

**ZMP 2020 Nr. 6**

**Art. 256 und 260a OR; Art. 257 OR; Art. 6, Art. 21 Abs. 2 Ziff. 21 und Art. 27 MWStG; Art. 63 OR; Art. 1 lit. a ZPO. Beherbergungsvertrag in einem Aparthotel als gemischter Vertrag mit mietrechtlichem Schwerpunkt. Kein Anspruch des Mieters auf Auswechslung des Schlosses, wenn er die vereinbarten Dienstleistungen nicht mehr in Anspruch nehmen will. Voraussetzungen für die (teilweise) Befreiung des Entgelts von der Mehrwertsteuer.**

*Der Nutzungsberechtigte aus einem Beherbergungsvertrag verfügt zwar wie der Mieter von Wohnräumen über ein Recht auf den ausschliesslichen Gebrauch an der Sache und auf den Schutz seiner Privatsphäre. Bei gemischten Verträgen, die auch Serviceleistungen vorsehen, gehört eine Zutrittsmöglichkeit der Vermieterin oder ihrer Angestellten aber zum Vertragsinhalt. Auch wenn der Nutzungsberechtigte nach Verzicht auf solche Dienstleistungen keine Zutritte der Betreiberin der Einrichtung oder ihrer Angestellten mehr zu dulden braucht, verleiht ihm das keinen Anspruch auf Auswechslung der Schliessanlage, soweit seine Privatsphäre mit der bestehenden Anlage hinreichend geschützt werden kann (E.IV.2).*

*Die Frage, ob auf einer Vertragsleistung die MWSt zu belasten ist, ist von den Zivilgerichten zu beantworten, soweit das zugrunde liegende Rechtsverhältnis dem Zivilrecht untersteht (E. III.1 und 2). Um eine Befreiung von der Mehrwertsteuer zu erreichen, muss der Nutzungsberechtigte der Betreiberin der Einrichtung die nötigen Informationen liefern und sie namentlich über den Umstand aufklären, dass er seinen Wohnsitz im Vertragsobjekt hat. Einen Rückforderungsanspruch für die Zeit seit der Wohnsitzverlegung kann er nur unter der Voraussetzung geltend machen, dass er dieser Obliegenheit nachgekommen ist. Andernfalls kommt eine Rückerstattung nur infrage, soweit der Nutzungsberechtigte die rechtliche Auseinandersetzung mit der Mehrwertsteuerverwaltung übernimmt (E. IV.3).*

Aus dem Urteil des Mietgerichts MG180039-L vom 22. Januar 2020 (rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber, Gerichtsschreiberin Wallace):

"(...)

## **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

### *1. Sachverhalt*

Mit Beherbergungsvertrag vom 23. April 2013 mietete der Kläger das Apartment Nr. X in der Liegenschaft N.-strasse Y in Zürich zu einem monatlichen Nettomietzins von Fr. 2'050.–, inkl. 3.8 % MWSt, plus Fr. 200.– Servicepauschale, inkl. 3.8 % MWSt. Gegenstand des Vertrags waren neben dem Gebrauch des möblierten Apartments auch bestimmte Serviceleistungen wie die Reinigung und der Wechsel der Bettwäsche. Die gesamte Liegenschaft wie auch die einzelnen Apartments sind mit einem Badge-System ausgestattet. Am 9. Oktober 2015 teilte der Kläger der Beklagten mit, dass er keine unangemeldeten Zutritte von Servicepersonen mehr wolle. Die besonderen Dienstleistungen wurden in der Folge einvernehmlich und ohne Preisnachlass wegbedungen.

Mit Schreiben vom 27. März 2018 machte der Kläger sodann geltend, dass er seit Mai 2013 Wohnsitz in der Wohnung begründet habe und daher grundlos die Mehrwertsteuer entrichtet habe. Ab 1. Mai 2018 erhob darauf die Beklagte die Mehrwertsteuer auf dem Mietzins des Klägers nicht mehr.

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger einerseits den Ersatz der Badge-Schliessanlage durch ein herkömmliches Türschloss, welches Zutrittsmöglichkeiten Dritter ausschliesst, und andererseits die Rückvergütung der ihm seit 2013 verrechneten Mehrwertsteuerbeträge.

### *2. Prozessgeschichte*

(...)

## **II. Parteistandpunkte**

### *1. Standpunkt des Klägers*

Zum Rechtsbegehrend betreffend Einbau eines gebrauchsblichen Türschlosses führte der Kläger hauptsächlich aus, dass mit dem gegenwärtig installierten Bad-

ge-System sein ausschliessliches Gebrauchsrecht an der Mietsache nicht gewährleistet sei. Nach dem einvernehmlichen Verzicht auf Reinigungsdienstleistungen akzeptiere er keine Zutritte von Hauswartungsmitarbeitenden mehr. Nichtsdestotrotz sei es wiederholt zu unerlaubten Zutritten in die Wohnung des Klägers gekommen. Immerhin habe er seit der Umprogrammierung des Badge-Systems durch die Beklagte auf seine Intervention hin seit 2017 keine weiteren Zutritte bemerkt. Ob weitere Badges im Umlauf seien, könne er jedoch nicht prüfen. Technisch sei es einfach, einen weiteren Badge zu erstellen. Bei einem herkömmlichen „Kaba“-Schliesssystem könne nur die Eigentümerschaft in einem aufwendigen Verfahren einen Schlüssel nachbestellen, jedoch nicht ein Mitarbeiter oder Receptionist. Es werde bestritten, dass bei der Beklagten nur ein eingeschränkter Personenkreis die Befugnis habe, einen Badge zu programmieren. Dem Kläger sei bekannt, dass neben A, B und C auch D, der Hauswart, Zugriff auf das Badgesystem habe und sich in der Vergangenheit Badges ausgestellt habe.

(...)

Zur Rückerstattung der Mehrwertsteuer machte der Kläger hauptsächlich geltend, er bewohne das Vertragsobjekt seit dem 1. Mai 2013. Seit diesem Zeitpunkt habe er dort auch seinen Lebensmittelpunkt und damit seinen Wohnsitz. Er verfüge auch über eine entsprechende Meldebestätigung. Es treffe zwar zu, dass die Beklagte nicht von Beginn an habe wissen können, dass er seinen festen Wohnsitz an der N.-strasse habe; bereits im Jahr 2013 habe die Beklagte jedoch von seinem Wohnsitz gewusst. Spätestens nach ihrem Schreiben vom 29. Oktober 2015 u.a. betr. Eröffnung eines Mieterkautionkontos hätte die Beklagte bemerken müssen, dass sein Hauptwohnsitz an der Adresse des Mietobjekts sei. Die Beklagte hätte ihn auch nach seinem Wohnsitz fragen können. Er könne sich nicht erklären, wieso der von der Beklagten eingereichte Betriebsregisterauszug als Adresse die M.-str. X in Zürich ausweise. Es treffe zu, dass er beim Personenmeldeamt eine Adresssperre erwirkt habe.

Spätestens seit der einvernehmlichen Vertragsanpassung vom 9./29. Oktober 2015 handle es sich beim Rechtsverhältnis zwischen den Parteien um ein klassisches Mietverhältnis. Damit sei klar, dass für die ganze Vertragsdauer die Miete

für die Wohnung nicht der Mehrwertsteuerpflicht hätte unterstellt werden dürfen und die erhobene Mehrwertsteuer zu Unrecht eingezogen worden sei. Der Kläger habe eine Nichtschuld im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR beglichen, über deren Leistungspflicht er sich als Laie im Irrtum befunden habe. Zwar sei ihm klar gewesen, dass die Mehrwertsteuer erhoben werde. Er sei jedoch kein Jurist. Den Vertragstext habe er vor der Unterzeichnung am 23. April 2013 gelesen – wenn auch nicht jedes Wort – und zudem von einem Juristen überprüfen lassen. Die einschlägige Ziff. 8.2 sei ihm beim Lesen untergegangen.

Da die Beklagte gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung (nachfolgend EStV) über einen Rückerstattungsanspruch verfüge – sie könne im Sinne von Art. 27 MWStG einen unrichtigen Steuerausweis geltend machen und dartun, dass dem Bund kein Steuerausfall entstehe, da der Kläger als Privatperson nicht zu Vorsteuerabzügen berechtigt sei – sei sie bereichert. Sie verfüge auch über eine Bestätigung der EStV, wonach das Mietverhältnis von der Mehrwertsteuer befreit sei. Weshalb dennoch keine Rückwirkung möglich sein solle, werde nicht ausgeführt. Dass der Vorgang zu kompliziert sei, ändere nichts am Anspruch des Klägers auf Rückerstattung der Bereicherung.

Zur Verjährungseinrede der Beklagten machte der Kläger geltend, dass er erst seit Dezember 2017 oder Januar 2018 von seinem Anspruch auf Rückforderung der Mehrwertsteuer wisse, da er damals an den Mieterverband gelangt sei und vom Rechtsberater H gefragt worden sei, weshalb er MWSt für seine Wohnung bezahle. Mit Einreichung des Schlichtungsbegehrens im Juni 2018 sei die relative Verjährungsfrist von Art. 67 Abs.1 OR von einem Jahr ab Kenntnis gewahrt, die absolute Frist von 10 Jahren sei unproblematisch.

## *2. Standunkt der Beklagten*

Betreffend Einbau eines neuen Türschlosses bringt die Beklagte vor, dass der Kläger (...) sich mit Unterzeichnung des Vertrags auch mit dem Badge-System einverstanden erklärt habe. Für den nun geforderten Einbau eines gebrauchsblichen Türschlosses bestehe weder eine rechtliche noch eine vertragliche Grundlage. In Ziff. 7 der Allgemeinen Bedingungen zum Beherbergungsvertrag sei festgehalten, dass im gemieteten Apartment keine baulichen Änderungen vorgenommen

werden dürften. Diese Klausel entspreche auch Art. 260a OR. Eine Zustimmung gemäss Art. 260a OR sei nie erfolgt. Art. 260a OR stelle keine gesetzliche Grundlage dar, um den Willen des Klägers gerichtlich durchzusetzen. Auch Art. 259a ff. OR stellten keine Rechtsgrundlage dar, da kein Mangel vorliege. Das Badge-System taue für den vertragsgemässen Gebrauch der Sache durchaus.

Der Kläger habe sich mit Unterzeichnung des Vertrages ursprünglich damit einverstanden gezeigt, dass er aufgrund der Serviceleistungen kein absolut ausschliessliches Hausrecht an seinem Apartment erhalte. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 habe sich der Kläger dann plötzlich auf den Standpunkt gestellt, sein Vertrag unterstehe dem Mietrecht und er habe deshalb das absolute und einzige Hausrecht. Die Beklagte habe mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 geantwortet, dass das Zimmer nicht mehr betreten werde, wobei der Kläger aber in Zukunft ohne Preisnachlass auf die Reinigungsleistung verzichten müsse. Das Personal sei entsprechend von der Direktion instruiert worden, das Apartment nicht mehr zu reinigen, solange der Kläger dies nicht mehr wolle. Dass es in der Folge zu diversen unerlaubten Betretungen des Apartments gekommen sei, sei nicht wahr.

Aus den Log-Daten würden sich neben den Türöffnungen durch den Kläger nur drei Einträge ergeben, welche eine Öffnung der Tür durch Drittpersonen suggerierten, auch wenn damals keine unberechtigten Zutritte erfolgt seien. Am 22. Mai 2017, 01.35 Uhr, habe A im Beisein des Klägers die Apartmenttür X mit seinem Direktions-Badge geöffnet, um die Batterie des Schlosses zu wechseln. Der zweite Vorfall datiere vom 13. Juli 2017, 14.05 Uhr. D habe an diesem Nachmittag bei der Verteilung der Post irrtümlich seinen Badge an die Tür des Klägers gehalten, er habe diese jedoch nicht geöffnet und das Apartment somit auch nicht betreten. Dennoch sei der Vorgang im Log-File als "Tür geöffnet" vermerkt worden, da nicht die mechanischen, sondern die elektronischen Öffnungen gespeichert würden. Am 16. August 2017 habe die per August neu angestellte Reinigungsangestellte F – trotz entsprechender Instruktion durch die Organe B und A – vergessen, dass sie beim Kläger nicht reinigen solle, und den Badge bei der Tür hingehalten. Auch F habe den Fehler bemerkt und das Zimmer nicht betreten.

Die Beklagte habe in der Folge das Schloss zum Apartment X im Oktober 2017 sicherheitshalber so programmiert, dass das gesamte Personal der Beklagten (inklusive Direktion) nicht mehr ins Apartment des Klägers gelangen könne, was dem Kläger mit Schreiben vom 10. Oktober 2017 mitgeteilt worden sei. Hierfür habe direkt am Türschloss eine entsprechende Spezialeinstellung vorgenommen werden müssen, damit die anderen Badges nicht mehr funktioniert hätten. Seither könnten nur noch der Kläger und die Feuerwehr das Apartment X betreten und es seien keine Zutritte in das Objekt mehr erfolgt.

Zur Software des Badge-Systems hätten nur drei Personen Zugang, nämlich die Direktionsmitglieder A und B sowie C von Empfang/Administration. Der Hauswart D habe keinen Zugang. Dass die Beklagte die vorgenommene Sperrung der anderen Badges theoretisch rückgängig machen könne, treffe zu. Sie habe dies jedoch nie getan und habe auch keine Absicht, dies je zu tun. Auch bei einem normalen Schlüssel-Schliesssystem in einem üblichen Mehrfamilienhaus habe der Eigentümer der Liegenschaft die Herrschaft über die Schliessanlage. Nur er könne bei der Schlüsselfirma neue oder zusätzliche Schlüssel bestellen. Dies könne er auch ohne Wissen des Mieters tun, auch wenn dies mietrechtlich nicht erlaubt sei.

Betreffend Rückvergütung der Mehrwertsteuer erhebt die Beklagte zunächst die Verjährungseinrede mit der Begründung, dass der Kläger seit Vertragsbeginn Kenntnis von seinem angeblichen Anspruch habe. Die Beklagte könne die Mehrwertsteuer vom Leistungserbringer im Übrigen nur zurückverlangen, wenn sie zu Unrecht abgerechnet worden sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

Sowohl die Beherbergung als auch die Nebenleistungen der Beklagten unterlägen der Mehrwertsteuer. Die EStV könne vor einer Befreiung vom Vermieter einen Nachweis verlangen, dass die vermieteten Räumlichkeiten dem Mieter als Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ff. ZGB oder als Wochenaufenthaltssitz dienten. Es bestehe somit gegenüber dem Steueramt eine Beweispflicht, dass die Mehrwertsteuer nicht zu leisten sei. Die Beklagte sei nicht verpflichtet, von sich aus für eine Entlastung zu sorgen. Was den Wohnsitz angehe, könne nur der Mieter selber den Beweis erbringen, dass die Voraussetzungen erfüllt seien. Den Vermieter treffe auch keine Pflicht, von sich aus der Frage des Wohnsitzes nachzugehen. Wün-

sche der Mieter eine Befreiung, dann habe er sich selber zu bemühen. Blosser Behauptungen und Indizien würden nicht genügen.

Dass der Kläger seit dem Einzug am 1. Mai 2013 seinen Wohnsitz an der N.-str. Y gehabt habe oder habe nehmen wollen, werde mit Nichtwissen bestritten. In jedem Fall werde bestritten, dass dieser Umstand (...) der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt gewesen sei oder habe bekannt sein müssen. Gemäss Weisung der EStV sei die Dauer des Vertrags für die Besteuerung völlig irrelevant. Dass der Kläger einen unbefristeten Vertrag abgeschlossen oder schon lange in einem Objekt der Beklagten gewohnt habe, habe nicht automatisch den Nachweis des Wohnsitzes zur Folge gehabt.

Der Kläger habe sich zudem mit dem im Vertrag erwähnten Nettomietzins und den Servicekosten (beides inkl. 3.8 % Mehrwertsteuer) einverstanden erklärt. In Ziff. 8.2 der Allgemeinen Bedingungen des Beherbergungsvertrags sei festgehalten, dass auf der Beherbergung und den weiteren Leistungen eine Mehrwertsteuer von 3.8 % bezahlt werden müsse und der Gast davon nur entlastet werden könne, wenn er im Objekt Wohnsitz nehme oder Wochenaufenthalter sei. Diesfalls wäre die Mehrwertsteuer auf dem Mietzins weggefallen, während die übrigen Leistungen neu zum ordentlichen Satz von damals 8 % besteuert worden wären. Mit dieser Klausel habe die Beklagte den Kläger über die Voraussetzungen einer Änderung des MWSt-Regimes aufgeklärt und ihm daher die Steuer zu Recht und auch richtig in Rechnung gestellt. Der Kläger habe den Vertrag vor der Unterzeichnung auch von einem Juristen prüfen lassen, was er sich anrechnen lassen müsse. Auch habe der Kläger die allgemeinen Geschäftsbedingungen durchgelesen. Dass er die Mehrwertsteuerklausel übersehen habe, werde bestritten.

Der Kläger habe den Organen der Beklagten gegenüber zudem nie festgehalten, dass er langfristig im von ihm gemieteten Apartment bleiben und festen Wohnsitz nehmen werde. Mit E-Mail vom 10. Mai 2012 habe er sich erstmals bei der Beklagten gemeldet und ihr geschildert, dass er über ein Jahr im Ausland gewesen sei. Er sei für einige Monate in Zürich und ziehe dann nach Bern weiter. Für die Dauer seines Aufenthaltes in Zürich suche er ein möbliertes Zimmer/Studio. Bei

seiner Suche sei er auf das Angebot der Beklagten gestossen. (...) Über seine Wohnsitzverhältnisse habe er sich nicht geäußert.

(...)

### **III. Prozessuales**

1. Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, wobei die Prüfung von Amtes wegen vorzunehmen ist (Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 ZPO). Als Prozessvoraussetzung ist unter anderem zu prüfen, ob im konkreten Fall der Zivilweg offen steht (Art. 1 lit. a ZPO).

Wird das Verhältnis zwischen der mehrwertsteuerpflichtigen Person und der leistungsempfangenden Person, auf welche die Steuer überwält wird (Art. 1 Abs. 3 lit. c MWStG), die sog. Überwältungsbeziehung, vom Privatrecht beherrscht, sind die Zivilgerichte zur Beurteilung von Streitigkeiten über die Steuerüberwältung zuständig (Art. 6 MWStG). Die Zivilgerichte entscheiden diesfalls auch vorfrageweise über die objektive Steuerbarkeit einer bestimmten Leistung, falls die leistungsempfangende Person jene bestreitet und sich aus diesem Grund weigert, die von der mehrwertsteuerpflichtigen Person fakturierte Umsatzsteuer zu entrichten (BGE 140 II 80 E. 2.4.1; BGE 144 II 412 E. 2.2.2). Da vorliegend dem Rechtsverhältnis der Parteien mit dem "Beherbergungsvertrag" ein privatrechtlicher Vertrag zugrunde liegt, ist die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegeben.

2. Das angerufene Einzelgericht des Mietgerichts Zürich ist zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch unbestrittenermassen um eine Streitigkeit aus einem Mietverhältnis von in Zürich gelegenen Wohnräumen mit einem Streitwert von weniger als Fr. 30'000.– (§ 26 GOG; Art. 33 und 35 ZPO). Diese Zuordnung gilt insbesondere auch für die Qualifikation der Auseinandersetzung um die Mehrwertsteuer: Auch wenn die Mehrwertsteuer auf dem Beherbergungsentgelt letztlich auf einer öffentlichrechtlichen Grundlage beruht, stellt sie nach der zitierten Rechtsprechung zivilrechtlich einen Teil des geschuldeten Entgelts für die vertraglichen Gegenleistungen dar, mithin einen Teil des Mietzinses. Dass der vorliegende Beherbergungsvertrag ursprünglich typfremde Nebenleistungen enthielt, ändert nichts an der Ausgangslage, denn



im Kern handelte es sich unbestrittenermassen stets um eine Überlassung von Wohnraum zum Gebrauch gegen einen Mietzins. Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO).

(...)

#### **IV. Materielles**

##### *1. Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien*

Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht ist unbestritten, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zwar ursprünglich einen gemischten Vertrag bildete, im Kern aber ein Mietverhältnis im Sinne von Art. 253 ff. OR darstellte. Seit dem vereinbarten Verzicht des Klägers auf die Serviceleistungen gilt dies erst recht, auch wenn die Änderung sich auf den vom Kläger zu entrichtenden Preis nicht ausgewirkt hat.

##### *2. Einbau eines gebrauchstüblichen Türschlosses*

2.1. Gemäss Art. 260a OR darf der Mieter Erneuerungen und Änderungen an der Sache nur vornehmen, wenn der Vermieter schriftlich zugestimmt hat. Der Vermieter muss gemäss Art. 256 OR die Sache zum vereinbarten Zeitpunkt in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand übergeben, wozu auch die Einräumung des ungestörten Besitzes gehört (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 253 OR N 28). Der Vermieter ist nicht berechtigt, ein Schlüsselduplikat zu behalten, denn ihm steht es nicht zu, die Räume ohne die Zustimmung des Mieters zu betreten. Mit dem Mietvertrag erwirbt der Mieter das Recht auf ausschliesslichen Gebrauch der Mietsache (Mietrecht für die Praxis/WYTTENBACH, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 918). Der Vermieter ist nicht mehr befugt, die Mieträume ohne Zustimmung der Mieterin zu betreten oder Schlüssel zu besitzen (MPra-PÜNTENER, a.a.O., S. 23). Der Mieter kann dem Vermieter den Zutritt zur Mietsache verbieten, sofern dieser nicht zwingende und berechtigte Gründe zum Eindringen anführen kann (MPra-WYTTENBACH, a.a.O., S. 918). Das Betreten der Mieträume gegen den Willen der Mieterin kann den Tatbestand des Hausfriedensbruchs (Art. 183 StGB) erfüllen und strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen (MPra-PÜNTENER, a.a.O., S. 23). Ein Mieter hat jedoch keinen Anspruch auf ein spezifisches Schliesssystem. Kann

das ausschliessliche Gebrauchsrecht an der Mietsache durch das vorhandene Schliesssystem jedoch nicht gewährleistet werden, liegt ein Mangel vor, welcher gemäss Art. 259a Abs. 1 lit. a OR vom Vermieter zu beseitigen ist. Die Beweislast für die tatsächliche Grundlage eines Mangels trägt nach Art. 8 ZGB der Mieter (ZK-HIGI/BÜHLMANN, Art. 256 OR N 42).

2.2. Unbestritten ist, dass die Parteien mit Beherbergungsvertrag vom 23. April 2013 diverse Zusatzleistungen wie einen wöchentlichen Reinigungsservice, den wöchentlichen Wechsel der Bettwäsche und Handtücher und die Entsorgung des Haushaltabfalls vereinbart haben, weshalb in Ziffer 10 der Allgemeinen Bedingungen zum Beherbergungsvertrag auch ein Zutrittsrecht des Personals vorgesehen ist. Unbestritten und aus den Beilagen ersichtlich ist jedoch auch, dass die Servicekomponente des Beherbergungsvertrages aufgrund des Austauschs der Parteien vom 9. und 29. Oktober 2015 aufgehoben wurde. Ungeachtet des unveränderten Entgelts für die Leistungen der Beklagten fiel dadurch auch das Zutrittsrecht des Servicepersonals der Beklagten dahin.

In tatsächlicher Hinsicht gelingt es dem Kläger nicht aufzuzeigen, dass seine Rechte seit der Vertragsänderung in relevanter Weise beeinträchtigt worden wären. Den eingereichten Log-Daten kann genau entnommen werden, an welchen Daten, um welche Urzeit und mit wessen Badge die elektronische Schliessvorrichtung an der Tür des Apartments des Klägers betätigt wurde. Zwar kam es zwischen Mai 2017 und Anfang Oktober 2017 zu Öffnungen durch Drittpersonen, die im System verzeichnet wurden. Die genauen Hintergründe der nach Darstellung der Beklagten versehentlich erfolgten und nicht mit einer Betretung der Räume verbundenen Öffnungen können offen bleiben. Unbestritten blieb jedenfalls die Darstellung der Beklagten, dass das Schloss zum Apartment X im Oktober 2017, also im Anschluss an die genannten Vorfälle, so umprogrammiert wurde, dass das gesamte Personal der Beklagten (inklusive Direktion) nicht mehr ins Apartment des Klägers gelangen kann. Der Kläger räumt diesbezüglich selber ein, dass es seit der angeblichen Umprogrammierung seines Wissens nach zu keinen weiteren unerwünschten Zutritten mehr gekommen ist. Er bestritt zwar, dass seit der Umprogrammierung nur noch er selbst und die Feuerwehr Zugang zur Wohnung haben. Belege, welche das Gegenteil darzutun vermöchten, reichte er jedoch nicht

ein, und er offerierte dazu auch keine Beweise. Gegenteils unterstellte er den betroffenen Personen bei den wenigen erfolgten Zutritten 2015 bis 2017 nicht etwa eine absichtliche Missachtung seines Hausrechts.

Es mag sein, dass die Hürden, einen Schlüssel bei einem Anbieter wie „Kaba“ nachzubestellen, höher sind als bei einer Erstellung einer Zugriffsberechtigung via Badge am Computersystem der Beklagten. Nichtsdestotrotz hat die Beklagte mit der Umprogrammierung sichergestellt, dass der ausschliessliche Gebrauch durch den Kläger garantiert ist. Ein höherer Standard liesse sich auch mittels eines herkömmlichen Schliesssystems letztlich nicht garantieren. Auch bei einem „Kaba“-Schliesssystem hat der Mieter letztlich keine absolute Gewissheit, wie viele Schlüssel im Umlauf sind und wer theoretisch Zugang zum Mietobjekt hat, wie die Beklagte mit Recht einwendet, denn die Nachbestellung von Schlüsseln bei einem „Kaba“-Schliesssystem ist dem Eigentümer mittels einer Sicherheitskarte ohne weiteres über einen mit Code gesicherten Internet-Zugang möglich (vgl. «<https://www.dormakaba.com/ch-de/service/produktregistrierung/schliessenanlagen>», zuletzt besucht am 14. Januar 2020). Der Vermieter kann auch hier Dritte mit der Bestellung beauftragen.

Von Missbräuchen abgesehen, bietet das hier installierte System in seiner aktuellen Ausgestaltung durchaus einen hohen Sicherheitsstandard und kann schon aus diesem Grund keinen Mangel an der Mietsache bilden. Hinzu kommt, dass der Kläger unbestrittenermassen schon beim Abschluss des Mietvertrages über das installierte Schliesssystem informiert war. Der aktuelle Zustand entspricht daher dem vertraglich vereinbarten. Nichts anderes konnte und durfte der Kläger voraussetzen. Eine Zustimmung der Beklagten zu einer Änderung liegt unbestrittenermassen nicht vor. Im Gegenteil zeigt der vorliegende Vertrag in seiner ursprünglichen Form, dass die Beklagte ein erhebliches Interesse an der Beibehaltung des Schliesssystems hat, denn wie der Kläger schon beim Vertragsschluss wusste, pflegt sie neben der Gebrauchsüberlassung Dienstleistungen anzubieten, die eine Zutrittsmöglichkeit für ihr Personal geradezu voraussetzen. Daran hat sich im vorliegenden Vertragsverhältnis trotz der einvernehmlichen Modifikation 2015 auch nichts Grundlegendes verändert, denn immerhin hat der Kläger weiterhin

sein Entgelt auch für diejenigen Leistungen zu entrichten, die er nicht mehr zu beziehen wünscht.

2.3. Das Rechtsbegehren betreffend Einbau eines anderen Türschlosses ist somit abzuweisen.

### 3. *Rückerstattung der Mehrwertsteuer*

#### 3.1. Leistung und Rückerstattung der Mehrwertsteuer

3.1.1. Die rechtliche Grundlage der Pflicht zur Leistung der Mehrwertsteuer findet sich im Mehrwertsteuergesetz (MWStG) sowie in der ausführenden Mehrwertsteuerverordnung (MWStV). Darüber hinaus publiziert die EStV Erläuterungen zum MWStG und zur MWStV in Form von Branchen-Infos. Diese MWSt-Branchen-Infos stellen Praxisfestlegungen im Sinne von Art. 65 Abs. 3 MWStG dar. Dabei handelt es sich lediglich um Meinungsäusserungen der Verwaltung (OFK MWStG-BLUM, Art. 65 N 9), mithin nicht um für die Gerichte verbindliche Rechtsnormen oder Rechtsquellen (REICH, Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2012, § 3 N 35; BAUMGARTNER/CLAVEDETSCHER/KOCHER, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz, Einführung in die neue Mehrwertsteuerordnung, Langenthal 2010, § 10 N 17; OFK MWStG-BLUM, Art. 65 N 15).

3.1.2. Steuerpflichtig ist nach Art. 10 MWStG, wer ein Unternehmen betreibt und Leistungen im Inland erbringt oder Sitz im Inland hat. Art. 18 ff. MWStG befasst sich sodann mit dem Steuerobjekt. Der Inlandsteuer unterliegen grundsätzlich die im Inland durch steuerpflichtige Personen gegen Entgelt erbrachten Leistungen; sie sind steuerbar, soweit das MWStG keine Ausnahmen vorsieht. Art. 21 Abs. 2 Ziff. 21 MWStG besagt sodann, dass die Überlassung von Grundstücken und Grundstücksteilen zum Gebrauch oder zur Nutzung von der Steuer ausgenommen sind. Art. 21 Abs. 2 Ziff. 21 lit. a MWStG erklärt indessen die Vermietung von Wohn- und Schlafräumen zur Beherbergung von Gästen als steuerbar. Mit der Umschreibung, dass Wohn- und Schlafräume "Gästen" vermietet werden, soll der kurzfristige Charakter der Beherbergung zum Ausdruck kommen. Die Dauer des Aufenthalts ist für die Qualifikation aber unwesentlich (CAMENZIND/HONAUER/VALLENDER/JUNG/PROBST, Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz, 3. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2012, N 1326). Die Eidg. Steuerverwaltung EStV betrachtet

gemäss Branchen-Info Nr. 17 in Ziffer 7.2.1 die Vermietung von möblierten oder unmöblierten Wohn- und Schlafräumen zur Beherbergung von Gästen i.d.R. ungeachtet der Dauer des Vertrages als Dienstleistung, welche der MWSt zum Sondersatz von aktuell 3.8 % unterliegt. Eine von der Steuer ausgenommene Vermietung liegt indes vor, wenn die vermieteten Räumlichkeiten als Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ff. ZGB oder als Wochenaufenthaltssitz dienen. Um unter den Sondersatz für Beherbergungsleistungen zu fallen, muss es sich in subjektiver Hinsicht beim Leistungserbringer um einen Hotelbetrieb handeln (OFK MWStG-GEIGER, Art. 25 N 60 f.). Weil gerade bei Aparthotels hotelähnliche Zusatzleistungen angeboten werden, geht die EStV aus Vereinfachungsgründen davon aus, dass die Leistungen als Beherbergungsleistungen zum Sondersatz abzurechnen sind, sofern kein Nachweis erbracht wird, dass die vermieteten Räumlichkeiten dem Benutzer als Wohnsitz dienen (CAMENZIND/HONAUER/VALLENDER/JUNG/PROBST, a.a.O., N 1329). In objektiver Hinsicht kommt der Sondersatz zur Anwendung, wenn neben der entgeltlichen Zurverfügungstellung von Wohn- und Schlafräumen Serviceleistungen wie Reinigen der Zimmer, Zurverfügungstellen von Bettwäsche etc., erbracht werden (OFK MWStG-GEIGER, Art. 25 N 60 f.). Die EStV kann bezüglich Wohnsitz des Empfängers der Beherbergungsleistung vom Vermieter einen Nachweis verlangen. Wird dieser Nachweis nicht erbracht, geht die EStV davon aus, dass es sich um eine zum Sondersatz steuerbare Beherbergungsleistung handelt. Dies gilt auch bei Räumlichkeiten, welche den privaten Charakter einer Wohnung haben, wie beispielsweise Apartmenthäuser, bei denen aber gleichzeitig hotelähnliche Zusatzleistungen angeboten werden.

3.1.3. Rückerstattungsansprüche können – losgelöst von der vorliegenden Thematik – aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung entstehen, was für die Verjährungsfrist von Bedeutung ist. Diese richtet sich entweder nach Art. 127 ff. OR bei Verträgen, nach Art. 60 OR, wenn die Forderung auf einer unerlaubten Handlung beruht, oder nach Art. 67 OR für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Verjährungsfristen wurden mit der Revision des OR vom 15. Juni 2018 geändert. Für den vorliegenden Fall von Bedeutung ist insbesondere die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung von einem auf drei Jahre (nArt. 67 Abs. 1 OR).

Für das Übergangsrecht bestimmt Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB, dass für durch das neue Recht verlängerte Fristen das neue Recht gilt, soweit die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist.

Aus dem Umstand, dass die Parteien durch einen Vertrag gebunden sind, lässt sich nicht von vornherein schliessen, dass alle Ansprüche, die sie gegeneinander geltend machen können, einen vertraglichen Charakter aufweisen. So kann, wer mehr geleistet hat, als vertraglich geschuldet war, den Differenzbetrag nur über das Bereicherungsrecht zurückfordern (BGE 127 III 421 E. 3c/bb S. 426). In diesem Sinne ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Klage auf Rückzahlung des zu viel bezahlten Mietzinses aufgrund einer nichtigen Erhöhungsanzeige und damit einer nichtigen Mietzinserhöhung auch nicht vertraglicher Natur, sondern beruht auf ungerechtfertigter Bereicherung (BGE 113 II 187 E. 1a). Anders hat das Bundesgericht jedoch bei einem Rückerstattungsanspruch aufgrund eines Mangels im Sinne von Art. 259d OR entschieden. Es führte hierzu aus, dass dieser Anspruch direkt auf der Verletzung der vertraglichen Pflichten des Vermieters (Art. 256 Abs. 1 OR) gründe und zum Ziel habe, das Gleichgewicht zwischen dem Mietzins und dem Zustand der vermieteten Sache wiederherzustellen. Unter Berücksichtigung des Mangels werde ein neuer Mietzins festgelegt, was ebenfalls auf den Zusammenhang zwischen den Ansprüchen aus Art. 259d OR und dem Mietzins hinweise. Hier verjährt der Rückerstattungsanspruch folglich parallel zur entsprechenden Mietzinsforderung, d.h. gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR innert 5 Jahren (BGE 130 III 504 E. 6 = Pra 2005 Nr. 6).

Wie das Bundesgericht im (...) als BGE 144 II 412 in der amtlichen Sammlung publizierten Urteil 2C\_240/2017 vom 18.9.2018 für den – analog zu Art. 63 OR zu behandelnden – Fall einer Rückerstattung der Mehrwertsteuer zwischen Leistungserbringer und Leistungsempfänger im öffentlichrechtlichen Verhältnis entschieden hat, gilt im Bereich der Mehrwertsteuer zwischen Leistungserbringer und Fiskus das Prinzip der Selbstveranlagung (*impôt facturé = impôt dû*). Nach Art. 27 Abs. 2 MWStG ist eine Rückerstattung zwar möglich, wenn entweder die Abrechnung nachträglich korrigiert oder wenn nachgewiesen wird, dass für den Bund kein Steuerausfall entstanden ist, weil der Leistungsempfänger wie im vorliegenden Fall nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt ist (a.a.O., E. 3.2.1 und 3.2.2). Für den

Rückerstattungsanspruch, der Voraussetzung für eine eingetretene Bereicherung und damit auch für einen Rückerstattungsanspruch des Leistungsempfängers gegenüber dem Leistungserbringer ist, ist jedoch zusätzlich der Nachweis erforderlich, dass die Abrechnung der Mehrwertsteuer ohne Rechtsgrund erfolgte (a.a.O., E. 3.3.2 und 3.4). Gelingt dieser Nachweis, so kann die Rückerstattung gegenüber der EStV während der Verjährungsfrist für die Erhebung der Mehrwertsteuer, also bis maximal fünf Jahre seit Stellung des Rückerstattungsbegehrens, verlangt werden (a.a.O., E. 3.4.2 und 3.4.3). Für den bereicherungsrechtlichen Anspruch des Leistungsempfängers gegenüber dem Leistungserbringer gilt die – wie schon erwähnt mittlerweile unter Vorbehalt des Übergangsrechts auf drei Jahre verlängerte – einjährige relative Frist nach Art. 67 OR, während die absolute zehnjährige Frist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts beschränkt wird durch die fünfjährige Verjährung des Rückerstattungsanspruchs des Leistungserbringers gegenüber dem Fiskus (a.a.O., E. 3.4.4), denn für die Phase davor erfolgten die Leistungen nicht rechtsgrundlos.

### *3.2 Rückerstattungsanspruch im vorliegenden Fall*

#### 3.2.1 Mehrwertsteuerpflicht der Beklagten

Dass die Beklagte im Sinne von Art. 10 MWStG mehrwertsteuerpflichtig ist, wird vom Kläger nicht bestritten. Der Kläger führt zwar aus, dass es sich beim Aparthotelbegriff um keine gesetzliche Definition handle. Er bestreitet jedoch nicht, dass die Beklagte vorliegend ein Aparthotel im beschriebenen Sinne betreibt, so dass sie ihre Leistungen grundsätzlich als Beherbergungsleistungen zum Sondersatz abrechnen muss. Unbestritten ist auch, dass zumindest gemäss dem ursprünglichen Vertrag auch eine Beherbergung vereinbart war, inklusive Dienstleistungen wie Reinigung, Wechsel der Bettwäsche, Benützung des Wellness-Bereichs und limitiertem Internet-Zugang. Es lag ein gemischter Vertrag vor mit Elementen von Miete, Kauf und Auftrag (BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, 7. Aufl., Einl. vor Art. 184 ff. N 9 und 296; BGE 120 II 237). Diese Serviceleistungen wurden im Vertrag neben einer Miete von Fr. 2'050 auf Fr. 200.– pro Monat (jeweils inkl. 3.8 % MWSt) beziffert. Alle diese zusätzlichen Elemente sind für ein Mietverhältnis atypisch. Der Kläger hat erst mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 der Beklagten sinngemäss mitgeteilt, dass er die Erbringung dieser Dienstleistungen nicht mehr wünsche,

indem er die Beklagte gebeten hat, sein Apartment nur noch in seiner Anwesenheit zu betreten. Diesem Wunsch hat die Beklagte mit Schreiben vom 29. Oktober 2015 entsprochen. Bis zu diesem Zeitpunkt liess sich der Kläger nicht als normaler Mieter, sondern eben wie ein Gast behandeln, indem er die für einen Beherbergungsvertrag typischen weiteren Leistungen entgegennahm. Die Beklagte ihrerseits erbrachte vertragsgemäss ihre Dienstleistungen und unterhielt dabei die für einen Beherbergungsvertrag typische enge Beziehung zu den zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten. Aber auch nach dem einvernehmlichen Verzicht des Klägers auf die Serviceleistungen verlor der Vertrag nicht etwa seinen ursprünglichen Charakter. Vielmehr änderte sich nach unbestrittener Darstellung der Parteien die vom Kläger geschuldete Gegenleistung keineswegs. Die Beklagte verlangte und erhielt nach wie vor das gleiche Entgelt, so dass sie dem Kläger die Dienstleistungen weiterhin gegen Entgelt zur Verfügung stellte, auch wenn der Kläger sie nicht mehr in Anspruch nahm. Sie war demnach vorher wie nachher zur Erhebung der Mehrwertsteuer nach dem bisherigen Regime berechtigt und verpflichtet, sofern und solange der Kläger keinen Wohnsitz im Apartment begründet hatte.

### 3.2.2 Abhängigkeit eines Bereicherungsanspruchs vom Rückerstattungsanspruch der Beklagten gegenüber der EStV

Aus der vorne unter Ziff. 3.1.3 zitierten öffentlichrechtlichen Rechtsprechung folgt auch für den vorliegenden zivilrechtlichen Fall, dass ein Bereicherungsanspruch des Klägers nur soweit entstehen kann, als die Beklagte über einen Rückerstattungsanspruch gegenüber dem Bund verfügt. Der Bereicherungsanspruch hängt damit ab vom Nachweis, dass die Mehrwertsteuer zu Unrecht abgerechnet wurde. Dies wiederum hängt, wie nachfolgend zu zeigen ist, auch davon ab, ob die Parteien ihren vertraglichen Nebenpflichten in Zusammenhang mit der Erhebung der Mehrwertsteuer nachgekommen sind oder nicht.

### 3.2.3 Verjährungseinrede

Hinsichtlich der eingeklagten Rückerstattung der bis 30. April 2018 auf dem vom Kläger geschuldeten Entgelt erhobenen Mehrwertsteuer hat die Beklagte zunächst die Verjährungseinrede erhoben.



Erweist sich eine Forderung als verjährt, wird die Klage bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen materiell abgewiesen. Der Gläubiger verliert zwar nicht seine Forderung, jedoch die Möglichkeit, sie im Prozess gegen den Willen des Schuldners durchzusetzen (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N 3361 und 3372; BGE 118 II 450).

Im vorliegenden Fall beruht ein allfälliger Anspruch des Klägers auf Rückerstattung der Mehrwertsteuer anders als in BGE 130 III 504 nicht auf einer Verletzung einer vertraglichen Pflicht der Beklagten. Vielmehr ist der Fall insofern ähnlich gelagert wie in BGE 113 II 187, als bei einer ungerechtfertigten Erhebung der Mehrwertsteuer auch die Rechtsgrundlage für einen Teil der Mietzinsforderung der Beklagten entfallen wäre, so dass ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Klägers bestünde, und zwar – entgegen der Auffassung der Beklagten – ohne dass es dazu eines Mietzinssenkungsbegehrens im Sinne von Art. 270a OR bedürfte. Deshalb ist die Verjährung im Sinne von Art. 67 OR zu prüfen. Massgeblich ist dabei die bis zum 31. Dezember 2019 gültige einjährige Frist, soweit die Verjährung zur Zeit der Rechtsänderung bereits eingetreten war.

Bei Bereicherungsansprüchen in Zusammenhang mit einer ungerechtfertigt erhobenen Mehrwertsteuer wird nach der bereits erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts die absolute zehnjährige Frist von Art. 67 Abs. 1 OR beschränkt durch die fünfjährige Verjährung des Rückerstattungsanspruchs des Leistungserbringers gegenüber dem Fiskus (BGE 144 II 412, E. 3.4.4). Der Fristenlauf der einjährigen relativen Verjährung beginnt, sobald der Berechtigte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat (BGE 135 III 294 E. 7.1). Fristauslösende Kenntnisnahme liegt vor, wenn der Gläubiger einen derartigen Grad an Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs erlangt hat, dass nach Treu und Glauben angenommen werden kann, er habe nunmehr weder Anlass noch Möglichkeit zu weiterer Abklärung und verfüge gleichzeitig in ausreichendem Masse über Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm diese vernünftigerweise zugemutet werden darf. Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Entreicherung, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung

und die Person des Bereicherten voraus (BSK OR I-HUWILER, Art. 67 N 9; BGE 129 III 505 E. 3.4).

Der Kläger macht im Zusammenhang mit der Einrede der Verjährung einzig geltend, dass er erst seit Dezember 2017 oder Januar 2018 von seinem Anspruch auf Rückforderung der Mehrwertsteuer wisse. Tatsache ist jedoch, dass im Beherbergungsvertrag vom 23. April 2013 ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass der Mietzins inkl. 3.8 % Mehrwertsteuer geschuldet ist. Zudem wurden dem Kläger mit dem Beherbergungsvertrag die allgemeinen Bedingungen zum Beherbergungsvertrag ausgehändigt, welche laut Hauptvertrag integraler Bestandteil des Vertrages sind. Ziffer 8.2. weist explizit darauf hin, dass auf einer Beherbergung und die zugehörigen Leistungen eine Mehrwertsteuer von 3.8 % bezahlt werden müsse. Eine Entlastung von der Mehrwertsteuer sei nur möglich, wenn der Gast an der Adresse Wohnsitz habe (...). Der Kläger gab an, dass er den Vertrag sowie die allgemeinen Bedingungen gelesen, bei Durchsicht der allgemeinen Bedingungen zum Beherbergungsvertrag deren Ziffer 8.2 jedoch übersehen habe. Die vorliegenden Vertragsbedingungen sind mit drei Seiten äusserst kurz gehalten, so dass nach allgemeiner Erfahrung nicht anzunehmen ist, dass eine Person, die den Text liest, ausgerechnet die Ziffer 8.2 übersehen haben könnte. Damit aber nicht genug: Der Kläger hat auf Nachfrage des Gerichts die Behauptung der Beklagten bestätigt, dass er den Vertrag von einem Juristen habe überprüfen lassen. Dieser Umstand ist dem Kläger anzurechnen. Insbesondere muss er sich daher entgegenhalten lassen, dass er auch über Bedeutung und Tragweite von Ziff. 8.2 des Vertrages schon zur Zeit des Vertragsschlusses fachkundigen Rat eingeholt hat und sich demzufolge von Anfang an bewusst war, dass bei gegebenem Wohnsitz nur die Serviceleistungen dem (vollen) Mehrwertsteuersatz unterliegen, während der reduzierte Satz von 3.8 % auf der Mietzinskomponente entfiel (zum aufgrund des Zugeständnisses des Klägers anzunehmenden tatsächlichen Konsens der Parteien s. auch hinten Ziff. III.3.2.4.3).

Somit ist die Verjährungseinrede der Beklagten insofern begründet, als die Mehrwertsteuerbeiträge auf dem Entgelt für die vertraglichen Leistungen mehr als ein Jahr vor der Klageanhebung am 7. Juni 2018 erhoben wurden, denn die Rückerstattungsansprüche vor dem 7. Juni 2017 entstanden zugleich mit der entspre-

chenden Mietzinsforderung, so dass der Kläger im Zeitpunkt der Klageanhebung davon seit mehr als einem Jahr Kenntnis hatte.

Aber auch soweit die Verjährungseinrede nicht greift, ist die Klage aus den folgenden Gründen abzuweisen:

### 3.2.4 Missachtung von vertraglichen Obliegenheiten des Klägers als Hinderungsgrund für einen bereicherungsrechtlichen Rückerstattungsanspruch

3.2.4.1. Leistungen aus einem Schuldverhältnis können in Haupt- und Nebenpflichten unterteilt werden (SCHWENZER, OR AT, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 4.20). Kennzeichnend für Nebenpflichten ist, dass deren Erfüllung nicht erzwungen werden kann. Sie sind nicht selbständig einklagbar. Nebenpflichten können sowohl im Gesetz verankert sein, als auch von den Parteien ausdrücklich vereinbart werden (GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 2638 ff.). Da sich die Parteien in der Regel lediglich über die objektiv wesentlichen Punkte einigen, ergeben sich Nebenpflichten meist aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019, Rz. 99). Demnach ist ein Vertragspartner verpflichtet, alles zu tun, um die Verwirklichung des Leistungserfolgs sicherzustellen (SCHWENZER, a.a.O., Rz. 4.22; vgl. BGE 114 II 57, 65 f.). So hat etwa das Handelsgericht des Kantons Zürich am 2. September 1932 und in der Folge offenbar auch das Bundesgericht in einem Urteil vom 17. Januar 1933 entschieden, dass der Käufer, der sich eine zollfreie Lieferung hat versprechen lassen, im Sinne einer Obliegenheit gehalten ist, sein Einfuhrkontingent zur Verfügung zu stellen, um zu verhindern, dass der ausländische Verkäufer eine seit Vertragsschluss eingetretene Zollerhöhung hinzunehmen hat (ZR 32 [1933], Nr. 109 S. 228 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, a.a.O., N 2650).

3.2.4.2. Allgemeine Geschäftsbedingungen machen zwischen den Parteien nur dann Recht, wenn sie durch Vereinbarung zum Vertragsbestandteil erhoben werden (BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 52). Grundsätzlich gelten die allgemeinen Auslegungsprinzipien auch für die Auslegung von AGB (SCHWENZER, a.a.O., N 45.08). So sind die allgemeinen Vertragsbestimmungen nicht nur nach ihrem Wortlaut auszulegen, sondern es ist grundsätzlich im Sinne einer subjektiven Auslegung der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien zu ermitteln.

Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (WIEGAND, Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in: FS Kramer, Basel 2004, S. 338; Urteil des Bundesgerichts 4A\_595/2014 vom 10. Februar 2015, E. 1.1.). Dabei hat das Gericht zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420, E. 3a; WIEGAND, a.a.O., S. 338). Ergänzend zu den allgemeinen Auslegungsprinzipien gilt bei der Auslegung der AGB zusätzlich der Vorrang der Individualabrede und bei einer nur globalen Übernahme die Unklarheitsregel. Haben die Parteien individuell etwas vereinbart, das zu einer Klausel in den AGB in Widerspruch steht, so geht die Individualabrede vor (SCHWENZER, a.a.O., N 45.08 f.; BGE 93 II 317, 325 f.; BGE 81 II 346, 350; HGer ZH, ZR 1992/1993 Nr. 23, S. 79 f.). Führt die Auslegung einer Klausel in AGB nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, so ist sie in dem für den Kunden günstigsten Sinne auszulegen (SCHWENZER, a.a.O., N 45.10).

3.2.4.3. Im vorliegenden Fall ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die Allgemeinen Bedingungen zum Beherbergungsvertrag integraler Bestandteil des Beherbergungsvertrags sind. Der Kläger hat eingeräumt, dass er die Vertragsbedingungen vor Vertragsschluss durch einen Juristen hat prüfen lassen. Vor diesem Hintergrund gelten trotz des pauschalen Verweises des Hauptvertrags auf die AGB die geschilderten Sonderregeln für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht, denn wie schon in Zusammenhang mit der Verjährung erwähnt, muss sich der Kläger anrechnen lassen, dass der von ihm eingeschaltete Jurist den Vertrag inklusive AGB gelesen und analysiert hat. Es besteht mithin ein tatsächlich übereinstimmender Konsens der Parteien, dass Hauptvertrag und AGB so gelten sollen, wie sie formuliert sind (vgl. dazu BGer 4A\_149/2019 vom 9. September 2019 E. 2.2 und 2.3).

3.2.4.4. Ziffer 8.2 der Allgemeinen Bedingungen zum Beherbergungsvertrag (act. 3/7 S. 3) lautet wie folgt:

" Grundsätzlich muss auf einer Beherbergung und die zugehörigen Leistungen eine Mehrwertsteuer von 3.8 % bezahlt werden. Eine Entlastung aus der Mehrwertsteuer ist nur möglich, wenn der Gast an unserer Adresse Wohnsitz hat oder Wochenaufenthalter ist. In diesem Fall muss die Serviceleistung mit 8 % MWSt versteuert werden."

Diese Ziffer besagt zwar in Übereinstimmung mit dem Mehrwertsteuerrecht, dass keine Mehrwertsteuer mehr geschuldet ist, wenn ein Gast der Beklagten an ihrer Adresse Wohnsitz nimmt. Klar ist auch, dass die Vermieterin im Sinne einer (vertraglichen) Obliegenheit alles zu unternehmen hat, um auf ein für den Mieter günstigeres Mehrwertsteuerregime (MWSt nur noch auf dem für Serviceleistungen geschuldeten Betrag, dafür zum ordentlichen statt zum Sondersatz) hinzuwirken, sobald die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind. Umgekehrt hat der Mieter dafür zu sorgen, dass die Vermieterin die zur Änderung des Steuerregimes erforderlichen Informationen erhält. Versäumt er dies, so kann er eine rückwirkende (Teil-)Befreiung des Entgelts für die Beherbergung von der MWSt nur verlangen, wenn er bereit ist, die Vermieterin vom entsprechenden Aufwand freizustellen. Nachforschungen zum Wohnsitz des Mieters muss die Vermieterin dabei grundsätzlich nicht anstellen.

Bezüglich der weiteren Umstände ist aus den eingereichten Unterlagen ersichtlich und von den Parteien nicht bestritten, dass sich der Kläger am 10. Mai 2012 per E-Mail das erste Mal bei der Beklagten gemeldet hat, um Informationen bezüglich eines möblierten Zimmers zu erhalten. In dieser Nachricht schrieb er, dass er seit über einem Jahr im Ausland gewesen sei. Nun sei er für einige Monate in Zürich und ziehe dann nach Bern. Für die Dauer seines Aufenthaltes in Zürich suche er ein möbliertes Zimmer/Studio. Auch die Behauptung der Beklagten, dass sich der Kläger, als er im April 2013 definitiv ein Apartment habe buchen wollen, nach wie vor für einen kurzfristigen Aufenthalt beworben habe, da er nach seinen Angaben gerade von Ungarn hergekommen sei und habe weiterreisen wollen, hat der Kläger nicht bestritten. Weiter ist aus dem Beherbergungsvertrag ersichtlich, dass der Kläger damals als aktuelle Adresse die M.-strasse X in Zürich angegeben hat. Der Kläger hat sogar eingeräumt, dass die Beklagte nicht von Beginn an habe wissen können, dass er seinen festen Wohnsitz an der N.-strasse begründen werde. Zwar

hat er auf Frage des Gerichts auch behauptet, die Beklagte habe schon „im Jahr 2013“ von seinem Wohnsitz gewusst. Diese Äusserung untermauerte er aber nicht mit Beweisofferten. Sie steht im Widerspruch zur zitierten Korrespondenz. Seine weitere Aussage, „spätestens“ im Jahr 2015 habe sich die Beklagte beim Amt für Zusatzleistungen erkundigt, ob das bestehende Kautionsperrkonto dem Amt oder dem Kläger gehöre, stützt die pauschale Behauptung der Kenntnis der Beklagten vom Wohnsitz des Klägers schon 2013 jedenfalls nicht, denn die Zuständigkeit des Amtes erstreckt sich auf die ganze Stadt Zürich. Im Anschluss daran führte der Kläger aus, die Beklagte hätte ja bei ihm nachfragen können und habe das später auch gemacht. Dies setzt aber geradezu voraus, dass die Funktionäre der Beklagten ohne eine Nachfrage keine Kenntnis von seinen Wohnsitzverhältnissen haben konnten. Auch das Vorbringen des Klägers, dass die Beklagte ab dem Schreiben vom 29. Oktober 2015 davon ausgegangen sei, dass es sich neu um ein gewöhnliches Mietverhältnis handle, änderte nichts an der Ausgangslage, denn im vorausgegangenen Schreiben vom 9. Oktober 2015 hat der Kläger seinen Wohnsitzstatus mit keinem Wort erwähnt, geschweige denn einen entsprechenden Nachweis offeriert.

Insbesondere mit der vom Kläger erwirkten Adresssperre hat dieser es verunmöglich, dass die Beklagte von sich aus ohne seine Hilfe die nötigen Informationen zur Wohnsitzsituation und insbesondere den von der EStV geforderten Nachweis hat beschaffen können, um aus der Pflicht zur Leistung der Mehrwertsteuer entlassen zu werden, genauer, um eine Änderung des anwendbaren Regimes zu erwirken (MWSt nur noch auf dem nach wie vor geschuldeten Entgelt für die nicht mehr bezogenen Serviceleistungen, aber zum ordentlichen statt zum reduzierten Steuersatz). Die Tatsache, dass der Kläger bei der Beklagten den Eindruck hinterlassen hat, keinen Wohnsitz an der N.-strasse begründet zu haben, brachte nach Treu und Glauben auch die Obliegenheit des Klägers mit sich, die Beklagte einerseits über die veränderte Situation zu informieren und sie andererseits von sämtlichen Aufwendungen in Zusammenhang mit der rückwirkenden Änderung des Mehrwertsteuerregimes zu entlasten. Mit Rücksicht auf die vorliegende Vertragsklausel macht der Kläger es sich zu einfach, wenn er schlicht auf den Rückerstattungsanspruch der Beklagten gegenüber der EStV verweist und eine Bereiche-

rung der Beklagten schon unter Hinweis auf die angebliche Existenz des Anspruchs annimmt. Mit Sicherheit ist die rückwirkende Rückerstattung mit Aufwendungen der Beklagten verbunden. Ob die entsprechenden Bemühungen von Erfolg gekrönt wären, steht aus heutiger Sicht nicht fest, gerade weil der Kläger mit seinem Verhalten über Jahre hinweg auch bei der Beklagten den Eindruck geweckt hat, seinen Wohnsitz nicht im Mietobjekt zu haben.

Vor diesem Hintergrund besteht auch eine Obliegenheit des Klägers, die Beklagte von den entsprechenden Aufwendungen freizustellen, wenn er eine rückwirkende Erstattung der Mehrwertsteuer(differenz) erreichen möchte. Nur dass allenfalls ein Rückerstattungsanspruch der Beklagten gegenüber der EStV besteht, hat denn auch noch keine Bereicherung der Beklagten zur Folge. Dies ist erst der Fall, wenn und soweit für die Durchsetzung auch Erfolgchancen bestehen. Das Prozessrisiko möchte der Kläger mit seinem Vorgehen unbesehen auf die Beklagte abwälzen unter Hinweis auf eine Bereicherung in Gestalt der angeblich bestehenden Rückerstattungsforderung. Er hat weder angeboten, die entsprechenden Aufwendungen zu vergüten, noch hat er auf Zession des allfälligen Anspruchs der Beklagten geklagt. Damit ist er seiner vertraglichen Obliegenheit nicht nachgekommen, die letztlich Voraussetzung für die Rückerstattung der Steuer an die Beklagte und damit im Innenverhältnis zwischen den Parteien für einen Bereicherungsanspruch des Klägers ist. Daher ist die Klage abzuweisen.

(...)"

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2020, 30. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin; lic. iur. F. Saluz, Leitender Gerichtsschreiber; Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident