

## Sachverhalte mit Lösungen

### Sachverhalt 1

Volker überlässt der Megalo AG einen leeren Geschäftsraum für zehn Jahre zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 3'000. Die ersten drei Jahre geht alles gut, doch dann erfährt Volker, dass die Megalo AG schon länger grosse Defizite einführt und vielleicht bald Konkurs anmelden muss. Viktor konsultiert sie, wie er vorgehen kann und wie er sich schützen kann.

### Lösungsvorschlag 1

Es stellt sich die Frage, ob Miete oder Pacht vorliegt. Bei Geschäftsräumen geht das Bundesgericht nur dann von Pacht aus, wenn auch die Geschäftsbeziehungen oder die vollständige Einrichtung Gegenstand der Überlassung bilden.<sup>1</sup> Der Sachverhalt erwähnt, dass es vorliegend nur um einen „leeren“ Geschäftsraum geht. Es liegt folglich Miete vor.

Eine *ordentliche* Kündigung gibt es bei der befristeten Miete nicht.<sup>2</sup> Diese endet gemäss Art. 266 Abs. 1 OR mit Ablauf der vereinbarten Dauer.

Könnte Volker *ausserordentlich* kündigen? Das Obligationenrecht erlaubt die Kündigung beim Konkurs des Mieters nur, wenn der Mieter nach fruchtloser Nachfristsetzung keine Sicherheit für die künftigen Mietzinse erhalten hat (Art. 266h Abs. 2 OR; dann darf er dafür fristlos kündigen). Es ist deshalb ausgeschlossen, dass die blossе Vermögensverschlechterung eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund gemäss Art. 266g OR ermöglicht.<sup>3</sup> Auch Art. 83 OR sieht dieselbe Lösung wie Art. 266h OR vor. Bei einer *Pacht* hingegen wäre der Konkurs ein gesetzlicher Auflösungsgrund (Art. 297a Abs. 1 OR) – deshalb war es oben wichtig, Pacht und Miete auseinanderzuhalten.

Zusätzlichen Schutz erfährt der Vermieter Volker durch das Retentionsrecht. Dieses steht nur bei der Miete von Geschäftsräumen zur Verfügung (Art. 268 OR) und deckt bei Nichtbezahlung der Mietzinse den verfallenen Jahreszins und den noch laufenden Halbjahreszins. Es entsteht mit der Einbringung

---

<sup>1</sup> Vgl. Huguenin, N 3027, m.w.H.; BGE 128 III 419 ff., 421.

<sup>2</sup> Art. 266a Abs. 1 OR *e contrario*.

<sup>3</sup> Vgl. BGer 4C.280/2006, E. 5.2: „La défenderesse fait état des difficultés rencontrées par la demanderesse, relatées par la presse et prétendument confirmées par les témoignages recueillis, et elle reproche aux précédents juges d'avoir violé l'art. 266g CO en refusant de les tenir pour pertinentes et suffisamment graves. D'après son argumentation, un juste motif de congé extraordinaire est réalisé lorsque le locataire subit une dégradation importante de sa situation financière et que l'avenir du contrat s'en trouve compromis. Or, selon les auteurs auxquels elle se réfère, c'est seulement le locataire qui est autorisé à résilier le contrat au motif que, par suite d'une diminution imprévisible et considérable de ses propres ressources, il se trouve désormais dans l'incapacité d'assumer le loyer (...). Le système des règles déterminantes ne permet d'ailleurs pas que dans cette situation de détresse du locataire, le même droit soit reconnu aussi au bailleur. L'art. 266h CO prévoit qu'en cas de faillite du locataire après la délivrance de la chose, le bailleur ne peut pas résilier le contrat sans avoir préalablement, et sans succès, exigé des sûretés pour les loyers à échoir. Si le locataire se révèle insolvable déjà avant la délivrance, c'est l'art. 83 al. 1 et 2 CO qui est applicable (...); le bailleur peut alors retenir la chose tant qu'il n'a pas obtenu une garantie (al. 1) mais il ne peut pas non plus se départir du contrat sans avoir préalablement réclamé cette garantie (al. 2). La faillite ou l'insolvabilité du locataire constituent des menaces plus graves, pour le bailleur, qu'une diminution même importante des ressources de son cocontractant. On ne comprendrait donc pas que le bailleur puisse résilier abruptement dans ce cas-ci alors que dans les éventualités prévues aux art. 83 ou 266h CO, il ne peut le faire qu'après avoir vainement réclamé une garantie. En conséquence, dans le cas du locataire de locaux commerciaux, des pertes ou une activité déficitaire ne sauraient justifier à elles seules un congé extraordinaire selon l'art. 266g CO.“

der Sache in den Geschäftsraum – auch wenn der Vermieter davon gar nichts weiss<sup>4</sup> – und endet mit dem Erlöschen der Mietzinsforderung.<sup>5</sup> Das Retentionsrecht besteht schon vor Eröffnung des Konkurses.<sup>6</sup> Erfährt Volker von Bemühungen der Mieterin, Gegenstände wegzuschaffen, die unter das Retentionsrecht fallen, kann er diese zurückhalten oder bei bereits erfolgter Wegschaffung wieder zurückholen (Art. 268b OR).<sup>7</sup> Das Retentionsrecht kann bei vorliegender Gutgläubigkeit des Vermieters gar an Gegenständen begründet sein, die nicht dem Mieter gehören (Art. 268a OR). Die allgemeinen Anforderungen lauten: (a.) es muss sich um eine bewegliche Sache handeln, (b.) die der Mieter in die Mieträumlichkeiten hat einbringen lassen und (c.) der zur Einrichtung der Räumlichkeiten gehört.<sup>8</sup> Die konkrete Geltendmachung des Retentionsrechts erfolgt im Betreibungsverfahren (Art. 283 SchKG) durch Aufnahme des Retentionsverzeichnisses, ist aber auch ausserhalb des Betreibungsverfahrens mit Hilfe des Betreibungsamtes oder der Polizei möglich (Art. 283 f. SchKG; Art. 268b OR).<sup>9</sup>

## Sachverhalt 2

- Volker verleiht Edgar sein Fahrrad, dessen Bremsen höchst mangelhaft sind.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 101 II 91 ff., 93 f.; ZK-Higi, OR 268-268b N 68.

<sup>5</sup> BSK OR I-Weber, Art. 268-268b N 11: „Das Retentionsrecht entsteht mit dem Einbringen der retentionsfähigen Sachen in die Mieträume, selbst ohne Kenntnis des Vermieters (BGE 101 II 91 E. 1). Es geht unter mit dem Erlöschen der retentionsgesicherten Forderung oder durch Entfernung der Retentionsgegenstände aus den Mieträumen (vorbehaltlich des Verfolgungsrechtes des Vermieters, vgl. N 13; ZK-Higi, N 69 ff.).“

<sup>6</sup> BSK OR I-Weber, Art. 268-268b N 12a.

<sup>7</sup> BGE 129 III 395 ff., 397: „Das Retentionsrecht dient der Deckung eines verfallenen Jahreszinses und des laufenden Halbjahreszinses (Art. 268 Abs. 1 OR). Zur Sicherung des laufenden, noch nicht fälligen Zinses darf das Retentionsverzeichnis allerdings nur aufgenommen werden, wenn der Vermieter oder Verpächter eine unmittelbare Gefährdung seines Rechts, d.h. Anzeichen dafür glaubhaft macht, dass der Mieter wegzuziehen oder die sich in den gemieteten Räumlichkeiten befindenden Sachen fortzuschaffen gedenkt (vgl. Art. 268b Abs. 1 OR; BGE 97 III 43 E. 2 S. 45; FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. Aufl., § 63 Anm. 13; AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., § 34 Rz. 11; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., N. 4 zu Art. 283 SchKG).“; vgl. das Beispiel eines heimlich weggeschafften Hubstaplers in BGE 101 II 91 ff., 94: „Die Fortschaffung des Retentionsgegenstandes erfolgt dann heimlich, wenn der Mieter sie ohne Wissen des Vermieters vornimmt oder vornehmen lässt und dabei nicht in guten Treuen annehmen kann, dieser würde sie dulden, wenn er von ihr Kenntnis hätte (BGE 76 III 57 ff., BGE 80 III 38 Erw. 2). Es ist also nicht nötig, dass der Mieter sich des Nichtwissens des Vermieters bewusst war und die Fortschaffung vor diesem verbergen wollte; blosses Wissenmüssen des Mieters um die mutmassliche Nichtbilligung der Fortschaffung durch den Vermieter genügt.“

<sup>8</sup> Vgl. ZK-Higi, OR 268-268b N 38; vgl. BGE 120 III 52 ff., 55: „a) Le droit de rétention concerne tous les meubles du locataire qui garnissent les locaux loués. Il s'agit en particulier des machines, de l'équipement du locataire, des marchandises qui garnissent le dépôt qu'il loue, du matériel de construction entreposé dans un atelier ou dans un hall d'exposition (...). Selon la jurisprudence, la relation spatiale qui doit exister entre la chose litigieuse et la chose louée ne doit pas être purement fortuite; elle doit présenter une certaine durabilité, en quoi pourtant elle n'a pas nécessairement besoin de subsister pendant toute la durée du bail. Quant à savoir si un objet sert à l'aménagement ou à l'usage des locaux, cela s'apprécie selon le genre de ceux-ci et l'usage qu'en fait le locataire (...). Dans le cas particulier, les pièces et machines ne se trouvaient pas par hasard dans les locaux litigieux et elles y restaient pour une certaine durée. En outre, selon les constatations souveraines de l'autorité cantonale, la destination des locaux était de servir d'ateliers de montage et d'assemblage desdits objets, ainsi que de bureaux pour S. Il suit de là que l'autorité cantonale n'a pas admis à tort que les pièces et machines en question servaient à l'usage des locaux loués, au sens de l'art. 268 al. 1 CO.“

<sup>9</sup> Vgl. BISchK 2009, 185 f.: „Miet- und Pachtzinsforderungen können wie alle anderen Geldforderungen auf dem Wege der ordentlichen Betreibung (auf Pfändung oder Konkurs) vollstreckt werden. Den Vermietern und Verpächtern von Geschäftsräumen steht zur Sicherung ihrer Forderungen jedoch auch ein besonderes Retentionsrecht zur Verfügung (Art. 268 ff. und 299c OR), zu dessen einstweiliger Wahrung sie die Hilfe des Betreibungsamtes in Anspruch nehmen können, auch wenn noch keine (ordentliche) Betreibung angehoben wurde (Art. 283 Abs. 1 SchKG). Das zuständige Betreibungsamt nimmt diesfalls ein Verzeichnis der dem Retentionsrecht unterliegenden Gegenstände auf und setzt dem Gläubiger eine zehntägige Frist zur Anhebung der Betreibung auf Pfandverwertung an (Art. 283 Abs. 3 SchKG und Art. 279 Abs. 1 SchKG per analogiam); denn betreibungsrechtlich gilt das Retentionsrecht als Faustpfand (Art. 37 Abs. 2 SchKG). Leistet der Gläubiger der Aufforderung zur Prosequierung innert Frist keine Folge, so fällt die Wirkung der Retentionsurkunde und damit auch der Retentionsbeschluss ohne weiteres dahin (...).“

Die Unentgeltlichkeit der Leihe muss in diesen Konstellationen eine Rolle spielen. Man muss unterscheiden, worauf sich die Mangelhaftigkeit der Bremsen bezieht. Weiss Volker um die mangelhaften Bremsen, so müsste er Edgar darüber aufklären und ihn zu erhöhter Sorgfalt anhalten. Tut er es nicht, so liegt eine Aufklärungspflichtverletzung vor, die nach den Regeln der positiven Vertragsverletzung geahndet wird. Auf diesen Fall sollte man gemäss h.L. Art. 248 Abs. 1 OR analog anwenden. Weiss er es nicht und müsste er es auch nicht wissen, so wäre dies die normale Gewährleistung, die es bei der Leihe – gleich wie bei der Schenkung – nur gibt, sofern sie verabredet ist (Art. 248 Abs. 2 OR analog; strittig – die h.L. lässt den Verleiher für Zusicherungen nach Art. 248 Abs. 1 OR analog oder Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 2 OR haften).<sup>10</sup>

- Volker verleiht Edgar sein Fahrrad, doch gibt dieser es nach der Velotour nicht mehr zurück.

Wenn Volker das Rad für die Velotour überlassen hat, dann muss Edgar es nach der Tour zurückgeben (vgl. Art. 309 Abs. 1 OR). Tut er es nicht, so kann man auch mit einer Fristsetzung zur Rückgabe keine Wahlrechte gemäss Art. 107 Abs. 2 OR ausüben, da die Leihe nicht zweiseitig ist.

- Volker verleiht Edgar sein Fahrrad und sieht einen Tag später Elisabeth damit herumfahren.

Edgar als Entlehner darf den Gebrauch nicht einer anderen Person überlassen (Art. 306 Abs. 2 OR). Dies berechtigt Volker, das Rad vorzeitig zurückzufordern (Art. 309 Abs. 2 OR).

- Die Eigentümerin einer Villa lässt das lokale Blasorchester über Jahre hinweg kostenlos im Parterre musikalische Darbietungen proben. Am 1. Juli teilt die Eigentümerin dem Orchester mit, dass sie das Verhältnis auf den 1. Oktober 2015 beende, weil sie diese Räumlichkeiten inskünftig selber nutzen wolle. Das Blasorchester erwidert, dass sein Gebrauch noch nicht fertig sei (BGE 125 III 363 ff.).

Das Blasorchester kann nicht sagen, dass es den vorgesehenen Gebrauch noch nicht habe vornehmen können. Es beruft sich damit auf Art. 309 Abs. 1 OR, der vorliegend nicht anwendbar ist.<sup>11</sup> Vielmehr ist

---

<sup>10</sup> BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, Art. 305 N 12: «Der Verleiher haftet nach Art. 97 ff. für Nicht- oder Schlechterfüllung, insb. bei Überlassung einer mangelhaften oder gefährlichen Sache (positive Vertragsverletzung). Als Folge der Unentgeltlichkeit sowie gestützt auf Art. 99 Abs. 2 und in Analogie zu Art. 248 Abs. 1 haftet der Verleiher auch bei versteckten Mängeln nur für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz (ZK-Higi, N 49 ff.). Diese Haftung für Grobfahrlässigkeit greift z.B. dann, wenn der Verleiher nicht über ihm bekannte Mängel aufklärt, die den Entlehner naheliegenderweise im Gebrauch der Sache beeinträchtigen können (z.B. fehlender Hinweis auf Unzuverlässigkeit von Bremsen; vgl. BK-Becker, N 8). Für Schäden des Entlehners wegen erst nach der Übergabe auftretender Mängel trifft den Verleiher mangels Unterhaltspflicht (N 13) keine Haftung. Dies gilt auch dann, wenn z.B. ein plötzlich auftretendes Bremsversagen durch rechtzeitige Wartung hätte vermieden werden können (unklar ZK-Higi, N 60). Eine Gewährleistungspflicht i.S. einer verschuldensunabhängigen Haftung für vorausgesetzte Eigenschaften trifft den Verleiher nicht (so zu Recht ZK-Higi, N 54; Reymond, 277; vgl. auch KUKO OR-Schwaibold, N 9). Hat der Verleiher bestimmte Eigenschaften zugesichert, haftet er nach h.L. dafür nach Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 2 (a.M. CR CO I-Bovet/Richa, Art. 306 N 7 [Haftung analog Art. 248 Abs. 2]).»; vgl. Huguenin, N 3049: «Ist die geliehene Sache mangelhaft oder gefährlich (z.B. Auto mit defekten Bremsen oder ohne Licht, bissiger Hund etc.), so haftet die Verleiherin gestützt auf Art. 97 OR aus positiver Vertragsverletzung (wegen der Verletzung von Nebenpflichten; s. N 852 f.). Die Haftung wird aufgrund der Unentgeltlichkeit des Vertrages analog zum Schenkungsrecht (Art. 248 Abs. 1 OR) auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Zusätzlich ist Art. 99 Abs. 2 OR als Herabsetzungsgrund zu berücksichtigen (s. N 897 f.). Eine verschuldensunabhängige Gewährleistungspflicht trifft die Verleiherin also nicht, es sei denn, sie habe bestimmte Eigenschaften zugesichert.»

<sup>11</sup> BGE 125 III 363 E. 2d: «Si l'on devait suivre l'opinion des parties, il en résulterait que l'emprunteur - qui est une personne morale dont le but statutaire n'est pas limité dans le temps - pourrait conserver l'usage de la chose indéfiniment, sauf s'il viole le contrat ou si le prêteur peut invoquer un besoin qui est à la fois urgent et imprévu (cf. art. 309 al. 2 CO). L'usage de la chose étant un attribut essentiel du droit de propriété, on ne peut déjà guère imaginer que le propriétaire s'en défasse contractuellement pour l'éternité. Au demeurant, le droit suisse n'admet pas la conclusion de contrats «éternels» (cf. ATF 114 II 159 consid. 2a p. 161 et les références). Une telle conception irait à l'encontre de la nature du prêt à usage, qui fait de la restitution l'obligation principale de l'emprunteur (art. 305 CO).»

die Lösung einschlägig, die Art. 310 OR festhält: Der Verleiher kann, sofern keine Dauer oder kein spezifischer Gebrauch festgelegt worden ist, die Sache beliebig zurückfordern.<sup>12</sup>

### Sachverhalt 3: Tanners Pläne

Tanner möchte sein soeben stillgelegtes Firmenareal gerne einer *Zwischennutzung* zuführen, bis es in zwei Jahren als Produktionsstätte für seine neuentwickelten Produkte wieder Verwendung findet. Er befürchtet nämlich, dass eine Industriebranche von Randständigen oder Wohnungsbesetzern in Beschlag genommen wird, wenn sie nicht genutzt wird. Überdies will er mit der Zwischennutzung Geld verdienen, denn die Baute kostet auch im Leerzustand Geld. Andererseits macht ihm die Tatsache Angst, dass er die Personen der Zwischennutzung nicht rechtzeitig für die neue Nutzung wieder aus dem Fabrikareal bringt. *Tanner kommt zu Ihnen in die Anwaltskanzlei und bittet Sie, die angesprochenen Probleme zu erläutern und Lösungen vorzuschlagen, die den Forderungen entgegenkommen.*

### Lösungsvorschlag 3: Tanners Pläne

Die Zwischennutzung ist angezeigt, denn leerstehende Bauten sind bei Hausbesetzern beliebt. Das Problem der Hausbesetzer verstärkt sich weiter dadurch, dass die Polizei in den meisten Kantonen Häuser erst räumt, wenn man eine bald anstehende anderweitige Nutzung, den Abbruch oder die Renovation darlegen kann.<sup>13</sup>

Wer angesichts dieser Fakten die Baute vermietet, geht andere Risiken ein: Wird er die Mieter rechtzeitig wieder los oder muss er mit Mieterstreckungen rechnen, die sich lange hinziehen?<sup>14</sup> Tatsächlich steht das Verfahren der Mieterstreckung (Art. 272 ff. OR) selbst bei befristeten Verträgen zwingend offen.<sup>15</sup> Linderung verspricht nur Art. 272a Abs. 1 lit. d OR, doch existieren mehrere Voraussetzungen: *«Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann der Ausschluss aber nur vereinbart werden, wenn das*

---

<sup>12</sup> BGE 125 III 363 E. 2h: *«Les art. 309 et 310 CO doivent donc être interprétés de la manière suivante. Si la durée du prêt a été déterminée, par un terme, une durée ou l'usage convenu, les parties sont liées par cet accord et le prêteur ne peut réclamer sa chose de façon anticipée qu'aux conditions de l'art. 309 al. 2 CO. Si la durée du prêt ne peut pas être déterminée, ni par la convention des parties ni par l'usage convenu, le prêteur peut réclamer la chose en tout temps (art. 310 CO). Cette interprétation restrictive trouve sa justification dans le caractère gratuit de la prestation du prêteur (cf., à ce sujet, Gauch, System der Beendigung von Dauerverträge, Fribourg 1968, p. 59). Elle est confirmée, du reste, par l'interprétation qui est faite de la disposition comparable du droit français (art. 1888 du Code civil français), la doctrine traitant comme un prêt à durée indéterminée - résiliable en tout temps par le prêteur - celui qui se caractérise par le fait que l'usage convenu ne comporte en lui-même aucune limite de temps (cf., parmi d'autres, Grua, Prêt à usage, in Juris-Classeurs, 1993, Fasc. 30, n. 24 ad art. 1888 à 1891 CCF).»*

<sup>13</sup> Armin Stähli, Hausbesetzungen aus polizeirechtlicher und -taktischer Sicht, Sicherheit & Recht 1/2018, 8 ff., 11: *„Zunächst setzt die polizeiliche Räumung in allen vier Städten einen gültigen Strafantrag i.S.v. Art. 30 ff. StGB voraus. Zudem müssen zusätzliche Sachverhalte erfüllt sein. In Zürich kann die Räumung einer besetzten Liegenschaft erst dann erfolgen, wenn alternativ (i) eine rechtskräftige Abbruchbewilligung oder eine Baubewilligung inkl. Baufreigabe vorliegt. Hierzu muss der Eigentümer die unverzügliche Aufnahme der Abbruch- oder Bauarbeiten belegen; (ii) der Eigentümer die rechtmässige Nutzung der Liegenschaft für die Zeit nach deren Räumung auch mittels Vertrag mit Drittpersonen oder vergleichbaren Unterlagen belegen kann; (iii) schliesslich kann die Räumung auch dann erfolgen, wenn die Besetzung die Sicherheit von Personen oder denkmalgeschützten Bauteilen oder Einrichtungen gefährdet. Eine Ausnahme bilden Liegenschaften in der Altstadt von Zürich. Dort müssen die oben aufgeführten Kriterien nicht erfüllt werden. Ein gültiger Strafantrag reicht somit aus, damit eine Liegenschaft polizeilich geräumt wird. Ähnlich gestaltet sich die Situation in Basel-Stadt.“*

<sup>14</sup> Raffael Büchi/Eva Gehrig, Erstreckung ausgeschlossen: Die Gebrauchsleihe als ideale Vertragsform für die Zwischennutzung von Liegenschaften, Jusletter 10.2.2014, N 18.

<sup>15</sup> BSK OR I-Weber, Art. 272 N 1: *„Die Erstreckung (...) stellt – stärker noch als der Kündigungsschutz im engeren Sinn – ein wesentliches Sozialrecht des Mieters dar. Als zweite Säule des Kündigungsschutzes im weiteren Sinne wird sie auch als nachträglicher Kündigungsschutz bezeichnet, denn die Erstreckung setzt beim unbefristeten (d.h. auf Kündigung gestellten) Mietverhältnis eine gültige oder zumindest unangefochten gebliebene Kündigung des Vermieters voraus (...). Auch das befristete Mietverhältnis ist aber nach dem klaren Wortlaut von Abs. 1 der vorliegenden Bestimmung («[...] eines befristeten oder unbefristeten Mietverhältnisses ...») und von Art. 273 Abs. 2 lit. b erstreckbar (...). Giger bestreitet das, beschränkt sich dabei allerdings allein auf die ausführliche Deutung des Ausdrucks «befristet» in Art. 255. Dabei übersieht er Art. 272 Abs. 1 und spricht Art. 273 Abs. 2 lit. b die Geltung ab (...). Diese Art von Hermeneutik lässt den Leser staunend zurück (s. im Übrigen zur Erstreckung befristeter Mietverhältnisse N 7).“*

*Mietverhältnis im Hinblick auf ein bestehendes und hinreichend konkretisiertes, der Bewilligungspflicht unterliegendes Bauvorhaben eingegangen wird.»<sup>16</sup>*

Es gibt jedoch den Zwischenweg der Gebrauchsleihe im Sinne des Art. 305 ff. OR. Der Vorteil der Leihe liegt darin, dass man dennoch etwas für den Unterhalt verlangen, die Dauer flexibel gestalten kann und die Erstreckung des Mietrechts nicht offensteht. Auf diese drei Vorteile ist kurz einzugehen:

- *«Für die Zwischennutzungspraxis bedeutet dies, dass der Eigentümer die (verbrauchsabhängigen) Nebenkosten, die gewöhnlichen Unterhaltskosten und kleinere Ausgaben, die der Werterhaltung dienen, auf die Zwischennutzer abwälzen kann.»<sup>17</sup> Rechtsgrundlage dafür ist Art. 307 OR.<sup>18</sup>*
- Für die Dauer der Leihe ist Art. 309 OR einschlägig. Es ist erstens möglich, einen genauen Endtermin von Anfang an vorzusehen (Art. 309 Abs. 1 OR, «bestimmte Dauer»). Wenig empfehlenswert ist es, einen vertragsgemässen Zweck festzusetzen, dessen Erreichung die Leihe beendet (Art. 309 Abs. 1 OR, «vertragsgemässer Gebrauch»). Ohne Regelung greift Art. 310 OR, bei der der Entlehner die Sache beliebig zurückfordern kann.<sup>19</sup> Es ist folglich möglich, auch bei unklarem Baubeginn eine Leihe auf Zusehen hin zu gewähren.

---

<sup>16</sup> BSK OR I-Weber, Art. 272a N 6.

<sup>17</sup> Büchi/Gehrig (FN 14), N 22.

<sup>18</sup> BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, Art. 307 N 3: *«Der Entlehner trägt gem. Abs. 1 neben den unmittelbaren Gebrauchskosten (z.B. Benzin bei Autos, Bewachung der Leihgabe für eine Ausstellung) die gewöhnlichen Kosten für die Erhaltung der Sache, d.h. also die Kosten für den gewöhnlichen Unterhalt, nicht aber die über den gewöhnlichen Unterhalt hinausgehenden Kosten, die gem. Abs. 2 zu Lasten des Verleihers gehen (...). Dies entspricht im Wesentlichen dem pachtrechtlichen Kostentragungsregime (...). Stets zu Lasten des Entlehners gehen dabei Erhaltungskosten, die mit dem Gebrauch der Sache durch den Entlehner notwendig einhergehen, und die verhältnismässigen Kosten für die Behebung von beim Gebrauch entstandenen Schäden (bspw. Futterkosten und gewöhnliche Tierarztrechnungen für ein geliehenes Pferd). Was zum gewöhnlichen Unterhalt gehört, hängt im Übrigen von Gegenstand, Zweck und Dauer der Leihe ab (z.B. Bewirtschaftungskosten eines Bauernhofs BGE 75 II 45 = Pra 1949, 409, Reinigungskosten bei Leihe von Oldtimer zu Ausstellungszwecken, ordentlicher Service bei Benützung eines Autos über mehrere Monate und nicht nur für ein paar Tage). Im Vergleich zur Miete obliegen dem Entlehner somit weitergehende Pflichten als dem Mieter, der nur «Mängel, die durch kleine, für den gewöhnlichen Unterhalt erforderliche Reinigungen oder Ausbesserungen behoben werden können», auf eigene Kosten beseitigen muss (...). Dieser Unterschied folgt aus der Unentgeltlichkeit der Leihe. Dementsprechend rechtfertigt es sich, bei der Festsetzung der vom Entlehner zu übernehmenden Kosten im Einzelfall die | Dauer der Leihe und den (Gebrauchs-)Wert der Sache zu berücksichtigen. Damit wird auch verhindert, dass der Verleiher aus der Kostentragungspflicht des Entlehners ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile zieht (z.B. mittels Abschiebens von Wartungsarbeiten auf den Entlehner).»*

<sup>19</sup> Zur Abgrenzung vgl. BGE 125 III 363 ff., 366 f.: *„Les art. 309 et 310 CO doivent donc être interprétés de la manière suivante. Si la durée du prêt a été déterminée, par un terme, une durée ou l'usage convenu, les parties sont liées par cet accord et le prêteur ne peut réclamer sa chose de façon anticipée qu'aux conditions de l'art. 309 al. 2 CO. Si la durée du prêt ne peut pas être déterminée, ni par la convention des parties ni par l'usage convenu, le prêteur peut réclamer la chose en tout temps (art. 310 CO). Cette interprétation restrictive trouve sa justification dans le caractère gratuit de la prestation du prêteur (cf., à ce sujet, Gauch, System der Beendigung von Dauerverträge, Fribourg 1968, p. 59). Elle est confirmée, du reste, par l'interprétation qui est faite de la disposition comparable du droit français (art. 1888 du Code civil français), la doctrine traitant comme un prêt à durée indéterminée - résiliable en tout temps par le prêteur - celui qui se caractérise par le fait que l'usage convenu ne comporte en lui-même aucune limite de temps (cf., parmi d'autres, Grua, Prêt à usage, in Juris-Classeurs, 1993, Fasc. 30, n. 24 ad art. 1888 à 1891 CCF). i) En l'espèce, il n'est pas contesté que les parties n'ont pas fixé la durée du prêt. L'usage convenu - l'exploitation par une personne morale d'un centre culturel et social - ne permet en aucune façon de limiter le prêt dans le temps. On ne peut dire en effet quand la recourante a fait l'usage convenu ou aurait pu le faire en agissant de bonne foi (art. 309 al. 1 CO). Le cas s'écarte donc totalement des hypothèses de l'art. 309 al. 1 CO, telles que le prêt d'un stylo pour signer une lettre, d'une bicyclette pour aller à la poste, de bijoux pour une soirée, d'une voiture pour un voyage, d'un logement pendant des études universitaires, etc. Lorsque - comme c'est ici le cas - la convention des parties ne permet de discerner aucune limite dans le temps, il s'agit d'un prêt d'une durée indéterminée, ce qui entraîne l'application de l'art. 310 CO, et non de l'art. 309 CO. Le prêteur pouvait donc exiger la restitution sans avoir à justifier de circonstances particulières. Ainsi, l'arrêt attaqué ne viole pas le droit fédéral et il n'est pas nécessaire de rechercher d'autres faits concernant l'usage convenu et la manière dont la villa a été effectivement utilisée.“*

- Eine Erstreckung ist ausgeschlossen – diese existiert nur im Mietrecht.<sup>20</sup>

#### Sachverhalt 4

Xana gewährte Uriella, der Führerin der Gruppe „Fiat Lux“, ein zinsloses Darlehen von Fr. 625'000. Für das Darlehen wurde eine Laufzeit von 22 Jahren vereinbart. Nach zwei Jahren erklärte Xana den Austritt aus der Religionsgruppe und verlangte die Rückzahlung des Darlehens.

#### Lösung 4

Vgl. dazu BGE 128 III 428 E. 3: „Für gesetzlich geregelte Dauerschuldverhältnisse bestehen regelmässig Vorschriften, die ihre vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund vorsehen (vgl. neben Art. 337 OR zum Beispiel Art. 266g, 418r und 527 OR). Die Lehre geht davon aus, dass diese Vorschriften Ausdruck eines allgemeinen Prinzips sind, das grundsätzlich für alle Dauerverträge gilt (...). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts stimmt damit überein (...). Das Bundesgericht hat die Auflösbarkeit aus wichtigem Grund in verschiedenen Entscheiden auf Verträge ausgedehnt, für die eine entsprechende gesetzliche Regelung fehlt (...).“

**Fragen: Ist das Darlehen ein Dauerschuldverhältnis?** Dazu BGE 128 III 428 E. 3b: „Dauerschuldverhältnisse werden dadurch charakterisiert, dass der Umfang der Gesamtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während der die Leistungen fortgesetzt werden sollen (...). Massgebend ist die vertragstypische Hauptleistung, die beim Darlehensvertrag über Geld vom Darlehensgeber erbracht wird und in der Verschaffung sowie Überlassung einer Geldsumme an den Darlehensnehmer während eines gewissen Zeitraumes besteht (...). Auf dieser theoretischen Grundlage ist der Darlehensvertrag unabhängig davon als Dauerschuldverhältnis zu betrachten, ob der Borger einen Zins schuldet oder dem Darlehensgeber keine Gegenleistung in Geld erbringen muss. Ob Zins geschuldet wird oder nicht, ist dagegen von massgebender Bedeutung in Bezug auf die wirtschaftliche Funktion des Darlehensvertrages, seine Erscheinungsform und den Entscheid darüber, was als wichtiger Grund für die vorzeitige Auflösung zu betrachten ist. Wird Zins geschuldet, bestehen insoweit gegenläufige Interessen der Vertragsparteien. Zinslose Darlehen werden dagegen in der Regel aus Gründen gewährt, welche den gemeinsamen Interessen der Vertragsparteien entsprechen. Die wirtschaftliche Funktion des Vertrages unterscheidet sich hier grundlegend von jener, die beispielsweise bei einem hochverzinslichen Kleinkredit gegeben ist. Zinslose Darlehen mit Laufzeiten von zehn und mehr Jahren nähern sich von ihrer Funktion her einer Schenkung und werden denn auch unter vergleichbaren Umständen und aus vergleichbaren Motiven vereinbart. Der Darlehensgeber bzw. die Darlehensgeberin gewährt das Darlehen in solchen Fällen darum, weil hinsichtlich der Verwendung des Geldes eine Interessengemeinschaft besteht, der eine enge soziale - meist verwandtschaftliche - Beziehung zugrunde liegt.“

**Frage: Ist der Austritt aus der Religionsgruppe ein wichtiger Grund?** Dazu BGE 128 III 428 E. 3c: „Nach heutigem Verständnis steht dagegen bei der vorzeitigen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus

<sup>20</sup> BGer, 4D\_136/2010, 11.2.2011, E. 4.3.3 f.: „Auch diese Rüge verfährt nicht. Die Bestimmungen über den Kündigungsschutz einschliesslich der Erstreckungsmöglichkeit gelten nur und ausschliesslich für Mietverträge (betreffend Wohn- und Geschäftsräume), nicht aber für Gebrauchsleiheverhältnisse, auch nicht analog (HIGI, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 1996, N. 37 f. zu Art. 272 OR; SVIT-Kommentar, Das Schweizerische Mietrecht, 3. Aufl. 2008, N. 2 zu Art. 272 OR; SCHÄRER/MAURENBRECHER, Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 2 zu Art. 310 OR). Hier wurden zudem nicht Wohnräume zum Gebrauch überlassen, sondern die Y. \_\_\_\_\_ Immobilien AG duldete, dass die Beschwerdeführer ihnen gehörende Wohnwagen auf einem Teil des Grundstücks abstellten. Die Vorinstanz musste demnach nicht eine Erstreckung im Sinne von Art. 272 OR prüfen. 4.3.4 Die Beschwerdeführer sind allerdings der Meinung, die Anwendung der mietrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen auf Standplätze für Fahrende folge aus einer verfassungs- bzw. konventionskonformen Auslegung der Art. 271 ff. OR. Soweit sie vorbringen, die Nichtanwendung der Kündigungsschutzbestimmungen auf Standplätze für Fahrende käme einer indirekten Diskriminierung dieser Bevölkerungsgruppe gleich, vermögen sie von vornherein nicht durchzudringen. Denn die Kündigungsschutzbestimmungen von Art. 271 ff. OR sind nach dem in der vorstehenden Erwägung 4.3.3 Ausgeführten auf die Gebrauchsleihe, wie sie hier unbestrittenermassen gegeben ist, ganz allgemein nicht anwendbar, und nicht bloss dann, wenn sie Standplätze von Fahrenden zum Gegenstand hat.“

wichtigem Grund der Schutz der Persönlichkeit im Sinne von Art. 27 ZGB im Vordergrund. Die betreffende Partei soll sich von der Vertragsbindung befreien können, weil eine Fortführung des Vertragsverhältnisses eine unzumutbare Einschränkung ihrer Persönlichkeitsrechte bedeuten würde (...).“ und E. 4: „Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts, das sich jenen der ersten Instanz angeschlossen hat, war die Klägerin in den Jahren 1994 bis 1996, als die Darlehensverträge abgeschlossen wurden, ein bedeutendes Mitglied von "Fiat Lux", das in einer privilegierten Beziehung zur Vorsteherin der Gemeinschaft, der Beklagten, und deren Ehemann stand. In den Urteilen der kantonalen Gerichte wird festgehalten, zwischen der Klägerin und der Beklagten habe ein engfreundschaftliches Vertrauensverhältnis bestanden, was sich insbesondere darin manifestiert habe, dass die Beklagte und deren Ehemann 1997 Trauzeugen an der Hochzeit der Klägerin gewesen seien. Sodann wird auf die lange Dauer der persönlichen Bekanntschaft hingewiesen, die auf die Zeit kurz nach der Gründung der Gemeinschaft "Fiat Lux" im Jahre 1980 zurückgeht. Im Weiteren wird festgestellt, die Beklagte habe als Sprachrohr Gottes der Klägerin Botschaften von Jesus Christus übermittelt. Dieser Umstand führte zusammen mit der Einbindung in die Gemeinschaft "Fiat Lux", bei der es sich nach den Angaben der Beklagten um eine klösterliche Ordensgemeinschaft mit sehr strengen Regeln handelt, zu einer geistigen und wohl auch psychischen Dominanz der Beklagten gegenüber der Klägerin. Zu berücksichtigen ist zudem, dass das verliehene Geld nach dem Willen der Darlehensgeberin den Interessen der Gemeinschaft "Fiat Lux" und nicht den persönlichen Interessen der Borgerin dienen sollte. Von Bedeutung ist schliesslich, dass die Klägerin darauf vertrauen durfte, durch die Zugehörigkeit zu "Fiat Lux" in gewissem Ausmass für die Zukunft wirtschaftlich abgesichert zu sein. Mit dem Ausscheiden aus "Fiat Lux" ist diese Sicherheit nicht mehr vorhanden und die heute über sechzigjährige Klägerin ist darauf angewiesen, dass sie sich aus eigenen Mitteln für das Alter absichern kann. Dazu kommt, dass die erwähnte Interessengemeinschaft hinsichtlich der Verwendung des verliehenen Geldes nicht mehr besteht und insoweit die Grundlage der Darlehensverträge weggefallen ist. Das Ausscheiden der Klägerin aus der Gemeinschaft "Fiat Lux" hat dazu geführt, dass ihr die Bindung an die Darlehensverträge wegen übermässiger Einschränkung ihrer Persönlichkeitsrechte nicht mehr zuzumuten ist. Zum einen besteht angesichts der langen Laufzeiten der zinslosen Darlehen von zehn bis zweiundzwanzig Jahren ein Übermass in wirtschaftlicher Hinsicht, da die Klägerin im Zeitpunkt der Rückzahlung einen massiven Wertverlust ihres Geldes in Kauf nehmen müsste, wogegen die Beklagte während der Laufzeit der Darlehen über das Geld hätte gewinnbringend verfügen können. Zum andern liegt auch eine übermässige, unzumutbare Einschränkung des persönlichkeitsrechtlichen Selbstbestimmungsrechts der Klägerin vor, da sie mit dem ausgeliehenen Geld eine Gemeinschaft unterstützen muss, deren Interessen und Ziele sie nicht mehr teilt und auf die sie auch keinen Einfluss mehr ausüben kann.“

### **Sachverhalt und Lösung 5**

- Darleiher Daniel gewährt Borger Boris ein Darlehen über Fr. 50'000 zwecks Gründung einer Firma und Rückzahlung «sobald nach dem Geschäftsergebnis möglich» (BGE 76 II 144 ff.).

Dazu BGE 76 II 144 E. 4: «Die Verabredung der Rückzahlung, sobald das Geschäftsergebnis eine solche gestatte, schliesst die Anwendung von Art. 318 OR aus. Die dort vorgesehene Möglichkeit der Kündigung des Darlehens zur Rückzahlung auf 6 Wochen besteht nur, wo weder ein bestimmter, noch ein bestimmbarer Rückzahlungszeitpunkt vereinbart wurde. Im vorliegenden Fall ist aber der Rückzahlungstermin objektiv bestimmbar, indem die Rückzahlungspflicht vom Geschäftsertrag abhängig sein und nach dem Parteiwillen eintreten sollte beim Verbleiben eines Ertragsüberschusses nach Deckung der Betriebskosten und der Kosten des Lebensunterhaltes der Beklagten. Bei dieser Regelung liegt also überhaupt kein unbefristetes Darlehen im Sinne von Art. 318 OR vor.»

- Darleiher Daniel gewährt Borger Boris ein Darlehen über Fr. 100'000, unbefristet und zinsfrei. Er zahlt dieses am 23. Oktober 2008 aus. Am 23. Oktober 2018 will er das Darlehen zurück. Was ist heute (3./4. Dezember 2018) zu tun?

Die Pflicht zur Rückzahlung des unbefristeten Darlehens verjährt nach zehn Jahren und sechs Wochen. Dies ergibt sich aus Art. 318 und 130 Abs. 2 OR, vgl. BGer, 4A\_699/2011, E. 3: *«L'art. 130 al. 2 CO prévoit que si l'exigibilité de la créance est subordonnée à un avertissement du créancier, la prescription court dès le jour pour lequel cet avertissement pouvait être donné. Sur la base de cette règle, la Cour de justice retient que le contrat des parties pouvait être résilié dès sa conclusion en observant le délai d'avertissement de six semaines fixé par l'art. 318 in fine CO, et que le remboursement devenait exigible à l'expiration de ce délai. Le contrat date du 29 mars 1999, de sorte que l'avertissement pouvait être donné au plus tôt pour le 11 mai suivant; le délai de prescription s'est écoulé dès ce jour et il est lui-même arrivé à échéance le 11 mai 2009. La créance en remboursement était donc prescrite le 19 mars 2010, lorsque la demanderesse a fait notifier un commandement de payer au défendeur. Cette analyse de la Cour correspond à celle développée dans deux arrêts du Tribunal fédéral, l'un du 5 novembre 1924 (ATF 50 II 401 p. 404/405), l'autre du 5 octobre 1965 (ATF 91 II 442 consid. 5b p. 451/452).»*<sup>21</sup> Die Frist begann mit der Auszahlung am 23. Oktober 2008 (Donnerstag). Dies wäre auch der früheste Zeitpunkt, um das Darlehen zu kündigen. Die Sechswochenfrist des Art. 318 OR dauert somit bis und mit 4. Dezember 2008 (wiederum ein Donnerstag, vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m. Abs. 2 OR). Von da an wären die zehn Jahre zu zählen – vom 4. Dezember 2008 bis zum 4. Dezember 2018 (vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 OR). Die Verjährung tritt somit am 4.12.2018 ein. Das ist heute! Was muss Daniel tun? Er muss bis heute 24.00 Uhr eine Betreibung gegen Boris einleiten, denn diese unterbricht die Verjährung und lässt diese neu beginnen (Art. 135 Ziff. 2 i.V.m. Art. 138 Abs. 2 OR). Als Rechtswohltat bewirkt schon die Postaufgabe die Verjährungsunterbrechung.<sup>22</sup>

*Weshalb ist es relevant, dass keine Zinsen geschuldet oder bezahlt werden?* Jede Zinszahlung unterbricht als Anerkennungstatbestand die Verjährung (Art. 135 Ziff. 1 OR).

- Darleiher Daniel gewährt Borger Boris ein Darlehen über Fr. 50'000 zwecks Gründung einer Einzelfirma und Rückzahlung innert sieben Jahren «zu 5% pa plus 15% des Reingewinns».

Hier geht es möglicherweise um ein partiarisches Darlehen, vgl. BGer 4A\_509/2010, E. 5.2: *«Eine besondere Art von Darlehen, ein sogenanntes partiarisches Darlehen, liegt vor, wenn der Darleiher sich nicht oder nicht nur Zins versprechen lässt oder verspricht, sondern ausschliesslich oder zusätzlich eine Beteiligung am Gewinn oder am Verlust (...). Bedingt sich ein Geldgeber überdies Mitsprache- oder gar Mitwirkungsrechte bei der Geschäftstätigkeit aus, die über eine gewöhnliche Kontrolle hinausgehen, wie sie beim Darlehen üblich ist, liegt ein starkes Indiz für eine einfache Gesellschaft vor, gegebenenfalls in der Form einer stillen Gesellschaft, die nach aussen gar nicht als Gesellschaft in Erscheinung tritt (...).*

<sup>21</sup> Siehe zum möglichen Fehler in dieser Berechnung BK-Weber, Art. 312 N 96: *«Bezogen auf die Kündigung des Darlehensvertrages scheint das Bundesgericht davon auszugehen, dass die Kündigung erst nach sechs Wochen und einem Tag ab Vertragsabschluss möglich ist und die Verjährungsfrist somit erst zu diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Im dem Urteil 4A\_699/2011 des Bundesgerichts vom 22. Dezember 2011 zugrunde liegenden Sachverhalt war der Vertrag am 29. März 1999, einem Montag, geschlossen worden. Nach Art. 77 Ziff. 1 Abs. 2 OR fällt der Zeitpunkt der Ablauf einer Frist, die nach Wochen bestimmt ist, auf denjenigen Tag der letzten Woche, der durch seinen Namen dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht. Gemäss Art. 77 Abs. 2 OR wird alsdann eine Frist in gleicher Weise berechnet, wenn sie nicht vom Tage des Vertragsabschlusses, sondern von einem andern Zeitpunkt an zu laufen hat. Demnach müsste die Frist an einem Montag ablaufen. Gemäss Bundesgericht lief die Frist aber erst am 11. Mai 1999, einem Dienstag, ab152. Diese Fristberechnung mutet auf den ersten Blick seltsam an, lässt sich aber dadurch erklären, dass eine Kündigung in der Regel nicht mündlich, sondern schriftlich erfolgt. Weil die Kündigung wie erwähnt eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, kann die Frist folglich nicht bereits am Tag des Vertragsabschlusses zu laufen beginnen, sondern erst mit Zugang der Kündigung; dieser erfolgt in der Regel am Tag nach der Zustellung, weil die Kündigung üblicherweise per Post zugestellt wird (...).»*

<sup>22</sup> Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3345, 3348, 3350.



Ob eine Gesellschaft vorliegt, ist nach den gesamten Umständen des konkreten Falles zu beurteilen (...).»<sup>23</sup>

- Darleiher Daniel gewährt Borger Boris ein Darlehen über Fr. 100'000 unbefristet und zinsfrei. Er zahlt dieses jedoch nicht aus. Was kann Boris tun? Was kann Daniel tun, wenn er die Summe auszahlen möchte, Boris diese aber nicht annimmt?

Auf den Auszahlungsanspruch ist Art. 315 OR anwendbar. Die Verjährung beginnt erst mit dem Eintritt des Verzugs (hier des Darleihers). Dies bedingt eine Mahnung oder die Abmachung eines klaren Auszahlungstermins. Boris müsste Daniel in Verzug setzen. Sobald der Verzug eintritt, verjährt der Anspruch auf Auszahlung sechs Monate später. Er kann nicht nach Schuldnerverzug vorgehen und nach einer Nachfrist die Wahlrechte ausüben, denn das unentgeltliche Darlehen ist kein zweiseitiger Vertrag (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR).

Nimmt Boris die Summe nicht an, gerät er in Annahmeverzug – für den Annahmeanspruch zählt dieser Verzug.<sup>24</sup> Der Schuldnerverzug mit den Wahlrechten steht nicht offen, da Boris beim zinslosen Darlehen keine Zinsen schuldet.<sup>25</sup> Die einzige Option für Daniel besteht darin, das Geld zu hinterlegen (Art. 92 OR).

Das Problem dieser Regelung besteht grundsätzlich darin, dass die Verjährung des Auszahlungsanspruchs in gewissen Fällen nie eintritt, wenn Boris den Daniel nicht mahnt. Wenn beispielsweise der Borger Boris die Annahme des Darlehens zuerst verweigert, so ist er dennoch so lange berechtigt, die Aushändigung der Darlehenssumme zu fordern, als sich der Darleiher noch nicht in Verzug befindet

---

<sup>23</sup> BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, Art. 312 N 37: «Das partiarische Darlehen ist ein (echtes) synallagmatisches (BGE 94 II 127) Darlehen mit Rückerstattungsverpflichtung des Borgers, aber besonderer Abrede hinsichtlich der Vergütung für den Wertgebrauch. Letztere ist erfolgsabhängig und besteht typischerweise in einem Teil des Ertrages, den der Borger mit dem vertraglich bestimmten Gebrauch (vgl. N 39a) der Darlehenssumme erwirtschaftet. Sie ist somit nur bedingt geschuldet, nämlich unter der meistens nur konkludent vereinbarten Bedingung, dass überhaupt ein Ertrag erwirtschaftet wird. Kombinationen mit einer festen, d.h. unbedingt geschuldeten Vergütung (Zins) sind möglich und zulässig, indem z.B. neben dem Zins noch eine Gewinnbeteiligung versprochen wird oder vertraglich von Anfang an vorgesehen ist, dass ein fester Zinsanspruch in bestimmten Fällen (wie z.B. im Gefolge einer Verlustbeteiligung des Darleihers [vgl. N 39]) von einer erfolgsabhängigen Vergütung abgelöst wird. Da hier die (bedingte) Erfolgsbeteiligung des Darleihers Teil der ursprünglich versprochenen Gegenleistung des Borgers ist, sind auch solche Verträge als partiarische Darlehen und nicht als sog. Besserungsscheine zu qualifizieren. Das partiarische Darlehen ist weiter abzugrenzen von der einfachen, insb. der stillen Gesellschaft (vgl. N 43).» und N 43: «Die einfache, insb. die stille Gesellschaft unterscheidet sich vom (partiarischen) Darlehen hauptsächlich durch den Vertragszweck, insb. den Willen, gemeinsam einen Zweck zu verfolgen, der beim partiarischen Darlehen fehlt (...). Dieser Wille ergibt sich aus dem Vertragsinhalt, bei dessen Auslegung auf die Gesamtheit der Umstände sowie die tatsächliche Handhabung während der Vertragsdauer abzustellen ist. Dabei ist nach zutreffender (vgl. N 11, 39) h.M. eine Verlustbeteiligung des Geldgebers nur ein Indiz (...). Nach a.M. dagegen führt die Beteiligung am Verlust zwingend zur Annahme einer einfachen (meistens stillen) Gesellschaft (...). Ob dagegen eine Gesellschaft ohne Verlustbeteiligung möglich ist (...), ist für die Frage der Abgrenzung zwischen einfacher Gesellschaft und partiarischem Darlehen unerheblich (vgl. Christ, 234 f., 260 ff.). Ein starkes Indiz für eine Gesellschaft sind vereinbarte (...) Mitsprache- und Kontrollrechte des Geldgebers, die über eine gewöhnliche Kontrolle, welche auch beim Darlehen üblich ist (N 38), hinausgehen (...).»

<sup>24</sup> BK-Weber, Art. 315 N 11: «Die Verjährungsfristen der beiden (unterschiedlichen) Ansprüche beginnen unabhängig voneinander zu laufen, d.h. die Verjährungsfrist mit Bezug auf den Anspruch auf Aushändigung des Darlehens läuft ab Eintritt des Schuldnerverzuges des Darleihers, diejenige mit Bezug auf den Anspruch auf Annahme des Darlehens mit Eintritt des Annahmeverzuges des Borgers.»

<sup>25</sup> Vgl. BK-Weber, Art. 312 N 55: «Ist das Darlehen verzinslich ausgestaltet, stellt sich die Frage, ob der Darleiher bei Annahmeverzug des Borgers auch nach den Regeln des Schuldnerverzugs (Art. 102 ff. und Art. 107 ff. OR) vorgehen kann, weil die Zinszahlungspflicht zur synallagmatischen Natur des Darlehens führt. Bezüglich der Zinspflicht ist von der Sache her grundsätzlich auf die Entstehung der Zinszahlungspflicht abzustellen, d.h. auf das vertragsgemässe Angebot, nicht auf die tatsächliche Entgegennahme der Darlehensvaluta durch den Borger. Diese Auslegung ist nicht zuletzt deshalb geboten, weil der Darleiher sich oft im entsprechenden Umfange refinanziert und seinerseits die Zinsen für die Refinanzierung zu bezahlen hat. Beim verzinslichen Darlehen ist somit trotz des Obliegenheitscharakters der Annahme ein Vorgehen nach den Regeln des Schuldnerverzuges sachgerecht und zulässig.»

bzw. noch keine sechs Monate seit Eintritt des Verzuges verstrichen sind.<sup>26</sup> Deshalb schlägt der Handkommentar vor, dies als rechtsmissbräuchlich beiseitezuschieben: *«Der Beginn der Verjährung setzt daher idR eine Mahnung durch den Borger voraus (...). Dies darf nicht zu einer unbilligen Verlängerung der Verjährung führen; eine verspätete Geltendmachung hat als rechtsmissbräuchlich zu gelten. Die zehnjährige ordentliche Verjährungsfrist ab Fälligkeit kann hierfür wohl Massstab sein.»*<sup>27</sup>

## Sachverhalt 6

### Fällt das folgende Geschäft unter das KKG?

- Leonidas least einen Jaguar im Wert von Fr. 95'000.
- Josef leiht von seinem Vater Fr. 10'000, ohne Zins.
- Albert leiht von der UBS Fr. 70'000 und übergibt dieser einen Schuldbrief als Pfand.

### Lösung 6

- Leonidas least einen Jaguar im Wert von Fr. 95'000.

Das Leasing fällt gemäss den Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 KKG unter das KKG, vgl. Huguenin, N 3100: *«Erstens muss ein Leasingvertrag über eine bewegliche Sache abgeschlossen worden sein. Zweitens muss diese Sache dem privaten Gebrauch des Leasingnehmers dienen; Leasingverträge über Investitionsgüter sind somit vom Anwendungsbereich des KKG ausgeschlossen. Drittens müssen die Parteien vereinbart haben, dass bei vorzeitiger Vertragsauflösung die Leasingraten erhöht werden. In der Praxis ist es insbesondere bei Autoleasingverträgen üblich (und wirtschaftlich auch gerechtfertigt), die vorzeitige Vertragsauflösung mit einer Erhöhung der Leasingraten zu verknüpfen. Die rückwirkende Erhöhung soll die Amortisation der Sache, die Kosten und den Gewinn decken. Solche Klauseln sind für Verträge, die dem KKG unterstehen, nach Art. 17 Abs. 3 KKG ausdrücklich erlaubt und fallen nicht unter das Verbot von Art. 266k OR, welcher einen Entschädigungsanspruch bei der Kündigung ausschliesst.»* Im vorliegenden Fall liegt jedoch der Betrag über Fr. 80'000, weshalb das KKG keine Anwendung findet (Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG).

- Josef leiht von seinem Vater Fr. 10'000, ohne Zins.

Zinslose Darlehen fallen nicht unter das KKG (Art. 7 Abs. 1 lit. c KKG; vgl. auch lit. d). Der Vater ist auch kein gewerbsmässiger Darleiher (Art. 2 KKG).

- Albert leiht von der UBS Fr. 70'000 und übergibt dieser einen Schuldbrief als Pfand.

---

<sup>26</sup> ZK-Higi, Art. 315 N 9: *«Der Art. 315 findet ebenfalls Anwendung beim Annahmeverzug des Borgers (Art. 91 ff.; vgl. Tercier I, S. 396). Die Anwendung des Art. 315 auf den Annahmeverzug kann sinnvollerweise allerdings nur bedeuten, es sei der gemäss dispositiver gesetzlicher Ordnung vorleistungspflichtige Darleiher (vgl. N 45 zu Art. 312) nicht gehalten, seine Leistungsbereitschaft über die Verjährungsfrist hinweg aufrecht zu erhalten. Der Darleiher kann aber (Naturalobligation; vorn N 7) die Leistung auch danach erbringen. Konsequenterweise weiter gedacht heisst das dann immerhin auch, dass die Ansprüche usw., die dem Darleiher im Zusammenhang mit dem Annahmeverzug des Borgers allenfalls entstehen können (wie Unkosten usw.), letztlich nur dann in klagbarer Form erwachsen, wenn der Darleiher die Rechte gemäss Art. 91 ff. innert der Verjährungsfrist wahrgenommen hat.»*; vgl. BK-Weber, Art. 315 N 14: *«Das Auseinanderfallen des Beginns der Verjährungsfrist führt unter Umständen zu unerwünschten Ergebnissen: Konkret bedeutet dies nämlich, dass der Borger – selbst derjenige, welcher die Annahme des Darlehens zunächst verweigerte – so lange berechtigt ist, die Aushändigung der Darlehenssumme zu fordern, als sich der Darleiher noch nicht in Verzug befindet bzw. noch keine sechs Monate seit Eintritt des Verzuges verstrichen sind. Weil es sich bei Art. 315 OR um eine lex specialis handelt, kann der Borger die Aushändigung des Darlehens somit – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – «unendlich lange» verlangen, wenn kein Verfalltagsgeschäft verabredet war und er den Darleiher nie in Verzug setzte. Der Darleiher vermag diesem Risiko nur zu entgehen, indem er von seinem Hinterlegungsrecht nach Art. 92 OR Gebrauch macht. Sofern der Borger seinerseits seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, hat der Darleiher allenfalls auch die Möglichkeit, nach den Regeln über den Schuldnerverzug vorzugehen.»*

<sup>27</sup> CHK-Schönenberger, Art. 315 N 1.

Die Sicherung durch ein Grundpfand schliesst die Anwendbarkeit des KKG aus (Art. 7 Abs. 1 lit. a KKG).