Die eingeschränkte Kombinationsmethode des BGH: Zur Konkurrenz zwischen § 558 und § 559 BGB bei Mieterhöhung nach Modernisierung

I. Einleitung

Mit Urteil vom 16.12.2020 hat der BGH eine Grundsatzentscheidung zu den Mieterhöhungsmöglichkeiten nach Modernisierung der Mietwohnung getroffen.¹ Danach ist einer Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB nicht gesperrt, wenn die Miete zuvor bereits auf Grundlage der ortsüblichen Vergleichsmiete für den modernisierten Wohnraum nach § 558 BGB erhöht worden war. Allerdings ist in diesem Fall der Zuschlag nach § 559 BGB der Höhe nach begrenzt auf die Differenz zwischen dem Erhöhungsbetrag nach § 559 Abs. 1 BGB und dem Betrag, um den die Miete bereits zuvor nach § 558 BGB heraufgesetzt wurde. Beide Mieterhöhungen dürfen also in der Summe den Betrag, den der Vermieter bei einer allein auf § 559 BGB gestützten Mieterhöhung verlangen könnte, nicht übersteigen. Das Urteil erging in einem Verfahren, dessen erstes Berufungsurteil² im Jahr 2018 vom BVerfG³ aufgehoben worden war.

II. Die Konkurrenzfrage in der Theorie

Die Entscheidung des BGH ist für die Praxis wegweisend (näher unter III). Sie leidet aber an einem Begründungsdefizit, weil der BGH nicht näher mitteilt, warum die beiden Mieterhöhungsmöglichkeiten in dem von ihm für zutreffend erachteten Verhältnis stehen. Es lohnt sich daher, das Konkurrenzproblem zunächst aus theoretischer Sicht näher zu beleuchten.

1. Lösungsmodelle

Folgende Lösungen der Konkurrenzfrage sind denkbar:

1. Modernisierungsmieterhöhung und Mieterhöhung zur Ortsüblichkeit sind voneinander unabhängig. Die Erhöhung der Miete zur Ortsüblichkeit bestimmt sich auch nach Modernisierung weiterhin nach dem baulichen status quo ante. Eine etwaige Modernisierungsmieterhöhung ist ein unabhängiger Zuschlag zur sonstigen, den Änderungen nach § 558 BGB zugänglichen Miete, vergleichbar einer Betriebskostenvorauszahlung (*Abstraktionsthese*).

¹ BGH WuM 2021, 109.

² LG Berlin (ZK 67) WuM 2015, 551.

³ BVerfG ZMR 2018, 915.

2. Die Gegenposition kann man als *Konsumtionsthese* bezeichnen: Wird die Miete nach Abschluss der Modernisierungsmaßnahme nach §§ 558 ff. BGB an die ortsübliche Miete angepasst, ist eine anschließende Erhöhung der Miete nach § 559 BGB gesperrt. Zwei Spielarten sind denkbar: Für eine *uneingeschränkte Konsumtionsthese* ist es unerheblich, ob die Anpassung nach § 558 BGB sich auf modernisierten oder unmodernisierten Wohnraum bezog, während eine *eingeschränkte Konsumtionsthese* die Sperre nur im erstgenannten Fall bejaht. Nicht auf dem Boden der Konsumtions-, sondern der Abstraktionsthese steht, wer einem Vermieter, der nach § 559 BGB erhöht, anschließend die Anpassung der Miete gemäß § 558 BGB nach dem Maßstab modernisierter Wohnungen versagt und ihn weiterhin auf den Vergleichsmaßstab unmodernisierte Wohnungen verweist.

3. Eine Mittelposition ist die *Kombinationsthese*, die sukzessive Mieterhöhungen nach beiden Vorschriften unabhängig von ihrer Reihenfolge erlaubt. Nach dieser These wird also ein Modernisierungszuschlag bei einer Erhöhung nach § 558 BGB ausgeblendet (insoweit gegen die Abstraktionsthese); vor allem sperrt aber eine Erhöhung auf die ortsübliche Miete modernisierter Wohnungen eine anschließende Erhöhung nach § 559 BGB nicht per se. Zwei Unterformen dieser These kommen in Betracht: Nach der *uneingeschränkten Kombinationsthese* gilt bei sukzessiven Mieterhöhungen keine besondere Kappungsgrenze. Die *eingeschränkte Kombinationsthese* hingegen verlangt die Beachtung einer Kappungsgrenze, die in dem Gebot liegt, dass beide Mieterhöhungen in der Summe den Betrag einer Erhöhung nach § 559 BGB nicht übersteigen dürfen.

2. Würdigung

Bei der rechtlichen Würdigung ist zwischen den verschiedenen Lösungsmodellen zu unterscheiden.

a) Abstraktionsthese

Die Abstraktionsthese wird, soweit ersichtlich, nicht vertreten. Der BGH hat ihr in der Entscheidung vom 16.12.2020 mit dem Hinweis auf § 558 Abs. 1 S. 3 und Abs. 3 S. 1 BGB eine Absage erteilt, wonach Mieterhöhungen nach § 559 BGB sowohl bei der Warte- und der Jahresfrist als auch bei der Berechnung der Kappungsgrenze unberücksichtigt bleiben.⁴

Zwingend ist dieses Argument indes nicht, weil die vom BGH zitierten Regelungen ja gerade die Trennung zwischen beiden Erhöhungsregimes anordnen, auf der die Abstraktionsthese fußt. Für die Abstraktionsthese streitet, dass sie dem besonderen Charakter der

⁴ BGH WuM 2021, 109 Rn. 21.

Modernisierungsmieterhöhungen gerecht wird: § 559 BGB ist typologisch – ebenso wie § 556 BGB – eine Kostenmiete. Das spricht dafür, einen Modernisierungszuschlag von der Entwicklung der übrigen Miete abzukoppeln. Diese These vermeidet auch eine Reihe von Folgefragen. Betroffen sind vor allem die im unter III. zu erörternden Probleme. Daneben geht es aber etwa auch um die Frage, ob die Unwirksamkeit einer Erhöhungserklärung nach § 559b BGB und anschließender, durch eine spätere, diese (unwirksame) Erhöhung integrierende Erhöhung nach § 558 BGB „geheilt“ wird. Nicht zu verkennen ist indes, dass dieses Modell auch Rechtsunsicherheit birgt: Denn der Soll-Zustand bei Vertragsschluss muss für Mieterhöhungen zur Ortsüblichkeit im Streitfall ermittelt werden, obwohl er baulich aufgrund zwischenzeitlicher Modernisierungen nicht mehr vorhanden ist. Zudem drohen Schwierigkeiten bei der Ermittlung der ortsüblichen Miete, wenn Wohnungen, die dem Soll-Zustand bei Vertragsschluss entsprechen, aufgrund fortschreitender Modernisierungen des Wohnraums in der Gemeinde nicht mehr vorhanden sind.

b) Konsumtionsthese

Soweit ersichtlich wird die *uneingeschränkte Konsumtionsthese* nicht vertreten. Anders ist es mit der *eingeschränkten Konsumtionsthese*, die man bis zum Urteil des BGH vom 16.12.2020 wohl als herrschend bezeichnen konnte.⁵ Der BGH hat dieser These in jener Entscheidung indes eine Absage erteilt. Dies begründet das Gericht im Kern mit dem Zweck von § 559 BGB: Die Vorschrift solle die Modernisierung des Wohnbestands fördern, indem dem Vermieter die Möglichkeit eröffnet wird, den Modernisierungsaufwand im Wege einer - von der ortsüblichen Vergleichsmiete unabhängigen - Mieterhöhung auf den Mieter umzulegen. Diesem Ziel werde eine Auslegung nicht gerecht, die dem Vermieter die vollständige Ausschöpfung des Rechts zur Modernisierungskostenumlage erschwert, indem sie § 558 BGB - ohne Einschränkungen - eine Sperrwirkung in Bezug auf eine (weitere) Mieterhöhung nach § 559 BGB beimisst.⁶

c) Kombinationsthese

Gefolgt ist der BGH in seinem Urteil vom 16.12.2020 der eingeschränkten Kombinationsthese. Der Fall verlangte eine Entscheidung zwischen uneingeschränkter und eingeschränkter Kombinationsthese zwar nicht, weil der Vermieter von sich aus nur den Modernisierungszuschlag erhoben hatte, der nach Abzug des Betrags der vorausgegangenen Mieterhöhung zur Ortsüblichkeit verblieben war. Dennoch votierte der VIII. Zivilsenat für die

⁵ Etwa OLG Hamm WuM 1993, 106; Staudinger/V. Emmerich (2021), § 559 Rn. 11. Weitere Nachweise bei BGH WuM 2021, 109 Rn. 22.

⁶ BGH WuM 2021, 109 Rn. 25.

einschränkende Variante.⁷ Denn nur so werde eine „ungerechtfertigte mehrfache Berücksichtigung der Modernisierung“ verhindert.⁸ Methodisch handelt es sich um eine einschränkende Auslegung von § 559 BGB, die der BGH wohl auf den Telos der Norm stützt. Dass der Gesetzgeber durch § 559 BGB finanzielle Anreize zur Durchführung von Wohnungsmodernisierungen setzen wollte, spricht allerdings nicht für, sondern gegen das Ergebnis des BGH. Die vom BGH angesprochenen Bedenken gegen eine „ungerechtfertigte Berücksichtigung der Modernisierung“ richten sich daher gegen die Norm an sich.⁹ Aus theoretischer Sicht überzeugender wäre es daher gewesen, wenn der BGH mit der Abstraktionsthese den Modernisierungszuschlag von der nach § 558 BGB zu erhöhenden „Grundmiete“ getrennt hätte. Das hätte auch die im Folgenden (III) zu besprechenden Anwendungsprobleme vermieden.

Nach der Entscheidung des BGH vom 16.12.2020 steht für die Praxis indes fest, dass der Vermieter nach Abschluss der Modernisierungsmaßnahme

1. zunächst nach § 559 BGB erhöhen kann, um dann ergänzend nach § 558 BGB vorzugehen, wobei der modernisierte Zustand für die Bestimmung der ortsüblichen Miete maßgeblich ist; oder
2. zunächst nach § 558 BGB auf die ortsübliche Miete modernisierten Wohnraums und anschließend nach § 559 BGB erhöhen kann, wobei die zweite Mieterhöhung der besonderen Kappungsgrenze unterliegt, nach der die Erhöhungen in der Summe den Betrag des § 559 Abs. 1 BGB nicht überschreiten dürfen.

Noch nicht entschieden hat der BGH, ob auch ein dritter Weg zulässig ist, bei dem der Vermieter nach Abschluss der Modernisierungsmaßnahme die Miete zunächst nach § 558 BGB auf die ortsübliche Miete nichtmodernisierten Wohnraums und anschließend ohne Beachtung einer besonderen Kappungsgrenze nach § 559 BGB erhöht. In Rechtsprechung und Literatur ist diese These verbreitet.¹⁰ Sie wird kann in Sonderfällen praxisrelevant werden.

Fall 1: Die Modernisierungskosten nach § 559 Abs. 1 BGB betragen 100 Euro/Monat, eine Erhöhung unter Berücksichtigung der Miete vergleichbaren unmodernisierten Wohnraums erlaubt eine Erhöhung von 10 Euro und eine Erhöhung unter Berücksichtigung der Miete vergleichbaren modernisierten Wohnraums von 20 Euro.

⁷ BGH WuM 2021, 109 Rn. 20.

⁸ BGH WuM 2021, 109 Rn. 24.

⁹ Vgl. zu dieser Kritik etwa Staudinger/V. Emmerich (2021), § 559 Rn. 3.

¹⁰ Etwa OLG Hamm NJW 1983, 289; Schultz in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Auflage 2019, Kap. III Rn. 1643.

Hier könnte der Vermieter nach dem „dritten Weg“ die Miete insgesamt um 110 Euro erhöhen, nach dem vom BGH anerkannten Vorgehen hingegen nur um 100 Euro.

Gegen diesen „dritten Weg“ bestehen durchgreifende methodische Bedenken. Denn auf dem Boden der Kombinationstheorie wird die Modernisierung der Wohnung bei Ermittlung der ortsüblichen Miete gerade nicht ausgeblendet, wie dies nach der Abstraktionsthese der Fall ist (II 2 a). Der „dritte Weg“ bedeutet daher eine Vermengung der theoretischen Modelle, was im Interesse der Rechtssicherheit abzulehnen ist.

III. Fallgruppen - die Konkurrenzfrage in der Praxis

Im Folgenden sollen praktische Probleme der Konkurrenz zwischen § 558 BGB und § 559 BGB auf Grundlage der vom BGH vertretenen eingeschränkten Kombinationsthese untersucht werden.

1. Methode der Berechnung der besonderen Kappungsgrenze

Im Mittelpunkt der eingeschränkten Kombinationsthese des BGH steht die besondere Kappungsgrenze: Beide Erhöhungen dürfen in der Summe den Betrag des § 559 Abs. 1 BGB nicht überschreiten. Nach welcher Methode berechnet sich diese Kappungsgrenze? Vorgaben im Gesetz fehlen, da der BGH die Grenze praeter legem zur Lösung des Konkurrenzproblems entwickelt hat. Auch der BGH macht in seinem Urteil vom 16.12.2020 keine näheren Vorgaben.

Keine besonderen methodischen Schwierigkeiten bereitet die Berechnung des Betrags nach § 559 Abs. 1 BGB. Bei der Berechnung des Subtrahends stellt sich hingegen eine Frage, wenn die Erhöhung nach § 558 BGB ganz oder teilweise nicht auf dem Modernisierungszustand beruht: Ist der gesamte Erhöhungsbetrag abzuziehen oder nur der auf der Modernisierung beruhende?

Fall 2: Vertragsbeginn ist der 1.10.2015, die Miete für die 100 m² große Wohnung beträgt seitdem unverändert 1.000 Euro. Der Vermieter führt eine Modernisierungsmaßnahme durch, die am 1.4.2021 abgeschlossen ist, die für die Wohnung aufgewendeten Kosten betragen 300 Euro/Monat. Die ortsübliche Vergleichsmiete modernisierter Wohnungen beträgt 1.400 Euro, die von unmodernisiertem Wohnraum 1.200 Euro/Monat. M stimmt mit Wirkung zum 1.9.2021 einer Erhöhung zur Ortsüblichkeit auf 1.200 Euro zu.

In diesen Konstellationen überzeugt es auf der Basis der eingeschränkten Kombinationsthese, den Subtrahend nach dem Erhöhungsbetrag zu bestimmen, zu dem der Vermieter die Zustimmung nach § 558 Abs. 1 BGB nicht verlangen könnte, wäre die Mietsache nicht modernisiert worden. In Fall 2 ist der Subtrahend mithin Null.

2. Anwendung der besonderen Kappungsgrenze

Neben der Ermittlungsmethode stellen sich Fragen bei der Anwendung der besonderen Kappungsgrenze.

a) 1. Fallgruppe: Abgeschlossenes Verfahren nach § 558 BGB, anschließend Erhöhung nach § 559 BGB

Die erste Fallgruppe lag der BGH-Entscheidung vom 16.12.2020 zugrunde. In dieser Fallgruppe ist die Miete bereits nach § 558 BGB an den modernisierten Zustand angepasst worden – sei es, weil der Mieter vorprozessual zugestimmt hat oder zur Zustimmung verurteilt wurde. Nach dieser Vertragsänderung erklärt der Vermieter die Mieterhöhung gemäß § 559 BGB. Hier bereitet die Ermittlung der besonderen Kappungsgrenze rechnerisch keine Schwierigkeiten. Ist der Betrag nach § 559 Abs. 1 BGB zwischen den Parteien streitig, bedarf es – wie in anderen Streitigkeiten über § 559 BGB auch – der Entscheidung durch das Gericht, um die Grundlage der Berechnung der besonderen Kappungsgrenze zu ermitteln. Ebenfalls um ein allgemeines Problem handelt es sich, wenn der Vermieter die besondere Kappungsgrenze in seiner Erhöhungserklärung verletzt.

Fall 3: Vertragsbeginn ist der 1.10.2015, die Miete für die 100 m² große Wohnung beträgt seitdem unverändert 1.000 Euro. Der Vermieter führt eine Modernisierungsmaßnahme durch, die am 1.4.2021 abgeschlossen ist, die für die Wohnung aufgewendeten Kosten betragen 300 Euro/Monat. Die ortsübliche Vergleichsmiete modernisierter Wohnungen beträgt 1.400 Euro, die unmodernisierter Wohnungen 1.000 Euro/Monat. M stimmt mit Wirkung zum 1.9.2021 einer Erhöhung zur Ortsüblichkeit auf 1.200 Euro zu. Am 5.9.2021 erklärt V nach § 559 BGB die Erhöhung um 300 Euro/Monat.

Die Missachtung der allgemeinen Kappungsgrenze aus § 559 Abs. 3a BGB führt nach zutreffender Ansicht nicht zur Nichtigkeit der Erhöhungserklärung.¹¹ Gleiches gilt für die besondere Kappungsgrenze, wie der BGH ausdrücklich entschieden hat.¹² Es ist mithin eine Frage der Auslegung, ob der Vermieter die Miete jedenfalls um den gekappten Betrag erhöhen möchte; das ist typischerweise zu bejahen. Ist ein zu hoher Erhöhungsbetrag angegeben, ist die Erklärung mithin regelmäßig in Höhe des zulässigen Betrags wirksam.¹³ Denn der Erklärung lässt sich der Wille des Vermieters entnehmen, den bestehenden Gestaltungsgrund auszuüben und damit die Miete auch in einer geringeren Höhe anzuheben.

¹¹ Lützenkirchen MietRB 2019, 86, 92; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl. (2019), § 559 Rn. 87e; vgl. auch BGH WuM 2018, 723 Rn. 3.

¹² BGH WuM 2021, 109 Rn. 36.

¹³ So im Ergebnis, indes ohne Problematisierung, BGH WuM 2021, 109.

b) 2. Fallgruppe: Erhöhung nach § 559 BGB im laufenden Verfahren nach § 558 BGB

Die Ermittlung der besonderen Kappungsgrenze bedarf eines Subtrahenden (III 1). Dessen Berechnung ist problematisch, wenn der Vermieter die Erklärung nach § 559b BGB zu einem Zeitpunkt abgibt, in dem das Erhöhungsverfahren nach § 558 BGB mangels Zustimmungserklärung des Mieters noch nicht abgeschlossen ist.

Fall 4: Vertragsbeginn ist der 1.10.2015, die Miete für die 100 m² große Wohnung beträgt seitdem unverändert 1.000 Euro. Der Mieter führt eine Modernisierungsmaßnahme durch, die am 1.4.2020 abgeschlossen ist, die für die Wohnung aufgewendeten Kosten betragen 300 Euro/Monat. Die ortsübliche Vergleichsmiete modernisierter Wohnungen beträgt 1.400 Euro, die unmodernisierter Wohnungen 1.000 Euro/Monat. V verlangt von M mit Wirkung zum 1.9.2020 einer Erhöhung zur Ortsüblichkeit auf 1.200 Euro. M stimmt nicht zu, V erhebt Zustimmungsklage, über die noch nicht entschieden ist. Am 5.5.2021 erklärt V gestützt auf § 559 BGB eine Erhöhung um 100 Euro/Monat. M wird erst am 15.5.2021 gemäß § 558b Abs. 2 BGB zur Zustimmung zur Erhöhung um 200 Euro verurteilt.

In dieser Konstellation stößt man auf das allgemeine Problem, ob der Vermieter überhaupt nach § 559 BGB erhöhen kann, wenn die Miete sich u. U. noch nach § 558 BGB verändern wird. Verlangt man für die Wirksamkeit der Modernisierungsmieterhöhung die Nennung des Gesamtbetrags der neuen Miete¹⁴, steht der Vermieter zumindest vor Umsetzungsproblemen. Richtigerweise reicht es aber aus, wenn der Vermieter einen bestimmten oder bestimmbaren Erhöhungsbetrag mitteilt.¹⁵ Denn aus dieser Angabe wird der Umfang der Gestaltung hinreichend deutlich. Auch den Wirkungszeitpunkt muss die Erklärung nicht bezeichnen, da er aus § 559b Abs. 2 BGB folgt. In Fall 4 schuldet der Mieter den Modernisierungszuschlag also ab dem 1.8.2021.

Ein weiteres Problem ergibt sich, wenn sich im laufenden Verfahren nach § 558 BGB die vom Vermieter begehrte Erhöhung als (teilweise) unberechtigt herausstellt.

Fall 5: Wie Fall 4, nur dass M verurteilt wird, einer Erhöhung der Miete auf lediglich 100 Euro zuzustimmen.

In diesen Konstellationen stellt sich die Frage, ob der Vermieter die Miete zum zweiten Mal nach § 559 BGB die Miete erhöhen kann, nämlich um den Betrag, um den er bei der ersten Erhöhung den Modernisierungszuschlag fälschlicherweise gekappt hatte (in Fall 5: 100 Euro). Es handelt sich um einen Ausschnitt aus dem allgemeinen Problemkreis des Verbrauchs von Gestaltungsrechten. Diese werden durch wirksame Ausübung verbraucht.¹⁶ Wenn der

¹⁴ Staudinger/V. Emmerich (2021), § 559b Rn. 13.

¹⁵ Wie hier wohl Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl. (2019), § 559b Rn. 38: („insgesamt zu zahlender Erhöhungsbetrag“).

¹⁶ Allg. zum Verbrauch von Gestaltungsrechten BAG NJW 1994, 473.

Vermieter wegen einer konkreten Modernisierungsmaßnahme den möglichen Erhöhungsbetrag nicht ausgeschöpft hat, scheidet ein Nachholen mithin aus. Eine Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, da ein unbeachtlicher Motivirrtum vorliegt. Möglich ist hingegen bei der gebündelten Erhöhung aufgrund mehrerer Maßnahmen, dass eines dieser Erhöhungsrechte nicht verbraucht ist, weil die Summe der übrigen den vom Vermieter ausgesprochenen Erhöhungsbetrag ergeben. Voraussetzung ist allerdings, dass der Erhöhungserklärung zu entnehmen ist, auf welche Modernisierungsmaßnahmen der Vermieter die Mieterhöhung stützt und für welche Maßnahmen er von einer Mieterhöhung wegen der mutmaßlichen Kappung des Gesamterhöhungsbetrags absieht. Als weitere Alternative kommt für den Vermieter in Betracht, er Vermieter die ungekappede Erklärung nach § 559b BGB hilfsweise unter der Bedingung abgibt, dass die Zustimmungsklage abgewiesen wird. Hier ist zwar der Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungserklärungen berührt. Von diesem Grundsatz ist für Rechtsbedingungen aber eine Ausnahme anerkannt.¹⁷

3. Anwendung der allgemeinen Kappungsgrenzen

Beide Mieterhöhungsinstrumente werden durch Kappungsgrenzen beschränkt. § 558 Abs. 3 BGB erlaubt innerhalb von drei Jahren eine Erhöhung um maximal 20 Prozent, in durch Kappungsgrenzenverordnung ausgewiesenen Gebieten nur um 15 Prozent, wobei Erhöhungen nach den §§ 559 bis 560 BGB nicht berücksichtigt werden. Nach § 559 Abs. 3a BGB darf sich die monatliche Miete innerhalb von sechs Jahren, von Erhöhungen nach § 558 oder § 560 BGB abgesehen, abhängig von der bisherigen Miete nicht um mehr als drei bzw. zwei Euro/qm erhöhen.

a) Erhöhung der Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB um fiktiven Modernisierungszuschlag?

Verbreitet wird vertreten, dass bei der Mieterhöhung über § 558 BGB die Kappungsgrenze um einen fiktiven Modernisierungszuschlag zu erhöhen sei.¹⁸

Fall 6: Vertragsbeginn ist der 1.10.2015, die Miete für die 100 m² große Wohnung beträgt seitdem unverändert 1.000 Euro. Der Vermieter führt eine Modernisierungsmaßnahme durch, die am 1.3.2021 abgeschlossen ist, die für die Wohnung aufgewendeten Kosten betragen 100 Euro/Monat. Die ortsübliche Vergleichsmiete modernisierter Wohnungen beträgt 1.400 Euro.

Geht der Vermieter nach § 558 BGB vor, begrenzt der Wortlaut von § 558 Abs. 3 BGB die Erhöhung auf 20 bzw. 15 Prozent, im Fall 6 also auf 20 bzw. 15 Euro. Für die Erhöhung

¹⁷ Etwa Staudinger/Bork (2020), Vorbemerkung 40 zu §§ 158.

¹⁸ Etwa OLG Hamm WuM 1993, 106; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl. (2019), § 558 Rn. 174; a. A. Fleindl NZM 2016, 65.

dieser Kappungsgrenze um einen fiktiven Modernisierungszuschlag ist auf Basis der Rechtsprechung des BGH weder Raum noch Bedarf: Denn danach kann der Vermieter nach Mieterhöhung gemäß § 558 BGB einen Modernisierungszuschlag nach § 559 BGB geltend machen. Mit diesem Kombinationsmodell verträgt sich eine Vermengung beider Erhöhungsinstrumente durch Erhöhung der Kappungsgrenze um einen fiktiven Modernisierungszuschlag nicht.

b) Kappungsgrenze nach § 558 Abs. 3 BGB bei vereinbartem Modernisierungszuschlag

Nach einem Urteil des BGH aus dem Jahr 2004 bleibt bei der Berechnung der Kappungsgrenze nach § 558 Abs. 3 BGB auch eine Mieterhöhung unberücksichtigt, die auf einer einvernehmlichen Mietanpassung wegen einer Modernisierung beruht.¹⁹ Methodisch beruht diese Auffassung auf einer analogen Anwendung des Merkmals „Erhöhung nach § 559 BGB“. Mit der vom BGH in der Entscheidung vom 16.12.2020 vertretenen eingeschränkten Kombinationsthese kollidiert diese ältere Rechtsprechung nicht. Denn es kommt hier nicht zu einer „doppelten“ Berücksichtigung der Modernisierung im Rahmen der Mieterhöhung.

4. Simultanerhöhungen

Von einer Simultanerhöhung kann man sprechen, wenn der Vermieter das Mieterhöhungsverlangen nach § 558a BGB und die Gestaltungserklärung nach § 559b BGB in einem Dokument bündelt.

Fall 7: Vertragsbeginn ist der 1.10.2015, die Miete für die 100 m² große Wohnung beträgt seitdem unverändert 1.000 Euro. Der Mieter führt eine Modernisierungsmaßnahme durch, die am 1.8.2021 abgeschlossen ist, die für die Wohnung aufgewendeten Kosten betragen 100 Euro/Monat. Die ortsübliche Vergleichsmiete modernisierter Wohnungen beträgt 1400 Euro. V möchte am 1.9.2021 gleichzeitig

- nach § 558 BGB die Miete um 20% erhöhen;
- nach § 559 BGB einen Modernisierungszuschlag erheben.

Nach – hier abgelehnter (II 2 c) – h. M. kann der Vermieter

- entweder die Miete zur Ortsüblichkeit unmodernisierter Wohnungen anpassen und anschließend den ungekappten Modernisierungszuschlag zu erheben;
- oder die Miete zur Ortsüblichkeit modernisierter Wohnungen anzupassen und anschließend den gekappten Modernisierungszuschlag erheben kann.

Folgt man dem, so muss sich den Erklärungen des Vermieters – notfalls im Wege der Auslegung – entnehmen lassen, welche Variante er gewählt hat.²⁰ In Zweifelsfällen ist die

¹⁹ BGH NJW 2004, 2088; a. A. etwa Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl. (2019), § 558 Rn. 178.

²⁰ Vgl. LG Berlin GE 2017, 592; Fleindl NZM 2016, 65, 72; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 14. Aufl. (2019), Vor § 558 Rn. 8.

Begründung des Verlangens nach § 558 BGB danach zu untersuchen, auf welche Vergleichsmietengruppe der Vermieter sein Verlangen stützt.

5. Verzicht auf Modernisierungsmieterhöhung

§ 559 BGB ist ein Gestaltungsrecht des Vermieters, auf das der Vermieter nach allgemeinen Grundsätzen verzichten kann.²¹ Ob ein solcher Verzicht konkludent erklärt wird, wenn der Vermieter nach Modernisierung erst nach § 558 BGB vorgeht, ist eine Frage der Umstände des Einzelfalls. Keinesfalls darf ein Verzichtswille unterstellt werden.²²

IV. Fazit

Der BGH vertritt mit der eingeschränkten Kombinationsmethode ein vertretbares Konzept zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen § 558 und § 559 BGB bei einer Mieterhöhung nach Modernisierung. Wie nach anderen zentralen Weichenstellungen stellen sich auch hier Folgefragen. Es wäre aus theoretischer Sicht indes überzeugender gewesen, wenn der BGH mit der Abstraktionsmethode den Modernisierungszuschlag von der nach § 558 BGB zu erhöhenden „Grundmiete“ dauerhaft getrennt hätte. Dadurch wären nämlich die im Beitrag erörterten Folgefragen vermieden, vor allem aber die rechtspolitisch zweifelhafte Vorschrift des § 559 BGB stärker eingeeht worden.

²¹ Vgl. BGH WuM 2021, 109 Rn. 34.

²² Vorschnell einen Verzicht bejahend LG Berlin (ZK 67) WuM 2015, 551.