

Dr. Raffael Büchi / Eva Gehrig

## **Erstreckung ausgeschlossen: Die Gebrauchsleihe als ideale Vertragsform für die Zwischennutzung von Liegenschaften**

---

Zwischennutzungen – zeitlich begrenzte Nutzungen von Liegenschaften – verhindern Leerstände und bieten dem Eigentümer so einen «Aktivschutz» seiner Liegenschaft. Die aufwändige Organisation und Verwaltung kann auf spezialisierte Dienstleister übertragen werden. Als vertragliche Basis drängt sich die Gebrauchsleihe auf, da damit Zwischennutzungen zeitlich genau auf die Bedürfnisse des Eigentümers zugeschnitten werden können, unter Ausschluss des Erstreckungsrisikos.

---

Rechtsgebiet(e): Miet- und Pachtrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Raffael Büchi / Eva Gehrig, Erstreckung ausgeschlossen: Die Gebrauchsleihe als ideale Vertragsform für die Zwischennutzung von Liegenschaften, in: Jusletter 10. Februar 2014

## Inhaltsübersicht

1. Mit Leerständen verbundene Risiken und Nachteile
  - 1.1 Hausbesetzungen
  - 1.2 Bauschäden
  - 1.3 Ertragsausfall
2. Prävention von Leerständen durch Zwischennutzungen
  - 2.1 Effizientester Schutz von Liegenschaften
  - 2.2 Beitrag zur Kostendeckung
  - 2.3 Attraktivitätssteigerung und positiver Imagetransfer
3. Die mit Zwischennutzungen verbundenen Herausforderungen und Vorurteile
  - 3.1 Organisation, Verwaltung und Überwachung von Zwischennutzungen
  - 3.2 Risikopotenzial von Zwischennutzungen wird überschätzt
  - 3.3 Termingerechte Beendigung von Zwischennutzungen
4. Die juristische Strukturierung von Zwischennutzungen
  - 4.1 Erstreckungsrisiko bei Ausgestaltung als Mietverhältnis
  - 4.2 Die Gebrauchsleihe – die ideale Vertragsform für Zwischennutzungen
    - 4.2.1 Unentgeltlichkeit
    - 4.2.2 Dauer
    - 4.2.3 Sorgfalt und Haftung des Entlehners
    - 4.2.4 Freiheit bei der vertraglichen Gestaltung
5. Fazit

## 1. Mit Leerständen verbundene Risiken und Nachteile

### 1.1 Hausbesetzungen

[Rz 1] Leer stehende Liegenschaften sind für den Eigentümer<sup>1</sup> mit Risiken verbunden. Hausbesetzungen sind gerade im Raum Zürich<sup>2</sup> an der Tagesordnung<sup>3</sup> – es gibt viel Wohlwollen für die Besetzerszene<sup>4</sup> und sogar Stimmen, die öffentlich zu Hausbesetzungen aufrufen<sup>5</sup>.

[Rz 2] Gemäss dem «Merkblatt Hausbesetzungen der Stadt Zürich»<sup>6</sup> räumt die Polizei eine besetzte Liegenschaft nur, wenn durch die Besetzung Personen oder denkmalgeschützte Bauten unmittelbar gefährdet werden. Ansonsten muss *der Eigentümer* vor einer polizeilichen Räumung *belegen*, dass er

- entweder unmittelbar vor dem Abriss, dem Umbau, der Sanierung oder einer Vermietung der besetzten Liegenschaft steht
- oder eine «Neunutzung», respektive Zwischennutzung organisiert hat.

[Rz 3] Die Stadtpolizei Zürich akzeptiert eine Neu- oder Zwischennutzung zudem nur dann als Räumungsgrund, wenn sie «nachhaltig» ist, d.h. die gesamte Zeit bis zum Abriss, zum Umbau oder zur Vermietung überbrückt *und* dabei mindestens 50% der Gebäudefläche umfasst. Dies hat wiederum *der Eigentümer* darzulegen. Diese pragmatische<sup>7</sup> polizeiliche Praxis mag vor dem Hintergrund der Eigentumsgarantie der Bundesverfassung<sup>8</sup> erstaunen<sup>9</sup>. Rechtstheoretische Erwägungen helfen dem Eigentümer einer besetzten Liegenschaft aber wenig: Er muss die Polizei rasch vom Sinn einer Räumung überzeugen können. Zu diesem Zeitpunkt eine Zwischennutzung zu organisieren, wird dem Eigentümer schwer fallen, da den meisten potenziellen Zwischennutzern die Aussicht auf einen Showdown mit Hausbesetzern unangenehm sein wird. Besser fährt der Eigentümer, wenn er das Risiko einer Hausbesetzung durch die Organisation einer Zwischennutzung *präventiv* ausschliesst<sup>10</sup>.

### 1.2 Bauschäden

[Rz 4] Leerstände von längerer Dauer können Bauschäden verursachen, etwa wenn in Folge fehlender oder reduzierter Beheizung und Durchlüftung Feuchtigkeit eintritt.

### 1.3 Ertragsausfall

[Rz 5] Lässt der Eigentümer eine Liegenschaft leer stehen, verzichtet er auf jegliche Einnahmen. Kosten hingegen fallen grösstenteils weiterhin an, auch wenn die Liegenschaft nicht beheizt wird und keine werterhaltenden Investitionen getätigt werden müssen.

<sup>1</sup> Die weibliche Form gilt selbstverständlich stets als miteingeschlossen.

<sup>2</sup> Hausbesetzungen gibt es aber immer wieder auch in anderen Schweizer Städten, u.a. in Winterthur (z.B. Sidi), Basel (z.B. Villa Rosenau), Bern (z.B. Reithalle) oder Genf (z.B. Rhino), aber auch in kleineren Gemeinden wie z.B. Wetzikon (vgl. JENNIFER STEINER, Hausbesetzung erhitzt die Gemüter, Zürcher Oberländer vom 24. Oktober 2012, <http://www.zol.ch/bezirk-hinwil/wetzikon/Hausbesetzung-erhitzt-die-Gemueter/story/26983622>).

<sup>3</sup> Gemäss Information der Zürcher Stadtpolizei sind in der Stadt Zürich und unmittelbarer Umgebung zur Zeit ca. 30 Liegenschaften besetzt – von Einfamilienhäusern bis zum Industrieareal.

<sup>4</sup> Siehe ADI KÄLIN / FABIAN BAUMGARTNER, Viel Wohlwollen für die Besetzerszene, NZZ vom 8. Januar 2014, S. 13, <http://www.nzz.ch/aktuell/zuerich/uebersicht/viel-wohlwollen-fuer-die-besetzerszene-1.18216677>.

<sup>5</sup> Erstaunlich die Website der JUSO Kanton Zürich, <http://www.live-for-free.ch/>, mit einem «Katalog» leer stehender Liegenschaften und dem offenen Aufruf zur Besetzung.

<sup>6</sup> Abrufbar unter [www.stzh.ch](http://www.stzh.ch).

<sup>7</sup> «Die Räumung einer besetzten Liegenschaft soll nicht nur für den Moment, sondern auf Dauer erfolgreich sein» (Merkblatt Hausbesetzungen der Stadt Zürich) – mit anderen Worten: Die Polizei verfügt nicht über die personellen Ressourcen, mit Hausbesetzern Katz und Maus zu spielen. Nach einer Räumung darf kein Vakuum mehr bestehen, das die Besetzer dazu veranlasst, zurückzukehren. Gemäss Marco Cortesi, Medienchef der Zürcher Stadtpolizei, soll so «Sisyphusarbeit» verhindert werden (vgl. MONIKA ZECH, Hausbesetzungen: Zürich tickt anders, TagesWoche vom 29. Oktober 2011, [http://www.tageswoche.ch/de/2011\\_43/basel/97338/hausbesetzungen-zuerich-tickt-anders.htm](http://www.tageswoche.ch/de/2011_43/basel/97338/hausbesetzungen-zuerich-tickt-anders.htm)).

<sup>8</sup> Art. 26 der Schweizer Bundesverfassung (BV).

<sup>9</sup> Wurde vom Bundesgericht allerdings so bestätigt, siehe BGE 119 1a 30 ff., insbes. E.2.

<sup>10</sup> Siehe unten «Prävention von Leerständen durch Zwischennutzungen».

## 2. Prävention von Leerständen durch Zwischennutzungen

### 2.1 Effizientester Schutz von Liegenschaften

[Rz 6] In vielen Fällen versuchen Eigentümer, eine leer stehende Liegenschaft vor einer Besetzung oder Vandalismus zu schützen, indem sie das Gebäude durch einen Sicherheitsdienstleister bewachen lassen, verschalen oder die Infrastruktur entfernen<sup>11</sup>. Keine dieser – teilweise sehr teuren<sup>12</sup> – Schutzmassnahmen vermag das Besetzungsrisiko jedoch auszuschliessen<sup>13</sup> und Vandalismus bleibt sowieso möglich.

[Rz 7] Den besten Schutz vor Hausbesetzungen bietet die präventive Organisation von Zwischennutzungen: Wo kein unbenützter Raum entsteht, kann nichts besetzt werden.

[Rz 8] Schutz bieten Zwischennutzungen auch vor Bauschäden: Das Gebäude bleibt beheizt und durchlüftet.

### 2.2 Beitrag zur Kostendeckung

[Rz 9] Mit den Einnahmen aus einer Zwischennutzung kann der Eigentümer die mit der Liegenschaft verbundenen Kosten mindestens zum Teil kompensieren, auch wenn er die Zwischennutzung als Gebrauchsleihe ausgestaltet, um mietrechtliche Erstreckungsmöglichkeiten auszuschliessen<sup>14</sup>.

### 2.3 Attraktivitätssteigerung und positiver Imagetransfer

[Rz 10] Zwischennutzungen wirken aber nicht nur defensiv – zum Schutz von Liegenschaften – sondern haben auch «Offensivpotenzial»:

- Belebte Liegenschaften und Standorte wirken attraktiver als über längere Zeit leer stehende «Geisterhäuser»<sup>15</sup>;
- Der Eigentümer kann mit der Zwischennutzung Startups und Kunstschaffende unterstützen oder einen Beitrag zur Linderung der Wohnungsnot leisten

und – so er dies möchte – imagefördernd kommunizieren.

## 3. Die mit Zwischennutzungen verbundenen Herausforderungen und Vorurteile

[Rz 11] Trotz dieser offensichtlichen Vorteile ziehen Eigentümer Zwischennutzungen oft nicht in Betracht, namentlich aus zwei Gründen:

- Sie scheuen den mit der Organisation und Verwaltung einer Zwischennutzung verbundenen Aufwand und das Risiko, dass Zwischennutzer «Probleme machen» könnten<sup>16</sup>;
- Sie befürchten, dass die Zwischennutzung nicht termingerecht abgeschlossen werden kann, weil die Zwischennutzer das Gebäude nicht rechtzeitig räumen.

### 3.1 Organisation, Verwaltung und Überwachung von Zwischennutzungen

[Rz 12] Geeignete Zwischennutzer zu finden, die Zwischennutzung zu organisieren und zu verwalten, ist tatsächlich mit grossem Aufwand verbunden. Die wenigsten Eigentümer sind willens, diesen Aufwand selber zu betreiben. Oft fehlen ihnen auch Kontakte zu potenziellen Zwischennutzern. Hier können spezialisierte Organisationen einspringen, die dem Eigentümer alles, was mit der Planung, Strukturierung, Organisation, Betreuung, Überwachung und Beendigung der Zwischennutzung zusammenhängt, abnehmen und als Schnittstelle zwischen dem Eigentümer und den Zwischennutzern wirken.

### 3.2 Risikopotenzial von Zwischennutzungen wird überschätzt

[Rz 13] Die Erfahrung zeigt, dass Eigentümer dazu neigen, das mit Zwischennutzern verbundene Risiko- und Problemopotenzial zu überschätzen<sup>17</sup>. Besichtigen sie ein zwischengenutztes Gebäude, sind sie dann überrascht, wie «normal» alles ist. Zwischennutzer mögen zwar im Schnitt mobiler, kreativer und jünger sein als das schweizerische Mittel, aber sie arbeiten in ihren Büros oder Ateliers an ihren Projekten wie andere Berufstätige auch. Genauso verhält es sich mit Wohnzwischenutzern: Ausser ihrer wohl überdurchschnittlich hohen Mobilität unterscheidet sie nichts vom Normalbewohner.

[Rz 14] Es gibt Faktoren, die das mit Zwischennutzern

---

<sup>11</sup> Vgl. BEAT METZLER, Mit der Axt gegen Hausbesetzer, Tages-Anzeiger vom 15. Dezember 2011, <http://www.tagesanzeiger.ch/zueroich/stadt/Mit-der-Axt-gegen-Hausbesetzer/story/28282106>.

<sup>12</sup> Eine Rund-um-die-Uhr-Bewachung durch eine Security-Person beispielsweise kostet nach Auskunft eines Sicherheitsdienstleistungsunternehmens im Raum Zürich rund CHF 450'000 pro Jahr.

<sup>13</sup> Räumlichkeiten können für Hausbesetzer sogar dann attraktiv sein, wenn der Eigentümer die Infrastruktur herausgerissen hat – etwa als Lokalität für Parties. Verschaltungen und Bewachung stellen keine unüberwindbaren Hindernisse dar (so schoben etwa die Besetzer einer Villa in Zürich Wollishofen einen Wachmann einfach zur Seite).

<sup>14</sup> Siehe unten, «Die juristische Strukturierung von Zwischennutzungen».

<sup>15</sup> Es ist wie in der Gastronomie: Leere Restaurants schrecken ab, gut frequentierte Lokale wirken anziehend.

<sup>16</sup> Erfahrungsgemäss assoziieren Eigentümer Zwischennutzer häufig mit wider Kreativität, Partys, Unordnung, Lärm und Verärgerung von Nachbarn.

<sup>17</sup> Vgl. FN 17.

verbundene Risikopotenzial für den Eigentümer positiv beeinflussen: So wirkt die Aussicht, künftig vielleicht weitere günstige Arbeits- oder Wohngelegenheiten zu erhalten, auf die Zwischennutzer disziplinierend:

- Nur Zwischennutzer mit einwandfreiem *Track Record* werden von Zwischennutzungsorganisationsorganen wieder berücksichtigt;
- Nur Eigentümer, die eine Zwischennutzung als Erfolg beurteilen, werden zu weiteren Zwischennutzungen Hand bieten; negative Erfahrungen machen im Immobilienmarkt rasch die Runde.

[Rz 15] Ein Zwischennutzer, der negativ auffällt, schadet demnach nicht nur sich selbst, sondern auch allen anderen Zwischennutzern, indem er ihre Chancen auf zukünftige günstige Räume gefährdet. Damit entsteht Gruppendruck, sich regelkonform zu verhalten.

### 3.3 Termingerechte Beendigung von Zwischennutzungen

[Rz 16] Aus Sicht des Eigentümers ist eine Zwischennutzung dann erfolgreich verlaufen, wenn am vereinbarten Endtermin alle Zwischennutzer das Gebäude komplett geräumt und die von ihnen genutzten Räumlichkeiten in gutem Zustand zurückgegeben haben. Die Vorstellung, dass sich Zwischennutzer etwa mittels Erstreckungsgesuchen gegen die Beendigung der Zwischennutzung wehren, muss jedem Eigentümer unangenehm sein. Die Verzögerung eines Bauprojekts kommt in der Regel teuer zu stehen<sup>18</sup>.

[Rz 17] Nachfolgend wird aufgezeigt, wie die Zwischennutzung strukturiert werden muss, um die juristischen Grundlagen für die termingerechte Beendigung zu schaffen.

## 4. Die juristische Strukturierung von Zwischennutzungen

### 4.1 Erstreckungsrisiko bei Ausgestaltung als Mietverhältnis

[Rz 18] Will der Eigentümer sicher sein, dass die Zwischennutzung zeitgerecht beendet wird, darf er die Zwischennutzung *nicht* als Mietverhältnis ausgestalten. Die mietrechtlichen Schutzvorschriften und Erstreckungsmöglichkeiten<sup>19</sup> machen es vom guten Willen der Zwischennutzer abhängig,

---

<sup>18</sup> Siehe z.B. GEORG GINDELY, Renitente Zwischennutzer verzögern den Umbau von Alterswohnungen, Tages-Anzeiger vom 9. Februar 2013, S. 15, <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Renitente-Zwischenmieter-verzoegern-Umbau-von-Alterswohnungen-/story/15972991>.

<sup>19</sup> Art. 272 ff. des Obligationenrechts (OR); das Recht des Mieters, Erstreckung zu verlangen, ist unverzichtbar – gegenteilige Vereinbarungen sind nichtig (Art. 273 c).

ob die Zwischennutzung vereinbarungsgemäss beendet wird. Stellt sich ein Mieter quer und verlangt Erstreckung, dauert es im besten Fall Monate, bis der Eigentümer ihn ausweisen kann – im schlimmsten Fall Jahre. Die Erstreckung des Mietverhältnisses droht auch dann, wenn die Zwischennutzung als Kettenmietvertragsverhältnis strukturiert wird, d.h. als Serie von befristeten Mietverträgen<sup>20</sup>.

### 4.2 Die Gebrauchsleihe – die ideale Vertragsform für Zwischennutzungen

[Rz 19] Sicherheit betreffend rechtzeitiger Beendigung einer Zwischennutzung lässt sich am besten schaffen, wenn die Zwischennutzung als *Gebrauchsleihe* strukturiert wird. Deren Charakteristika werden nachfolgend skizziert.

#### 4.2.1 Unentgeltlichkeit

[Rz 20] Die Gebrauchsleihe, oder Leihe, ist gesetzlich definiert als *unentgeltliche Überlassung einer Sache zum Gebrauch*<sup>21</sup>. Der Entlehner verpflichtet sich dabei, dem Verleiher<sup>22</sup> dieselbe Sache nach dem Gebrauch zurückzugeben<sup>23</sup>. Gegenstand einer Leihe können bewegliche, aber auch unbewegliche Sachen – Immobilien – sein<sup>24</sup>.

[Rz 21] Ist die Gebrauchsüberlassung entgeltlich, ist sie als Miete (oder allenfalls Pacht) zu qualifizieren: Eine entgeltliche Leihe widerspricht der gesetzlichen Systematik. Dies bedeutet *nicht*, dass der Verleiher dem Entlehner gar nichts in Rechnung stellen darf, um sich das Mietrecht vom Leibe zu halten. Einerseits ergibt sich aus dem Gebrauchsrecht<sup>25</sup>, dass der Entlehner die aus dem Gebrauch der Sache entstehenden Kosten selber zu tragen hat. Andererseits trägt der Entlehner laut Gesetz auch die gewöhnlichen Erhaltungskosten.

[Rz 22] Für die Zwischennutzungspraxis bedeutet dies, dass der Eigentümer die (verbrauchsabhängigen) *Nebenkosten*, die *gewöhnlichen Unterhaltskosten*<sup>26</sup> und kleinere Ausgaben, die der Werterhaltung dienen, auf die Zwischennutzer abwälzen kann. Ausserordentliche Aufwendungen<sup>27</sup> sowie Lasten und Abgaben<sup>28</sup> gehen hingegen zu seinen Lasten. Die Verteilung der Unterhaltungspflichten und der Kostentragungspflicht kann vertraglich geändert werden. Wenn der Zwischennut-

---

<sup>20</sup> Zu Kettenmietverträgen siehe BGE 139 III 145 / Pra 102 (2013) Nr. 96.

<sup>21</sup> Art. 305 OR.

<sup>22</sup> Dieser nicht Eigentümer der Sache sein, da er sich nicht zur Eigentumsübertragung verpflichtet, vgl. CHK-B. SCHÖNENBERGER OR 305 N 4.

<sup>23</sup> Art. 305 OR.

<sup>24</sup> CHK-B. SCHÖNENBERGER OR 305 N 3.

<sup>25</sup> Art. 306 OR Abs. 1 OR.

<sup>26</sup> Z.B. kleinere Reparaturen und technische Wartung. Ob Gebäudereinigung und Pflege des Umschwungs abgewälzt werden können, ohne dass die Gebrauchsleihe ihren Charakter verliert und als Miete einzustufen ist, muss im Einzelfall entschieden werden.

<sup>27</sup> Verwendungen, Art. 307 Abs. 2 OR.

<sup>28</sup> CHK-B. SCHÖNENBERGER OR 307 N 2.

zer jedoch zur Vornahme wertsteigernder Massnahmen verpflichtet wird, verliert der Vertrag den unentgeltlichen Charakter und es liegt Miete vor<sup>29</sup>.

[Rz 23] Will der Eigentümer das Risiko ausschliessen, dass ein als Gebrauchsleihe aufgesetztes Zwischennutzungsvertragsverhältnis als Mietverhältnis eingestuft wird, muss er ohne weiteres darlegen können, dass er mit den Einnahmen aus der Zwischennutzung keine Rendite erzielt, sondern lediglich die oben erwähnten Kosten abwälzt. Somit werden die Kostenbeiträge, die Zwischennutzer als Entlehner zu entrichten haben, typischerweise weit unter der Marktmiete liegen.

[Rz 24] Steht für den Eigentümer auch während der Zwischennutzung die Rendite im Vordergrund, bleibt ihm nur die Strukturierung als Miete. Er sollte es sich aber gut überlegen, ob die höheren Einnahmen während einer Zwischennutzung die mit der Anwendung von Mietrecht verbundenen Risiken tatsächlich aufwiegen.

[Rz 25] Für eine Gestaltung als Gebrauchsleihe mit entsprechend tiefen Kostenbeiträgen spricht auch, dass sich Zwischennutzer meist nur dann finden lassen, wenn das Leistungspaket stimmt: Die mit einer Zwischennutzung verbundenen Nachteile und Kosten<sup>30</sup> müssen durch handfeste Vorteile aufgewogen werden. Diese bestehen typischerweise darin, dass Zwischennutzer in den Genuss von viel oder ausgezeichnet gelegenen Raum zu sehr günstigen Konditionen kommen, den sie sich unter normalen Umständen nicht leisten würden bzw. könnten.

#### 4.1.2 Dauer

[Rz 26] Wird für die Gebrauchsleihe keine bestimmte Dauer vereinbart, so endet sie, sobald der Entlehner den vertragsgemässen Gebrauch gemacht hat oder mit Ablauf der Zeit, binnen deren dieser Gebrauch hätte stattfinden können<sup>31</sup>. Wenn der Verleiher die Sache zu einem weder der Dauer noch dem Zwecke nach bestimmten Gebrauch überlassen hat, so kann er sie beliebig zurückfordern<sup>32</sup>. Nach bundesgerichtlicher Auslegung<sup>33</sup> bedeutet dies, dass der Verleiher die Sache jederzeit<sup>34</sup> zurückverlangen kann, wenn die Dauer der Leihe weder durch die Parteivereinbarung noch durch den vereinbarten Gebrauch begrenzt ist.

[Rz 27] Der Verleiher kann die Sache früher als vereinbart zurückfordern, wenn der Entlehner sie vertragswidrig gebraucht oder verschlechtert oder einem Dritten zum Gebrauch

überlässt, oder wenn er selbst wegen eines unvorhergesehenen Falles der Sache dringend bedarf<sup>35</sup>.

[Rz 28] Für Zwischennutzungen gilt darum auch ohne spezifische vertragliche Regelung schon von Gesetzes wegen Folgendes:

- Entlehnt ein Zwischennutzer einen Raum für einen bestimmten Zweck bzw. für einen bestimmten Gebrauch<sup>36</sup>, hat er den Raum zurückzugeben, nachdem der Raum den Zweck erfüllte oder hätte erfüllen können;
- Wird über die Dauer und den Gebrauch eines Raums nichts vereinbart, kann der Eigentümer den Raum beliebig zurückfordern;
- Auch wenn sich der Eigentümer mit dem Zwischennutzer auf eine bestimmte Dauer der Zwischennutzung geeinigt hat, kann er die zwischengenutzten Räume jederzeit zurückfordern, wenn der Zwischennutzer gegen Vertragsbestimmungen und integrierte Regelwerke (z.B. gegen eine Hausordnung) verstösst, wenn er den geliehenen Raum beschädigt, wenn er ihn ohne Zustimmung des Eigentümers Dritten überlässt oder wenn der Eigentümer den Raum dringend selber braucht.

[Rz 29] Kündigungsschutz und Erstreckungsmöglichkeiten gibt es bei der Gebrauchsleihe keine, eine analoge Anwendung der mietrechtlichen Vorschriften ist ausgeschlossen<sup>37</sup>.

#### 4.1.3 Sorgfalt und Haftung des Entlehners

[Rz 30] Die Rechte und Pflichten des Entlehners ergeben sich bei der Gebrauchsleihe aus dem Grundsatz, dass er von der geliehenen Sache nur einen persönlichen, durch Vertrag umschriebenen oder durch Beschaffenheit und Zweckbestimmung des Gegenstands gegebenen sorgfältigen Gebrauch machen darf. Beim vertrags- oder zweckwidrigen Gebrauch haftet er auch für Zufall<sup>38</sup>.

[Rz 31] Sieht der Vertrag keine Vereinbarung betreffend Gebrauch der geliehenen Sache vor, darf der Entlehner die Sache so gebrauchen, wie es sich aus der Beschaffenheit der Sache oder ihrer Zweckbestimmung ergibt<sup>39</sup>. Die Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten ist grundsätzlich unzulässig<sup>40</sup>, kann jedoch vertraglich vereinbart werden.

[Rz 32] Damit ist der Sorgfaltsmassstab bei der

---

<sup>29</sup> Vgl. zu den Kosten der Erhaltung CHK-B. SCHÖNENBERGER OR 307 N 1–4.

<sup>30</sup> Kosten für Umzug und Neueinrichtung und alle mit einer Adressänderung verbundenen administrativen Aufwände und Arbeiten.

<sup>31</sup> Art. 309 Abs. 1 OR.

<sup>32</sup> Art. 310 OR.

<sup>33</sup> BGE 125 III 363.

<sup>34</sup> Nach Art. 310 OR.

<sup>35</sup> Art. 309 Abs. 2 OR.

<sup>36</sup> Beispiel: Leihe eines Raums für eine Vernissage oder für ein Geschäftsessen.

<sup>37</sup> Dies ist in der Rechtsprechung und Lehre völlig unbestritten, siehe statt aller Urteil des Bundesgerichts 4D\_136/2010 vom 11. Februar 2011, I. zivilrechtliche Abteilung, E. 4.3.3., mit zahlreichen Verweisen.

<sup>38</sup> Art. 306 OR.

<sup>39</sup> Art. 306 Abs. 1 OR.

<sup>40</sup> Art. 306 Abs. 2 OR.

Gebrauchsleihe für den Zwischennutzer deutlich strenger als im Mietverhältnis. Auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung gilt für den Zwischennutzer Folgendes:

- Er darf den geliehenen Raum grundsätzlich nur persönlich, sorgfältig und im Rahmen der durch die Natur des Gebäudes und dessen Einteilung im Zonenplan gegebenen Zweckbestimmung gebrauchen;
- Falls er dies nicht tut, haftet er auch für Zufall.

#### 4.1.4 Freiheit bei der vertraglichen Gestaltung

[Rz 33] Im Gegensatz zum Mietvertrag, dessen zentrale Form- und Schutzvorschriften zwingender Natur sind und durch abweichende Vereinbarungen nicht ausgehebelt werden können<sup>41</sup>, lässt sich ein Gebrauchsleihvertrag frei ausgestalten<sup>42</sup>:

- Keine gesetzlichen Formerfordernisse<sup>43</sup> und damit Erleichterung der Administration (Zwischennutzungsverträge können z.B. webbasiert abgeschlossen und verlängert werden);
- Beliebige Befristung oder Kündigungsmöglichkeiten;
- Verbindung der Gebrauchsleihe mit Auflagen und Pflichten für den Entlehner, solange damit die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung nicht in Frage gestellt wird<sup>44</sup>.

## 5. Fazit

[Rz 34] Steht bei einer Zwischennutzung für den Eigentümer nicht Ertragsmaximierung, sondern zeitliche Planbarkeit und Flexibilität im Vordergrund, ist nicht Miete, sondern die Gebrauchsleihe die ideale Vertragsform. Sie erlaubt es dem Eigentümer, die Dauer der Zwischennutzung beliebig festzulegen, ohne sich den mietrechtlichen Erstreckungsrisiken auszusetzen und auferlegt dem Zwischennutzer strengere Sorgfalts- und Haftungspflichten als das Mietrecht.

[Rz 35] Die Gebrauchsleihe ist *per definitionem* unentgeltlich. Trotzdem kann der Eigentümer Nebenkosten, gewöhnliche Unterhaltskosten und kleinere, werterhaltenden Ausgaben auf den Zwischennutzer abwälzen.

---

Dr. iur. RAFFAEL BÜCHI, Head of Know-how & Business Development bei Bär & Karrer, organisierte im Juni 2011 für einen Klienten der Wirtschaftskanzlei die Zwischennutzung «Badi 595», um dessen Gewerbeliegenschaft mit über 4'000m<sup>2</sup> Bürofläche in Zürich Altstetten während der Planungsphase für einen Umbau in Wohnungen und Ateliers sinnvoll zu nutzen und zu schützen. In der Badi 595 fanden 100 Personen – mehrheitlich Startups, Kleinstunternehmen und Kreativtätige – vorübergehenden Arbeitsraum. «Projekt Interim» ([www.projekt-interim.ch](http://www.projekt-interim.ch)), ein Team aus dem Kreis der Badi 595-Zwischennutzer, übernahm die Verwaltung der Badi 595 im Januar 2012 und schloss das Zwischennutzungsprojekt im Juni 2013 nach zweijähriger Dauer mit der Rückgabe des Gebäudes an die neue Eigentümerin Mobimo erfolgreich (d.h. pünktlich zum Umbaubeginn) ab. Raffael Büchi unterstützt Projekt Interim während seiner Freizeit bei der juristischen Strukturierung von Zwischennutzungen.

EVA GEHRIG ist Leiterin des Rechtsdiensts der Mobimo ([www.mobimo.ch](http://www.mobimo.ch)), einer führenden Immobiliengesellschaften der Schweiz mit einem Liegenschaftsportfolio im Gesamtwert von über 2.3 Mrd. CHF. Sie war auf Seiten der Mobimo für die Zwischennutzung «Badi 595» verantwortlich.

---

\* \* \*

---

<sup>41</sup> Abweichende Vereinbarungen sind gemäss Art. 273 c Abs. 2 OR nichtig.

<sup>42</sup> Vorbehalten bleiben selbstverständlich die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit gemäss Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 OR sowie Art. 27 des Zivilgesetzbuches (ZGB).

<sup>43</sup> CHK-B. SCHÖNENBERGER OR 305 N 1.

<sup>44</sup> Zur Unentgeltlichkeit siehe oben.