

§ 9 LEIHE ("Gebrauchsleihe") und DARLEHEN (OR 305-318)

Literatur

G. Brosset, Gebrauchsleihe, SJK Nr. 752; G./M./K., p. 389 - 395; P. de Muralt, Le prêt à usage en droit allemand et en droit suisse, Diss. Lausanne 1923; C. Reymond in SPR VII/1 p. 201-203 und 274-278; P. Tercier n. 1532 - 1641.

BGB §§ 598-606 (Leihe) und §§ 607-610 (Darlehen) sowie Literatur hiezu

I. Leihe (Gebrauchsleihe und Darlehen) im allgemeinen

1. Zur Systematik und Terminologie des Gesetzes

Der bereits vom aOR geprägte Terminus "Gebrauchsleihe" ist auch heute noch nicht eingebürgert; er will nichts anderes bezeichnen als was sonst im deutschsprachigen Raum "Leihe" heisst (BGB §§ 589-606; ABGB §§ 971-982). Da ein Bedürfnis nach einem Gebrauchsleihe und Darlehen umfassenden Oberbegriff nicht zu ersehen ist, wird dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend unten Zif. II anstelle von "Gebrauchsleihe" überwiegend kurzerhand von "Leihe" gesprochen.

2. Abgrenzung Gebrauchsleihe/Darlehen

a) Terminologie

- Gebrauchsleihe bzw. Leihe (prêt à usage oder auch commodat; it. comodato)
Parteien: Verleiher (prêteur/commodant; comodante) und
Entlehner (emprunteur/commodataire; comodatario)
- Darlehen (prêt de consommation; it. mutuo)
Parteien: Darleiher (prêteur; mutuante) und
Borger (emprunteur; mutuataro)

b) Schuldpflicht

Gebrauchsleihe und Darlehen unterscheiden sich (ähnlich wie Stück- und Gattungskauf) durch die Natur der vertraglich vereinbarten Schuldpflicht:

- bei Gebrauchsleihe schuldet der Verleiher eine bestimmte Sache (wenn auch nur mit der Pflicht zur Sachüberlassung, nicht der Sachübereignung). In gleichem Sinn muss der Entlehner die empfangene konkrete Sache zurückerstatten (Stückschuld).
- bei Darlehen verpflichtet sich der Darleiher, eine bestimmte Menge vertretbarer Sachen (regelmässig, aber nicht begriffsnotwendig, Geld) zu übereignen und der Borger, eine selbe Menge gleicher Sachen zurückzuübereignen (auf beiden Seiten Gattungsschuld).

c) Eigentumsverhältnisse

- Gebrauchsleihe: Die Sache bleibt im Eigentum des Verleihers. Neben dem obligatorischen Vertragsanspruch auf Rückgabe der Sache (OR 305) hat der Verleiher auch einen sachenrechtlichen Vindikationsanspruch.
- Darlehen: Die Sache geht in das Eigentum des Borgers über. Der Darleiher hat lediglich einen o b l i g a t o r i s c h e n Anspruch auf Rückerstattung.

Die Eigentumsverhältnisse sind bereits im römischen Recht das ursprüngliche Unterscheidungsmerkmal des Darlehens gegenüber Leihe ("commodatum"/"precarium"):

"mutuum" (Darlehen) angeblich aus "ex meo tuum fit", dh. Darlehen als "Mein wird Dein - Vertrag".

3. Historischer Hinweis; Vertragsnatur

Im römischen Recht waren Leihe/Darlehen (commodatum/mutuum) Realkontrakte. Dies ist wohl noch die Sicht des historischen BGB-Gesetzgebers (vgl. auch ABGB § 971 und § 983; ebenso bei der Verwahrung, unten § 16/II/1), die allerdings in der neueren BGB-Literatur immer mehr fallengelassen wird. In der Schweiz hat bereits das aOR (wie ebenso schon der Dresdener Entwurf) Leihe/Darlehen als Konsenskontrakte bezeichnet. Das Darlehensversprechen wird daher heute bereits als vollgültiger Vertrag betrachtet. Die Sach- oder Valutahingabe ist demgegenüber Vertrags e r f ü l l u n g, stellt indessen Anknüpfungspunkt dar für die Ablieferungs- und Rückgabepflicht (vgl. unten III/3 und 5). Rechtspolitisch wäre zu fragen, ob es nicht angezeigt wäre, analog zum Schenkungsrecht (OR 243/I) für das Leiheversprechen die Schriftform zu verlangen, um den Schutz der Realkontrakt-Konzeption zu erreichen.

Leihe wie auch Darlehen sind in historischer Sicht keine Dauerschuldverhältnisse und dürfen auch heute nicht vorbehaltlos als solche gelten; die vertraglichen (Haupt-)Pflichten bestehen in der Hin- bzw. Rückgabe der Sache bzw. Darlehensvaluta. Aus gleichem Grund liegt auch kein synallagmatischer Vertrag vor; nicht einmal das verzinsliche Darlehen darf als solcher im eigentlichen Wortsinn gelten (vgl. aber unten Zif. III/5/b/bb; a.M. P. Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, p. 11).

II. Gebrauchsleihe bzw. "Leihe" (OR 305-311)

1. Abgrenzung gegenüber Mietvertrag/Pacht

Per definitionem ist die Leihe unentgeltlich, Miete und Pacht sind dagegen entgeltlich.

2. Abgrenzung gegenüber Hinterlegung

Gebrauchsleihe: Der Entlehner darf die Sache gebrauchen bzw. nutzen; die Sachüberlassung liegt im Interesse des Entlehners.

Hinterlegung: Der Aufbewahrer darf die Sache nicht gebrauchen (OR 474/I); die Sachüberlassung erfolgt im Interesse des Hinterlegers, der allenfalls auch eine Entschädigung leistet (vgl. auch unten § 16).

3. Gegenstand

In aller Regel nicht vertretbare Sachen. Meist Fahrnis, aber auch Wohnungen und Grundstücke (BGE 75 II 45), dh. alles, was bei entgeltlicher Ueberlassung Mietobjekt sein würde. Unentgeltliche Ueberlassung eines nutzbaren Rechts ebenfalls Leihe (bei Entgeltlichkeit hier nicht Miete, sondern Pacht; OR 275/I).

4. Die Pflichten des Entlehners

a) Art und Umfang des zulässigen Gebrauchs bestimmen sich nach Vertrag bzw. nach Beschaffenheit oder Zweckbestimmung der geliehenen Sache (OR 306/I); das Ge-

brauchsrecht steht nur dem Entlehner persönlich zu (OR 306/II). Zufallshaftung bei Missachtung dieser Vorschriften (OR 306/III).

b) Rückgabepflicht

Der Entlehner ist verpflichtet, nach Ablauf der Leihe die Sache zurückzugeben. Ort der Rückgabe: dort, wo sich die Sache bei Vertragsschluss befand (OR 74) dh. in der Regel am Domizil des Verleihers. Haftung für Beschädigung oder Zerstörung gemäss OR 97 ff. Gelingt dem Entlehner der Entlastungsbeweis, so trägt der Verleiher als Eigentümer den Schaden "casus sentit dominus").

c) Tragung der Unterhaltskosten

Die Kosten für "die Erhaltung der Sache", dh. den laufenden Unterhalt, trägt der Entlehner (OR 307/I). Das Füttern von Tieren oder der Benzinverbrauch bei Autos geht natürlich zu Lasten des Entlehners; angesichts der Unentgeltlichkeit geht die Unterhaltungspflicht jedoch weiter als jene des Mieters (OR 263/II; oben § 7/III/3).

d) Solidarität der Haftung mehrerer Entlehner (OR 308). Für deren Pflichten vgl. vorstehend b) und c).

5. Pflichten des Verleihers

Für Schaden, der dem Entlehner aus Mängeln der Sache erwächst, haftet der Verleiher nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (so ausdrücklich BGB § 599); dies folgt aus allgemeinen Vertragsgrundsätzen (OR 99/II), sowie aus Analogie zu OR 248.

Wenn der Entlehner zur Erhaltung der Sache notwendige oder durch die Umstände geforderte Aufwendungen macht, die über den "laufenden Unterhalt" (oben Zif. 4 lit. c) hinausgehen ("ausserordentliche Verwendungen, die er im Interesse des Verleihers machen musste"; z.B. die Zylinderkopf-Dichtung des geliehenen Autos brennt durch, und ohne Reparatur ist der Wagen praktisch wertlos), hat er eine Ersatzforderung gegen den Verleiher (die "actio commodati contraria" des römischen Rechts), dies gestützt auf OR 307/II, ev. ergänzt durch die Regeln über GoA (OR 419-424; dazu unten § 14).

Die Ansprüche des Entlehners gegen den Verleiher sind durch ein Retentionsrecht i.S. von ZGB 895 geschützt, dh. die Sache muss nicht vor Bezahlung/Sicherheitsleistung zurückgegeben werden.

6. Dauer/Beendigung

Grundsatz: Jederzeitiges (fristloses) Rückforderungsrecht des Verleihers (OR 310). Mit diesem Grundsatz wird die Tradition des römischen "precarium" fortgesetzt (vertragslos gedachte Sachüberlassung, die jederzeitigen Rückruf der Sache zulies - daher unser heutiges "prekär"). Praktisch wichtiger sind jedoch die die Tradition des "commodatum" fortsetzenden

Ausnahmen: - Die Dauer der Gebrauchsleihe ist von den Parteien vertraglich bestimmt worden. Grundsätzlich kann beliebige Dauer verabredet werden.
- Ist bei Vertragsschluss eine bestimmte Art des Gebrauchs vorausgesetzt worden ("vertragsgemässer Gebrauch"), bestimmt sich die Dauer nach den Erfordernissen des bei Vertragsschluss vorausgesetzten Verwendungszwecks (OR 309/I).

Entgegen diesen Regeln bestimmter Dauer der Leihe entsteht ein sofortiges Rückforderungsrecht des Verleihers bei vertragswidrigem Gebrauch und bei dringendem Eigenbedarf (OR 309/II).

Der Tod des Entlehners beendet die Leihe (OR 311); die Entlehnerpflichten gehen auf die Erben über. Beim Tod des Verleihers wird der Vertrag mit den Erben fortgesetzt.

III. Darlehen (OR 312-318)

Literatur:

B. Christ, SPR VII/2, p. 221-276; H. Tobler, Zur Rückzahlung unbefristeter Darlehen, SJZ 10, 1913, p. 57 ff.

1. Gegenstand

Geld oder andere vertretbare Sachen.

2. Zins (OR 313)

a) Verzinslichkeit im allgemeinen

Im "gewöhnlichen" Verkehr (dh. wenn nicht der Sonderfall von Abs. II vorliegt) besteht eine Vermutung gegen Verzinslichkeit, dh. eine Zinspflicht nur bei expliziter Verabredung (OR 313/I).

EXKURS: Heute Darlehen meist "Produktivdarlehen", so dass Verzinslichkeit gerechtfertigt. Beim früher vorherrschenden "Konsumptivdarlehen" (Nahrungsmittel oder Geld zum Erwerb hiezu) moralisch verpönt; vgl. kanonisches Zinsverbot; das wiederum Umgehungstatbestände hervorrief (Rentenkauf; Reste hievon noch heute beim Institut der Gült zu sehen - ursprünglich nicht kündbar).

b) "Im kaufmännischen Verkehre sind (beim Gelddarlehen) auch ohne Verabredung Zinse zu bezahlen" (OR 313/II). "Kaufmännischer Verkehr" bzw. Verzinslichkeit ist einerseits anzunehmen, wenn der Geldgeber gewerbsmässig Geld ausleiht, und sodann, wenn der Borger seinerseits das Darlehen zu kaufmännischen Zwecken verwendet. Die gesetzliche Vermutung der Verzinslichkeit bezieht sich indessen nur auf eigentliche Darlehensgewährungen, nicht aber z.B. auf die andern Geldüberlassungen wie etwa Leistung von vertraglichen Vorauszahlungen, von Kauttionen o. dgl.

c) Umfang und Modalitäten der Zinspflicht

Grundsätzlich ist der vertraglich vereinbarte Zins massgebend. Bestimmt der Vertrag die Höhe des Zinsfusses nicht, so wird derjenige Zinsfuss vermutet, "der zur Zeit und am Orte des Darlehensempfanges für die betreffende Art von Darlehen üblich war" (OR 314/I).

Ohne gegenteilige Abrede sind Zinse als Jahreszinse zu entrichten (OR 314/II).

Keine Zinseszinse, ausser bei bankmässig geführten Konten und im übrigen beim Kontokorrentverkehr (OR 314/III).

d) Zins- bzw. Schadenersatzpflicht bei Verzug des Darlehensnehmers

Vom Zeitpunkt des Verzugs in der Rückzahlung an (OR 102, OR AT § 20/IV) bestimmt sich der zu leistende Zins nicht mehr nach Vertrag, sondern nach Verzugsregeln: Das unverzinsliche Darlehen wird verzinslich zu 5 %, ebenso ein solches mit

niedrigerem Vertragszins; im Falle höherer vertraglicher Zinse bleiben diese auch im Verzug geschuldet (OR 104/II). Der Darlehensgeber kann über die Verzugszinse hinaus auch weiteren Verzugsschaden geltend machen, muss diesen aber nachweisen (OR 106). Verzugszinse i.S. von OR 104 sind verschuldensunabhängig, dh. der Schuldner kann sich nicht durch Exkulpationsbeweis befreien. Dagegen besteht die reguläre Entlastungsmöglichkeit durch Exkulpation, soweit i.S. von OR 106/I ein die Verzugszinse übersteigender Verzugsschaden geltend gemacht wird. Vgl. auch OR/AT § 20/V/2.

e) Schutzvorschriften gegen Zinsmissbrauch

- Aufgrund des Vorbehaltes von OR 73/II zugunsten des kant. Rechts entstand das Interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (SR 221.121.1). Beigetreten sind die folgenden neun Kantone: BE, ZG, FR, SH, VD, VS, NE, GE, JU.
Höchstzinsfuss: 18 %.

Andere Kantone haben ausserhalb des Konkordates ähnliche Regeln aufgestellt (vgl. ZH: V über die Darleiher, Darlehens- und Kreditvermittler vom 10.12.1942, § 14; Zürich. Ges. Sammlung (1981) Bd. VII No. 954.2 (p. 474 ff.).

Zu berücksichtigen ist sodann der Vorbehalt von ZGB 795/II hinsichtlich kantonaler Höchstzinsvorschriften bezüglich grundpfändlich gesicherter Darlehen.

Im Ausland wird das Problem der Kontrolle der Zinshöhe über den Wucher- bzw. Uebervorteilungstatbestand (BGB § 138, ABGB § 879, entsprechend OR 20 - OR 21) versucht, was nicht sachgerecht zu sein scheint (vgl. OR/AT § 14/I/3).

3. Schutzvorschriften

a) Zugunsten des Borgers (OR 317)

Wenn ein Gelddarlehen verabredet ist, das Darlehen jedoch nicht in bar, sondern in Ware oder Wertpapieren übergeben wird, so bemisst sich die Rückzahlungspflicht nicht nach der vertraglichen Bezifferung des Darlehens, sondern nach dem effektiven Wert der Ware im Zeitpunkt der Uebergabe. Vgl. auch die frühere Auffassung des Darlehens als Realkontrakt (vorne Zif. I/3), welche dieses Schutzanliegen gewissermassen automatisch verwirklicht.

Weitere Schutzvorschriften zugunsten des Borgers finden sich in den Bestimmungen über den Abzahlungskauf (OR 226a - OR 226m, vgl. unten Zif. VI).

b) Zugunsten des Darleihers (OR 316)

Bei Zahlungsunfähigkeit des Borgers fällt das Darlehensversprechen dahin (OR 316 als Sondernorm gegenüber OR 83). "Zahlungsunfähigkeit" setzt nicht Konkurs voraus; es genügt m.E. (auch vorübergehende) Einstellung der Zahlungen (BGB §610 lässt bereits eine "wesentliche Verschlechterung" der Vermögensverhältnisse genügen). Bestand Zahlungsunfähigkeit bereits bei Vertragsschluss, setzt die Rücktrittsbefugnis des Darlehensgebers dessen Nichtwissen in diesem Zeitpunkt voraus, das jedoch zu vermuten ist (Becker, OR 316 N. 2 in fine).

Durch OR 316 werden wohl die Willensmängel-Regeln (OR 23 ff.; OR/AT § 13) ergänzt, nicht jedoch ausgeschlossen: Ist der Darleiher hinsichtlich der Kreditwürdigkeit getäuscht worden oder hat er sich in einem wesentlichen Irrtum befunden, muss ihm die Anfechtung auch dann offen stehen, wenn nicht eigentliche Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Zu beachten ist jedoch, dass allfällige

Willensmängel aus dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen sind, und dass (im Gegensatz zu OR 316/I) nachträglich eingetretene Verschlechterung der Vermögenslage nicht berücksichtigt werden kann.

4. Verjährung des Anspruchs auf Darlehenshingabe (OR 315)

Der Anspruch des Borgers auf Darlehenshingabe wie jener des Darleihers auf Ausrichtung des Darlehens "verjähren" binnen 6 Monaten seit Eintritt des Verzugs. Es liegt wohl keine echte Verjährung vor; indessen darf auch nicht eine zerstörlische Verwirkungsfrist angenommen werden; der Fristenlauf muss jedenfalls durch Betreibung seitens des Borgers, durch privates Angebot der Zahlung seitens des Darleihers unterbrochen werden können.

Entgegen dem Wortlaut von OR 315 gibt es keine eigentliche Pflicht des Borgers zur "Annahme des Darlehens"; weigert sich dieser, bedeutet dies, dass er grundsätzlich zinszahlungspflichtig wird, wie wenn er das Darlehen erhalten hätte. Der Darleiher muss sich allerdings anrechnen lassen, was er durch anderweitige Anlage des Geldes an Zins erlangen kann (vgl. auch unten Zif. 5/b).

5. Beendigung (Zeitpunkt der Rückerstattung)

a) ordentliche Endigung

Darlehensdauer kann für beliebig langen Zeitraum bindend fixiert (bzw. Kündigung ausgeschlossen) werden (BGE 100 II 347; ZR 85/81 mit differenzierenden Erwägungen zu ZGB 27 und ZGB 2 und Darstellung z.T. abweichender Literaturmeinungen).

Der Zeitpunkt der Rückerstattung bestimmt sich nach dem Vertrag: Die Parteien können einen Fälligkeitstermin, eine Kündigungsfrist, Fälligkeit bei Eintritt einer Bedingung oder Rückzahlung auf beliebige Aufforderung hin vereinbaren.

Ist nichts verabredet, so ist Kündigung auf jeden beliebigen Termin mit einer Frist von 6 Wochen möglich (OR 318).

b) ausserordentliche Endigung

aa) Beendigung durch den Borger wird von einem Teil der Literatur sowie BGE 76 II 145 aus allgemeinen Ueberlegungen bzw. ZGB 2 oder ZGB 27 abgeleitet (nicht voll überzeugend!). Ausser Zweifel steht jedoch, dass der Borger gestützt auf OR 81 jederzeit zurückzahlen darf. Damit wird er allerdings, dem Grundsatz nach, nicht von der Zinszahlungspflicht befreit. Indessen muss sich der Darleiher in Analogie zu OR 257/II und 324/II anrechnen lassen, was er aus anderweitiger Nutzung des Kapitals erlangen kann (v. Büren, p. 117 und p. 113 Anm. 160).

bb) Der Darlehensgeber kann bei langfristig verabredeten Darlehen vorzeitige Rückzahlung fordern bei Verzug mit Zinszahlungen Obwohl das Darlehen in der Sicht des historischen Gesetzgebers kein synallagmatischer Vertrag i.S. von OR 107 ist (oben Zif. 1/3), muss die Befugnis angenommen werden, i.S. dieser Bestimmung Nachfrist anzusetzen und gegebenenfalls Rücktritt zu erklären (BGE 100 II 349 E. 3). Zwar darf die Hauptleistungspflicht des Borgers dogmatisch betrachtet nicht als Leistung in einem synallagmatischen Austauschverhältnis verstanden werden (Realkontrakt-Konzeption). Immerhin kann das Darlehen aber im wirtschaftlichen Sinne als "Synallagma" angesehen werden, was die Möglichkeit der Anwendung Von OR 107 rechtfertigt.

Aus allgemeiner Veränderung der Verhältnisse oder gewandelter Interessenlage des Darlehensgebers darf ein Auf lösungsrecht nicht abgeleitet werden (BGE 100 II 348); noch weniger darf die Verschlechterung der Vermögenslage des Borgers eine Beendigungsmöglichkeit für den Darleiher bieten. Ein Rücktrittsrecht "aus wichtigem Grund" in Analogie zu den bei Dauerschuldverhältnissen statuierten Prinzipien kann nicht angenommen werden, weil die Konsequenzen unkontrollierbar wären, und überdies das Darlehen nicht als Dauerschuldverhältnis im eigentlichen Sinn gelten darf (oben Zif. I/3; a.M. P. Gauch, a.a.O.).

Wenn das Darlehen im Hinblick auf einen bestimmten Verwendungszweck gewährt wurde (Anschaffung einer Liegenschaft, Investitionen in bestimmtem Bereich o. dgl.), der Borger jedoch das Geld anders verwendet, muss die Möglichkeit vorzeitiger Rückforderung angenommen werden (Lehre von den Geschäftsgrundlagen i.S. von Quasi-Bedingungen; OR/AT § 28/I/1, Anm. 9; Analogie zu OR 309/II). Aus ähnlichen Gründen wird i.d.R. ein Darlehensverhältnis zwischen den Ehepartnern im Falle der Scheidung beidseits vorzeitig beendet werden können.

6. Verjährung des Rückerstattungsanspruches

Sieht der Vertrag einen bestimmten Rückzahlungstermin vor, so beginnt die 10jährige Verjährungsfrist (OR 127) mit Eintritt der Fälligkeit (OR 130/I).

Bei auf Kündigung/Rückruf gestellten Darlehen beginnt die Zehnjahresfrist mit dem Zeitpunkt, auf den frühestens hätte gekündigt/zurückgerufen werden können (OR 130/II), bei kündbaren Darlehen ohne Vereinbarung einer abweichenden Kündigungsfrist daher 6 Wochen nach Aushändigung des Darlehens (für Sparkonten u.dgl. vgl. unten Zif. V).

Zustellung von Kontoauszügen stellt einen Unterbrechungstatbestand i.S. von OR 135/I/Zif.1 dar.

NOTA: Grundpfändlich gesicherte Darlehen verjähren nicht (ZGB 807). Ist ein Darlehen durch Faustpfand (Pfand an einer beweglichen Sache) gesichert, so gelten zwar die normalen Verjährungsregeln. Der Eintritt der Verjährung hindert jedoch den Darleiher nicht an der Geltendmachung des für sich unverjährenen Pfandrechts (OR 140).

7. Beweislage bei der Rückforderung eines Darlehens

Wer Rückzahlung eines Darlehens fordert, ist mit dem Beweis belastet, dass er dem Beklagten die zurückgeforderte Summe übergeben hat. Zusätzlich muss sodann bewiesen werden, dass die Geldhingabe unter der Vereinbarung einer Rückzahlungspflicht (dh. Abschluss eines Darlehensvertrages) erfolgte (so BGE 83 II 209; SJZ 46 (1950) P332). Dies ergibt sich indirekt aus dem insbesondere das Bereicherungsrecht beherrschenden Fundamentalgrundsatz, dass nicht derjenige, der eine empfangene Leistung behalten will, den Grund des Behaltens, vielmehr der Rückfordernde das Vorliegen eines Grundes der Rückforderung nachweisen muss (OR/AT § 34/IV/2/a). Läge der Grund des Rückforderns nicht in einem Darlehensvertrag, sondern im Bereicherungsrecht, müsste der Kläger nachweisen, dass er sich bei der Erbringung der Leistung in einem Irrtum befand (der auch darin bestehen könnte, dass er bei der Leistung zu Unrecht annahm, es bestünde zwischen den Parteien ein gültiger Darlehensvertrag).

IV. Insbesondere das partiarische Darlehen

Literatur:

C. Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht; Freiburg/Br. 1897 (auch heute noch weitgehend massgebend für das Verständnis der partiarischen Rechtsverhältnisse. Das partiarische Darlehen insbesondere betreffen p. 365-395); A. Egger, Die rechtliche Natur der stillen Beteiligung an einem Unternehmen, in: Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, hg. von W. Hug, Bd. II, Zürich 1957, p. 197 ff., v.a. p. 207.

Ein partiarisches Darlehen liegt dann vor, wenn die Vertragsparteien verabreden, dass der Borger dem Darleiher anstelle eines Zinses oder neben einem Zins einen bestimmten Anteil am Gewinn des Geschäftes ausrichtet.

Abgrenzung partiarisches Darlehen/Gesellschaftsverhältnis ist nicht immer leicht zu ziehen, jedoch von praktischer Bedeutung vor allem bei Erwirtschaftung von Verlusten:

- Gesellschaftsverhältnis: Das hingeebene Geld gilt als Geschäftseinlage; Verlusttragung nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen.
- Partiarisches Darlehen: Der Darleiher verliert den Gewinnanspruch, nicht jedoch den Anspruch auf Rückerstattung des Darlehens.

Abgrenzungskriterien:

- Partiarische Geschäfte sind "Interessengegensatz-Verträge". Der Darleiher hat keine Mitsprachebefugnisse und Kontrollbefugnisse höchstens in beschränktem Umfang. Feste Vertragsdauer, Bestellung von Sicherheiten usw. spricht für Darlehen.
- Gesellschaftsverträge sind Interessenvergemeinschaftungs-Verträge: animus societatis. Das mit dem Geld abgewickelte Geschäft ist ein gemeinsames Geschäft des Geldnehmers und des Geldgebers. Umfassende Mitsprache- und Kontrollbefugnis des Geldgebers. Vgl. auch BGE 99 II 303 ff. Partiarische Absprache ist auch bei anderen Vertragsverhältnissen möglich: Miete, Pacht (Teilpacht, OR 275/II), Arbeitsvertrag (OR 322a), Verlagsvertrag (OR 389/II), Auftrag.

V. Darlehen im Rahmen des Bankgeschäfts

Literatur:

O. Aeschlimann, Kreditgeschäft und Kreditvertrag, Diss. Bern 1926; Albisetti/Boemle/Ehsam/Gsell/Nyffeler/Rutschi, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 4. A., Thun 1987; E. Bucher, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, in: Recht 1984, Heft 3, p. 97 ff.; D. Guggenheim, die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, 3. A., Zürich 1986.

1. Allgemeines

Ist die Bank Darleiherin oder Borgerin von Geld, so kommen wie in anderen Fällen grundsätzlich die Vorschriften über Darlehen zur Anwendung. Abweichungen fallen vor allem dann in betracht, wenn die Geldüberlassung keine isolierte Transaktion darstellt, sondern wenn die Bank im Rahmen eines von ihr geführten Kontos dem Kunden Geld/Kredit zur Verfügung stellt bzw. für dessen Rechnung Zahlungen entgegennimmt.

Sonderregelungen ergeben sich insbesondere aus Kontokorrent-Absprachen, welche sich einem Darlehensvertrag überlagern können (unten Zif. 4) und regelmässig vorliegenden allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken.

2. Elemente des Hinterlegungsvertrages bei "Depositen-Konten" u.dgl.

Insbesondere bei Sparkonten oder Depositenkonten (seien für diese Spar- bzw. Depositenhefte ausgegeben oder nicht), wird seit langem immer wieder die Auffassung vertreten, es liege kein Darlehensverhältnis, sondern ein Hinterlegungsvertrag i.S. des depositum irregulare ("unregelmässige Hinterlegung") vor (OR 481, unten §16/III). Auf dieser Linie hat noch neuerdings BGE 100 II 155 angenommen, dass "Sparkasseneinlagen entweder den Charakter eines Darlehens oder eines irregulären Depots haben". Dies ist methodisch nicht haltbar; begriffsjuristische Betrachtungsweise aus gemeinrechtlicher Tradition übernommen, die nicht mit dem das OR umfassend beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit vereinbar ist. Hinterlegung kann nur angenommen werden, wenn sie ausschliesslich Verwahrungszwecken dient und im Interesse des Hinterlegers erfolgt, der im kaufmännischen Bereich üblicherweise für die Verwahrung eine Vergütung zu entrichten hat. Eine noch so geringe Zinsvergütung seitens der Bank beweist, dass von Hinterlegung i.S. des gesetzlichen Typus nicht gesprochen werden kann, sondern für die Parteien der Anlagezweck massgebend ist (ähnlich v. Büren, OR BT p. 183 f.). Aufgrund der Vertragsfreiheit ist es nun aber durchaus Möglich, dass die Parteien (auch stillschweigend) einzelne Elemente in den Vertrag aufnehmen, die im übrigen für das depositum charakteristisch sind. Statt das Vertragsverhältnis mit BGE 100 II 155 in das Prokrustesbett des depositum schlechthin zu quälen, genügt zum Ausschluss der Verrechnungsmöglichkeit (OR 125 Zif. 1) die Feststellung, dass den Rechtsbeziehungen der Parteien auch Züge des Hinterlegungsvertrages anhaften bzw. dass infolge der Vertragsnatur Verrechnung ausgeschlossen sei (OR/AT § 24/V/1,3).

3. Bedeutung von "Spar"-Konten u.dgl.

Die Verwendung der Bezeichnung "Spar ..." im Bankverkehr will erst in zweiter Linie die Rechtsbeziehungen der Parteien regeln, sondern ist primär auf das betriebsrechtliche Privileg dieser Spareinlagen und die bankenrechtliche Beschränkung der Zulassung derartiger Konten ausgerichtet; vgl. SchKG 219, Dritte und Vierte Klasse je lit. b, sowie BG vom 8. November 1934/ 11. März 1971 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0), insbes. Art. 1, 15 und 16.

4. Kontokorrent

Bei Kontokorrent-Verhältnissen ist zwar meist die eine Partei Schuldnerin der anderen, indessen gibt nicht der Zweck der Kreditgewährung der Beziehung ihren Charakter, sondern die Abmachung, dass die Parteien zur Erfassung der vorfallenden Transaktionen eine laufende Rechnung führen und ihre gegenseitigen Ansprüche in ein Verrechnungsverhältnis bringen (sog. Kontokorrent-Pflicht). Vgl. zum Kontokorrent im übrigen OR/AT § 22/IV/5.

VI. Hinweis: Vorschriften ausserhalb des Vertragsrechtes mit darlehensrechtlichen Implikationen

Neben den im OR statuierten darlehensrechtlichen Grundsätzen bestehen Regeln, welche in ihren praktischen Auswirkungen die Handhabung von Darlehens-Beziehungen beeinflussen mögen. Diese werden hier i.S. von Hinweisen angeführt:

- Dem Darlehensvertragsrecht können sich wertpapierrechtliche Vorschriften überlagern (OR 965 ff., insbes. Wechselrecht, OR 990 ff.).
- Von der obligationenrechtlichen Forderungs-Beziehung zwischen Darlehensnehmer und Darlehensgeber ist zu unterscheiden ein allenfalls hinzutretendes Sicherungsgeschäft: Neben der, wiederum vertragsrechtlichen, Personalsicherheit der Bürgschaft (dazu unten § 17) sind vor allem die sachenrechtlichen Sicherungen durch Stellung eines Grund- oder Fahrnispfandes zu beachten. Vgl. dazu ZGB 793 ff., 884 ff., ferner BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen vom 12. Dezember 1940, SR 211.412.12, Art. 84 ff. bzgl. Höchstbelastungsgrenze mit Grundlasten und Pfandrechten.
- Zu beachten auch das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 ("Lex Friedrich"), SR 211.412.41 und die dazugehörige Verordnung vom 1. Oktober 1984, SR 211.412.411. Die Erlasse nehmen mittelbar Bezug auf Darlehensgewährungen, sofern durch sie eine beherrschende Stellung des Darleihers geschaffen wird, vgl. v.a. Art. 6/II/d, 6/III/c und Art. 4/I/g BewG i.V.m. Art. 1/II/b BewV.
- Die Bestimmungen über den Abzahlungskauf (OR 226a ff.) finden unter den Voraussetzungen von OR 226m/II entsprechende Anwendung auf Darlehensverträge.
- StGB 157 bzgl. (Zins-) Wucher.