

Die teilgewerbliche Nutzung in der Wohnraummiete

VRinLG Astrid Siegmund

Weimar, September 2023

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Rechtlicher Rahmen der teilgewerblichen Nutzung von Wohnraum
 - 1. Rechtsnatur des Mietvertrages und (zulässiger) Umfang der teilgewerblichen Nutzung und
 - 2. Genehmigung(sbedürftigkeit) der teilgewerblichen Nutzung
 - 3. Risiken der teilgewerblichen Nutzung ohne Erlaubnis des Vermieters
- III. Die Abbildung der teilgewerblichen Nutzung im Mietpreis
 - 1. Fallkonstellationen
 - 2. Die Mietstruktur bei teilgewerblicher Nutzung
 - 3. „Rechtfertigung“ eines Zuschlags für die Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung und „aufgedrängte“ Erlaubnis
 - 4. Umgehung?
- IV. Zusammenfassung

Die teilgewerbliche Nutzung in der Wohnraummiete

I Einleitung

Das knappe Angebot an Wohnungen auf sich ausbreitenden angespannten Wohnungsmärkten lässt die Mietpreise weiter steigen. Zu beobachten ist auf diesen Märkten eine gewisse Tendenz, über verschiedene „Zuschläge“ – sei es für Möblierung, die gesonderte Vermietung eines Kellerraums, einer Einbauküche, ungefragt erteilte Untervermieterlaubnisse oder eine gar nicht im Raum stehende oder nicht genehmigungsbedürftige Mitnutzung der Wohnung für gewerbliche bzw. freiberufliche Zwecke – die nach § 556d Abs. 1 BGB zulässige Miete (deutlich) zu überschreiten.

Hubert Blank hat das (zu erwartende) Phänomen schon vor der Beratung des Entwurfes für ein Mietrechtsnovellierungsgesetz im Bundestag¹, mit der die Bundesregierung die

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung, BT-Drs. 18/3121.

Preisentwicklung auf dem Wohnungsmarkt dämpfen wollte, als „Flucht in den Zuschlag“ thematisiert.²

Der nachfolgende Beitrag geht vor dem Hintergrund in der Praxis auftretender Vertragskonstellationen der Frage nach, wann unter welchen Voraussetzungen – gegebenenfalls – in welcher Höhe ein Zuschlag für die Erlaubnis zu einer teilgewerblichen (freiberuflichen) Nutzung einer Wohnung in Betracht überhaupt gerechtfertigt sein kann.

II. Rechtlicher Rahmen der teilgewerblichen Nutzung von Wohnraum

1 Rechtsnatur des Mietvertrages und (zulässiger) Umfang der teilgewerblichen Nutzung

Werden Räumlichkeiten in einem einheitlichen Vertrag teilweise zu Wohnzwecken, teilweise zur Ausübung einer freiberuflichen oder gewerblichen Tätigkeit vermietet, so wird ein „Mischmietverhältnis“ begründet.

Ein solches Mischmietverhältnis unterliegt nicht etwa - der Nutzung entsprechend - gemäß § 549 Abs. 1 BGB teilweise den Sonderregelungen für Wohnraummietverhältnisse (§§ 549 bis 577a BGB) und teilweise gemäß § 578 Abs. 2 BGB den Regelungen für Mietverträge über Geschäftsräume oder sonstige Räume. Eine Aufspaltung des Vertrages liefe dem Willen der Parteien zuwider, die einen einheitlichen Vertrag abgeschlossen haben.³

Da „Mischmietverhältnisse“ als solche gesetzlich nicht gesondert geregelt sind, sind sie rechtlich zwingend einheitlich zu beurteilen: *entweder* als "Wohnraummietverhältnis" *oder* als "Mietverhältnis über sonstige Räume".⁴

Das gilt nicht nur im Hinblick auf die materielle Rechtslage, sondern auch für das Prozessrecht. Auch die sachliche Zuständigkeit der Gerichte hängt davon ab, ob der Rechtsstreit ein Wohnraummietverhältnis betrifft⁵ oder nicht.⁶

² Blank, WuM 2014, 641, [648].

³ BGH, Urt. V. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 24.

⁴ BGH, Urt. V. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 18.

⁵ Erstinstanzliche Zuständigkeit nach § 23 Nr. 2a GVG. (Amtsgericht)

⁶ Erstinstanzliche Zuständigkeit nach §§ 23 Abs. 1, 71 Abs. 1 GVG (Landgericht).

Für die rechtliche Einordnung kommt es – wie auch sonst bei Mischverträgen⁷ – entscheidend darauf an, welche Leistung bzw. - bei Mietverträgen – welche Nutzungsart überwiegt.⁸

Die Beantwortung der Frage, welche Nutzungsart im Vordergrund steht, richtet sich vorrangig nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien.⁹ Überwiegt danach die Nutzung als Wohnraum, ist Wohnraummietrecht anzuwenden; steht die Vermietung zu anderen – insbesondere gewerblichen oder freiberuflichen - Zwecken im Vordergrund, ist allgemeines Mietrecht maßgebend.¹⁰

Ausgangspunkt der Prüfung ist die Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen, §§ 133, 157 BGB. Wie sollte das Mietobjekt nach den gemeinsamen und übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien genutzt werden, welche Art der Nutzung danach im Vordergrund stehen? Entscheidend ist dabei – entgegen teilweise anzutreffender Vorstellungen - der wahre, das Rechtsverhältnis prägende Vertragszweck, während ein hiervon abweichender, im Vertrag nur vorgetäuschter Vertragszweck unbeachtlich ist.¹¹

Wie auch sonst sind alle (auslegungsrelevanten) Umstände des Einzelfalls zu würdigen, wobei häufig der Rückgriff auf (geeignete) Indizien erforderlich ist, weil vertragliche Absprachen fehlen.

Seit der ausdrücklichen Rechtsprechungsänderung des BGH¹² lässt der Umstand, dass der Mieter die Räumlichkeiten auch angemietet hat, um dort eine gewerbliche/freiberufliche Tätigkeit auszuüben, mit der er seinen Lebensunterhalt bestreitet, (gar) keinen geeigneten Rückschluss darauf zu, dass der Schwerpunkt des Vertrages im Bereich der Geschäftsraummiete liegt. Das Bestreiten des Lebensunterhalts als vorrangiges Kriterium für das Vorliegen eines gewerblichen Nutzungsschwerpunkts, selbst dann, wenn die

⁷ Vgl. etwa die Frage des Vertragsschwerpunktes beim Werklieferungsvertrag.

⁸ BGH, Urt. v. 13.01.2021 - VIII ZR 66/19, WuM 2021, 242, nach juris Rn. 23f.; Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 18.

⁹ BGH, Urt. v. 15.11.1978 – VIII ZR 14/78, juris; v. 13.02.1985 – VIII ZR 36/84, juris; Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 28.

¹⁰ BGH, Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 28.

¹¹ BGH, 16.04.1986 - VIII ZR 60/85, WuM 1986, 274.

¹² BGH, Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 33f.; Abkehr von: BGH, Urt. v. 16.04.1986 - VIII ZR 60/85, WuM 1986, 274.

gewerblich genutzte Fläche geringer ist als die für Wohnzwecke gedachte, ist nach der neueren Rechtsprechung des BGH kein sachgerechtes Unterscheidungskriterium.

Es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass bei einem Mischmietverhältnis die Schaffung einer Erwerbsgrundlage Vorrang vor der Wohnnutzung hat. Dieser Ansatz widerspricht der Bedeutung der Wohnung als Ort der Verwirklichung privater Lebensvorstellungen und dem Stellenwert, dem das Wohnen in der heutigen Gesellschaft zukommt.¹³ Es lässt sich allerdings umgekehrt auch kein Erfahrungssatz aufstellen, dass die Wohnungsnutzung im Allgemeinen Vorrang vor der Nutzung zu gewerblichen/freiberuflichen Zwecken hat.¹⁴

Es stellt sich deshalb die Frage, welche Umstände sich als Abgrenzungskriterien eignen. Der BGH verweist für den Fall, dass die Parteien keine ausdrücklichen Regelungen getroffen haben, auf objektive (äußerliche) Umstände, soweit sie tragfähige Anhaltspunkte liefern.

Als mögliches Indiz kommt - je nach Fallgestaltung - die Verwendung eines auf eine der beiden Nutzungsarten (Geschäftsraum- oder Wohnraummiete) zugeschnittenen Vertragsformulars in Betracht. Von Bedeutung sein kann nicht nur der Inhalt der Vertragsregelungen oder – unter Umständen - auch die Bezeichnung des Mietverhältnisses in der Überschrift, sondern auch der Aufbau der vertraglichen Regelungen (Wohnraumnutzung oder Gewerberaumnutzung als Zusatz oder Anhang zu den übrigen Vertragsregelungen). Gerade bei der Bezeichnung des Mietverhältnisses ist jedoch Vorsicht geboten.¹⁵

Für die Indizwirkung kann auch (weiterhin) dem Verhältnis der für die jeweilige Nutzungsart vorgesehenen Flächen zukommen.¹⁶ Ob der auf die jeweilige Nutzung entfallende Mietanteil an der Gesamtmiete ein belastbares Kriterium ist, ist zu bezweifeln. Wird die Miethöhe für die verschiedenen Nutzungen im Mietvertrag überhaupt differenziert ausgewiesen, würde wohl auf den gewerblichen Teil wegen der für Gewerberäume aus

¹³ Vgl. grundlegend: BVerfG, Beschl. vom 26.05.1993 – 1 BvR 208/93, WuM 1993, 377.

¹⁴ BGH, Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 36; Bühler, ZMR 2010, 897.

¹⁵ BGH, Urt. v. 13.01.2021 - VIII ZR 66/19, WuM 2021, 242; Versäumnisurteil vom 16.07.2008 – VIII ZR 282/07, NZM 2008, 804, juris.

¹⁶ BGH, Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 38, mwN zur Instanzrechtsprechung; Urt. v. 16.04.1986 - VIII ZR 60/85, WuM 1986, 274.

verschiedenen Gründen üblicherweise höheren Miete, der Anteil ohnehin regelmäßig höher sein.¹⁷ Es kann in keinem Fall das entscheidende Abgrenzungskriterium sein.¹⁸

Geeignete Anhaltspunkte können sich demgegenüber aus den baulichen Gegebenheiten (Zuschnitt, Einrichtung, Ausstattung) ergeben, aus Regelungen zur Umsatzsteuer oder zur Höhe der Kautions, der Vertragslaufzeit sowie Umständen im Vorfeld des Vertragsschlusses oder aus einem nachträglichen Verhalten der Parteien, soweit dieses Rückschlüsse auf den übereinstimmenden Willen bei Vertragsschluss zulässt.¹⁹

Lässt sich bei der gebotenen Einzelfallprüfung ein Überwiegen der gewerblichen Nutzung nicht feststellen (also auch bei einer Gleichwertigkeit beider Nutzungen), ist von der Geltung der Vorschriften der Wohnraummiete auszugehen, um die zum Schutz des Wohnraummieters bestehenden zwingenden Sonderregelungen, insbesondere die eingeschränkten Kündigungsmöglichkeiten des Vermieters (§§ 573, 543, 569 BGB) und die ausschließliche sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts (§ 23 Nr. 2a GVG) nicht zu unterlaufen.²⁰

2 Zulässiger Umfang der teilgewerblichen Nutzung

Die Nutzung von Wohnraum zu anderen als Wohnzwecken ist in Gebieten, in denen die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist, aufgrund von landesrechtlichen Regelungen bzw. Ermächtigungen zum Erlass von Verordnungen oder Satzungen als Zweckentfremdung genehmigungsbedürftig.²¹

Die (genehmigungsbedürftige) Zweckentfremdung wird weitgehend gleichlautend dahin definiert, dass eine solche insbesondere dann vorliegt, wenn Wohnraum für gewerbliche oder berufliche sonstige Zwecke verwendet wird.²² Eine Zweckentfremdung wird (noch)

¹⁷ BGH, Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 38, mwN;

¹⁸ So wohl auch: MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 573 Rn. 24.

¹⁹ BGH, Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 38;

Blank/Börstinghaus/Siegmund/Börstinghaus, Miete, 7. Aufl. 2023, § 535 Rn. 25; MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, BGB § 573 Rn. 24

²⁰ BGH, Urt. v. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 39;

Blank/Börstinghaus/Siegmund/Siegmund, Miete, 7. Aufl. 2023, § 573 Rn. 4.

²¹ Hamburgisches Gesetz über den Schutz und die Erhaltung von Wohnraum v. 08.03.1982;

Bayerisches Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum v. 10.12.2007;

Berliner Gesetz über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum v. 29.11.2013;

Gesetz zur Stärkung des Wohnungswesens in Nordrhein-Westfalen v. 23.06.2021 (§§ 12ff.).

²² Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 ZwVbG Berlin.

nicht angenommen, wenn die (Haupt-)Wohnung zwar zu anderen als Wohnzwecken mitbenutzt wird, insgesamt aber die Wohnnutzung überwiegt (über 50 % der Fläche, bei Küche und Bad wird jeweils hälftige Nutzung unterstellt).²³

Wer Wohnraum ohne Genehmigung zweckentfremdet oder eine zweckfremde Verwendung von Wohnraum anbietet, handelt ordnungswidrig.²⁴ Die Ordnungswidrigkeit kann mit einem Bußgeld bis zu 500.000 € geahndet werden.²⁵

Schon auf der Ebene Beantwortung der Frage, welche Nutzungsart im Vordergrund steht, kann vor diesem Hintergrund eine fehlende Genehmigung einer im Raum stehenden zweckfremden Nutzung des Wohnraums nicht unberücksichtigt bleiben und ist ein mögliches Indiz für das Vorliegen eines Wohnraummietverhältnisses.²⁶

3 Genehmigung(sbedürftigkeit) der teilgewerblichen Nutzung

Nicht jeder Mietvertrag, der – formal betrachtet – eine „Erlaubnis“ zur teilgewerblichen bzw. freiberuflichen Nutzung der vermieteten Räumlichkeiten enthält, ist als Mischmietverhältnis anzusehen. Es kommt auf den Inhalt der Erlaubnis im Einzelfall an. Beschränkt sie sich auf das, was nach der BGH-Rechtsprechung vom Begriff des „Wohnens“ abgedeckt ist, handelt es sich um keine Erweiterung der mit dem Abschluss eines Wohnraummietvertrages verbundenen Nutzungsbefugnisse des Mieters. Der Vermieter muss sie (ohnehin) ohne Weiteres dulden oder kann zur Gestattung nach § 242 BGB verpflichtet sein.²⁷

*Sachverhalt:*²⁸

Die Beklagten sind Mieter einer 2-Zimmer-Wohnung der Klägerin in F., die sie zusammen mit ihrem Kind bewohnen.

Nach § 1 des Mietvertrages wurde die Wohnung „zu Wohnzwecken“ vermietet.

In § 11 des Mietvertrages heißt es unter anderem:

²³ Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 5 ZwVbG Berlin.

²⁴ Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZwVbG Berlin.

²⁵ § 7 Abs. 4 ZwVbG Berlin.

²⁶ LG Berlin [ZK 65] Urt. v. 13.09.2022 – 65 S 74/22, juris.

²⁷ Flatow, WuM 2015, 191, [192]; Börstinghaus, WuM 2017, 549, [555]; LG Berlin [ZK 65] Urt. v. 13.09.2022 – 65 S 74/22, WuM 2021, 739; juris; AG Hamburg-Altona, Urt. v. 27.04.2021 – 316 C 284/20, juris.

²⁸ BGH, Urt. v. 14.07.2009 – VIII ZR 165/08, WuM 2009, 517, juris.

"Der Mieter darf die Mietsache zu anderen als den in § 1 bestimmten Zwecken nur mit Einwilligung des Vermieters benutzen."

Der Beklagte ist als selbständiger Immobilienmakler tätig; da er nicht über eigene Geschäftsräume verfügt, übt er sein Gewerbe in der Mietwohnung aus.

Auf der Homepage seiner Firma preist der Beklagte sein Team an; er hat zwei- bis dreimal in sechs Monaten Kundenbesuche.

Die Klägerin behauptet, auch Mitarbeiter des Beklagten würden in der Wohnung verkehren.

Nach der Rechtsprechung des BGH fallen unter den Begriff des „Wohnens“ nach der Verkehrsanschauung berufliche Tätigkeiten, die der Mieter - etwa im häuslichen Arbeitszimmer - ausübt, ohne dass sie nach außen in Erscheinung treten. Als Beispiele nennt er die Unterrichtsvorbereitung eines Lehrers, die Telearbeit eines Angestellten (damit wohl ganz zwanglos auch die Tätigkeit im „Homeoffice“), die schriftstellerische Tätigkeit eines Autors und den Empfang oder die Bewirtung eines Geschäftsfreundes des Mieters in der Wohnung.²⁹ Nicht mehr unter den Begriff des „Wohnens“ fällt eine freiberufliche bzw. gewerbliche Tätigkeit, die nach außen in Erscheinung tritt, wobei es hier auf das „Wie“ ankommt und Detail zu differenzieren ist. Ohne eine entsprechende Vereinbarung muss der Vermieter eine solche Nutzung der Wohnung nicht dulden. Er kann jedoch im Einzelfall verpflichtet sein, eine Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung zu erteilen (§ 242 BGB).³⁰ Eine solche Verpflichtung hält der BGH etwa dann für möglich, wenn es sich um eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter oder ohne ins Gewicht fallenden Kunden- bzw. Publikumsverkehr handelt, von dem keine weitergehenden Einwirkungen auf die Mietsache und die Mitmieter ausgehen als bei einer üblichen Wohnnutzung. Auch eine selbständige berufliche Tätigkeit kann – so der BGH - im Einzelfall so organisiert sein oder einen so geringen Umfang haben, dass sie - wie beispielsweise bei einem Rechtsanwalt oder Makler - im Wesentlichen am Schreibtisch erledigt wird.³¹

Im Ausgangsfall hat der BGH die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Interessant ist aber der Grund dafür: Das LG hätte den zwischen den Parteien streitigen Punkt aufklären müssen, ob der Mieter für die geschäftliche Tätigkeit Mitarbeiter in der Wohnung beschäftigt. Unstreitig war allerdings, dass der beklagte Mieter

²⁹ BGH, Urt. v. 14.07.2009 – VIII ZR 165/08, WuM 2009, 517, nach juris Rn. 14.

³⁰ BGH, Urt. v. 14.07.2009 – VIII ZR 165/08, WuM 2009, 517, nach juris Rn. 15.

³¹ BGH, Urt. v. 14.07.2009 – VIII ZR 165/08, WuM 2009, 517, nach juris Rn. 15.

eine Homepage unterhielt, unter der er sein „Team“ anpries und wohl auch die Wohnung als Geschäftsadresse angegeben hat. Letzteres reichte dem BGH (hier) offenbar nicht, um eine Duldungspflicht des Vermieters auszuschließen.³²

Die Grenze der Duldungspflicht mit der Folge, dass der Mieter keinen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zur teilgewerblichen (freiberuflichen) Nutzung der Wohnräume hat, ist jedoch überschritten, wenn für die geschäftliche Tätigkeit Mitarbeiter des Mieters in der Wohnung beschäftigt werden³³ oder bei regelmäßigem Publikumsverkehr, etwa dann, wenn der Mieter 10 bis 12 Schülern an drei Werktagen in der Woche Gitarrenunterricht erteilt.³⁴

Dass der bloße Auftritt unter der Wohnanschrift als Geschäftsadresse gegenüber Kunden die Annahme einer Überschreitung der skizzierten Grenze trägt,³⁵ ist nicht anzunehmen. Hergeleitet wird dies aber gern aus einer Entscheidung des BGH, die allerdings bei genauerer Betrachtung nicht entscheidend auf den Umstand der Angabe als Geschäftsadresse abstellt, sondern auf die „Art und den Zuschnitt des vom Beklagten geführten Gewerbebetriebs“.³⁶

Der Mieter hatte die Wohnanschrift zwar nicht nur als Geschäftsadresse gegenüber Kunden angegeben, sondern auch als Betriebsstätte gegenüber dem Gewerbeamt. Der BGH hat die Entscheidung der Vorinstanz aber deshalb „gehalten“, weil diese einen Anspruch auf Gestattung gewerblicher Aktivitäten in der ausschließlich zu Wohnzwecken angemieteten Wohnung wegen der Art und des konkreten Zuschnitts des Gewerbebetriebs des Mieters verneint hatte. Der Mieter bot (unter der Wohnanschrift als Geschäftsadresse) einen Hausmeisterservice, die De- und Remontage von Aufzugsanlagen, Schwertransporte innerhalb von Gebäuden, die Montage von Aufzugsanlagen und den Bau von Montagerüstung an. Die Vorinstanz hatte angemerkt, dass der Beklagte aufgrund des Zuschnitts seines Gewerbebetriebs eine Kontaktaufnahme durch Kunden unter Wohnanschrift gar nicht ausschließen könne, allerdings nicht entscheidend darauf abgestellt.³⁷

³² BGH, Urt. v. 14.07.2009 – VIII ZR 165/08, WuM 2009, 517, nach juris Rn. 8, 16f.

³³ BGH, Urt. v. 14.07.2009 – VIII ZR 165/08, WuM 2009, 517, nach juris Rn. 16.

³⁴ BGH, Urt. v. 10.04.2013 – VIII ZR 213/12, nach juris Rn. 15.

³⁵ So wohl (ohne nähere Prüfung unterstellt): LG Berlin [ZK 67], Urt. v. 13.06.2023 – 67 S 160/22, WuM 2023, 408, juris.

³⁶ BGH, Beschl. v. 31.07.2013 - VIII ZR 149/13, WuM 2013, 554, nach juris Rn. 5.

³⁷ LG Hanau, Beschl. v. 22.05.2013 – 2 S 26/13, nach juris Rn. 11.

4 Risiken der teilgewerblichen Nutzung ohne Erlaubnis des Vermieters

Nutzt der Mieter den an ihn vermieteten Wohnraum ohne Genehmigung des Vermieters teilweise zu gewerblichen bzw. freiberuflichen Zwecken, setzt er sich dem Risiko der Kündigung des Mietverhältnisses aus, sofern er keinen Anspruch auf Gestattung hat.

*Sachverhalt.*³⁸

Der Beklagte ist Inhaber eines Gewerbebetriebs, der einen Hausmeisterservice, die De- und Remontage von Aufzugsanlagen und Schwertransporte innerhalb von Gebäuden, Montage von Aufzugsanlagen und Bau von Montagerüstung zum Gegenstand hat.

Als Betriebsstätte hat der Beklagte gegenüber dem Gewerbeamt seit mehreren Jahren seine Wohnadresse angegeben; unter dieser "Geschäftsadresse" tritt er auch gegenüber Kunden auf.

Der Kläger mahnte den Beklagten wegen unerlaubter gewerblicher Nutzung des zu Wohnzwecken vermieteten Einfamilienhauses vergeblich ab.

Mit der Nutzung der zum Wohnen überlassenen Räume zu gewerblichen/freiberuflichen Zwecken überschreitet der Mieter seine vertraglichen Nutzungsbefugnisse. Darin liegt eine Vertragsverletzung, wobei – wie auch sonst – zu prüfen ist, ob diese das die ordentliche Kündigung rechtfertigende Gewicht hat.³⁹

Im Ausgangsfall hat der BGH zum Gewicht der Pflichtverletzung keine weitergehenden Feststellungen getroffen, weil die tatrichterliche Würdigung der Vorinstanz⁴⁰ aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden war.

Der Vermieter hatte den Beklagten wegen der unerlaubten gewerblichen Nutzung abgemahnt; erforderlich ist eine solche Abmahnung vor Ausspruch einer ordentlichen Kündigung nach § 573 BGB zwar nicht. Die Fortsetzung des beanstandeten Verhaltens nach Abmahnung kann – wie im Ausgangsfall geschehen - der Vertragsverletzung allerdings das erforderliche – zuvor möglicherweise nicht gegebene oder zweifelhafte – Gewicht verleihen.⁴¹

³⁸ BGH, Beschl. v. 31.07.2013 - VIII ZR 149/13, WuM 2013, 554, juris.

³⁹ BGH, Beschl. v. 31.07.2013 - VIII ZR 149/13, WuM 2013, 554, nach juris 3.

⁴⁰ LG Hanau, Beschl. v. 22.05.2013 – 2 S 26/13, juris.

⁴¹ BGH, Beschl. vom 25.08.2020 – VIII ZR 59/20, WuM 2020, 739, nach juris Rn. 11, mwN.

Insbesondere dann, wenn die teilgewerbliche Nutzung mit Störungen des Hausfriedens einhergeht, kann im Einzelfall auch der Ausspruch einer fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB iVm § 569 Abs. 2 BGB gerechtfertigt sein.⁴²

Die Darlegungs- und Beweislast für den – vom Begriff des Wohnens gedeckten – Umfang der teilgewerblichen bzw. freiberuflichen Nutzung sowie eine gegebenenfalls bestehende Gestattungspflicht des Vermieters liegt beim Mieter.⁴³

III Die Abbildung der teilgewerblichen Nutzung im Mietpreis

1 Fallkonstellationen

*Sachverhalt.*⁴⁴

Mit „Wohnungsmietvertrag mit teilgewerblicher Nutzung“ mieteten die Kläger (3 Kinder) zum 15. Juni 2020 eine aus fünf Zimmern, Küche, Bad, WC bestehende Wohnung der Beklagten.

In Ziffer I.1. der Anlage 3 des Mietvertrages wird für eine dort beschriebene Fläche der Wohnung (knapp unter 50 %, unter anderem vollständig das Bad einschließend) – die Zustimmung zur Nutzung als Büroraum erteilt.

Die Nutzung darf nach Ziffer I.3. von vornherein nur mit einem geringen und vereinzelt Kundenverkehr verbunden sein. Das Anbringen von Firmenschildern ist nach Ziffer I.4. nicht gestattet; es kann genehmigt werden.

Die Miete wird im Mietvertrag gesondert als Miete für die Räume zur Wohnnutzung und die für die gewerbliche Nutzung berechnet.

Die Gesamtmiete für „beide Flächen“ beträgt laut Mietvertrag 1.809,22 €; die nach § 556d BGB höchst zulässige Miete für die Gesamtfläche 1.339,16 € (Differenz: 470,06 €).

Die Mieter machen geltend, sie hätten die Wohnung wegen der Größe der Familie ausschließlich zu Wohnzwecken mieten wollen; die Beklagte verweist auf den Beruf der Klägerin (Architektin) und darauf, dass die Miete für die von ihr erlaubte gewerbliche Nutzung unabhängig von der Ausübung des Gewerbes zu zahlen ist.

⁴² BGH, Urt. v. 10.04.2013 – VIII ZR 213/12, juris [Gitarrenunterricht].

⁴³ BGH, Urt. v. 10.04.2013 – VIII ZR 213/12, nach juris Rn. 16; Urt. v. 14.07.2009 – VIII ZR 165/08, WuM 2009, 517, nach juris Rn. 17.

⁴⁴ LG Berlin [ZK 65] v. 13.09.2022 – 65 S 74/22, WuM 2023, 33, juris.

Die Vermieterin meint, die Miete unterliege nur hinsichtlich der im Mietvertrag für die Wohnnutzung ausgewiesenen Fläche den Preisvorschriften des Wohnraummietrechts; für die gewerbliche Teilfläche sei die Miete frei festsetzbar. Die „gewerbliche Miete“ sei von den Mietern auch dann zu zahlen, wenn sie die im Mietvertrag für die gewerbliche Nutzung vorgesehene Fläche als Wohnung nutzen würden.

Sachverhalt.⁴⁵

Die Mieter klagen auf Feststellung der nach §§ 556d ff. BGB („Mietpreisbremse“) höchst zulässigen Miete für den Zeitraum 3/2020 bis 8/2022 und Rückzahlung überzahlter Beträge.

Laut Mietvertrag vom 13.08.2018 über „Mieträume mit teilgewerblicher Nutzung“ beträgt die Nettokaltmiete für die Wohnung mit einer Größe von 139,94 qm in dem Zeitraum 1.794,00 €. Im Mietvertrag ist eine Teilfläche von 39,94 qm zur teilgewerblichen Nutzung ausgewiesen.

Der Kläger arbeitet als Kameramann und tritt als solcher im Internet durch die Angabe seiner Wohnadresse in Erscheinung.

Nach den Feststellungen des AG beträgt die nach § 556d Abs. 1 BGB höchst zulässige Nettokaltmiete 1.052 €, nach den Feststellungen des LG 1.694 €.

2 Die Mietstruktur bei teilgewerblicher Nutzung

In der ersten Fallkonstellation stellt sich die Frage, ob der Ansatz der dortigen Vermieterin zutrifft, dass sich das dort eindeutig gegebene Mischmietverhältnis - zumindest preisrechtlich – in einen wohnraum- und einen gewerbemietrechtlichen Teil aufspalten lässt.

Die Frage ist eindeutig zu verneinen. Nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen⁴⁶ sind Mischmietverhältnisse rechtlich zwingend einheitlich zu beurteilen – entweder als „Wohnraummietverhältnis“ oder als „Mietverhältnis über sonstige Räume“. ⁴⁷ Auch preisrechtlich fehlt es zum einen an Sondervorschriften für Mischmietverhältnisse, zum anderen gibt es zum Schutz des Wohnraummieters zahlreiche Sondervorschriften in den

⁴⁵ LG Berlin [ZK 67] v. 13.06.2023 – 67 S 160/22, WuM 2023, 408, juris.

⁴⁶ Vgl. II. 1.

⁴⁷ BGH, Urt. V. 09.07.2014 – VIII ZR 376/13, WuM 2014, 539, nach juris Rn. 18, 24.

§§ 556 ff. BGB, die zu großen Teilen zwingend ausgestaltet sind. Sie würden nur dann nicht gelten, wenn der Schwerpunkt des Vertrages in der gewerblichen Nutzung liegt.

In der ersten Fallkonstellation sollte die Wohnraumnutzung unstreitig - und von der Vermieterin mit Blick auf das ZwVbG Berlin offenkundig gewollt – überwiegen. Infolgedessen gilt ausnahmslos das Wohnraummietrecht, inklusive Miethöherecht.

Der „Preis“ für die (Erlaubnis zur) teilgewerbliche(n) Nutzung ist Teil der Gesamtnettokaltmiete.⁴⁸ Abweichende Auffassungen in der älteren Rechtsprechung⁴⁹ sind mit der Rechtsprechung des BGH zu Mischmietverhältnissen unvereinbar.⁵⁰

Die Abbildung der (Erlaubnis zur) teilgewerblichen Nutzung ist nur über einen „Zuschlag“ zur ortsüblichen Vergleichsmiete möglich (§ 558 Abs. 2 BGB),⁵¹ wobei Mietspiegel Zuschläge für erweiterte Nutzungsmöglichkeiten (Untermiete, teilgewerbliche Nutzung) in der Regel nicht ausweisen.

3 „Rechtfertigung“ eines Zuschlags für die Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung und „aufgedrängte“ Erlaubnis

a) Bevor wir uns in der ersten Fallkonstellation (und auch sonst) die Frage stellen, ob und in welcher Höhe ein Zuschlag für die im Mietvertrag (nach dem Vortrag der Mieter: aufgedrängt) erteilte Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung gerechtfertigt ist, sollte – eigentlich stets - die „Erlaubnis“ genauer geprüft werden. Der Umstand, dass der Vermieter sie in dem von ihm gestellten Vertragsformular als solche bezeichnet, heißt nicht, dass das, was „erlaubt“ wird, überhaupt einer Erlaubnis bedarf. Der Zuschlag findet – nach wohl allgemeiner Ansicht – seine Berechtigung (allenfalls) darin, dass mit einer (gegebenenfalls) erteilten Erlaubnis überhaupt ein „Mehr“ an Nutzungsbefugnissen verbunden ist.

Das, was in der ersten Fallkonstellation erlaubt wurde (bzw. nicht erlaubt oder genehmigungsbedürftig blieb), war das, was nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen – wie oben dargestellt – nach der Verkehrsanschauung unter den Begriff des „Wohnens“

⁴⁸ Inzwischen wohl einhellige Ansicht: vgl. Blank, WuM 2014, 641, [648]; Flatow, WuM 2015, 191, [193]; Fleindl, WuM 2015, 212, [220]; Börstinghaus, WuM 2017, 549, [555].

⁴⁹ BayObLG, RE v. 25.03.1986 – REMiet 4/85, WuM 1986, 205, juris; KG Urt. v. 28.11.2005 – 8 U 66/05, WuM 2006, 37.

⁵⁰ Blank, WuM 2014, 641, [648]; Flatow, WuM 2015, 191, [193].

⁵¹ Börstinghaus, WuM 2017, 549, [555].

und bei einem Wohnraummietvertrag daher ohnehin unter den vertragsgemäßen Gebrauch fällt, den rechtswirksam einzuschränken, dem Vermieter schwerfallen sollte.

Vor diesem Hintergrund kam ein „Zuschlag“ nicht in Betracht; die Vermieterin hatte die Nutzungsbefugnisse der Mieter gar nicht erweitert.⁵²

b) Die zweite Fallkonstellation unterscheidet sich von der ersten (soweit ersichtlich) in einem wesentlichen Punkt: Die im Formularymietvertrag vorgesehene Erlaubnis enthielt (wohl) keine weitergehenden Einschränkungen, sondern erweiterte die Nutzungsrechte des Mieters. Wie in der ersten Konstellation hatte der Mieter sie aber nicht erbeten. Der als Kameramann tätige Mieter tritt als solcher zwar unter Angabe seiner Wohnanschrift im Internet auf, sollte nach den vom BGH entwickelten Maßstäben allerdings in jedem Fall einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis nach § 242 BGB haben.⁵³

Da es sich um einen Formularymietvertrag handelte, könnte man an eine Unwirksamkeit der Vereinbarung des Zuschlags nach § 307 BGB denken. Das LG geht davon aus, dass es sich um eine der Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) entzogene Preishauptrede handelt, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB.⁵⁴ Ob das auch für die - aufgedrängte – Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung der Wohnung gilt, ist zweifelhaft. In der vom LG zitierten BGH-Entscheidung ging es um einen Zuschlag für Schönheitsreparaturen, dessen gesonderte Ausweisung rechtlich ohne Bedeutung war. Der Vermieter hatte damit lediglich die Kalkulation der Grundmiete detaillierter offengelegt. Die gesonderte Ausweisung änderte aber nichts daran, dass es sich bei dem „Zuschlag“ um ein Entgelt für die Hauptleistungspflicht des Vermieters handelte (Gebrauchsgewährungs- und Gebrauchserhaltungspflicht, § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das ist bei der im Formularymietvertrag vorformulierten (nicht ausgehandelten) Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung der Wohnung (gegen einen Mietzuschlag) anders.

Der BGH hat in der Entscheidung auch die Frage des Umgehungsgeschäfts nach § 306a BGB thematisiert, dort aber für nicht durchgreifend gehalten. Die Gründe dafür lassen sich auf eine formularvertraglich aufgedrängte Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung nicht ohne Weiteres übertragen.

Für den BGH war entscheidend, dass dem Mieter mit dem getrennt ausgewiesenen Zuschlag nicht faktisch die Verpflichtung zur Übernahme von Schönheitsreparaturen einer

⁵² Ebenso: AG Hamburg-Altona, Urt. v. 27.04.2021 – 316 C 284/20, juris.

⁵³ Vgl. unter II.3.

⁵⁴ BGH, Beschl. v. 30.05.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456, nach juris Rn. 5.

unrenoviert übergebenen Wohnung auferlegt wird (was über AGB ohne einen angemessenen Ausgleich nicht wirksam möglich gewesen wäre). Der Vermieter hätte diesen Zuschlag vor vornherein – ohne gesonderte Ausweisung – in die Grundmiete „einpreisen“ können. Insofern ist die Ausweisung eines "Zuschlags Schönheitsreparaturen" für das Mietverhältnis rechtlich ohne Bedeutung. Die Mietvertragsparteien stehen in diesem Fall nicht anders, als wenn sogleich eine um den Zuschlag höhere Grundmiete ausgewiesen worden wäre.⁵⁵

Das ist bei der „aufgedrängten“, im Formularvertrag vorformulierten Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung anders. Ein Bezug zum (gesetzlich geregelten) Pflichtenkreis des Vermieters fehlt. Nur ein „echter“ Zuschlag hat das „Potenzial“, die Wirksamkeit der Vereinbarung über die im Vertrag ausgewiesene Miete herbeizuführen. Wäre der „Zuschlag“ als Bestandteil der in der Gemeinde üblicherweise für vergleichbaren Wohnraum gezahlten und in einem vorhandenen Mietspiegel ausgewiesenen Entgelte anzusehen (§ 558 Abs. 2 BGB), wäre die Mietpreisabrede in der zweiten Konstellation unwirksam, soweit sie diese Entgelte um mehr als 10 % überschreitet (wie vom AG festgestellt).

Das LG geht zudem davon aus, dass der Mieter auch dann zur Zahlung des Zuschlags verpflichtet ist, wenn er die an ihn vermietete Wohnung gar nicht (erlaubnisbedürftig) teilgewerblich nutzt.⁵⁶

Ungeachtet dessen, dass das nach hier vertretener Ansicht nicht unkritisch unterstellt werden kann, bedarf dann – anders als im Fall des Schönheitsreparaturzuschlags - § 306a BGB zwingend der näheren Prüfung. Der Mieter steht gerade nicht genau so da wie ohne die (aufgedrängte) Erlaubnis und den daran anknüpfenden „Zuschlag“; es handelt sich nicht um einen „(aus Sicht des Mieters belanglosen) Hinweis des Vermieters auf seine interne Kalkulation“.⁵⁷ Des Rückgriffs auf § 306a BGB bedarf es wohl aber nur, wenn man – dem LG folgend – den Fokus auf den „Zuschlag“ richtet und eine der Inhaltskontrolle entzogene Mietpreishauptabrede annimmt. Dann wäre zu fragen, ob der Verwender (Vermieter) die vertragliche Gestaltung missbräuchlich nutzt,⁵⁸ um die zwingenden Regelungen zur Begrenzung der Wiedervermietungsmiete zu umgehen.

⁵⁵ BGH, Beschl. v. 30.05.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456, nach juris Rn. 7.

⁵⁶ Ebenso: Börstinghaus, WuM 2017, 549, [555].

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 30.05.2017 – VIII ZR 31/17, WuM 2017, 456, nach juris Rn. 7.

⁵⁸ Vgl. MüKoBGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB § 306a Rn. 3ff.

Der Frage ist in der zweiten Fallkonstellation allerdings wiederum nur dann nachzugehen, wenn der Annahme gefolgt wird, dass allein das Vorhandensein einer Erlaubnis zur teilgewerblichen (freiberuflichen) Nutzung,⁵⁹ die Verpflichtung zur Zahlung des Zuschlags auslöst und zwar unabhängig davon, ob eine solche Erlaubnis vom Mieter gewollt bzw. überhaupt sinnvoll ist.⁶⁰

Die (nicht näher begründete) Annahme wird auf ältere Rechtsprechung des LG Berlin gestützt.⁶¹

In den Entscheidungen wird die Verpflichtung des Mieters zur Zahlung des Zuschlags unabhängig davon, ob und in welchem Umfang er die teilgewerbliche Nutzung überhaupt ausübt, teilweise ebenfalls nicht begründet, sondern nur festgestellt⁶² bzw. auf eine Entscheidung Bezug genommen, die die Aufgabe einer teilgewerblichen Nutzung betraf und unabhängig davon, zu einem anderen Ergebnis kam.⁶³ In einer Entscheidung soll – wenig überzeugend – die bloße Möglichkeit der teilgewerblichen Nutzung wegen „der damit verbundenen faktischen erhöhten Abnutzung gerechtfertigt“ sein.⁶⁴ Dieser Ansatz erschließt sich nicht von selbst; eine „faktisch“ erhöhte Abnutzung setzt voraus, dass eine solche stattfindet, die dafür verantwortlich gemachte Ursache tatsächlich vorliegt.

In einer anderen Entscheidung hatte der Vermieter eine Kündigung wegen vertragswidrigen Gebrauchs der Wohnung ausgesprochen, nicht etwa, *weil* der Mieter sie ohne Erlaubnis teilgewerblich nutzte (in dem Fall für Büro Zwecke), sondern es – „entgegen“ der Erlaubnis – *nicht* tat. Das LG hat in der Entscheidung aus § 552 Abs. 1 Satz 1 BGB aF (der § 537 Abs. 1 Satz 1 BGB nF entspricht) abgeleitet, dass der Mieter die vereinbarte Nutzung zwar nicht einseitig ändern, es aber unterlassen könne, die Mietsache wie vereinbart zu nutzen. Ein eigenes Interesse des Vermieters an der Ausübung der vereinbarten teilgewerblichen Nutzung hat das LG verneint, weil die Pflicht zur Zahlung eines Teilgewerbezuschlags – anders als nach § 15 der bis 31.12.1987 geltenden AMV Berlin⁶⁵ – nicht mehr die

⁵⁹ Eine Erlaubnis, die allerdings mit einer Erweiterung der vertraglich ohnehin bestehenden Befugnisse einhergehen müsste.

⁶⁰ Viele Berufe sind von vornherein ungeeignet für die Ausübung in der Wohnung.

⁶¹ LG Berlin, Urt. v. 14.01.1992 – 65 S 153/91, GE 1992, 441; Urt. v. 15.12.1995 – 65 S 246/95, GE 1996, 321, [322]; Urt. v. 06.05.1997 – 64 S 564/96, GE 1998, 44, [434]; AG Berlin-Mitte, Urt. v. 28.2.2002 – 7 C 421/01, NZM 2003, 312.

⁶² Urt. v. 15.12.1995 – 65 S 246/95, GE 1996, 321, [322].

⁶³ LG Berlin, Urteil vom 20. August 1991 – 65 S 516/89, GE 1991, 1155.

⁶⁴ LG Berlin, Urt. v. 06.05.1997 – 64 S 564/96, GE 1998, 44, [434].

⁶⁵ Altbaumietenverordnung.

tatsächliche teilgewerbliche Nutzung voraussetze.⁶⁶ Das LG hat die Räumungsklage daher abgewiesen, den Vermieter im Übrigen auf die Widerklage des Mieters nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB in Verbindung mit § 134 BGB analog zur Rückzahlung des in der Vergangenheit gezahlten Zuschlags verurteilt. Die Vereinbarung eines Teilgewerbezuschlags sei als Umgehung des § 3 GWV unwirksam, weil nach den gesamten Umständen für beide Vertragsparteien bei Vertragsschluss offenkundig war, dass eine gewerbliche Nutzung für den Mieter nicht ernsthaft in Betracht komme.⁶⁷

§ 3 GWV (Gesetz zur dauerhaften sozialen Verbesserung der Wohnungssituation im Land Berlin, WositVerbBlnG)⁶⁸ lautete wie folgt:

„§ 3 Begrenzung der Miethöhe bei Neuvermietung

(1) Bis zum 31. Dezember 1991 darf bei Abschluß eines Mietvertrages der vereinbarte Mietzins den bisherigen Mietzins, dem darin bisher nicht enthaltene Erhöhungsbeträge nach den §§ 3 bis 5 des Gesetzes zur Regelung der Miethöhe hinzugerechnet werden dürfen, nicht um mehr als 10 vom Hundert übersteigen.

(2) Eine Erhöhung des Mietzinses nach § 2 ist im Falle des Absatzes 1 nicht vor Ablauf eines Jahres nach Abschluß des Mietvertrages zulässig.“

Zuschläge für eine teilgewerbliche (oder freiberufliche) Nutzung sahen die §§ 3 bis 5 MHG ebenso wenig vor wie etwa Untermietzuschläge.

Eine gewisse Parallele zu § 556d Abs. 1 BGB ist nicht von der Hand zu weisen.

Unabhängig davon bleibt die Frage: Weshalb sollte der Mieter unabhängig von der Ausübung der teilgewerblichen Nutzung zur Zahlung eines Zuschlags verpflichtet sein? Es gilt – grundsätzlich - das restriktive Miethöherecht für die Vermietung von Wohnraum. Der Zuschlag muss zunächst dem Grunde nach, in einem zweiten Schritt der Höhe nach preisrechtlich gerechtfertigt sein, wenngleich es an einer § 553 Abs. 2 BGB entsprechenden Regelung fehlt.

⁶⁶ LG Berlin, Urt. v. 14.01.1992 – 65 S 153/91, GE 1992, 441.

⁶⁷ LG Berlin, Urt. v. 14.01.1992 – 65 S 153/91, GE 1992, 441.

⁶⁸ Gültig bis 31.12.1994.

Auf der Suche nach einer geeigneten Rechtfertigung für den „Gewerbezuschlag“ bietet sich ein Blick auf die Kriterien an, an die der BGH die Genehmigungsbedürftigkeit der teilgewerblichen (freiberuflichen) Nutzung anknüpft.⁶⁹

Der BGH sieht insbesondere dann keine Gestattungspflicht des Vermieters, wenn der Mieter Mitarbeiter in der Wohnung beschäftigt und regelmäßig Publikumsverkehr stattfindet bzw. sonstige Störungen anderer Mieter bzw. des Hausfriedens zu besorgen sind. Tätigkeiten, die über die reine Wohnnutzung nicht oder kaum hinausgehen, sind dagegen bereits nicht genehmigungsbedürftig bzw. der Vermieter ist zur Gestattung verpflichtet. Damit könnten Gesichtspunkte wie eine erhöhte Abnutzung und/oder ein erhöhter Aufwand des Vermieters als Gesichtspunkte für die Rechtfertigung eines Zuschlags im Raum stehen. Das ist allerdings nur dann der Fall, wenn die teilgewerbliche (freiberufliche) Nutzung über das „bloße Dürfen“ hinausgeht und tatsächlich stattfindet. Die nur „aufgedrängte“ Erlaubnis, die schlichte Möglichkeit der gewerblichen/freiberuflichen Mitnutzung würde einen Zuschlag nicht rechtfertigen.

Teilweise wird vorgeschlagen, einen Zuschlag nach dem Umsatz zu bemessen.⁷⁰ Auch dieser Ansatz würde voraussetzen, dass die Wohnung überhaupt zu gewerblichen (freiberuflichen) Zwecken mitgenutzt wird. Unabhängig davon stellt sich aber die Frage, ob der Anknüpfungspunkt sich eignet und sachgerecht ist, denn es fehlt jeder Bezug zum Vermieter und zum Mietobjekt. Die Höhe des Umsatzes hängt allein von der (Un-)Tüchtigkeit des Mieters ab, nicht von der Leistung des Vermieters (nach § 535 Abs. 1 BGB). Ob und inwieweit der Mieter durch die teilgewerbliche (freiberufliche) Tätigkeit seinen Lebensunterhalt sichert, ist nach der Rechtsprechung des BGH zu Mischmietverhältnissen⁷¹ zudem nicht einmal ein geeignetes Kriterium für die Feststellung des überwiegenden Nutzungszwecks.

Als Anknüpfungspunkt (grundsätzlich) denkbar ist auch der Quadratmeterpreis für gewerbliche Flächen. Bei näherer Betrachtung ergeben sich jedoch Zweifel. Reine Gewerbeobjekte und Wohnungen weisen bereits von der Ausstattung her, gegebenenfalls auch von der Lage und etwaigen Rücksichtnahmepflichten her deutliche Unterschiede auf. Gegen diesen Gesichtspunkt spricht weiter, dass dem Vermieter – jedenfalls im Geltungsbereich von Zweckentfremdungsverboten – die „Umwidmung“ und damit Vermietung als (reines) Gewerbeobjekt zu den für ein solches geltenden preisrechtlich

⁶⁹ Vgl. näher unter II.3.

⁷⁰ Flatow, WuM 2015, 191, [193], mwN.

⁷¹ Vgl. näher unter II.1.

beschränkungsfreien Bedingungen keineswegs freisteht. Hinzu kommt schließlich, dass – die Maßstäbe des BGH zugrunde gelegt – auch preisrechtlich das Wohnraummietrecht gilt. Der Ansatz kann danach nur sein, die ortsübliche Vergleichsmiete für Mietobjekte mit der hier diskutierten Nutzungserweiterung festzustellen. Es müsste in der Gemeinde für Wohnungen mit einer Erlaubnis für eine teilgewerbliche/freiberufliche Nutzung üblicherweise mehr als für Wohnungen ohne eine solche Erlaubnis gezahlt werden⁷² (und dies feststellbar sein).

Mietspiegel weisen entsprechende Daten nicht aus. Ob es überhaupt möglich ist, im Rahmen einer Mietspiegelerhebung belastbare Daten festzustellen, ist fraglich, denn das würde voraussetzen, dass es einen entsprechenden, hinreichend repräsentativen Teilmarkt gibt und gegebenenfalls vorhandene, im Rahmen der Datenerhebung festgestellte Mietobjekte auch sonst vergleichbar sind. Vor diesem Hintergrund ist der naheliegende Reflex, Gewerbe- (und andere) Zuschläge in Mietspiegeln „abbilden“ zu wollen, am Ende wenig überzeugend.

Bei realistischer (praxiserfahrener) Betrachtung ist zumindest kritisch zu fragen, ob ein Sachverständiger, der ohnehin auf einer deutlich knapperen Datenbasis operiert als viele Mietspiegel, in der Lage ist, einen ortsüblichen Zuschlag für eine teilgewerbliche Nutzung festzustellen. Die Beauftragung eines Sachverständigen entbindet die Gerichte natürlich auch nicht davon, dem Sachverständigen die (rechtlich relevanten) Kriterien zur (tatsächlichen) Feststellung des ortsüblichen Zuschlags für eine gewerbliche (freiberufliche) Mitnutzung der Wohnung „auf den Weg zu geben“. Die Beantwortung dieser Rechtsfrage (!) kann nicht in die Hände eines Sachverständigen für die Bewertung von Grundstücken gelegt werden.

In der zweiten Fallkonstellation (Kameramann) hatte der Sachverständige – vom LG unbeanstandet – für die im Mietvertrag vom Vermieter vorgesehene Teilfläche, auf die sich die (dem Mieter aufgedrängte) Erlaubnis zur teilgewerblichen (freiberuflichen) Nutzung bezog, ortsübliche Büromieten zugrunde gelegt. Das aber ist ein völlig anderer Markt mit Mietobjekten, die gerade nicht vergleichbar sind.⁷³ Der methodische Ansatz des Sachverständigen ist daher – anders als in der Entscheidung ausgeführt – durchaus fragwürdig. Für möblierte Wohnungen würde auch niemand auf die Idee kommen, Preise für (stets möblierte) Hotelzimmer zugrunde zu legen. Zudem „spielt“ der Fall in Berlin: Es

⁷² Vgl. für die Untermiete: Börstinghaus, WuM 2017, 549, [555].

⁷³ Blank, WuM 2014, 641, [647].

gilt ein Zweckentfremdungsverbotsg. Dem Vermieter stand es alternativ keineswegs frei, die Räume zu für Gewerbemietverhältnisse geltenden (Preis-)Bedingungen zu vermieten.

4 Umgehung?

Am Ende sich schließlich auch der Frage gestellt werden, die sich vielen aufdrängt, wenn sie mit Sachverhalten konfrontiert werden wie den eingangs dargestellten Fallkonstellationen: Ist die Vereinbarung des Zuschlags als Umgehungsgeschäft unwirksam?

Das Verbot von Umgehungsgeschäften ist nicht ausdrücklich in einer Norm niedergelegt, dadurch – obwohl niedergelegt – wie § 242 BGB „zweite Wahl“ und auch nicht unumstritten.⁷⁴

Das Verbot wird als allgemeiner Rechtsgrundsatz insbesondere dann angenommen, wenn der Umgehungsschutz erforderlich ist, damit der Zweck eines gesetzlichen Verbotes bei einer eng am Gesetzeswortlaut haftenden Auslegung durch eine davon nicht erfasste rechtliche Gestaltung nicht vereitelt wird.⁷⁵

Alternativ in Betracht kommt die Annahme der Unwirksamkeit des Zuschlags durch teleologische Auslegung der (Verbots-)Norm oder Analogie zur Verbotsnorm – hier des § 556d BGB⁷⁶ - um die konkrete rechtsgeschäftliche Gestaltung zu erfassen.⁷⁷

Es besteht kein ernsthafter Zweifel, dass die dem Mieter formularvertraglich aufgedrängte Erlaubnis zu einer teilgewerblichen bzw. freiberuflichen Nutzung der als Wohnung angemieteten Räumlichkeiten mit dem Ziel, über einen „Gewerbemietzuschlag“ eine nach § 556d BGB unzulässige Miete durchzusetzen („Flucht in den Zuschlag“⁷⁸), geeignet ist, das mit den Regelungen über die Miethöhe bei der Wiedervermietung von Wohnraum auf angespannten Wohnungsmärkten verfolgte gesetzgeberische Ziel zu vereiteln.

Anlass für die Regelungen in den §§556d ff BGB war die Feststellung des Gesetzgebers, dass vor allem einkommensschwächere Haushalte, aber auch Durchschnittsverdiener

⁷⁴ MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl., 2021, BGB § 134 Rn. 22, mwN.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 06.12.1990 – IX ZR 44/90, NJW 1991, 1090, juris Rz. 24ff.; Urt. v. 15.01.1990 – II ZR 164/88, NJW 1990, 982, juris Rz. 13ff.; MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl., 2021, BGB § 134 Rn. 24, mwN; Staudinger/Fischinger/Hengstberger (2021) BGB § 134 Rn. 168, 293e.

⁷⁶ Staudinger/Fischinger/Hengstberger (2021) BGB § 134 Rn. 293e; Derleder, WuM 2014, 443, [444].

⁷⁷ MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl., 2021, BGB § 134 Rn. 19, 22, mwN.

⁷⁸ Blank, WuM 2014, 641, [648].

zunehmend größere Schwierigkeiten haben, in angespannten Wohnungsmärkten eine für sie noch bezahlbare Wohnung zu finden. Erhebliche Teile der angestammten Wohnbevölkerung würden aus ihren Wohnquartieren verdrängt.⁷⁹

Die in den beiden eingangs dargestellten Fallkonstellationen jeweils „aufgedrängte“ Erlaubnis ohne jeden Bedarf führt zu einer faktischen „Umwidmung“ familiengerechter Wohnungen und ist geeignet, Wohnungssuchende mit „ungeeigneten“ Berufen⁸⁰ vom Zugang zum knappen Wohnraum auszuschließen, sie aus ihren Wohnquartieren zu verdrängen, es sei denn, sie sind bereit – und in der Lage – den für sie sinnlosen Zuschlag zu zahlen. Dem entgegenzuwirken, ist das eindeutig formulierte Ziel der Regelungen in den §§ 556d ff. BGB.⁸¹ Die Erschließung neuer Flächenpotenziale für Mischnutzungen und die Entlastung bestimmter Mieterkreise von Kosten für eine gegebenenfalls erforderliche Anmietung eines Gewerbeobjektes⁸² gehört eindeutig nicht zu den Zielen des Gesetzgebers.

I Zusammenfassung

Mischmietverhältnisse sind zwingend einheitlich als Wohn- oder Gewerbemietverhältnis zu beurteilen.

Handelt es sich um ein Wohnraummietverhältnis, gilt das Wohnraummietrecht (inkl. Miethöherecht).

Die Abbildung der (Erlaubnis zur) teilgewerbliche(n) Nutzung im Mietpreis ist nur über einen „Zuschlag“ möglich.

Der Zuschlag ist Teil der Gesamtnettokalnmiete; er ist – mangels Sonderregelungen – keiner gesonderten Bewertung zugänglich.

Grundvoraussetzung für den Anspruch auf Zahlung eines Zuschlags ist die Erweiterung der Nutzungsbefugnis; daran fehlt es, wenn die „erlaubte“ Nutzung zum „Wohnen“ gehört oder der Vermieter zur Gestattung nach Treu und Glauben (ohnehin) verpflichtet ist.

⁷⁹ BT-Drs. 18/3121, S. 1; 19/4672, S. 11.

⁸⁰ Polizisten, Krankenschwestern/-pfleger, Ärzte, Kellner/innen, Einzelhandelsverkäufer/innen, Busfahrer/innen, Postbedienstete, Kita-Beschäftigte, Lehrer/innen usw.

⁸¹ Vgl. auch Blank, WuM 2014, 641; aA LG Berlin [ZK 67], Urt. v. 13.06.2023 – 67 S 160/22, WuM 2023, 408, [409].

⁸² So die Arg. In LG Berlin [ZK 67], Urt. v. 13.06.2023 – 67 S 160/22, WuM 2023, 408, [409].

Die Bemessung der Höhe des Zuschlags liegt nicht im Belieben des Vermieters.

Die Wirksamkeit einer bei Mietvertragsschluss „aufgedrängten“ Erlaubnis steht keineswegs fest, damit auch nicht der Anspruch auf Zahlung des „Zuschlags“.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen und die Höhe des Zuschlags liegt beim Vermieter.

Jedenfalls dort, wo Zweckentfremdungsverbote gelten (und die Tendenz zur „Flucht in den Zuschlag“ zu beobachten ist), könnte der Vermieter die Wohnung alternativ nicht (zumindest nicht ohne Weiteres) als Gewerberaum vermieten.