

Geschäftliche Aktivitäten in der Wohnung

gem. §§ 847, 948 BGB wegen Vermischung des ausgezahlten Geldbetrags mit eigenen Mittel Eigentümers der Abfindungszahlung; eine Erfüllung gem. § 362 BGB bewirkt dies indes nicht, so dass die Versorgungsanswartschaft fortbesteht.¹⁶ Zudem kann der Arbeitgeber die Abfindung nicht gem. § 812 BGB zurückfordern; insoweit steht § 817 Satz 2 BGB entgegen.

III. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Pensionsverpflichtungen des Arbeitgebers bei Trans-

aktionen zu Schwierigkeiten führen können, sofern sie unverfallbar sind und daher – im Grundsatz – nicht wirksam abgefunden werden können. In der Regel sind die entsprechenden Verpflichtungen bei der Kaufpreisbemessung „einzupreisen“. Wird das Abfindungsverbot gem. § 3 BetrAVG missachtet, kann dies dazu führen, dass der Arbeitgeber gegen den Versorgungsberechtigten – der seinen Anspruch in jedem Fall behält – u.U. die Abfindungszahlung nicht zurückfordern kann. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, im Rahmen der Due Diligence vor einer Transaktion genau zu untersuchen, ob, in welchem Umfang und auf welcher Weise den Arbeitnehmern Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung eingeräumt worden sind.

¹⁶ Vgl. BAG v. 17.10.2000 – 3 AZR 7/00, NZA 2001, 963; v. 20.11.2001 – 3 AZR 28/01, AP Nr. 12 zu § 3 BetrAVG.

MIET- UND WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT

Geschäftliche Aktivitäten in der Wohnung

Richter am OLG, Richter am BayObLG a.D. Dr. Michael J. Schmid

Mit Urteil vom 14.7.2009 – VIII ZR 165/08, MDR 2009, 1215 = WuM 2009, 517 hat der BGH Grundsätze für die berufliche Mitbenutzung einer Mietwohnung aufgestellt. Der BGH ist einen Weg gegangen, der im Einzelfall billige Ergebnisse ermöglicht, aber auch zu Schwierigkeiten, vor allem bei der Vermietung von Eigentumswohnungen führen kann. Der folgende Beitrag konkretisiert die Vorgaben des BGH aus miet- und wohnungseigentumsrechtlicher Sicht.

I. Das Drei-Stufen-Modell des BGH

Der BGH¹ unterscheidet drei Stufen der Mitbenutzung einer Mietwohnung zu beruflichen Zwecken:

1. Ohne weiteres zulässig sind Tätigkeiten, die nach außen nicht in Erscheinung treten.
2. Grundsätzlich unzulässig sind Tätigkeiten, die nach außen in Erscheinung treten. Werden diese Tätigkeiten jedoch ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr erledigt, kann der Vermieter im Einzelfall nach Treu und Glauben verpflichtet sein, eine Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung zu erteilen.
3. Ansonsten ist eine gewerbliche Nutzung von Wohnraum unzulässig und der Vermieter ist auch nicht verpflichtet, die gewerbliche Nutzung zu erlauben.

Dabei wird im Folgenden, wie es dem Urteil des BGH zugrunde lag, davon ausgegangen, dass eine vertragliche Regelungen zur beruflichen Mitbenutzung nicht bestehen.

II. Mietrechtliche Aspekte

1. Tätigkeiten, die nach außen nicht in Erscheinung treten

Als Beispiele für ohne weiteres zulässige berufliche Tätigkeiten nennt der BGH die Unterrichtsvorbereitung eines Lehrers, die Telearbeit eines Angestellten, die schriftstellerische Tätigkeit eines Autors oder die Bewirtung eines Geschäftsfreundes. Diesen Tätigkeiten ist gemeinsam, dass sie weder hinsichtlich der Inanspruchnahme der Mietsache noch hinsichtlich eventueller Störungen der Mitbewohner über das hinausgehen, was mit einem normalen Wohnen verbunden ist. In der Tat kann es dem Vermieter gleichgültig sein, ob der Mieter einen Liebesbrief oder einen Geschäftsbrief schreibt und ob der Mieter privat oder geschäftlich Gäste einlädt.

Problematisch ist, dass der BGH auf dieser Stufe verlangt, dass die geschäftliche Tätigkeit nicht nach außen in Erscheinung tritt, insbesondere die Wohnung nicht als Geschäftsadresse angegeben wird. So wird der schriftstellerisch tätige Autor mangels anderer Erreichbarkeit nicht umhin können, dem Verlag seine Wohnungsanschrift auch als Geschäftsadresse mitzuteilen. Man wird deshalb dieses Kriterium einschränkend dahin interpretieren müssen, dass die Adresse nicht öffentlich als Geschäftsadresse angegeben wird.

Ein Zuschlag für die Benutzung der Wohnung zu anderen als Wohnzwecken (Gewerbezuschlag) nach § 26 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 NMV 1970 kann nicht erhoben werden, da die berufliche Mitbenutzung bereits von der zulässigen Nutzung als Wohnung gedeckt ist.² Auch der Vermieter von preisfreiem Wohnraum hat keinen Anspruch auf ein zusätzliches Entgelt.³ Will der Vermieter Rechte aus der beruflichen Mitbenutzung ableiten, behauptet er insbesondere, dass es sich um eine unzulässige Nutzung handelt, so trifft ihn die Beweislast.⁴

2. Erlaubnispflicht des Vermieters

a) Voraussetzungen

Auf der zweiten Stufe erfasst der BGH Aktivitäten, die nach außen in Erscheinung treten, aber ohne die Tätigkeit von Mitarbeitern und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr abgewickelt werden. Als Beispiele nennt

¹ Der Autor ist Richter am OLG, Richter am BayObLG a.D., Mitglied des für Wohnungseigentumsachen und Immobilienmiete zuständigen 32. Zivilsenats des OLG München. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Verfassers wieder.

² BGH v. 14.7.2009 – VIII ZR 165/08, MDR 2009, 1215 = WuM 2009, 517. Hierauf beziehen sich alle weiteren Zitate des BGH, soweit nicht eine andere Entscheidung angegeben ist.

³ AG Hamburg-Wandsbeck, Urt. v. 1.10.2009 – 711A C 56/08, GE 2009, 1257; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl. 2009, Rz. 5477.

⁴ Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 3.4.1998 – 311 S 245/97, WuM 1998, 491.

⁵ Vgl. Blank in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 541 Rz. 15.

Geschäftliche Aktivitäten in der Wohnung

der BGH Rechtsanwälte oder Makler, insbesondere in der Existenzgründungsphase. Generalklauselartig formuliert der BGH dann am Ende der Entscheidungsgründe, dass die Erlaubnispflicht voraussetzt, dass die Tätigkeit so ausgestaltet ist, dass von ihr im Vergleich zu einer reinen Wohnnutzung keine ins Gewicht fallenden (störenden) Einwirkungen ausgehen.

Als Mitarbeiter wird man dabei nur solche ansehen können, die innerhalb der Wohnung arbeiten. Lässt etwa der existenzgründende Rechtsanwalt seine Schriftsätze durch ein aushäusisches Büro schreiben, werden dadurch Interessen des Vermieters nicht berührt. Umgekehrt muss der Mitarbeiter nicht angestellt sein. Auch freie Mitarbeiter oder Partner sind als Mitarbeiter in diesem Sinne anzusehen.

Schwierigkeiten bereitet der nicht „ins Gewicht fallende“ Kundenverkehr. Damit hat der BGH ein erhebliches Streitpotential geschaffen. Wann fällt ein Kundenverkehr ins Gewicht? Wie ist dieser festzustellen und nachzuweisen? Was passiert, wenn sich der Kundenverkehr des erfolgreichen Existenzgründers intensiviert? Absolute Zahlen lassen sich wohl nicht finden. Man wird auf den vom BGH erwähnten Einzelfall abstellen müssen, insbesondere auf die Störung von Mitbewohnern und die Inanspruchnahme des Aufzugs. Es kann deshalb in einer Parterrewohnung ein größerer Kundenverkehr zumutbar sein als in einer Obergeschosswohnung. Vielleicht kann es als Faustregel dienen, dass der Personenverkehr nicht größer sein darf, als wenn die Wohnung mit einer Großfamilie belegt wäre. In der Praxis wird sich das Problem vielfach dadurch regulieren, dass der erfolgreiche Unternehmer mit viel Publikumsverkehr eines Mitarbeiters bedarf oder von sich aus andere Räume sucht. Eine Außenwirkung, insbesondere die Bekanntgabe der Adresse ist hier unschädlich.

Anders als die wohnungseigentumsrechtliche Rechtsprechung⁵ stellt der BGH im Mietrecht nicht auf eine generell typisierende Betrachtungsweise, sondern auf den konkreten Einzelfall ab.

b) Gewerbezuschlag?

Bei preisgebundenem Wohnraum im Anwendungsbereich der NMV 1970 kann der Vermieter grundsätzlich einen Zuschlag für die Benutzung von Wohnraum zu anderen als Wohnzwecken verlangen (§ 26 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 NMV 1970). Jedoch wird es auf dieser Stufe meist an dem Merkmal der Möglichkeit einer erhöhten Abnutzung (§ 26 Abs. 2 NMV 1970) fehlen. Die bloße berufliche oder gewerbliche Nutzung genügt nicht.⁶ Die Möglichkeit einer erhöhten Abnutzung wird vielfach die Verpflichtung zur Erlaubniserteilung ausschließen. Außerdem könnte ein Zuschlag nur erhoben werden, wenn die berufliche oder gewerbliche Nutzung von der zuständigen Stelle genehmigt ist (§ 26 Abs. 2 NMV 1970).

Der Vermieter preisfreien Wohnraums kann die Erlaubnis nicht von einer zusätzlichen Zahlung abhängig machen. Der vom BGH angenommene Anspruch aus Treu und Glauben ist ein gesetzlicher Anspruch, der nicht von einer Gegenleistung abhängt. Eine entsprechende Anwendung von § 553 Abs. 2 BGB kommt nicht in Betracht, da in Fällen, in denen die Zumutbarkeit für den Vermieter überhaupt beeinträchtigt ist, bereits kein Erlaubnisanspruch besteht.

c) Umfang

Die Erlaubnis gibt jedoch, wenn sie nicht freiwillig weitergehend erteilt wird, nur das Recht zur Mitbenutzung der Wohnung zu beruflichen Zwecken, nicht aber sonstige Rechte, wie sie bei einer Vermietung zu gewerblichen Zecken üblich sind, z.B. zur Anbringung von Wer-

beschildern⁷ oder zur Gewährung eines vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes.⁸

d) Einredeweise Geltendmachung

Da der Mieter der Erlaubnis bedarf, ist er verpflichtet, die Erlaubnis vor Beginn der beruflichen Tätigkeit einzuholen. Der BGH lässt es jedoch – ohne die Frage überhaupt zu problematisieren – zu, dass im Räumungsprozess incident geprüft wird, ob der Mieter einen Anspruch auf Erlaubnis hat, wodurch das Recht zur fristlosen Kündigung ausgeschlossen wird. Das ist bedenklich, weil dadurch der Mieter zunächst einmal vollendete Tatsachen schaffen kann und dem Vermieter das Risiko einer Unterteilungs- oder Räumungsklage aufgebürdet wird.⁹

e) Widerruf

Die Erlaubnispflicht besteht nur, solange die Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Daraus folgt, dass der Vermieter die Erlaubnis widerrufen kann, wenn der Mieter in der Wohnung Mitarbeiter beschäftigt oder der Publikumsverkehr ein ins Gewicht fallendes Ausmaß annimmt.

f) Beweislast

Wenn es um die Erteilung der Erlaubnis geht, macht der Mieter einen entsprechenden Anspruch geltend, so dass der BGH zutreffend judiziert hat, dass den Mieter die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass er keine Mitarbeiter beschäftigt. Dementsprechend ist der Mieter auch für die Umfang des Kundenverkehrs beweispflichtig. Ob dieser Umfang „ins Gewicht fallend“ ist, ist dann eine Rechtsfrage. Will der Vermieter die Erlaubnis widerrufen, trifft ihn die Beweislast für den Wegfall der Voraussetzungen für den Anspruch auf Erlaubnis. Allerdings können hier die Grundsätze der sekundären Darlegungslast¹⁰ eingreifen und den Mieter zur Darlegung verpflichten, weil der Vermieter in der Regel keinen Einblick in das Geschäft des Mieters hat.

3. Keine Verpflichtung zur Erlaubniserteilung

Der dritten Stufe unterfallen alle Tätigkeiten, die über das Vorstehende hinausgehen. Der Mieter darf diese Tätigkeiten ohne Erlaubnis des Vermieters nicht ausüben und der Vermieter ist auch nicht verpflichtet, eine Erlaubnis zu erteilen. Der Vermieter ist zwar nicht verpflichtet, eine Erlaubnis zu erteilen, kann dies aber tun. Da er zur Erlaubnis nicht verpflichtet ist, kann er die Erlaubnis auch davon abhängig machen, dass der Mieter einen Gewerbezuschlag bezahlt.¹¹ Zu beachten ist dabei, dass nicht die Rechte anderer Mieter verletzt werden, z.B. durch Gestattung der Ausübung eines störenden Gewerbebetriebs.

III. Wohnungseigentumsrechtliche Aspekte

1. Umsetzung für das Wohnungseigentum

Die zum Mietrecht ergangene Entscheidung des BGH bedarf einer Betrachtung aus wohnungseigentumsrechtlicher Sicht aus zwei Gründen. Zum einen wäre es

⁵ Siehe hierzu unten III. 4.

⁶ Schmid, Fn. 2., Rz. 5293.

⁷ Vgl. hierzu *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Fn. 4, § 535 Rz. 464 ff.; *Harz* in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 2008, Kap. 16 Rz. 19 ff.

⁸ Vgl. *Harz* in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Fn. 7, Kap. 16 Rz. 345; *Harzing* in Schmid, Mietrecht, 2. Aufl. 2009, § 536 Rz. 91.

⁹ Vgl. Schmid, MietRB 2009, 145.

¹⁰ Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 8.7.2009 – VIII ZR 314/07, NJW 2009, 2894.

¹¹ Vgl. AG Hamburg-Wandsbeck, Urt. v. 1.10.2009 – 711A C 56/08, GE 2009, 1257.

Geschäftliche Aktivitäten in der Wohnung

schwer verständlich, wenn dem Wohnungseigentümer weniger Rechte zustünden als dem Mieter. Zum anderen stellt sich für den vermietenden Wohnungseigentümer das Problem, wie er verfahren soll, wenn der Mieter die Wohnung beruflich nutzen kann oder einen Anspruch auf Erlaubniserteilung hat.

2. Tätigkeiten, die nach außen nicht in Erscheinung treten

Tätigkeiten, der ersten Stufe, also solche, die nicht nach außen dringen, sind auch wohnungseigentumsrechtlich von einer Wohnungsnutzung gedeckt. Was außerhalb des Sondereigentums nicht wahrnehmbar ist und auch nicht zu einer intensiveren Nutzung führt, stellt auch keinen Nachteil i.S.d. § 14 Nr. 1 WEG dar. Abweichende Regelungen können vereinbart werden.¹²

3. Keine Verpflichtung zur Erlaubniserteilung

Ebenso rechtlich unproblematisch sind aus wohnungseigentumsrechtlicher Sicht die Fälle der dritten Stufe. Da der Wohnungseigentümer dem Mieter keine Erlaubnis erteilen muss, kann er dies unterlassen und damit einen Konflikt mit anderen Wohnungseigentümern vermeiden.

4. Mietrechtliche Erlaubnisverpflichtung

Soweit der BGH mietrechtlich eine Erlaubnispflicht annimmt, kann dies beim Wohnungseigentum schwerlich umgesetzt werden. Man müsste einen Zustimmungsanspruch des (vermietenden) Wohnungseigentümers gegen alle anderen Wohnungseigentümer annehmen. Die Bezeichnung eines Sondereigentums als Wohnung hat nämlich Vereinbarungscharakter¹³ und Vereinbarungen können, abgesehen von Sonderregelungen, durch Mehrheitsbeschluss nicht abgeändert werden.¹⁴ Die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG werden nur selten vorliegen. Die Durchsetzung eines solchen Anspruches wäre zudem enorm aufwendig.

Hier kommt es jedoch dem Wohnungseigentümer zugute, dass die wohnungseigentumsrechtliche Rechtsprechung mit der Zulässigkeit der Benutzung von Wohnungen zu beruflichen Zwecken sehr großzügig ist. So wurden als zulässig angesehen: Steuerberater- und Wirtschaftsprüferkanzlei;¹⁵ Architektenbüro;¹⁶ Patentanwaltskanzlei;¹⁷ unter Beachtung der üblichen Sprechstundenzeiten eine psychologische und psychotherapeutische Praxis.¹⁸

Die Standardformel lautet hier, dass die berufliche Nutzung zulässig ist, wenn sie keine weitergehenden Störungen verursacht als die reine Wohnnutzung.¹⁹ Diese Formulierung liegt ziemlich nahe an derjenigen des BGH zum Mietrecht, da ein Erlaubnisanspruch nur besteht, wenn von der beruflichen Nutzung im Vergleich zu einer reinen Wohnnutzung keine ins Gewicht fallenden (störenden) Einwirkungen ausgehen. Gewisse, nicht „ins Gewicht fallende“ Nachteile werden, wie die vorstehenden Beispiele zeigen, den übrigen Wohnungseigentümern zugemutet. Auch § 14 Nr. 1 WEG schließt nicht jede Beeinträchtigung aus, sondern nur jede nicht ganz unerhebliche.²⁰ Wohnungseigentumsrechtlich kommt es dabei nicht auf die Umstände des Einzelfalls an, sondern auf eine typisierende Betrachtungsweise, d.h. die Nutzung darf ihrer Art nach nicht mehr beeinträchtigen als eine typische Wohnungsnutzung.²¹

Die mietrechtlich zu erlaubenden Tätigkeiten werden deshalb wohnungseigentumsrechtlich in aller Regel zulässig sein. Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass die berufliche Tätigkeit nicht mehr stört als das Wohnen, trägt der Eigentümer der Wohnung, in der die berufliche Nutzung stattfindet soll.

IV. Fazit

Die Praxis wird mit der Entscheidung des BGH leben müssen und auch können. Die Voraussetzungen, unter denen in einer Wohnung berufliche Tätigkeiten ausgeübt werden können, sind eng. Mietvertragliche Regelungen sind zu empfehlen. Bei der Vermietung von Eigentumswohnungen wird es nun Aufgabe der Rechtsprechung sein, das Fehlen einer „nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung“ mit dem nicht „ins Gewicht fallenden Nachteil“ in Einklang zu bringen, was nicht allzu schwierig sein dürfte. Zu harmonisieren sind auch die typisierende Betrachtungsweise im Wohnungseigentumsrecht²² und die individuelle Betrachtungsweise im Mietrecht.²³ Man wird dem dadurch begegnen können, dass auch dem Wohnungseigentümer bzw. dessen Mieter kein Gebrauchsexzess erlaubt ist, d.h. die Nutzung darf die typischerweise mit einer derartigen Tätigkeit verbundenen Beeinträchtigungen anderer nicht überschreiten. Andernfalls besteht ein Anspruch auf Unterlassung der Störungen.

12 Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl. 2007, § 14 Rz. 198; Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2008, § 14 Rz. 1.

13 Abramenko, Fn. 11, § 15 Rz. 2.

14 BGH, Beschl. v. 20.9.2000 – V ZB 58/99, MDR 2000, 1367 = NJW 2000, 3500.

15 BayObLG, Beschl. v. 28.10.1998 – 2Z BR 137/98, NZM 1999, 130 = ZMR 1999, 186; im Hinblick auf den Parteiverkehr bedenklich, Schmid, Fn. 12, § 14 Rz. 171.

16 KG, NJW-RR 1995, 334.

17 OLG Köln, Beschl. v. 15.2.2002 – 16 Wx 232/01, NZM 2002, 258 = ZMR 2002, 381.

18 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.1.1998 – 3 Wx 500/97, WuM 1998, 112 = ZMR 1998, 247; nicht zutreffend, da erheblich stärkere Beeinträchtigung als bei Wohnnutzung – Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl. 2007, § 14 Rz. 171.

19 Abramenko, Fn. 12, § 14 Rz. 13.

20 BGH, Beschl. v. 19.12.1991 – V ZB 27/90, MDR 1992, 484 = NJW 1992, 979.

21 Abramenko, Fn. 12, § 14 Rz. 13 m.w.N.

22 Oben III. 4.

23 Oben II.2.a).