

Per Mail: [recht@bwo.admin.ch](mailto:recht@bwo.admin.ch)

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF  
Bundesamt für Wohnungswesen BWO  
Storchengasse 6  
2540 Grenchen

Zürich, 03. Juli 2018

## Vernehmlassungsverfahren zur Änderung der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen

Sehr geehrte Herr Bundesrat,  
sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns mit Schreiben vom 21. März 2018 die Vorlage zur Änderung der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) unterbreitet und zur Vernehmlassung eingeladen. Dafür danken wir Ihnen. Gerne nehmen wir im Folgenden zur Vorlage Stellung.

Als Berufs- und Fachverband der Immobilienwirtschaft vertreten wir über 2000 Unternehmen aus der ganzen Schweiz, die Dienstleistungen unter anderem für institutionelle, gewerbliche und private Immobilieneigentümer, Bauherren, Betreiber und Stockwerkeigentümergeinschaften anbieten. Der Schweizerische Verband der Immobilienwirtschaft SVIT Schweiz – nachfolgend: SVIT – ist in allen Landesregionen präsent und ist die nationale Vertretung des professionellen Immobiliendienstleistungssektors in politischen Belangen. Zusammen repräsentieren wir rund 30'000 Berufsleute der Immobilienwirtschaft.

### Das Wichtigste in Kürze

- Der SVIT lehnt die Vorlage in jeder Hinsicht ab. Er ersucht den Bundesrat, diese abzuschreiben.
- Es besteht im privatrechtlichen Bereich kein Handlungsbedarf zur Regelung der kurzzeitigen Untervermietung. Das geltende Mietrecht ist diesbezüglich aus Sicht des SVIT ausreichend klar. Eine Regelung im öffentlich-rechtlichen Bereich ist Sache der Kantone bzw. der Kommunen (Baugesetz bzw. Bau- und Nutzungsordnung).

- Die wiederholte Beherbergung von Gästen unbestimmter Anzahl gegen Entgelt stellt eine kommerzielle Nutzung des Wohnraums dar. Gastgeber und Gast gehen nach herrschender Lehre in der Regel einen Beherbergungs- oder Gastaufnahmevertrag ein. Die Vermarktung und Vermittlung über Buchungsplattformen sind ein Indiz für die kommerzielle Nutzung (Angebot an eine unbestimmte Anzahl potenzieller Gäste).
- Die kommerzielle Untervermietung widerspricht dem Nutzungszweck des zum dauernden Aufenthalt überlassenen Wohnraums und kann nicht darunter subsumiert werden.
- Das grundsätzliche Recht zur regelmässigen kommerziellen Untervermietung an Gäste, wie es mit der Vorlage eingeräumt werden soll, stellt eine erhebliche Ausweitung der Nutzungsrechte des Mieters bzw. Einschränkung der Verfügungsgewalt und Eigentumsrechte des Eigentümers dar.
- Die Vorlage stellt keine Anpassung des Art. 262 OR an die technologische und gesellschaftliche Entwicklung dar und sprengt den Rahmen des vom Gesetzgeber ursprünglich vorgesehenen Rechts auf Untervermietung.
- Das grundsätzliche Recht des Mieters zur kurzzeitigen Untervermietung und die Beweispflicht des Vermieters bei Ablehnung stellt eine Umkehr der heutigen Situation dar und auflegt dem Vermieter die Beweislast. Dies führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit und verursacht hohe Kosten.
- In Ballungszentren ist die Nachfrage nach Wohnraum für dauerhaften Aufenthalt und gleichzeitig nach kurzzeitigen Übernachtungsmöglichkeiten am grössten. Dies führt zu einer Konkurrenzierung der Wohnraumnachfrage. Das grundsätzliche Recht zur kurzzeitigen Untervermietung erhöht den Druck auf die Wohnungssuchenden, was in jeder Hinsicht unerwünscht ist. Dem Wohnungsmarkt würde durch die Anpassung Wohnraum entzogen.
- Wenn denn – was der SVIT Schweiz ebenfalls klar ablehnt – generell ein Recht des Mieters auf kommerzielle Nutzung eines Mietobjekts geschaffen werden soll, so könnte dies nur auf Gesetzesebene und nicht auf dem Verordnungsweg legiferiert werden.

## Argumentation im Einzelnen

### Grundsätzliche Ablehnung der kurzzeitigen Untervermietung

Der SVIT lehnt ein generelles Recht der Mieter zur kurzzeitigen Untervermietung – im Titel des betreffenden Art. 8a VMWG als «Generelle Zustimmung zur wiederholten kurzzeitigen Untermiete» betitelt Änderung – grundsätzlich und entschieden ab. Dieses Recht hat zur Folge, dass dem Mietwohnungsmarkt Wohnraum zum dauerhaften Aufenthalt entzogen wird. Es wäre mit einer deutlichen Ausweitung des Angebots kurzzeitiger Übernachtungsmöglichkeiten in Mietwohnungen namentlich in den touristischen Zentren und in Kernstädten zu rechnen. Während heute aufgrund der Rechtslage das Angebot für kurzzeitige Untermiete vernachlässigbar ist, würde das generelle Recht Mietinteressenten bei der Suche nach Wohnraum für den dauernden Aufenthalt erheblich benachteiligen. Die Eigentumsrechte und die Verfügungsgewalt des Vermieters würden zudem durch ein generelles Recht weiter beschnitten.

### Kommerzieller Charakter der kurzfristigen Untervermietung

Die Aufnahme von Gästen ohne persönliche Beziehung und gegen Bezahlung verfolgt einen kommerziellen Zweck. Dies insbesondere dann, wenn sich das Angebot an eine unbestimmte Anzahl von Personen richtet, wie dies bei Buchungsplattformen typisch ist. Gastgeber und Gast schliessen in der Regel einen Gastaufnahme- oder Beherbergungsvertrag, selten einen atypischen oder reinen Untermietvertrag ab. Massgebend für den Vertragstypus sind die über das Angebot einer reinen Schlafstätte hinausgehenden

Dienstleistungen wie Gästeempfang, die Bereitstellung von Bett- und Frotteewäsche, End- und Zwischenreinigung, Empfehlungen für Freizeitaktivitäten und Restaurants usw.

Eine solche kommerzielle Nutzung sprengt den Rahmen der Gebrauchsüberlassung von Wohnraum zum dauernden Aufenthalt. Als Wohnraum zu betrachten sind Räume, die nach ihrem vertraglich vereinbarten Zweck dem Wohnen dienen sollen, die also zum dauernden Aufenthalt von Personen geeignet sind und zu diesem Zweck vermietet werden. Ist der vereinbarte Gebrauchszweck kommerzieller Natur, so wäre von einer Geschäftsraummietauszuweichen. Das Mietobjekt würde dem Mieter im Hinblick auf die Entfaltung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, also für Gewerbe, Handel, Verkauf, Dienstleistung usw., zum Gebrauch überlassen. Genau dieser Zweck sieht der Vermieter bei der Gebrauchsüberlassung von Wohnraum nicht vor. Die tatsächliche Nutzung zur Gastaufnahme bzw. Beherbergung stellt somit ein Verstoss gegen den vereinbarten Nutzungszweck dar. Dabei ist es unerheblich, ob nur einzelne Zimmer oder die ganze Wohnung und ob nur zeitweise oder dauernd Übernachtungsmöglichkeiten angeboten werden.

#### Kein Anwendungsfall von Art. 262 OR

Ob die kurzzeitige, hotelartige Untervermietung als Anwendungsfall von Art. 262 OR zu qualifizieren ist, ist umstritten. Während Spirig (Grundsätze der Untermiete und Airbnb, mp 1/15, Seite 1 ff.) dies bejaht, zieht dies Tschudi (Neue Vermietungsformen [Airbnb etc.] im Lichte des geltenden Mietrechts, St. Galler Mietrechtstag, 2016) in Zweifel. Die Gründe für die Skepsis sind einleuchtend. Tschudi führt zu dieser Frage aus: «Die Entscheidung, ob Art. 262 OR auch auf Airbnb-Verhältnisse Anwendung findet, hängt somit letztlich nicht von der rechtlichen Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Gastgeber und Gast ab, sondern von der Frage, ob Airbnb-Verhältnisse derart nahe bei den typischen Fällen sind, die der Gesetzgeber beim Erlass von Art. 262 OR vor Augen hatte, dass die in Art. 262 OR getroffene Entscheidung des Gesetzgebers auch auf Airbnb-Verhältnisse Anwendung findet bzw. finden muss. Dazu Folgendes: Die Untervermietung hat mit dem eigentlichen Gebrauchmachen von der Mietsache, d.h. mit dem Gebrauchszweck, für den sie vom Mieter gemietet wurde (dem Wohnen), nichts zu tun. Dem Gesetzgeber ging es dabei namentlich um Fälle, in denen der Hauptmieter längere Zeit (mehrere Monate) abwesend ist, er die Wohnung nach seiner Rückkehr aber wieder selber bewohnen und deswegen nicht aufgeben möchte, oder um Fälle, in denen die Wohnung infolge familiärer Veränderungen oder eines Schicksalsschlages finanziell nicht mehr tragbar geworden ist. In solchen Fällen rechtfertigt es sich aus sozialpolitischen Überlegungen, die Vertrags- und Eigentumsfreiheit zulasten des Vermieters einzuschränken. Geht es dem Mieter aber nur darum, die an sich ohne weiteres tragbaren Lebenshaltungskosten durch die Untervermietung zu senken, dann dürfte eine solche Einschränkung nur schwer zu rechtfertigen sein. Ob der Gesetzgeber auch solche Fälle unter Art.262 OR subsumiert haben wollte, ist zumindest sehr fraglich.»

Zusammenfassend ist bei der kurzzeitigen Untervermietung von einer kommerziellen Nutzung des Wohnraums auszugehen, die den Nutzungszweck des zum dauernden Aufenthalt überlassenen Wohnraums sprengt. Der SVIT ist der Auffassung, dass die kurzzeitige Untervermietung nicht als Anwendung von Art. 262 OR zu werten ist.

#### Kein Handlungsbedarf

Die geltende Rechtslage ist somit für das Phänomen der kurzzeitigen Untervermietung und die Vermarktung über Buchungsplattformen ausreichend klar: Der Vermieter soll eine derartige Nutzung des Wohnraums ohne Weiteres verbieten können, weil sie der vereinbarten Gebrauchsüberlassung

widerspricht. Selbst wenn man Spirig folgen würde («Neben der reinen Untermiete können weiterer Formen von entgeltlichen Gebrauchsüberlassungen nicht von vornherein ausgeschlossen werden», a.a.O., Seite 6), so kann sich der Vermieter heute auf Art. 262 Abs. 2 Buchst. a OR berufen. Denn es wird dem Mieter unmöglich sein, für jede einzelne Gastaufnahme bzw. Beherbergung die wesentlichen Elemente des Untermietverhältnisses zu nennen und dem Vermieter ausreichend Zeit (gemäss herrschender Lehre 2 Wochen) für die Prüfung einzuräumen. Zu diesen wesentlichen Elementen gehört namentlich die Benennung der Person des Untermieters. Es ist das gute Recht des Vermieters zu wissen, wer sich als Untermieter in seiner Wohnliegenschaft aufhält und etwa Schlüssel für Gebäude und Wohnung besitzt. Das Unvermögen des Mieters, die wesentlichen Elemente zu benennen, führt dazu, dass die Untervermietung über Buchungsplattformen auch nach Art. 262 Abs. 2 Buchst. a OR faktisch ausgeschlossen ist. Dies ist sachgerecht.

### Fehlende Kompetenz zur Regelung der kurzzeitigen Untervermietung auf dem Verordnungsweg

Folgt man der Argumentation Tschudis, lehnt die Auffassung von Spirig ab (jeweils a.a.O.) – wie dies der SVIT beides tut – und betrachtet die kurzzeitige Untervermietung nicht als Anwendungsfall von Art. 262 OR, so fehlt dem Bundesrat nach dem Verständnis des SVIT die Kompetenz, diese Form der kommerziellen Nutzung auf dem Verordnungsweg zu regeln. Der Gesetzgeber hatte nach dem Dafürhalten des SVIT in der damaligen Debatte zum heute geltenden Mietrecht keine derartigen Nutzungen vor Augen. Dass er dies aufgrund der inzwischen eingetretenen technologischen und gesellschaftlichen Entwicklung auch nicht konnte, ist nebensächlich. Der Gesetzgeber wollte bei der Schaffung des geltenden Mietrechts in Art. 262 OR ein grundsätzliches Recht auf Untermiete unter bestimmten Bedingungen einräumen. So sollte der Mieter nach längerer Abwesenheit wieder in sein Mietobjekt und in seine gewohnte Umgebung zurückkehren können und in der Zwischenzeit die Wohnung nicht aufgeben bzw. die Kosten für die leerstehende Wohnung nicht tragen müssen.

Wollte der Bundesrat ein neues Nutzungsrecht des Mieters einräumen, so müsste er dies nach Ansicht des SVIT auf dem Gesetzesweg tun. Auch eine solche Anpassung des geltenden Mietrechts würde der SVIT selbstredend ablehnen.

### Rechtsunsicherheit provoziert

Mit dem grundsätzlichen Recht zur Untervermietung an eine unbestimmte Gästeschaft verlagert sich der Fokus auf die in Art. 262 Abs. 2 Buchst. b und c OR genannten Verweigerungsgründe. Dies schafft erhebliche Rechtsunsicherheit und auferlegt dem Vermieter die Beweislast. Unklar ist, was der Bundesrat mit dem Wort «namentlich» in Art. 8a Abs. 3 VMWG (zweiter Halbsatz) zum Ausdruck bringen will. Soll damit eine Hierarchie der Ablehnungsgründe geschaffen werden? Die Erläuterungen zur Vorlage gehen jedenfalls mit keinem Wort auf Art. 262 Abs. 2 Buchst. b OR (Missbräuchlichkeit der Bedingungen) ein.

Es dürfte im konkreten Fall in der Tat mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, die Missbräuchlichkeit der Übernachtungstaxe für die kurzzeitige Untervermietung nach den vom Bundesgericht angewendeten Richtlinien für die absolute und relative Methode zu beweisen bzw. zu widerlegen. Die Taxe umfasst regelmässig nicht nur einen Mietanteil, sondern ebenso ein Entgelt für die zusätzlichen Dienstleistungen. Dies würde die Ausscheidung und Berücksichtigung der Kalkulation dieser Dienstleistungen erfordern. Beides ist für den Vermieter – der die Missbräuchlichkeit bei einer Ablehnung der Untervermietung beweisen oder mindestens glaubhaft machen muss – unmöglich. Siehe auf Art. 262

Abs. 2 Buchst. b OR zu berufen, ist für den Vermieter aus praktischen Gründen ein mit erheblichem Aufwand und unsicherem Ausgang behafteter Weg.

Ähnlich verhält es sich mit Art. 262 Abs. 2 Buchst. c OR, dem in der Vorlage offensichtlich primäre Bedeutung zukommt. Die Erläuterungen verlangen vom Vermieter den *objektiven Nachweis wesentlicher Nachteile* (Seite 4 der Erläuterungen, Abschnitt zu Art. 8a Abs. 3) und eine *sachliche Begründung* derselben. Die Würdigung dieses Nachweises obliegt dann den Schlichtungsbehörden bzw. den Gerichten.

Spirig erwähnt dazu wohl in Übereinstimmung mit dem Bundesrat, dass rein subjektive Empfindungen des Vermieters gemäss herrschender Lehre unerheblich sind (a.a.O, Seite 13). «So genügen bloss moralische Vorbehalte gegenüber dem Untermieter oder dessen Gewerbe nicht, solange der Untermieter sich mit seinem Gebrauch im Rahmen der Legalität bewegt und die Mietsache damit nicht über Gebühr abnutzt.» Sie hält dafür, dass ein rein subjektiv empfundener Nachteil kaum je die Intensität eines wesentlichen Nachteils erreichen dürfte, solange er sich nicht auch in einem objektivierbaren Niederschlag äussert. Dies zeigt, wie schwer es dem Vermieter fallen wird, den wesentlichen Nachteil zu substantiieren. So würde etwa das Unsicherheitsgefühl der übrigen Mieter oder die subjektiv empfundene Belästigung durch erhöhten Publikumsverkehr nicht zu einer Verweigerung berechtigen.

#### Einschränkung der Eigentumsrechte und der Verfügungsgewalt

Die Hauptleistungspflicht des Vermieters besteht darin, dem Mieter für die Dauer des Vertragsverhältnisses den vorausgesetzten Gebrauch der Mietsache zu ermöglichen/gewähren. In den Schranken der Rechtsordnung sind die Vertragsparteien frei, die Art des Gebrauchs der Mietsache und den Verwendungszweck durch Parteiabrede zu bestimmen. Wo sie dies nicht explizit tun, ergibt sich der Verwendungszweck und dessen Einschränkung aus dem Ortsgebrauch. Diese Vertragsfreiheit wird mit der zur Diskussion stehenden Vorlage in einem wesentlichen Bereich durchbrochen und die Rechte des Eigentümers/Vermieters beschränkt. Der SVIT lehnt diesen Eingriff entschieden ab.

#### Fazit

Es ist für den SVIT unverständlich, dass der Bundesrat vor dem Hintergrund der laufenden Gespräche der Verbände am «runden Tisch über Vermietungsplattformen» des Bundesamtes für Wohnungswesen und dem dabei ermittelten Konsens, dass die kurzzeitige Untermiete den Mietwohnungsmarkt nicht tangieren soll, nun ein generelles Recht zur wiederholten kurzzeitigen Untermiete einräumen will. Vor dem Hintergrund sämtlicher oben dargelegten Erwägungen lehnt der SVIT die Änderung der VMWG klar ab.

#### Kontakt

SVIT Schweiz  
Ivo Cathomen  
Puls 5 / Giessereistrasse 18  
8005 Zürich

[ivo.cathomen@svit.ch](mailto:ivo.cathomen@svit.ch)