

## **ZMP 2017 Nr. 2**

**Art. 262 OR; Art. 423 OR; Art. 153 Abs. 2 ZPO; Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO. Untervermietung über Buchungsplattformen. Untervermietverbot bei wiederholter vertragswidriger Untervermietung. Herausgabe missbräuchlicher Untervermietungsgewinne. Beweiserhebung von Amtes wegen bei Säumnis des Klägers.**

*Die Untervermietung von Wohnungen über Buchungsplattformen im Internet untersteht den Regeln von Art. 262 OR. Diese lassen die Untervermietung zwar grundsätzlich zu. Der Mieter und Untervermieter muss allerdings die Zustimmung des Vermieters einholen. Dieser kann sich der Untervermietung widersetzen, wenn der Mieter sich weigert, ihm die Bedingungen des Untermietvertrags bekannt zu geben, wenn die Bedingungen missbräuchlich sind oder wenn dem Vermieter aus der Vermietung wesentliche Nachteile entstehen (E. V.2.3). Bietet der Mieter aufgrund seines Verhaltens in der Vergangenheit keine Gewähr für eine korrekte Untervermietung über Buchungsplattformen, kann ihm diese ganz untersagt werden (E. V.2.3.11 f.). Der Vermieter kann nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag die Herausgabe des Gewinns aus missbräuchlicher Untervermietung verlangen, wenn er dieser nicht zugestimmt hat (E. V.3.2).*

*Das Gericht kann insbesondere bei Säumnis des Klägers Beweise von Amtes wegen erheben, wenn an der Richtigkeit der unbestritten gebliebenen Darstellung des Beklagten erhebliche Zweifel bestehen. Dies gilt ganz besonders im Anwendungsbereich der sozialen Untersuchungsmaxime (E. V.2.3.4 ff.).*

Aus dem Urteil des Mietgerichts MG160009-L vom 9. Februar 2017 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Saluz, Gerichtsschreiberin Ursprung):

### **"I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

#### *1. Unbestrittener Sachverhalt*

1.1 Mit Anmeldebesuchsformular vom 9. September 2015 interessierte sich der Beklagte und Widerkläger (nachfolgend Beklagter) für eine 4.5-Zimmerwohnung

im zweiten Stock an der D-Strasse, Zürich, zu einem Mietzins von Fr. 2'970.– pro Monat (zzgl. Garagenplatz von Fr. 180.– und Kautions von Fr. 4'800.–). Mit Mietvertrag für Wohnräume vom 12./24. September 2015 mietete der Beklagte vom Kläger und Wiederbeklagten (nachfolgend Kläger) ab dem 1. Oktober 2015 diese Wohnung zu einem monatlichen Mietzins von Fr. 2'724.40 netto, beziehungsweise Fr. 2'914.40.– brutto. (...) Der Mietvertrag ist kündbar dreimonatlich im Voraus auf Ende März, Ende Juni und Ende September, jedoch frühestens auf Ende September 2016. Die 'Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag für Wohnräume', Ausgabe 2007 wurden zum integrierenden Bestandteil des Mietvertrags erklärt.

(...)

## 2. *Prozessgeschichte*

(...) Mit Verfügung vom 11. Mai 2016 wurde dem Beklagten Frist zur Stellungnahme zur Klage angesetzt. Diese Verfügung konnte dem Beklagten nicht zugestellt werden. Daraufhin wurde den Parteien mit Verfügung vom 9. Juni 2016 eröffnet, sie würden direkt zur Hauptverhandlung vorgeladen. Mit Schreiben vom 14. Juni 2016 erweiterte der Kläger seine Klage und stellte weitere Rechtsbegehren. Der Beklagte reichte mit Schreiben vom 15. Juni 2016 eine Stellungnahme zur Klage ein und erhob gleichzeitig Widerklage. Die Eingabe des Beklagten wurde dem Kläger mit Verfügung vom 17. Juni 2016 zugestellt. (...) Am 28. Juni 2016 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen, welche infolge des Verschiebungsgesuchs des Klägers vom 7. September auf den 12. Oktober 2016 verschoben wurde. Mit Schreiben vom 20. Juli 2016 reichte der Kläger ein weiteres Dokument ein. Die Verschiebungsanzeige wurde vom Beklagten nicht abgeholt. Die Mitteilung des Klägers vom 29. August 2016 betreffend seine Abwesenheit an der Hauptverhandlung wurde dem Beklagten per A-Post zugestellt. Das Gesuch des Klägers vom 10. Oktober 2016 um Verschiebung der Hauptverhandlung, eventualiter um Erlass des persönlichen Erscheinens wurde mit Verfügung vom 11. Oktober 2016 abgewiesen. Zur Hauptverhandlung vom 12. Oktober 2016 ist der Kläger nicht erschienen. Das Verfahren ist spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

(...)

## **V. Materielle Beurteilung der Klage**

### *1. Ausgangslage*

Der Kläger verlangt, dass dem Beklagten zu untersagen sei, die Wohnung über Airbnb zu vermieten. Zudem sei der Beklagte zu verpflichten, ihm den Gewinn von Fr. 4'296.– herauszugeben, welchen er für die Vermietung der Wohnung an vier Wochenenden eingenommen habe. Der Beklagte erklärte an der Hauptverhandlung, er habe die Wohnung lediglich drei bis vier Mal für Fr. 150.– pro Tag vermietet. Inzwischen vermiete er die Wohnung aber nicht mehr und das entsprechende Inserat auf Airbnb sei auch entfernt worden.

### *2. Untersagung der Untervermietung (Rechtsbegehren Ziffer 1)*

#### *2.1. Rechtliche Qualifikation einer Vermietung einer Wohnung über Airbnb*

2.1.1. Bei Airbnb handelt es sich zur Hauptsache um die entgeltliche Überlassung von Wohn- und Schlafräum. 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).

(...)

2.1.2. Vorliegend bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Regeln der Untermiete für das Verhältnis zwischen Kläger und Beklagten nicht zur Anwendung gelangen sollen, und zwar unabhängig davon, ob der Beklagte als Wochenaufhalter die Wohnung Bekannten und Freunden überlassen hat oder ob er die Wohnung über Airbnb vermietet hat. Da er nicht dauerhaft auf das Mietobjekt verzichtet hat und ein persönlicher Gebrauch weiterhin möglich ist, ist auch davon auszugehen, dass der Beklagte als Hauptmieter das Mietverhältnis mit dem Kläger als Vermie-

ter weiterführen möchte, womit ein weiteres Charakteristikum der Untermiete erfüllt ist (vgl. SPIRIG, a.a.O., S. 7).

## 2.2. Voraussetzungen für eine zulässige Untervermietung

2.2.1. Grundsätzlich ist die Untermiete ein Recht, welches vertraglich nicht zum Nachteil des Mieters abgeändert und damit auch gegen den Willen des Vermieters durchgesetzt werden kann (SPIRIG, a.a.O., S. 2 f.). Der Hauptmieter haftet dem Vermieter dabei dafür, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selbst gestattet ist (Art. 262 Abs. 3 OR). Der Mieter kann die Sache mit Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise untervermieten (Art. 262 Abs. 1 OR). Das Gesuch sowie die Erteilung der Zustimmung können formfrei erfolgen. Gültig kann der Vermieter die Zustimmung nur verweigern, wenn der Mieter ihm die Bedingungen der Untermiete nicht bekannt gibt, die Bedingungen der Untermiete im Vergleich zu denjenigen des Hauptmietvertrages missbräuchlich sind oder dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen (Art. 262 Abs. 2 OR). 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 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).

2.2.2. Die Zustimmung des Vermieters ist von Gesetzes wegen an keine besondere Form gebunden und kann auch stillschweigend oder konkludent erteilt wer-

den (ZK-HIGI, Art. 262 OR N 30). Die Zustimmung ist in der Regel auf ein konkret in Frage stehendes Untermietverhältnis zwischen konkret bekannten Parteien und bezüglich des konkret bekannten Untermietgegenstands beschränkt, womit eine Änderung wie der Wechsel des Untermieters der erneuten Zustimmung bedarf. Möglich ist jedoch auch eine generelle Zustimmung des Vermieters (ZK-HIGI, Art. 262 OR N 32 f.). Im Falle der Nutzung von Airbnb ist es sinnvoll und praktikabel, die Zustimmung anstatt bei jeder einzelnen Vermietung im Sinne eines einmaligen Gesuchs einzuholen, da es in der Realität kaum umsetzbar sein wird, für jeden einzelnen Airbnb-Mieter eine neue Zustimmung einzuholen (JUD/STEIGER, Airbnb in der Schweiz: Was sagt das Mietrecht?, in: Jusletter 30. Juni 2014, S. 8).

2.2.3. Wie bereits erwähnt, kann der Vermieter nur unter den in Art. 262 Abs. 2 OR genannten Gründen die Zustimmung zur Untermiete verweigern. Der Mieter ist nicht verpflichtet, von sich aus alle wesentlichen Bedingungen der Untermiete bekanntzugeben. Der Verweigerungsgrund nach Art. 262 Abs. 2 lit. a OR tritt jedoch dann ein, wenn der Mieter sich weigert, auf das Verlangen des Vermieters die Bedingungen vollumfänglich bekanntzugeben (ZK-HIGI, Art. 262 OR N 41 m.w.H.).

2.2.4. Art. 262 Abs. 2 lit. b OR bezweckt in erster Linie den Schutz der Interessen des Vermieters. Dieser soll sich nicht geprellt fühlen müssen, weil der Mieter als Untervermieter ohne Erbringung eigener Leistung deutlich mehr Geld aus der Mietsache erzielt als er selbst (Urteile des Bundesgerichts 4A\_504/2008 vom 6. Juli 2009, E. 2.2 und 4C.331/2004 vom 17. März 2005, E. 1.2.1; HEINRICH, Die Untermiete, S. 102 f.). Ein allfällig erzielter Überschuss für die Untervermietung der Mietsache muss sachlich gerechtfertigt sein. Dies kann sich aus zusätzlichen Leistungen wie Möblierung, Renovationen, Reinigung oder Verwaltungsaufwand ergeben. Eine geringe Marge von 3% oder Fr. 100.– pro Monat ist nach der Lehre auch ohne direkte Begründung zulässig (ZK-HIGI, Art. 262 OR N 43; SVIT-K, Art. 262 OR N 17; JUD/STEIGER, a.a.O., S. 11 m.w.H.).

2.2.5. Wesentliche Nachteile gemäss Art. 262 Abs. 2 lit. c OR können dem Vermieter aus der Unvereinbarkeit von Haupt- und Untermietvertrag oder sonstigen objektiven Gründen, wie beispielsweise einer stärkeren Abnützung, Konkurrenz-

betrieb gegenüber einem Mitmieter oder wenn der Untermieter nicht den Anforderungen des Hauptmietvertrags entspricht, entstehen (Urteil des Bundesgerichts 4C.199/1994 vom 11. Oktober 1994, E. 5b, Originaltext französisch, auf Deutsch übersetzt und publ. in: mp 2/95, S. 65 ff.; SVIT-K, Art. 262 OR N 22 ff.). Die Risiken der Untermiete durch die Online-Plattform Airbnb sind gegenüber der bisherigen Praxis der Untermiete nicht in jedem Fall wesentlich höher und vermögen daher den wesentlichen Nachteil im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR nicht immer zu begründen. Der jeweilige Nachteil muss im Einzelfall konkretisiert werden (JUD/STEIGER, a.a.O., S. 11 f. m.w.H., SPIRIG, a.a.O., S. 20).

2.2.6. Die Beweislast für das Vorliegen eines Verweigerungsgrundes sowie eines erzielten Gewinns liegt beim Vermieter (vgl. Art. 8 ZGB; ZK-HIGI, Art. 262 OR N 39).

### 2.3. Würdigung

2.3.1. Der Kläger verlangt in seinem Rechtsbegehren, die Untervermietung der Wohnung zu untersagen. Wie bereits ausgeführt, ist die Untermiete ein Recht, welches dem Mieter grundsätzlich zusteht. Eine Verweigerung der Zustimmung zur Untermiete ist nur im Einzelfall möglich, nicht aber im Allgemeinen. Auch vor Gericht kann nicht ein generelles Verbot verlangt werden. Der Kläger hat es unterlassen, sein Begehren diesbezüglich genügend klar zu formulieren. So ist von vorneherein nicht sofort ersichtlich, ob er dem Beklagten generell eine Untermiete über Buchungsportale wie Airbnb verbieten wollte oder ev. nur eine Untermiete, welche einen übermässigen Gewinn erzielt. Da der Kläger der Hauptverhandlung unentschuldig ferngeblieben ist, konnte auch nicht in Ausübung der richterlichen Fragepflicht eine Präzisierung dieses Begehrens erreicht werden. Im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime muss bei einem prozessunerfahrenen Laien jedoch zumindest versucht werden, ein vom Wortlaut her unklares aber durch weitergehende Ausführungen und eingereichte Akten des Klägers substantiiertes Rechtsbegehren zu konkretisieren. (...)

2.3.2. Vor der Schlichtungsbehörde stellte der Kläger das Begehren: *"Die Wohnung darf unter keinen Umständen weiter vermietet werden"*. In seinem vor Mietgericht gestellten Rechtsbegehren Ziffer 3 erklärte er: *"Der Beklagte hat inzwi-*

*schen keine Fremdvermietung durch Airbnb getätigt, somit kann dieses Begehren vorläufig nicht Gegenstand sein".* In einem späteren Schreiben an das Gericht monierte der Kläger wiederum, dass der Beklagte die Wohnung ab April 2016 erneut über Airbnb und über booking.com vermiete und erklärte dann: *"Nun soll dieser in der Klage angebrachte Punkt wieder aktiviert werden und wir fordern den Überschuss aus der Weitervermietung (...) an uns abzugeben und dass ein Weitervermieten in dieser Art nicht zu tolerieren sei".* Aus diesen Ausführungen des Klägers respektive dem laienhaften "Aktivieren" und "Deaktivieren" des Begehrens bezüglich Untervermietung ergibt sich, dass er dem Beklagten lediglich die Untervermietung via Buchungs-Plattformen untersagen und den damit erzielten Gewinn (siehe dazu unten Punkt V. 3.2.1.) einfordern wollte. Der Kläger stellt damit in Ziffer 1 der Klageerweiterung sinngemäss folgendes Rechtsbegehren:

- "1. Es sei dem Beklagten die Untervermietung der Wohnung via Buchungsplattformen wie booking.com oder airbnb.com zu untersagen."

(...)

2.3.4. Der Beklagte bestreitet nicht, die Wohnung in der Vergangenheit ohne die Zustimmung des Klägers untervermietet zu haben. Er bestreitet jedoch teilweise den vom Kläger geltend gemachten Umfang und die Konditionen der Untervermietung, welche für das Vorliegen der Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. b und c entscheidend sind. (...) Da der Kläger der Hauptverhandlung unentschuldig fernblieb, könnte dafür grundsätzlich neben den im Recht liegenden Akten auf die unbestritten gebliebenen Ausführungen des Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung abgestellt werden. Wie jedoch noch zu zeigen sein wird, bestehen an deren Glaubhaftigkeit erhebliche Zweifel im Sinne von Art. 153 Abs. 2 i.V.m. Art. 247 ZPO.

2.3.5. Der Beklagte erklärte, er bzw. seine Frau habe die streitgegenständliche Wohnung in der Vergangenheit lediglich drei bis vier Male für ein paar Tage über die Online-Plattform Airbnb vermietet. Sowohl auf dem Ausdruck des im Namen des Beklagten ausgeschriebenen Airbnb-Wohnungsinserats vom 10. Juni 2016 als auch auf dem späteren Ausdruck desselben Inserates vom 12. Oktober 2016

sind deutlich über 4 Bewertungen von Gästen der Wohnung aufgeführt. Die Gäste schildern dort unter Angabe des Aufenthaltsmonats ihre Erfahrungen betreffend den Besuch in der Wohnung des Beklagten. Auf dem vom Kläger eingereichten Ausdruck vom 10. Juni 2016 sind 5 Bewertungen enthalten, die erste davon betreffend einen Aufenthalt im November 2015, die letzte betreffend einen Aufenthalt im April 2016. Auf dem vom 12. Oktober 2016 datierenden Ausdruck des Gerichts sind 7 weitere Bewertungen enthalten, diesmal für Aufenthalte zwischen Juni und August 2016. Auf Airbnb können Personen nur Bewertungen für Orte schreiben, welche sie über diese Plattform für einen Aufenthalt gebucht haben, und zwar nur innerhalb von 14 Tagen nach ihrem Aufenthalt (vgl.

<https://www.airbnb.ch/help/article/13/how-do-reviews-work>, aufgerufen am 12. Oktober 2016). Die vorerwähnten Gastbewertungen sind sodann häufig detailliert; die dort gemachten Angaben über Lage, Ausstattung und Zustand der Wohnung des Beklagten decken sich mit den übrigen Akten. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Verfasser der Bewertungen auch tatsächlich Gäste in dieser Wohnung waren. Folglich kann als erstellt gelten, dass die Wohnung seit November 2015 mindestens 12 Mal über Airbnb an andere Personen untervermietet wurde; dies unter der Berücksichtigung, dass nicht sämtliche Airbnb-Gäste eine Bewertung hinterlassen. Damit sind die Angaben des Beklagten, wonach er die Wohnung ungefähr 3-4 Male vermietet habe, offensichtlich falsch.

2.3.6. Der Beklagte behauptete weiter, er habe die Wohnung einige Male Freunden überlassen. Dass es sich bei den Personen, die auf dem namens des Beklagten ausgeschriebenen Airbnb-Inserats Bewertungen abgaben, um Freunde handelt, ist jedoch äusserst zweifelhaft. Die Airbnb-Bewertungen sind teilweise sehr negativ, so schrieb ein Gast namens "F" beispielsweise: *"could not contact host and place was unclean"*. Gast "G" schrieb: *"cleaning generally was not great and some general maintenance upkeep is needed"*. Gast "H" bemängelte unter anderem: *"The cleanliness in the unit is sub-standard, "hairs in the bathroom", "it is NOT like most Air BNB's where you are greeted by a host" und "it was expensive for what it was advertised as" und "I don't like going through other people's things or having to put my clothing on tables or furniture because every usable space is filled with someone else's underwear (...)"*. Gast "I" schrieb: *"(...) generally I*



*would say that this was not a great stay (...)*". Wären dies alles Personen aus dem Bekanntenkreis des Beklagten gewesen, so hätten sie sich wohl mit negativen Kommentaren eher zurückgehalten. Anfragen von Freunden müssten überdies nicht über eine öffentliche Online-Plattform wie Airbnb verwaltet werden, zumal bei Buchungen über Airbnb Provisionen anfallen. Es scheint mehr als unwahrscheinlich, dass der Beklagte für eine Vermietung an Freunde eine Buchung über die Plattform bevorzugt und Airbnb damit jedes Mal eine Provision entrichtet. Es ist somit davon auszugehen, dass die Wohnung via Airbnb an mindestens 12 dem Beklagten nicht näher bekannte Interessenten vermietet wurde, und zwar während eines Zeitraums von weniger als einem Jahr. Die gegenteiligen Angaben des Beklagten entsprechen offensichtlich nicht der Wahrheit.

2.3.7. Der Beklagte behauptete zudem, das Airbnb-Profil werde von seiner Partnerin verwaltet, sie habe auch den Preis von Fr. 220.– pro Nacht ins Airbnb-Inserat aufgenommen. Auch dies ist offensichtlich unwahr. Im Gegensatz zum Beklagten, den 5 von 12 Personen in ihren Airbnb-Bewertungen namentlich als Gastgeber nennen, wird seine Partnerin kein einziges Mal erwähnt. Zudem ist der Beklagte im Wohnungsinserat mit Namen und Foto als Gastgeber des Apartments aufgeführt, wobei er sich selbst als *"Global traveller working for software company"* beschreibt. Aufgrund dessen ist davon auszugehen, dass der Beklagte selbst das Profil und damit auch die zugehörige Untervermietung kontrolliert. Somit stellen sich auch seine diesbezüglichen Behauptungen als wahrheitswidrig heraus.

2.3.8. Auch bezüglich des Preises für die Vermietung über Airbnb sind die Angaben des Beklagten nicht kohärent. So gab er zunächst mehrfach an, die Wohnung sei zu einem selbstkostendeckenden Preis von Fr. 150.–/Nacht vermietet worden. Die Angaben des Klägers betreffend Preis der Untervermietung seien falsch. Auf den im Airbnb-Inserat angegebenen Preis von Fr. 220.–/Nacht angesprochen, erklärte der Beklagte hingegen, seine Frau habe dies so inseriert. Einerseits verwaltet der Beklagte dieses Inserat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit selbst und kann den dort verlangten Preis dementsprechend selbst bestimmen (vgl. vorstehend Punkt V.2.3.7.). Andererseits hat sich das auf Airbnb verlangte

Entgelt von Fr. 220.–/Nacht zwischen Juni und Oktober 2016 nicht verändert. Somit sind die anderweitigen Behauptungen des Klägers aufgrund von unüberwindbaren Zweifeln als nicht wahr zu betrachten. Vielmehr ist basierend auf die Angaben im Airbnb-Inserat davon auszugehen, dass der Beklagte die Wohnung via Airbnb zu einem Preis von Fr. 220.–/Nacht zuzüglich Reinigungspauschale von Fr. 60.– bzw. Fr. 80.– und bei einer Belegung ab 4 bis max. 6 Personen mit Zuschlag von je Fr. 45.–/Person/Nacht vermietet. Zu prüfen bleibt, ob der Kläger dem Beklagten die Untermiete unter diesen Umständen untersagen kann.

2.3.9. 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). (...) Der Beklagte gab zwar anlässlich der Hauptverhandlung zu Protokoll, er werde die Wohnung in Zukunft nicht mehr untervermieten. Aufgrund der nach wie vor aktiven Inserate auf den Online-Plattformen booking und Airbnb und seinen Falschaussagen im Zusammenhang mit den Konditionen der Untermiete sind jedoch auch an dieser Aussage begründete Zweifel vorhanden, weshalb zu prüfen ist, ob dem Beklagten eine *künftige* Untervermietung nach Art. 262 Abs. 2 OR untersagt werden kann.

2.3.10. Art. 262 Abs. 2 lit. a OR ist nach der hier vertretenen Ansicht auch erfüllt, wenn der Mieter wie im vorliegenden Fall im die Untermiete betreffenden Gerichtsverfahren falsche Angaben zu den Untermietkonditionen macht (zu den diversen wahrheitswidrigen Angaben vgl. vorstehend Punkt V. 2.3.5 ff.). Diesfalls weigert sich der Mieter und Untervermieter nämlich gleichzeitig, seinem Vermieter die korrekten Bedingungen der Untermiete bekanntzugeben. Alleine schon aus diesem Grund ist dem klägerischen Begehren auf eine Untersagung der zukünftigen Untervermietung über Buchungsplattformen stattzugeben. Wie jedoch nachfolgend zu zeigen sein wird, ist die vom Beklagten getätigte Art der Untermiete auch anderweitig missbräuchlich.

2.3.11. 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 ZPO.

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 ausziehen. 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.

2.3.12. 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. Die Angaben der Parteien betreffend die Preise der Untervermietung sind widersprüchlich: Auf dem vom Kläger eingereichten Airbnbinserat des Beklagten sind Fr. 220.–/Nacht angegeben, zuzüglich Reinigungsgebühr von Fr. 60.– bzw. Fr. 80.– sowie Zuschlag von Fr. 45.–/Person/Nacht bei mehr als 4 bis max. 6 Gästen. Der Beklagte nannte an der Hauptverhandlung hingegen den Betrag von Fr. 150.– pro Nacht für die gesamte Wohnung inklusive Serviceleistungen und bezeichnete dies als selbstkostendeckend, wobei jedoch davon auszugehen ist, dass seine Angaben zur Preishöhe nicht stimmen. Der Kläger geht davon aus,

dass die Wohnung für drei Übernachtungen über die Plattform booking.com Fr. 1'074.– koste. Der Beklagte macht hingegen geltend, via booking.com sei nie etwas vermietet worden und er wisse nicht, wieso die Wohnung dort ausgeschrieben sei. Der Kläger hat sich die auf booking.com verlangten Preise (mind. Fr. 1'074.– für drei Nächte im Juni bzw. Juli 2016) lediglich handschriftlich auf dem Ausdruck des entsprechenden Inserats notiert. Gestützt auf diese handschriftlichen Notizen lassen sich die dort verlangten Preise nicht erstellen. Entsprechend können diese nicht als Grundlage der Beurteilung des Untermietzinses nach Art. 262 Abs. 2 lit. b OR dienen. Stattdessen ist von dem vom Beklagten auf Airbnb verlangten Preis von Fr. 220.–/Nacht auszugehen, der als erstellt gelten kann (... vgl. vorstehend Punkt V. 2.3.8.). 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.

2.4. Zusammenfassend ist aus den vorstehend erwähnten Gründen dem konkretisierten Rechtsbegehren Ziffer 1 der Klageerweiterung stattzugeben und dem Beklagten die Untervermietung der Wohnung über Buchungsplattformen wie Airbnb oder booking.com zu untersagen.

### 3. *Gewinnherausgabe (Rechtsbegehren Ziffer 2)*

#### 3.1. Theorie

3.1.1. 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 eine 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. 9 f. 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.).

3.1.2. Bezüglich der Substantiierungspflicht der Parteien gilt im vereinfachten Verfahren bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen die sogenannte abgeschwächte oder auch soziale Untersuchungsmaxime, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt, was eine Verstärkung der richterlichen Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO darstellt (Art. 247 Abs. 2 ZPO; Urteil des Obergerichts Zürich NG130014 vom 16. April 2014, E. 3.3.4.). Dessen ungeachtet trifft die Parteien auch unter der sozialen Untersuchungsmaxime die Obliegenheit, die relevanten Fakten vorzubringen. Sie sind nach Möglichkeit für die Sachverhaltsermittlung verantwortlich (Urteil des Bundesgerichts 4A\_338/2011 vom 14. Dezember 2011, E. 4.2). Die richterliche Initiative geht nicht über eine Aufforderung an die Parteien hinaus, Beweismittel zu nennen und beizubringen (BGE 125 III 231 E. 4.a).

## 3.2. Würdigung

3.2.1. Der Kläger macht geltend, der Beklagte habe ihm den aus der Untervermietung generierten Gewinn in der Höhe von Fr. 4'296.– herauszugeben. Dabei legt er als Nachweis die Ausdrücke der beiden Internetseiten Airbnb und booking ins Recht. Auf dem eingereichten Dokument der Online-Plattform booking sind lediglich eine Vielzahl von Bildern der Wohnung, nicht aber Angaben über den Preis pro Nacht vorzufinden. Unter der Rubrik "Beste verfügbare Optionen" steht in Maschinenschrift geschrieben "21. Jun. – 24. Jun.". Die angebrachten Notizen, wonach die Wohnung für diesen Zeitraum Fr. 1'074.– koste, für die Zeitspanne 10. Juli bis 14. Juli Fr. 1'432.– und für den Zeitraum vom 11. Juli bis zum 14. Juli Fr. 1'074.–, sind handschriftlicher Natur und wohl vom Kläger angebracht worden.

Jedenfalls ist auf dem Internetausdruck selber kein Preis pro Nacht aufgeführt, weshalb nicht ersichtlich ist bzw. eruiert werden kann, woher der Kläger diese Zahlen hat und wie er auf den Gesamtbetrag von Fr. 4'296.– kommt. Es geht jedoch daraus hervor, dass er den für die Untervermietung in den Monaten Juni und Juli 2016 erhaltenen Gewinn fordert. Das diesbezügliche Rechtsbegehren der Klageerweiterung ist entsprechend wie folgt zu präzisieren und nachstehend zu prüfen:

2. Der durch die missbräuchliche Untervermietung erlangte Gewinn für die Monate Juni und Juli 2016 in der Höhe von Fr. 4'296.– (4x Fr. 1'074.–) sei dem Kläger herauszugeben.

3.2.2. Die auf booking verlangten Preise, welche der Kläger einfordert, lassen sich, wie bereits vorstehend erwähnt, nicht erstellen. Bezüglich Airbnb präsentiert sich hingegen ein anderes Bild. So muss als erstellt gelten, dass die betreffende Wohnung mit einem Preis von Fr. 220.–/Nacht zuzüglich einmal anfallenden Reinigungskosten von Fr. 60.– und bei einer Belegung ab 4 - max. 6 Personen mit Zuschlag von Fr. 45.–/Person/Nacht veranschlagt wurde (... , vgl. vorstehend Punkt V. 2.3.8.). Auf dem Inserat ist nicht sofort ersichtlich, wie oft und für wie viele Tage die Wohnung vermietet worden ist; es lässt sich jedoch daraus eine Mindestbelegung ableiten. Der verlangte Mindestaufenthalt für Gäste betrug sowohl im Juni als auch im Oktober 2016 3 Nächte. Aufgrund der Eigenheiten der Buchungsmaske von Airbnb.com ist eine Buchung für kürzere Zeit technisch nicht möglich (vgl. [https://www.airbnb.de/rooms/8793517?check\\_in=2017-01-31&guests=1&adults=1&check\\_out=2017-02-03](https://www.airbnb.de/rooms/8793517?check_in=2017-01-31&guests=1&adults=1&check_out=2017-02-03), aufgerufen am 12.10.2016). Es ist daher davon auszugehen, dass diejenigen Gäste, welche über Airbnb einen Aufenthalt im Juni oder Juli 2016 gebucht haben, mindestens 3 Nächte bleiben mussten. Aus den in act. 56/1 S. 2 ff. enthaltenen Anzahl an Bewertungen für diesen Zeitraum geht sodann hervor, dass die Wohnung im Juni 2016 mindestens zweimal und Juli 2016 mindestens viermal vermietet wurde. Damit war die Wohnung während mindestens 18 Tagen gebucht. Der Beklagte hat dafür einen Preis von Fr. 220.–/Nacht zuzüglich einer Reinigungspauschale von Fr. 60.– pro Vermietung verlangt. Damit hat er in den Monaten Juni und Juli 2016 mindestens Fr. 4'320.– (d.h. 6 x 3 x Fr. 220.– [=Fr. 3'960.–] + 6 x Fr. 60.– [=Fr. 360.–]) einge-

nommen. Zieht man für die mindestens 18 vermieteten Nächte einen Mietzins von Fr. 150.–/Nacht (=Fr. 2'700.–) ab, der vom Beklagten als selbstkostendeckend bezeichnet wurde, erhält man einen unangemessenen Gewinn von mindestens Fr. 1'620.–, welcher dem Kläger herauszugeben ist. Ob für diesen Zeitraum noch weitere, längere oder Vermietungen für mehr als 4 Personen vorlagen, lässt sich hingegen nicht eruieren.

3.2.3. Grundsätzlich hätte der Kläger auch Anspruch auf die Herausgabe der Gewinne aus den Monaten November 2015 bis Mai 2016 sowie August 2016, in welchen der Beklagten gemäss den Bewertungen auf dem Airbnb-Inserat die Wohnung 6 weitere Male untervermietet hat, dies ebenfalls während vermutlich je mindestens drei Nächten und zu einem Preis von Fr. 220.–/Nacht plus mind. Fr. 60.– Reinigungspauschale. Es würde jedoch selbst im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime zu weit gehen, das klägerische Rechtsbegehren auf diese Monate auszuweiten. Der Kläger müsste seine diesbezüglichen Ansprüche in einem separaten Verfahren geltend machen.

3.2.4. Aus den vorerwähnten Gründen ist dem klägerischen Rechtsbegehren auf Herausgabe des Gewinns von Fr. 4'296.– für die Monate Juni und Juli 2016 im Umfang von Fr. 1'620.– stattzugeben. Im Mehrbetrag ist das konkretisierte Begehren 2 der Klagerweiterung infolge mangelnder Substantiierung abzuweisen.

(...)"

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2017, 27. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident