

ZMP 2024 Nr. 5

Art. 257f OR; Art. 262 OR. Ausserordentliche Kündigung nach vertragswidriger gewerblicher Untervermietung von Wohnungen über Buchungsplattformen.

Während die gelegentliche Vermietung einer Mietwohnung über Buchungsplattformen vom vertraglich vereinbarten Wohnzweck gedeckt und damit nach der teilzwingenden Regelung von Art. 262 OR zulässig ist, stellt die gewerbliche Untervermietung ohne Zustimmung der Vermieterin eine Vertragsverletzung dar. Die Vermieterin kann den Mietvertrag daher nach einer Abmahnung gestützt auf Art. 257f Abs. 3 OR ausserordentlich kündigen.

Aus dem Urteil des **Mietgerichts Zürich** MJ230070-L vom 7. Februar 2024 (Berufungsentscheid des Obergerichts in ZMP 2025 Nr.10; Gerichtsbesetzung: Weber, Reller, Schenk; Gerichtsschreiber Marques):

«(...)

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Sachverhalt

Der Kläger mietete von der Beklagten mit befristetem Wohnungsmietvertrag vom 2. März 2023 die 1-Zimmerwohnung Nr. 05 im 4. Obergeschoss an der N.-str. x in Zürich für Fr. 1'585.– (inkl. Nebenkosten) per 1. März 2023 bis 29. Februar 2028. Im Mietvertrag wurde die Benutzung der Wohnung auf maximal eine erwachsene Person begrenzt und die Verwendung zu Wohnzwecken festgelegt. Aufgrund zeitlich knapper Vertragsunterzeichnung erhielt der Kläger die Schlüssel zum Mietobjekt erst am 7. März 2023. Er wünschte sich zudem, dass die Wohnung noch gestrichen wird, weshalb der Einzug des Klägers auf den 16. März 2023 verschoben wurde. Mit E-Mail vom 28. März 2023 bekundete der Kläger ausserdem sein Interesse, das Studio neben der Wohnung Nr. 05 (mit der Nr. 04) dazu zu mieten, damit er «eine Art grosse Wohnung» hätte. Mit befristetem Wohnungsmietvertrag vom 29. März 2023 mietete der Kläger diese Wohnung 31. März 2028 für Fr. 1'635.– (inkl. Nebenkosten); im Vertrag wurde der gleiche Verwendungszweck festgelegt wie für die Wohnung Nr. 05. Die Parteien waren anschliessend weiter

im Kontakt, da der Kläger auch noch eine dritte Wohnung in der gleichen Liegenschaft hätte mieten wollen.

In den Mietverträgen wurde unter Ziffer 15 (Wohnung Nr. 05), resp. Ziffer 16 (Wohnung Nr. 04) sowohl festgehalten, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine anderen (schriftlichen oder mündlichen) Abreden zwischen den Parteien bestehen, welche vom Vertrag abweichen und/oder darüber hinaus Rechtsgültigkeit haben, als auch, dass alle Änderungen und Ergänzungen des Mietvertrages zu ihrer Gültigkeit zwingend der schriftlichen Form bedürfen und dies auch für die Aufhebung dieses Schriftformvorbehaltes gilt. Ausserdem wurde in Ziffer 10.9 jeweils festgehalten, dass eine Untermiete der Mieträume nur gestattet ist, wenn dem Vermieter daraus keine wesentlichen Nachteile entstehen, die Voraussetzungen von Art. 262 OR eingehalten werden und eine vorgängige Zustimmung des Vermieters eingeholt wird.

Der Kläger vermietete daraufhin die beiden Wohnungen für je ca. Fr. 215.– pro Nacht über booking.com und Airbnb, wobei der Preis von Tag zu Tag variierte. Die Wohnungen offerierte er für bis zu vier Personen. Die Auslastung der beiden Wohnungen ist nach seinen Angaben jeweils sehr hoch. Unbestritten ist auch, dass der veränderte Gebrauchszweck in den schriftlichen Verträgen der Parteien keinen Niederschlag fand.

Zwischen dem 8. Juni 2023 und dem 5. Dezember 2023 erreichten die Beklagte diverse Beschwerdeschreiben anderer Mietparteien im Haus, welche sich über die wechselnden und störenden Untermieter des Klägers beschwerten.

Am 24. April 2023 kontaktierte die Bewirtschafterin A. den Kläger per E-Mail und teilte ihm mit, dass er sein Inserat auf booking.com abzuschalten habe und erklärte ihm die Modalitäten einer allfälligen Untervermietung. Mit Schreiben vom 25. April 2023 folgte eine entsprechende Abmahnung. Der Kläger schrieb am 9. Mai 2023 A. per E-Mail, dass er die Art und Weise, wie er sein Geschäft führt, nicht anpassen und die Wohnungen weiterhin untervermieten werde. Am 18. Juli 2023 wurde der Kläger betreffend Untervermietung der Wohnung Nr. 05 abgemahnt.

Mit Schreiben und amtlichem Formular vom 17. Mai 2023 kündigte die Beklagte mit Formular vom 17. Mai 2023 den Mietvertrag Nr. 04 sowie den Mietvertrag Nr. 05 mit amtlichem Formular vom 21. Juli 2023 jeweils per 31. August 2023.

Der Kläger teilte sodann der Verwalterin am 6. Juni 2023 mit, dass der Lift im Haus seit dem 2. Juni 2023 nicht funktioniere. Da dieser bis am 23. Juni 2023 defekt war, forderte er diesbezüglich eine Mietzinsreduktion.

2. *Prozessgeschichte*

Mit Eingaben vom 17. Juni 2023, 5. Juli 2023 sowie 21. August 2023 (Poststempel) machte der Kläger die vorliegenden separat eingereichten Klagen bei der Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Anlässlich der Schlichtungsverhandlungen vom 10. Juli 2023 und 13. September 2023 konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden. Mit den Beschlüssen gleichen Datums wurden dem Kläger die entsprechenden Klagebewilligungen erteilt, welche ihm am 18. Juli 2023 sowie 21. September 2023 zugestellt wurden. Zugleich machte die Beklagte (dort Klägerin) mit Eingabe vom 24. Oktober 2023 ein Schlichtungsverfahren zwecks Ausweisung des Klägers (dort Beklagter) aus den beiden Mieträumen vor Schlichtungsbehörde des Bezirks Zürich anhängig. Mit Beschluss gleichen Datums wurde der Beklagten die Klagebewilligung erteilt, welche ihr am 21. September 2023 zugestellt wurde.

Zunächst wurden vom angerufenen Gericht vier separate Verfahren eröffnet (MJ230070-L und MJ230075-L - MJ230077-L). Mit Beschluss vom 21. September 2023 wurde dem Kläger im ersten [Kündigungsschutz-] Verfahren Frist zur Leistung des Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 4'700.– angesetzt, welcher innert Frist geleistet wurde. Anschliessend wurde der Beklagten mit Präsidialverfügung vom 11. Oktober 2023 Frist zur Stellungnahme angesetzt. Noch während der Frist wurden zwecks Vereinfachung des Verfahrens mittels Verfügung und Beschluss vom 2. November 2023 das Verfahren MJ230077-L [Mietzinsminderung] dem Kollegialgericht zur Beurteilung unterbreitet und sämtliche drei separat eingereichten Verfahren unter der Verfahrensnummer MJ230070-L vereinigt. Mit selbem Beschluss sowie mit Beschluss vom 21. September 2023 wurden die Doppel der Kla-

gen sowie der Beilagen der Gegenpartei zugestellt und dem Kläger für die Forderungsklage sowie der Beklagten betr. Ausweisung Fristen zur Leistung der weiteren Kostenvorschüsse angesetzt, wobei diese für den Kläger zusätzlich auf Fr. 150.– und für die Beklagte auf Fr. 4'700.– festgelegt wurden. Ebenso wurde dem Kläger Frist angesetzt, um dem Gericht die Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde im Verfahren MO231304-L einzureichen. Der Beklagten wurde Frist angesetzt, um ein unterzeichnetes Exemplar der Ausweisungsklage vom 23. Oktober 2023 einzureichen. Die Parteien kamen diesen Aufforderungen innert Frist nach. Die Beklagte verzichtete jeweils auf eine schriftliche Stellungnahme. Nachdem mit Präsidialverfügung vom 22. November 2023 die Doppel der erfolgten Eingaben der Gegenseite zugestellt worden waren, wurden die Parteien am 28. November 2023 zur Hauptverhandlung auf den 14. Dezember 2023 vorgeladen. Mit Präsidialverfügung vom 7. Dezember 2023 wurden der Beklagten die Doppel der weiteren Eingaben des Klägers zugestellt. Anlässlich der Hauptverhandlung erstatteten die Parteien ihre Parteivorträge. Nach gescheiterten Vergleichsgesprächen wurde das Verfahren für spruchreif erklärt.

Die Urteilsberatung erfolgte auf dem Zirkularweg.

II. Prozessuales

1. Zuständigkeit und Verfahrensart

Das Mietgericht des Bezirks Zürich ist als Kollegialgericht zur Behandlung der vorliegenden Streitsache örtlich und sachlich zuständig, handelt es sich doch um eine Streitigkeit aus einem Mietverhältnis für in Zürich gelegene Wohnräume mit einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.– (§ 21 GOG i.V.m. § 26 GOG; Art. 33 ZPO und Art. 35 ZPO). Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 1 ZPO).

2. Soziale Untersuchungsmaxime

Im vereinfachten Verfahren gilt der beschränkte (soziale) Untersuchungsgrundsatz. In Verfahren über Streitigkeiten betreffend Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen stellt das Gericht in Angelegenheiten nach Art. 243 Abs. 2 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO i.V.m. Art. 243 Abs. 2 ZPO). Es beschränkt sich allerdings darauf, bei der Feststellung des Sachverhalts

und der Beweiserhebung mitzuwirken. Grundsätzlich ist es Sache der Parteien, das Tatsächliche substantiiert vorzutragen und die Beweismittel zu nennen, doch hat das Gericht – besonders bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien – durch Belehrungen und Befragungen darauf hinzuwirken, dass der relevante Sachverhalt vorgetragen bzw. ergänzt wird (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 [= Pra 2016 Nr. 99]; BGE 139 III 13 E. 3.2 [= Pra 2013 Nr. 105]; BSK ZPO-MAZAN, Art. 247 N 4).

3. Gültige Einleitung der Ausweisungsklage der Beklagten

Der Kläger wandte ein, das Ausweisungsbegehren der Beklagten sei zu spät vors angerufene Gericht getragen worden. Richtig daran ist einzig, dass – wie dies schon im Beschluss vom 2. November 2023 ausgeführt wurde – die Angabe der Postaufgabe auf der ersten Seite der Klage der Beklagten vom 23. Oktober 2023 durch den Vorsitzenden des Gerichts vom 24. auf den 23. Oktober 2023 korrigiert wurde. Dies beruhte auf entsprechenden Recherchen bei der Post, aus denen ersichtlich ist, dass tatsächlich der 23. Oktober 2023 das Postaufgabedatum bildete, während am 24. Oktober lediglich der Nachsendeauftrag ausgelöst wurde, welcher mit Rücksicht auf den temporären Umzug des angerufenen Gerichts von der Wengistrasse 30 an die Thurgauerstrasse 40 in Zürich erteilt worden war. Die Beklagte bekräftigte diese Feststellung durch den von ihr an der Hauptverhandlung präsentierten Postaufgabebeleg, dessen Nummer mit der auf dem Paketumschlag der Klage übereinstimmt.

4. Antrag auf Schriftlichkeit

Anlässlich der Hauptverhandlung und nach der Klageantwort der Beklagten beantragte der Kläger den Wechsel zur Schriftlichkeit des Verfahrens, sodass er auf die Vorbringen der Beklagten schriftlich Stellung nehmen könne.

Das vereinfachte Verfahren nach Art. 243 ZPO zeichnet sich durch den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung und von der Idee der Laientauglichkeit aus, weshalb dieses weitgehend mündlich stattzufinden hat (Art. 246 ZPO). Dadurch können gerade Laien bei der Feststellung des Sachverhalts und Bezeichnung der Beweismittel nach Massgabe von Art. 247 ZPO vom Gericht besser unterstützt werden, als wenn man ihnen schriftliche Eingaben gestattet.

Wenn sich anlässlich der Verhandlung herausstellt, dass die Verhältnisse einen Schriftenwechsel erfordern, kann zwar auch noch für Replik und Duplik das schriftliche Verfahren angeordnet werden (vgl. Art. 246 Abs. 2 ZPO). Das Gericht ist aber an den klar geäusserten Willen des Gesetzgebers gebunden, dass die Anordnung eines Schriftenwechsels nur bei Vorliegen spezieller Verhältnisse in Frage kommt, sodass nur in tatsächlich und/oder rechtlich komplizierten Fällen und mit grosser Zurückhaltung ein Schriftenwechsel anzuordnen ist (BSK-MAZAN, Art. 246 ZPO N 1 ff.). Von einer solchen Konstellation kann im vorliegenden Verfahren nicht die Rede sein. Der Sachverhalt ist überaus überschau- und ohne weiteres feststellbar und die Rechtsfragen sind nicht von komplexer Natur. Wie noch zu zeigen ist, konnte der Sachverhalt gerade durch die richterliche Verhandlungsleitung ohne weiteres in einer Weise geklärt werden, die zur Beurteilung der vier Klagen ausreicht.

III. Parteistandpunkte

1. Kläger

Der Kläger stellt sich hauptsächlich auf den Standpunkt, entgegen der Auffassung der Beklagten habe er die Mietsache durch die Untervermietung über Buchungsplattformen nicht in vertragswidriger Weise verwendet. Zwar suggerierten dies die existierenden schriftlichen Verträge, welche eine gewerbliche Untervermietung ausschliessen würden. A., eine Mitarbeiterin der Liegenschaftsverwaltung der Beklagten, habe ihm eine solche Nutzung aber mündlich und konkludent gestattet.

Er führte zu Beginn des Verfahrens auch aus, dass die Kündigung der Wohnung Nr. 04 vom 17. Mai 2023 per 31. August 2023 nicht den gesetzlichen Anforderungen entspreche, da diese nicht auf einem vom Kanton genehmigten Formular erfolgt sei und die Unterschrift eines zeichnungsberechtigten Organs der Beklagten oder der Liegenschaftsverwaltung fehle (...; vgl. aber die Darstellung in der Klagebegründung und der Replik an der Hauptverhandlung, ...).

Die Kündigung der Wohnung Nr. 05 vom 21. Juli 2023 per 31. August 2023 sei nichtig, weil diese während zweier mit dem Mietverhältnis zusammenhängender

Schlichtungsverfahren ausgesprochen worden sei. Andererseits sei diese Kündigung ohnehin zurückgezogen worden, da ihm am 8. November 2023 eine Mietzinserhöhung zugestellt worden sei und er dieses Angebot, einen neuen Mietvertrag per 1. Januar 2024 abzuschliessen, mit E-Mail vom 5. Dezember 2023 angenommen habe.

2. *Beklagte*

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass im Zeitpunkt der Unterzeichnung der beiden Wohnungen keine kundgegebene Absicht des Klägers bestanden habe, diese Wohnungen via Onlineplattformen wie booking.com oder Airbnb zu vermieten. Eine Vertragsänderung stellte sie in Abrede. Die Kündigungen seien daher mit Recht ausgesprochen worden und genügten auch sämtlichen formellen Erfordernissen.

Die dem Kläger zugestellte Mietzinserhöhung sei nicht als Angebot zur Weiterführung des Mietverhältnisses gemeint gewesen. Die Beklagte habe umgehend klar gestellt, dass es sich dabei um einen Irrtum gehandelt habe, der wegen der EDV-mässigen Verarbeitung der in grosser Zahl ausgesprochenen Mietzinserhöhungen entstanden sei.

3. *Weitere Ausführungen*

Auf die Argumente der Parteien im Detail ist nachfolgend einzugehen, allerdings nur soweit dies für den Entscheid von Belang ist.

IV. Materielles

1. *Untervermietung*

1.1 Nach Art. 262 Abs. 1 OR kann der Mieter die Sache mit Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise untervermieten. Gemäss Abs. 2 der Norm kann der Vermieter die Zustimmung nur verweigern, wenn der Mieter es ablehnt, dem Vermieter die Bedingungen der Untermiete bekanntzugeben, wenn sich diese Bedingungen im Vergleich zum Hauptmietverhältnis als missbräuchlich erweisen oder wenn dem Vermieter aus der Untervermietung wesentliche Nachteile entstehen. Solche Nachteile entstehen dem Vermieter nach der Rechtsprechung auch, wenn

der Mieter die ganze Sache unbefristet untervermietet ohne die Absicht, sie in absehbarer Zukunft wieder selber zu benützen (BGE 138 III 59; ähnlich schon BGE 134 III 446). Der Mieter haftet dem Vermieter dafür, dass der Untermieter die Sache nicht anders gebraucht, als es ihm selbst gestattet ist (Art. 262 Abs. 3 OR). Darunter fällt einerseits eine wesentliche Abweichung vom vertraglichen Gebrauchszweck, andererseits aber auch ein deutlich intensiverer als der vereinbarte Gebrauch (SPIRIG, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, in: mp 1/2015, S. 13). Wie schon aus dem Wortlaut von Art. 262 OR hervorgeht, ist Art. 262 OR zugunsten des Mieters zwingend (ZK-HIGI/WILDISEN, Art. 262 OR N 4; SPIRIG, a.a.O., S. 2 f.).

Möglich ist es insbesondere, dass der Vermieter diesem eine unbeschränkte Erlaubnis zur Untervermietung erteilt, sei es in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht. Die gängigen Formularverträge gehen allerdings für gewöhnlich nicht über das gesetzliche Minimum hinaus.

1.2 Gemäss Art. 1 und 18 OR beruhen sowohl der Abschluss als auch die Auslegung eines Vertrages auf den übereinstimmenden Willensäusserungen der Parteien. Dabei gilt das Prinzip des Vorrangs der übereinstimmend gewollten Willensäusserungen gegenüber dem objektivierten Sinn des Vereinbarten. Kann das Gericht einen tatsächlich übereinstimmenden Willen nicht feststellen (tatsächlicher Konsens), so sind die – substantiiert zu behauptenden – Erklärungen beider Parteien so auszulegen, wie die Parteien sie aus der Optik vernünftiger und korrekter Vertragsschliessender nach Treu und Glauben verstehen mussten und durften (Vertrauensprinzip; rechtlicher Konsens). Ein rechtlicher Konsens bedeutet nicht zwingend, dass die sich äussernde Partei tatsächlich den inneren Willen hatte, sich in der durch die Auslegung ermittelten Weise zu binden; es reicht, wenn die andere Partei aufgrund der nach dem objektiv verstandenen Sinn der Erklärung oder dem Verhalten nach Treu und Glauben annehmen konnte, die sich äussernde Partei habe einen entsprechenden Willen (zum Ganzen BGE 147 III 153 E. 5.1; BGE 144 III 93 E. 5.2). Soweit eine Seite einen tatsächlich übereinstimmenden Willen geltend machen will, genügt es nicht, einen solchen nur zu behaupten. Da das Gesetz die Vertragsfolge aus übereinstimmenden *Willenserklärungen* ableitet (Art. 1 OR), sind stets konkrete Indizien zu behaupten, aus denen eine Seite auf einen solchen erklärten Willen schliessen zu können glaubt ([zur Publ. best.] BGE

4A_337/2022 v. 24.10.2023 E. 2.2). Die gleichen Regeln gelten auch für Vertragsänderungen.

Haben die Parteien für den Vertrag die Schriftform gewählt, schliesst dies zwar weder abweichende mündliche oder konkludente Vereinbarungen noch spätere Vertragsanpassungen aus. Weil es aber nach dem Gesagten beim objektivierten Sinn des unbestrittenermassen Erklärten bleibt, liegt es im Streitfall an derjenigen Partei, abweichende Willensäusserungen der Parteien, ein konkretes übereinstimmendes Verständnis derselben oder eine spätere Vertragsanpassung zu behaupten und zu beweisen, welche daraus Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB). Einem solchen Nachweis kann zwar nicht entgegengehalten werden, der schriftliche Vertrag enthalte eine Klausel, gemäss welcher alles Vereinbarte schriftlich festgehalten worden und für jede Änderung die Schriftform vorgesehen ist: Art. 115 OR ermöglicht es explizit, dass auch auf einen in Schriftform festgehaltenen Schriftformvorbehalt für Vertragsänderungen wieder zurückgekommen werden kann, ohne dass dafür die Beachtung der Schriftform erforderlich ist (BSK OR I-LOACKER, Art. 115 N 4; BGer 4A.49/2008 v. 9.4.2008 E. 2.1). Dies ändert jedoch nichts daran, dass es letztlich beim objektivierten Sinn des schriftlich Festgehaltenen und unbestrittenermassen mündlich Geäusserten bleibt, soweit die betroffene Partei keine übereinstimmend verstandenen abweichenden Willensäusserungen und keine spätere Vertragsänderung behauptet und beweist.

Ohne entsprechende Behauptungen führt das Gericht kein Beweisverfahren durch (Art. 55 Abs. 1 und 150 Abs. 1 ZPO). Dies gilt auch unter der Herrschaft der sozialen Untersuchungsmaxime, allerdings mit der Einschränkung, dass das Gericht besonders bei nicht anwaltlich vertretenen Parteien nach Art. 247 Abs. 1 sowie Abs. 2 ZPO durch entsprechende Fragen darauf hinzuwirken hat, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und Beweismittel bezeichnen. Ist dies geschehen, genügt es nicht, dass eine Partei lediglich pauschal auf Unterlagen verweist oder die Befragung von Personen verlangt, aus deren Aussage sich die relevanten Behauptungen erst ergeben sollen.

1.3 Für die Untervermietung über Buchungsplattformen gelten die Regeln von Art. 262 OR gleichermassen. Eine Besonderheit liegt darin, dass es sich bei dieser

Form der Untervermietung möglicherweise nur teilweise um die entgeltliche Überlassung von Wohn- und Schlafräum handelt. Je nach Ausgestaltung des direkten Vertragsverhältnisses zwischen dem Anbieter der Unterkunft und seinem Gast kann es sich aber auch um einen atypischen Untermietvertrag oder einen Beherbergungs- oder Gastaufnahmevertrag handeln, bei welchen der Anbieter zusätzliche Leistungen verspricht (SPIRIG, a.a.O., S. 6 und 12). In der Praxis wurde die analoge Anwendung der Regeln über die Untermiete bislang stets bejaht, sowohl Lehre als auch Bundesgericht gehen davon aus, dass Art. 262 Abs. 2 OR auf jede entgeltliche Gebrauchsüberlassung anwendbar ist (vgl. SPIRIG, a.a.O., S. 4 und 6 m.w.H.; ZMP 2017 Nr. 2). Daraus folgt insbesondere, dass der Vermieter eine Vermietung über Buchungsplattformen frei verbieten kann, soweit der Mieter damit einen missbräuchlichen Ertrag erzielen möchte, soweit er die Bedingungen der Untervermietung nicht offenlegt oder soweit er die Grenzen des zulässigen Gebrauchs überschreitet, namentlich bei einer nicht vereinbarten geschäftlichen Nutzung des Objekts, bei übermässigen Immissionen oder bei Untervermietung der gesamten Mietsache auf unbestimmte Zeit oder gestützt auf nahtlos aneinander anschliessende Verträge ohne Absicht, die Sache je selber zu gebrauchen.

1.4 Überschreitet der Mieter die Grenzen der zulässigen Untervermietung, so kann dies eine ordentliche, unter den Voraussetzungen von Art. 257f Abs. 3 OR u.U. aber auch eine ausserordentliche Kündigung zur Folge haben (BGE 134 III 100 E. 3.1 = Pra 2008 Nr. 130; BGE 134 III 446 = Pra 2009 Nr. 21). Für eine ausserordentliche Kündigung genügt eine Pflichtverletzung des Mieters allein nicht. Vielmehr ist im Regelfall eine Abmahnung erforderlich. Überdies muss die Fortsetzung des Mietverhältnisses als Folge der fortgesetzten Pflichtverletzung für den Vermieter unzumutbar geworden sein (BGE, a.a.O.; BGer 4A_347/2016 v. 10.11.2016 E. 3; BGer 4A_379/2014 v. 10.3.2015 E. 4.4; BGer 4A_162/2014 v. 26.8.2014 E. 2).

2. *Der vorliegende Fall*

2.1 Sowohl in seinen schriftlichen Klagen als auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2023 machte der Kläger geltend, er habe bezüglich der ersten gemieteten Wohnung Nr. 05 mit B., bezüglich der zweiten (Nr. 04) mit A. verhandelt, beides Mitarbeiterinnen der Liegenschaftsverwaltung der Beklagten.

A. habe «zweifelsfrei der gewerblichen Nutzung beider Wohnungen zugestimmt». Auf Frage, wie bzw. mit welchen Worten A. zum Ausdruck gebracht habe, dass der Kläger die gemieteten Wohnungen über Buchungsplattformen vermieten dürfe, reagierte er ausweichend und meinte auf Nachfrage immer nur, das müsse A. als Zeugin selber sagen. Er blieb dabei auch nach Hinweis auf seine Substanziierungslast und wollte sich während des gesamten Verfahrens dazu nicht festlegen. Er fügte einzig an, dass er gesagt habe, dass «Personen aus der ganzen Welt in diese Wohnung kommen werden». Die Nachfrage, ob man auch über die Höhe der Untermieten gesprochen habe, verneinte er und machte geltend, er habe nur gesagt, es sei billiger als in einem Hotel. Für A. seien vor allem seine pünktlichen Mietzinszahlungen wichtig gewesen. Sie habe auch gewusst, dass er neben den gemieteten Objekten über zwei weitere Wohnungen verfügt habe, ein Familienhaus in P. sowie eine Wohnung in Q., in welcher er als Wochenaufenthalter gemeldet sei. Dies stelle eine «klare mündliche und konkludente Vertragsänderung» zu Punkt 16 und 10.11 des Vertrages dar. Zur Stützung verwies er auf zwei Seiten des Vertrages über die Wohnung Nr. 04 (...).

Auf den Hinweis, dass die zitierten Stellen das genaue Gegenteil des von ihm Behaupteten besagten, und die Frage, weshalb er Mietverträge unterschrieben habe, welche die Untervermietung über Buchungsplattformen nicht erlaubten, meinte er, er habe jede Änderung schriftlich gewollt, aber «sie» hätten die Verträge nicht schriftlich ändern wollen. Dabei verwies er auf seine Ausbildung im Hotelfach.

2.2 Die Angaben des Klägers vermöchten ihm auch dann nicht zu helfen, wenn sie zuträfen: Selbst wenn A. von ihm gehört haben sollte, dass in den Wohnungen Gäste aus aller Welt untergebracht werden sollen, weil es «billiger sei als im Hotel», musste sie daraus noch nicht auf eine geplante gewinnträchtige Untervermietung durch Ausschreibung der Wohnungen über Buchungsplattformen schließen. Sicherlich ist die Aufnahme von Gästen (im Sinne von eingeladenen Bekannten und nicht von Hotelgästen und dergleichen) dem Mieter unabhängig von den Vorschriften zur Untervermietung gestattet. Dass der Mieter den Zweck verfolgt, seine Gäste billiger als im Hotel unterzubringen, impliziert aber keineswegs, dass er ihm völlig fremde Menschen einzuquartieren gedenkt, um damit einen massiven Gewinn zu erzielen. Der Kläger räumt selber ein, dass er A. nur mit unvollständigen Erklärungen abgespiesen hat und dass er insbesondere ihre Frage, womit er sein

Einkommen erziele, nicht beantwortete. In der Replik bei der Hauptverhandlung gab er zu, dass er mit A. nie über booking.com oder Airbnb gesprochen hat. Dass A. und die Beklagte durchaus mit einer Untervermietung im gesetzlichen Rahmen einverstanden waren und dass sie dem Kläger wegen der Möblierung der Wohnungen eine Marge von 20% zugestanden, ändert nichts daran, dass von einer Vermietung an wechselnde Gäste aus aller Welt via Buchungsplattformen zu offensichtlich übersetzten Preisen nie die Rede war.

Abgesehen davon erweisen sich seine Behauptungen auch als völlig unglaubhaft, denn sie enthalten unauflösbare Widersprüche. So macht der Kläger selber geltend, schon kurz nach den ersten Aufschaltungen auf Buchungsplattformen habe A. sich ganz aufgeregt bei ihm gemeldet und gesagt, das sei ihm nicht gestattet. Seine Erklärung, sie habe wahrscheinlich nicht gewollt, dass ihr Chef davon erfährt, weil sie etwas getan habe, was ihr eigentlich nicht gestattet gewesen sei; Prot. S. 14), und sie sei wohl erst tätig geworden, als die Nachbarin D. sich wegen der Immissionen in Zusammenhang mit der Vermietung über Buchungsplattformen beschwert habe, ist aus der Luft gegriffen, denn wenn A. entgegen ihren internen Pflichten dem vom Kläger beabsichtigten Geschäftsmodell zugestimmt hätte, hätte sie ohne weiteres mit Reaktionen ihres Chefs oder ihrer Nachbarn rechnen müssen, denn eine solche Art der Untervermietung konnte schlicht nicht unentdeckt bleiben. War sie beim Gespräch aber aufgeregt, ist dies ein Zeichen dafür, dass der Kläger in einer Weise vorgegangen ist, mit welcher sie nicht gerechnet hat. Unerfindlich bleibt auch, wieso A. dem Kläger gesagt haben soll: «Was Sie tun, ist illegal», wenn der Kläger doch nur getan haben will, was A. ihm explizit erlaubt haben soll. Weiter reichte die Beklagte einen E-Mail-Verkehr ein, den A. mit ihrer Kollegin B. geführt hat und dessen Inhalt unbestritten geblieben ist. So erkundigte sich eine erstaunte B. am 24. April 2023, die bemerkt hatte, dass der Kläger mit der Beklagten gleich zwei Mietverträge abgeschlossen hatte, ob A. ihr kurz erklären könne, wozu der Kläger die zweite Wohnung gemietet habe. A. antwortete, der Kläger habe die zweite Wohnung gemietet für den Fall, dass er Freunde zu Besuch habe. Man müsse ihn nicht ummelden. Er würde gerne eine grössere Wohnung an dieser Lage mieten. Da man eine solche aber nun nicht habe, warte er bis eine frei werde. Der Kläger sei oft unterwegs und brauche die Wohnung nicht so oft. In ihrer Replik wies B. ihre Kollegin A. darauf hin, sie habe

eine Mieterin am Telefon gehabt, die sich über Lärm beklagt habe, seit der Kläger eingezogen sei. Zudem sei regelmässig eine Putzfirma vor Ort, welche die Wohnung reinige. Die Mitarbeiterinnen setzten dabei einen Putzwagen ein «wie im Hotel». Der Kläger, der einräumte Reinigungskräfte zu beschäftigen, meinte dazu lapidar, A. habe mit ihren Angaben nur versucht, ihre Fehler zu korrigieren. Auf Nachfrage musste er dann aber wie schon erwähnt einräumen, dass er mit A. nie über booking.com und Airbnb gesprochen habe. A.s Mail wird gestützt von einer Nachricht derselben vom 28. März 2023, welche der Kläger selber eingereicht hat: Als dieser sich nämlich für eine zweite Wohnung interessierte, fragte A. nach: «Ich verstehe nicht ganz, ob es für Sie oder Ihre Kollegin ist». Darauf spies er sie mit der Erklärung ab, so hätte «ich zumindest eine Art grosse Wohnung». Mit keinem Wort erwähnte er die geschäftlichen Absichten, die hinter seinem Wunsch steckten. Damit ist schlicht ausgeschlossen, dass er A. über seine Pläne mit den Wohnungen reinen Wein eingeschenkt haben könnte.

Absurd ist auch die Geschichte mit dem Geschenk, welches er A. angeboten haben will, konkret zwei Gutscheine im Wert von Fr. 250.–. Der Kläger machte geltend, A. habe ihn gebeten, die entsprechenden E-Mails zurückzuziehen, da ihr Chef Probleme machen könnte, wenn er sie sehe. Er solle sie an ihre private Adresse schicken, was der Kläger aber abgelehnt habe. Zwar ist es nicht völlig undenkbar, dass jemand, dem ein Geschenk versprochen, das aber dann nicht geliefert wurde, etwa aus Ärger kein Interesse mehr hat, den arbeitsvertragswidrigen Zweck des offerierten Geschenkes weiterhin zu decken. Dies impliziert aber zugleich, dass auch dem Kläger bewusst gewesen sein muss, dass es sich beim «Geschenk» nicht um einen Akt der Selbstlosigkeit handelte, wie die Beklagte mit Recht vortragen liess. Wenn der Kläger nämlich zu einem Geschenk greifen musste, um seine Ziele zu erreichen, muss auch ihm von Anfang an klar gewesen sein, dass die Beschenkte etwas tun sollte, was ihr nicht gestattet war.

Abgesehen davon ist unerfindlich, weshalb A. für ein vernachlässigbares Geschenk ihren Arbeitsplatz aufs Spiel gesetzt haben soll, indem sie ihre Arbeitgeberin hinterging. Viel plausibler ist dagegen, dass der Kläger versuchte, nicht nur sie, sondern auch C., einen weiteren Mitarbeiter der Liegenschaftsverwaltung, mit einer Gewinnbeteiligung ruhig zu stellen, wie dies die Beklagte ebenfalls geltend machte. Dem entsprechenden Vorhalt des Gerichts wich der Kläger aus.

Schlüssig ist auch die Darlegung der Beklagten, wonach die Umnutzung einer Wohnung für die gewerbsmässige Vermietung via Buchungsplattformen nach dem öffentlichen Baurecht eine bewilligungspflichtige Nutzungsänderung darstelle, die unbestrittenermassen weder vom Kläger noch der Beklagten je beantragt wurde: Die Liegenschaft N.-strasse 40 (grüner Kreis links der Bildmitte) liegt laut GIS-Browser in der Zone W5, einer Wohnzone mit einem minimalen Wohnanteil von 80%:

[Bild bei der Anonymisierung entfernt]

Art. 43 der Lärmschutzverordnung (LSV) des Bundes teilt das Baugebiet in verschiedene Empfindlichkeitsstufen ein. In der Stufe II ist nur nicht störendes Gewerbe erlaubt, in der Stufe III auch mässig störendes, wozu wegen der notorisch lauten Besucher in Ferienstimmung auch die gewerbliche Vermietung via Buchungsplattformen zu zählen ist. Art. 16 der BZO der Stadt Zürich weist zwar lediglich Wohnzonen mit einem Wohnanteil von 90% der Empfindlichkeitsstufe II zu, die vorliegende Mietliegenschaft (80%) hingegen nur der Stufe III. Baurechtlich verhält es sich damit also zwar so, dass man die Bewilligung für das Treiben des Klägers wohl erhalten würde. Dass die Nutzungsänderung aber einer Bewilligung bedarf, ergibt sich ohne weiteres aus § 309 Abs. 1 lit. b PBG, da die Baubehörde die Einhaltung der minimalen Wohnnutzung prüfen und die Bewilligung verweigern müsste, wenn der Wohnanteil in der Liegenschaft durch die Umnutzung unter 80% fallen würde. Auch solchen – von Anfang an absehbaren – Schwierigkeiten wird sich eine Liegenschaftsverwalterin nicht um eines verhältnismässig kleinen Geschenkes willen aussetzen und damit ihren Arbeitsplatz in Gefahr bringen.

Ohne auf weitere Ungereimtheiten einzugehen – die Beklagte erwähnt völlig zu Recht, dass die angebliche mündliche Abrede von A. allein genehmigt worden sein soll, obwohl dem Kläger schon aufgrund des vermierterseitig von zwei Personen unterzeichneten Mietvertrages klar sein musste, dass A. nicht allein entscheiden konnte, sowie den Umstand, dass der Kläger die Wohnungen im Internet für vier Personen ausschrieb und damit bedenkenlos eine Überbelegung anstrebte sowie dass er alle Beteiligten mit Strafanzeigen überzog, die ihm ein Fehlverhalten vorwarfen – genügt es hier im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung festzuhal-

ten, dass die Darstellung des Klägers, soweit sie denn überhaupt hinreichend substantiiert ist, von der Beweislage offensichtlich nicht gedeckt wird, so dass sich Weiterungen erübrigen.

2.3 Damit steht zugleich fest, dass der Kläger offensichtlich den vertraglichen Rahmen der beiden Wohnungsmietverträge verliess, als er die Wohnungen über Buchungsplattformen an bis zu vier Personen untervermietete. Dass er damit einen erheblichen Gewinn erzielte, räumte er sowohl in den schriftlichen Klagen als auch an der Hauptverhandlung unumwunden ein, ebenso, dass er dafür am 24. und 25. April 2023 bzw. am 18. Juli 2023 von der Beklagten abgemahnt wurde, was er einzig damit quittierte, dass er sich Einmischungen in sein eigenwilliges Geschäftsmodell verbat. In der ersten schriftlichen Klage rühmte er sich gar, dass er mit seiner Geschäftstätigkeit als positiver Botschafter für die Schweiz fungiere, wie die Gäste-Kommentare auf booking.com und Airbnb zeigten.

Die Beklagte verfügte folglich auch über eine Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung gestützt auf Art. 257f OR, als sie die beiden Verträge mit den dafür vorgesehenen Formularen am 17. Mai und 21. Juli 2023 jeweils auf den 31. August 2023 kündigte. An der Behauptung, dass die Kündigungen nicht rechtsgültig unterzeichnet worden seien, hielt der Kläger auf Vorhalt des von der Beklagten präsentierten Reglements mit Recht nicht fest. Dass die Vertragsfortsetzung mit einem Mieter unzumutbar ist, der die Mietsache in vertragswidriger Weise wirtschaftlich ausbeutet, versteht sich von selbst.

Was die Mietzinserhöhung angeht, welche die Beklagte gegenüber dem Kläger bezüglich der Wohnung Nr. 05 per 1. Januar 2024 mitteilte, ist die Darstellung der Beklagten ohne weiteres plausibel, wonach die Zustellung irrtümlich erfolgt sei und nicht auf einem Willen der Beklagten beruhe, den Vertrag über den Kündigungstermin vom 31. August 2023 hinaus fortzusetzen. Angesichts der gravierenden Vorwürfe an seine Adresse konnte und durfte der Kläger die Mitteilung auch nicht in diesem Sinne verstehen, sondern höchstens als Erhöhung für den Fall, dass sich die entsprechende Kündigung als ungültig erweisen sollte. Die Beklagte klärte das Missverständnis nach Entdeckung sofort auf. Zudem spricht für ihre Darstellung, dass eine solche Mitteilung lediglich bezüglich der Wohnung Nr. 05 erfolgte, trotz genau gleicher Ausgangslage aber nicht auch bezüglich der Wohnung Nr. 04.

2.4 Weisen die beiden umstrittenen Kündigungen wegen schwerer Pflichtverletzung nach dem Gesagten keine formellen oder inhaltlichen Mängel auf, kommt keine Sperrfrist zum Tragen (Art. 271a Abs. 3 lit. c OR) und ist eine Erstreckung schon von Gesetzes wegen ausgeschlossen (Art. 272a Abs. 1 lit. b OR). Die entsprechenden Eventualanträge des Klägers sind daher abzuweisen. Gutzuheissen sind demgegenüber die Ausweisungsbegehren der Beklagten.

3. Mit seiner dritten Klage verlangt der Kläger eine Mietzinsminderung für beide Wohnungen im Umfang von 5% der Nettomietzinse für den Zeitraum vom 5. bis 23. Juni 2023, was einem Betrag von Fr. 97.49 entspreche.

Die Beklagte anerkennt Mangel und Forderung im Grundsatz, macht aber Verrechnung mit ihren Ansprüchen auf Gewinnabschöpfung wegen vertragswidriger Untervermietung, sinngemäss gestützt auf die Regeln über die Geschäftsanmassung in Art. 423 OR geltend.

Die Verrechnungseinrede ist offensichtlich begründet: Der Gewinn, welchen der Kläger nach seinen eigenen Angaben aus der widerrechtlichen Untervermietung erzielte, übersteigt den Minderungsanspruch auch nach den eigenen Angaben um ein Vielfaches. Dass der Vermieter berechtigt ist, diesen Gewinn abzuschöpfen, entspricht seit über 20 Jahren ständiger Rechtsprechung (vgl. BGE 129 III 422; BGE 126 III 69 E. 2b und c; BGer 4A_594/2012 v. 28.2.2013). Auch diese Klage des Klägers ist daher abzuweisen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien im Prozess festzulegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Der konsolidierte Streitwert aller Klagen beträgt Fr. 135'337.49 (...). Da der Kläger in vollem Umfang unterliegt, sind ihm die Kosten aufzuerlegen und er ist zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Es besteht kein Grund, von den üblichen Bemessungsgrundsätzen abzuweichen, mithin je bei der Gerichtsgebühr und bei der Parteientschädigung praxisgemäss eine Reduktion um einen Drittel gestützt auf § 7 GebV und § 4 Abs. 3 AnwGebV vorzunehmen, was

zu einer konsolidierten Gerichtsgebühr von Fr. 6'780.– und einer konsolidierten Parteientschädigung von Fr. 9'350.– führt.

Was die Kostenvorschüsse betrifft, sind diejenigen des Klägers (Fr. 4'700.– plus Fr. 150.–) zur Deckung der Gerichtskosten zu verwenden, soweit erforderlich ebenso derjenige der Beklagten in Höhe von ebenfalls Fr. 4'700.– (vgl. act. 19 S. 4). Der nicht benötigte Betrag ist der Beklagten zurückzuerstatten. Bezüglich des so im Ergebnis von der Beklagten beglichenen Teils der Gerichtskosten ist der Kläger der Beklagten zum Ersatz zu verpflichten, mithin in Höhe von Fr. 2'770.–.

(...))»

Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP): Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2024, 34. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich
© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw A.I. Altieri, Leitende Gerichtsschreiberin;
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident