Sicht ist die *Bill of Sale* kein Wertpapier, d.h. das Eigentumsrecht folgt nicht dem Recht an der *Bill of Sale*. Es ist bloss eine Urkunde, in welcher die Eigentumsübergabe bestätigt wird. Deshalb wird die Eigentumsübertragung eines Flugzeuges nicht durch die *Bill of Sale* bewirkt, sondern durch Besitzesübertragung oder Eintragung im Luftfahrzeugbuch.

¹⁸ Nicht nur Airlines sondern auch Hersteller beteiligen sich in ihrer Eigenschaft als Verkäufer an *Sale-and-Lease-Back*-Transaktionen. Rolls Royce z.B. streicht die Triebwerke durch Verkauf an eine amerikanische Zweckgesellschaft (US LLC) aus ihrer Bilanz, um diese dann zurückzuleasen und den Airlines zum Teil als *Total Care Package* anzubieten (siehe unten 1.3.1.2.).

¹⁹ JON SHARP (*op. cit.* Fn. 1), S.9.

Sale and Lease Back kann jedoch zum Streitpunkt werden, wenn es um die Gültigkeit der Eigentumsübergabe geht. Wie oben erwähnt, kann in einem Zwei-Parteien-Verhältnis Eigentum mittels Besitzeskonstitut (*constitutum possessorium*) auch ohne Besitzwechsel übertragen werden. Ein durch Besitzeskonstitut erworbenes Eigentum ist jedoch gemäss Art. 717 ZGB unwirksam, wenn damit die Benachteiligung Dritter oder die Umgehung des Faustpfandprinzips bezweckt wurde²⁰.

Deshalb wird nach Ansicht mancher Autoren und nach älterer Rechtsprechung²¹ ein durch Besitzeskonstitut erworbenes Eigentum unter Berufung auf Art. 717 ZGB in Verbindung mit Art. 884 ZGB als unwirksam angesehen²². Entgegen dem Wortlaut von Art. 717 ZGB («beabsichtigt»), stellen diese Autoren nicht auf das subjektive Element, die Absicht der Parteien, ab. Das aus dieser Ansicht folgende Verbot des besitzlosen Pfandes würde damit schlicht kein *Sale and Lease Back* zulassen.

Dies würde bedeuten, dass im Falle eines Konkurses eines Schweizer Leasingnehmers der Konkursverwalter dem Eigentümer kein Aussonderungsrecht am Triebwerk aus der Vermögensmasse gewähren würde.²³

Ein andere, neue Tendenz²⁴ bemängelt, dass das Schweizer Sachenrecht die dinglichen Rechte zu restriktiv behandelt. In der Tat ist es bei *Sale and Lease Back* von Triebwerken heutzutage schwierig, die Auffassung zu vertreten, dass solche Transaktionen ein Umgehungsgeschäft seien und den Anforderungen des Schweizer Konkursrechts nicht standhielten. Erstens ist heute bekannt, dass viele – wenn nicht die meisten – Triebwerke von Airlines geleast sind.²⁵ Zweitens hat der Verkaufspreis eines Triebwerks in einer *Sale-and-Lease-Back*-Transaktion einen Marktwert, den die Airline verbuchen kann. Somit entsteht keine Vermögensverminderung.

1.2.3. Portfolios

Übertragung von Eigentum an einer Vielzahl von Triebwerken (Portfolio) kann nach dem oben Gesagten wegen der Mobilität der Triebwerke und den jeweils anwendbaren sachenrechtlichen Regeln der verschiedenen Rechtsordnungen sehr aufwändig sein. Ein Portfolio von 20 Trieb-

²⁰ Zum Thema vgl. PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Band II, Bern 1994, RN2020 ff.

²¹ Vgl. DANIEL GIRSBERGER, *Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing*, Zürich 1997, RN263, und dort zitierte Autoren, sowie BGE 119 II 236.

²² GIRSBERGER (*op. cit.* Fn. 21), RN263.

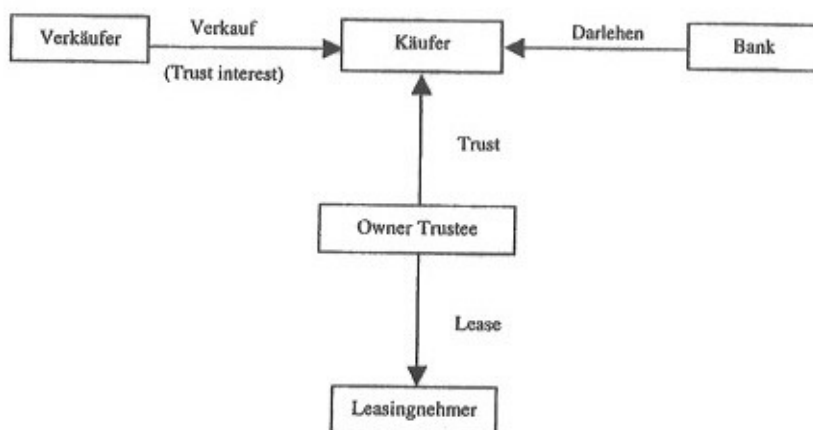
²³ Dies ist nur dann problematisch, wenn der Verkäufer des Triebwerks ein Schweizer Unternehmen ist. Das Schweizer Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) ist nicht auf den Fall anzuwenden, wo *Sale and Lease Back* zwischen Leasingunternehmen und ausländischen Zweckgesellschaften, welche Triebwerke an eine Schweizer Airline unterleast, stattfinden.

²⁴ Vgl. GIRSBERGER (*op. cit.* Fn. 21), RN265; ZOBL/THURNHERR, *Berner Kommentar*, Bern 2010, Art. 884 ZGB, RN 493; THOMAS BAUER, *Basler Kommentar*, Basel 2007, Art. 884 ZGB, RN11 ff., je mit zahlreichen Nachweisen.

²⁵ Swiss International Air Lines hat heute zwölf Reservetriebwerke, von denen acht geleast sind. Die anderen vier Triebwerke besitzt Swiss zu Eigentum.

werken, die an 20 verschiedene Airlines und Wartungsgesellschaften vermietet werden, kann beim Verkauf 20 oder mehr verschiedene Eigentumsübertragungen erfordern. Deshalb werden Portfolios gerne in einer Struktur zusammengefasst, die als gesamte Einheit verkauft werden kann. Die US amerikanische *Owner-Trustee*-Struktur ist für Übertragungen von Portfolios besonders geeignet, da mittels des Trusts auf unterer Ebene keine Eigentumsübertragungen von Triebwerken notwendig sind. In diesen Strukturen bleibt der bisherige *Owner Trustee* Eigentümer aller Triebwerke. Der Verkäufer verkauft lediglich sein Recht im Trustverhältnis, und der *Owner Trustee* wird mit dem Verkauf zum *Trustee* des Käufers.

US Owner Trust Struktur



1.3. Leasing

1.3.1. Die Parteien

Beim Leasing von Luftfahrzeugen sowie Triebwerken stammen die beteiligten Parteien (Finanzierungsinstitut / Eigentümer / Leasingnehmer) häufig aus verschiedenen Ländern und unterstehen damit verschiedenen Rechtsordnungen.

1.3.1.1. Finanzierungsinstitute

Die Finanzierung von Triebwerken ist bei vielen Banken unbeliebt, was nicht zuletzt auf die sachenrechtlichen Besonderheiten (insbesondere Sicherheiten) zurückzuführen ist. Bei der französischen Bank *Crédit Agricole CIB* liegt der Anteil der Triebwerkfinanzierungen unter 5% ihres Gesamtportfolios. Das Portfolio an Triebwerkfinanzierungen der *Norddeutschen Landesbank (NordLB)* liegt immerhin bei ca. USD 480 Mio., während aber ihr Flugzeugportfolio eine Größenordnung von EUR 7,5 Mrd. aufweist.

Bis heute gibt es keine Schweizer Bank, die Triebwerke finanziert und keine Schweizer Leasinggesellschaft, die Triebwerke anbietet.

1.3.1.2. Triebwerk-Leasinggesellschaften

Die wichtigsten Leasingunternehmen sind in Irland oder in der USA beheimatet. Im Gegensatz zum Flugzeugleasing ist der Markt für Triebwerke jedoch viel kleiner. 80% des Leasingmarkts wird von unabhängigen Leasinggesellschaften und Triebwerkherstellern kontrolliert. Zu den grossen unabhängigen Leasingunternehmen zählen Engine Lease Finance Corporation (ELF, die ca. 240 Triebwerke verwaltet und v.a. *Operating Lease* anbietet) sowie Willis Lease.

Triebwerkhersteller haben ihre Stellung als Leasinggeber ausgebaut und bieten ihren Kunden zusätzlich ein umfassendes Unterhaltskonzept an.²⁶ Mit diesem lukrativen Geschäft bieten Hersteller bzw. deren Tochtergesellschaften oder Joint Ventures²⁷ Leasing, Unterhalt, Reparatur und Revisionsarbeiten an. Beworben werden diese Angebote mit den Argumenten, dass der Restwert (*residual value*) der Triebwerke gesteigert und damit das finanzielle Risiko minimiert werde und sich die Airline auf ihr Kerngeschäft konzentrieren könne.²⁸

1.3.1.3. Leasingnehmer

Leasingnehmer sind meist Airlines und Wartungsgesellschaften, die den Airlines Ersatztriebwerke anbieten, wenn sie eines zur Reparatur oder Wartung in die Werkstatt bringen.

Bei manchen Strukturen sind die Leasingnehmer auch selber Leasinggesellschaften, die ihre Triebwerke in eine Zweckgesellschaft ausgelagert haben und sie im Rahmen eines Unterleasing oder *Pooling* den Airlines anbieten.²⁹

1.3.2. Leasingarten

Da bei typischen Leasingtransaktionen keine Schweizer Parteien beteiligt sind, ausser eventuell einem Schweizer Leasingnehmer, sind die Leasingvereinbarungen meistens englischem und New Yorker Recht unterworfen. Nach Art. 116 IPRG ist eine solche Rechtswahl zulässig.

²⁶ Rolls Royce bietet das sogenannte *Total Care Programm* (TCA) an. Swiss hat für ihre gesamte A330 Flotte ein TCA mit Rolls Royce abgeschlossen. Zum TCA, vgl. <http://www.rolls-royce.com/civil/services/totalcare/>.

²⁷ Shannon Engine Support (SES) ist die Tochtergesellschaft von CFM. Die CFM wiederum ist ein Joint Venture zwischen General Electric Company and Snecma und verwaltet 250 CFM56, vgl. <http://www.ses.ie/about-ses.html>. Rolls-Royce Capital bietet kurz- und langfristiges Leasing an. Sie haben den grössten Bestand an Rolls-Royce und International Aero Engine (IAE) Triebwerken. Zur Zeit befinden sich 290 Triebwerke mit einem Wert von USD 1,5 Milliarden in ihrem Portfolio, vgl. <http://rrpf.rolls-royce.com/RRPF>.

²⁸ Vgl. <http://www.rolls-royce.com/civil/services/totalcare/>.

²⁹ Z. B. Willis Lease, vgl. <http://www.willisleasepooling.com/>.

1.3.2.1. Operating Leasing

Ein sogenanntes *Operating Leasing* erstreckt sich in der Regel über einen längeren Zeitraum, meistens über drei Jahre. Im Leasing werden Lieferungs- und Rücklieferungsvoraussetzungen und die Leasingdauer vereinbart. Die Airline zahlt für das Triebwerk eine Miete unabhängig davon, ob dieses am Tragwerk montiert ist, und trägt normalerweise die Verantwortung der Wartung während der Leasingzeit. Leasingverträge sind eine erfolgreiche Lösung, wenn der zu erwartende Gebrauch über einen bestimmten Zeitraum hoch ist und wenn eine Airline nicht in der Lage ist, selber Ersatzteile zu erwerben.

1.3.2.2. Kurzzeit-Leasing

Die einfachste Option ist das *Ad hoc Short-term Lease*. Normalerweise ist im Kurzzeit-Leasing keine minimale Leasingzeit einzuhalten. Leasingnehmer zahlen für die Anzahl Tage, für die sie das Triebwerk nutzen und liefern dieses zurück, sobald sie keinen Bedarf mehr dafür haben. Um die hohen Kosten zu reduzieren, versuchen die Airlines, die geleasten Triebwerke so schnell wie möglich zurückzugeben.

1.3.3. Pooling

Beim Triebwerk-*Pooling* vereinbaren die Mitglieder des Pools, dass sie sich gegenseitig eine bestimmte Anzahl von Triebwerken zur Verfügung stellen. Ein Triebwerk wird somit immer wieder am Tragwerk eines anderen Flugzeuges (derselben oder einer anderen Airline) montiert.

Für *Pooling*-Mitglieder hat es den Vorteil, dass sie keine Lease-Verträge verhandeln müssen und die Triebwerke ohne grossen Aufwand nutzen können, wenn und wann sie sie brauchen.

Leasingunternehmen wie z.B. Willis Lease bieten ein *Pooling*-Programm an, das nach Regionen aufgeteilt ist.³⁰

Die Diskussion um das Triebwerk-*Pooling* ist eng mit der Frage nach der Qualität der Triebwerke als Bestandteil oder Zugehör verknüpft³¹. Triebwerk-*Pooling* ist bei Banken nicht beliebt. Rechtlich wird das Triebwerk damit bei jeder Rotation Bestandteil oder Zugehör eines anderen Luftfahrzeuges und kann in das Haftungssubstrat des neuen Flugzeuges fallen. Je nach ausländischer Rechtsordnung können die grenzüberschreitenden Kollisionen zu unerwünschten Resultaten führen.³²

Manchmal können die Leasinggesellschaften und/oder Banken durchsetzen, dass sich Airlines in einem sogenannten *Recognition of Rights Agreement* (RORA) verpflichten, die Rechte (insbesondere Eigentum und andere dingliche Rechte) der Eigentümer und Banken anzuerkennen. Die RORAs gehen noch einen Schritt weiter, da sie oftmals festhalten,

³⁰ Vgl. <http://www.willisleasepooling.com/>.

³¹ Vgl. oben I.1.

³² Vgl. ausführlich REULEAUX/TANNER (*op. cit.* Fn. 5).

dass alle Parteien, also auch Eigentümer und Banken, gegenseitig ihre jeweiligen Rechte anerkennen. Auch der sich aus der Eigenschaft der Triebwerke als Bestandteil oder Zugehör ergebenden spezifischen Problematik wird in RORAs Rechnung getragen: Die Parteien bestätigen, dass falls kraft anwendbaren Rechts eine Partei ein dingliches Recht an einem Triebwerk eines Dritten haben könnte, diese Partei sich bemüht, das Eigentum des Dritten wiederherzustellen.³³ Die Unterzeichnung solcher RORAs bedeutet jedoch einen logistischen Aufwand, der größeren Airlines je nach ihrer Bonität nicht immer aufgezwungen werden kann.

2. Finanzierung von Triebwerken

Triebwerke werden je nach Zweck und beteiligten Parteien auf unterschiedliche Art und Weise finanziert. Die Finanzierungsbedingungen sind umso günstiger, je besser die Finanzierung gesichert ist. Die Ausgestaltung der Sicherheiten bedarf hinsichtlich von Triebwerken besonderer Beachtung, da die beteiligten Parteien aus verschiedenen Rechtsordnungen stammen und die Triebwerke grenzüberschreitend eingesetzt werden.

2.1. Finanzierungsarten

2.1.1. Trust- und Fondsfinanzierung

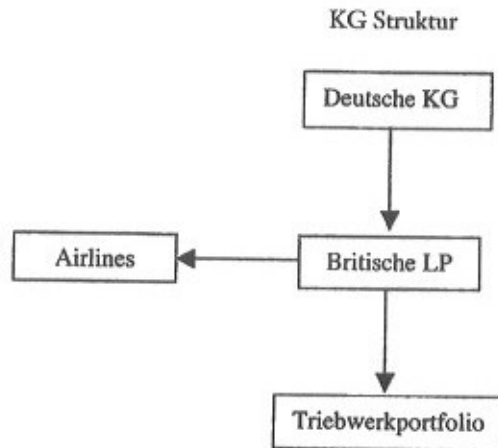
Da die Investition in Triebwerke relativ risikolos ist, kann sie für manche Anleger eine interessante Anlage sein. In den letzten Jahren haben Verbriefungen von Triebwerken in den USA (sogenannte *securitizations*)³⁴ und in Deutschland an Bedeutung gewonnen. Fondsgesellschaften erwerben ein Portfolio von Triebwerken, die an eine Vielzahl von Airlines und Wartungsgesellschaften vermietet werden. Die Fremdfinanzierung wird durch die Banken zur Verfügung gestellt.³⁵ In Deutschland wurde

³³ Beispiel einer solchen Klausel: «The parties acknowledge that, by operation of applicable law, a creditor party may be deemed to have an interest in, or to have granted or created an interest in or encumbered a third party engine. (...) No party shall be in breach of this agreement in such circumstances, but the parties agree and acknowledge that (...) a party will use reasonable endeavours to restore title to such creditor party.»

³⁴ In 2005 hat Willis erstmals ein Fondskonstrukt mittels Einbringung von Triebwerken in das Willis Engine Securitization Trust (WEST) und Ausgabe von Notes im Rahmen einer Privatplatzierung geschaffen. Die Kapitalerhöhung 2008 wurde von Calyon Securities finanziert. Vgl. Artikel vom 2. April 2008 «Willis Lease closes \$233 million private placement», <http://www.airfinancejournal.com/Article/2112399/Sectors/22102/Willis-Lease-closes-233-million-private-placement.html>.

³⁵ So hat sich die NordLB in 2007 mit 60% des Fremdkapitals an dem GSI Triebwerkfonds 2 beteiligt, Auskunft von Herrn MATTHIAS REULEAUX, Rechtsanwalt.

2007 ein Fonds aufgelegt¹⁶, in welchem die Triebwerke via eine Zweckgesellschaft an eine deutsche Kommanditgesellschaft (KG) angehängt waren.



2.1.2. Finanzierung für Hersteller

Wie oben erwähnt, bieten fast alle Hersteller das Leasing ihrer eigenen Triebwerke an. Dazu gründen sie eine Tochtergesellschaft wie z.B. SES (Tochtergesellschaft von CFM), Rolls Royce Capital etc.

2.1.3. Finanzierung für Airlines

Banken bieten auch die direkte Finanzierung einer Anzahl von Triebwerken für Airlines an. Bei dieser Art der Finanzierung wird eine Bank das grösste Risiko tragen, da sie meist keine Realsicherheit erhält.

2.2. Sicherung

Finanzierungen von Triebwerken, die mittels einer Zweckgesellschaft, einer US-amerikanischen *Owner Trustee* oder deutschen Kollektivgesellschaft strukturiert sind, bieten eine Reihe von Möglichkeiten der Sicherung von Darlehen. Aber auch wenn die Sicherungszession von Leasingverträgen und die Verpfändung der Aktien der Zweckgesellschaft üblicherweise vereinbart werden, wollen Banken zusätzlich eine Realsicherheit auf das Triebwerk selbst begründen, die man zur Not an Ort und Stelle vollstrecken kann. Hinzu kommt, dass die Eigenkapitalvorschriften vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht gemäss den EU-Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG seit dem 1. Januar 2007

¹⁶ Vgl. z.B. den Emissionsprospekt des GSI Triebwerksfonds 2 auf www.gsi-fonds.de/publikumsfonds/triebwerksfonds.

in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union von allen Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten angewendet werden müssen. Dies hat dazu geführt, dass die Banken ihre Sicherheiten nun stärker berücksichtigen.

2.2.1. Pfand

Wie oben erwähnt, besteht in der Schweiz kein Register, um die Triebwerke einzutragen. Es gibt deshalb keine Möglichkeit, daran eine Hypothek zu begründen. Die Ausnahme bilden Triebwerke, welche im Luftfahrzeugbuch zusammen mit einem Luftfahrzeug eingetragen sind und dadurch mit dem Luftfahrzeug verpfändet werden können. Für Ersatz- und Reservetriebwerke wird dies aber nur selten durchführbar sein, obwohl theoretisch eine Eintragung eines einzelnen Reservetriebwerkes im Luftfahrzeugbuch zusammen mit anderen Triebwerken (und einem Flugzeug) möglich wäre.³⁷

Für Reservetriebwerke stellt sich nun die heikle Frage, ob mangels der Möglichkeit der Einzelregistrierung eine Sicherheit nach Schweizer Recht begründet werden kann. In Betracht kommt im Schweizer Sachenrecht auf Grund des Prinzips des *numerus clausus* von Sicherheiten lediglich der Eigentumsvorbehalt nach Art. 715 ZGB³⁸ und das Pfand nach Art. 884 ZGB. Da im schweizerischen Recht das Faustpfandprinzip strikt verwirklicht wurde,³⁹ ist eine Sicherungsübereignung praktisch undurchführbar⁴⁰. Ebenfalls ist die Begründung des Pfandrechts mittels Besitzeskonstitut ausgeschlossen (siehe oben, Art. 717 ZGB). Die Anforderung der Besitzübertragung an den Gläubiger verunmöglicht damit in der Praxis im Zwei-Parteien-Verhältnis die Pfandbestellung als Sicherungsmöglichkeit.

Einzig mittels Pfandhalterschaft wäre ein Pfand nach Art. 884 ZGB denkbar. Dies aber nur dann, wenn sich das Triebwerk nicht im Eigentum der Airline, sondern eines Leasinggebers befindet. In einem Drei-Parteien Verhältnis (Bank – Eigentümer – Leasingnehmer) kann in dieser Konstellation der Eigentümer die Airline anweisen, das Triebwerk als Pfandhalterin für die Bank zu halten und das Darlehen so mit einem Pfand am Triebwerk besichern.⁴¹ Damit der Schuldner keinen Gewahrsam an den Triebwerken hat und die Airline als Pfandhalterin der Bank

³⁷ McNALLY (*op. cit.* Fn. 7), S.53.

³⁸ Da Triebwerke rechtlich als Fahrnis qualifizieren, stünde der Eigentumsvorbehalt zur Verfügung. In der Praxis wird von dieser Sicherheit jedoch nicht Gebrauch gemacht, da er nicht für den Fall der Miete, sondern der Abzahlungsgeschäfte gedacht ist, vgl. ZOBL/THURNHERR (*op. cit.* Fn. 24), Systematischer Teil, RN1713.

³⁹ Art. 884 ZGB: «Fahrnis kann, wo das Gesetz keine Ausnahme macht, nur dadurch verpfändet werden, dass dem Pfandgläubiger der Besitz an der Pfandsache übertragen wird.»

⁴⁰ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (*op. cit.* Fn. 15), RN2012 ff.

⁴¹ Das kann auch möglich sein, wenn die Airline das Triebwerk im Rahmen einer Pooling-Vereinbarung einer anderen Airline zur Verfügung gestellt hat und somit nur mittelbare Besitzerin ist, vgl. ZOBL/THURNHERR (*op. cit.* Fn. 24), Art. 884 ZGB, RN691.

gilt, müsste die Leasinggesellschaft ihren Herausgabeanspruch gemäss Leasingvertrag an die Bank abtreten.⁴²

Was die Wirkung des Pfandes mittels Pfandhalterschaft im Konkurs betrifft, so wird das Pfand grundsätzlich anerkannt. Wenn sich jedoch das Triebwerk nur im Besitz nicht aber im Eigentum eines Schweizer Leasingnehmers befindet, wird dieses aber nicht in die Konkursmasse fallen, da der Eigentümer sein Aussonderungsrecht im Schweizer Konkurs geltend machen kann. Nur falls ein Konkursverwalter die Ansicht vertritt, dass das Eigentum wegen eines unwirksamen *Sale and Lease Back* nicht anerkannt sei, könnte sich die Frage der Wirksamkeit des Pfandes in einem Drei-Parteien-Verhältnis im Schweizer Konkurs stellen. Falls nun aber ein *Sale und Lease Back* unwirksam wäre⁴³, müsste das Pfand automatisch unwirksam sein, denn das ganze Drei-Parteien-Verhältnis würde damit hinfällig.

Zusammenfassend kann man festhalten: Wenn eine Sicherheit auf einem Triebwerk begründet werden soll, das im Eigentum eines Schweizer Schuldners steht, ist dies nach Schweizer Recht wegen des Verbots des besitzlosen Pfandes nicht möglich. Wenn der Schweizer Leasingnehmer nicht Eigentümer ist, kann mittels Pfandhalterschaft ein Pfand begründet werden, das konkursfest ist.

2.2.2. Mortgage

Wie oben ausgeführt kann es in der Schweiz schwierig sein, Sicherungsrechte an Triebwerken zu begründen. Die beteiligten Parteien versuchen daher oftmals, in anderen Rechtsordnungen Sicherheiten zu begründen und wenn möglich registrieren zu lassen. Dies selbst dann, wenn das Triebwerk in der Schweiz gemietet wird.

Staaten wie England oder die USA bieten in Form eines *Mortgage* die Möglichkeit an, ein besitzloses Pfandrecht an Triebwerken einzuräumen.

In England können Triebwerke in einer Pfandverschreibung (*Mortgage Agreement*) verpfändet werden, und dies obwohl die Pfandverschreibung nicht im Aircraft Mortgage Register der UK Civil Aviation Authority (CAA) registriert werden kann. Falls der Eigentümer ein englisches Unternehmen ist, kann eine Pfandverschreibung im englischen Handelsregister (*Companies House*) registriert werden. Nach englischem Recht schafft die Pfandverschreibung in beiden Fällen eine gültige Sicherheit und der Pfandnehmer wird als gesicherter Gläubiger anerkannt.⁴⁴ Die im *Blue-Sky-Entscheid*⁴⁵ geschilderten *Lex-vei-sitae*-Prinzipien werfen jedoch komplizierte rechtliche und praktische Risiken auf, welche die

⁴² MATTHIAS REULEAUX, *Sicherungsrechte an Flugzeugtriebwerken*, in: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, 17. Jahrgang / 15. Oktober 2005, S.357.

⁴³ Siehe oben, 1.2.2.

⁴⁴ Die Eintragung des *Mortgage Agreement* im CAA ist lediglich zur Rangbegründung erforderlich.

⁴⁵ Vgl. Fn. 13.

Parteien beachten sollten. Zusammenfassend sind folgende Voraussetzungen zu beachten:

1. Befindet sich bei Vollzug des Vertrags ein Luftfahrzeug ausserhalb Englands, muss die Pfandverschreibung nach Sachstatut gültig sein.
2. Befindet sich bei Vollzug des Vertrags ein Luftfahrzeug an einem unbekanntem Ort, so muss die Pfandverschreibung in der Rechtsordnung, in der das Luftfahrzeug registriert ist, gültig sein.

Zusätzlich zu den Prinzipien des *Blue-Sky*-Entscheids gilt die sogenannte *Dacey-Morris*-Ausnahme, d.h. die Vermutung, wonach sich Flugzeuge im Registerstaat befinden, falls sie sich im internationalen Luftraum befinden.⁴⁶ Bei analoger Anwendung der *Blue-Sky*-Prinzipien auf Triebwerke ist die Situation der Sicherheiten noch komplizierter als für Flugzeuge. Da Triebwerke nirgendwo registriert sind, besteht das Risiko, dass nicht nur auf die Rechtsordnung verwiesen wird, wo sich das Triebwerk gerade befindet, sondern zudem auch auf die Rechtsordnung des Registerstaates des Luftfahrzeugs, an dem sie montiert sind. Die Rechtslage ist unklar.⁴⁷ Genau wie für Flugzeuge wird eine Rechtswahl für die Verpfändung von Triebwerken sodann in manchen Fällen nicht anerkannt. Da es auf den Zeitpunkt des Vollzugs der Sicherheit ankommt, raten seit Erlass des *Blue-Sky*-Entscheids englische Kanzleien ihren Mandanten, ein *Mortgage* möglichst dann zu vollziehen, wenn sich das Triebwerk in England oder Hongkong oder allenfalls im internationalen Luftraum befindet (je nachdem, wo das Luftfahrzeug registriert ist).

Anders als das englische *Mortgage* ist eine Pfandverschreibung (*Mortgage Agreement*) nach New Yorker Recht ein wirksames Sicherungsrecht, da sie unabhängig vom aktuellen Standort des Triebwerks erfolgen kann. Dieses Sicherungsrecht kann im Register der Federal Aviation Administration (FAA) eingetragen werden. Aus diesem Grund ist das New Yorker *Mortgage* beliebt und wird seit dem *Blue-Sky*-Entscheid dem englischen *Mortgage* vorgezogen.

Selbst wenn in England und den USA eine Hypothek an Triebwerken möglich ist und ein solches *Mortgage* im FAA registriert werden kann, stellt sich aufgrund der Tatsache, dass das Genfer Abkommen über die Internationale Anerkennung von Rechten an Luftfahrzeugen vom 19. Juni 1948⁴⁸ nur in Bezug auf Luftfahrzeuge anwendbar ist, die Frage, ob ein nach englischem oder New Yorker Recht gegründetes *Mortgage* in der Schweiz anerkannt würde.

Die Antwort der Anerkennung eines *Mortgage* wird im IPRG geregelt. Gemäss Art. 104 IPRG ist eine Rechtswahl für den Erwerb und den Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen beschränkt zulässig (zur

⁴⁶ Sogenannte *Dacey Morris exception*, d.h. die Vermutung, wonach sich Flugzeuge im Registerstaat befinden, *Dacey, Morris & Collins - The conflict of laws*, 14th ed (2006).

⁴⁷ Vortrag Gavin Hill, Clyde & Co «Financing and Investing in Engines», 31. März 2011.

⁴⁸ SR 0.748.217.1.

Wahl steht das Recht des Abgangs- oder des Bestimmungsstaates oder das Recht, dem das zugrundeliegende Rechtsgeschäft untersteht). Die Bestimmung des 2. Absatzes von Art. 104 IPRG, wonach die Rechtswahl Dritten nicht entgegengehalten werden kann, bedeutet, dass sich die Parteien vergewissern sollten, dass das *Mortgage* dem Recht des Staates untersteht, in dem Triebwerk bei Vollzug des *Mortgage* liegt (Art. 100 IPRG). Das wäre demnach sinnvollerweise England oder die USA.

Falls das Triebwerk aber wieder in die Schweiz gelangt, so untersteht es vom Zeitpunkt des Grenzübertritts der schweizerischen Rechtsordnung. Diese entscheidet, ob sie das *Mortgage* anerkennen will.⁴⁹ In der Schweiz wird die Auffassung vertreten, dass ein dingliches Recht nicht durchsetzbar sein könne, wenn das entsprechende Sachenrechtsstatut im Inland völlig unbekannt sei. Begründet wird dies damit, dass das Prinzip des *numerus clausus* zu stark strapaziert würde.⁵⁰ «Je niedriger die Anforderungen an die Entstehung eines Sicherungsrechts sind, desto einfacher lassen sich fremde Rechte transponieren».⁵¹ Wenn das *Mortgage* im Rahmen eines Konkurses geltend gemacht wird, besteht das Risiko, dass ein Schweizer Konkursverwalter den Pfandgläubiger nicht als pfandgesicherten Gläubiger anerkennt und ihn in der 3. Klasse mit den ungesicherten Gläubigern kolloziert.

2.2.3. Kapstadt-Konvention

Das *Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung und das Protokoll zum Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung betreffend Besonderheiten der Luftfahrzeugausrüstung vom 16. November 2001* (in der Folge die «Kapstadt-Konvention»)⁵² haben ein internationales Register mit Sitz in Shannon, Irland, geschaffen und ermöglichen, die Begründung eines internationalen Sicherungsrechts für «bewegliche Ausrüstung» wie Flugzeugzellen, Flugzeugtriebwerke, Hubschrauber, Eisenbahnrollmaterial und Welt-

⁴⁹ ANTON HEINI, *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 100 IPRG, RN11.

⁵⁰ BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, *Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr – Eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Untersuchung*, Bern 2005, S. 100 und dort zitierte Autoren.

⁵¹ PIUS FISCH, *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, Basel 2007, Art. 100 IPRG, RN48, der auf die Rechtslage in Deutschland hinweist, wo fremde Sicherungsrechte relativ einfach transponiert werden können.

⁵² Die Kapstadt-Konvention ist auf der Webseite von UNIDROIT abrufbar: <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm#NR2>.

raumvermögenswerte.⁵³ Die Kapstadt-Konvention hat nun eine selbständige, registrierungsfähige Sicherheit für Triebwerke eingeführt.⁵⁴

Die Konvention ist am 1. März 2006 in Kraft getreten und mittlerweile von 46 Staaten ratifiziert worden. Dies nicht zuletzt durch den Einfluss der US-amerikanischen Exportkreditbank (Export-Import-Bank) auf Regierungen bzw. Luftfahrtgesellschaften, die eine Boeing-Flotte finanzieren wollten.⁵⁵ Zurzeit hat die Schweiz die Kapstadt-Konvention noch nicht ratifiziert. Die Ratifikation wird wohl nicht vor 2013 erfolgen, da man alle Protokolle, d.h. inkl. das Eisenbahnprotokoll, zusammen ratifizieren will.⁵⁶

Das internationale Sicherungsrecht entsteht gemäss Art. 2 Abs. 1 Kapstadt-Konvention auf Grund einer Vereinbarung. Welche Vereinbarungen den Anforderungen des «internationalen Sicherungsrechts» genügen, bestimmen die Regeln des Forums (Art. 2 Abs. 4 Kapstadt-Konvention).⁵⁷ Nur wenn eine nationale Sicherheit als Sicherungsvereinbarung, Eigentumsvorbehalt oder Leasingvertrag qualifiziert, kann auch ein internationales Sicherungsrecht begründet werden. Das bedeutet auf die Schweiz bezogen, dass die Sicherheit als Sicherungsvereinbarung gemäss Schweizer Recht qualifizieren müsste, damit sie als internationales Sicherungsrechts nach Kapstadt-Konvention gilt.

Es stellt sich für die Schweiz die Frage, welche Art Sicherheit nach Schweizer Recht begründet werden kann.

- Wie oben dargestellt ist in der Schweiz nur in einem Drei-Parteien-Verhältnis ein Pfand mittels Pfandhalterschaft denkbar. Obwohl dieses Pfand nicht im Luftfahrzeugbuch eintragungsfähig ist, wäre eine Registrierung im Internationalen Register vorstellbar. Die Registrierung im Internationalen Register gemäss Kapstadt-Konvention gibt dem Pfand die Publizität, die es in der Schweiz nicht hat.

⁵³ Die 46 Staaten und regionalen wirtschaftlichen Organisationen, welche die Kapstadt-Konvention zurzeit ratifiziert haben, sind: Afghanistan, Albanien, Angola, Bangladesch, Belarus, Kamerun, Kap Verde, China, Kolumbien, Kuba, Äthiopien, die Europäische Gemeinschaft, Gabun, Indien, Indonesien, Irland, Jordanien, Kasachstan, Kenia, Lettland, Luxemburg, Malaysia, Malta, Mexiko, Mongolei, Neuseeland, Nigeria, Norwegen, Oman, Pakistan, Panama, die Russische Föderation, Ruanda, Saudi Arabien, Senegal, Seychellen, Singapur, Südafrika, Arabische Republik Syrien, das Königreich der Niederlande, Tadschikistan, Togo, die Vereinigte Republik Tansania, die Vereinigten Staaten, die Vereinigten Arabischen Emirate und Zimbabwe, Vgl. <https://www.internationalregistry.aero/irWeb/>.

⁵⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b des Luftfahrtprotokolls.

⁵⁵ Die Ex-Im Bank bietet für Flugzeug- und Triebwerk-Exportfinanzierungen für Airlines in Staaten, die die Kapstadt-Konvention ratifiziert haben, einen Abschlag von einem Drittel auf ihrer Risikoprämie (*Exposure Fee*), Vgl. <http://www.exim.gov/news/highlights/capetown.cfm>

⁵⁶ Auskunft von Herrn LAURENT NOËL, Bundesamt für Zivilluftfahrt.

⁵⁷ Art. 2 Abs. 4 Kapstadt-Konvention und Art. 5 Abs. 3 Kapstadt-Konvention; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, *Neuere Entwicklung im internationalen Kreditsicherungsrecht – Das UNIDROIT/ICAO-Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an mobilen Ausstattungsgegenständen*, AJP (3/2004), S.291.

- In einem Zwei-Parteien-Verhältnis, in welchem in der Praxis kein Pfand begründet werden kann, bietet nach gewissen Autoren auch die Kapstadt-Konvention keine Abhilfe: Ein Nichts könnte zwar in Shannon eingetragen werden, aber da die Registrierung im Internationalen Register nicht konstitutiv ist, würde die unwirksame Sicherheit nicht durch die Eintragung geheilt und damit nicht in eine wirksame Sicherheit umgewandelt. Andere Autoren vertreten die Theorie des konventionseigenen Sicherungsrechts und bejahen die Begründung einer internationalen Sicherheit, auch wenn diese den Voraussetzungen des nationalen Rechts nicht genügt.⁵⁸ Ob dies *de lege lata* in einem Konkurs in der Schweiz akzeptiert würde, ist jedoch fraglich. Wenn in der Schweiz die Auffassung vertreten wird, dass ein ausländisches beschränktes dingliches Recht nicht durchsetzbar ist, wenn das entsprechende Recht im Inland völlig unbekannt ist, wäre es vertretbar, dass ein Schweizer Konkursverwalter das dingliche Recht eines «Kapstadt-Gläubigers», der ein Schweizer (unwirksames) Pfand eingetragen hat, nicht anerkennt.

Es stellt sich sodann die nächste Frage: Kann eine Sicherheit, die gemäss englischem oder New Yorker Recht begründet und nach Kapstadt-Konvention im Internationalen Register eingetragen wurde, in der Schweiz anerkannt werden?

Da das Genfer Abkommen über die internationale Anerkennung von Rechten an Luftfahrzeugen nicht auf Triebwerke anwendbar ist, wird bis zur Ratifizierung der Kapstadt-Konvention in der Schweiz die Rechtslage *de lege lata* für das internationale Sicherungsrecht gemäss Kapstadt-Konvention die gleiche sein wie für (englische oder New Yorker) *Mortgages*: Es kommen die Regeln des IPRG zur Anwendung. Ein englisches *Mortgage* wird nicht leichter anerkannt, nur weil es im Internationalen Register nach Kapstadt-Konvention eingetragen ist. Der *Ordre-public*-Standpunkt des IPRG, wonach eine ausländische Sicherheit dann nicht anzuerkennen ist, wenn sie den Anforderungen des schweizerischen Sachenrechts nicht genügt, wird nach Ratifizierung der Kapstadt-Konvention jedoch kaum mehr vertretbar sein: Völkerrecht hat gegenüber dem nationalen Recht Vorrang und Staatsverträge werden in Art. 1 Abs. 2 IPRG ausdrücklich vorbehalten. Somit sollte nach Inkrafttreten der Kapstadt-Konvention in der Schweiz der *Ordre-public*-Vorbehalt der Anerkennung eines internationalen Sicherungsrechts nicht mehr im Weg stehen.

Wenn die Schweiz die Kapstadt-Konvention ratifiziert, wird sich die Frage nach der Anpassung des schweizerischen Sachenrechts stellen. Dessen Anpassung würde nicht nur die Möglichkeiten der Sicherungsrechte erweitern, es wäre auch die Konsequenz der Ratifikation der Kapstadt-Konvention. Das «hoffnungslos veraltete» Kreditsicherungsrecht⁵⁹ könnte damit den kreativen Lösungen der angelsächsischen Rechtsordnungen einen Schritt näher kommen. Als die Schweiz das

⁵⁸ Vgl. McNALLY (*op. cit.* Fn. 7), S.139 und S. 151, welche erwähnt, dass der Reformbedarf des Schweizer Rechts seit längerer Zeit ein Thema ist.

⁵⁹ BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER (*op. cit.* Fn. 50), S.655 f.

Genfer Abkommen über die Internationale Anerkennung von Rechten an Luftfahrzeugen ratifiziert hatte, wurde das Schweizer Sachenrecht mit dem Erlass des LBG geändert, um so das besitzlose Pfandrecht an Flugzeugen zu ermöglichen.

Falls das LBG nicht geändert wird, bestünde allenfalls die Möglichkeit, ein im Internationalen Register (aber nicht im Luftfahrzeugbuch) eingetragenes Pfand oder eine nach ausländischem Recht begründete Sicherheit im schweizerischen Konkursrecht anzuerkennen.