



Welchen neuen Regulierungsbedarf schaffen Airbnb, Uber & Co.?

ANDREAS ABEGG*



CHRISTOF BERNAUER**

Die plattformbasierte *Sharing Economy* sorgt für kontroverse Diskussionen, insbesondere in den Bereichen der Beherbergung und des Personentransports. Der vorliegende Beitrag erörtert die Freiheit der *Sharing Economy* und deren regulatorische Einschränkung durch öffentliches Recht und Privatrecht anhand konkreter Beispiele (Airbnb und Uber) und plädiert gegen ein vorschnelles Eingreifen des Gesetzgebers.

Les plateformes d'économie collaborative, également dites de *sharing economy*, suscitent la controverse, en particulier dans le domaine de l'hébergement et du transport de personnes. La présente contribution discute de la liberté de l'économie collaborative et des limites réglementaires imposées par le droit public et le droit privé à l'aide d'exemples concrets (Airbnb et Uber) et se prononce contre une intervention trop hâtive du législateur.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - A. Fragestellung
 - B. Zwei Funktionen des Rechts
- II. Die Freiheit der *Sharing Economy*
- III. Schranken der *Sharing Economy*
 - A. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit durch polizeiliche, umwelt- oder sozialpolitische Zwecke
 - B. Einschränkungen durch soziales Vertragsrecht
 1. Unterkunft/Beherbergung
 2. Personentransport
- IV. Fazit

I. Einleitung

A. Fragestellung

Die *Sharing Economy* ist in aller Munde und sorgt für kontroverse Diskussionen¹. Ihre ökonomischen Eigen-

heiten unterscheiden sich von der «traditionellen» Wirtschaft² und sie stellen die bisherigen rechtlichen Strukturen infrage. Vorliegend soll erörtert werden, wie mithilfe des Rechts darauf reagiert werden kann, das heisst, wie die *Sharing Economy* reguliert werden kann. Anhand von konkreten Beispielen soll der Frage nachgegangen werden, wie Städte den Angeboten von Airbnb und Uber begegnen können.³

- Dürfen Städte Airbnb-Wohnungsvermittlungen einschränken, um der Verödung von Innenstädten zu begegnen? Und können die Städte für ihre eigenen Liegenschaften verbieten, dass die Wohnungen über Airbnb vermietet werden?
- Sollen und können Städte die bestehenden Taxiregeln auf Uber-Fahrer anwenden? Und wie kann der Gefahr

* ANDREAS ABEGG, Prof. Dr. iur., LL.M., Professor an der ZHAW School of Management and Law, Privatdozent an der Universität Luzern, Partner bei A M T Rechtsanwälte, Zürich.

** CHRISTOF BERNAUER, MLaw, Auditor am Bezirksgericht Bülach ZH (vormals Substitut bei A M T Rechtsanwälte, Zürich). Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine leicht überarbeitete und mit Fussnoten ergänzte Fassung des Referats, welches ANDREAS ABEGG am Städtetag 2017 in Montreux gehalten hat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Eine ausführlichere Untersuchung findet sich in ANDREAS ABEGG/CHRISTOF BERNAUER, Das Recht der *Sharing Economy* – Welchen Regulierungsbedarf schaffen Airbnb, Uber & Co?, Zürich 2018 (im Erscheinen).

¹ Was heute unter *Sharing Economy* verstanden wird, geht über den klassischen Gedanken des Teilens hinaus. Umstritten und in der Öffentlichkeit thematisiert sind heute vor allem die elektronisch vermittelten Mitfahrgelegenheiten und Angebote für temporären Wohnraum. Die neuen Angebote der *Sharing Economy* zeichnen sich dadurch aus, dass der Austausch von Gütern und Dienstleistungen über eine elektronische Plattform, im Internet und mit Smartphone-Apps erfolgt. Auf diesen Internetplattformen werden Anbieter und Nachfrager zusammengebracht, und hiernach werden die jeweils erbrachten Leistungen (z.T. von beiden Seiten) bewertet.

Dadurch kann erstens der Austausch von Waren und Dienstleistungen nahezu überall und zu jeder Zeit stattfinden, zweitens erleichtert die Transparenz, welche durch wechselseitige Bewertungssysteme hergestellt wird, die Auswahl und sichert die Abwicklung der Transaktionen. Drittens haben die einfache Zugänglichkeit über Internet und *Mobile Apps* sowie die Bewertungssysteme die Transaktionskosten für Leistungsangebot und -erbringung derart gesenkt, dass *Sharing*-Plattformen häufig von Privatpersonen benutzt werden.

² Vgl. unter vielen BENJAMIN G. EDELMAN/DAMIEN GERADIN, Efficiencies and regulatory shortcuts: How should we regulate companies like Airbnb and Uber?, *Stanford Technology Law Review* 2016, 293 ff., 298 f.; JUSTUS HAUCAP, Die Chancen der *Sharing Economy* und ihre möglichen Risiken und Nebenwirkungen, *Wirtschaftsdienst* 2/2015, 91 ff., 92; DANIEL E. RAUCH/DAVID SCHLEICHER, Like Uber, but for local governmental policy: The future of local regulation of the «Sharing Economy», *George Mason Law & Economics Research Paper No. 15-01* (2015), 1 ff., 11.

³ Siehe zum Ganzen Bericht des Bundesrats vom 11. Januar 2017 über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft, Internet: www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirtschaftspolitik/digitalisierung.html (Abruf 23.10.2017).

begegnet werden, dass die Fahrer der Willkür von Uber ausgeliefert sind und letztlich der Sozialhilfe zur Last fallen?

B. Zwei Funktionen des Rechts

Die richtigen Normen für konkrete Fragestellungen zu finden und zu erlassen, setzt Kenntnisse darüber voraus, wie das heutige System der Marktgesellschaft rechtlich verfasst wird.⁴ Es lohnt sich deshalb, ein kurzer Blick auf die Regulierungstheorie zu werfen. Das Recht hat in der heutigen Wirtschaft zwei Funktionen zu erfüllen:

Einerseits muss das Recht die Freiheit der Marktteilnehmer gewährleisten und deren Rechtsbeziehungen regeln. Dabei soll es insbesondere die Erwartungen der Marktteilnehmer sichern und so die Transaktionskosten senken. Das Privatrecht stellt den Marktteilnehmern hierzu Institute wie Eigentum und Besitz sowie verschiedene Vertrags- und Gesellschaftsformen zur Verfügung.

Andererseits ist das Recht für die Regulierung zuständig. Der Gesetzgeber erlässt hierzu Regelungen, die politische und sozialtechnische Zwecke verfolgen. Solche Regulierungen sind vor allem im öffentlichen Recht zur Sicherung der sogenannten Polizeigüter – öffentliche Ruhe und Sicherheit – zu finden. Seit Beginn des 20. Jahrhunderts wird aber auch im Privatrecht reguliert, um bestimmte soziale Zwecke zu erreichen. Dies vor allem im Arbeitsrecht, im Mietrecht und zugunsten der Konsumentinnen und Konsumenten. Die Umsetzung derartiger Sozialtechnik im Recht erfolgt in unserer sehr dynamischen Wirtschaft regelmässig «blind», das heisst ohne genaue Kenntnis der zum Teil ungewollten Folgen. Aus diesem Grund ist heute anerkannt, dass der Gesetzgeber seine Regulierungen stets auf möglichst genauen Beobachtungen aufbauen und periodisch auf ihre Folgen hin prüfen sollte, um gegebenenfalls Korrekturen an ihnen vornehmen zu können.⁵

Auf die folgenden zwei Aspekte ist im Folgenden einzugehen: die Freiheit der *Sharing Economy* und deren regulatorische Einschränkung durch öffentliches Recht und Privatrecht.

II. Die Freiheit der Sharing Economy

Der Preismechanismus einer freien Marktwirtschaft ist darauf angewiesen, dass der Austausch zwischen den Marktteilnehmern und somit auch das Vertragsrecht grundsätzlich frei ist von politischen, moralischen und sittlichen Bindungen. Auf diese von sozialen Bindungen entlastete Freiheit verwies bereits der Vordenker unseres heutigen Vertragsrechts im 19. Jahrhundert, FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY. Deshalb – das heisst wegen der sozial entlasteten Freiheit – kann «[...] der Reiche den Armen untergehen lassen durch versagte Unterstützung oder harte Ausübung des Schuldrechts [...]». SAVIGNY erwähnte aber im nächsten Satz das soziale Gegenstück der Vertragsfreiheit, welches «in den Armenanstalten [liegt], wozu allerdings der Reiche beizutragen gezwungen werden kann.»⁶ Was damals der Beitrag zu Armenanstalten war, ist heute der Beitrag zum Sozialwesen und allgemein zum Staatswesen in der Form von Steuern. Die Inanspruchnahme von Freiheit muss somit immer mit dem Beitrag an das Sozialwesen und den Staat im Allgemeinen einhergehen. Diese regulierungstheoretische Grundlage ist heute noch aktuell und richtig. Daraus ergeben sich bereits zwei Grundforderungen für die Regulierung der *Sharing Economy*:

Erstens: Die Selbstorganisation der Privaten hat Priorität. Entsprechend sind die Angebote der *Sharing Economy* grundsätzlich von der verfassungsmässig garantierten Wirtschaftsfreiheit geschützt (Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV). Zudem gewährleistet die Verfassung das Eigentum (Art. 26 BV). Im Privatrecht können die Parteien – gestützt auf das Prinzip der Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 1 OR) – eigene Regeln für ihre Transaktionen definieren. Die Zivilgerichte (und dabei in letzter Instanz das Bundesgericht) wenden das Vertragsrecht im Rahmen von konkreten Streitfällen an und bilden dieses bei Bedarf weiter. Im Kontext von Vertragsfreiheit und der fallweisen gerichtlichen Rechtsfortbildung kann sich das Vertragsrecht zuverlässig und dynamisch auf neue Anforderungen einstellen.⁷ Dies wird bei der *Sharing Economy* nicht anders sein. So hat das Bezirksgericht Zürich vor kurzem in einem konkreten Fall entschieden, unter welchen Bedingungen ein Hauptmieter die gemietete Wohnung über Airbnb untervermieten darf.⁸ Der Entscheid sorgt nun für

⁴ Grundlegend ist auch heute noch die Beschreibung von MAX WEBER zur Marktgesellschaft: MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. A., Tübingen 1980, 382 ff. und 503 ff.

⁵ MAX WEBER (FN 4), 385; KARL POLANYI, *The great transformation – politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*, 3. A., Frankfurt a.M. 1995, 195. Besonders instruktiv aus juristischer Perspektive ist die Übersicht bei DIETER HART, *Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts*, *Die Aktiengesellschaft* (AG) 3/1984, 66 ff.

⁶ FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Erster Band, Berlin 1840, 371.

⁷ Zu diesem evolutorischen Prozess siehe MARC AMSTUTZ/ANDREAS ABEGG/VAIOS KARAVAS, *Soziales Vertragsrecht*, Basel 2006, 74 ff.

⁸ Bezirksgericht Zürich, Mietgericht, MG160009-L, 9.2.2017, ZMP 2017, Nr. 2.

Diskussionsstoff unter den Juristen. Weitere Gerichtsurteile werden sich daran ausrichten. Auf den konkreten Fall ist sogleich zurückzukommen.

Zweitens: Im Gegenzug zur marktwirtschaftlichen Freiheit müssen Politik und Verwaltung die Beiträge für Steuern und Abgaben auch von der *Sharing Economy* einfordern. So hat die Stadt Zug jüngst durchgesetzt, dass Airbnb Kurtaxen einzieht und abliefern.⁹ Das ist zu begrüssen und stärkt letztlich auch den Anspruch der *Sharing Economy*, sich in der Marktwirtschaft frei entfalten zu dürfen. Praktiken der *Sharing Economy* (und allgemein der Wirtschaft), Steuern und Abgaben zu umgehen, unterhöheln dagegen den grundlegenden sozialen Ausgleich einer freien Marktwirtschaft.

III. Schranken der Sharing Economy

A. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit durch polizeiliche, umwelt- oder sozialpolitische Zwecke

Die Angebote der *Sharing Economy* sind, wie erwähnt, durch die Grundrechte geschützt. Staatliche Regelungen, welche die Angebote der *Sharing Economy* einschränken, müssen deshalb auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch öffentliche Interessen gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (Art. 36 BV). Zudem dürfen sich die Regulierungen nicht gegen den Grundsatz des Wettbewerbs richten (Art. 94 BV).

Wettbewerbswidrig und damit unzulässig sind gemäss Bundesgericht wirtschaftspolitische Regelungen, das heisst vor allem Massnahmen, die gewisse Gewerbebereiche oder Bewirtschaftungsformen sichern oder begünstigen. Zulässig sind dagegen gesetzliche Regelungen, die polizeiliche, umweltpolitische oder sozialpolitische Zwecke verfolgen. Dabei kommt es vor allem auf die Auswirkungen einer Regelung an.¹⁰ Gerade im Fall des Taxigewerbes hat das Bundesgericht wiederholt klargemacht, dass Regelungen, die den Preiswettbewerb beeinträchtigen, ein zulässiges und klar nachgewiesenes öffentliches Interesse verwirklichen müssen. Der zwangsweise Anschluss an eine Funkzentrale, Mindestpreise und Gebietsabgrenzungen konnten diesem Kriterium zum Beispiel nicht standhalten.¹¹

Regelungen, die im Effekt Angebote der *Sharing Economy* benachteiligen oder gar vom Markt ausschliessen, sind somit kritisch zu sehen. Anknüpfungspunkt für eine Regulierung sollte immer die Frage bilden, ob in bestimmten Situationen Marktversagen vorliegt, also zum Beispiel negative Effekte oder eine Informationsasymmetrie bestehen, welche mit Regulierung kompensiert werden können.

Wie sieht dies bei den vorliegend interessierenden zwei Beispielen aus?

Airbnb: Wenn ein Eigentümer seine Stadtwohnung über Airbnb vermietet, wird eine Einschränkung zum Schutz der Innenstadt oder mit Blick auf die Sicherheit einzelner Airbnb-Gäste kaum einer Grundrechtsprüfung standhalten – zumal bislang keine ausreichende Datengrundlage besteht, um die Behauptung einer Verödung von Innenstädten belegen zu können.¹² Abgaben zum Beispiel in Form von Kurtaxen sind aber, wie erwähnt, durchaus zulässig.¹³

Uber: Ähnlich kritisch sieht es bei Regulierungen von Uber aus. Bei elektronischen Vermittlungsplattformen besteht infolge der neuartigen Bewertungssysteme die traditionelle Informationsasymmetrie zwischen Kunde und Leistungsanbieter typischerweise nicht mehr, weshalb zum Beispiel die Pflicht, eine «Taxuhut sichtbar zu befestigen», bei Uber-Fahrern ihren Zweck verloren hat.¹⁴ Weniger problematisch sind dagegen Regelungen, welche direkt auf die Sicherheit des Passagiers abzielen – obwohl auch hier zu prüfen ist, ob die neue Technologie bisherige Regulierungsanliegen überflüssig macht.

Die Wirtschaftsfreiheit bedingt zudem, dass Regulierungen die Konkurrenten gleich behandeln.¹⁵ Dies kann indes den Regulierer vor Probleme stellen, denn die *Sharing Economy* richtet sich zwar mit ihren Angeboten gegebenenfalls an das gleiche Publikum wie bisherige «Offline»-Angebote und befriedigt die gleichen Konsumentenbedürfnisse, folgt aber anderen ökonomischen Gesetzmässigkeiten. Leitschnur zur Gleichbehandlung der Konkurrenten ist die Herstellung des «fairen Wettbewerbs».¹⁶ Deshalb werden die Behörden das eine

⁹ Internet: www.handelszeitung.ch/unternehmen/im-kanton-zug-zahlt-airbnb-jetzt-kurtaxen-1426080 (Abruf 16.10.2017).

¹⁰ BGE 132 I 282 E. 3.5; 131 I 223 E. 4.2 f.

¹¹ BGE 121 I 129 E. 3 und 4; BGer, 2C_940/2010, 17.5.2011, E. 4 und 5.

¹² Vgl. BGE 131 I 333 E. 3.

¹³ Vgl. BGE 140 I 176 E. 9; BGer, 2C_523/2015, 21.12.2016, E. 7.

¹⁴ So geregelt in Art. 10 Abs. 1 der Taxiverordnung der Stadt Zürich vom 3. September 2014.

¹⁵ BGE 121 I 279 E. 4a m.w.H.

¹⁶ BGE 121 I 279 E. 6b.

Mal eine gleiche Behandlung von *Sharing*-Anbietern und traditionellen Anbietern herstellen müssen – beispielsweise wenn es um die Benutzung von öffentlichem Grund für Veloverleih oder Standplätze für Taxis geht. Ein andermal wird jedoch aufgrund der unterschiedlichen ökonomischen Gesetzmässigkeiten eine strikte Gleichbehandlung gerade abzulehnen sein – zum Beispiel bei den oben erwähnten Vorgaben zu den gut sichtbaren Taxuhren.

B. Einschränkungen durch soziales Vertragsrecht

Regulatorische Einschränkungen der *Sharing Economy* entstammen nicht nur dem öffentlichen Recht, sondern sind auch im Vertragsrecht eingebettet. Legen die Parteien einen Vertragsinhalt fest, bestimmen zwingende Normen, das heisst Normen, von denen die Parteien nicht abweichen können, den Vertragsinhalt mit. Insbesondere zum Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, von Mieterinnen und Mietern und in jüngerer Zeit zum Schutz von Konsumentinnen und Konsumenten hat der Gesetzgeber entsprechendes Regulierungsrecht im Vertragsrecht eingesetzt.¹⁷

In die Dichotomien von stark und schwach, gewerblich und privat, welche hinter dem heutigen zwingenden Vertragsrecht stehen, lassen sich die Teilnehmer der *Sharing Economy* allerdings nicht immer einordnen, und die Zwecke der Regulierung geraten ausser Sichtweite. Dies soll zunächst am Beispiel von Airbnb und sodann am Beispiel von Uber illustriert werden.

1. Unterkunft/Beherbergung

Die meisten Probleme bei der Wohnraumvermittlung über Plattformen wie Airbnb entstehen beim rechtlichen Schutz der Untermiete. Es würden damit – so die Behauptung – günstige Wohnungen durch Mieter kommerzialisiert und zweckentfremdet, was zur Verödung von Innenstädten führe.¹⁸

Das Recht auf Untermiete (Art. 262 OR) wird vom Gesetz als zwingend vorgegeben. Die Parteien können

davon grundsätzlich nicht durch Parteivereinbarung abweichen. Das hat zur Folge, dass der Vermieter die Zustimmung zur Untervermietung nur unter bestimmten Bedingungen verweigern kann, und zwar dann, wenn ihm «aus der Untermiete wesentliche Nachteile entstehen» oder wenn die Untermietbedingungen im Vergleich zu den Bedingungen der Hauptmiete missbräuchlich sind (Art. 262 Abs. 2 OR).

Diese zwingende Norm beruht auf der Revision des Mietrechts von 1989, welche der Stärkung des Kündigungsschutzes und der Ausweitung des Schutzes vor missbräuchlichen Mietzinsen verpflichtet war.¹⁹ Die Aufzeichnungen zu den parlamentarischen Beratungen geben allerdings nur sehr vage Aufschluss darüber, welcher Gedanke hinter dieser Einschränkung der Parteiautonomie stand.²⁰ Das Bundesgericht zog den Schluss, dass die Untervermietung gedacht ist für die «Wechselfälle des Lebens». Das sind «Fälle, in denen der Mieter die Mietsache, beispielsweise wegen eines beruflich bedingten, zeitlich begrenzten Auslandsaufenthalts, vorübergehend nicht nutzen kann und für die Zeit seiner Abwesenheit aus finanziellen Gründen einem Dritten überlässt, oder für Fälle, in denen eine Wohnung infolge Wegzuges oder Todes von Familienangehörigen zu gross geworden ist und deshalb teilweise Dritten überlassen wird».²¹

Mit Blick auf diese «Wechselfälle des Lebens» sind die Schutzinteressen eines Hauptmieters, der über Airbnb vermieten will, kritisch zu hinterfragen – und damit letztlich die Anwendbarkeit des Rechts auf Untermiete: Gerechtfertigt wird das zwingende Recht auf Untervermietung mit Blick auf Ausnahmesituationen, deren Überbrückung dem Mieter ermöglicht werden soll, damit er die Wohnung nicht aufgeben muss. Mit der Anwendung auf Airbnb-Dienstleistungen wird jedoch regelmässig eine Erwerbstätigkeit des Mieters geschützt, denn Online-Plattformen wie Airbnb vereinfachen die Zusammenführung von Angebot und Nachfrage und senken die Transaktionskosten derart, dass sie eine Kommerzialisierung der Untermiete wesentlich erleichtern. Zwar bestehen

¹⁷ HUGH COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford 1999.

¹⁸ Siehe nur die Berichterstattung über durch Airbnb vermittelte Wohnungen in der Stadt Zürich: IRÈNE TROXLER, Mieter tricksen Stadt Zürich aus, NZZ vom 15.8.2017, 15. Jüngsten Erhebungen zufolge hat indes der Leerwohnungsbestand der Schweiz über die letzten Jahre stetig zugenommen. Es hat insbesondere auch in den Grossstädten eine Entspannung eingesetzt: ANDREA MARTEL, Immer mehr Wohnungen stehen leer, NZZ Online vom 30.8.2017, Internet: www.nzz.ch/wirtschaft/ungute-entwicklung-immer-mehr-wohnungen-stehen-leer-ld.1313260 (Abruf 16.10.2017).

¹⁹ Botschaft vom 27. März 1985 zur Revision des Miet- und Pachtrechts, BBl 1985 I 1389 ff.

²⁰ Es wurde denn auch kritisiert, die Möglichkeit zur Untermiete habe mit der sozialen Komponente nichts zu tun. Es gehe beim Mieterschutz darum, dass der Mieter und seine Familie die Wohnstätte behalten können. Mit dem Recht auf Untermiete jedoch wolle man den Mieter in gewissem Sinn zum Eigentümer machen: Votum Hefti, Amtl. Bull. SR, 7.6.1988, 157. Bundesrätin Kopp hielt dem entgegen, «dass Untermiete durchaus sinnvoll und nützlich sein kann, nämlich hauptsächlich dann, wenn eine grosse Wohnung unternutzt ist und diese Unternutzung mit einer Untermiete kompensiert werden kann» (Votum Kopp, Amtl. Bull. SR, 7.6.1988, 157).

²¹ BGE 138 III 59 E. 2.2.1.

gewisse gesetzliche Schranken, da kein Gewinn zulässig sein soll. Diese Schranken sind aber bereits heute umstritten: Sie lassen erheblichen Raum für Umgehung – zum Beispiel durch die Verrechnung von Mobilien und Dienstleistungen.²² Zudem zwingen sie den Vermieter letztlich, den mühevollen Rechtsweg zu beschreiten, wenn er seine Interessen wahrnehmen will.

Dass das zwingende Mietrecht und insbesondere die Regeln zur Untermiete nicht auf Airbnb zugeschnitten sind, tritt auch am Verhältnis zwischen Hauptmieter und Untermieter deutlich zutage:

Im Mietrecht hätte der Airbnb-Gast dieselben Rechte gegenüber dem Mieter, wie sie dieser gegenüber dem Vermieter hat. Der Airbnb-Gast bedarf aber regelmässig keines Kündigungsschutzes und soll keine Erstreckung des Untermietverhältnisses verlangen können. Auch das Recht, die Herabsetzung eines übersetzten Mietzins zu verlangen zu können, passt kaum je auf eine Airbnb-Übernachtung.²³

Selbst der Airbnb-Vermieter hat Probleme mit dem aktuellen Mietrecht: Eine Untermiete darf – wenn überhaupt – nur «einen gewissen Zuschlag zum Hauptmietzins» abwerfen. Das Bezirksgericht Zürich geht in einem aktuellen Entscheid davon aus, dass jegliche Überschreitung eines selbstkostendeckenden Betrags unangemessenen Gewinn darstellt und damit missbräuchlich ist.²⁴ Diese Praxis trägt den Besonderheiten von Airbnb-Dienstleistungen wieder nicht Rechnung: Der Untervermieter trägt den Aufwand für die Herrichtung und Inserierung der Unterkunft, liefert der Vermittlungsplattform für abgewickelte Geschäfte eine Provision ab und trägt das Inkassorisiko.

Daraus folgt, dass im Verhältnis zwischen Vermieter respektive Eigentümer und Hauptmieter richtigerweise die Schutznorm der Untermiete regelmässig nicht auf die typischen Airbnb-Fälle anwendbar ist. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob das Bedürfnis nach Untermiete von einem «Wechselall des Lebens» (BGE 138 III 59) herrührt:

- Ist dies nicht der Fall, hat der Mieter von Gesetzes wegen kein Recht, die Wohnung (via Buchungsplattform oder anderweitig) unterzuvermieten. Er kann diese

nur (aber immerhin) nach Massgabe der vertraglichen Vereinbarung mit dem Vermieter vermieten.

- Erfolgt die Airbnb-Vermittlung (oder jede andere Untermiete) dagegen infolge eines «Wechselalls des Lebens», kommt das Recht auf Untermiete zur Anwendung, womit der Vermieter die Zustimmung nur unter den Voraussetzungen von Art. 262 OR verweigern kann.

Das Recht auf Untermiete wird damit auf seinen sozialen Zweck reduziert, die Vermittlung über Online-Plattformen würde dagegen weitgehend der Vertragsfreiheit zwischen Vermieter respektive Eigentümer und Hauptmieter überlassen.

Auch im Verhältnis zwischen Mieter und Untermieter beziehungsweise Gastgeber und Gast sollte das Recht auf Untermiete im Rahmen von Airbnb-Vermittlungen regelmässig nicht zur Anwendung kommen. Der Airbnb-Nutzer ist eher Ferienwohnungsgast als Mieter (Art. 253a Abs. 2 OR). Sein Schutzbedürfnis wird adäquater mit dem Konsumentenschutzrecht adressiert.

Wie bereits erwähnt, wäre eine Einschränkung von Airbnb-Vermietungen zum Schutz von Innenstädten kaum grundrechtskonform. Eine politische Intervention könnte sich jedoch ohnehin erübrigen, wenn das Recht auf Untermiete auf seinen eigentlichen Zweck reduziert wird. Denn dann bleibt es am Hauptvermieter respektive Eigentümer zu bestimmen, ob er einer Vermittlung seiner Wohnung über eine Internetplattform zustimmen will. Dem werden Eigentümer regelmässig kritisch gegenüberstehen oder sie werden am Gewinn beteiligt sein wollen, was den Anreiz für den Hauptmieter, seine Wohnung unterzuvermieten, senken wird.

2. Personentransport

Zurzeit wird in verschiedenen Ländern, auch in der Schweiz, darüber diskutiert, ob Uber tatsächlich nur als Technologieplattform, das heisst als Vermittler von *Sharing*-Leistungen, auftritt oder ob ein Arbeitsvertrag zwischen Uber und den Uber-Fahrern vorliegt.²⁵

²² Vgl. IRÈNE SPIRIG, Grundsätze der Untermiete und Airbnb, mp 2015, I ff., N 55.

²³ Für gleiche Rechte des Airbnb-Gastes aber PETER NIDERÖST, Untermiete und Übertragung der Mietsache sowie Übergang des Mietverhältnisses nach Handänderung, in: David Lachat et al., Mietrecht für die Praxis, 9. A., Zürich 2016, 613 ff.

²⁴ Bezirksgericht Zürich, Mietgericht, MG160009-L, 9.2.2017, ZMP 2017, Nr. 2., E. 2.3.12 und 3.2.2. Vgl. jüngst EuGH, C-434/15, 20.12.2017, N 37 ff., wo indes die Qualifikation des rechtlichen Verhältnisses zwischen Plattform und Fahrer nicht thematisiert wurde.

²⁵ Siehe nur JESSICA K. SOMMER, UBER in Switzerland, EuCML 2015, 116 ff.; auf der Ebene der Rechtsprechung: Labor Commissioner of the State of California, Barbara Ann Berwick vs. Uber Technologies Inc., Case No. 11-46739 EK, Entscheid vom 3.6.2015; Central London Employment Tribunal, Aslam, Farrar & Others vs. Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd, Case Nos. 2202550/2015, Entscheid vom 28.10.2016. Siehe auch U.S. District Court for the Northern District of California, O'Connor et al. v. Uber Technologies Inc. et al., Case No. C-13-3826 EMC, Doc. 251, Beschluss vom 11.3.2015, 10 f. Siehe auch BGer, 2C_500/2016, 31.10.2016, E. 3.4.

Während der letzten gut hundert Jahre hat es sich bewährt, jenen Personen spezifische soziale Rechte (insbesondere Kündigungsfristen, Lohnfortzahlung bei Krankheit und Sozialversicherungen) zu gewähren, die in den Betrieb ihres – im Wortsinn – Arbeit-Gebers eingegliedert und dessen Weisungen und Instruktionen untergeordnet sind. Die Anwendbarkeit der entsprechenden Schutzbestimmungen hängt somit massgeblich davon ab, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag vorliegt beziehungsweise ob es sich um eine selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit handelt.²⁶

Unseres Erachtens dürfte im Fall von Uber eher kein Arbeitsvertrag und kein unselbstständiger Erwerb im Sinne der Sozialversicherungen vorliegen, da es an einer Ein- bzw. Unterordnung in den Betrieb eines weisungsberechtigten Arbeitgebers fehlt.²⁷ Der Uber-Fahrer befolgt wohl gewisse Weisungen, wie er Fahrten auszuführen hat; dies allerdings mit Blick auf die Zufriedenheit des Kunden, das heisst im Interesse einer positiven Bewertung. Er bleibt dabei grundsätzlich frei, wann, wo, wie oft und wie lange er Fahraufträge ausführt, kann parallel zu seiner Tätigkeit für Uber auch für andere Plattformen oder gänzlich unabhängig dieselbe Dienstleistung erbringen und seine Tätigkeit für Uber jederzeit einstellen.²⁸ Damit ist auch gesagt, dass nicht alle, die ihre *Sharing*-Leistungen über Internetplattformen anbieten, den Schutz durch das Arbeitsrecht benötigen bzw. diesen Schutz anstreben – im Gegenteil würden sie zum Beispiel durch ein Konkurrenzverbot oder durch Weisungen bezüglich Zeit und Ort der Fahrtätigkeit in unerwünschter Weise

eingeschränkt.²⁹ Auf der anderen Seite hat Uber als Plattformbetreiber kaum ein Interesse daran, sich fürsorglich (Art. 328 OR) um den einzelnen Fahrer zu kümmern und wird darum die direkte Einflussnahme auf den einzelnen Fahrer in Schranken halten. Das Hauptinteresse von Uber gilt nicht den Fahrern, sondern der Schaffung eines optimalen Verhältnisses zwischen Angebot und Nachfrage. Aber: Je weiter die Interventionen des Plattformbetreibers in den Arbeitsalltag des *Sharing*-Dienstleisters gehen – und damit den Dienstleister in ein Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnis führen –, desto eher liegt ein Arbeitsvertrag vor. Dann wird vom Plattformbetreiber auch zu erwarten sein, dass er dem sozialen Vertragsrecht untersteht.³⁰

Auch wenn den *Sharing*-Dienstleistern der Status als Arbeitnehmer und Unselbständigerwerbende nicht zukommt: Die Frage nach allfälligen sozialen Problemen stellt sich trotzdem. Es wird befürchtet, dass durch Unternehmen wie Uber die Errungenschaften der letzten knapp 100 Jahre – Ausgleich des Machtgefälles zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer respektive Schutz vor Missbrauch und Ausbeutung der Angestellten – rückgängig gemacht werden. Es bahne sich ein neuer Feudalismus an beziehungsweise es entstehe eine neue Klasse von Arbeitern, das sog. Prekariat.³¹

Das ist vorschnell. Denn aus dem Umstand, dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt, kann nicht automatisch geschlossen werden, dass keine wechselseitigen Schutz- und Treuepflichten bestehen. Solche sind denn auch dem Grundtyp des Dauervertrags, dem Auftrag, nicht fremd. Nachfolgend eine nicht abschliessende Auswahl:

- Aus der auftragsrechtlichen Pflicht zur Aufklärung über Chancen und Risiken (Art. 398 OR) kann geschlossen werden, dass Uber mit gezielt gesetzten Ver-

²⁶ Grundlegend zum Begriff der Unterordnung BGE 112 II 41 E. 1a/aa *in fine*; zum Verhältnis zwischen Uber und «seinen» Fahrern siehe BETTINA KAHIL-WOLFF, Der AHV-rechtliche Beitragsstatus von in der Schweiz tätigen Uber-Fahrern, Gutachten vom 13. März 2017; KURT PÄRLI, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen, Gutachten vom 10. Juli 2016.

²⁷ Taxichauffeure, die einer Taxizentrale angeschlossen sind, gelten nach jüngst bestätigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Allgemeinen als Unselbständigerwerbende: BGE 8C_571/2017 vom 9. November 2017, E. 3 und 4. Diese Rechtsprechung lässt sich unseres Erachtens aber insbesondere mit Blick auf das Kriterium des Unterordnungsverhältnisses nicht ohne Weiteres auf den Uber-Fahrer übertragen.

²⁸ Ob sich ein Uber-Fahrer in persönlicher, betrieblicher und wirtschaftlicher Hinsicht in einem Unterordnungsverhältnis befindet, lässt sich jedenfalls nicht in allgemeiner Form, sondern nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls, d.h. der Anzahl und Dauer der vom einzelnen Fahrer für Uber geleisteten Fahrten, beurteilen. Gerade aufgrund der Einflussnahme von Uber auf die Bedingungen der Dienstleistungserbringung durch die Fahrer hat jüngst der EuGH Uber als Transportdienstleister und nicht als blossen Informationsdienstleister qualifiziert: EuGH, C-434/15, 20.12.2017, N 37 ff.

²⁹ Siehe in diesem Zusammenhang auch JEREMIAS PRASSL/MARTIN RISAK, Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Re-thinking the Legal Analysis of Crowdwork, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2015, 619 ff., 625.

³⁰ Vor diesem Hintergrund erstaunt der jüngste Entscheid von Uber, den Dienst Uber Pop einzustellen und den betroffenen Fahrern «unter die Arme zu greifen», indem mit Anbietern über die Preise für Fahrtenschreiber verhandelt und nach günstigen Fahrschulen gesucht wird: ADI KÄLIN, Uber macht seine Chauffeure zu Profis, *NZZ* vom 11.8.2017, 16.

³¹ NOAM SCHEIBER, How Uber uses psychological tricks to push its drivers' buttons, *New York Times* vom 2.4.2017, Internet: www.nytimes.com/interactive/2017/04/02/technology/uber-drivers-psychological-tricks.html (Abruf 16.10.2017); PETER JOHANNES MEIER/SYLKE GRUHNWALD, Sharing Economy, «Uber diktiert neue Arbeitsformen», *Beobachter* vom 22.11.2016, Internet: www.beobachter.ch/wirtschaft/artikel/sharing-economy_uber-diktiert-neue-arbeitsformen (Abruf 16.10.2017).

dienstanreizen den Fahrern Einsätze anbieten kann, gleichzeitig aber die Fahrer vor den Risiken, zum Beispiel vor zu langen Einsatzzeiten, bewahren muss.³²

- Das Auftragsrecht lässt zwar eine jederzeitige Kündigung zu. Eine Kündigung «zur Unzeit» hat aber einen Schadenersatzanspruch zur Folge (Art. 404 OR). Die Vereinbarung über die Nutzung der Uber-Plattform kann von beiden Seiten unter Einhaltung einer Frist von (nur) sieben Tagen gekündigt werden. Dies könnte zum Beispiel dann zu knapp bemessen sein, wenn nicht ähnlich rasch zu alternativen Quellen zur Fahrtenvermittlung gewechselt werden kann oder wenn der Fahrer oder die Fahrerin ihre Investitionen für Uber noch nicht amortisiert hat.³³

Die Gerichte verfügen somit bereits nach geltendem Recht über einigen Spielraum, um die Reichweite des sozialen Rechts zu bestimmen beziehungsweise für die Sicherstellung eines gewissen sozialen Ausgleichs zu sorgen. Auch wenn das Verhältnis zwischen Uber und Fahrer nicht als Arbeitsvertrag qualifiziert wird, ergeben sich aus der Natur des Vertragsverhältnisses konkrete Treue- und Schutzpflichten. Gesetzgeberischer Anpassungsbedarf besteht nur wenig, immerhin aber bei den Sozialversicherungen: Zugunsten der selbstständig erwerbenden *Sharing*-Dienstleister vor allem bei Uber ist eine zwingende Altersvorsorge vorzusehen, welche in einfacher Art und Weise abgewickelt werden kann. Zudem sollte endlich eine Arbeitslosenversicherung auch für Selbstständigerwerbende eingeführt werden, wie es die Bundesverfassung eigentlich vorsieht (Art. 114 Abs. 2 lit. c BV). Denn wenn sich ein Fahrer ganz auf seine Tätigkeit für Uber konzentriert, diese ihm aber nicht (mehr) die erhofften Einkünfte einbringt oder ihm unerwartet innert der erwähnten kurzen Frist gekündigt wird, sind der Fahrer und seine Familie auf ein vorübergehendes Ersatzeinkommen angewiesen. Hier ist der Bundesgesetzgeber gefordert.

³² Die dafür erforderliche Datenbasis dürfte vorhanden sein, vgl. SCHEIBER (FN 31); siehe auch GABRIEL BRÖNNIMANN, «UberPop gehört verboten – das sage ich als Uber-Fahrer», TagesWoche vom 28.7.2016, Internet: tageswoche.ch/form/reportage/uberpap-gehort-verboten-das-sage-ich-als-uber-fahrer/ (Abruf 16.10.2017).

³³ Zum Beispiel eine «Oberklasselimosine mit mindestens 4 Türen, die nicht älter ist als 3 Jahre» (Internet: www.uber.com/de-CH/drive/zurich/vehicle-requirements), welche Uber für die Kategorie Black verlangt. Abhilfe schaffen könnte ein Amortisationsersatzanspruch, wie er für den Franchisevertrag vorgeschlagen wurde: JÜRIG FISCH, Die Anwendbarkeit zwingenden Privatrechts auf Franchiseverträge, AJP 2016, 820 ff., 825 f.

IV. Fazit

Nach dem Gesagten drängen sich für den Gesetzgeber respektive die politischen Verantwortungsträger nur wenige Massnahmen unmittelbar auf. Im Sinne einer Zusammenfassung sei folgende Wunschliste in vier Punkten vorgebracht:

1. Die marktwirtschaftliche Freiheit ist zu achten – auch bei der *Sharing Economy*. Die Prozesse der marktwirtschaftlichen Selbstregulierung – welche im Austausch mit den Zivilgerichten stattfindet – sollten abgewartet werden.
2. Abgaben und Steuern sind konsequent auch von der *Sharing Economy* einzuziehen.
3. Vorsicht mit Regulierung: Bestehende Regulierungen sind darauf zu prüfen, ob sie noch auf die *Sharing Economy* passen. Neue Regelungen sollten nicht vorschnell und nur gestützt auf fundierte empirische Beobachtungen eingeführt werden. Zwei konkrete Beispiele: Erstens sollten die Taxi-Regelungen grundlegend überdacht werden. Sie passen in vielerlei Hinsicht nicht auf die neuen Vermittlungsformen durch Internetplattformen und würden insofern gegen die Wirtschaftsfreiheit verstossen. Insbesondere der Schutz von Taxikunden wird bei Uber weitgehend durch die neuen Bewertungsformen übernommen. Zweitens würde ein vorschnelles Verbot der Airbnb-Vermietung in Städten wohl gegen die Grundrechte verstossen. Stattdessen sollten die Entscheide der Mietgerichte abgewartet und die Eigentümer dazu animiert werden, die Airbnb-Vermietung vertraglich auszuschliessen oder zu regeln. Die Kurtaxen sollten auch bei Airbnb-Vermietungen eingezogen werden.
4. Es ist für eine einfache, effiziente Handhabung der Altersvorsorge und Erwerbsausfallversicherung für *Sharing*-Dienstleister zu sorgen. Diese sind regelmässig keine Arbeitnehmer, aber trotzdem in verschiedener Hinsicht schutzbedürftig.

Und als abschliessende Bemerkung: Die Regulierung einer freien Marktwirtschaft ist ein gesellschaftlicher Prozess mit vielen Beteiligten, der regelmässig das Beste aus Rechtsstaat und Demokratie hervorbringt – den sozialen Zusammenhalt in einer freien Gesellschaft.