

Dominique Jud / Isabelle Steiger

Airbnb in der Schweiz: Was sagt das Mietrecht?

In der heutigen Zeit besteht ein gesteigertes Bedürfnis nach individuellen Reiseunterkünften, welche idealerweise mit einer persönlichen Beziehung zu lokalen Personen verbunden sind. Airbnb stillt dieses Bedürfnis und erfreut sich seit seiner Gründung eines steten Zuwachses. Vor dem Hintergrund steigender Mietpreise kann Airbnb überdies übermässigen finanziellen Belastungen auf Mieterseite entgegenwirken. Der Beitrag zeigt auf, dass das Überlassen von Wohnraum über Airbnb in der Schweiz aus Sicht des Mietrechts unter Berücksichtigung gewisser Regeln zulässig ist.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Miet- und Pachtrecht

Zitiervorschlag: Dominique Jud / Isabelle Steiger, Airbnb in der Schweiz: Was sagt das Mietrecht?, in: Jusletter 30. Juni 2014

Inhaltsübersicht

- A. Airbnb – Die Antwort auf das Phänomen «Social Travel»
 - 1. Einleitung
 - 2. Wie Airbnb funktioniert
- B. Qualifikation unter Schweizer Recht
 - 1. Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Hotellerie
 - 2. Die Kurtaxe
 - 3. Die Anwendbarkeit von mietrechtlichen Bestimmungen
- C. Airbnb als Untermiete
 - 1. Das Mietrecht als Teil der Sozialschutzgesetzgebung
 - 2. Die Untermiete im Sinne von Art. 262 OR
 - 3. Zuordnung der Überlassung von Wohnraum über Airbnb
- D. Was der Airbnb-Gastgeber beachten muss
 - 1. Die Zustimmung des Vermieters
 - 2. Die möglichen Verweigerungsgründe gemäss Art. 262 Abs. 2 OR
 - a) Nichtbekanntgabe der Untermietbedingungen
 - b) Missbräuchlichkeit der Untermietbedingungen
 - c) Wesentliche Nachteile für den Vermieter
 - 3. Vorgehen bei unberechtigter Zustimmungsverweigerung
- E. Wenn keine Zustimmung des Vermieters vorliegt
 - 1. Allgemeines
 - 2. Fragestellung mit Bezug auf Airbnb
 - a) Untervermietung ohne Zustimmung und Kenntnis des Vermieters
 - b) Verweigerte Zustimmung
 - c) Stillschweigen des Vermieters
 - 3. Form der Kündigung
 - 4. Handlungsmöglichkeiten des Mieters
 - a) Anfechtung der Kündigung
 - b) Erstreckung
- F. Haftungsfragen
- G. Schlusswort

A. Airbnb – Die Antwort auf das Phänomen «Social Travel»

1. Einleitung

«Airbnb, gegründet im August 2008 mit Sitz in San Francisco, Kalifornien, ist ein bewährter gemeinschaftlicher Marktplatz, auf dem Menschen einzigartige Unterkünfte auf der ganzen Welt inserieren, entdecken und buchen können — online oder vom Mobiltelefon aus.

Sei es eine Wohnung für eine Nacht, ein Schloss für eine Woche oder eine Villa für einen ganzen Monat – Airbnb führt Menschen in einzigartigen Reiseerlebnissen zusammen, in jeder Preisklasse und in über 34.000 Städten in 190 Ländern. Mit unserem erstklassigen Kundenservice und einer ständig wachsenden Zahl von Nutzern ist Airbnb der einfachste Weg, mit Deinem freien Wohnraum Geld zu verdienen und ihn Millionen von Menschen vorzustellen.»¹

[Rz 1] So wirbt die erfolgreiche Plattform für Wochenend- und Ferienunterkünfte auf ihrer Inter-

¹ Airbnb – Über uns, im Internet unter: <https://www.airbnb.ch/about/about-us>(zuletzt besucht am 17. Juni 2014).

netseite. Neuste Zahlen zeigen, dass im Jahr 2013 alleine im Kanton Zürich 80'000 Übernachtungen pro Jahr über das Online-Portal gebucht und damit ein Umsatz von rund CHF 8 Millionen erzielt wurde. Diese Grössenordnung entspricht 2.1% der gesamten jährlichen Hotelübernachtungen im Kanton Zürich. Da Airbnb zum heutigen Zeitpunkt in einem rechtlichen Graubereich agiert und im Zeitpunkt dieser Publikation zumindest bis auf die Stadtgemeinden Freiburg und Bern keine Kurtaxen erhoben werden, entstand der Stadt Zürich unter Berücksichtigung der vorgenannten Zahlen ein hypothetischer Ausfall an Zürich City Taxen von rund CHF 200'000.²

[Rz 2] Die jüngsten Entwicklungen in der Schweiz zur Nutzung von Airbnb haben gezeigt, dass ein Bedarf an Klärung der rechtlichen Situation besteht. Im Kanton Bern führte die Nutzung von Airbnb bereits zu einer Wohnungskündigung.³ Nebst der Frage nach der Besteuerungsfähigkeit dieser Dienstleistung stehen dabei vorwiegend obligationenrechtliche Aspekte, insbesondere die Frage der Anwendbarkeit der Regeln über die Untermiete gemäss Art. 262 OR, im Vordergrund.

2. Wie Airbnb funktioniert

[Rz 3] Der Gastgeber, welcher über das Online-Portal Airbnb seine Wohnung, einen Teil seiner Wohnung oder ein gemeinsames Zimmer Reisenden oder Feriengästen zur Verfügung stellen möchte, kann sein Objekt mit Fotos und einem Beschrieb auf die Webseite hochladen. Dabei legt er den Preis der Übernachtung fest, den der Gast zu bezahlen hat. Das Objekt kann dauernd oder an gewissen Tagen oder Wochen der Airbnb-Community zur Verfügung gestellt werden.

[Rz 4] Mittels einer Buchungsanfrage, welche rechtlich als «invitatio ad offerendum» zu qualifizieren ist, kann der Feriengast dem Gastgeber sein Interesse für das Objekt im Zeitraum X kundtun, wobei letzterer innerhalb von 24 Stunden ein verbindliches Angebot machen muss, andernfalls die Buchungsanfrage verfällt. Kommt eine Buchung zustande, wird dem Feriengast das entsprechende Guthaben zugunsten des Vermittlers Airbnb abgezogen. Erst 24 Stunden nach Bezug des Objektes durch den Feriengast (Check-In) wird das Guthaben abzüglich der Vermittlungskommission⁴ dem Gastgeber gutgeschrieben.

[Rz 5] Nach vollendetem Aufenthalt können sowohl der Gastgeber als auch der Feriengast auf der entsprechenden Seite einen Kommentar über das Objekt, den Gastgeber und den Gast hinterlassen, um die Auswahl für potentielle Gäste zu erleichtern und das Vertrauen innerhalb der Airbnb-Gemeinschaft zu steigern.

² «Luftmatratze und Frühstück – Neuer Mitbewerber für die Hotellerie», Analyse Kohl & Partner Hotel & Tourism Consulting vom 6. November 2013, im Internet unter <http://www.kohl.at/de/magazin/luftmatratze-und-fr%C3%BCkst%C3%BCck-neuer-mitbewerber-f%C3%BCr-die-hotellerie/95-2772.html> (zuletzt besucht am 17. Juni 2014).

³ Gemäss zahlreicher Berichterstattung (siehe beispielsweise Tagesanzeiger Online vom 30. September 2013) hatte ein Zürcher im vergangenen Jahr seine zwecks Wochenaufenthalts zugemietete Wohnung in Bern an den Wochenenden an Airbnb-Nutzer gegen Entgelt überlassen. Dem Zürcher wurde die Wohnung ordentlich gekündigt, da er seinen Vermieter auch nach entsprechender Aufforderung nicht über die Überlassung der Wohnung an Dritte informiert hatte und daher auch keine Zustimmung vorlag.

⁴ Die sogenannte Gastgebergebühr wird dem Gastgeber angezeigt, bevor er die entsprechende Buchungsanfrage bestätigt oder ablehnt. In der Schweiz betrug diese im Jahr 2013 rund 3.2%.

B. Qualifikation unter Schweizer Recht

1. Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Hotellerie

[Rz 6] Die Schweizer Hotellerie hat viele Facetten – ein Hotelbesuch beinhaltet weitaus mehr als nur Übernachtung mit Frühstück. Aus Gastronomie, Tagesausflügen, Souvenirkäufen oder Besuchen von Veranstaltungen ergeben sich bedeutende Folgeerträge für die gesamte Volkswirtschaft.⁵ Die Hotellerie setzt sich aus zahlreichen gewerbmässigen Betrieben zusammen und setzt schweizweit Gleichwertigkeit und Preiskonformität voraus. Dies, wie auch Bereiche der Hygiene, des Brandschutzes oder des Passivrauchens, sind aus diesem Grund detailliert geregelt.⁶ Die Hotellerie als Gewerbe und damit als berufliche Tätigkeit⁷ beinhaltet weit mehr Dienstleistungen als das einfache Überlassen von Wohnraum zum Gebrauch. Die mietrechtliche Komponente erscheint im Verhältnis zum Entgelt nicht mehr als einzige synallagmatische Leistung.

[Rz 7] Damit die Frage der Anwendbarkeit von mietrechtlichen Bestimmungen beantwortet werden kann, muss festgestellt werden, ob das Vertragsgebilde ohne das mietrechtliche Element überhaupt zustande gekommen wäre, auch wenn dieses vordergründig gegenüber den restlichen Elementen untergeordnet erscheint. Zu diesem Zweck wird der wirtschaftliche Wert des mietrechtlichen Elementes dem Wert der nicht mietrechtlichen Leistungen gegenübergestellt. Soweit der Wert des mietrechtlichen Elementes den Wert der übrigen Leistungen übersteigt, so untersteht das Vertragsgebilde auch dem Mietrecht.⁸

[Rz 8] Die Beantwortung der Frage, ob die dichte Regelungslandschaft der Hotellerie auf das Verhältnis zwischen Nutzern der Online-Plattform Airbnb Anwendung finden soll, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Immerhin möchten die Autorinnen im Sinne eines Gedankenanstosses anmerken, dass die Beurteilung der Nutzung von Airbnb-Gastgebern als gewerbliche Tätigkeit fraglich erscheint, da eine erhebliche Gewinnerzielung rechtlich nicht zulässig ist.⁹ Zudem dürften die Einnahmen, die über das Online-Portal generiert werden, generell unter dem Mietzins liegen und damit nicht steuerbar sein.¹⁰

2. Die Kurtaxe

[Rz 9] Die Beurteilung, ob auf die einzelnen Übernachtungen, welche über Airbnb gebucht werden, eine Kurtaxe erhoben werden darf, dürfte indes positiv ausfallen. Die Kurtaxe oder Beherbergungsabgabe ist nach der neueren Terminologie eine Kostenanlastungssteuer¹¹, mit der turisti-

⁵ Die Hotellerie in der Schweiz, Zahlen und Fakten, Ausgabe 2013 vom 9. Dezember 2013, im Internet unter http://www.hotelleriesuisse.ch/de/pub/politik/news/nl_12-2013_zahlen_und_fakten.htm (zuletzt besucht am 17. Juni 2014).

⁶ Beispielsweise Art. 10 Abs. 1 lit. c der Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (PBV), SR942.211; Art. 1 L-GAV; Art. 21 Abs. 2 Ziff. 21 lit. a des Mehrwertsteuergesetzes (MWStG), SR641.20; kantonale und kommunale Tourismusgesetze.

⁷ Duden Online, im Internet unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Gewerbe> (zuletzt besucht am 17. Juni 2014).

⁸ mp 1/12, 21 ff. (Urteil des Kassationsgerichts des Kanton Zürich vom 27. Mai 2010).

⁹ Siehe unter Ziffer D.2.b).

¹⁰ Reto Ineichen, Dozent für Tourismusrecht an der Hochschule Luzern, in der Radiosendung Trend, SRF Radio 4 vom 7. Dezember 2013.

¹¹ Entscheid I/2-2008-30 der Verwaltungsrekurskommission St. Gallen vom 9. Januar 2009, E 2.b(aa).

sche Einrichtungen und Veranstaltungen finanziert werden. Wie jede öffentliche Abgabe bedarf auch die Kurtaxe einer gesetzlichen Grundlage, die regelmässig in den entsprechenden kommunalen Gesetzen zu finden ist. In den meisten Kantonen wird eine Beherbergungsabgabe erhoben. Nur die Kantone Zürich¹² und Thurgau kennen keine solche.¹³

[Rz 10] Der Freiburger Tourismusverband (FTV) und die Stadt Bern haben das Potential von Airbnb für die Tourismuslandschaft Schweiz erkannt und fordern eine Kurtaxe zwischen CHF 2.00 und 3.00 pro Übernachtung.¹⁴ Mangels Registrierungspflicht oder anderweitiger Kontrollmechanismen ist der Tourismusverband indes darauf angewiesen, dass sich die Gastgeber eigenständig mit ihnen in Verbindung setzen. Es ist zu erwarten, dass weitere Gemeinden mit dieser Besteuerung nachziehen werden.

3. Die Anwendbarkeit von mietrechtlichen Bestimmungen

[Rz 11] Airbnb ermöglicht es dem Gastgeber, anderen Nutzern Wohnraum gegen Entgelt zu überlassen. Dabei kann er weitere Leistungen anbieten, wie beispielsweise Wohnungsreinigung, Zugang zu Lebensmitteln oder Empfehlungen betreffend Restaurants oder Sehenswürdigkeiten. Je nachdem beinhaltet das über das Online-Portal geschlossene Rechtsgeschäft nebst mietrechtlichen auch auftrags- oder kaufrechtliche Elemente. Es liegt ein Innominatkontrakt *sui generis* vor.¹⁵

[Rz 12] Bei Innominatverträgen stellt sich stets die Frage nach der Anwendbarkeit von Gesetzesbestimmungen. Wesentlich ist ein Vertragselement dann, wenn der Innominatkontrakt ohne dieses Element nicht zustande gekommen wäre.¹⁶ Vorliegend interessiert insbesondere die Frage der Anwendbarkeit der mietrechtlichen Bestimmungen.

[Rz 13] Wer einem Dritten Wohnraum gegen Entgelt zum Gebrauch überlässt, geht ein mietvertragliches Verhältnis ein. Im Synallagma stehen die Gebrauchsüberlassung und das Entgelt. Das Entgelt berechnet sich dabei grundsätzlich nach den Kosten, die der Wohnraum für den Vermieter generiert. Allfällige weitere Dienstleistungen erfolgen auf freiwilliger Basis und dürften sich kaum als relevanter Faktor in der Preisberechnung niederschlagen.¹⁷ Dies im Gegensatz etwa zu einer Unterkunft in einer Seniorenresidenz, wo das Bundesgericht in seinem Urteil vom 13. November 2012 die über die mietvertraglichen Elemente hinausgehenden Leistungen als für die

¹² In Zürich wird gemäss Generalversammlungsbeschluss der Zürcher Hoteliers aus dem Jahre 2006 eine sogenannte City Tax von CHF 2.50 inkl. MwSt. pro Logiernacht zugunsten des Zürich Tourismus erhoben: <http://www.zhv.ch/content-n12-r63-sD.html>.

¹³ Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV (Hrsg.), Die geltenden Steuern von Bund, Kantonen und Gemeinden, Mai 2014, S. 42, im Internet unter <http://www.estv.admin.ch/dokumentation/00079/00080/00736/index.html?lang=fr> (zuletzt besucht am 17. Juni 2014).

¹⁴ BUR REGULA, «Wir sind auf Ehrlichkeit angewiesen», Artikel in Freiburger Nachrichten vom 3. Dezember 2013, im Internet unter <http://www.freiburger-nachrichten.ch/nachrichten-kanton/wir-sind-auf-ehrlichkeit-angewiesen> (zuletzt besucht am 9. Februar 2014). «Bern zieht bei privaten Zimmeranbietern Kurtaxen ein», Artikel im Tagesanzeiger vom 25. Mai 2014, im Internet unter <http://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Bern-zieht-bei-privaten-Zimmeranbietern-Kurtaxen-ein/story/22566978> (zuletzt besucht am 14. Juni 2014).

¹⁵ HUGUENIN CLAIRET AL., Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, S. 1109 m.w.H.; vgl. auch BIBER IRÈNE, Die Anwendung mietrechtlicher Bestimmungen auf gem. Verträge, mp 1/14, S. 1 ff.

¹⁶ Vgl. BIBER IRÈNE, Die Anwendung mietrechtlicher Bestimmungen auf gem. Verträge, mp 1/14, S. 1 ff.; siehe auch Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Mai 2010, in: mp 1/12, S. 21 ff., 22.

¹⁷ Siehe mp 1/12, S. 21 ff. und unten unter D.2.b) (Tabelle).

Gesamtpreisgestaltung wesentlichen Faktor erkannt hatte.¹⁸ Mangels Relevanz allfälliger über das Überlassen von Wohnraum hinausgehender Dienstleistungen für die Preisgestaltung sind konsequenterweise die mietrechtlichen Bestimmungen auf das Rechtsgeschäft zwischen einem Gastgeber und einem Reisenden über Airbnb anwendbar.

[Rz 14] Wie die mediale Berichterstattung über Airbnb in den letzten Monaten gezeigt hat, ist aus rechtlicher Sicht gegenwärtig weniger das Verhältnis Gastgeber – Nutzer von Interesse, sondern vielmehr dasjenige zwischen dem Gastgeber und seinem Vermieter, und zwar insbesondere dann, wenn der Gastgeber selber nicht Eigentümer, sondern Mieter der betroffenen Wohnung ist. Nachfolgend soll deshalb dieses Verhältnis aus mietrechtlicher Sicht näher beleuchtet werden.

C. Airbnb als Untermiete

1. Das Mietrecht als Teil der Sozialschutzgesetzgebung

[Rz 15] Wird der Begriff Mietrecht mit dem Schlagwort «sozial» in der Suchmaschine eingegeben, wird schnell klar, wie eng die beiden Themenkreise zusammenhängen. In Deutschland wird das Mietrecht als Teil des Sozialrechts verstanden. In der Schweiz ist das Mietrecht durch einseitig zwingende Normen zugunsten des Mieters geprägt, womit einer Gewinnmaximierung der Eigentümer oder Untervermieter der Riegel vorgeschoben wird. Diesen Grundsatz gilt es auch bei der Benutzung der Airbnb Plattform in der Schweiz zu berücksichtigen.

2. Die Untermiete im Sinne von Art. 262 OR

[Rz 16] Die Untermiete ist ein Mietverhältnis, welches zwar unabhängig vom Hauptmietverhältnis besteht, aber auf Letzterem beruht.¹⁹ Wie bei der Hauptmiete ist die Untermiete ein zweiseitiges synallagmatisches Rechtsverhältnis, wobei der Mieter dem Untermieter das Mietobjekt ganz oder zum Teil gegen Entgelt zum Gebrauch für einen bestimmten oder unbestimmten Zeitraum überlässt. Der Mieter muss im Falle einer unbefristeten Untermiete indes beabsichtigen, in das Mietobjekt zurück zu kehren, andernfalls die Zustimmung zur Untermiete durch den Vermieter verweigert werden kann.²⁰

[Rz 17] Das Zustandekommen des Untermietvertrages ist freilich nicht von der Zustimmung des Vermieters abhängig. Wenn beispielsweise ein Vermieter seine Zustimmung zur Untermiete nicht gibt, obschon keiner der gesetzlichen Verweigerungsgründe gemäss Art. 262 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR)²¹ gegeben ist, kommt das Untermietverhältnis gültig zustande und der Mieter kann auf Feststellung zur Berechtigung der Untervermietung klagen.²²

[Rz 18] Anders als im Arbeitsrecht sind im Mietrecht die Vertragsleistungen nicht personenbezogen. Es ist daher sachlogisch, dass das Recht auf Untermiete nicht zu Lasten des Mieters eingeschränkt werden kann und Parteivereinbarungen, welche die Untermiete generell untersa-

¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_113/2012 vom 13. November 2012, E. 2.4.

¹⁹ LACHAT/ZAHRADNIK, Mietrecht für die Praxis, S. 465.

²⁰ BK-WEBER, Art. 262 N 8 m.w.H.

²¹ BGE 134 III 300E. 3.1; vgl. auch mp 2/08, 89 ff.

²² Vgl. auch nachfolgend D.3.

gen, nicht mehr zulässig sind.²³ In Art. 262 Abs. 2 OR listet das Gesetz die Verweigerungsgründe abschliessend auf. Diese zielen darauf ab, das Hauptmietverhältnis nicht zu vereiteln. Im Lichte der bundesverfassungsrechtlich garantierten Eigentumsfreiheit ist es konsequent, dem Vermieter und Eigentümer eines Mietobjektes das letzte Wort im Sinne der vorgenannten Verweigerungsgründe zu überlassen. Unter Berücksichtigung des sozialen Gedankens des Mietrechts ist das geltende Gesetz in sich schlüssig, indem es unter der einseitig zwingenden Norm zugunsten des Mieters die Verweigerungsgründe des Vermieters taxativ beschränkt.

3. Zuordnung der Überlassung von Wohnraum über Airbnb

[Rz 19] Wie bereits eingangs erwähnt, erfüllt die Nutzung von Airbnb die wesentlichen Merkmale eines Mietvertrages. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Wohnungsbenutzung durch Angehörige als Gebrauchsleihe gemäss Art. 305 ff. OR zu qualifizieren ist.²⁴ Ferner fällt das kurzfristige unentgeltliche Überlassen der Wohnung an Dritte bereits durch das Fehlen der Entgeltlichkeit nicht unter das Mietrecht und dürfte damit auch nicht von Art. 262 OR erfasst sein.²⁵ Allfällige wesensfremde Dienstleistungen, wie beispielsweise kulinarische oder touristische Empfehlungen oder das Zurverfügungstellung der Kaffemaschine durch den Gastgeber sind nicht synallagmatisch und daher für die Qualifikation des anwendbaren Rechtsinstitutes nicht relevant. Damit sind für die Benutzung von Schweizer Wohnraum über das Online-Portal Airbnb die Bestimmungen der Untermiete gemäss Art. 262 OR grundsätzlich anwendbar.

D. Was der Airbnb-Gastgeber beachten muss

1. Die Zustimmung des Vermieters

[Rz 20] Will der Mieter das Mietobjekt an einen Dritten untervermieten, so muss er den Vermieter um Zustimmung ersuchen (Art. 262 OR). Weder das Gesuch noch die Zustimmung (oder Ablehnung) unterliegen einer Formvorschrift. Wie bei allen formlos gültigen Rechtsgeschäften empfiehlt sich die Schriftlichkeit indes aus Beweisgründen.²⁶ Wie die Mitteilung an den Vermieter zu erfolgen und welchen Inhalt sie aufzuweisen hat, beurteilt sich regelmässig nach dem Einzelfall. In der Praxis hat es sich sodann eingebürgert, dass der Vermieter im Falle der Wohnungsmiete innerhalb von zwei bis vier Wochen Stellung beziehen muss.²⁷ Sind die Verhältnisse komplex, so ist die Zeit miteinzuberechnen, welche der Vermieter für das Einholen einer Rechtsauskunft benötigt.²⁸ In Übereinstimmung mit Art. 6 OR ist das Stillschweigen des Vermieters als Verzicht

²³ SVIT (SCHWEIZERISCHER VERBAND DER IMMOBILIENTREUHÄNDER), Das schweizerische Mietrecht, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2008, Art. 262 N 8 (nachfolgend: SVIT-KOMMENTAR); SOHM MARTIN, Untermiete – ausgewählte Aspekte, Vortragsmanuskript zum St. Galler Mietrechtstag vom 27. November 2013 in Zürich, S. 6.

²⁴ BGE 136 III 186, E. 3.2.3; vgl. auch mp 3/10, 196 ff.

²⁵ HEINRICH PETER, Kommentar zu Art. 262 OR, in: Müller-Chen et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 262 N 3 (nachfolgend: CHK-P. HEINRICH).

²⁶ BBl 1985 S. 1442; LACHAT/ZAHRADNIK, S. 474.

²⁷ HIGI PETER, Kommentar zu Art. 262 OR, in: Peter Gauch (Hrsg.), Die Miete, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2b, Erste Lieferung Art. 253–265 OR, 3. Aufl., Zürich 1994, Art. 262 N 30; SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 9.

²⁸ HIGI, Art. 262 N 30; LACHAT/ZAHRADNIK, S. 470.

auf die Geltendmachung eines Verweigerungsgrundes gemäss Art. 262 Abs. 2 OR und damit als Zustimmung zu deuten.²⁹

[Rz 21] Der Mangel an Regelungsvorschriften über Form und Inhalt der Mitteilung an den Vermieter ist für die Gastgeber auf Airbnb von Vorteil. Obschon die bisherige Literatur davon ausgeht, dass sich die Zustimmung auf ein konkret in Frage stehendes Untermietverhältnis und damit auf eine konkrete Person als Untermieter bezieht, dürfte diese Sichtweise im Lichte der modernen Wohnformen veraltet sein.³⁰ Vielmehr ist vor diesem Hintergrund zumindest im Hinblick auf die Person des Untermieters eine generelle Zustimmung des Vermieters sachdienlich, solange die wesentlichen Merkmale, d.h. Untermietzins, betroffener Wohnungsteil (ganze Wohnung oder einzelne Zimmer), Besuchertyp, Dauer der Untermiete, Anzahl Benutzer, allfällig weitere Dienstleistungen, klar formuliert und von der Zustimmung des Vermieters erfasst sind.³¹

[Rz 22] In eben diesem Sinne ist es in der Realität kaum umsetzbar, dass der Mieter für jeden einzelnen Feriengast eine neue Zustimmung einholen muss. Es scheint vielmehr angezeigt, dass der Mieter und Airbnb-Anbieter im Sinne eines einmaligen Gesuches dem Vermieter die notwendigen Konditionen wie Untermietzins, Personentyp des Untermieters respektive Gastes und allfälligen zusätzlichen Dienstleistungen bekannt gibt, welche bei jedem einzelnen Besucher zur Anwendung gelangen. Darüber hinaus sollten vernünftigerweise auch Angaben über die beabsichtigte Frequenz der Nutzung des Onlinereisedienstes und entsprechende Gästefluktuations gemacht werden. Idealerweise gibt der Mieter dem Vermieter – bevor die erste Buchung stattgefunden hat – den Link auf sein entsprechendes Inserat auf der Onlineplattform, damit sich dieser selber ein Bild der Konditionen machen kann.

[Rz 23] Solche Ergänzungen der gesetzlichen Regelung des Zustimmungserfordernisses durch den Vermieter sind Parteivereinbarungen, welche der Vertragsfreiheit unterliegen.³² Somit ist die Frage berechtigt, weshalb der Vermieter einer solchen Ergänzung zustimmen soll, die allem Anschein nach Unruhe und möglicherweise Probleme bereiten wird. Wie bei vielen Vertragsverhandlungen ist hier das gegenseitige Vertrauen ein wesentlicher Faktor, welcher ausserhalb des juristischen Wirkungskreises liegt. Wie aber weiter unten in diesem Text gezeigt wird, ist es für den Vermieter kein Leichtes, die wesentlichen Nachteile im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR als pauschalen Verweigerungsgrund für jegliche Art von möglicher Unruhe anzuführen. Es kann ein solcher nur geltend gemacht werden, wenn die Untermiete die Zweckbestimmung des Hauptmietvertrages in objektiver Weise verändert.³³

[Rz 24] Schliesslich gilt es festzuhalten, dass der Anbieter bei veränderten Verhältnissen eine entsprechende Meldung an den Vermieter machen muss, da er sich in diesem Falle nicht mehr auf die ursprüngliche Zustimmung berufen kann.³⁴

²⁹ SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 26.

³⁰ HIGL, Art. 262 N 32 f. OR; ARNOLD F. RUSCH, Die wachsende Wohnung, in: Jusletter 10. Februar 2014.

³¹ In diesem Sinne SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 11; vgl. nachfolgend E.2.a).

³² SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 2.

³³ Siehe unten unter D.2.c)

³⁴ Vgl. auch Fn. 30.

2. Die möglichen Verweigerungsgründe gemäss Art. 262 Abs. 2 OR

[Rz 25] Der Vermieter kann die Zustimmung zur Untermiete nur verweigern, wenn ein Ausschlussgrund gemäss Art. 262 Abs. 2 OR gegeben ist. Die Beweislast für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes trägt der Vermieter.³⁵

[Rz 26] Hat der Vermieter seine Zustimmung einmal erteilt, kann er diese nicht mehr widerrufen, solange sich der Untermieter nicht nachteilig verhält. Der Mieter kann das Objekt für unbeschränkte Zeit untervermieten, solange er die Absicht hegt, dorthin zurückzukehren.³⁶ Tritt indes nach Erteilung der Zustimmung ein Verweigerungsgrund ein, beispielsweise wenn der Mieter nach der Einholung der Zustimmung den Untermietzins in missbräuchlicher Weise erhöht, kann die Zustimmung gemäss den Formvorschriften von Art. 269d Abs. 3 OR widerrufen werden.

a) Nichtbekanntgabe der Untermietbedingungen

[Rz 27] Ein Vermieter kann sich berechtigterweise dann auf einen Verweigerungsgrund berufen, wenn der Mieter ein Untermietverhältnis eingegangen ist, aber auch nach entsprechender Aufforderung keine Angaben darüber macht.³⁷

b) Missbräuchlichkeit der Untermietbedingungen

[Rz 28] Missbräuchliche Untermietbedingungen liegen dann vor, wenn die Konditionen des Untermietvertrages im Vergleich zu denjenigen des Mietvertrages für den Untermieter wesentlich ungünstiger sind, ohne dass dafür ein sachlicher Grund besteht.³⁸ Dabei bezweckt die Norm entgegen dem Wortlaut nicht den Schutz des Untermieters, sondern denjenigen des Vermieters. Dieser hat in Ermangelung bedeutender Eigenleistung des Mieters ein Interesse an der Verhinderung der gewinnbringenden und damit gewerbsmässigen Untermiete.³⁹ Gerade bei der unbefristeten Untermiete beachtet der Gesetzgeber zu wenig, dass der Mieter durch die Untermiete trotz der gesetzlichen Beschränkungen häufig Gewinne erzielt, denen keine Investitionen gegenüberstehen.⁴⁰

[Rz 29] So greift der Mieter in die Vermögensrechte des Vermieters ein, wenn er ein Untermietverhältnis eingeht, welches über den ihm durch den Hauptmietvertrag gewährten Umfang hinaus geht bzw. mit welchem er einen Gewinn erzielt. Auf diese Weise führt der Mieter das Geschäft des Vermieters wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt der Mieter in den Fällen der unzulässigen Untermiete zudem bösgläubig, weil er wissen müsste, dass er die Sache eines Dritten unrechtmässig nutzt und sich damit in die Rechtssphäre des Vermieters einmischt. Dasselbe gilt, wenn der Mieter den Vermieter auf Verlangen über die Höhe des Untermietzinses mit einem gefälschten Untermietvertrag täuscht. Entsprechend hat der

³⁵ WEBER ROGER, Die Miete, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – OR I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 262 OR N 5.

³⁶ CHK-P. HEINRICH, Art. 262 N 7a; Urteil des Bundesgerichts 4C.155/2000 vom 30. August 2000, E. 2b (mp 4/2000, S. 181ff.).

³⁷ Zum aktuellen Fall aus Bern vgl. vorstehend Fn. 3. Siehe auch unten unter IIE.2.a).

³⁸ CHK-P. HEINRICH, Art. 262 N 6.

³⁹ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 467; SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 17; HIGI, Art. 262 N 42.

⁴⁰ BK-WEBER, Art. 262 N 2.

Mieter den erwirtschafteten Gewinn an den Vermieter gemäss Art. 423 Abs. 1 OR herauszugeben.⁴¹

[Rz 30] Zentral ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob ein sachlich vertretbarer oder nicht vertretbarer Überschuss erzielt wird. Mit der Lehre und Rechtsprechung gehen auch die Autorinnen von der Legitimität eines sachlich gerechtfertigten Überschusses aus.⁴² So sind erhöhte Untermietzinse, welche zusätzliche Leistungen oder Investitionen des Mieters in üblicher Höhe abgelten, unter dem Begriff der Missbräuchlichkeit nicht zu beanstanden.⁴³ Es gibt keinen abschliessenden Katalog über die Gründe einer sachlichen Rechtfertigung. Immerhin muss die Begründung des Gewinnes vernünftig und durch einen unabhängigen Dritten nachvollziehbar sein. Folgende beispielhafte Aufzählung kann nach der hier vertretenen Ansicht bei der Berechnung des Untermietzinses für einen Anbieter auf Airbnb berücksichtigt werden:

Gegenstand	Prozentualer Aufschlag	Begründung
Mietzins inkl. Nebenkosten	Gemäss Hauptmietvertrag	Unter Berücksichtigung der Anzahl Räume, die untervermietet werden (siehe BGE 119 II 353)
Mobiliar	< 20%	BGE 119 II 353
Versicherungsprämie für nicht versicherte Schäden	< 5%	Sämtliche durch Airbnb ausgeschlossene Risiken ⁴⁴ sowie die Haftungsrisiken gegenüber dem Haupt- als auch dem Untermieter (Art. 97 Abs. 1 / 258 i.V.m. 101 OR)
Kurtaxe	Je nach Kanton	Siehe unter B.2.
Internet-/Telefonnutzung	Pauschalbetrag	Je nach Rechnungsbetrag des Mieters
Reinigung	Betrag nach Nutzung der Fachkraft	Bei zwei Stunden pro Woche bei einem Stundenansatz von CHF 35 resultiert CHF 280 / Monat
Weiteres (Waschkarten, etc.)	Pauschalbetrag	Gemäss effektiver Nutzung

[Rz 31] Im Übrigen sind im Fall von teilweiser Untervermietung auch Reduktionsgründe zu beachten wie zum Beispiel das Fehlen einer Waschmaschine oder die sehr eingeschränkte Küchen-

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 4C.227/1999 vom 11. Januar 2000, E. 2b (Pra 2000, Nr. 11); BGE 126 III 69, E. 2a, S. 72, siehe auch mp 3/00, S. 128 ff. Urteil des Bundesgerichts 4A_594/2012 vom 28. Februar 2013, wo der Mieter den Vermieter auf entsprechende Anfrage über den Preis der Untermiete mittels Urkundenfälschung getäuscht hat.

⁴² BGE 119 II 353, E. 6c (Pra 1993 Nr. 57); mp 2/94 S. 66: Zusammenfassung der kontroversen Doktrin; gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein Untermietzins, der den Mietzins um 30 – 40% übersteigt, als missbräuchlich zu qualifizieren.

⁴³ BGE 119 II 353, E. 5c/cc (Pra 1994, Nr. 57), mp 3/12, S. 269, 274 f. (Cour de Justice du Canton de Genève, 24. Juni 2011).

⁴⁴ Airbnb Gastgeber-Garantie, im Internet unter https://www.airbnb.ch/terms?locale=de&policy_name=host_guarantee (zuletzt besucht am 17. Juni 2014).

benützung.⁴⁵

[Rz 32] Nebst einer sachlich gerechtfertigten Erhöhung des Untermietzinses im Vergleich zum Entgelt gemäss Hauptmietvertrag sind geringfügige Untermietzinsgewinne auch dann zulässig, wenn sie einer direkten Begründung entbehren.⁴⁶ In der Lehre wird diese Marge einstweilen mit Zinserhebungen auf den Mietzins oder Verwaltungskosten erklärt.⁴⁷ Peter Heinrich erachtet in seiner Dissertation einen Untermietgewinn von 3% des Hauptmietzinses beziehungsweise CHF 100 pro Monat als gerechtfertigt.⁴⁸ Andere Autoren verzichten auf die Begrenzung des zulässigen Gewinnes mittels einer Faustregel oder Pauschalisierung. Sie vertreten vielmehr die Auffassung, dass der Mieter vom Untermieter eine sogenannte Risikoprämie für Untermietzinsausfälle erheben darf.⁴⁹ Das Bundesgericht hat die Frage bis anhin offen gelassen.⁵⁰

[Rz 33] Zusammenfassend wird festgehalten, dass ein den Mietzins übersteigender Untermietzins dann nicht zu beanstanden ist, wenn er sachlich gerechtfertigt ist und den von der Lehre anerkannten geringfügigen Untermietzinsgewinn ohne sachliche Rechtfertigung nicht übersteigt.

c) Wesentliche Nachteile für den Vermieter

[Rz 34] Wesentliche Nachteile im Sinne dieser Bestimmung liegen in der Regel in Fällen von vertragswidriger oder -fremder Nutzung oder Schädigungen am Mietobjekt vor.⁵¹ Die Nachteile müssen allerdings für einen unabhängigen Dritten erkennbar sein. Alleine die subjektive Ansicht des Vermieters genügt nicht.⁵² Zudem muss der Nachteil wesentlich sein. Demzufolge vermag nicht jede unbedeutende Abweichung vom vereinbarten bzw. üblichen Gebrauch einen Verweigerungsgrund bilden.⁵³

[Rz 35] Sämtliche Bedingungen, die im Hauptmietvertrag stehen und mit Art. 18 f. OR vereinbar sind, hat der Mieter respektive Untermieter zu respektieren und sollten im Untermietvertrag reflektiert sein. Andernfalls muss der Mieter mit der legitimen Verweigerung der Zustimmung durch den Vermieter rechnen.

[Rz 36] Zur Beurteilung über das Vorliegen von wesentlichen Nachteilen für den Vermieter ist dementsprechend regelmässig auf den Hauptmietvertrag zurückzugreifen. Ein wesentlicher Nachteil für den Vermieter liegt beispielsweise bei subventionierten Wohnungen vor, welche nur an Paare ohne oder mit Kindern vermietet werden dürfen und der Untermieter dieses Kriterium nicht erfüllt.⁵⁴ Die Nationalität oder Religion des Untermieters oder die Tatsache, dass eine Untervermietung nicht im Einklang mit der Vermietungspolitik eines institutionellen Anlegers steht,

⁴⁵ BGE 119 II 353, E. 5.c.cc (Pra 1994, Nr. 57).

⁴⁶ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 468; HEINRICH PETER, Die Untermiete, Diss. Zürich 1999, S. 108 (nachfolgend: Heinrich, Die Untermiete); offen gelassen in Urteil des Bundesgerichts 4C.331/2004 vom 17. März 2005.

⁴⁷ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 468.

⁴⁸ HEINRICH, Die Untermiete, S. 108.

⁴⁹ SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 OR N 17.

⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 4C.331/2004 vom 17. März 2005, E. 1.2.2.: Nicht entscheidend und deshalb nicht zu diskutieren ist schliesslich auch die von der Klägerin angerufene Lehrmeinung, nach der ein Untermietgewinn von höchstens 3 % des Hauptmietzinses zulässig ist (HEINRICH, Die Untermiete, S. 108).

⁵¹ CHK-P. HEINRICH, Art. 262 N 6.

⁵² LACHAT/ZAHRADNIK, S. 469.

⁵³ SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 22.

⁵⁴ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 469 m.w.H.; Obergericht ZH vom 7. September 1995 in MRA 1997 S. 201 ff.

kann jedoch nie einen Verweigerungsgrund darstellen.⁵⁵

[Rz 37] In der Rechtsprechung werden wesentliche Nachteile im Sinne dieser Bestimmung aber auch dann angenommen, wenn der Untermieter zwar nicht dem Vermieter, aber den restlichen Mietern in der betroffenen Liegenschaft wesentliche Nachteile bereitet.⁵⁶ Wesentliche Nachteile in diesem Sinne können beispielsweise entstehen, wenn die Sache durch den Untermieter in erheblich intensiverer Weise genutzt wird, als dies bis anhin durch die regulären Mieter der Fall war.⁵⁷

[Rz 38] Wird ein Mietobjekt über die Online-Plattform Airbnb untervermietet, so dürften dem Vermieter angesichts der erhöhten Abnutzung und des ebenso erhöhten Schadenrisikos die Warnlampen aufleuchten. Teilweise wird gar die Ansicht vertreten, dass durch die Regelmässigkeit von Untermietverhältnissen die gewerbliche Nutzung begründet wird, welche nicht Teil des Hauptmietvertrages ist und damit einen wesentlichen Nachteil darstellt.⁵⁸ Der Vermieter dürfte dabei vor allem den Kontrollverlust über seine Mieterschaft bzw. Liegenschaft fürchten. So wird ein argwöhnischer Vermieter schnell vermuten, dass die Ausschreibung von Wohnungen in seiner Liegenschaft auf dem weltweiten Netz Personen von sozial niedrigeren Schichten anzieht und im schlimmsten Falle gar das «Milieu» in seinem Haus Einzug hält. Gleichzeitig wird er um das Wohl und die Sicherheit der übrigen Mieter in der Liegenschaft besorgt sein, welche sich an den kulturellen Unterschieden und möglichen nächtlichen Aktivitäten der Airbnb-Nutzer oder deren Kinder stören könnten. Diese Nutzung, so weitere Stimmen, stelle einen Verweigerungs- und damit gegebenenfalls einen Kündigungsgrund dar.⁵⁹

[Rz 39] Dieser Ansicht ist punkto Schadenrisiko entgegen zu halten, dass Kosten im Zusammenhang mit Schäden, die der Untermieter am Mietobjekt verursacht, dem Mieter bzw. Gastgeber nicht nur aufgrund der gesetzlichen Grundlage, sondern auch in Ermangelung der Übernahme von Verantwortung durch Airbnb angelastet werden.⁶⁰ Davon ausgeschlossen sind Schäden am Eigentum des Gastgebers, welche durch einen Gast verursacht wurden und von Airbnb unter sehr restriktiven Bedingungen ersetzt werden.⁶¹

[Rz 40] Folglich trägt der Vermieter lediglich das Inkassorisiko, welches er in der Regel bereits beim Vertragsschluss mit dem Mieter ausgeschlossen haben dürfte. Entsprechend wird sich der Mieter hüten, sein Mietobjekt unzuverlässigen oder nicht vertrauenswürdigen Airbnb-Nutzern zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass die Risikobereitschaft

⁵⁵ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 469.

⁵⁶ SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 25, wo beispielsweise eine Palästinenser Organisation in einer Liegenschaft zur Untermiete war, wo das Sekretariat der Israelitischen Cultusgemeinschaft ebenfalls Mieter war.

⁵⁷ BK-WEBER, Art. 262 N 8 m.w.H.

⁵⁸ SRF 10vor10, Sendung vom 4. Juni 2014.

⁵⁹ CUKAS JVO, «Die Mietwohnung als Geldquelle», Artikel im Tagesanzeiger vom 30. August 2013, <http://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/stadt/Die-Mietwohnung-als-Geldquelle/story/29795861> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2013).

⁶⁰ Airbnb Nutzungsbedingungen in der Fassung vom 7. April 2014, im Internet unter <https://www.airbnb.ch/terms> (zuletzt besucht am 17. Juni 2014), wonach sich die Verantwortung von Airbnb darauf beschränkt, (i) die Verfügbarkeit der Webseite, der Anwendung und der Dienste (d.h. Herstellen der Verbindung zwischen Nutzern) zu ermöglichen und (ii) als Vertreter jedes Gastgebers für die Einziehung von Zahlungen zu agieren, um Zahlungen von Gästen im Namen des Gastgebers anzunehmen. Der Nutzer muss bei der Abwicklung von Buchungen bestätigen, dass die von ihm veröffentlichten Inserate sowie die Buchung der darin genannten Unterkunft oder der Aufenthalt eines Gastes in der darin genannten Unterkunft (i) nicht gegen Vereinbarungen mit Dritten verstösst und (ii) im Einklang mit allen einschlägigen Gesetzen steht.

⁶¹ Airbnb Gastgebergarantie in der Fassung vom 7. April 2014, im Internet unter https://www.airbnb.ch/terms?locale=de&policy_name=host_guarantee (zuletzt besucht am 17. Juni 2014).

des Mieters bei der Auswahl des Untermieters auch nicht durch Gewinnaussichten durch überhöhte Untermietzinse gesteigert werden dürfte, da diese grundsätzlich unzulässig sind.⁶²

[Rz 41] Airbnb hat zum Zweck der Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit der verschiedenen Nutzer ein Bewertungssystem basierend auf den individuellen Ansichten von Nutzern eingerichtet. Die Identität der Nutzer selbst kann durch verschiedene Tools (Identifizierungsmöglichkeiten) überprüft werden, welche von Airbnb zur Verfügung gestellt werden und das Vertrauen unter- und ineinander steigern. Die Evaluation von einem potentiellen Nutzer als Untermieter findet schliesslich in der Interaktion zwischen den Nutzern auf der Plattform vor Vertragsschluss ihren Abschluss. So hat der Gastgeber die Möglichkeit, informiert darüber entscheiden zu können, welche Buchungsanfragen bestätigt werden wollen.

[Rz 42] Der Zahlungsverkehr wird über Airbnb abgewickelt. Die Nutzer sind dabei verpflichtet Ihre Kreditkartenangaben zu hinterlegen. Entsprechend sind Barzahlungen und damit eine Verschleierung der involvierten Personen ausgeschlossen. Der sogenannte «Paper Trail» ist sicher gestellt.

[Rz 43] Ein Restrisiko, den «falschen» Untermieter ausgesucht zu haben, bleibt selbstverständlich trotzdem. Dieses besteht freilich in jedem anderen Fall der Untermiete, welcher nicht über Airbnb zustande kommt, und kann daher nicht zur Begründung des wesentlichen Nachteils des Vermieters herbeigezogen werden.

[Rz 44] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Risiken der Untermiete durch die Online-Plattform Airbnb gegenüber der bisherigen Praxis der Untermiete nicht wesentlich höher sind und daher den wesentlichen Nachteil im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR nicht zu begründen vermögen.

[Rz 45] Folgt man dieser Ansicht, so wird für den Vermieter die Regelmässigkeit von Untervermietungen der einzige potentielle Hinderungsgrund zur Erteilung der Zustimmung sein. Ist die wochenendweise Untermiete eines Wochenaufhalters als Mieter dem Vermieter und den übrigen Mietern in der Liegenschaft zumutbar? Ist es vertretbar, das Mietobjekt während den fünf bis sechs Wochen pro Jahr, welche ein Mieter durchschnittlich im Ausland verbringen dürfte, einem Airbnb-Nutzer zur Untermiete anzubieten?

[Rz 46] Die wochenendweise Untermiete hat zum Vorteil, dass die Dauer kurz und die Abnutzung klein sein dürfte, da die Wochenendbesucher ihre Zeit wohl mehrheitlich in die Besichtigung der Stadt oder dem Besuch von Freunden und Bekannten investieren, als sich hauptsächlich in der gemieteten Wohnung aufzuhalten werden. Sie hat indes zum Nachteil, dass verschiedene, dem Rest der Mieterschaft unbekannte Gesichter in der Liegenschaft ein- und ausgehen. In der Praxis dürfte die Beurteilung, ob die Frequenz der Besucher ein wesentlicher Nachteil für den Vermieter ist, von der Art der Liegenschaft abhängen. Eine Seniorenresidenz dürfte sich kaum dafür eignen, genauso wenig ein Reihenhaus in der Gegend von jungen Familien. Hingegen würde der Wochenendbesuch von Airbnb-Nutzern in einem städtischen Wohnblock mit durchschnittlich 20 Mietwohnungen kaum auffallen und als wesentlicher Nachteil betrachtet werden. Entsprechend darf prognostiziert werden, dass die Beurteilung der Regelmässigkeit als wesentlicher Nachteil von Fall zu Fall unterschiedlich ausfällt und zu Recht der Autonomie der Parteien unterliegt.

[Rz 47] Nach Ansicht der Autorinnen fällt die Regelmässigkeit im Beispiel der wochenweisen

⁶² Vgl. nachfolgend D.2.b).

Untermiete während Ferienabwesenheiten von Mietern weniger ins Gewicht. Unter Verweis auf die vorgenannte durchschnittliche Ferienzeit wird der Schweizer oder die Schweizerin zwei oder maximal drei Mal an je einer bis maximal drei Wochen in die Ferien reisen. Es kommen dementsprechend nicht mehr als zwei bis maximal drei Untermietverhältnisse pro Jahr vor. Diese Anzahl dürfte kaum als wesentlichen Nachteil für den Vermieter auszulegen sein.

[Rz 48] Von der Frage, ob die Regelmässigkeit von Untermietern einen wesentlichen Nachteil im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR darstellt, ist die Frage zu unterscheiden, ob die Regelmässigkeit von Untermietern an sich den Verwendungszweck des Mietvertrages sprengt.

[Rz 49] Die Miete ist die Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt. Das Gesetz bindet die Miete nicht an das Erfordernis einer gewissen zeitlichen Dauer. Vielmehr kann ein Mietverhältnis auf unbefristete oder befristete Dauer abgeschlossen werden.⁶³ Dabei verpflichtet sich der Vermieter, dem Mieter das Objekt zu ungestörtem Gebrauch zu überlassen. Der Mieter wird im Objekt wohnen, das heisst schlafen, essen und anderen privaten Interessen nachgehen.

[Rz 50] Die Nutzer von Airbnb gehen keiner anderen Tätigkeit nach, wenn sie in einem Objekt zur Untermiete sind. Davon zu unterscheiden sind selbstredend all die Fälle, in denen der Untermieter in vertragswidriger Weise beispielsweise ein Geschäft betreibt. Folgerichtig verstösst die Regelmässigkeit an sich – nach Ansicht der Autorinnen – nicht gegen den Gesetzestext und dürfte daher auch dem Vertragszweck eines herkömmlichen Mietvertrages entsprechen.

3. Vorgehen bei unberechtigter Zustimmungsverweigerung

[Rz 51] Nehmen wir an, der Mieter hat den Vermieter über die geplante Untervermietung über die Airbnb-Plattform informiert und ihm die Konditionen dieser Untermiete bekannt gegeben. Obwohl weder ein Ausschlussgrund gemäss Art. 262 Abs. 2 OR vorliegt, noch eine Bestimmung des Hauptmietvertrages dieser Zustimmung entgegensteht, verweigert der Vermieter dem Mieter die Zustimmung. Was kann der Mieter in diesem Fall tun?

[Rz 52] Verweigert der Vermieter die Zustimmung zur Untermiete ohne Angabe eines Verweigerungsgrundes, oder gibt er einen solchen Grund an, aber die Parteien sind sich uneinig, ob dieser Grund tatsächlich die Kriterien von Art. 262 Abs. 2 OR erfüllt, so hat der Mieter zwei Möglichkeiten: Entweder er setzt sich über den Willen des Vermieters hinweg und erfüllt den Untermietvertrag dennoch (mit dem Risiko, dass der Mietvertrag gekündigt wird und sich das Vorgehen des Mieters später allenfalls auch noch als vertragswidrig erweist), oder er beschreitet zuerst den Prozessweg und gelangt an die Schlichtungsbehörde. Im ersten Fall riskiert er die ordentliche oder – nach schriftlicher Abmahnung – ausserordentliche Kündigung des Hauptmietvertrages, was ihn (ebenfalls) zur Beschreitung des Prozessweges zwingt, wenn diese ungerechtfertigt ist. Im zweiten Fall wird er Klage auf Feststellung erheben, dass sein Recht auf Untervermietung mangels Verweigerungsgrund besteht, bzw. den Antrag stellen, es sei ihm die Zustimmung zur Untermiete zu erteilen.⁶⁴

[Rz 53] Entsteht dem Mieter aus der unberechtigten Verweigerung der Zustimmung zudem ein

⁶³ BK-WEBER, Art. 253 N 1 ff.; SVIT-KOMMENTAR, Vorbemerkungen zu Art. 253 N 1 ff.

⁶⁴ HIGI, Art. 262 N 56; SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 29.

Schaden, kann er vom Vermieter Schadenersatz auf der Grundlage von Art. 97 OR verlangen.⁶⁵ Der Vollständigkeit halber sei anzufügen, dass der Untermieter selber nicht gegen den Hauptvermieter vorgehen kann, da er in keiner vertraglichen Beziehung zu diesem steht. Die praktische Relevanz dieser Überlegung ist bei Airbnb-Untermietern aber ohnehin gering.

[Rz 54] Dem Mieter ist u.E. nicht zu empfehlen, sich über das vom Vermieter ausgesprochene Verbot der Untermiete hinwegzusetzen, selbst wenn er der Ansicht ist, die Verweigerung sei nicht gerechtfertigt: Spricht der Vermieter in der Folge nämlich eine Kündigung aus, so hängt vom Ergebnis der richterlichen Prüfung, ob der Vermieter die Zustimmung tatsächlich verweigern durfte, die Gültigkeit der Kündigung ab.⁶⁶

E. Wenn keine Zustimmung des Vermieters vorliegt

1. Allgemeines

[Rz 55] Verhält sich der Mieter vertragswidrig, so wird der Vermieter den Mietvertrag in der Regel kündigen wollen.

[Rz 56] Unbefristete Mietverhältnisse können durch beide Parteien unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Fristen und Termine ordentlich gekündigt werden (Art. 266a Abs. 1 OR). Daneben sieht das Gesetz an verschiedenen Stellen die Möglichkeit einer ausserordentlichen Kündigung vor (z.B. Art. 266g, 257f Abs. 3 OR). Diese ist grundsätzlich auch bei befristeten Mietverhältnissen oder während einer laufenden Mindestvertragsdauer oder Erstreckungsfrist möglich. Sind die entsprechenden Voraussetzungen gegeben, kann sogar während einer bereits laufenden ordentlichen Kündigungsfrist ein zweites Mal ausserordentlich gekündigt werden. Die ordentliche Kündigungsfrist wird sodann «überholt» und das Mietverhältnis auf den ausserordentlichen Kündigungstermin beendet.⁶⁷

[Rz 57] Als Gestaltungsrecht ist die Kündigung bedingungsfeindlich. Eine Umwandlung einer ausserordentlichen in eine ordentlichen Kündigung ist deshalb nicht möglich.⁶⁸

2. Fragestellung mit Bezug auf Airbnb

[Rz 58] Vorliegend interessiert vor allem die Frage, welche Möglichkeiten der Vermieter bzw. was der Mieter zu befürchten hat, wenn er die Mietwohnung oder Teile davon ohne Zustimmung des Vermieters bzw. gegen dessen Willen auf Airbnb ausschreibt und temporären Untermietern zur Verfügung stellt. Es sind drei Fälle zu unterscheiden:

- Der Mieter unterlässt es, den Vermieter über die geplante Untervermietung via Airbnb zu informieren: Hier geschieht die Untervermietung **ohne Zustimmung**, ja sogar **ohne Kenntnis** des Vermieters. Vermutlich ist dies gegenwärtig der in der Praxis häufiger vorkommende Fall (nachfolgend a.);

⁶⁵ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 473.

⁶⁶ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 473.

⁶⁷ CHK-P. HEINRICH, Art. 266–266f N 8.

⁶⁸ BGE 135 III 441, E. 3.2.

- Der Mieter informiert den Vermieter über die geplante Ausschreibung auf Airbnb, und dieser **verweigert die Zustimmung** zur Untermiete: Wenn der Mieter die Wohnung dennoch an den Airbnb-Kunden vermietet, geschieht die Untervermietung gegen den ausdrücklichen Willen des Vermieters (nachfolgend b.);
- Der Mieter informiert den Vermieter über die geplante Ausschreibung, und dieser beantwortet das Begehren um Zustimmung zur Untermiete nicht (**Stillschweigen des Vermieters**; nachfolgend c.).

a) **Untervermietung ohne Zustimmung und Kenntnis des Vermieters**

[Rz 59] Der Mieter bzw. Untervermieter hat gegenüber dem Hauptmieter Anspruch auf Zustimmung zur Untermiete, unter den Voraussetzungen von Art. 262 Abs. 1 und 2 OR. Gleichzeitig ist der Untervermieter aber verpflichtet, den Hauptvermieter um Zustimmung zur Untermiete zu ersuchen und ihm alle wesentlichen Informationen zur Untermiete mitzuteilen. Enthält der Hauptmietvertrag Modalitäten zur Auskunftserteilung (z.B. jährliche Auskunft) und schränken diese die Rechte des Mieters nicht zu sehr ein, so sind diese ebenfalls zu beachten.⁶⁹ Aufgrund des relativ zwingenden Charakters von Art. 262 Abs. 2 OR sind Vereinbarungen im Hauptvertrag unzulässig, welche die Zustimmung von Bedingungen abhängig macht, die weiter gehen als die Verweigerungsgründe von Art. 262 Abs. 2 OR oder derart beschränkende Modalitäten festlegen, dass damit ein verstecktes Verbot der Untermiete erzielt wird.⁷⁰

[Rz 60] Will der Mieter seine Mietwohnung oder Teile davon via Airbnb untervermieten und unterlässt er es, die Zustimmung des Vermieters einzuholen, so gibt er diesem die Bedingungen der Untermiete nicht bekannt und begeht hierdurch eine Verletzung des Mietvertrages. Gemäss Higi⁷¹ setzt er damit gleichzeitig den Verweigerungsgrund von Art. 262 Abs. 2 lit. a OR. Lässt er den Untermieter sodann tatsächlich im Mietobjekt wohnen, so stellt dies ein vertragswidriges unzulässiges Untervermieten dar. Möglich ist aber, dass der Vermieter seine Zustimmung nachträglich erteilt. LACHAT/ZAHRADNIK⁷² sehen dies anders: Zwar begehe der Mieter eine Vertragsverletzung, wenn er keine Zustimmung des Vermieters einholt; diese bleibe aber ohne konkrete Folgen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der Zustimmung erfüllt sind. Auch Weber⁷³ ist der Ansicht, die Untervermietung ohne Zustimmung des Vermieters sei nicht ohne weiteres unzulässig, sondern nur dann, wenn Gründe für die Verweigerung der Zustimmung gemäss Art. 262 Abs. 2 OR vorliegen.

[Rz 61] Ob der Vermieter dann, wenn er Kenntnis der nicht bewilligten Untermiete erhält und keine nachträgliche Zustimmung erteilt, den Hauptmietvertrag ordentlich kündigen kann, ist folglich umstritten. Ein Teil der Autoren⁷⁴ ist der Ansicht, die Kündigung sei *per se* gültig. Andere⁷⁵ machen die Zulässigkeit der Kündigung davon abhängig, ob ein Verweigerungsgrund gemä-

⁶⁹ HIGI, Art. 262 N 20.

⁷⁰ HIGI, Art. 262 N 31.

⁷¹ HIGI, Art. 262 N 20, 57 f.

⁷² LACHAT/ZAHRADNIK, S. 472.

⁷³ WEBER, Art. 262 N 4.

⁷⁴ SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 32; HIGI, Art. 262 N 58; HEINRICH, Die Untermiete, S. 136 f.

⁷⁵ WEBER, Art. 262 N 4; LACHAT/ZAHRADNIK, S. 472; im gleichen Sinn Urteil des Bundesgerichts 4A_217/2007 vom 4. September 2007, E. 3.

ss Art. 262 Abs. 2 OR vorgelegen hätte. Dasselbe gilt für die ausserordentliche Kündigung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann jedenfalls die Weigerung des Mieters, den Vermieter um Zustimmung zur Untermiete zu ersuchen, die Bedingungen der Untermiete bekannt zu geben (Art. 262 Abs. 2 lit. a OR) oder missbräuchliche Untermietkonditionen anzuwenden eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstellen, welche die Fortsetzung des Mietverhältnisses für den Vermieter im Sinne von Art. 257f Abs. 3 OR unzumutbar macht. Das Bundesgericht scheint hier ebenfalls die Auffassung zu vertreten, dass Verweigerungsgründe i.S.v. Art. 262 Abs. 2 OR vorliegen müssen.⁷⁶

[Rz 62] Der SVIT-Kommentar stellt sich mit Verweis auf Art. 108 Ziff. 1 OR auf den Standpunkt, die ausserordentliche Kündigung könne sogar ohne Abmahnung i.S.v. Art. 257f Abs. 3 OR geschehen, da der Mieter dadurch, dass er seiner gesetzlichen Pflicht zur Einholung der Zustimmung nicht nachkomme, die Ansetzung einer Frist unnütz erscheinen lasse.⁷⁷ Diese Ansicht ist abzulehnen.⁷⁸ Der Vermieter kann dem Mieter somit nicht sofort kündigen, wenn er von der Untermiete erfährt, sondern hat ihn schriftlich aufzufordern, das Untermietverhältnis zu beenden oder ein Gesuch um Zustimmung zur Untermiete zu stellen, bei dem er gleichzeitig die Bedingungen der Untermiete bekannt gibt. Bleibt diese Aufforderung erfolglos, so rechtfertigt dies die Kündigung des Hauptmietvertrages.⁷⁹

[Rz 63] Fehlende Zustimmung liegt auch dann vor, wenn der Untermieter wechselt oder vom neuen Untermieter ein erheblich höherer Untermietzins verlangt wird, als vom vorherigen Untermieter, für den der Vermieter seine Zustimmung erteilt hatte.⁸⁰ Im Falle der Untervermietung via Airbnb bedeutet dies also, dass der Mieter, der eine regelmässige Untervermietung via Airbnb plant, idealerweise von Beginn weg mit dem Vermieter vereinbart, wie viele Personen zulässig sind, welcher Teil der Wohnung betroffen ist, welcher Untermietzins verlangt wird, wie oft diese Untervermietung vermutungsweise stattfinden wird, etc.⁸¹ Hält er sich an diese «Spielregeln», so hat er nicht für jeden neuen Gast eine neue Zustimmung des Vermieters einzuholen.⁸²

[Rz 64] Nach der hier vertretenen Ansicht kann der Vermieter dem Mieter, welcher ohne vorgängige oder nachträglich erteilte Zustimmung seine ganze Wohnung oder Teile davon einem Gast via Airbnb zur Verfügung stellt, somit nur dann kündigen, wenn ein Verweigerungsgrund i.S.v. Art. 262 Abs. 2 OR vorliegt und er den Mieter zuerst abgemahnt hat.

b) Verweigerte Zustimmung

[Rz 65] Wie bereits ausgeführt, kann der Vermieter seine Zustimmung zur Untervermietung nur in den in Art. 262 Abs. 2 OR aufgeführten Fällen verweigern. Hat der Mieter somit dem Vermieter die Konditionen der geplanten Untervermietung via Airbnb mitgeteilt, und hat der Vermieter die Zustimmung berechtigterweise verweigert, so begeht der Mieter eine Vertragsverletzung i.S.v.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_516/2007 vom 6. März 2008, E. 3.1; vgl. auch BGE 134 III 446, E. 2.2.

⁷⁷ SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 32.

⁷⁸ Gl.M. HIGI, a.a.O., Art. 262 N 57; CHK-P. HEINRICH, Art. 262 N 5; BGE 134 III 446, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_516/2007 vom 6. März 2008, E. 3.1.

⁷⁹ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 472.

⁸⁰ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 471.

⁸¹ Vgl. oben D.1.

⁸² LACHAT/ZAHRADNIK, S. 471; für WEBER ist jedoch entscheidend, ob nachträglich ein Verweigerungsgrund eingetreten ist: WEBER, Art. 262 N 8a.

Art. 97 OR, wenn er die Wohnung dennoch untervermietet.

[Rz 66] Diese Vertragsverletzung berechtigt den Vermieter zu einer ordentlichen Kündigung des Mietvertrages.⁸³ In der Regel ist er auch zur ausserordentlichen Kündigung i.S.v. Art. 257f Abs. 3 OR berechtigt.⁸⁴ Der Vermieter hat aber die formellen Voraussetzungen einzuhalten: Er muss den Mieter vor Kündigung zusätzlich schriftlich und erfolglos zur Beendigung der Untermiete angehalten, d.h. abgemahnt haben.⁸⁵ Die blossе Zustimmungsverweigerung genügt nicht als Mahnung. Da bei Airbnb üblicherweise Wohnräume untervermietet werden, kann der Vermieter nicht fristlos, sondern nur mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf das Ende eines Monats kündigen (Art. 257f Abs. 3 OR).

[Rz 67] Nur in ganz extremen Fällen ist allenfalls sogar eine fristlose Kündigung möglich (Art. 257f Abs. 4 OR). Hier erübrigt sich eine Mahnung.⁸⁶

[Rz 68] Verweigert der Vermieter die Zustimmung, obwohl kein Verweigerungsgrund i.S.v. Art. 262 Abs. 2 OR vorliegt, so bleibt die Verweigerung wirkungslos und der Mieter darf das Objekt untervermieten. Gibt der Vermieter gar keinen oder einen Grund an, der nicht unter Art. 262 Abs. 2 OR fällt, so darf der Mieter den Untermietvertrag erfüllen, wie wenn die Zustimmung erteilt worden wäre. Kündigt der Vermieter in der Folge den Mietvertrag wegen unzulässiger Untervermietung, so verstösst diese gegen Treu und Glauben i.S.v. Art. 271 OR und ist konsequenterweise anfechtbar.⁸⁷

[Rz 69] Denkbar ist auch der Fall, in welchem der Vermieter seine Zustimmung zurücknimmt, weil nachträglich ein Verweigerungsgrund oder veränderte Verhältnisse eingetreten sind.⁸⁸ Dies ist etwas möglich, wenn der Vermieter sein Auskunftsrecht regelmässig wahrnimmt und beispielsweise erfährt, dass der Mieter den Mietzins gegenüber den Airbnb-Gästen in der Zwischenzeit in unzulässiger Weise erhöht hat. Da die Rücknahme der Zustimmung eine Einschränkung der Gebrauchsrechte des Mieters zur Folge hat, handelt es sich hierbei nach Ansicht des SVIT-Kommentars um eine einseitige Vertragsänderung zu Lasten des Mieters, die zur Folge hat, dass der Rückzug der Zustimmung auf dem amtlichen Formular kommuniziert werden muss.⁸⁹

c) Stillschweigen des Vermieters

[Rz 70] Ersucht der Mieter den Vermieter um Zustimmung zur Untermiete, und reagiert dieser trotz Mahnung des Mieters nicht bzw. nimmt er die Übergabe der Mietsache an den Untermieter ohne Widerspruch hin, so darf der Mieter wie bereits erwähnt annehmen, dass der Vermieter keinen Einwand gegen die Untermiete hat bzw. keinen Verweigerungsgrund gemäss Art. 262 Abs. 2 OR geltend machen will. Er scheint in diesem Fall berechtigt, den Untermietvertrag abzuschliessen und den Airbnb-Gast bei sich wohnen zu lassen.⁹⁰ Eine anschliessende Kündigung des

⁸³ WEBER, Art. 262 N 4a; SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 33.

⁸⁴ HIGL, Art. 262 N 49; SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 33; WEBER, Art. 262 N 4a; Urteil des Bundesgerichts 4A_516/2007 vom 6. März 2008, E. 3.1.

⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_516/2007 vom 6. März 2008, E. 3.1.

⁸⁶ HIGL, Art. 262 N 49.

⁸⁷ HIGL, Art. 262 N 54; SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 33; Urteil des Bundesgerichts 4C.155/2000 vom 30. August 2000, E. 2.

⁸⁸ SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 31.

⁸⁹ SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 61, mit Verweis auf BGE 125 III 62, E. 2b; ebenso CHK-P. HEINRICH, Art. 262 N 10.

⁹⁰ SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 28; HIGL, Art. 262 N 30.

Vermieters wegen fehlender Zustimmung wäre nach der hier vertretenen Meinung anfechtbar.

3. Form der Kündigung

[Rz 71] Im Gegensatz zum Mieter, bei dem einfache Schriftlichkeit für die Kündigung gegenüber dem Vermieter genügt, ist die Kündigung durch den Vermieter bei Wohn- und Geschäftsräumen nur formgültig, wenn er sie schriftlich und mittels eines amtlich genehmigten Formulars ausübt, welches angibt, wie der Mieter vorzugehen hat, wenn er die Kündigung anfechten oder das Mietverhältnis erstrecken lassen will (Art. 266l OR). Der Vermieter hat die Kündigung eigenhändig zu unterzeichnen; die Zustellung einer Kopie des amtlichen Formulars oder des Kündigungsschreibens (ohne eigenhändige Unterschrift) ist nicht ausreichend.⁹¹ Die kündigende Partei kann sich allerdings vertreten lassen, z.B. durch die Liegenschaftsverwaltung.⁹² Bei verheirateten oder in eingetragener Partnerschaft lebenden Mietern ist die Kündigung zusätzlich dem Ehegatten bzw. dem eingetragenen Partner zuzustellen, und zwar in getrennten Umschlägen (Art. 266n OR). Eine separate Aushändigung bzw. Zustellung ist hingegen nicht nötig: Nimmt ein Ehegatte bzw. eingetragener Partner beide Sendungen entgegen, ist es seine Sache, die andere Sendung weiterzuleiten.⁹³

[Rz 72] Hält der Vermieter diese Formvorschriften nicht ein, ist die Kündigung nichtig und von Amtes wegen zu berücksichtigen (Art. 266o OR).⁹⁴

4. Handlungsmöglichkeiten des Mieters

a) Anfechtung der Kündigung

[Rz 73] Art. 271 Abs. 1 OR bestimmt, dass eine treuwidrige Kündigung anfechtbar ist. Sie ist missbräuchlich, wenn sie nicht aus einem rechtsgenügend behaupteten, objektiven, ernstgemeinten und rechtlich schützenswerten Interesse erfolgt.⁹⁵ Ob die Kündigung gegen Treu und Glauben verstösst, ist im konkreten Einzelfall zu prüfen. Die Beweislast obliegt dem Empfänger der Kündigung, wobei der Kündigende jedoch zur Wahrheitsfindung beizutragen hat: Er muss die Kündigung begründen und nötigenfalls die relevanten Unterlagen vorlegen, d.h. er muss die Kündigungsgründe zumindest glaubhaft machen.⁹⁶

[Rz 74] Generell ist die Kündigung wegen Missachtung der fehlenden Zustimmung zur Untermiete dann missbräuchlich, wenn die Verweigerung zu Unrecht erfolgt ist, d.h. kein Verweigerungsgrund gemäss Art. 262 Abs. 2 OR vorlag.⁹⁷ Eine ausserordentliche Kündigung nach Art. 257f OR ist in diesem Fall unwirksam.⁹⁸ Wie aber bereits ausgeführt, gehen die Lehrmeinungen insbesondere dort auseinander, wo die Kündigung wegen fehlender Einholung der Zustimmung

⁹¹ Urteil des Bundesgerichts 4C.308/2004 vom 10. November 2004, E. 2.2.

⁹² CHK-P. HEINRICH, Art. 266l-266o N 4a.

⁹³ CHK-P. HEINRICH, Art. 266l-266o N 8.

⁹⁴ CHK-P. HEINRICH, Art. 266l-266o N 10.

⁹⁵ CHK-P. HEINRICH, Art. 271-271a N 3.

⁹⁶ CHK-P. HEINRICH, Art. 271-271a N 14 m.w.H.

⁹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.155/2000E. 2a; SVIT-KOMMENTAR, Art. 262 N 33; WEBER, Art. 262 N 3.

⁹⁸ CHK-P. HEINRICH, Art. 262 N 7.

ausgesprochen wurde.⁹⁹

[Rz 75] Nach Ansicht von LACHAT/ZAHRADNIK¹⁰⁰ ist eine ordentliche Kündigung des Mietvertrages jedenfalls dann anfechtbar und eine ausserordentliche Kündigung nichtig, wenn:

- der Vermieter sie nur deshalb ausgesprochen hat, weil der Mieter seine Zustimmung nicht eingeholt hat, im konkreten Fall aber kein Verweigerungsgrund gegeben ist;
- der Vermieter auf das Gesuch um Zustimmung nicht reagiert hat: Spricht er dennoch eine Kündigung aus, so verhält er sich missbräuchlich.

b) Erstreckung

[Rz 76] Der Mieter kann eine Erstreckung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung der Miete für ihn oder seine Familie eine Härte zur Folge hätte, die durch die Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen wäre (Art. 272 Abs. 1 OR). Durch die Erstreckung soll dem Mieter mehr Zeit gegeben werden, um eine Ersatzlokalität zu finden.¹⁰¹ Der Mieter hat sich jedoch ernsthaft um andere geeignete Räumlichkeiten zu bemühen und zwar auch dann, wenn er Zweifel hat, ob die Kündigung anfechtbar oder nichtig ist. Nur wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen, muss er keine Alternative suchen.¹⁰²

[Rz 77] Die Erstreckung ist jedoch gemäss Art. 272a OR u.a. dann ausgeschlossen, wenn die Kündigung wegen schwerer Verletzung der Pflicht des Mieters i.S.v. Art. 257f Abs. 3 und 4 OR ausgesprochen wurde. Erforderlich ist eine gewisse Intensität des vertragswidrigen Verhaltens, so dass dieses dem Vermieter auch nicht für eine beschränkte Zeit (Erstreckungsdauer) zugemutet werden kann. Der Vermieter hat im Prozess zu beweisen, dass der Mieter seine Pflichten zur Sorgfalt und Rücksichtnahme in schwerer Weise verletzt hat und er ihn erfolglos abgemahnt hat. Letzteres ist nicht notwendig, wenn der Vertrag auf der Grundlage von Art. 257f Abs. 4 OR aufgelöst wurde.¹⁰³

F. Haftungsfragen

[Rz 78] Der Mieter haftet dem Vermieter für jegliche schuldhaftige Verletzung des Mietvertrages (Art. 97 OR). Erfüllt der Mieter den Untermietvertrag trotz berechtigter Verweigerung des Vermieters, so haftet er dem Vermieter aus Schlecht- bzw. Nichterfüllung des Vertrages für den Schaden, den dieser aus der unzulässigen Untervermietung erleidet. Dies gilt ungeachtet davon, ob der Hauptmietvertrag gekündigt wurde oder nicht.¹⁰⁴

[Rz 79] Der Untermieter ist aus Sicht des Hauptvertrages Hilfsperson des Mieters. Letzterer haftet deshalb für das Verhalten des Untermieters aus Art. 101 OR. Der Mieter haftet somit u.a. für Schäden an der Wohnung, Lärm oder andere Sorgfaltspflichtenverletzungen des Untermieters.¹⁰⁵

⁹⁹ Vgl. vorstehend E.2.a)

¹⁰⁰ LACHAT/ZARADNIK, S. 473.

¹⁰¹ CHK-P. HEINRICH, Art. 272 OR N 3.

¹⁰² CHK-P. HEINRICH, Art. 272 N 4.

¹⁰³ SVIT-KOMMENTAR, Art. 272a N 9 f.

¹⁰⁴ HIGI, Art. 262 N 50.

¹⁰⁵ LACHAT/ZAHRADNIK, S. 479.

Der Mieter kann sich dieser Hilfspersonenhaftung nur entziehen, wenn er darlegen kann, dass ihm, wäre er in derselben Situation wie der Untermieter gewesen, kein Verschulden hätte vorgeworfen werden können.¹⁰⁶

[Rz 80] Nach Massgabe von Art. 262 Abs. 3 OR haftet der Mieter dem Vermieter überdies dafür, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selber gestattet ist.

[Rz 81] Wie bereits erwähnt, kann der Vermieter vom Mieter den Gewinn verlangen, den dieser aus dem Untermietverhältnis erlangt hat; Grundlage hierfür sind die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 Abs. 1 OR).¹⁰⁷

G. Schlusswort

[Rz 82] Die vorliegende Publikation zeigt, dass das Überlassen von Wohnraum an Dritte über die Online-Plattform Airbnb dem Institut der Untermiete gemäss Art. 262 OR zuzuordnen ist. Damit obliegt es dem Gastgeber, der Mieter ist, seinen Vermieter über sein Vorhaben zu informieren und dabei die wesentlichen Konditionen wie Untermietzins, Personentyp und -zahl des Untermieters sowie beabsichtigte Frequenz der Nutzung des Onlineportals und der Beherbergung von Gästen offen zu legen. Sollte er nach rund zwei Wochen keine Rücksprache vom Vermieter erhalten, darf er dies als Einverständnis deuten.

[Rz 83] Weigert sich der Vermieter allerdings, seine Zustimmung zur Untermiete zu geben, so muss differenziert werden. Einerseits müssen die Konditionen auf Airbnb mit denjenigen des Hauptmietvertrages übereinstimmen, andererseits dürfen dem Vermieter keine wesentlichen Nachteile durch die Nutzung der Airbnb-Community entstehen. In beiden Fällen ist dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ein grosser Stellenwert einzuräumen. So ist es an den Parteien, die Regelmässigkeit und den Besuchertypus zu definieren, dass der Vermieter seine Kontrolle im bisherigen Masse fortführen und der Mieter seine finanziellen Lücken schliessen oder seinem Interesse nach interkulturellem Austausch nachgehen kann. Schliesslich darf der Untermietzins nicht höher als der Mietzins sein, ohne dass der überlappende Betrag sachlich gerechtfertigt wäre oder – in Ermangelung einer sachlichen Rechtfertigung – dem von der Lehre anerkannten zulässigen Gewinn von rund 3% entspräche. Sind diese Einwände behoben oder sachlich zu rechtfertigen, so liegt nach Ansicht der Autorinnen kein Verweigerungsgrund vor, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass eine Kündigung, sei sie ordentlich oder ausserordentlich, nicht gerechtfertigt und damit anfechtbar ist. Der Mieter ist daher gut beraten, mit der Anfechtung zeitgleich die Erstreckung zu beantragen.

[Rz 84] Der Gastgeber bzw. Mieter, welcher ohne Zustimmung des Vermieters sein Mietobjekt bereits jetzt den Airbnb-Reisenden zur Verfügung stellt, tut gut daran, diesen Umstand der Vermieterschaft zu melden und das Einverständnis nachträglich einzuholen. Eine darauffolgende Kündigung ohne Vorliegen eines gesetzlichen Verweigerungsgrundes wäre ebenfalls anzufechten, da vorliegend die Meinung vertreten wird, dass das blosses Nichteinholen der Zustimmung noch keinen Verweigerungs-, geschweige denn einen Kündigungsgrund darstellt.

[Rz 85] Schliesslich obliegt es den einzelnen Gemeinden, die Übernachtungen, welche auf Airb-

¹⁰⁶BGE 117 II 65E. 2b.

¹⁰⁷LACHAT/ZAHRADNIK, S. 479.

nb gebucht werden, der Kurtaxe zu unterstellen und Airbnb als eigenständigen Wirtschaftszweig in der Tourismusbranche anzuerkennen. Indes erscheint es grundsätzlich verfehlt, das Untervermieten von Wohnraum über Airbnb per se als Gewerbe zu qualifizieren, weshalb das dichte Regelwerk der Hotellerie wohl keine Anwendung finden dürfte.

lic. iur. DOMINIQUE JUD ist selbständige Rechtsanwältin in Zürich.

MLaw ISABELLE STEIGER, LL.M., ist Rechtsanwältin bei Badertscher Rechtsanwälte, Zürich.