

**ZMP 2018 Nr. 12**

**Art. 1 und 18 OR; Art. 253 OR; Art. 262 OR; Art. 530 OR; Art. 57 ZPO; § 21 und 26 GOG/ZH; Art. 227 und 230 ZPO. Rechtliche Einordnung der gemeinsamen Nutzung von Wohn- oder Geschäftsräumen. Untermiete und Einbringung einer Sache in eine Gesellschaft "quoad usum". Simulation und irrtümliche Bezeichnung des Vertrags. Widerrechtliche Vermietung via Airbnb. Doppelt relevante Tatsachen und richterliche Rechtsanwendung. Klageänderung.**

*Schliessen die Beteiligten einen Untermietvertrag mit dem Zweck ab, die Hauptvermieterin von der in Wahrheit gemeinsam betriebenen gewerbsmässigen Untervermietung einer Wohnung via Airbnb abzulenken, bilden sie untereinander eine einfache Gesellschaft. Folglich kann die als Mieterin und Untervermieterin auftretende Beteiligte keine Untermietzinse fordern. Die Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Ansprüche setzt genügende Behauptungen zum Gesellschaftsverhältnis voraus, auch wo keine Liquidationsklage erforderlich ist (E. IV.).*

*Ist eine Tatsache sowohl für die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die materielle Beurteilung der Klage von Bedeutung (doppelrelevant), so tritt das Gericht auf die Klage ein und beurteilt diese materiell, selbst wenn sich die Darstellung der Klägerin nachträglich als falsch erweist. Auch ein Spezialgericht hat diesfalls als Folge des Grundsatzes der richterlichen Rechtsanwendung die Klage unter allen möglichen rechtlichen Titeln zu prüfen. Seine Grenze findet dieses Prinzip allerdings an den Schranken der Mitwirkungsobliegenheit der Parteien und der Klageänderung: Liegen zur Beurteilung der Klage unter einem anderen Titel keine genügenden Behauptungen vor oder kann die klagende Partei gar nur mit einer beim angerufenen Gericht unzulässigen Änderung der Klage zum gewünschten Ziel kommen, muss die Klage abgewiesen werden. Diesfalls steht die Rechtskraft des Urteils einem weiteren Verfahren zwischen den Gesellschaftern nicht entgegen (E. III.1.2 und IV.3).*

Aus dem Urteil des **Mietgerichts MG180004-L vom 17. September 2018**  
(rechtskräftig; Gerichtsbesetzung: Weber; Gerichtsschreiberin Ursprung):

"(...)

## I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

### 1. Sachverhalt

Mit Mietvertrag vom 28. Oktober 2016 mietete die Klägerin zusammen mit M2 von H. (nachfolgend: Hauptvermieterin) eine 4-Zimmer-Wohnung im 4. Stockwerk in der Liegenschaft N.-strasse x in Zürich zu einem monatlichen Bruttomietzins von Fr. 3'500.–. Da M2 unvermittelt aus der Wohnung ausgezogen war, sich seither in Italien aufgehalten und seinen Mietzinsanteil nicht mehr geleistet hatte, gerieten er und die Klägerin mit den Mietzinszahlungen in Verzug. Am 13. Februar 2017 wurden beide von der Verwaltung der Hauptvermieterin (nachfolgend: [V. oder] Verwaltung) für den Februar-Mietzins schriftlich gemahnt. Da die Klägerin den Mietzins nicht alleine tragen konnte, begann sie die Wohnung auf Anraten von U. – Bruder der Beklagten und gleichzeitig Freund der Klägerin – ab Februar 2017 über die Plattform Airbnb unterzuvermieten. Nachdem die Verwaltung Kenntnis davon erhalten hatte, mahnte sie die Klägerin sowie M2 mit Schreiben vom 23. März 2017 ab.

Am 17. April 2017 zog die Beklagte in die Wohnung ein und eröffnete am 27. April 2017 ein auf ihren Namen lautendes Konto bei der Zürcher Kantonalbank, auf welches in der Folge die Einnahmen aus dem Airbnb-Geschäft flossen. Am 4. Mai 2017 wurde seitens der Verwaltung ein Airbnb-Verbot an alle Mieterinnen und Mieter im Haus ausgesprochen. Mit amtlichem Formular kündigte die Hauptvermieterin am 17. Mai 2017 durch die Verwaltung das Hauptmietverhältnis per Ende Oktober 2017. Als Grund gab sie mit Schreiben vom 4. Juli 2017 auf Nachfrage der Klägerin vom 14. Juni 2017 hin hauptsächlich an, trotz Verbot und Abmahnungen werde die Wohnung weiterhin über Airbnb vermietet, was zu erheblichen Immissionen sowie Unfrieden im Haus geführt habe.

Bereits am 11./23. Mai 2017 hatten die Parteien des vorliegenden Prozesses per 1. Juni 2017 eine 3½-Zimmerwohnung an der O.-strasse x in Zürich gemietet. Am 7. Juni 2017 unterzeichneten sie sodann ein als Untermietvertrag bezeichnetes Dokument für die Wohnung an der N.-strasse x. Mietbeginn sollte der 12. Juni 2017 sein. Der Beklagten sollten gemäss dem Papier die Zimmer "Hinten rechts"

und "Hinten links" für einen monatlichen Bruttomietzins von Fr. 2'548.70 überlassen werden. Einen weiteren – nicht bei den Akten liegenden – "Untermietvertrag" über ein drittes Zimmer im Mietobjekt schloss die Klägerin parallel dazu mit U. ab.

Am 23. Juni 2017 wurde die Beklagte von der Verwaltung schriftlich aufgefordert, das vorliegende Mietobjekt umgehend zu verlassen, da sie dort ohne Zustimmung der Vermieterin wohne; zugleich protestierte die Verwaltung bei der Klägerin gegen die Untervermietung. Am 30. Juni 2017 verweigerte die Verwaltung sodann die Zustimmung zu den beiden ihr am 26. Juni 2017 durch die Klägerin zur Genehmigung eingereichten Untermietverträgen mit der Beklagten und U. Am 10. Juli 2017 erteilte die Verwaltung der Beklagten ein Hausverbot für die Liegenschaft N.-strasse x.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung von Untermietzinsen ab September 2017.

(...)

## **II. Parteivorbringen**

### **1. Klägerin**

Die Klägerin brachte im Wesentlichen vor, die Beklagte habe alle Mietzinse bis und mit Monat August 2017 bezahlt. Danach habe sie keinen Mietzins mehr geleistet. Am 2. November 2017 habe die Klägerin der Beklagten den Untermietmietvertrag unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von drei Monaten auf den 28. Februar 2018 gekündigt. Sie schulde der Klägerin daher die ausstehenden Mietzinse bis zur Beendigung des Mietverhältnisses, mithin sechs Monatsmietzinse à Fr. 2'548.70 oder Fr. 15'292.20.

Trotz mangelnder Zustimmung durch M2, ihres Mitmieters im Hauptvertrag, sei zwischen den Parteien ein gültiger Untermietvertrag zustande gekommen. Zumindest habe ein faktisches Mietverhältnis bestanden. Eine Simulation liege entgegen den Angaben der Beklagten nicht vor, denn die Parteien hätten mit einem Rechtsbindungswillen gehandelt. Zwar habe die Hauptvermieterin die Airbnb-

Untervermietung nicht gerne gesehen, der Klägerin jedoch eine mündliche Bewilligung bis Ende März 2017 dafür erteilt. Die Klägerin bestritt, mit der Beklagten ein Scheingeschäft zwecks Täuschung der Hauptvermieterin eingegangen zu sein. Die Beklagte habe selber die Untervermietung via Airbnb an der N.-strasse betreiben wollen. Bei ihrem Einzug habe sie von der bisherigen Untervermietung durch die Klägerin und U. gewusst. (...) Die Klägerin sei nie Teil der Gemeinschaft der Airbnb-Vermieter gewesen. Vielmehr sei sie Ende Mai 2017 definitiv ausgestiegen, bevor die – damals arbeitslose – Beklagte und U. das entsprechende Geschäft zu betreiben begonnen hätten. Sie habe "gar nichts mehr mit dem Ganzen zu tun" gehabt und die Wohnung nicht mehr als Einnahmequelle nutzen wollen.

Es treffe zu, dass die Klägerin und U. in die Wohnung an der O.-strasse gezogen seien. Die Beklagte hätten sie mitgenommen, um ihr einen Gefallen zu tun, obwohl der Mietvertrag eigentlich nur zwei Bewohner erlaubt habe. Man habe vermeiden wollen, dass die Beklagte auf der Strasse gestanden wäre. Richtig sei auch, dass die Klägerin die Kündigung des Hauptmietverhältnisses bei der Schlichtungsbehörde angefochten habe. Die Idee sei gewesen, bei einem Erfolg gemeinsam wieder in die Wohnung an die N.-strasse zurückzuziehen und hernach die Wohnung an der O.-strasse als Airbnb-Einnahmequelle zu benützen. Die Beklagte sei im Kündigungsschutzverfahren aber ebenfalls aufgetreten, habe als Nebenintervenientin teilgenommen und ab Juni 2017 selber Airbnb an der N.-strasse betrieben. Die Klägerin habe dies "zeitweise gewusst" und es der Beklagten mündlich verboten.

## 2. *Beklagte*

Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, es fehle an einem gültigen Untermietvertrag schon mangels fehlender Zustimmung des zweiten Hauptmieters M2. Im Übrigen sei der Untermietvertrag zwischen den Parteien simuliert gewesen. Als die Parteien von der N.-strasse an die O.-strasse gezogen seien, hätten die Klägerin und der Bruder der Beklagten U. entschieden, der ehemaligen Vermieterin vorzutäuschen, die Beklagte sei die neue, angeblich fest dort wohnende Un-

termieterin. Zu diesem Zweck habe die Klägerin die Beklagte um Unterzeichnung des Untermietvertrages gebeten, den U. vorbereitet habe. Es habe sich dabei um ein klassisches Scheingeschäft gehandelt; die Beklagte sei als "Strohfrau" vorgeschoben worden, damit die Klägerin nicht mehr im Rampenlicht gestanden sei. Die Täuschung der Verwaltung und der Hauptvermieterin sei der einzige Zweck des Vertrages gewesen. Beiden Parteien habe es an einem echten Bindungswillen bezüglich eines Untermietverhältnisses an Teilen der Wohnung N.-strasse gefehlt. (...). Die Klägerin habe Kenntnis von der Untervermietung gehabt, diese gewollt, jedenfalls nicht dagegen opponiert und vom Geschäft auch profitiert, namentlich in Form von Anschaffungen, die aus dem Airbnb-Geschäft getätigt worden seien, und in Form des Beitrags an den gemeinsamen Lebensunterhalt, den sich ihr fürsorgebedürftiger Freund U. nur dank der Einnahmen aus dem Geschäft habe leisten können. Die Airbnb-Untervermietung habe auch nach der Trennung der drei stattgefunden. Die Beklagte sei bereits anfangs September 2017 aus der O.-strasse aus- und nach S. umgezogen. Am 10. Oktober 2017 habe der Rechtsvertreter der Beklagten von der Anwältin der Verwaltung einen Hinweis auf drei aktive Airbnb-Links zum Objekt an der N.-strasse erhalten. Daraus ergebe sich, dass die Klägerin auch noch im Oktober 2017 die Wohnung an der N.-strasse über Airbnb angeboten habe.

### **III. Prozessuales**

#### *1. Zuständigkeit und Verfahrensart*

1.1 Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, wobei die Prüfung von Amtes wegen vorzunehmen ist (Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 ZPO). Prozessvoraussetzung ist unter anderem die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Das Mietgericht ist – beim vorliegenden Streitwert als Einzelgericht – sachlich zur Behandlung von Streitigkeiten aus Mietverhältnissen über Wohn- oder Geschäftsräume zuständig (§ 26 i.V.m. § 21 GOG). Vom Bestand eines Mietverhältnisses zwischen den Parteien hängt aber nicht nur die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts ab: Eben-

so setzt der (materielle) Anspruch der Klägerin auf die geltend gemachten Mietzinsausstände einen solchen Vertrag voraus.

1.2. Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind, werden als doppelrelevant bezeichnet. Sie sind erst im Zeitpunkt der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs zu untersuchen. Für die Beurteilung der Zuständigkeit werden sie auch bei Bestreitung durch die Gegenpartei als wahr unterstellt. Eine Ausnahme gilt nur für den Fall, dass die klägerische Darstellung auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheint und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden kann. Wenn das Gericht seine Zuständigkeit aber (von Amtes wegen) aufgrund einer schlüssig vorgebrachten doppelrelevanten und damit als wahr vorausgesetzten Tatsache bejaht, tritt es auf die Sache ein und fällt nach Durchführung des Prozesses einen Sachentscheid – jedenfalls soweit dies aufgrund der Anträge der Parteien möglich ist (dazu später). Wenn es sich bei der materiellen Prüfung zeigt, dass die doppelrelevante Tatsache nicht bewiesen werden kann, weist das Gericht die Klage mit einem (der Rechtskraft fähigen) Entscheid ab. Es kann diesfalls nicht mehr auf seinen Eintretensentscheid zurückkommen (BGE 141 III 294; vgl. zur zeitweise schwankenden Rechtsprechung LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2015, ZBJV 2017, S. 246 f.; BSK ZPO-KAISER JOB, 3. Aufl., Art. 33 N 21).

1.3. Die Parteien des vorliegenden Prozesses sind sich über Bestand, Inhalt und Umfang eines Rechtsverhältnisses uneins, das beide in ihrer Vereinbarung vom 7. Juni 2017 als "Untermietvertrag" bezeichneten. Die für die Zuständigkeitsfrage primär massgebliche Darstellung der Klägerin erweist sich dabei zwar als inkonsistent, wie sogleich zu zeigen sein wird. Allerdings kann sie nicht als nur fadenscheinig abgetan werden, auch wenn die Sichtweise der Klägerin aufgrund der massgeblichen – in den entscheidenden Punkten unbestrittenen – Darstellung der Parteien nicht geteilt werden kann. Das genügt zur Bejahung der sachlichen Zuständigkeit des Mietgerichts.

Die örtliche Zuständigkeit wäre bei gegebenem Mietverhältnis unproblematisch und ist zudem unbestritten.

(...)

#### **IV. Materielles**

##### *1. Theorie*

1.1. Ungeachtet der Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien hat das Mietgericht aufgrund der anfänglichen Bejahung seiner sachlichen Zuständigkeit die Klage als Ausfluss des Grundsatzes der richterlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss Art. 57 ZPO unter sämtlichen rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen und darf sich nicht darauf beschränken, sie nur unter den spezialgerichtlichen Aspekten zu beurteilen (ZR 114 [2015] Nr. 36 E. 4.5).

1.2. Nach Art. 1 OR kommen Verträge durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zwischen den Parteien zustande. Gemäss Art. 18 OR ist dabei der übereinstimmende wirkliche Willen der Parteien massgeblich und nicht die unrichtige Bezeichnung, welche die Parteien ihrer Vereinbarung aus Irrtum oder in der Absicht gegeben haben, die wahre Natur ihres Rechtsverhältnisses zu verheimlichen. Da das Gesetz den Austausch von Erklärungen verlangt, ist es grundsätzlich belanglos, welche Gedanken sich die eine oder die andere Partei beim Vertragsschluss gemacht hat. Irrelevant sind insbesondere gedankliche Vorbehalte einer Partei, die sie gegenüber dem Partner nicht zum Ausdruck gebracht hat – man spricht dabei von einer sog. Mentalreservation. (...) Mit dieser Einschränkung gilt bei Fragen des Zustandekommens oder der Auslegung von Verträgen das Primat des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Im Prozess hängt die Prüfung der Frage zwar von der Darstellung der Parteien ab, deren Sache es nicht nur unter der Geltung der Verhandlungsmaxime, sondern auch nach den Prinzipien der sozialen Untersuchungsmaxime ist, die rechtserheblichen Tatsachen vorzutragen (Art. 55 ZPO; Art. 247 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 ZPO; BGE 141 III 569

E. 2.3.1). Die Rechtsanwendung hat dagegen wie erwähnt von Amtes wegen zu erfolgen (Art. 57 ZPO).

1.3. Ein simuliertes Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 18 OR liegt vor, wenn sich die Parteien zur Zeit des Abschlusses einig waren, dass die gegenseitigen Erklärungen nicht die ihrem wahren Willen entsprechenden Rechtswirkungen haben sollten, weil sie entweder ein Vertragsverhältnis nur vortäuschen oder mit dem Scheingeschäft einen wirklich beabsichtigten Vertrag verdecken wollten (BGE 123 IV 61 E. 5c/cc; BGE 112 II 337 E. 4a mit Hinweisen). Die Simulationsabrede muss entweder vor oder mindestens gleichzeitig mit dem vorgetäuschten Vertrag abgeschlossen werden. Spätestens in dem Zeitpunkt, in welchem sie den vorgetäuschten Vertrag abschliessen, müssen sich die Parteien also darüber einig sein, dass sie die Rechtswirkungen dieses Vertrages nicht wollen – oder zumindest nicht so, wie es der Text nahelegen würde (BK-MÜLLER, Art. 18 OR N 320 f.; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 51). Ob der unmittelbare Zweck der Täuschung erreicht wird, ob also Drittpersonen Opfer der Täuschung werden und zu Unrecht glauben, das vorgetäuschte Geschäft sei ernst gemeint, ist für die rechtliche Qualifikation der Simulationsabrede ohne Belang (Urteil des Bundesgerichts 4A\_90/2016 vom 25. August 2016, E. 3.3.2.). Unerheblich ist, wem die Simulation in erster Linie dient: Von einer entsprechenden gemeinsamen Absicht ist auch dann auszugehen, wenn ein Partner nur aus Gefälligkeit am simulierten Geschäft mitwirkt (ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 121). Liegt hinter dem vorgetäuschten Geschäft ein verstecktes Geschäft, d.h. ein übereinstimmender, gegenseitig erklärter Rechtsbindungswille, der auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft gerichtet ist, so ist von einer Dissimulation die Rede, wobei die wahre Beschaffenheit des Vertrages im Geschäft zum Ausdruck kommt, welches durch das vorgetäuschte Geschäft nach aussen verdeckt werden soll (ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR N 112 und 127). Das verdeckte Geschäft ist ein wirklich gewollter und ernst gemeinter Vertrag, welchen die Parteien durch das vorgetäuschte Geschäft zu verheimlichen suchen (Urteil des Bundesgericht 4A\_362/2012 vom 28. September 2012, E. 4.1). Wer sich auf eine Simulation nach Art. 18 Abs. 1 OR beruft, hat den vom Wortlaut des Vertrages bzw. Rechtsgeschäfts abweichenden wirklichen Willen der



Parteien zu beweisen (BGE 131 III 49 E. 4.1.1; BGE 112 II 337 E. 4a). Bei der Feststellung des wirklichen Willens der Parteien kommt es zwar auf die Verhältnisse zur Zeit des Abschlusses der Vereinbarung an. Immerhin kann auch nachträgliches Parteiverhalten auf einen tatsächlichen Willen der Parteien im Abschlusszeitpunkt schliessen lassen (BGE 133 III 61 E. 2.2.1; BGE 132 III 626 E. 3.1; je mit Hinweisen). Selbst eine übereinstimmende Auffassung der Parteien hinsichtlich der Natur eines Vertragsverhältnisses ist für das Gericht nicht massgeblich. Vielmehr hat es über die Qualifikation des Vertragsverhältnisses aufgrund der (übereinstimmenden oder erwiesenen) Tatsachenbehauptungen zu befinden.

Wie Art. 18 OR klarstellt, ist die irrtümliche Bezeichnung eines Vertrages durch die Parteien im Ergebnis der Simulation gleichgestellt. Massgeblich ist stets nur das, was die Parteien übereinstimmend gewollt und einander zum Ausdruck gebracht haben. Der Unterschied zwischen Simulation und Irrtum liegt nicht in der Rechtsfolge, sondern darin, dass hinter der Simulation immer eine Täuschungsabsicht steckt, während dies beim Irrtum, der definitionsgemäss immer unbewusst ist, nicht der Fall ist. Wie noch zu zeigen ist, liegt im vorliegenden Fall eine Mischform vor.

1.3.1. Durch einen Mietvertrag verpflichtet sich nach Art. 253 OR der Vermieter, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen (zumindest bestimmbaren) Mietzins zu leisten. Hinweise auf die Absichten der Parteien hinter einem Vertrag können auch die Merkmale desselben sein. Relevant sind für den vorliegenden Fall vor allem zwei Punkte: Beim Mietvertrag können die Parteien den Gebrauchszweck im Rahmen des zwingenden Gesetzesrechts auch bei der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen vertraglich vereinbaren. Eine Gebrauchspflicht besteht ohne besondere Abrede nicht (BGE 136 III 186 E. 3.2.2 = Pra 2010 Nr. 113; ZK-HIGI, Art. 253 N 27, Art. 256 OR N 45 und Art. 257f N 21; SVIT-Komm.-REUDT, Art. 257f OR N 16; CPra Bail-BOHNET/DIETSCHY, Art. 253 N 61).

1.3.2. Nach Art. 530 Abs. 1 OR ist die Gesellschaft die vertragsmässige Bindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks

mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Nach Abs. 2 der genannten Norm folgt diese Verbindung den Regeln über die einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 531 ff. OR, soweit nicht die Voraussetzungen einer anderen Gesellschaftsform erfüllt sind. Ein Bewusstsein der Parteien, eine einfache Gesellschaft eingegangen zu sein, ist nicht erforderlich (BGE 108 II 204 E. 4). Entscheidend ist nur der Rechtsbindungswille bezogen auf den zu verfolgenden gemeinsamen Zweck, wie sich aus der gesetzlichen Definition ergibt ("vertragsmässige Bindung"; dazu z.B. JUTZI/EISENBERGER, Änderungen im Personenbestand eines Aktionärbindungsvertrages, ZBJV 2018, S. 163 ff., 167).

Einfache Gesellschaften kommen im Alltag in ganz unterschiedlichen Konstellationen vor. Typische Beispiele sind etwa Baukonsortien, Joint Ventures, Gruppenpraxen von Ärzten, Anwaltsgemeinschaften, Aktionärbindungsverträge oder juristische Personen in der Gründungsphase (vgl. Art. 645 Abs. 1 OR; zum Ganzen BK-FELLMANN/MÜLLER, Vor Art. 530-551 OR N 199 sowie Art. 530 N 225 ff., 241 ff. 253 ff. und 260 ff.). Auch die gemeinsame Vermietung einer Liegenschaft (Urteil des Bundesgerichts 4C.236/2003 vom 30. Januar 2004, E. 2) oder der gemeinsame Betrieb eines Tea-Rooms wurden in der Vergangenheit vom Bundesgericht als einfache Gesellschaft qualifiziert (Urteil des Bundesgerichts 4A\_320/2010 vom 17. August 2010, E. 4). Ein mit gemeinsamen Mitteln verfolgter gemeinsamer Zweck kann auch vorliegen, wenn dieser nicht wirtschaftlicher, sondern ideeller Natur ist (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR N 202 und 210 ff.). So subsumiert das Bundesgericht insbesondere Konkubinate und generell Lebensgemeinschaften auf der Basis etwa eines gemeinsamen Mietvertrages im Innenverhältnis der Partner als einfache Gesellschaft (BGE 108 II 204 E. 4 ff.; BGE 140 III 598 E. 3.2).

Auch die Überlassung einer Sache zum Gebrauch kann auf gesellschaftsrechtlicher Basis erfolgen, wie sich aus Art. 531 Abs. 3 OR ergibt. Lehre und Praxis unterscheiden dabei drei Formen: Die Einbringung einer Sache zu Eigentum ("quoad dominium"), bei welcher ein Gesellschafter eine Sache in die Gesellschaft einbringt und sein Eigentum ins Gesamteigentum der Gesellschafter überträgt (Art. 544 Abs. 1 und 2 OR; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 OR N 355 ff., so-

wie Art. 531 OR N 133 ff.), die Einbringung zum Gebrauch ("quoad usum"), bei welcher das Eigentum an der Sache beim entsprechenden Gesellschafter verbleibt und die Gesamtheit der Gesellschafter eine mieterähnliche Stellung einnimmt (Art. 531 Abs. 3 OR; BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 OR N 173 ff.), und schliesslich die Einbringung "quoad sortem" (der Gattung nach), welche das Eigentumsrecht des einbringenden Gesellschafters zwar ebenfalls unberührt lässt, während die Sache selber aufgrund der vertraglichen Verpflichtung im Innenverhältnis indessen wie Eigentum der Gesellschaft behandelt und damit auch wirtschaftlich allein der Gesellschaft zugeordnet wird (BK-FELLMANN/MÜLLER, Art. 531 OR N 165 ff.). Eine "quoad sortem" eingebrachte Sache kann diesfalls auch noch im Liquidationsstadium verwertet werden, z.B. zur Deckung von Verlusten. Verfügen die Gesellschafter bis zur Auflösung nicht über die fragliche Sache, fällt diese an den einbringenden Gesellschafter zurück, in dessen Eigentum sie ja nach wie vor steht (a.a.O., N 170). Auch wer nur Mieter einer Sache ist, kann diese grundsätzlich in eine Gesellschaft einbringen. Denkbar ist hier aber nur die Einbringung quoad usum, denn die eingebrachte Sache kann weder rechtlich noch wirtschaftlich auf die Gesellschaft übertragen werden, da sie dem einbringenden Partner weder rechtlich noch wirtschaftlich zusteht.

## 2. *Würdigung*

2.1. Nicht zu hören ist zunächst das Argument der Beklagten, ein gültiger Untermietvertrag (oder auch Gesellschaftsvertrag mit Gebrauchsüberlassungselementen) könne schon deshalb nicht zustande gekommen sein, weil der Mitmieter des (Haupt-)Mietvertrages mit H., M2 am Vertragsschluss nicht mitgewirkt habe. Richtig ist zwar, dass gemeinsame Wohnungsmieter nach der Rechtsprechung in aller Regel eine einfache Gesellschaft und daher eine Gesamthandsgemeinschaft bilden. Verträge gelten aber immer nur zwischen den am Vertragsschluss Beteiligten und entfalten ihre Wirkungen grundsätzlich auch dann, wenn die Beteiligten nicht oder noch nicht in der Lage sind, sie zu erfüllen. Man kann durchaus einen Schrank verkaufen, der einem noch nicht gehört. Auch ein Untermietvertrag ist grundsätzlich gültig, auch wenn die Erfüllung später u.U. wegen einer zulässigen

Zustimmungsverweigerung des Hauptvermieters scheitert (ZK-HIGI, Art. 262 OR N 16).

Es mag daher zwar sein, dass sich die Klägerin im vorliegenden Fall vorsichtigerweise der Zustimmung von M2 hätte versichern sollen, um die Erfüllung der Verpflichtung gegenüber der Beklagten einhalten zu können. Selbst wenn sich Cinzano aber widersetzt hätte, hätte das an der Gültigkeit des Vertrages zwischen den Parteien nichts geändert. Zudem konnten sich die Parteien und U. sehr sicher sein, dass die Nutzung der Wohnung nicht am Widerstand M2s scheitern würde, war dieser doch Ende 2016 aus der Wohnung ausgezogen und hatte sich nach Italien abgesetzt sowie seinen Mietzinsbeitrag seit Monaten nicht mehr geleistet. Selbst wenn er wider Erwarten zurückgekehrt und Widerstand gegen die eigenmächtige Nutzung der Wohnung durch die drei Beteiligten angemeldet hätte, hätte er sich zumindest mit den offenen Beitragsforderungen konfrontiert gesehen, so dass auch ihm wohl nichts anderes übrig geblieben wäre, als die Erfüllung der von der Klägerin allein eingegangenen Verpflichtung zu dulden.

2.2. Das als Untermietvertrag betitelte Vertragsdokument vom 7. Juni 2017 stellt aus der Sicht eines vernünftigen und redlichen Vertragspartners zweifellos einen (Unter-)Mietvertrag dar. Nach den einleitenden Erwägungen hat es damit gemäss Vertrauensprinzip sein Bewenden, soweit nicht aus den Erklärungen der Beteiligten und aufgrund der gesamten Umstände ein abweichender tatsächlich übereinstimmender Wille ermittelt werden kann, der in eine andere Richtung weist.

2.2.1. Was die Motive der Beteiligten für die Abfassung des Papiers angeht, ist unbestritten, dass damit zunächst die Hauptvermieterin bzw. deren Verwaltung beschwichtigt werden sollte, die sich nach Entdeckung der Verwendung des Mietobjekts zur gewerblichen Untervermietung via Airbnb beide dezidiert gegen eine Fortsetzung der entsprechenden Tätigkeit ausgesprochen hatten. Der Vertrag und das parallele Dokument, welches die Klägerin mit U. unterzeichnet hatte, wurden der Hauptvermieterin gegenüber denn auch mit der Absicht verwendet, eine Beendigung des beanstandeten Geschäfts zu suggerieren, wie das Schreiben zeigt, mit welchem die Hauptvermieterin ihre Zustimmung zu den angeblichen Unter-

mietverhältnissen verweigerte. Selbst wenn auch einen Untermieter keine Benützungspflicht trifft, waren die Papiere unbestrittenermassen geeignet, den Anschein zu erwecken, die [Wohnung an der N.-strasse] werde von den Parteien und U. nur noch persönlich benützt und man sei von der vertragswidrigen und von der Hauptvermieterin bekämpften Verwendung des Mietobjekts für die Untervermietung via Airbnb abgekommen. Dies geht insbesondere auch aus dem Text des Papiers hervor, wonach "Teile der Wohnung" vermietet werden sollten. Unter "Weitere Bestimmungen" auf S. 2 ist die Rede davon, im Übrigen seien die Bestimmungen des Hauptmietvertrages gültig, der als Benützungsart "Wohnung" angibt. Dies schliesst klarerweise eine gewerbliche Tätigkeit in Form einer ausschliesslichen Benützung der Wohnung für die gewerbliche Untervermietung an ständig wechselnde Benützer aus.

Unbestritten ist sodann, dass die Wohnung an der N.-strasse zur Zeit der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 7. Juni 2017 nicht mehr von den Parteien oder U. benützt wurde, denn alle drei waren nach Abschluss des Mietvertrages über die Wohnung an der O.-strasse vom 11. Mai 2017 seit 1. Juni 2017 in dieses Objekt gezogen (vgl. act. 17/9). Die Klägerin hatte der Hauptvermieterin auch versprochen, die Vermietung der Wohnung via Airbnb einzustellen. Auch wenn vieles für eine Täuschungsabsicht beider Parteien gegenüber der Hauptvermieterin spricht, braucht die Frage nicht abschliessend geklärt zu werden:

2.2.2. Selbst wenn nämlich eine solche Absicht zu bejahen wäre, spräche dies allein noch nicht gegen einen ernst gemeinten Untermietvertrag, sondern nur gegen einen korrekt angegebenen Zweck der Untervermietung. Zu prüfen ist daher in einem weiteren Schritt, ob die handelnden Parteien eine Gebrauchsüberlassung eines Teils der Wohnung durch die Klägerin an die Beklagte einerseits und an U. andererseits gegen Mietzins vereinbaren wollten oder aber die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Mitteln durch die Prozessparteien zusammen mit U. Dabei springt ins Auge, dass die Klägerin von allem Anfang und weit über den von ihr zugestandenen Zeitraum hinaus und noch dazu viel stärker in das Airbnb-Geschäft involviert war, als sie (zumindest in den ersten Parteivorträgen) glauben machen wollte, stärker als eine Untervermieterin, die in erster

Linie an der pünktlichen Bezahlung des Untermietzinses und am sorgfältigen Gebrauch der Sache interessiert ist:

Unbestritten blieb und durch die Akten belegt ist, dass die Klägerin zusammen mit U. mindestens bis im März 2017 die Wohnung an der N.-strasse aktiv auf Airbnb untervermietete, was zu entsprechenden Interventionen der Hauptvermieterin bzw. der Verwaltung führte. Die Beteiligten hatten das genannte Geschäft aufgenommen, um nach dem Auszug des Haupt-Mitmieters M2 und nach dessen Einstellung der Beitragszahlungen die fehlenden Mittel zur Begleichung der Verpflichtungen aus dem Hauptmietvertrag aufbringen zu können. In ihrer gemeinsamen Stellungnahme vom 29. März 2017 zur Abmahnung der Hauptvermieterin bezüglich Airbnb-Untervermietung gaben die Klägerin und U. explizit an, ihre Geschäftstätigkeit wegen Schwierigkeiten bei der Beschaffung der Mittel für die Wohnungsmiete begonnen zu haben. Schon bevor die Beklagte hinzukam, betrieben die Klägerin und U. also das genannte Geschäft und verfolgten dabei zweifelsohne einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln.

Genau die gleiche Absicht verfolgten die Beteiligten auch, nachdem die Beklagte hinzugetreten war. Zwar behaupteten die Klägerin und U. im Rechtfertigungsschreiben vom 29. März 2017 an die Verwaltung, dass sie auf Geheiss der Eigentümerin das Inserat auf der Airbnb-Plattform binnen 24 Stunden vom Netz genommen hätten. Dies entsprach allerdings unbestrittenermassen nicht den Tatsachen. So spricht die E-Mail vom 10. Oktober 2017 der Rechtsvertreterin der Hauptvermieterin gegen eine Löschung der Inserate bzw. einen Verzicht auf die Aufschaltung neuer Annoncen. Wie aus den Akten hervorgeht, war die Wohnung an der N.-strasse zudem zumindest im August 2017 noch online über die Internetplattform Airbnb abrufbar, wobei es sich beim Gastgeber um eine "B." handelte. Auf entsprechende Frage anlässlich der Hauptverhandlung gab die Beklagte zu Protokoll, dass damit sie gemeint gewesen sei, obwohl ihr Bruder U. auf der Airbnb-Plattform später zur Tarnung Bilder anderer Frauen und auch erfundene Namen von Gastgeberinnen aufgeschaltet habe. Sie räumte indirekt auch ein, noch während längerer Zeit für die Beschäftigung einer Putzfrau für die Wohnung an der N.-strasse besorgt gewesen zu sein, denn sie machte selber geltend, sie

habe auf Veranlassung der Klägerin ein Konto für das Airbnb-Geschäft eingerichtet, und erklärte zudem, die Putzfrau sei über das fragliche Konto bezahlt worden. Zudem habe sie sich um das Wohl der Gäste gekümmert. Als Motiv für ihr Handeln gab sie an, sie habe ihrem Bruder helfen wollen; dieser habe aber ihr Vertrauen missbraucht.

Die Klägerin wusste all dies eingeständenermassen auch und billigte zumindest das Ergebnis der Geschäftstätigkeit. Auf entsprechende Frage gab sie an, sich gar Überlegungen zur Konformität ihres Verhaltens mit dem (Haupt-)Mietvertrag gemacht zu haben. Sie habe nichts Falsches bei der Tätigkeit empfunden und gehört, dass bezüglich Airbnb damals noch kein Gerichtsurteil vorhanden und dass das fragliche Phänomen zu diesem Zeitpunkt nicht genau reguliert gewesen sei. Deshalb sei sie der Auffassung gewesen, die Hauptvermieterin könne nicht einfach so sagen, dass sie das nicht möchte.

Was den bereits angesprochenen Umzug der Parteien und U.s an die O.-strasse in Zürich per 1. Juni 2017 angeht, behauptete die Beklagte zwar zunächst, dieser sei erfolgt, weil sie es an der N.-strasse nicht mehr ausgehalten habe. Sie räumte auf Frage aber ein, sie habe ihrem Bruder zwar immer wieder gesagt, dass sie "das" (d.h. sich für die Vermietung der Wohnung an der N.-strasse als "host" zur Verfügung zu stellen) eigentlich nicht mehr habe machen wollen. Schliesslich sei sie auch im September 2017 zu ihrer Mutter zurückgekehrt. Das bedeutet aber zugleich, dass sie – möglicherweise contre coeur – zumindest bis September 2017 und jedenfalls noch lange nach der Unterzeichnung des Untermietdokuments vom 7. Juni 2017 die gemeinsamen Anstrengungen zur Untervermietung via Airbnb aktiv unterstützte und an der Vermarktung der Wohnung via Airbnb als "host" mitwirkte.

Die Klägerin argumentiert ähnlich wie die Beklagte. Sie machte zwar geltend, mit der Beklagten den angeblichen Untermietvertrag geschlossen zu haben, weil sie es in "Treu und Glauben korrekt und mit einem sauberen Untermietvertrag" habe machen wollen". Sie führte weiter aus, sich spätestens ab Mai 2017 vollständig aus der Airbnb-Vermietung zurückgezogen zu haben. Sie habe gar nichts mit dem

Ganzen zu tun haben wollen. Später räumte sie immerhin ein, sie, die Beklagte und U. hätten die neu gemietete Wohnung an der O.-strasse durch Untervermietung via Airbnb als Einnahmequelle nutzen wollen. Daraus folgt aber zumindest, dass die gemeinsame Geschäftsidee auch nach dem Zeitpunkt, in welchem sie sich zurückgezogen haben will, keineswegs vom Tisch war.

Weiter gab die Klägerin in ihrem zweiten Parteivortrag bzw. bei der Befragung gestützt auf Art. 56 ZPO im Rahmen der Hauptverhandlung zunächst an, sie habe "zeitweise" gewusst, dass die Beklagte Airbnb betreibe und dass deren Bruder U. – der gleichzeitig der Freund der Klägerin war und offenbar auch heute noch ist – allenfalls dabei geholfen habe (...). Auch dass im Oktober 2017 drei aktive Profile auf Airbnb gesichtet worden seien, wurde von der Klägerin lediglich mit dem Hinweis kommentiert, dass diese Links seltsam aussehen würden, weil die Länderendungen der Domainnamen auf ".de" und nicht auf ".ch" lauteten. Damit stellte sie aber nicht in Abrede, dass das Inserat auf der einen oder anderen Internetseite abrufbar war, und zwar zu einem Zeitpunkt, in welchem die Klägerin angibt, sich nicht mehr an der Untervermietung über Airbnb beteiligt zu haben. Auf Nachfrage musste sie gar einräumen, dass sie auch noch in dieser Phase das Airbnb-Geschäft aktiv unterstützte, und zwar nicht nur indem sie der Gemeinschaft die Wohnung für diesen Zweck zur Verfügung stellte, sondern auch indem sie beim Wäschewaschen und beim Wohnungsputz in Zusammenhang mit der Airbnb-Vermietung half.

Weiter bekämpften die Parteien auch die Kündigung der Hauptvermieterin vom 17. Mai 2017 gemeinsam, die mit vertragswidriger Untervermietung begründet worden war. Die Klägerin focht sie bei der Schlichtungsbehörde an und unterstützte damit zumindest im Ergebnis die ihr bekannte Untervermietungstätigkeit an der N.-strasse, und zwar ungeachtet dessen, ob sie selber, die Beklagte oder U. die Haupttriebkraft war. Ihre Behauptung, sie habe an der Wohnung festgehalten in der Absicht, dort später wieder selber zusammen mit ihren Partnern zu wohnen, erscheint wegen der damaligen Unstimmigkeiten mit der Hauptvermieterin in Zusammenhang mit der Untervermietung via Airbnb lebensfremd. Die Klägerin gab im Übrigen auf entsprechende Fragen nach Art. 56 ZPO an, bei einer



Rückkehr in die Wohnung an der N.-strasse hätte man die Airbnb-Untervermietung in der Wohnung an der O.-strasse betreiben wollen. Sie räumte dabei ein, dass alle drei Partner die beiden Wohnungen aus finanziellen Gründen keinesfalls hätten halten können ohne die Einnahmen aus dem Airbnb-Geschäft. Wie sie unter solchen Umständen behaupten kann, sie sei mit der Geschäftstätigkeit an der N.-strasse ab Mai 2017 nicht mehr einverstanden gewesen, ist nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon hätte der angeblich beabsichtigte Wohnungstausch an den rechtlichen Schwierigkeiten des Geschäftsmodells nichts geändert, denn auch beim Mietvertrag über die Wohnung an der O.-strasse handelte es sich um einen solchen für Wohnräume, so dass es den Mieterinnen und U. keineswegs gestattet war, dort via Airbnb ein pensionsähnliches Gewerbe zu betreiben.

So oder anders hatte auch die Klägerin am Geschäft eingestandenermassen ein persönliches Interesse. Es mag sein, dass ihr die ganze Sache unangenehm war und dass sie das Geschäft eigentlich lieber hätte beenden wollen. In die behauptete Richtung deutet insbesondere ihre Angabe, der Grund für den Abschluss der angeblichen Untermietverträge mit der Beklagten und U. sei gewesen, sich abzusichern, da ja der Hauptmietvertrag auf ihren Namen gelautet habe. Auf die Motive für ihr Handeln kommt es jedoch nicht an, und das angegebene Motiv unterstreicht gerade, dass sie nicht nur wusste, welche Pläne die Beklagte und U. mit der Wohnung an der N.-strasse hatten, sondern dass sie diese auch unterstützte, um am Ende nicht alleine auf den Verpflichtungen aus dem Hauptmietvertrag sitzen zu bleiben. Ein deutlicheres Indiz für einen übereinstimmenden Willen der Beteiligten, mit gemeinsamen Mitteln einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen, ist fast nicht denkbar. Klar ist auch, dass dieser übereinstimmende Wille spätestens schon im Zeitpunkt bestanden haben und zwischen den Beteiligten zum Ausdruck gebracht worden sein muss, als die sog. Untermietverträge vom 7. Juni 2017 unterzeichnet wurden.

Auch die übrigen Beteiligten unterstützten die Klägerin bei der (weiteren) Verfolgung des gemeinsamen Geschäfts nach Kräften. Die Beklagte versuchte gar, wenn auch erfolglos, sich via Nebenintervention am Kündigungsschutzverfahren bezüglich Hauptmietverhältnis zu beteiligen. Daraus erhellt insgesamt, dass es

die Absicht aller drei Beteiligten war, durch eine Vielzahl von persönlichen und finanziellen Beiträgen Einnahmen über Airbnb zu generieren, um die Wohnungen an der N.- und/oder der O.-strasse finanzieren zu können.

Unbestritten blieb auch, dass alle drei in der einen oder anderen Form vom Zusammengehen profitierten. Die Einnahmen aus der Airbnb-Vermietung ermöglichten die Deckung der Mietzinsverpflichtung aus dem Hauptvertrag zumindest bis August 2017, als das Geschäft wegen des Widerstands der Hauptvermieterin zum Erliegen kam. Zudem wurde mit den Einnahmen zumindest ein Teil der Lebenshaltungskosten aller Partner gedeckt (...).

2.2.3. Anders als bei der Umschreibung des Gebrauchszwecks im Vertrag vom 7. Juni 2017 ist nicht anzunehmen (und im Übrigen rechtlich wegen der identischen Rechtsfolge nach Art. 18 OR unerheblich), dass die Beteiligten auch bei der rechtlichen Qualifikation des Verhältnisses untereinander eine Täuschungsabsicht hegten. Vielmehr ist diesbezüglich eher von einem Irrtum auszugehen: Dass die Parteien keinen schriftlichen Vertrag punkto gemeinsame Vermietung der untervermieteten Zimmer über Airbnb abgeschlossen haben oder sich der Natur ihrer Bindung nicht bewusst waren, ist für die Qualifikation der Beziehung als einfache Gesellschaft wie schon erwähnt nicht von Belang. Anders als viele Austauschgeschäfte ist die einfache Gesellschaft als Rechtsfigur im Bewusstsein von Laien kaum verankert, wie dies auch das Bundesgericht schon festgehalten hat, obwohl sie durchaus eine grosse praktische Bedeutung hat (BGE 124 III 363 E. II.2a; BGE 108 II 204 E. 4; Urteil des Bundesgerichts 4C.24/2000 vom 28. März 2000 E. 3d). Die Leistungen der Gesellschafter können sehr verschieden und brauchen nicht im Voraus bestimmt zu sein (BGE 104 II 108 E. 2).

Es ist daher gut vorstellbar, dass sich weder die Klägerin noch die Beklagte ihrer zumindest konkludent geäusserten Willensübereinstimmung bewusst waren, wonach sie gemeinsam die Vermietung der von der Klägerin zusammen mit M2 gemieteten Wohnung via Airbnb betreiben wollten. Diese Tatsache steht jedoch der Bildung einer einfachen Gesellschaft nicht im Weg, solange der Wille zur gemeinsamen Zweckverfolgung vorhanden war. Nach dem Gesagten war ein Rechtsbin-

dungswille zur Gesellschaftsbildung eindeutig vorhanden, denn mit der Abfassung der "Untermiet"-Verträge suchte die Klägerin sich in Bezug auf ihre Verpflichtungen aus dem Mietvertrag mit H. abzusichern und die Beklagte und deren Bruder willigten in die damit verbundene Täuschung der Vermieterin ein, wobei alle in der gemeinsamen Absicht handelten, sich die Wohnung zu erhalten und sich damit auch einen Teil ihres übrigen Lebensunterhalts zu sichern. Da der wahre Wille der Beteiligten nicht auf eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung, sondern auf den gemeinsamen Betrieb eines Geschäfts und den gemeinsamen Wohnzweck [sei es an der N.- oder der O.-strasse] gerichtet war, liegen keine Untermietverhältnisse vor, sondern eine einfache Gesellschaft, wobei der Beitrag der Klägerin neben Arbeitsleistungen hauptsächlich aus der untervermietungsähnlichen Einbringung der von ihr mitgemieteten Wohnung an der N.-strasse im Sinne von Art. 531 Abs. 3 OR (Sacheinlage quoad usum) bestand, während die Beklagte und U. in erster Linie für die Organisation der Airbnb-Untervermietung sorgten. Die Gesellschaft erstreckte sich aber nicht nur auf die genannte Wohnung und das Untervermietungsgeschäft, sondern auch auf die Wohnung an der O.-strasse, welche zwar nur die Parteien des vorliegenden Prozesses mieteten, die sie aber U. ebenfalls zur Verfügung stellten und u.a. mittels der Einnahmen aus der Airbnb-Vermietung mitfinanzierten.

Daran ändert nichts, dass die Klägerin auch behaupten liess, die Beklagte habe die angeblichen Untermietzinse bis und mit August 2017 bezahlt, denn sie räumte selber ein, dass die Bezahlung nicht etwa an die Klägerin, sondern an die Verwaltung der (Haupt-)Vermieterin erfolgte. Für die entsprechenden Überweisungen offerierte sie auch keine Beweismittel. Daraus erhellt, dass sie mit der Bezahlung nicht etwa Schulden zwischen den Prozessparteien, sondern solche der Klägerin gegenüber der (Haupt-)Vermieterin deckte. Zudem lief über das ZKB-Konto der Beklagten auch die Mietzinshinterlegung für die N.-strasse für den Monat September 2017. Die Einnahmen aus dem gemeinsamen Betrieb dienten damit vollumfänglich schlicht der Deckung der Kosten aus dem Hauptmietverhältnis und weiterer Lebenshaltungskosten. Offen bleiben kann, ob sich die Gesellschafter aufgrund der internen Gewinn- und Verlustbeteiligung oder aufgrund einer kon-

kludent vereinbarten Beitragspflicht noch Geldbeiträge schulden, beispielsweise, indem eine Partei gewisse der Gesellschaft zustehende Gewinne aus der Airbnb-Vermietung nicht herausgegeben hat. Hinsichtlich dessen ist nichts genügend Substantiiertes vorgetragen worden. Zudem müssten allfällige Herausgabeansprüche entweder mittels Gesellschaftsklage, "actio pro socio" oder aber nach Ende der Gesellschaft mittels Auflösungsklage durchgesetzt werden (vgl. BK-MÜLLER, Art. 530 OR N 630 ff., Art. 531 OR N 119 ff. und N 126).

### *3. Folgerungen für das zu erlassende Sachurteil*

Wie erwähnt hat ungeachtet der Qualifikation des Rechtsverhältnisses der Parteien ein Sachurteil zu ergehen, wenn sich bei der materiellen Prüfung ergibt, dass die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Spezialgerichts nicht besteht. Ungeachtet dessen, ob die einfache Gesellschaft zwischen den Parteien inzwischen als aufgelöst zu betrachten ist oder nicht (vgl. dazu Art. 545 OR), bedürfte es zur Regelung der gegenseitigen Ansprüche je nachdem eines abschliessenden Urteils über die Gewinn-/Verlustaufteilung, die Beitragspflicht der einfachen Gesellschafter oder gar eines allumfassenden gerichtlichen Liquidationsentscheids. Dafür wären jedoch weitere Informationen, insbesondere über die Arbeitsteilung sowie über die (sich u.U. aus dem Verhalten der Parteien ergebenden) Abreden über Beitragspflicht sowie Gewinn- und Verlustbeteiligung der Gesellschafter notwendig. Diese Angaben liegen dem Gericht jedoch nicht ansatzweise in hinreichend substantiierter Art und Weise vor. So müsste beispielsweise auch das Mietverhältnis an der O.-strasse in die Beurteilung der gegenseitigen Forderungen der Parteien miteinbezogen werden. Zudem wären auch die Ansprüche von und gegen den Gesellschafter U. zu berücksichtigen, welcher im vorliegenden Verfahren nicht Partei ist. Soweit jedoch statt über ein Zwei- über ein Mehrparteienverhältnis zu entscheiden ist, findet der den doppelrelevanten Tatsache entspringende Schutz der beklagten Partei vor mehrfachen Urteilen in derselben Sache seine Grenze. Selbst wenn das angerufene Gericht also hinsichtlich des klägerischen Forderungsantrags gestützt auf Art. 157 ZPO sowie auf die doppelrelevanten Tatsachen an sich befugt wäre, Ansprüche nicht aus Miet-, sondern aus Gesellschaftsvertrag zuzusprechen, kann es dies vorliegend aufgrund des fehlen-

den Tatsachenfundaments nicht tun. Im Übrigen wäre das Gericht hinsichtlich einer Liquidation der einfachen Gesellschaft, welche nicht ein Leistungs-, sondern ein Gestaltungsurteil darstellt, nach der Dispositionsmaxime nicht berechtigt, den Parteien etwas anderes zuzusprechen, als sie verlangt haben (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Eine Klageänderung erfolgte nicht, ganz abgesehen davon, dass eine solcherart geänderte Klage nicht allein wegen des Streitwerts, sondern schon wegen der Natur der Streitsache nicht in die sachliche Zuständigkeit des Mietgerichts fallen würde und hier daher nach Art. 227 i.V.m. Art. 219 und 243 ff. ZPO nicht zugelassen werden dürfte (vgl. KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, Art. 227 N 34a; BK ZPO-KILLIAS, Art. 227 N 34 ff.; OFK ZPO-ENGLER, Art. 227 N 9).

Fest steht heute einzig, dass zwar zwischen den Parteien offene Ansprüche aus der Liquidation ihrer Gesellschaft bestehen dürften, dass der Klägerin aber jedenfalls keine Untermietzinsforderung zusteht. Die Klage ist daher im Sinne der Erwägungen abzuweisen. Damit ist klaggestellt, dass einem Verfahren betr. Liquidation der Gesellschaft nicht die Sperrwirkung der abgeurteilten Sache entgegensteht.

(...)"

**Zürcher Mietrechtspraxis (ZMP):** Entscheidungen des Mietgerichtes und der Schlichtungsbehörde des Bezirkes Zürich. Ausgabe 2018, 28. Jahrgang.

Herausgegeben vom Mietgericht des Bezirkes Zürich, Postfach, 8036 Zürich

© Mietgericht des Bezirkes Zürich, Redaktion: MLaw J. Mosele, Leitende Gerichtsschreiberin;  
Dr. R. Weber, Mietgerichtspräsident