

Erhaltungskosten bei Modernisierung

VRinLG Astrid Siegmund

September 2021

Inhalt

- I. (Gesetzliche) Grundlagen
- II. Erhaltungskosten bei Modernisierung
 - 1. Erhaltungskosten – Ermittlung und Abzug
 - 2. Anforderungen an die Mieterhöhung
 - 3. Darlegungs- und Beweislast
- III. Rückforderungsansprüche des Mieters
- IV. Zusammenfassung

Erhaltungskosten bei Modernisierung

Die viel beachtete Entscheidung des BGH vom 17. Juni 2020¹ bietet in vieler Hinsicht einen Anlass, sich der Anforderungen und Voraussetzungen einer Mieterhöhung nach Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen zu vergewissern. In der gerichtlichen Praxis wurden die Auseinandersetzungen um die Abgrenzung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen bisher oft in einer „ersten Runde“ im Duldungsprozess ausgetragen; sie dürften künftig ausschließlich im Streit um die Mieterhöhung stattfinden. Im nachfolgenden Beitrag soll praktischen Fragestellungen um den Abzug von Erhaltungskosten nach Durchführung von modernisierenden Erhaltungsmaßnahmen unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung nachgegangen werden.

I (Gesetzliche) Grundlagen

1 Rechtsgrundlagen

Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu *erhalten*. Da die Erhaltung der Mietsache Teil der Hauptleistungspflicht des Vermieters ist, ist sie nach § 535 Abs. 2 BGB mit der dazu im Synallagma stehenden Hauptleistungspflicht des Mieters – der Pflicht zur Zahlung der Miete – abgegolten.

^{1 1} BGH, Urt. v. 17.06.2020 – VIII ZR 81/19, WuM 2020, 493 = juris.

Den Gegenstand der Erhaltungspflicht – die Erhaltungsmaßnahme(n) – hat der Gesetzgeber der geltenden Rechtslage entsprechend im Rahmen des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 (MietRÄndG)² erstmals in § 555a Abs. 1 BGB legal definiert und die Pflicht zur rechtzeitigen Ankündigung einer Erhaltungsmaßnahme durch den Vermieter als Regel in das Gesetz aufgenommen, § 555a Abs. 2 BGB. Die Duldungspflicht des Mieters war schon in § 554 Abs. 1 BGB aF gesetzlich fixiert und hat lediglich ihren Standort im Gesetz geändert.

Die Modernisierung ist beginnend mit ihrer Definition in § 555b BGB und nachfolgend den Details zur Ankündigungspflicht des Vermieters sowie der Duldungspflicht des Mieters und ihren Grenzen seit dem MietRÄndG 2013 in den §§ 555c und 555d BGB zu finden. Die Modernisierung wird nicht von der Primärleistungspflicht des Vermieters abgedeckt, § 535 Abs. 1 BGB; insofern sieht § 559 Abs. 1 BGB eine Kostenregelung vor.

Gesetzlich nicht (gesondert) geregelt ist die Kombination von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, für die sich der (nicht ganz präzise) Begriff der modernisierenden Instandsetzung weitgehend durchgesetzt hat. In seiner Entscheidung vom 17. Juni 2020 definiert der BGH die modernisierende Instandsetzung als bauliche Veränderung, die die Kriterien sowohl einer Modernisierungs- als auch einer Erhaltungsmaßnahme erfüllt.³

Wie mit der Kombination von Erhaltung und Modernisierung kostenrechtlich umzugehen ist, lässt sich im Grundsatz § 559 Abs. 2 BGB entnehmen. Danach „behält“ der Vermieter auch bei einer modernisierenden Erhaltungsmaßnahme sein (einseitiges) Mieterhöhungsrecht nach § 559 Abs. 1 BGB, soweit es sich um eine Modernisierung im Sinne des § 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB handelt; zu den auf den Mieter umlegbaren Kosten gehören jedoch (von vornherein) nicht die Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen (nach § 555a Abs. 1 BGB = Instandsetzung oder Instandhaltung) erforderlich gewesen wären.

§ 559 Abs. 2 BGB stellt letztlich „nur“ in kostenrechtlicher Hinsicht das Verhältnis der – mit der Miete abgegoltenen – Dauerverpflichtung des Vermieters aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB zu seinem Recht aus § 559 Abs. 1 BGB klar. Die Vorschrift legt fest, dass es bei den in den beiden Vorschriften fixierten Regeln bleibt.

² BT-Drs. 17/10485, S. 18.

³ BGH, Urt. v. 17.06.2020 – VIII ZR 81/19, WuM 2020, 493, juris Rn. 37.

In der Instanzrechtsprechung und der mietrechtlichen Literatur wurde aus der Formulierung des § 559 Abs. 2 BGB, dass Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen „*erforderlich gewesen wären*“, nicht zu den (auf den Mieter umlegbaren) Kosten nach § 559 Abs. 1 BGB gehören, ein Fälligkeitselement als (zusätzliche) Voraussetzung für die Kostenanrechnung zu Lasten des Vermieters abgeleitet. Ein Abzug sollte nur für fällige Erhaltungsaufwendungen vorzunehmen sein; fiktive, künftig erst fällig werdende Instandsetzungskosten müsse der Vermieter sich nicht anrechnen lassen.⁴

Gegen die – zu Lasten des Mieters - einschränkende Anwendung des § 559 Abs. 2 BGB spricht, dass die Vorschrift sich dem Wortlaut nach nicht auf Instandsetzungen beschränkt, sondern über die Verwendung des Begriffs der „Erhaltungsmaßnahme“ die Instand*haltung* einbezieht. Instandhaltung ist – anders als Instandsetzung – Zustandsbewahrung, die im Idealfall Instandsetzungen vorbeugt bzw. ihre Erforderlichkeit hinausschiebt, indem sie – bei sachgemäßer, regelmäßiger Ausführung – etwa die Lebensdauer eines Bauteils verlängert.⁵ Instandhaltungsmaßnahmen werden nicht wie Instandsetzungen „fällig“, sondern fortlaufend durchgeführt; sie sind nach Auffassung des Gesetzgebers aber auch „erforderlich“, (daher zu dulden), wie sich § 555a Abs. 1 BGB entnehmen lässt. Aus dem Wortlaut der Regelung des § 559 Abs. 2 BGB, der an die Legaldefinition des § 555a Abs. 1 BGB anknüpft, lässt daher ebenso gut das Gegenteil ableiten.

Folgt man (konsequent) der Definition des Gesetzgebers, so ergibt sich, dass in jeder Modernisierung letztlich ein Erhaltungsanteil enthalten ist, der Abzug von Kosten für ersparte Erhaltungsmaßnahmen damit sogar die Regel sein müsste.

Das Entfallen von Instand*haltungs*maßnahmen ist eigentlich nur bei neuen Bauteilen oder beispielsweise einer gerade instandgesetzten Fassade denkbar. Abgesehen davon, dass entsprechende Maßnahmen wirtschaftlich kaum sinnvoll sind, wird es schwierig, sie unter § 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB zu subsumieren, was aber wiederum Voraussetzung für die Möglichkeit der Kostenumlage nach § 559 Abs. 1 BGB ist. Fassadensanierungen ohne die Verpflichtung zum Aufbringen einer Wärmedämmung sind seit Längerem nur eingeschränkt möglich.⁶

⁴ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 559 Rn. 72; BeckOGK Mietrecht/Schindler, 2019, § 559 Rn. 72; Staudinger/V. Emmerich, BGB, Buch 2, Neubearb. 2021, § 559 Rn. 36; aA MüKoBGB/Artz, 8. Aufl., § 559 Rn. 20.

⁵ Vgl. Bahr/Lennerts, Lebens- und Nutzungsdauer von Bauteilen, Endbericht, im Auftrag des BBSR, S. 36f; <https://www.irbnet.de/daten/baufo/20108035025/Endbericht.pdf>, zuletzt abgerufen: 03.10.2021

⁶ Vgl. § 48 GEG.

2 Die Entscheidung des BGH vom 17. Juni 2020 (VIII ZR 81/19)⁷

In der mietrechtlichen Literatur teilweise als Gefahr erkannt und in der Praxis nicht selten beobachtet werden konnte eine gewisse Tendenz, dass kurz vor dem Totalausfall eines Bauteils eine modernisierende Instandsetzung vorgenommen wurde, was nach der früher verbreiteten Auffassung in Instanzrechtsprechung und Literatur darauf hinauslief, dass der Mieter – entgegen der Regel in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB - für die Instandsetzung „im Gewande der Modernisierung“ zahlte bzw. zahlen sollte.⁸ Auch das Absehen von (laufend) erforderlichen, bei betagten Bauteilen gegebenenfalls aufwändigeren Erhaltungsmaßnahmen wird dadurch - entgegen dem Leitbild des Gesetzes – honoriert.

Eine solche – nicht untypische - Konstellation lag der Entscheidung des BGH vom 17. Juni 2020 zugrunde:

Die Klägerin ist seit 1997 Mieterin einer Wohnung der beklagten Vermieter. Diese kündigten mit Schreiben vom 30. Mai 2015 verschiedene bauliche Veränderungen und eine Erhöhung der Miete nach Abschluss der Arbeiten an.

Die Maßnahmen wurden im Jahr 2016 ausgeführt und umfassten u.a. die Umstellung der Heizungsanlage von der Beheizung mittels Gastherme auf Fernwärme, die Erneuerung der etwa 60 Jahre alten Eingangstür zur Wohnung, der ebenso alten Treppenhausfenster und Haustüren (Haupt- und Nebeneingang) nebst Briefkastenanlage, die Neuverlegung von elektrischen Leitungen samt Erneuerung der Hausbeleuchtung, den erstmaligen Einbau von Bewegungsmeldern und einer Gegensprechanlage, den Austausch der Fenster in der Wohnung der Klägerin und die erstmalige Wärmedämmung des Dachs, der Fassade sowie der Kellerdecke.

Mit Schreiben vom 11. Oktober 2016 erklärten die Vermieter die Erhöhung der Nettokaltmiete zum 1. Januar 2017 um 189,68 €. Mit weiterem Schreiben vom 19. Juli 2017 erklärten sie erneut eine Erhöhung der Nettokaltmiete, nunmehr zum 1. Oktober 2017 um 241,55 €.

Die Mieterin begehrt die Feststellung, dass beide Mieterhöhungen unberechtigt seien und die Miete sich aufgrund keiner der beiden Erklärungen erhöht habe.

⁷ BGH, Urt. v. 17.06.2020 – VIII ZR 81/19, WuM 2020, 493 = juris.

⁸ MüKoBGB/Artz, 8. Aufl. 2020, § 559 Rn. 20; vgl. auch: Staudinger/V. Emmerich, BGB, Buch 2, Neubearb. 2021, § 559 Rn. 37.

Anders als die bislang verbreitete Instanzrechtsprechung und Literatur vermochte der BGH dem Wortlaut des § 559 Abs. 2 Hs. 1 BGB nicht (zwingend) entnehmen, dass die anspruchsmindernde Berücksichtigung von Instandhaltungskosten die "Fälligkeit" der betreffenden Erhaltungsmaßnahmen voraussetzt.

Bauteile eines Mietobjekts würden laufend altern und wären - je nach ihrer (durchschnittlichen) Lebensdauer - in bestimmten Zeitabständen vom Vermieter zu erneuern. Daher sei mit dem Wortlaut der Vorschrift ebenso vereinbar, dass von der Kostenumlage auf den Mieter (§ 559 Abs. 1 BGB) nach Absatz 2 der Kostenaufwand ausgeschlossen ist, der - zeitanteilig - für die Erhaltung eines Bauteils anfällt und zwar in dem Umfang, in dem er - bei fiktiver Betrachtung - zum Zeitpunkt der Durchführung der baulichen Veränderung in Anbetracht des bereits verstrichenen Anteils der zu erwartenden Gesamtlebensdauer des betreffenden Bauteils für dessen Erhaltung erforderlich wäre.

Geradezu zwingend ist nach Einschätzung des BGH demgegenüber die Absetzung von – auch fiktiven – ersparten Erhaltungskosten nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften über die Modernisierung und anschließende Mieterhöhung.

Wenn – wie in der ihm zur Entscheidung vorliegenden Konstellation – Bauteile oder Einrichtungen bereits längere Zeit (ab-)genutzt wurden und durch solche von besserer Qualität und höherem Wohnkomfort ersetzt werden, verbiete es sich, die gesamten dafür aufgewendeten Kosten ungekürzt auf den Mieter umzulegen. Sinn der Modernisierungsvorschriften sei es gerade nicht, dem Vermieter (teilweise) auch die Umlage von Instandhaltungskosten auf den Mieter zu ermöglichen; es sollen vielmehr Verbesserungen der Mietsache gefördert werden, dies dadurch, dass durch die Möglichkeit der Umlage der darauf entfallenden Kosten auf den Mieter für den Vermieter ein Anreiz zur Vornahme der Maßnahmen gesetzt wird. Auf die „Fälligkeit“ von Erhaltungsmaßnahmen abzustellen, würde in vielen Fällen zudem zu zufälligen Ergebnissen führen, gerade in Fällen wie dem ihm vorliegenden, wenn die Modernisierungsmaßnahmen zu einem Zeitpunkt durchgeführt werden, in dem die Lebensdauer der zu ersetzenden Bauteile oder Einrichtungen bereits zu einem großen Teil abgelaufen ist.

Ebenso wie (kritische) Teile der Literatur sieht auch der BGH keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber dem Vermieter zwecks Förderung von Gebäudeinvestitionen zum Nachteil des Mieters die Möglichkeit eröffnen wollte, vertraglich – zu unveränderter Miete - geschuldete Kosten für Erhaltungsmaßnahmen durch

geschicktes Vorgehen, namentlich durch Vornahme der Modernisierung kurz vor „Fälligkeit“ der Erhaltungsmaßnahmen, auf den Mieter abzuwälzen.⁹

Die Entscheidung des BGH führt damit konsequent zurück zum gesetzlichen Leitbild der Kostenverteilung bei Erhaltung (Instandsetzung oder Instandhaltung) und Modernisierung. Es gibt weder im Gesetz, seiner Begründung oder seinem Zweck einen Anhaltspunkt, der darauf hindeutet, dass - zu Lasten der einen oder der anderen Partei – aus Vereinfachungs- oder anderen Gründen im Fall von modernisierenden Erhaltungsmaßnahmen Abweichungen gewollt oder zulässig sind.

II Erhaltungskosten bei Modernisierung

1 Ermittlung und Abzug

Wird zugrunde gelegt, dass eine Modernisierung regelmäßig zugleich auch der Erhaltung der Mietsache dient, so muss auch der Abzug von ersparten (fiktiven) Erhaltungskosten durch den Vermieter die Regel sein.

Sie sind – so eindeutig die aus den Gesetzesmaterialien ersichtliche Auffassung des Gesetzgebers - vom Vermieter zu ermitteln und anteilig von den Gesamtkosten abzuziehen.¹⁰ Die Anforderungen an ihre Feststellung dürfen nicht überspannt werden, jedenfalls nicht im Ergebnis dazu führen, dass die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Mieterhöhung nach einer Modernisierung leerläuft.¹¹

Der BGH sieht die Umlagefähigkeit der reinen Modernisierungskosten durch den Abzug (fiktiv) ersparter Erhaltungskosten auch nicht in Frage gestellt oder nennenswert erschwert, insbesondere deshalb nicht, weil nach § 559 Abs. 2 Hs. 2 BGB eine Schätzung genügt.¹²

Entgegen – auf Mieter- und Vermieterseite – anzutreffender Auffassungen entlässt die Möglichkeit der Schätzung die darlegungs- und beweisbelastete Partei nicht etwa vollständig aus der Verantwortung. Mitzuteilen sind stets die Anknüpfungstatsachen für eine – gegebenenfalls vom Gericht vorzunehmende – Schätzung, sei es im Rahmen einer eingetretenen Mietminderung, § 536 Abs. 1 BGB oder – wie hier – einer Schätzung von Kostenanteilen nach § 559 Abs. 1 und 2 BGB.

⁹ BGH, Urt. v. 17.06.2020 – VIII ZR 81/19, WuM 2020, 493, nach juris Rn. 39 – 44; so schon krit. MüKoBGB/Artz, BGB § 559 Rn. 20: „Alles-oder-nichts“-Prinzip.

¹⁰ BT-Drs. 17/10485, S. 24.

¹¹ Vgl. Wertungen: BVerfG, Beschl. v. 14.05.1986 – 1 BvR 494/85, WuM 1986, 237 = juris.

¹² BGH, Urt. v. 17.06.2020 – VIII ZR 81/19, WuM 2020, 493, nach juris Rn. 45..

Schon der Wortlaut des § 559 Abs. 2 Hs. 2 BGB markiert auch die Grenzen für die Schätzung: Eine Schätzung genügt nur, „soweit (eine solche) erforderlich“ ist. Der Gesetzgeber sah die Schwierigkeit, dass der Abzug der Erhaltungskosten häufig nicht genau berechnet, sondern nur im Wege der Schätzung ermittelt werden kann. Da bereits bei der Mieterhöhung pauschaliert vorgegangen werde, sei es unangemessen, bei der Berechnung des Kostenanteils der mit der Modernisierung erledigten Erhaltungsmaßnahmen allzu strenge Anforderungen zu stellen.¹³

Durch den BGH geklärt ist bereits, dass für den Fall, dass genaue Feststellungen zu den ersparten Erhaltungskosten nicht getroffen werden können, gegebenenfalls auch ein Mindesterhöhungsbetrag nach § 287 ZPO zu schätzen sein kann. Das gilt jedenfalls dann, wenn dem Grunde nach feststeht, dass der Erhöhungsanspruch besteht und es nur der Ausfüllung der Höhe des Anspruchs bedarf. Ausreichend ist im Rahmen des § 287 ZPO – anders als im Anwendungsbereich des § 286 Abs. 1 ZPO – eine erhebliche, auf gesicherter Grundlage beruhende *Wahrscheinlichkeit* für die richterliche Überzeugungsbildung, § 287 Abs. 2 ZPO iVm § 287 Abs. 1 ZPO.¹⁴

Im Rahmen der Ermittlung und des Abzugs von Erhaltungskosten werden unter Berücksichtigung vom BGH in der Entscheidung vom 17. Juni 2020 und in der früheren Rechtsprechung bereits entwickelter Ansätze im Einzelfall bzw. fallgruppenorientiert differenzierte Lösungen – im Rechtsstreit gegebenenfalls mit den Parteien und in ihrem (Kosten-)Interesse - gefunden werden müssen. Im Prozess kann es sich anbieten – etwa die zu erwartende Gesamtlebensdauer eines Bauteils betreffend – (amtliche) Auskünfte bei den Handwerkskammern oder Herstellern einzuholen, dies gegebenenfalls in Abstimmung mit bzw. mit Zustimmung der Parteien, § 284 Satz 2 ZPO. Tabellen und Übersichten sind auch im Internet verfügbar und damit allgemein zugänglich.¹⁵

Der BGH stellt im Rahmen des (zu schätzenden) Abzugs fiktiver Erhaltungskosten auf die zu erwartende Gesamtlebensdauer des Bauteils bzw. der Einrichtung ab und setzt sie ins Verhältnis zu der im Zeitpunkt der Maßnahme tatsächlich verstrichenen „Lebenszeit“.

Maßgeblich ist dabei die technische, nicht etwa die wirtschaftliche Lebensdauer von Bauteilen und Einrichtungen, denn ihr Ablauf markiert das Ende ihrer Funktionsfähigkeit

¹³ BT-Drs. 17/10485, S. 24.

¹⁴ BGH, Urt. v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, WuM 2015, 165 = juris Rn. 45.

¹⁵ . Bahr/Lennerts, Lebens- und Nutzungsdauer von Bauteilen, Endbericht, im Auftrag des BBSR, <https://www.irbnet.de/daten/baifo/20108035025/Endbericht.pdf>, aktualisiert, Stand 24.02.2017: <https://www.nachhaltigesbauen.de/austausch/nutzungsdauern-von-bauteilen/>; BBSR, Info-Blatt Nr. 4.2, Lebensdauer von Bauteilen und Bauteilschichten, zuletzt abgerufen: 03.10.2021

durch Abbau des dem Bauteil innewohnenden „Abnutzungsvorrates“. ¹⁶ Ist der „Abnutzungsvorrat“ eines Bauteils vollständig abgebaut, so fällt das Bauteil aus und muss erneuert bzw. ersetzt werden. Wird das Bauteil während seiner Lebensdauer instandgehalten, so kann der Abbau des „Abnutzungsvorrates“ verzögert, ¹⁷ aber nicht ausgeschlossen werden.

Mit Blick auf die bei ihm liegende Darlegungs- und Beweislast für den (materiell richtigen) Abzug ersparter Erhaltungsaufwendungen hat der Vermieter daher in jedem Fall mitzuteilen, wann er die Mietsache mit dem Bauteil bzw. der Einrichtung versehen hat, mit anderen Worten: das Alter des Bauteils/der Einrichtung.

Die Einzelheiten der Ermittlung des Erhaltungskostenanteils bleiben auch dann anspruchsvoll, wenn „nur“ Schätzgrundlagen mitzuteilen sind. Es kommen unterschiedliche Berechnungsansätze bzw. –methoden in Betracht, die auch in Abhängigkeit von der Beschaffenheit des betroffenen Bauteils bzw. der betroffenen Einrichtung divergieren können.

→ Beispiel 1:

So kann es sich bei technischen Bauteilen – wie etwa einer **Gasetagenheizung** – anbieten, die fiktiven Kosten heranzuziehen, die bei einer reinen Instandsetzung anfallen würden, das heißt bei einem Austausch des Bauteils durch ein vergleichbares. Zugrunde zu legen sind dabei die aktuellen Preise, nicht etwa die Preise bei Einbau des ersetzten Bauteils, denn eine alternative Instandsetzung wäre aktuell durchzuführen, nicht aber mit Rückwirkung möglich.

Erfahrungsgemäß ist es dabei häufig so, dass innerhalb eines Mehrfamilienhauses das Alter, aber auch die Qualität des Bauteils in den einzelnen Wohnungen (im Beispiel: die Qualität der Gasetagenheizung) erheblich voneinander abweichen.

Die Kosten nach § 559 Abs. 1 iVm Abs. 2 BGB sind jedoch wohnungsbezogen zu ermitteln. Der Vermieter kann sich – bei Abweichungen – daher nicht auf die

¹⁶ David, WuM 2021, 465, [469].

¹⁷ Vgl. zu alledem näher, mzN: David, WuM 2021, 465, [469], die ein „funktionales Kostensplitting“ vorschlägt, das die tatsächlich aufgewendeten Kosten in mieterhöhungsrelevante und nicht mieterhöhungsrelevante Kosten aufteilt, wobei der Anteil der Funktionen des Bauteils, welches verbessert wurde zu dem Anteil der Funktionen, die nicht verbessert wurden, ins Verhältnis gesetzt werden, was für den Laien nicht einfach feststellbar sein dürfte.

Darstellung eines Durchschnittswertes oder die Angabe in einer der betroffenen Wohnungen beschränken.

Zu berücksichtigen ist auch, dass der verstrichene Anteil an der Gesamtlebensdauer des (konkreten) Bauteils von Wohnung zu Wohnung unterschiedlich hoch ausfallen kann. Hier bietet sich – lösungsorientiert – ein prozentualer Abzug nach dem Verhältnis der Gesamtlebensdauer zum verstrichenen Nutzungszeitraum an. Nur am Rande bemerkt werden kann im Rahmen dieses Vortrags, dass sich hier vorgelagert bereits ein „Duldungsproblem“ im Einzelfall für den Vermieter ergeben kann, (inzwischen) selbst dann, wenn eine Umstellung auf eine zentrale Heiz- und Warmwasserversorgung den Hintergrund der Maßnahme bildet.

→ **Berechnungsalternative:**

Als Berechnungsalternative kommt – so schlägt es wohl der BGH vor¹⁸ - ausgehend von der durchschnittlichen Gesamtlebensdauer des technischen Bauteils der Ansatz der hochgerechneten fiktiven Kosten in Betracht, die für dessen Instandhaltung – und – für den Fall des Verstreichens eines nicht unerheblichen Zeitraums der zu erwartenden Gesamtlebensdauer – für eine spätere Instandsetzung im Wege des Ersatzes durch ein gleichwertiges Bauteil anfallen würden.

Der Vortrag dürfte – jedenfalls im Prozess – ohne sachverständige Hilfe nicht zu leisten bzw. – im Fall des Bestreitens - zu beweisen sein.

→ **Beispiel 2:**

Bei der modernisierenden Erhaltung von Bauteilen wie **Fenstern und Türen** stellt sich die Sachlage – erfahrungsgemäß – noch differenzierter dar. Der Erhaltungszustand weist häufig nicht nur von Wohnung zu Wohnung, sondern auch innerhalb einer Wohnung durchaus erhebliche Unterschiede auf. Hier wird es sich häufig anbieten, die (fiktiven) Kosten für die Überarbeitung der Fenster (Streichen, Gang- und Schließbarmachen, Schließmechanismus) oder – bei im Einzelfall ausgeschlossener Möglichkeit der Instandsetzung – die Kosten für den Ersatz durch vergleichbare Fenster (ohne Funktionalitätsvorteile oder Verbesserungen der

¹⁸ BGH, Urt. v. 17.06.2020 – VIII ZR 81/19, WuM 2020, 493, nach juris Rn. 39.

energetischen Qualität) zu aktuellen Preisen zu ermitteln und (komplett) in Abzug zu bringen.

→ **Beispiel 3:**

Andere bzw. weitere Fragestellungen ergeben sich bei Maßnahmen wie der Dämmung einer Außenfassade.¹⁹

Eine Außenfassade, die keinerlei Putzschäden aufweist dürfte in der Modernisierungssituation eher die Ausnahme sein.

Spätestens im Rahmen der Überprüfung der materiellen Berechtigung der geltend gemachten Mieterhöhung durch das Gericht hat der Vermieter zum (Erhaltungs-)Zustand der Fassade und etwaigen Putz- und/oder andere Schäden konkret vorzutragen. Er kann seinen Vortrag durch die Vorlage von Fotos unterlegen, wird sein Vortrag vom Mieter bestritten, kann er den Zeugen- und/oder Sachverständigenbeweis antreten. In der Praxis vielfach unterschätzt wird auch die Möglichkeit der Klärung tatsächlicher Fragen durch die Inaugenscheinnahme im Rahmen eines Ortstermins, der für die Parteien eine deutliche Kostenersparnis – im Vergleich zum Sachverständigengutachten – bedeutet. Auf diese Weise wird sich im Einzelfall klären lassen, ob – so die Behauptung des Vermieters in der Konstellation der Entscheidung des BGH vom 17.12.2014²⁰ - Putzarbeiten ohne ein Gerüst mit einer langen Leiter (fachgerecht und unter Einhaltung geltender Arbeitsschutzvorschriften) hätten durchgeführt werden können. Vor Durchführung der Maßnahmen vorhandene und durch die Modernisierung „miterledigte“ Putzschäden werden sich so – jedenfalls im Mieterhöhungsprozess - nicht (mehr) feststellen lassen.

Zu berücksichtigen – und auf Fotos etwa kaum ersichtlich - ist außer vor Durchführung der Maßnahmen vorhandener Putzfehlstellen auch loser Putz, der bei einer fachgerechten (alternativen reinen) Instandsetzung der Fassade zunächst abgeschlagen werden müsste.

Eine beträchtliche Kostenposition im Rahmen einer Fassadendämmung sind die Gerüstkosten, die sowohl bei einer reinen Modernisierung als auch einer reinen Instandsetzung anfallen würden („Sowieso-Kosten“). Auch die Frage der

¹⁹ Vgl. insbesondere: BGH, Urt. v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, WuM 2015, 165 = juris.

²⁰ VIII ZR 88/13, nach juris Rn. 44.

Umlagefähigkeit von „Sowieso-Kosten lässt sich nach hier vertretener Auffassung nicht abstrakt-generell oder in Abhängigkeit von der Fälligkeit etwaiger fiktiver Instandsetzungsarbeiten beantworten.²¹

Das Beispiel zeigt vielmehr, dass ein differenzierter Ansatz möglich und sachgerecht ist. Die Gerüstkosten hängen ganz maßgeblich von der jeweiligen Standzeit ab, die bei einer reinen Instandsetzung von der beim zusätzlichen Aufbringen einer Wärmedämmung divergiert. Hier lassen sich die Zeitanteile – gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe – ermitteln und ins Verhältnis setzen. Die Auf- und Abbaukosten würden in jedem Fall nur jeweils einmal anfallen. Hier bietet es sich an, diese weder vollständig der einen oder der anderen Partei aufzuerlegen, sondern verhältnismäßig auf beide Parteien nach dem für den Instandsetzungsanteil der Fassade ermittelten „Schlüssel“ zu verteilen.

→ „Komplexe“ Modernisierungsmaßnahmen²²

Durch den BGH (auch) geklärt ist, dass eine Mieterhöhung nach Abschluss aller Arbeiten oder nach Abschluss tatsächlich trennbarer Maßnahmen möglich ist.²³ Mit dieser Möglichkeit verbindet sich jedoch keine Absenkung der Anforderungen an die Ermittlung und Erläuterung der (fiktiven) Erhaltungskosten. Sie sind – wie auch sonst - für die einzelnen Maßnahmen aufzuschlüsseln und danach jeweils von den Kosten für die einzelne Modernisierungsmaßnahme in Abzug zu bringen.

Erfahrungsgemäß empfiehlt es sich – sowohl für den Mieter als auch den Vermieter – vorab sorgfältig zu prüfen, ob es sich bei jeder der für die Mieterhöhung geltend gemachten Modernisierungsmaßnahme überhaupt um eine solche im Sinne des § 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB handelt. Dies ist die Grundvoraussetzung einer Umlage. Sowohl in der Entscheidung vom 17. Juni 2020 als auch etwa in einer Entscheidung zu § 556f BGB²⁴ hat der BGH in jüngster Zeit zahlreiche als Modernisierung deklarierte Maßnahmen – mit den Vorinstanzen - als vom Vermieter geschuldete Instandsetzung qualifiziert.

²¹ aA Schindler, NZM 2021, 258, [261].

²² Lehmann-Richter, WuM 2021, 148; BGH, Urt. v. 28.04.2021 – VIII ZR 5/20, WuM 2021, 371 = juris.

²³ BGH, Urt. v. 17.12.2014 - VIII ZR 88/13, WuM 2015, 165, nach juris Rn. 39; Urt. v. 28.04.2021 – VIII ZR 5/20, WuM 2021, 371 = juris.

²⁴ BGH, Urt. v. 17.06.2020 – VIII ZR 81/19, nach juris Rn. 21f.; Urt. v. 27.05.2019 – VIII ZR 45/19, nach juris Rn. 109.

2 Anforderungen an die Mieterhöhungserklärung

Nach § 559b Abs. 1 BGB ist die Mieterhöhung nach § 559 dem Mieter in Textform zu erklären. Die Erklärung ist nur wirksam, wenn in ihr die Erhöhung auf Grund der entstandenen Kosten berechnet und entsprechend den Voraussetzungen der §§ 559 und 559a erläutert wird. Nach Absatz 2 der Vorschrift schuldet der Mieter die erhöhte Miete (in der Regel) mit Beginn des dritten Monats nach dem Zugang der Erklärung.

Anders als die Mieterhöhung nach den Regelungen in den §§ 558ff. BGB sieht die Mieterhöhung nach einer Modernisierung als Wirksamkeitsvoraussetzung die Berechnung und Erläuterung vor, wobei insoweit (unter anderem und ohne Einschränkungen) auf die Voraussetzungen des § 559 BGB Bezug genommen wird.

Hintergrund dafür ist, dass der Gesetzgeber sich 1974 im Rahmen des Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetzes²⁵ mit Einführung der Möglichkeit für Vermieter, Kosten für Modernisierungen auf den Mieter umzulegen, bewusst gegen das Verfahren der Mieterhöhung nach § 2 Abs. 3 MHG [= § 558b BGB nF] und den Wirkungen nach § 2 Abs. 4 MHG entschieden hat. Stattdessen sollte die Umlage nach den Regelungen für preisgebundene Wohnungen auf die Mieter erfolgen. Dem Gesetzgeber war dabei klar, dass der Mieter einer preisfreien Wohnung - anders als bei Mieterhöhungen wegen Modernisierung im preisgebundenen Wohnungsbau - nicht die Möglichkeit hat, die Berechtigung der Forderung des Vermieters durch eine zuständige Behörde nachprüfen zu lassen kann, die Mieterhöhung aufgrund der Erklärung des Vermieters zudem automatisch nach kurzer Zeit wirksam wird. Er wollte mit der Berechnungs- und Erläuterungspflicht als Wirksamkeitsvoraussetzung der Mieterhöhungserklärung sicherstellen, dass dem Mieter daraus keine unzumutbaren Nachteile erwachsen.²⁶

Er folgte – wie sich § 10 WoBindG²⁷ entnehmen lässt – in der Ausgestaltung der Anforderungen an die Mieterhöhung nach Modernisierung der für den preisgebundenen Wohnungsbau geltenden Regelung, deren Wirksamkeit ebenfalls die Berechnung und Erläuterung der Erhöhung voraussetzt.

Diesem Ansatz folgt auch der BGH.²⁸ Er betont zwar - auch im Anwendungsbereich des § 559b BGB - in gefestigter Rechtsprechung einerseits, dass an die Erhöhungserklärung

²⁵ BT-Drs. 7/2011.

²⁶ BT-Drs. 7/2011, S. 11.

²⁷ Wohnungsbindungsgesetz, bis 31.12.2001, danach § 50 WoFG.

²⁸ BGH, Urt v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, WuM 2015, 165

keine überhöhten formellen Anforderungen gestellt werden dürfen, andererseits aber auch, dass der Mieter den Grund der Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen können muss, um – dem Zweck der Erläuterungspflicht entsprechend - unzumutbare Nachteile für den Mieter zu verhindern. Der Mieter muss – so der BGH – aufgrund der Erläuterung die Berechtigung der Mieterhöhung überprüfen können.²⁹ Diesen Grundsatz wendet er durchaus konsequent an und sieht ihn gerade nicht regelmäßig als erfüllt an.³⁰

→ **Beispiel 1:**³¹

Die Vermieterin führt in der Mieterhöhungserklärung zu den ersparten Instandsetzungskosten der durchgeführten Baumaßnahmen (Wärmedämmung der Steildachflächen, Erneuerung der Fenster in den Treppenhäusern und der Wohnung der Mieterin) aus, sie habe durch die Baumaßnahmen Instandsetzungsaufwendungen erspart und die jeweiligen Kosten bei den angegebenen Gesamtkosten bereits vorab berücksichtigt. Die Kosten werden betragsmäßig, in Form einer Quote oder sonst nicht näher bezeichnet.

BGH hat diese Angaben – in formeller Hinsicht - nicht für ausreichend gehalten, denn die Mieterin habe sich nicht einmal ein ungefähres Bild von der Größenordnung des berücksichtigten Instandsetzungsaufwands und damit von der Plausibilität der auf sie umgelegten Kosten machen können.

In einer weiteren Mieterhöhungserklärung gab die Vermieterin an, welche Maßnahme sie als reine Modernisierungsmaßnahme angesehen, deshalb von einem Abzug für Instandsetzungsaufwendungen abgesehen habe. Im Übrigen hat sie die berücksichtigten Instandsetzungskosten durch Angabe einer Quote beziffert. Die Angabe einer Quote – und in diesem Zusammenhang wird die Entscheidung in der Regel (nur) zitiert – sei für eine formell wirksame Erklärung ausreichend; zur materiellen Richtigkeit sei damit nichts gesagt.

→ **Beispiel 2**³²

Fassadenmodernisierung. In der Modernisierungsankündigung gibt die Vermieterin im Rahmen der Kalkulation der zu erwartenden Mieterhöhung an, dass sie

²⁹ BGH, Urt v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, WuM 2015, 165, nach juris Rn. 28, 30.

³⁰ BGH, Urt v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, WuM 2015, 165, nach juris Rn. 31.

³¹ BGH, Urt v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, WuM 2015, 165, nach juris Rn. 31.

³² LG Berlin, Beschl v. 28.04.2021 und 14.06.2021 – 64 S 230/20, WuM 2021, 564 = juris.

Erhaltungsaufwände berücksichtigen werde. Sie stellt die Ermittlung der von ihr zu tragenden Instandsetzungskosten und deren Absetzen von den tatsächlichen entstandenen Baukosten in Aussicht.

In der Mieterhöhungserklärung werden etwaige Instandsetzungskosten nicht einmal erwähnt.

Die Vermieterin argumentiert in der Berufung, der BGH habe die formalen Anforderungen an Mieterhöhungserklärungen stetig abgesenkt. Der Vermieter müsse in der Mieterhöhungserklärung fiktive Instandsetzungskosten weder angeben noch erläutern. Ausreichend: sei die Mitteilung der Schätzgrundlagen auf Rüge des Mieters im Rechtsstreit.

Das LG Berlin [ZK 64] hielt die Mieterhöhungserklärung mangels nachvollziehbarer Erläuterung für formell unwirksam und wies die Berufung der Vermieterin gegen das Urteil des Amtsgerichts zurück, denn der Vermieter hatte in der Modernisierungsankündigung bei der Kalkulation der zu erwartenden Mieterhöhung angegeben, Erhaltungsaufwände berücksichtigen zu wollen und entsprechende Abzüge angekündigt. Enthält das nachfolgende Mieterhöhungsschreiben dann keinerlei Ausführungen zu den nach § 559 Abs. 2 BGB ausgliedernden Kosten, fehle es an einer hinreichenden Berechnung und Erläuterung der Mieterhöhung, so dass die Mieterhöhungserklärung gemäß § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist.

→ Beispiel 3³³

Die Angaben in der Modernisierungsankündigung weichen in Bezug auf die Fassadenmodernisierung erheblich von den Angaben in der Mieterhöhungserklärung ab, in Teilen widersprechen sie sich, so dass sich die Frage aufdrängt, ob Ankündigung und Erhöhung dasselbe Vorhaben betreffen. Erläutert wird nichts.

Nach Auffassung des LG Berlin [ZK 65] ist die Mieterhöhungserklärung in Bezug auf die Kosten für die Fassadendämmung formell unwirksam; ohne Erläuterung sei sie nicht mehr plausibel und für den Mieter nicht nachvollziehbar.

Die Mieterhöhung tritt durch einseitige Erklärung kurz nach ihrem Zugang ein. Nach § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB ist die Berechnung der Erhöhung aufgrund der entstandenen Kosten

³³ LG Berlin, Urt. v. 01.07.2020 65 S 250/19, juris

und ihre Erläuterung (u.a.) entsprechend den Voraussetzungen des § 559 Abs. 1 und 2 BGB Wirksamkeitsvoraussetzung. Kosten für Erhaltungsmaßnahmen sind danach in Abzug zu bringen. Mit den Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Erklärung sollen unzumutbare Nachteile für den Mieter wegen der einseitigen Vertragsänderung aufgrund einer Erklärung des Vermieters abgewendet werden. Diese muss daher aus der Erklärung heraus nachvollziehbar sein.

Werden die im Gesetz vorausgesetzten Anforderungen an die Wirksamkeit der (einseitigen) Mieterhöhungserklärung abgesenkt, wird das Prozessrisiko – mit den entsprechenden Kostenfolgen - auf den Mieter verlagert. Das ist jedenfalls dann ein im Rahmen der §§ 559ff BGB unzumutbarer Nachteil, wenn dem Mieter für die Einschätzung der Berechtigung der Mieterhöhung maßgebliche Informationen nicht vorliegen (können). Die weitergehende Folge ist, dass der Mieter häufig von der Verfolgung seiner Rechte absehen wird.

→ **Beispiel 4**³⁴

Im Rahmen einer Modernisierung werden Fenster erneuert. In der Mieterhöhungserklärung nach Abschluss der Arbeiten werden Instandsetzungsaufwendungen nicht thematisiert. Im Prozess gibt die Vermieterin zur Begründung an, dass mangels Instandsetzungsbedarfs fiktive Instandsetzungskosten nicht abzuziehen gewesen seien.

Nach Einschätzung des LG Berlin [ZK 18/64] kann auf die – erst im Prozess nachgeholte – Angabe in der Mieterhöhungserklärung jedenfalls dann nicht verzichtet werden, wenn sich die Erforderlichkeit von Instandsetzungen geradezu aufdrängt.

Angesprochen ist damit eine in Mieterhöhungsprozessen häufig anzutreffende Fragestellung: Genügt eine Mieterhöhungserklärung den formellen Anforderungen des § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn es in Bezug auf Instandsetzungsanteile schweigt? Muss der Mieter diesem Schweigen die (konkudent abgegebene) Erklärung des Vermieters entnehmen, dass solche nicht vorliegen?³⁵

Auf die BGH-Rechtsprechung lässt sich ein so weitreichendes Absenken der formellen Anforderungen nicht stützen.³⁶ So hat der BGH eine Mieterhöhungserklärung in einem

³⁴ LG Berlin, Beschl v. 20.07.2017 – 18 S 361/16, WuM 2018, 215.

³⁵ So: Schindler, NZM 2021, 258, [262].

³⁶ So im Ergebnis auch: Bentrop, WuM 2021, 79, [82]; Börstinghaus in Blank/Börstinghaus, Miete, 2020, § 559 Rn. 15.

Beschluss vom 12.06.2018³⁷ der Auffassung der Vorinstanz folgend zwar für formell wirksam gehalten; in der Erklärung hatte der Vermieter jedoch – so ausdrücklich der BGH – „unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er die (...) Baumaßnahmen als reine Modernisierungsmaßnahmen ansehe und deshalb von einem Abzug für Instandhaltungsaufwendungen abgesehen habe.“³⁸ Ebenso lag der Fall in der Entscheidung des BGH vom 17.12.2014.³⁹

In seinem Urteil vom 17.06.2020 nimmt der BGH diese beiden Entscheidungen insoweit in Bezug und ordnet die Frage, ob zu Unrecht von einem Abzug von Instandhaltungskosten abgesehen wurde, (erneut) der materiellen Ebene zu. Auch in der Konstellation dieser Entscheidung hatte der Vermieter allerdings bereits in der Mieterhöhungserklärung zum Ausdruck gebracht, dass er die Baumaßnahmen als reine Modernisierungsmaßnahmen ansehe.⁴⁰

Wird – wie oben unter I. ausgeführt - mit Blick auf den in § 559 Abs. 2 BGB in Bezug genommenen Begriff der Erhaltungsmaßnahme, der in § 555a Abs. 1 BGB als Instandsetzung oder Instandhaltung definiert wird, die Ersparnis von Erhaltungskosten (irgendeiner Art) als Regel angesehen, so lädt die Entscheidung des BGH vom 17.06.2020, die uns konsequent auf das gesetzliche Leitbild der Kostenverteilung bei Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen zurückführt, dazu ein, auch die Anforderungen des § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB iVm § 559 Abs. 1 und 2 BGB zu überdenken.

Das gänzliche Absehen von einer Thematisierung des (fehlenden) Abzugs von Erhaltungskosten in der Mieterhöhungserklärung ist in jedem Fall mit erheblichen Risiken belastet, denn -anders als ein Mieterhöhungsverlangen nach §§ 558ff. BGB – können formelle Mängel nicht behoben werden (§ 558b Abs. 3 BGB); die Mieterhöhungserklärung muss erneut abgegeben werden.

3 Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der formellen und materiellen Voraussetzungen für die Mieterhöhung trägt der Vermieter.

³⁷ VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 = juris; nachgehend: Beschl. v. 25.09.2018, WuM 2018, 723 = juris.

³⁸ BGH, Beschl. v. 12.06.2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723, nach juris Rn. 15.

³⁹ BGH, Urt. v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, WuM 2015, 165 = juris.

⁴⁰ BGH, Urt. v. 17.06.2020 – VIII ZR 81/19, nach juris Rn. 27; vgl. auch: Bentrop, WuM 2021, 79, [82]; aA Schindler, NZM 2021, 258, [262], der übersieht, dass es sich in allen Fällen nicht um ein bloßes Schweigen in der Mieterhöhungserklärung handelte.

Sie umfasst den Vortrag und (gegebenenfalls) den Beweis dafür, dass es sich bei den baulichen Maßnahmen um Modernisierungs- (§ 555b BGB), nicht Erhaltungsmaßnahmen (§ 555a Abs. 1 BGB) handelt, zudem alle Voraussetzungen zum Nachweis der Höhe der umlagefähigen Kosten. Dazu gehört der Vortrag, dass und weshalb die der Mieterhöhung zugrunde gelegten Kosten nicht (teilweise) auf Erhaltungsmaßnahmen entfallen, was der Vermieter im Streitfall auch zu beweisen hat. Der Vermieter kann seinen Vortrag durch die Vorlage von Rechnungen, Kostenvoranschlägen (mit Leistungsbeschreibungen) und/oder Fotos, gegebenenfalls zum Zustand vor und nach Ausführung der Maßnahmen unterlegen und - bei Bestreiten im Prozess – unter Zeugenbeweis stellen.

Die Anforderungen an das Bestreiten durch den Mieter ergeben sich aus § 138 ZPO und hängen maßgeblich von seinem Kenntnis- bzw. Informationsstand ab. Soweit Tatsachen der Wahrnehmung des Mieters unterliegen (können), muss er sich dazu konkret äußern; Erkundigungen kann, muss er aber nicht einholen (zB bei einem Vormieter oder Handwerkern).

Besonderheiten ergeben sich im Zusammenhang mit einer Schätzung. Die Darlegungs- und Beweislast für die insoweit erforderlichen Anknüpfungstatsachen trägt der Vermieter; eine Ermittlung „von Amts wegen“ ist weder veranlasst noch nach den im Zivilprozess geltenden Regeln zulässig. Die Anknüpfungstatsachen für die – gegebenenfalls vorzunehmende - Schätzung sind einer Beweisaufnahme zugänglich.

Bei einer – in der gerichtlichen Praxis – häufigen negativen Feststellungsklage des Mieters ändert die Umkehr der prozessualen Parteirollen nichts an der Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Mieterhöhung: Sie verbleibt beim Vermieter.⁴¹

III Rückforderungsansprüche des Mieters

Die Entscheidung des BGH vom 17. Juni 2020 ist Rechtsanwendung, nicht etwa eine Rechtsprechungsänderung. Sie wirft die Frage danach auf, ob dem Mieter ein Rückforderungsanspruch gegen den Vermieter aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zustehen kann, wenn der Vermieter einen nach § 559 Abs. 2 BGB erforderlichen Abzug von Erhaltungskosten nicht vorgenommen hat.

War die (einseitige) Mieterhöhungserklärung (insgesamt oder teilweise) formell unwirksam, so erstreckt sich der Rückforderungsanspruch auf den gesamten für die Maßnahme(n)

⁴¹ BGH, Urt. v. 17.06.2020 – VIII ZR 81/19, nach juris Rn. 49.

geltend gemachten Erhöhungsbetrag, der von der formellen Unwirksamkeit der Erhöhungserklärung erfasst wird.

Ist die Erklärung „nur“ materiell der Höhe nach wegen des nicht vorgenommenen Abzugs unbegründet, so erfasst der Rückforderungsanspruch eben diese in der Mieterhöhungserklärung unberücksichtigten (monatlich umgelegten) Erhaltungskostenanteile.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB trägt nunmehr jedoch der Mieter.

Dem Anspruch steht – anders als bei Zahlungen des Mieters nach einer Mieterhöhung nach §§ 558ff BGB – nicht etwa das Zustandekommen einer konkludenten Vertragsänderung durch Zahlung der Erhöhungsbeträge entgegen. Die Mieterhöhung ist nach § 559b BGB aufgrund der einseitigen Erklärung des Vermieters eingetreten und setzt gerade nicht eine sich damit deckende ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Mieters voraus.

Ausnahmen können sich unter Rechtskraftgesichtspunkten bei rechtskräftiger Abweisung einer Feststellungsklage des Mieters in der Vergangenheit oder einer erfolgreichen Zwischenfeststellungsklage des Vermieters nach § 256 Abs. 2 ZPO ergeben, die in der Praxis allerdings selten verfolgt wird.

Für den Fall, dass der Mieter später einer Mieterhöhung nach § 558 BGB zugestimmt hat, dürfte die frühere Mieterhöhung nach § 559 BGB wohl erfasst werden, denn sie hat die Vertragsänderung bewirkt, die durch die einseitige Erklärung des Vermieters nach § 559b iVm § 559 BGB nicht zustande gekommen ist.

Liegen die Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB vor, ist die Rückforderung regelmäßig nicht durch die (von Amts wegen zu beachtende) rechtshindernde Einwendung des § 814 BGB ausgeschlossen. Der Ausschluss greift erst, wenn der Leistende nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er zur Leistung nicht verpflichtet ist, sondern auch weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet. Im Rahmen des § 814 BGB trägt der Vermieter als Leistungsempfänger die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der von § 814 BGB geforderten Kenntnis der Nichtschuld. Eine Beweislastumkehr oder der Beweis des ersten Anscheins greift nicht zu seinen Gunsten.⁴²

⁴² BGH, Beschl. v. 04.09.2018 – VIII ZR 100/18, WuM 2018, 712, nach juris Rn. 17ff.

Dem Rückforderungsanspruch des Mieters wird der Vermieter nicht mit Erfolg einen Anspruch auf **Anpassung des Vertrages** wegen Wegfalls oder Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 Abs. 1 BGB entgegenhalten können.

Nach den vom BGH im Zusammenhang mit der Unwirksamkeit einer Klausel zur Vornahme von Schönheitsreparaturen durch den Mieter aus § 313 BGB abgeleiteten Maßstäben, kommt eine Anpassung des Vertrages nach § 313 Abs. 1 BGB nur in Betracht, wenn einer Vertragspartei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage besteht jedoch kein Raum, wenn nach der gesetzlichen Regelung derjenige das Risiko zu tragen hat, der sich auf die Störung beruft.⁴³ Das Risiko der formellen Wirksamkeit bzw. materiellen Begründetheit der Vertragsanpassung aufgrund seiner (einseitigen) Mieterhöhungserklärung trägt der Vermieter.

Im Unterschied zur Situation bei Unwirksamkeit einer Formulklausel des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages entscheidend hinzu kommt, dass die Erhöhungserklärung des Vermieters eine Vertragsänderung bewirkt, die – entgegen den Grundsätzen des Zivilrechts – gerade nicht auf gemeinsamen Vorstellungen der Parteien beruht, die Grundlage einer Einigung geworden sind, vgl. Wortlaut des § 313 Abs. 1 BGB; die Vertragsanpassung wird vielmehr allein durch eine Partei bewirkt.⁴⁴ § 313 BGB „passt“ insoweit schon nicht.

Für die **Verjährung** gilt § 195 BGB. Danach beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre. Der Lauf der Frist beginnt nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB am Schluss des Jahres, in dem die Überzahlung erfolgt ist und der Mieter Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen erlangt hat.

IV. Zusammenfassung

1. Die modernisierende Erhaltung ist die Regel, die reine Modernisierung die Ausnahme. Folgerichtig kann auch der Nichtabzug von Erhaltungskosten nur die Ausnahme sein.

2. Das bloße Schweigen zur (Nicht-)Berücksichtigung von Erhaltungskosten führt in der Regel zur formellen Unwirksamkeit der Mieterhöhungserklärung. Ob ein in der Mieterhöhungserklärung als überflüssig unterstellter bzw. (etwa durch eine Quote)

⁴³ BGH Urt. v. 09.07.2008 – VIII ZR 181/07, WuM 2008, 560, nach juris Rn. 19.

⁴⁴ Vgl. näher und überzeugend: Bentrop, WuM 2021, 79, [83].

angegebener (Nicht-)Abzug für ersparte Erhaltungskosten zutrifft, ist eine Frage der materiellen Richtigkeit der Erklärung.

3. Die Anforderungen an die Feststellung von Abzügen für ersparte Instandsetzungen dürfen nicht zur faktischen Unmöglichkeit von Modernisierungsmieterhöhungen führen; ggf ist ein Mindesterhöhungsbetrag vom Gericht zu schätzen.

4. Bei einer formell unwirksamen Erhöhungserklärung kann der Mieter die Erhöhungsbeträge auch dann vollständig zurückfordern, wenn er sie in der Vergangenheit gezahlt hat.

5. Bei einer wegen eines unterlassenen Erhaltungskostenabzugs materiell unrichtigen Erhöhungserklärung kann der Mieter „nur“ die korrigierten Beträge zurückfordern.