

Sachverhalt 1: Airbnb-Mania

Mieter Meier inseriert seine Wohnung häufig auf Airbnb und überlässt diese dann Gästen. Vermieter Volkart bemerkt dies zufällig und fragt Sie, was er dagegen tun kann.

Lösungsvorschlag 1: Airbnb-Mania

Der Airbnb-Vertrag zwischen Meier und seinen Gästen dürfte als entgeltliche Gebrauchsüberlassung in den meisten Fällen und zumindest hauptsächlich dem Mietrecht unterstehen.¹ Es handelt sich somit um eine *Untermiete* im Sinne des Art. 262 OR.

Der Mieter muss den Vermieter zwar fragen, doch kann dieser die Zustimmung zur Untermiete nur gemäss Art. 262 Abs. 2 OR in drei Fällen verweigern, nämlich wenn (alternativ)...

- a. *der Mieter sich weigert, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekanntzugeben;*
- b. *die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags missbräuchlich sind;*
- c. *dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen.*

Kündigung

Der Sachverhalt hält fest, dass der Vermieter die Untermiete zufällig bemerkt hat. Der Mieter hat folglich nicht vorgängig gefragt. *Ist dies schon Grund genug für eine ausserordentliche Kündigung?*

Dazu sagt das Bezirksgericht Zürich: *«Die Folgen einer Untervermietung ohne Einholung der Zustimmung sind in der Lehre strittig: Gemäss einem Teil der Lehre begeht der Mieter zwar eine Vertragsverletzung, welche aber ohne Konsequenzen bleibt, sofern die Voraussetzungen für die Erteilung der Zustimmung gegeben sind und sich der Vermieter daher der Untermiete nicht wirksam widersetzen könnte (Mietrecht für die Praxis/Niederöst, 9. Aufl., S. 623; BSK OR I-Weber, 6. Aufl., Art. 262 N 4). Ein anderer Teil der Lehre erachtet den Vermieter bei einer Nichteinholung der Zustimmung zur ausserordentlichen Kündigung befugt, auch wenn kein Verweigerungsgrund i.S.v. Art. 262 Abs. 2 OR vorliegt (SVIT-K, Art. 262 OR N 32), oder geht davon aus, der Mieter verletze durch die Untervermietung ohne Zustimmung gleichzeitig Art. 262 Abs. 2 lit. a OR. In diesem Fall könne der Vermieter die Zustimmung nachträglich erteilen oder den Mieter mahnen und die Bekanntgabe der Bedingungen*

¹ Vischer, AJP 2017, 479: *«Airbnb ermöglicht es dem «Gastgeber» (Terminologie Airbnb), «Gästen» (Terminologie Airbnb) die Benutzung von Wohn- und z.T. Geschäftsraum gegen Entgelt zu überlassen. Im Regelfall ist der entsprechende, über Airbnb geschlossene Vertrag zwischen «Gastgeber» und «Gast» ein Mietvertrag. Der «Gastgeber» kann dem «Gast» neben der Benutzungsüberlassung von Wohn- oder Geschäftsraum aber auch weitere Leistungen anbieten, wie Verköstigung, Reinigungs-, Wäsche- oder Conciergeservice. Je nachdem beinhaltet der über Airbnb geschlossene Vertrag zwischen «Gastgeber» und «Gast» alsdann nebst mietrechtlichen Elementen auch andere Elemente, weshalb in solchen Fällen ein Innominatvertrag vorliegt, z.B. ein Gastaufnahmevertrag. Im Regelfall wird aber wie gesagt ein Mietvertrag zur Diskussion stehen bzw. mindestens grösstenteils Mietvertragsrecht anwendbar sein, weshalb im Folgenden (leicht verkürzend und pauschalisierend) von einem Mietvertrag und dementsprechend von einer Vermietung von Eigentumswohnungen über Airbnb ausgegangen wird.»; BezGer ZH, 9.2.2017, ZMP 2017 Nr. 2, E. 2.1.1: «Bei Airbnb handelt es sich zur Hauptsache um die entgeltliche Überlassung von Wohn- und Schlafraum. Je nach Ausgestaltung des direkten Vertragsverhältnisses zwischen dem Anbieter der Airbnb-Unterkunft und seinem Gast kann es sich um eine reine Untermiete, allenfalls um einen atypischen Untermietvertrag oder aber um einen Beherbergungs- oder Gastaufnahmevertrag handeln. In all diesen Fällen aber kommen im Verhältnis zwischen dem Anbieter von Airbnb-Unterkünften und seinem Vermieter die Regeln der Untermiete zur Anwendung (Spirig, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, in: mp 1/2015, S. 4, 6 und 12). (...)»; vgl. die weite Umschreibung in BGer, 4A_518/2014, 19.11.2014, E. 3: «Aux termes de l'art. 262 al. 1 CO, le locataire peut sous-louer tout ou partie de la chose avec le consentement du bailleur; l'art. 262 al. 2 CO énumère les hypothèses dans lesquelles ce dernier est autorisé à refuser son consentement. Ces dispositions visent tous les contrats onéreux, outre le bail à loyer, par lesquels le locataire cède l'usage de la chose à un tiers; elles concernent notamment le bail à ferme et, en particulier, le bail à ferme ayant pour objet l'exploitation d'un établissement public (contrat de «gérance libre»; arrêt 4A_127/2008 du 2 juin 2008, consid. 2.2, SJ 2008 I 467).»*

verlangen sowie bei erfolgloser Mahnung ausserordentlich kündigen (ZK-Higi, Art. 262 OR N 57 f.; vgl. auch BGE 138 III 59 E. 2.2.2).»²

Wann darf man die Zustimmung zur Untermiete via Airbnb verweigern? Gemäss Bezirksgericht Zürich liegt in der fehlenden Mitteilung bereits eine Verletzung des Art. 262 Abs. 2 lit. a OR und damit ein Verweigerungsgrund. Das Bezirksgericht schliesst sich somit der letzten der drei Meinungen an: *«Zunächst ist in Übereinstimmung mit ZK-Higi davon auszugehen, dass der Beklagte durch seine fehlende Bekanntgabe der Untermiete Art. 262 Abs. 2 lit. a OR verletzt hat (vgl. ZK-Higi, Art. 262 OR N 57 f).»³*

Wann sind Airbnb-Tarife missbräuchlich im Sinne des Art. 262 Abs. 2 lit. b OR? Dazu das Bezirksgericht Zürich: *«Der Vollständigkeit halber ist noch zu prüfen, ob die vom Beklagten angebotenen Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrags im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. b OR missbräuchlich sind, insbesondere ob der auf Airbnb verlangte Preis in der Höhe von Fr. 220.-/Nacht zu hoch ist. (...). Wenn der Beklagte erklärt, ein Preis von Fr. 150.-/Nacht sei selbstkostendeckend, räumt er damit gleichzeitig ein, dass er mit einem darüber hinausgehenden Preis von Fr. 220.-/Nacht einen missbräuchlichen Gewinn erzielt. Ausgehend von einem Bruttomietzins von Fr. 2'914.40 würde sich der selbstkostendeckende Mietzins pro Tag um die Fr. 100.– (Fr. 2'914.40 geteilt durch 30 Tage) bewegen. Berücksichtigt man Kosten für Möbel und Reinigung, so erscheint selbst ein Preis von Fr. 150.-/Nacht an der oberen Grenze des Selbstkostendeckungsgrades, insbesondere im Falle einer nicht nur sporadischen Untervermietung. Folglich ist der vom Beklagten verlangte Untermietzins von Fr. 220.-/Nacht als missbräuchlich zu qualifizieren, weshalb dem Beklagten die Untervermietung auch gestützt auf Art. 262 Abs. 2 lit. b OR untersagt werden kann.»⁴* Bei Airbnb kann man folglich nicht

² BezGer ZH, 9.2.2017, ZMP 2017 Nr. 2, E. 2.2.1.

³ BezGer ZH, 9.2.2017, ZMP 2017 Nr. 2, E. 2.3.9; vgl. auch Spirig, mp 2015, N 19: *«In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass es der Mieter versäumt, die Zustimmung des Vermieters einzuholen. Das kann Folgen haben. Stellt er wider besseres Wissen kein Gesuch, kann dies u. U. bereits ein schutzwürdiges Interesse des Vermieters an einer ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses begründen (BGE 138 III 59, mp 2/2012 S. 119).»*; vgl. BGE 138 III 59 E. 2.2.2: *„Der Beschwerdeführer bringt vor, die Kündigung sei ohnehin nicht treuwidrig, weil der Mieter es unterlassen hat, die vorgängige Zustimmung des Vermieters einzuholen, und er so das Vertrauensverhältnis zwischen ihnen zerstört hat. Es wurde schon entschieden, dass eine solche Unterlassung in Zusammenhang mit einer gesetzmässigen Untervermietung gar eine ausserordentliche Kündigung rechtfertigen kann, wenn auch erst nach einer Verwarnung (BGE 134 III 446 E. 2.2). Die Gültigkeit einer ordentlichen Kündigung hängt von weit weniger strengen Anforderungen ab als eine ausserordentliche; sie darf nur Treu und Glauben nicht widersprechen. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Umstand, dass der Mieter – allenfalls wider besseres Wissen – für eine gesetzmässige Untervermietung keine vorgängige Zustimmung des Vermieters einholt, grundsätzlich geeignet ist, das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien derart zu erschüttern, dass eine ordentliche Kündigung als nicht treuwidrig erscheint. Zum Vertrauensverhältnis zwischen Beschwerdeführer und Mieter fehlen im angefochtenen Urteil jedoch die notwendigen tatsächlichen Feststellungen.“*; BGE 134 III 446 E. 2.2: *„Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a rappelé qu'une sous-location sans le consentement du bailleur – notamment lorsque le locataire s'abstient de demander l'autorisation de sous-louer – pouvait justifier une résiliation anticipée du bail selon l'art. 257f al. 3 CO. Le seul fait de ne pas requérir le consentement du bailleur ne suffit toutefois pas à justifier un congé anticipé, sans avertissement préalable. Pour respecter la condition de la protestation prescrite à l'art. 257f al. 3 CO, le bailleur qui apprend que l'objet remis à bail est sous-loué sans son consentement, doit inviter le locataire, par écrit, à se conformer aux exigences légales, en enjoignant à mettre un terme à la sous-location ou en protestant contre l'absence de demande d'autorisation. Si le bailleur choisit la première injonction, le preneur a tout de même la possibilité de requérir le consentement de son cocontractant, qui peut être donné après coup. Si le locataire ne réagit pas à l'avertissement écrit du bailleur, un congé anticipé sera fondé, en tout cas, lorsqu'un examen rétrospectif des faits permet de conclure que le bailleur aurait disposé d'un motif valable au sens de l'art. 262 al. 2 CO pour s'opposer à la sous-location. Dans ce cas, l'exigence du caractère insupportable du maintien du contrat pour le bailleur posée à l'art. 257f al. 3 CO n'a pas de portée indépendante (ATF 134 III 300 consid. 3.1 et 3.2).“*

⁴ BezGer ZH, 9.2.2017, ZMP 2017 Nr. 2, E. 2.3.12; jetzt auch BGer, 4A_140/2019, 26.9.2019, E. 4.1.1 ff.: *„La sous-location sans le consentement du bailleur réalise la condition de la violation du devoir de diligence incombant au locataire (1ère condition) dans deux situations : premièrement, si le bailleur a refusé son consentement à la sous-location et qu'il était en droit de le faire pour l'un des motifs de l'art. 262 al. 2 CO; deuxièmement, si le locataire s'est abstenu de demander au bailleur l'autorisation de sous-louer et que celui-ci aurait disposé d'un motif valable au sens de l'art. 262 al. 2 CO pour s'opposer à la sous-location (ATF 134 III 300 consid. 3.1). Dans les deux cas, il faut que l'un des motifs visés à l'art. 262 al. 2 CO soit réalisé, que le locataire ait refusé de communiquer les conditions de la sous-location (let. a), ou que les conditions de la sous-location, comparées à celles du contrat de bail principal, soient abusives (let. b), ou que la sous-location présente pour le bailleur des inconvénients majeurs (let. c) (ATF 134 III 446 consid. 2.2 p. 449; 134 III 300 consid. 3.1). 4.1.2. Le bailleur ne peut pas résilier le bail aussitôt qu'il apprend que l'objet remis à bail est sous-loué sans son consentement, mais il doit respecter la (deuxième) condition de l'avertissement ou protestation (i.e. une mise en demeure), c'est-à-dire inviter le locataire, par sommation écrite (schriftliche Mahnung), à mettre un terme à la sous-location ou en protestant contre l'absence de demande d'autorisation et, le cas échéant, en exigeant de prendre connaissance des conditions de la sous-location (ATF 134 III 300*

einfach die nackten Zahlen vergleichen, sondern muss auch noch die im Mietzins nicht enthaltenen Leistungen berücksichtigen (Möbel, Strom, Heizung, Radio, TV, Internet, Reinigung).⁵ Ob ein Gewinn zulässig ist, ist umstritten.⁶

Airbnb kann dem Vermieter wesentliche Nachteile im Sinne des Art. 262 Abs. 2 lit. c OR verursachen, wie das Beispiel im Bezirksgerichtsurteil zeigt: *«Der Vermieter kann nach Art. 262 Abs. 2 lit. c OR die Zustimmung zur Untermiete verweigern, wenn ihm daraus wesentliche Nachteile entstehen. Der Beklagte nutzt die Wohnung an der D-Strasse gemäss seinen Aussagen als Wochenaufenthalter während zwei bis drei Tagen pro Woche. Vergleicht man diese Nutzung mit einer wiederholten längeren Untervermietung der Wohnung an bis zu 6 Personen gleichzeitig, so wird die Wohnung durch letztere massiv stärker abgenutzt als durch eine reguläre Nutzung des Beklagten. Damit entsteht dem Vermieter ein wesentlicher Nachteil gemäss Art. 262 Abs. 2 lit. c OR. Der Kläger behauptete sodann, die Gäste des Beklagten hätten durch ihr Verhalten die anderen Mieter im Haus gestört. Der Beklagte bestritt dies nicht. In einer ruhigen und gehobenen Wohnlage, in der sich die Liegenschaft des Klägers befindet, erwarten die Mieter eine qualitativ hochstehende Wohnumgebung. Ein negativ auffallendes Verhalten von stetig wechselnden Untermietern (z.B. Lärm auf den Balkonen, Falschparkieren) könnte die anderen Mieter des Klägers dazu bewegen, ihm gegenüber Mietzinsreduktionen geltend zu machen oder gar auszuziehen. Der Beklagte hat auf das Verhalten seiner Gäste keinen Einfluss, vermietet er die Wohnung doch – so ist es den Bewertungen auf Airbnb zu entnehmen – stets dann, wenn er selbst nicht in der Wohnung ist. Dementsprechend ist auch bei entsprechender Ermahnung des Beklagten keine Besserung zu erwarten. Durch das potentiell anhaltende negative Verhalten der Gäste entstehen dem Kläger folglich ebenfalls wesentliche Nachteile im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR. Gestützt darauf kann der Kläger dem Beklagten die weitere Untervermietung untersagen bzw. gerichtlich untersagen lassen.»*⁷

consid. 3.1; arrêt 4A_379/2014 du 10 mars 2015 consid. 4.4). 4.1.3. La persistance du locataire à ne pas respecter ses devoirs exige que les perturbations se poursuivent malgré la mise en demeure (arrêts 4A_73/2017 du 11 octobre 2017 consid. 3.1.2; 4A_44/2014 du 17 mars 2014 consid. 2.1). 4.1.4. La réalisation de l'un des motifs de l'art. 262 al. 2 CO rend automatiquement le maintien du bail insupportable pour le bailleur, cette (quatrième) condition n'ayant dans ces cas " pas de portée indépendante "; arrêt 4A_379/2014 précité consid. 4.4; ATF 134 III 300 consid. 3.1 in fine; au sujet de la sous-location partielle, cf. arrêt 4A_290/2015 du 9 septembre 2015 consid. 4.4). "

⁵ Irène Spirig, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, mp 2015, 1 ff., N 22: „Bei einer teilweisen Untervermietung des Mietobjektes sind die reinen Mietkosten nach einem gerechten Verteilungsschlüssel, etwa nach Fläche oder Zimmerzahl aufzuteilen, wobei die eingeschränkte Benutzung von Küche und Bad mit einem Abzug zu bewerten ist (BGE 119 II 453, mp 2/94 S. 60). Die Grenze der Missbräuchlichkeit wird nicht gesprengt, solange die Abweichung zum so ermittelten Mietzins durch Leistungen des Untervermieters abgedeckt wird. Darunter fallen die dem Hauptmieter weiter entstehenden Auslagen beispielsweise für Nebenkosten und Strom, die Berechnung von Dienstleistungen mp 2015 S. 1, 10 wie etwa die Reinigung oder ein Zuschlag für die möbliert überlassene Wohnung. Ein starrer prozentualer Zuschlag ist abzulehnen. Vielmehr muss sich der erlaubte Mietzins für die Untermiete aus den konkreten Verhältnissen ergeben.“

⁶ Spirig (FN 5), N 23: „Das Bundesgericht hat sich nie konkret zur Frage geäußert, ob der Untervermieter einen Gewinn erzielen darf und in welcher Höhe. In seinem Leitentscheid 119 II 453 (mp 2/94 S. 60) beanstandete das Bundesgericht einen Zuschlag des kantonalen Gerichts für Möblierung und Risikoprämie von total 20% zum Hauptmietzins nicht, erachtete aber eine Abweichung vom Hauptmietzins von 30% als missbräuchlich. Dabei wurde der zulässige Mietzinsanteil pro Zimmer verlegt, für die fehlende Waschmaschine und die eingeschränkte Küchenbenutzung ein Abschlag vorgenommen und Dienstleistungen sowie zusätzliche Nebenkosten addiert. Im Entscheid 4A_490/2011 vom 10. Januar 2012 bestätigte das Bundesgericht erneut, dass der Untervermieter seinem Untermieter Zusatzleistungen in Rechnung stellen könne. In einem neueren Entscheid billigte das Bundesgericht ein Urteil, mit dem die Vorinstanz dem Hauptmieter die Verzinsung und Amortisation seiner Investitionen zugestand. Der Zuschlag zum Hauptmietzins wurde dabei nach den Regeln berechnet, die für die Überwälzung von Mehrleistungen gelten. Darin enthalten ist eine Verzinsung des investierten Kapitals zu einem Zinssatz von 0.5 Prozent über dem Referenzzinssatz für Hypotheken. Das Bundesgericht befand, diese arithmetische Annäherung an den erlaubten Zuschlag sei nicht zu beanstanden (BGer 4A_518/2014 und 4A_520/2014 vom 19. November 2014 (vereinigte Verfahren, mp 1/15 S. 54). Im gleichen Entscheid betonte das Bundesgericht aber, dass der Untervermieter darüber hinaus kein Geschäft mit der entgeltlichen Überlassung des Mietobjektes machen dürfe.“; Jud/Steiger, Jusletter 30. Juni 2014, N 32: „Nebst einer sachlich gerechtfertigten Erhöhung des Untermietzinses im Vergleich zum Entgelt gemäss Hauptmietvertrag sind geringfügige Untermietzinsgewinne auch dann zulässig, wenn sie einer direkten Begründung entbehren. In der Lehre wird diese Marge einstuweilen mit Zinserhebungen auf den Mietzins oder Verwaltungskosten erklärt. Peter Heinrich erachtet in seiner Dissertation einen Untermietzinsgewinn von 3% des Hauptmietzinses beziehungsweise CHF 100 pro Monat als gerechtfertigt. Andere Autoren verzichten auf die Begrenzung des zulässigen Gewinnes mittels einer Faustregel oder Pauschalisierung. Sie vertreten vielmehr die Auffassung, dass der Mieter vom Untermieter eine sogenannte Risikoprämie für Untermietzinsausfälle erheben darf. Das Bundesgericht hat die Frage bis anhin offen gelassen.“

⁷ BezGer ZH, 9.2.2017, ZMP 2017 Nr. 2, E. 2.3.11.

Bei solchen Verletzungen kann man nach einer Abmahnung das Recht zur Kündigung gemäss Art. 257f OR bejahen⁸ – es begründet auf jeden Fall aber ein schutzwürdiges Interesse an einer ordentlichen Kündigung. Bei besonders verwerflicher Nutzung wäre auch eine ausserordentliche Kündigung gestützt auf Art. 266g OR denkbar.⁹

Künftiges Verbot der Untervermietung?

Das Bezirksgericht Zürich sprach – antragsgemäss – ein Verbot aus, die Wohnung künftig auf Internetseiten wie Airbnb und booking.com zu vermieten.¹⁰

Gewinnherausgabe

Dazu das Bezirksgericht: *«Der Mieter greift in die Vermögensrechte des Vermieters ein, wenn er ein Untermietverhältnis eingeht, welches über den ihm durch den Hauptmietvertrag gewährten Umfang hinaus geht bzw. mit welchem er einen Gewinn erzielt. Auf diese Weise führt der Mieter das Geschäft des Vermieters wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag, weshalb er gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR verpflichtet ist, dem Vermieter den durch die eigenmächtige Untervermietung erzielten missbräuchlichen Gewinn herauszugeben (Jud/Steiger, a.a.O., S. 9f. m.w.H.; SVIT-Kommentar Mietrecht III, Art. 262 OR N 33a; BGE 129 III 422 E. 4; Urteile des Bundesgerichts 4A_518/2014 und 4A_520/2014 vom 19. November 2014, E. 4, Originaltext französisch, auf Deutsch übersetzt und publ. in: mp 1/15, S. 54 ff.).»* Es geht somit um eine unechte bösgläubige GoA. Der Mieter und Untervermieter hat das fremde Geschäft egoistisch geführt. Er wusste dabei, dass er dazu nicht berechtigt war.¹¹

⁸ Jud/Steiger, Jusletter 30. Juni 2014, N 66: *«Diese Vertragsverletzung berechtigt den Vermieter zu einer ordentlichen Kündigung des Mietvertrages. In der Regel ist er auch zur ausserordentlichen Kündigung i.S.v. Art. 257f Abs. 3 OR berechtigt. Der Vermieter hat aber die formellen Voraussetzungen einzuhalten: Er muss den Mieter vor Kündigung zusätzlich schriftlich und erfolglos zur Beendigung der Untermiete angehalten, d.h. abgemahnt haben. Die blosser Zustimmungsverweigerung genügt nicht als Mahnung. Da bei Airbnb üblicherweise Wohnräume untervermietet werden, kann der Vermieter nicht fristlos, sondern nur mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines Monats kündigen (Art. 257f Abs. 3 OR).»*

⁹ Laurent Bieri, Jusletter 15.1.2018, N 10: *«Finalement, si le locataire a sous-loué à plusieurs reprises en violation des règles sur la sous-location, le bailleur peut également envisager une résiliation pour justes motifs fondée sur l'article 266g CO. La résiliation fondée sur l'art. 266g CO est certes subsidiaire par rapport aux autres cas de résiliations extraordinaires, notamment par rapport à une résiliation fondée sur l'article 257f alinéa 3 CO. Mais selon le Tribunal fédéral, « des violations contractuelles qui ne réalisent pas toutes les conditions d'une disposition spéciale, mais atteignent une gravité suffisante pour rendre intolérable la poursuite des relations, par exemple en raison de leur répétition constante, peuvent fonder un congé pour justes motifs au sens de l'art. 266g CO; tel est le cas lorsque le locataire paie son loyer systématiquement en retard et sans explication pendant près de trois ans ». Si les violations des règles sur la sous-location atteignent une gravité suffisante, notamment en raison de leur répétition constante, une résiliation fondée sur l'article 266g CO ne paraît donc pas exclue. Dans ce cas, une prolongation n'est pas d'emblée exclue (art. 272a al. 1 CO a contrario).»*

¹⁰ BezGer ZH, 9.2.2017, ZMP 2017 Nr. 2, E. 2.4; a.M. Bieri, Jusletter 15. Januar 2018, N 5: *«A mon avis, il n'est pas possible de suivre l'avis du Tribunal des baux du district de Zurich. On peut certes comprendre l'exaspération d'un bailleur ayant affaire à un locataire qui a sous-loué la chose à plusieurs reprises sans respecter les règles sur la sous-location. Mais ces règles ont précisément été adoptées afin d'empêcher les bailleurs d'interdire la sous-location de manière générale, comme cela était possible avant la révision de 1989. Par ailleurs, une idée importante de cette révision était aussi d'établir une situation claire, qui favorise la sécurité du droit. Cela paraît difficilement compatible avec l'idée qu'une interdiction de la sous-location pourrait, de cas en cas, être prononcée en fonction du comportement passé du locataire. Une interdiction totale de la sous-location – à l'aide d'une plateforme communautaire ou non –, ne paraît donc pas possible selon le droit en vigueur, même si le locataire a violé à plusieurs reprises les règles sur la sous-location. Le bailleur peut seulement refuser de consentir à une sous-location dans les cas particuliers qui ont été rappelés précédemment.»*

¹¹ BGer, 4A_594/2012, 28.2.2013, E. 2.1.1: *«A la suite d'un revirement de jurisprudence, il a été admis que l'art. 423 al. 1 CO est applicable lorsqu'un locataire, procédant à une sous-location non autorisée, excède ainsi les limites du droit que lui confère le contrat et, en sous-louant sans droit la chose d'autrui, empiète sur le patrimoine du bailleur et gère l'affaire d'autrui (ATF 126 III 69 consid. 2b p. 73). Le locataire est de mauvaise foi dès qu'il doit savoir qu'il n'est pas en droit d'utiliser ainsi la chose d'autrui et qu'il s'immisce donc dans les affaires du bailleur (ATF 126 III 69 consid. 2c p. 73). Le bailleur est alors en droit de s'approprier les profits qui résultent de cette immixtion (ATF 126 III 69 consid. 2c p. 73). Lorsqu'une personne loue la chose d'autrui dans son propre intérêt alors qu'elle sait qu'elle n'est pas en droit de le faire, elle s'immisce dans la sphère juridique d'autrui de mauvaise foi et doit remettre tout le profit qu'elle a réalisé (ATF 129 III 422 consid. 4 p. 424 s.). Contrairement à ce que soutient le recourant, il n'est pas nécessaire, pour que l'art. 423 al. 1 CO soit applicable, que le bail principal ait pris fin. La sous-location non autorisée en cours de bail constitue au contraire un cas caractéristique de gestion imparfaite par le locataire des affaires du bailleur au sens de l'art. 423 al. 1 CO. Il faut cependant que le locataire soit de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait dû savoir que les conditions de la sous-location non autorisée ne correspondaient pas à ses obligations contractuelles et qu'il réalisait ainsi un profit illégitime; lorsque ces conditions sont réalisées, le bailleur est en droit de s'approprier*

Exkurs: *Wie bittet man korrekt um Zustimmung für Airbnb?* Es wäre unzweckmässig, vor jeder kurzzeitigen Vermietung um Zustimmung bitten zu müssen. Dennoch scheint dies notwendig, denn nur schon die Identität des Airbnb-Gastes dürfte für die Zustimmung wesentlich sein.¹² Selbstverständlich ist es aber möglich, eine pauschale Zustimmung abzugeben. Der Bundesrat hat seinen ursprünglichen Vorschlag in einem neu zu schaffenden Art. 8a VMWG wieder zurückgezogen:

Art. 8a Generelle Zustimmung zur wiederholten kurzzeitigen Untermiete (Art. 262 OR)

1 Auf Gesuch des Mieters kann der Vermieter die Zustimmung gemäss Artikel 262 OR zu wiederholten kurzzeitigen Untermieten generell erteilen.

2 Das Gesuch hat die Bedingungen der Untermieten zu enthalten, namentlich die maximale Höhe des Mietzinses, die maximal betroffenen Räumlichkeiten und die maximale Belegung.

3 Der Vermieter kann die generelle Zustimmung nur aus den Gründen, die in Artikel 262 Absatz 2 OR genannt sind, verweigern, namentlich wenn ihm aus der Nutzung einer Buchungsplattform als solcher oder den Auswirkungen dieser Nutzung wesentliche Nachteile entstehen.¹³

Sachverhalt 2

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

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 verletzte Zusicherungen nach Art. 248 Abs. 1 OR analog oder Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 99 Abs. 2 OR haften).¹⁴

les profits qui résultent de l'ingérence inadmissible dans ses affaires (arrêt 4A_456/2010 du 18 avril 2011, résumé in JdT 2012 II p. 116).»

¹² Laurent Bieri, Le consentement général à la sous-location répétée de courte durée, AJP 2019, 188 ff., 191: «*La plupart des auteurs soutiennent en effet que le locataire doit fournir l'identité du sous-locataire lorsqu'il demande le consentement du bailleur. En d'autres termes, ces auteurs admettent que l'identité du sous-locataire fait partie des « conditions de la sous-location » au sens de l'art. 262 al. 2 let. a CO. Il est également parfois précisé que l'identité du sous-locataire peut constituer un « inconvénient majeur » au sens de l'art. 262 al. 2 let. c CO, et qu'il est par conséquent nécessaire que le bailleur la connaisse avant d'autoriser la sous-location.*»

¹³ Vgl. Internet: https://www.bwo.admin.ch/dam/bwo/de/dokumente/04_Mietrecht/41_Mietrecht/Vernehmlassungen/ESC-VMWG/Verordnung.pdf.download.pdf/20180820_Artikel%206c%20VMWG_Deutsch.pdf (8.10.2019).

¹⁴ 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 Entleiher naheliegenderweise im Gebrauch der Sache beeinträchtigen können (z.B. fehlender Hinweis auf Unzuverlässigkeit von Bremsen; vgl. BK-Becker, N 8). Für Schäden des Entleihers 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.*»*

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, weil er sonst ewige Verträge ermöglichen würde.¹⁵ Vielmehr ist 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.¹⁶

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

¹⁵ 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).»

¹⁶ 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).»

Häuser erst räumt, wenn man eine bald anstehende anderweitige Nutzung, den Abbruch oder die Renovation darlegen kann.¹⁷

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?¹⁸ Tatsächlich steht das Verfahren der Mieterstreckung (Art. 272 ff. OR) selbst bei befristeten Verträgen zwingend offen.¹⁹ Linderung verspricht nur Art. 272a Abs. 1 lit. d OR, doch existieren dafür mehrere Voraussetzungen: *«Nach dem Wortlaut des Gesetzes kann der Ausschluss aber nur vereinbart werden, wenn das Mietverhältnis im Hinblick auf ein bestehendes und hinreichend konkretisiertes, der Bewilligungspflicht unterliegendes Bauvorhaben eingegangen wird.»*²⁰

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.»*²¹ Rechtsgrundlage dafür ist Art. 307 OR.²²

¹⁷ 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.“

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

¹⁹ 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).“

²⁰ BSK OR I-Weber, Art. 272a N 6.

²¹ Büchi/Gehrig (FN 18), N 22.

²² BSK OR I-Schärer/Maurenbrecher, Art. 307 N 3: *«Der Entleiher 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 Entlehnens gehen dabei Erhaltungskosten, die mit dem Gebrauch der Sache durch den Entleiher 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 Entleiher 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 Entleiher 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 Entlehnens ungerechtfertigte wirtschaftliche Vorteile zieht (z.B. mittels Abschiebens von Wartungsarbeiten auf den Entleiher).»*

- 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.²³ Es ist folglich möglich, auch bei unklarem Baubeginn eine Leihe auf Zusehen hin zu gewähren.
- Eine Erstreckung ist ausgeschlossen – diese existiert nur im Mietrecht.²⁴

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*

²³ 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.“*

²⁴ BGer, 4D_136/2010, 11.2.2011, E. 4.3.3 f.: *„Auch diese Rüge verfängt nicht. Die Bestimmungen über den Kündigungsschutz einschliesslich der Erstreckungsmöglichkeit gelten nur und ausschliesslich für Mietverträge (betreffend Wohn- und Geschäftsräume), nicht aber für Verhältnisse, 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 mieterrechtlichen 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.“*

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 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 14. Oktober 2009 aus. Am 14. Oktober 2019 teilt Borger Boris Daniel mit, dass er das Darlehen zurückwill. Was ist heute (25. November 2019) 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. BGE, 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).»²⁵ Die Frist begann mit der Auszahlung am 14. Oktober 2009 (Mittwoch). Dies wäre auch der früheste Zeitpunkt, um das Darlehen zu kündigen. Gekündigt hat er es erst am 14. Oktober 2019. Die Sechswochenfrist des Art. 318 OR dauert somit bis und mit 25. November 2009 (wiederum ein Mittwoch, vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 i.V.m.

²⁵ 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, ab. 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 (...).»

Abs. 2 OR). Von da an wären die zehn Jahre zu zählen – vom 25. November 2009 bis zum 25. November 2019 (vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 OR). Die Verjährung tritt somit am 25. November 2019 ein. Das ist heute! Was muss Daniel tun? Er muss bis heute 24.00 Uhr eine Betreuung 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 Rechtswohlthat bewirkt schon die Postaufgabe die Verjährungsunterbrechung.²⁶ *Weshalb ist es relevant, dass keine Zinsen geschuldet oder bezahlt werden?* Jede Zinszahlung würde als Anerkennung die Verjährung unterbrechen (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 (...). Ob eine Gesellschaft vorliegt, ist nach den gesamten Umständen des konkreten Falles zu beurteilen (...).»²⁷*

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. Dessen Verjährung beginnt erst mit dem Eintritt des Verzugs (hier des Darleihers Daniel). 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).

²⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 3345, 3348, 3350.

²⁷ 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 (...).»*

Nimmt Boris die Summe nicht an, gerät er in Annahmeverzug – für die Verjährung des Annahmeverzugs gemäss Art. 315 OR zählt dieser Verzug.²⁸ Der Schuldnerverzug mit den Wahlrechten steht nicht offen, da Boris beim zinslosen Darlehen keine Zinsen schuldet.²⁹ Die einzige Option für Daniel besteht darin, das Geld zu hinterlegen (Art. 92 OR).

Das Problem der in Art. 315 OR enthaltenen 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 bzw. noch keine sechs Monate seit Eintritt des Verzuges verstrichen sind.³⁰ 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.»*³¹

²⁸ 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.»*

²⁹ 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.»*

³⁰ ZK-Higi, Art. 315 N 9: *«Der Art. 315 findet ebenfalls Anwendung beim Annahmeverzug des Borgers (...). Die Anwendung des Art. 315 auf den Annahmeverzug kann sinnvollerweise allerdings nur bedeuten, es sei der gemäss dispositiver gesetzlicher Ordnung vorleistungspflichtige Darleiher (...) nicht gehalten, seine Leistungsbereitschaft über die Verjährungsfrist hinweg aufrecht zu erhalten. Der Darleiher kann aber (...) 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 Verjährungsfristen 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.»*

³¹ CHK-Schönenberger, Art. 315 N 1.