

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PD140007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

Urteil vom 29. August 2014

in Sachen

A._____,

Beklagter, Widerkläger und Beschwerdeführer,

vertreten durch B._____, diese vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

3. **E.**_____,

Kläger, Widerbeklagte und Beschwerdegegner,

Nr. 1 bis 3 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend

Forderung / Feststellung

Beschwerde gegen ein Urteil des Mietgerichtes Zürich (Einzelgericht) des Bezirksgerichtes Zürich vom 29. April 2014 (MG130012)

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Mit Anmeldung vom 16. November 2012 bewarben sich die Kläger, Widerbeklagten und Beschwerdegegner 1 und 2 (fortan Beschwerdegegner) als Mieter der 4.5-Zimmerwohnung im 4. Stock der Liegenschaft ... [Adresse]. Vermieter dieser Wohnung ist der Beklagte, Widerkläger und Beschwerdeführer (fortan Beschwerdeführer), die Verwaltung tätigt die B._____ (fortan Verwaltung). Auf dem Anmeldeformular gab die Beschwerdegegnerin 2, die das Formular ausfüllte, bei Personenzahl Erwachsene "2" an. Unter dem Titel "Das Mietobjekt wird benützt als:" kreuzte sie "Wohnung für alleinstehende Person" an und das Feld Anzahl Personen füllte sie aus mit "2" (act. 18/3).

Ebenfalls am 16. November 2012 schloss der Beschwerdeführer, vertreten durch die Verwaltung, mit den Beschwerdegegnern 1, 2 und 3 den Mietvertrag ab über die besagte Wohnung mit Mietbeginn per 3. Dezember 2014. Der Beschwerdeführer 3 unterzeichnete den Vertrag lediglich als Solidarschuldner, ohne selber das Mietobjekt zu bewohnen. Im Mietvertrag wurde unter dem Titel Mietobjekt "Anzahl Pers.: 2" angegeben (act. 3/1).

Mit Schreiben vom 5. Januar 2013 bat der Beschwerdegegner 1 die Verwaltung um Zustimmung zur Untermiete an zwei Personen, wobei diese zusammen mit den Beschwerdegegnern 1 und 2 in der Wohnung wohnen sollten (act. 3/4). Mit Schreiben vom 9. Januar 2014 verweigerte die Verwaltung die Zustimmung (act. 3/5). Daraufhin baten die Beschwerdegegner 1 und 3 mit Brief vom 11. Januar 2013 abermals um Zustimmung (act. 3/6). Mit Schreiben vom 13. Januar 2013 lehnte die Verwaltung die Untermiete erneut ab (act. 3/7).

1.2. Mit Eingabe vom 19. Januar 2013 wandten sich die Beschwerdegegner an die Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich und beantragten die Feststellung, dass der Beschwerdeführer die Zustimmung zur Untervermietung zu Unrecht verweigert habe. Da an der Schlichtungsverhandlung vom 22. März 2013 keine Einigung erzielt werden konnte und der Beschwerdeführer den Urteilsvorschlag

ablehnte, wurde den Beschwerdegegnern mit Beschluss vom 8. April 2013 die Klagebewilligung erteilt (act. 4). Die Beschwerdegegner reichten sodann mit Eingabe vom 2. Mai 2013 fristgerecht Klage beim Einzelgericht am Mietgericht Zürich (fortan Vorinstanz) ein (act. 1). An der Verhandlung vom 16. Oktober 2013 modifizierten sie ihr Begehren dahingehend, dass sie vom Beschwerdeführer die Zustimmung zur teilweisen Untervermietung verlangten, unter der Strafandrohung nach Art. 292 StGB (act. 35). Der Beschwerdeführer erhob in der Duplik Widerklage (Prot. VI S. 8).

Mit Verfügung und Urteil vom 29. April 2014 entschied die Vorinstanz was folgt (act. 38 = 42 = 44 S. 20 f.):

"Der Mietgerichtspräsident verfügt:

1. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
- [2./3. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel]

Der Mietgerichtspräsident erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung von Ziffer 1 des modifizierten Rechtsbegehrens wird der Beklagte und Widerkläger verpflichtet, innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Zustimmung zur teilweisen Untervermietung des Mietobjekts an F. _____ sowie G. _____ zu erteilen. Im Übrigen wird Ziffer 1 des modifizierten Rechtsbegehrens abgewiesen.
- [2.-6. Festsetzung der Gerichtsgebühr / Kostenaufgabe / Parteientschädigung / Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel]"

1.3. Gegen das Urteil vom 29. April 2014 erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 2. Juni 2014 fristgerecht Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung des Urteils und die Abweisung der Klage der Beschwerdegegner unter gleichzeitiger Feststellung, dass er die Zustimmung zur Untermiete zu Recht verweigert habe. Eventualiter sei die Streitsache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen. Prozessual beantragte er, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen (act. 43).

Mit Verfügung vom 13. Juni 2014 wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung erteilt und es wurde dem Beschwerdeführer Frist angesetzt, den Kostenvorschuss zu leisten (act. 45). Diesen leistete der Beschwerdeführer fristgerecht (act. 47). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 1 - 40).

Auf die Einholung einer Stellungnahme kann in Anwendung von Art. 322 Abs. 1 ZPO verzichtet werden. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Zur Beschwerde

2.1. Gemäss Art. 321 ZPO ist die Beschwerde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (so auch Art. 311 Abs. 1 ZPO für die Berufung). Das bedeutet, dass die Beschwerde Anträge zu enthalten hat, welche zu begründen sind (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDt, Art. 321 N 14 f.). In der Begründung hat sich die Beschwerde erhebende Partei mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und aufzuzeigen, was daran ihrer Ansicht nach falsch ist. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime. Mit der Beschwerde können (a) die unrichtige Rechtsanwendung und (b) die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Bei der Beschwerde geht es nicht um die Fortführung des erstinstanzlichen Prozesses, sondern im Wesentlichen um eine Rechtskontrolle des vorinstanzlichen Entscheides (ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDt, Art. 326 N 3).

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe das Recht unrichtig angewendet. Er bringt im Wesentlichen vor, die Erhöhung der Benutzerzahl sei vertraglich von seiner Zustimmung abhängig gemacht worden. Diese könne er ohne Weiteres verweigern (act. 43 S. 3).

2.2. Die Vorinstanz erwog, dass die Zustimmung zur Untervermietung nach Art. 262 Abs. 2 lit. c OR verweigert werden könne, wenn dem Vermieter aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstünden. Solche könnten aus der Unvereinbarkeit von Haupt- und Untermietvertrag entstehen, aber auch aufgrund sonstiger objektiver Gründe. Wesentliche Nachteile aus der Unvereinbarkeit von Haupt- und Untermietvertrag entstünden dem Vermieter, wenn der Untermietvertrag vom vereinbarten Gebrauchszweck oder den vereinbarten Gebrauchsmodalitäten des Hauptmietvertrages abweiche. Es stehe – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegner – dem Vermieter frei, den Verwendungszweck und insbesondere die An-

zahl der Benutzer der gemieteten Sache bei der Wohnungsmiete restriktiv vorzuschreiben, indem er diese auf eine gewisse Anzahl festlege. Damit werde ohne Gesetzesverletzung indirekt eine Beschränkung der Untermiete erreicht. Entsprechend sei zu prüfen, ob vorliegend eine Höchstbelegungszahl vereinbart worden sei oder ob mit dem entsprechenden Passus im Mietvertrag lediglich festgehalten worden sei, wie viele Personen in die Wohnung einziehen würden.

Die Vorinstanz legte den Vertrag nach dem Vertrauensprinzip aus und kam zum Schluss, dass es aufgrund der vorhandenen Unterlagen sowie der Umstände für die Beschwerdegegner nicht erkennbar gewesen sei, dass der Beschwerdeführer Wert darauf gelegt hätte, dass die Wohnung von nicht mehr als zwei Personen benutzt werde, es sich bei der Regelung im Mietvertrag "Anzahl Pers.: 2" somit um eine Maximalbelegungszahl hätte handeln sollen. Mangels klarer Formulierung sei die Angabe der Anzahl Personen nach Treu und Glauben somit nicht als Maximalbelegungszahl zu verstehen. Die Aufnahme zusätzlicher Personen in die Wohnung widerspreche damit nicht dem vertraglich vorgesehen Verwendungszweck. Daran ändere auch die Bestimmung nichts, dass die Erhöhung der Personenzahl die Einholung der Zustimmung des Vermieters erfordere, setze doch auch die Untermiete die Zustimmung voraus, wobei hierbei die Zustimmung nur unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden dürfe.

Die höheren Wasserverbrauchskosten, die dem Beschwerdeführer anfallen würden, – so die Vorinstanz weiter – seien zwar ein Nachteil, jedoch fehle diesem die erforderliche objektive Schwere, um deswegen die Zustimmung zur Untermiete zu verweigern. Auch sei aufgrund der erfolgten Parteibefragung davon auszugehen, dass die Beschwerdegegner im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wohl die Möglichkeit in Betracht zogen, einst Untermieter aufzunehmen, indes sie damals noch nicht die feste, konkrete Absicht gehabt hätten, Untermieter allgemein oder die jetzigen beiden Untermieterinnen aufzunehmen. Von einem gegen Treu und Glauben verstossenden Verhalten der Beschwerdegegner sei deshalb keine Rede.

Den Antrag um Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen wies die Vorinstanz ab, da nicht indiziert sei, dass der Beschwerdeführer bzw. die Verwaltung sich dem Entscheid nicht unterziehen werde (act. 38 = 42 = 44 S. 11 ff.).

2.3. Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, es sei mit klarem Wortlaut eine verbindliche Personenzahl vereinbart worden. Deren allfällige spätere Erhöhung sei zwar nicht im Grundsatz ausgeschlossen, gemäss ausdrücklichem Wortlaut des Vertrages (Ziffer 3 der Allgemeinen Bedingungen) jedoch nur mit schriftlicher Zustimmung des Vermieters möglich. Dies zeige unmissverständlich, dass die Mieter die Anzahl Bewohner nicht eigenmächtig – auch nicht unter dem Deckmantel der Untermiete – verdoppeln dürften, und zwar unabhängig davon, ob auf dem Vertragsformular neben der dort vermerkten Personenzahl "maximal" oder "höchstens" stehe. Für eine Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip bestehe bei dieser Sachlage keinen Raum. Der vereinbarte Inhalt sei verbindlich, selbst wenn sich die Beschwerdegegner über die Konsequenzen für die Untermiete nicht im Klaren gewesen sein sollten. Die Erteilung bzw. Verweigerung der Zustimmung zur Erhöhung der Bewohnerzahl durch den Vermieter sei im Gegensatz zur Zustimmung zur Untervermietung an keine Voraussetzung gebunden. Dies habe seine Berechtigung. Der Vermieter müsse die Möglichkeit haben, eine Erhöhung der Bewohnerzahl abzulehnen oder im Falle der Zustimmung den Mietzins und die Nebenkostenvereinbarung den neuen Gegebenheiten anzupassen, sei doch die Abnützung intensiver, der Liftgebrauch verdoppelt und der Verbrauch höher, wobei die Kosten des höheren Verbrauchs mangels Ausscheidung vom Beschwerdeführer zu tragen seien. Die genannten Überlegungen lasse die Vorinstanz ausser Acht, wenn sie bei den aus der Untermiete erwachsenden Nachteilen lediglich die dem Beschwerdeführer aus der Erhöhung der Personenzahl entstehenden Kosten berücksichtige und dabei ausschliesslich auf allgemeine statistische Erhebungen zu Wasserkosten abstelle. Sie blende dabei aus, dass die Verdoppelung der Bewohnerzahl nicht nur wirtschaftliche Nachteile für den Vermieter mit sich bringe, sondern es sich dabei zusätzlich um eine Vertragsverletzung handle, die für sich alleine bereits einen wesentlichen Nachteil darstelle, der zur Ablehnung der Untermiete berechtige. Es sei daher nicht nur sachgerecht, sondern für die Erhaltung des vertraglichen Gleichgewichts entscheidend, dass

der Vermieter unter keinem Titel dazu gezwungen werden dürfe, zu einer Erhöhung bzw. sogar zu einer Verdoppelung der Personenzahl zuzustimmen.

Die Vorinstanz sei, so der Beschwerdeführer weiter, allein aufgrund ihrer Feststellung, es sei keine Maximalbelegungszahl vereinbart worden, ohne weitere Begründung davon ausgegangen, dass er eine Erhöhung der Personenzahl akzeptieren müsse. Die Möglichkeit einer allfälligen Verweigerung der Zustimmung prüfe sie in der Folge nur noch unter den strengen Kriterien von Art. 262 Abs. 2 OR. Damit legitimiere sie einen Vertragsbruch der Mieter zu Lasten und auf Kosten des Vermieters. Entgegen der Vorinstanz sei in diesem Zusammenhang gerade auch Art. 262 Abs. 3 OR relevant. Der Vermieter brauche danach selbst dann keine Vertragsverletzung zu tolerieren, wenn diese nur unerheblich wäre. Die Missachtung der vertraglichen Benutzerzahl, die hier sogar zu einer Verdoppelung der Bewohner führen würde, sei von Vornherein keine bloss geringfügige oder unerhebliche Abweichung vom Hauptmietvertrag. Überdies gehe die Vorinstanz von einer falschen Prämisse aus, nämlich dass die Untermiete "begriffsnotwendig zu einer Zunahme der Personenzahl" führe. Dies treffe nicht zu. Gemäss einschlägiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sei die Untervermietung gedacht für Fälle, in denen die Wohnung nachträglich unterbelegt sei, weil jemand sterbe oder ausziehe (act. 43 S. 4 ff.).

2.4. Vorab ist zu bemerken, dass die Frage, ob die Zustimmung wegen vertragswidrigem Gebrauch gestützt auf Art. 262 Abs. 2 lit. c OR oder auf dessen Abs. 3 verweigert werden darf, theoretischer Natur ist. In der Lehre werden beide Meinungen vertreten (LACHAT et al., Mietrecht für die Praxis, 8. Aufl., S. 469 und ZK-HIGI, Art. 262 N 45 subsumieren diesen Fall unter Abs. 2; SVIT Komm Mietrecht, 3. Aufl., Art. 262 N 15 hingegen unter Abs. 3). Praktische Konsequenzen hat die Unterscheidung nicht, werden Abweichungen vom Hauptmietvertrag – beispielsweise von der Vereinbarung einer Maximalbelegung – unter beiden Lehrmeinungen als Verweigerungsgrund anerkannt, und zwar unabhängig von deren Wesentlichkeit.

2.5. Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Vereinbarung einer Höchstbelegungszahl der Untermiete entgegenstehen würde, eine solche vorliegend je-

doch nicht vereinbart wurde, was die Auslegung des Mietvertrages ergibt. Hierzu kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 38 = 42 = 44 S. 12 ff.). An diesen Erwägungen vermögen die Ausführungen des Beschwerdeführers nichts zu ändern. Die Auslegung eines Vertrages ist immer dann notwendig, wenn die Parteien sich über den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages nicht einig sind, d.h. sie ein unterschiedliches Verständnis darüber haben. Bei der Auslegung ist zunächst der tatsächliche übereinstimmende Wille der Parteien zu ermitteln. Ist dies nicht möglich, ist der Vertrag normativ auszulegen, d.h. das Gericht hat in objektivierter Betrachtungsweise darauf abzustellen, was vernünftig und redlich handelnde Parteien nach Treu und Glauben unter den gegebenen Umständen gewollt und ausgedrückt hätten. Auslegungsmittel ist in erster Linie der Wortlaut. Ergänzend sind die Entstehungsgeschichte sowie die Begleitumstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen. Sodann gilt insbesondere für nicht individuell verfasste Abreden (namentlich Bestimmungen in den AGB) die Unklarheitenregel. Danach muss sich der Verfasser einer unklaren Bestimmung – bzw. derjenige, der die Verwendung des von dritter Seite verfassten Textes vorgeschlagen hat – im Zweifelsfall die für ihn ungünstigere Auslegungsvariante entgegenhalten lassen (HUGUENIN, OR AT, 3. Aufl., N 259 ff. sowie N 427; GAUCH/SCHLUEP, OR AT, 9. Aufl., Band I, N 1196 ff.). Entsprechend ist die Frage, ob der Wortlaut klar ist bzw. wie er von der Gegenpartei verstanden werden durfte und musste, ebenfalls durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu beantworten. Bei der Auslegung ist somit wesentlich, von was die Beschwerdegegner beim Abschluss des Vertrages haben ausgehen müssen. Weder der Wortlaut noch die weiteren Unterlagen, die Entstehungsgeschichte oder Begleitumstände lassen vorliegend auf die Vereinbarung einer Maximalbelegung schliessen, weshalb eine solche nicht Vertragsgegenstand wurde.

Dass der Beschwerdeführer subjektiv der Regelung im Mietvertrag "Anzahl Pers.: 2" eine andere Bedeutung beimisst, nämlich dass hier eine verbindliche Personenzahl im Sinne einer Maximalbelegung vereinbart wurde (act. 43 S. 4), ist nachvollziehbar. Verständlicherweise ist der Beschwerdeführer irritiert, wenn nur wenige Wochen nach Vertragsabschluss die Mieter eine Verdoppelung der Be-

wohner installieren. Das (Miet-)Recht ordnet das Vorgehen der Mieter aber anders ein.

Die Argumentation des Beschwerdeführers, die Zusätze "maximal" oder "höchstens" würden sich nur dann aufdrängen, wenn die vertraglich vereinbarte Personenzahl bei Vertragsantritt noch nicht ausgeschöpft gewesen wäre, was dann der Fall gewesen wäre, wenn der Einzug einer zweiten Person auf einen späteren Zeitpunkt ohne ausdrückliche Zustimmung des Vermieters hätte möglich sein sollen (act. 43 S. 4), vermag deshalb nicht zu überzeugen. Der Vermieter hat dem Mieter gegenüber mit dem Zusatz "maximal" oder "höchstens" seinen Willen auf Maximalbelegung der Wohnung kundzutun.

Sodann ist die Festhaltung des Ist-Zustandes bei Vertragsantritt im Mietvertrag – ohne dass hierzu von den Parteien etwas vereinbart worden wäre – auch nicht unüblich. Dies zeigt sich exemplarisch auch an dem unter demselben Titel enthaltenen Vermerk "Familienwohnung: nein" (act. 3/1 S. 1). Würden die Beschwerdegegner 1 und 2 heiraten, würde die Wohnung automatisch zur Familienwohnung. Es könnte nicht behauptet werden, dass die Eheschliessung den Mietvertrag verletze.

Zwar sieht Ziffer 3 der Allgemeinen Bedingungen zum Mietvertrag in der Tat vor, dass "jede Änderung, insbesondere auch die Erhöhung der vertraglich vereinbarten Anzahl erwachsener Personen, der schriftlichen Zustimmung des Vermieters" bedürfe (act. 3/1). Im vorliegenden Mietvertrag wurde jedoch keine Anzahl erwachsener Personen *vertraglich vereinbart*, sondern lediglich der Ist-Zustand festgehalten, weshalb die Erhöhung der Anzahl Bewohner keine Zustimmung nach Ziffer 3 der Allgemeinen Bedingungen bedingt, sondern – da es sich um Untermiete handelt – eine solche nach Ziffer 9, bei der die Verweigerung nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist.

2.6. Selbst wenn man der Ansicht des Beschwerdeführers folgen und Ziffer 3 dahingehend verstehen würde, dass zwar keine Maximalbelegung jedoch aber eine "einstweilige Begrenzung der Personenzahl" vereinbart worden sei, indem die Personenzahl im eigentlichen Mietvertrag zumindest festgehalten und mit Zif-

fer 3 der Allgemeinen Bedingungen die Erhöhung auch der *festgehaltenen* Personenzahl unter die Voraussetzung der Zustimmung des Vermieters gestellt habe (act. 43 S. 9), würde dies im Resultat nichts ändern. Dazu Folgendes:

Ob der Vermieter seine Zustimmung zur Erhöhung der vertraglich vereinbarten Anzahl erwachsener Personen nach seinem Ermessen erteilen oder verweigern kann, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut der Bestimmung. Für eine im alleinigen Ermessen des Vermieters liegende Zustimmungserklärung spricht der Umstand, dass in Ziffer 9 Verweigerungsgründe aufgezählt werden, nicht hingegen in Ziffer 3 der Allgemeinen Bedingungen. Entsprechend ist zu prüfen, ob diese Vereinbarung vor der gesetzlichen Regelung der Untermiete, welche relativ zwingender Natur ist, standhält und damit der teilweisen Untervermietung tatsächlich entgegensteht.

Art. 262 OR regelt die ganze und teilweise Untervermietung. Diese Bestimmung ist relativ zwingend, d.h. die Parteien können das Recht zur Untervermietung nicht zu Lasten des Mieters beschränken. Insbesondere kann im Mietvertrag ein generelles Verbot der Untermiete nicht gültig vereinbart werden. Zulässig sind lediglich Parteivereinbarungen in Ergänzung, nicht aber in Abänderung der gesetzlichen Regelung. Zulässig ist beispielsweise die vertragliche Vorschrift, dass der Mieter sein Ersuchen schriftlich stellen muss oder der Vermieter seine Zustimmung innert einer bestimmten Frist ebenfalls schriftlich abgeben muss (SVIT, a.a.O., Art. 262 N 1 f.; LACHAT et al., a.a.O. S. 479 f.). Wie auch bereits die Vorinstanz ausführte, ist eine Beschränkung der Untermiete ohne Gesetzesverletzung über die vertraglichen Bestimmungen zum Verwendungszweck der Mietsache möglich. Der Vermieter kann somit beispielsweise vorschreiben, dass die Wohnung nur von Paaren, Studenten, Familien, älteren Leuten oder einer bestimmten Höchstzahl an Personen genutzt werden darf (SVIT, a.a.O., Art. 262 N 2 und 5; LACHAT et al., a.a.O. S. 480).

Bei Ziffer 3 der Allgemeinen Bedingungen geht es jedoch nicht um die Regelung eines solchen Verwendungszwecks. Der Beschwerdeführer bringt dies auch nicht vor, führt er doch im Wesentlichen die Erforderlichkeit der Erhöhung des Mietzinses und der Nebenkosten ins Feld. Dieses Argument des Vermieters verfängt je-

doch nicht: Die Möglichkeit einer gleichzeitigen Mietzinsanpassung ergibt sich gerade nicht aus der geschlossenen Vereinbarung. Der Begriff Zustimmung kann nur so verstanden werden, dass der Vermieter die Anfrage mit "Ja" oder "Nein" beantworten muss. Für eine Anpassung des Mietzinses und der Nebenkosten bedürfte es hingegen der neuerlichen übereinstimmenden Willenserklärung beider Vertragsparteien und nicht bloss der Willenserklärung des Vermieters. Sodann wird der Mietzins – wie die Beschwerdegegner zu Recht vorbrachten (Prot. VI S. 16) – in der Regel nach der Grösse der Wohnung und nicht nach der Anzahl der Bewohner festgelegt. Die verpasste Ausscheidung von Nebenkosten kann auch nicht auf diesem Weg nachgeholt werden. Die Zustimmung unter gleichzeitiger Anpassung des Mietzinses wäre dann denkbar, wenn ein konkreter Betrag bereits vertraglich vereinbart worden wäre, beispielsweise dahingehend, dass sich der Mietzins um den Betrag von Fr. 150.– pro zusätzlichem Bewohner erhöht. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Neben dem Argument des Mietzinses und der Nebenkosten führt der Beschwerdeführer aus, es müsse ihm unbenommen bleiben, über Zusammensetzung und Anzahl der Bewohner seiner Liegenschaft zu entscheiden. Somit geht es ihm nicht um eine klare und verbindliche Regelung des Verwendungszwecks, sondern um die Möglichkeit, im Einzelfall frei entscheiden zu können. Damit würde sich der Vermieter eine über Art. 262 OR hinausgehende Möglichkeit schaffen, die Untermiete einzuschränken, was jedoch nicht zulässig ist und aufgrund der relativ zwingenden Natur von Art. 262 OR unbeachtlich bleibt (vgl. hierzu auch ZK-HIGI, Art. 262 N 31). Es verhält sich somit so, wie wenn ein Mietvertrag ein Verbot der Untermiete enthält: Auf den ersten Blick begeht der Mieter einen Vertragsbruch, wenn er trotzdem untervermietet. Da ein solches Verbot jedoch aufgrund des relativ zwingenden Charakters von Art. 262 OR nichtig ist, wäre dieser "Vertragsbruch" unbeachtlich und würde jedenfalls keinen wesentlichen Nachteil des Vermieters im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR darstellen (LACHAT et al., a.a.O., S 279). Eine vertragliche Vereinbarung der Personenzahl ausserhalb der Maximalbelegung – wie dies der Beschwerdeführer geltend macht – wäre somit unbeachtlich.

Die unterschiedliche Handhabung der Vereinbarung einer Maximalbelegung und der einstweiligen Festlegung der Personenzahl auf den Zustand beim Vertrags-

schluss ist denn auch gerechtfertigt. Im ersten Fall will der Vermieter von Beginn weg nur eine bestimmte Anzahl Personen in seiner Wohnung haben und teilt dies den Mietern auch mit. Im zweiten Fall möchte sich der Vermieter grösstmögliche Freiheit vorbehalten und den Entscheid im Einzelfall treffen. Hier wird die Vertragsfreiheit jedoch durch Art. 262 OR eingeschränkt, wonach die Zustimmung nur unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden darf. Eine Verweigerung kommt immerhin noch dann in Frage, wenn andere wesentliche Nachteile vorliegen. Solange aber weder eine Maximalbelegung vereinbart wurde, noch andere wesentliche Nachteile vorliegen, kann keine Rede davon sein, dass sich die Mieter als Untervermieter an die Stelle des Eigentümers stellen und damit die Untermiete unzulässig zweckentfremden würden.

2.7. Die Aussage der Vorinstanz, dass die teilweise Untervermietung begriffsnötig zu einer Zunahme der Personenzahl führe (act. 38 = 42 = 44 S. 12), ist – entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers – zutreffend, ist sie doch im Lichte der tatsächlichen Verhältnisse zu verstehen und nicht in Anbetracht einer allfälligen vertraglichen Vereinbarung der Bewohnerzahl. Auch in den vom Beschwerdeführer vorgebrachten Fällen, in denen die Wohnung nachträglich unterbelegt ist, weil jemand gestorben oder ausgezogen ist, findet faktisch beim Einzug eines Untermieters eine Erhöhung der aktuellen Anzahl Bewohner statt. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts lässt sich sodann nicht ableiten, die teilweise Untervermietung sei *nur* für Fälle gedacht, in denen davor eine Reduktion der Bewohner stattgefunden habe. Auch in der Lehre findet diese Ansicht keine Stütze. Überdies ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der rechtfertigen würde, die teilweise Untervermietung nur bei vorgängiger Reduktion der Bewohnerzahl zuzulassen, sofern zwischen den Parteien keine Maximalbelegung vereinbart wurde.

2.8. Der vom Beschwerdeführer vorgebrachte Art. 271a Abs. 1 lit. f OR als abschliessende Aufzählung von Fällen, in welchen der Vermieter eine Abweichung von der vertraglich vorgesehenen Personenzahl akzeptieren müsse – nämlich Tod, Scheidung oder Trennung der Ehe und Familienzuwachs – ist vorliegend nicht einschlägig, da gerade keine Personenzahl vertraglich vereinbart wurde. Zudem ist anzumerken, dass die Mieter in Fällen der zulässigen Untervermietung

durch Art. 271a Abs. 1 lit. a OR geschützt sind, machen sie in diesem Fall doch nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Mietverhältnis geltend (vgl. SVIT Komm Mietrecht, 3. Aufl., Art. 271a N 11).

2.9. Aus seinen Ausführungen zum wesentlichen Nachteil aufgrund der intensiveren Abnutzung, der häufigeren Liftbenutzung und des höheren Verbrauchs kann der Beschwerdeführer ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten. Selbst wenn man diese Aspekte, namentlich den höheren Stromverbrauch der Liftbenutzung und die (wohl nur leicht) intensivere Abnutzung, zu den – von der Vorinstanz bereits beachteten – erhöhten Wasserkosten hinzunimmt, liegt kein objektiv wesentlicher Nachteil im Sinne von Art. 262 Abs. 2 lit. c OR vor. Insbesondere kann bereits nicht generell gesagt werden, dass die Verdoppelung der Personenzahl die Verdoppelung der Abnutzung und der Verbraucherkosten nach sich zieht. Das Verhalten einzelner Mieter ist unterschiedlich: Gewisse Personen verwenden täglich doppelt oder dreimal so viel Wasser wie andere, einige benützen den Lift nie, obwohl sie im vierten Stock wohnen, andere gehen häufig ein und aus und benützen den Lift so auch häufiger am Tag. Damit der Vermieter daraus resultierende Kosten nicht selber tragen muss, hat er die entsprechenden Nebenkosten auszuscheiden (vgl. Art. 257a OR). An dieser Stelle ist anzumerken, dass der Vermieter zusätzliche, im Mietvertrag nicht ausgeschiedene Nebenkosten grundsätzlich jederzeit unter Einhaltung der Voraussetzungen von Art. 269d Abs. 3 und 270b Abs. 2 OR ausscheiden und auf den Mieter überwälzen kann (vgl. LACHAT et al., a.a.O., S. 244; mp 2/96 S. 77 ff.).

Die Frage der übermässigen Abnutzung bzw. der Überwälzung der Kosten aus der Instandstellung stellt sich erst bei der Rückgabe des Mietobjekts. Zwar wäre für die Bestimmung der ordentlichen Abnutzung wohl auf die normale Nutzung durch vier Personen abzustellen, wenn die Untervermietung als zulässig betrachtet wird. Jedoch ist nicht ersichtlich inwieweit die ordentliche Abnutzung einer Wohnung per se intensiver sein soll, wenn diese durch vier statt nur durch zwei Personen bewohnt wird.

2.10. Nach dem Gesagten dringt der Beschwerdeführer mit seiner Argumentation nicht durch. Die Beschwerde ist abzuweisen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels Umtrieben in diesem Verfahren ist den Beschwerdegegnern keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Den Beschwerdegegnern wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 43, sowie an das Mietgericht Zürich und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine mietrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 4'000.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

MLaw D. Weil

versandt am: