

Hubert Blank

## **Die Regelungen zur Mietpreisbremse**

### **I. § 556d: Zulässige Miethöhe bei Mietbeginn; Verordnungsermächtigung**

#### **1. Überblick**

Die geplanten im Unterkapitel 1a (§§ 556d bis § 556g) zusammengefassten Regelungen dienen der Dämpfung des Mietanstiegs in angespannten Wohnungsmärkten. Zu diesem Zweck bestimmt der Gesetzentwurf, dass die beim Abschluss eines Mietvertrags zulässige Miethöhe die ortsübliche Vergleichsmiete grundsätzlich um höchstens 10% übersteigen darf (§ 556d Abs.1). Die Vorschriften gelten nur, wenn der Wohnraum in einem Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt. Anlass der Novellierung ist die Erwägung, „dass vor allem einkommensschwächere Haushalte, aber inzwischen auch Durchschnittsverdiener immer größere Schwierigkeiten haben, in den betroffenen Gebieten eine für sie noch bezahlbare Wohnung zu finden“.<sup>1</sup> Die geplanten Regelungen dienen also zum einen dem Interesse der Bevölkerung an der Versorgung mit Mietwohnungen zu angemessenen (nämlich dem Durchschnittseinkommen angepassten) Mietpreisen. Zum anderen sollen die Mietchancen einkommensschwacher Mieter gegenüber den zahlungskräftigeren Konkurrenten durch die Festlegung der zulässigen Miethöhe verbessert werden. Von der generellen Bindung der Vertragsmiete an die ortsübliche Vergleichsmiete gibt es im Wesentlichen zwei Ausnahmen: Zum einen besteht ein Bestandschutz für die Mietpreise solcher Wohnungen, die vor dem Inkrafttreten der Novellierung zu einer höheren als der nach § 556d Abs.1 zulässigen Miethöhe vermietet wurden; hier darf der Vermieter auch mit dem Nachfolgemietler die sog. „Vormiete“ verlangen (§ 556e Abs.1). Zum anderen werden Neubauwohnungen und umfassend modernisierte Wohnungen unter bestimmten Voraussetzungen vom Anwendungsbereich der Novellierung ausgenommen, damit der Wohnungsneubau und die Wohnungsmodernisierung nicht behindert werden (§ 556f). Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit den zivilrechtlichen Problemen bei der Auslegung und Anwendung der neuen Vorschriften. Verfassungsrechtliche und rechtspolitische Aspekte<sup>2</sup> werden hier nicht behandelt.

#### **2. Voraussetzungen des § 556d**

---

<sup>1</sup> Gesetzesbegründung unter A.

<sup>2</sup> vgl. dazu etwa: Leuschner NJW 2014,1929; Börstinghaus DWW 2014,202, Derleder WuM 2013,383; WuM 2014,443 Schultz ZRP 2014,37, Herlitz ZMR 2014,262 sowie die Stellungnahmen des Deutschen Richterbunds Nr.8/14 und der Bundesrechtsanwaltskammer Nr.19/2014.

## **a) Mietvertrag über Wohnraum**

Die geplanten Regelungen gelten nur für die Wohnraummiete. Es gilt der allgemeine Wohnraumbegriff. Danach liegt ein Wohnraummietverhältnis vor, wenn der Mieter die Räume als Wohnung für sich oder seine Familie nutzen will.

### **aa) Mischräume, insbesondere Wohnung mit Garage/Abstellplatz**

Die sog. „Mischräume“ gelten als Wohnraum, wenn der Wohnzweck überwiegt, etwa bei der Anmietung einer Wohnung mit Garage. Maßgeblich für die Zuordnung ist u.a. der Parteiwille, also die gemeinsamen und übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien darüber, welche Art der Nutzung im Vordergrund steht.<sup>3</sup> Entscheidend ist allerdings nicht, ob die Parteien in der Vertragsurkunde das Mietverhältnis als Wohn- oder Geschäftsraummietverhältnis bezeichnen; vielmehr ist auf den wirklichen Willen der Parteien abzustellen. Ein hiervon abweichender, bloß vorgetäuschter Nutzungszweck ist unbeachtlich.<sup>4</sup> Nur im Zweifelsfall können die Parteien durch eine vertragliche Regelung klarstellen, nach welchem Recht das Mietverhältnis beurteilt werden soll.<sup>5</sup> Bei der Anmietung einer Wohnung mit Garage kann die Zuordnung zum Wohnungsmietrecht aber nicht zweifelhaft sein.

Jedoch stellt sich bei diesen Mietverhältnissen die Frage, wie die ortsübliche Miete zu bestimmen ist. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn für das Mietobjekt ein einheitlicher Preis -ohne besondere Ausweisung der Miete für die Garage- vereinbart ist. Mietspiegel in der diese Wohnungsgruppe als besondere Kategorie ausgewiesen wird, dürfte es nicht geben. Im Mieterhöhungsverfahren -wo die Bewertung der Garage ebenfalls eine Rolle spielt- hat es sich eingebürgert, den ortsüblichen Preis für Garagen vergleichbarer Art zu ermitteln und diesen Mietanteil als eine Art Zuschlag zur ortsüblichen Wohnungsmiete zu behandeln. Dieser Weg bietet sich auch bei der Bestimmung der zulässigen Miethöhe im Rahmen des § 556d Abs.1 an.

In manchen Mietverträgen ist der Garagenpreis gesondert ausgewiesen. Dieser Umstand allein hat nicht zur Folge, dass hinsichtlich der Wohnung einerseits und der Garage andererseits jeweils separate, von einander unabhängige Verträge zustande kommen. Vielmehr liegt auch hier ein einheitlicher Vertrag vor, so dass sich die Frage stellt, ob der Garagenwert zwingend nach der im Mietvertrag vereinbarten Aufteilung zu bestimmen ist. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn der Garagenanteil besonders hoch

---

<sup>3</sup> BGH WuM 1986,274; BGH Urteil vom 9.7.2014 -VIII ZR 376/13; OLG Düsseldorf WuM 2007,65,66; OLG Karlsruhe WuM 2012,666.

<sup>4</sup> BGH Urteil vom 9.7.2014 -VIII ZR 376/13.

<sup>5</sup> Blank in: Schmidt-Futterer vor § 535 Rdn.109.

angesetzt ist, etwa das Doppelte der ortsüblichen Garagenmiete beträgt. Hier ist zu bedenken, dass die gesonderte Ausweisung eines Garagenanteils beim einheitlichen Vertrag lediglich als Rechenwert für die Zusammensetzung der Miete und nicht als selbständige Preisvereinbarung zu bewerten ist. Der Garagenwert wäre also auch hier mit dem ortsüblichen Wert anzusetzen.

Anders dürfte es sein, wenn die Wohnung und die Garage auf Grund rechtlich selbständiger Verträge vermietet werden. Für Garagen besteht keine Preisbindung, so dass die Parteien -bis zur Wuchergrenze- einen beliebig hohen Preis vereinbaren können. Der Vermieter kann also die Wohnung unter Beachtung des § 556d Abs.1 zu einem moderaten Preis anbieten und für die Garage oder den Stellplatz einen sehr hohen Preis verlangen. Auch steht es dem Vermieter frei nur mit solchen Interessenten abzuschließen, die bereit sind, beide Mietgegenstände anmieten. Die Regelung des § 556d Abs.3 steht dieser Vertragspraxis ebensowenig entgegen wie Gesichtspunkte der Sittenwidrigkeit oder der Grundsatz von Treu und Glauben.

#### **bb) Wohnraummiete kraft Vereinbarung**

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt ein Geschäftsraummietverhältnis vor, wenn der Mieter die Räume nicht selbst als Wohnung nutzen sondern diese einem Dritten überlassen will. Dies gilt auch wenn eine juristische Person eine Wohnung mietet um sie einem Gesellschafter oder ihrem Geschäftsführer zu überlassen.<sup>6</sup>

Allerdings können die Parteien vereinbaren, dass für die Durchführung und Beendigung des Mietverhältnisses die Regeln über die Wohnraummiete maßgeblich sein sollen. Hierfür genügt es allerdings nicht, wenn die Parteien den Vertrag unter Verwendung eines für die Wohnraummiete gedachten Formulars schließen.<sup>7</sup> Sind in dem Vertragsformular aber -wie häufig- die Vorschriften über die Mieterhöhung (§§ 558 ff BGB) wiedergegeben, so sind diese als Vertragsregelungen zu beachten. Die Regelungen des Unterkapitels 1a gelten jedoch nur dann, wenn sich dies aus dem Mietvertrag mit hinreichender Deutlichkeit ergibt. In der Regel dürfte dies nicht der Fall sein. Haben die Parteien eine höhere als die nach § 556d Abs.1 zulässige Miete vereinbart, so kommt hierin hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Vorschrift nicht gelten soll.

#### **cc) Zweitwohnungen**

Wohnraummiete liegt auch dann vor, wenn der Mieter die Räume lediglich als Zweitwohnung nutzen will. Fraglich kann

---

<sup>6</sup> BGH NJW 2008,3361 = GuT 2008,361.

<sup>7</sup> OLG Frankfurt ZMR 2011,119.

allenfalls sein, ob der spezielle Schutzzweck der Vorschrift eine einschränkende Auslegung nahelegt. Hierfür könnte sprechen, dass diese Mietergruppe i.d.R. nicht auf die Wohnung angewiesen und deshalb nicht schutzbedürftig ist. Jedoch ist zu bedenken, dass die miethpreisbegrenzenden Vorschriften nicht nur den einzelnen Mieter schützen will. Die Vorschrift soll auch bewirken, dass Wohnungssuchende unabhängig von ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen eine Chance zur Anmietung einer für sie bezahlbaren Wohnung erhalten (s. oben). Deshalb ist es sachgerecht, wenn der Anwendungsbereich auch die Mietverhältnisse über Zweitwohnungen erfasst.

## **b) Vertragsschluss**

### **aa) Erneuerung eines Mietverhältnisses**

Nach dem Wortlaut des § 556d Abs.1 setzt die Anwendung der Preisbegrenzung voraus, dass „ein Mietvertrag über Wohnraum abgeschlossen“ wird. Danach gilt die Regelung zunächst für solche Mietverhältnisse, die nach einem Wohnungswechsel mit dem nachfolgenden Mieter begründet werden. Allerdings sind Fälle denkbar, in denen ein beendetes Mietverhältnis mit dem bisherigen Wohnungsnutzer erneuert wird.

**Fall:** Der Vermieter (V.) hat das mit dem Mieter (M.) bestehende Mietverhältnis fristlos wegen ständig unpünktlicher Mietzahlung gekündigt. Nach Zugang der Kündigung erklärt V., er nehme die Kündigung zurück, wenn M. sich zur Zahlung einer höheren Miete als bisher bereit erklärt. Die verlangte Miete überschreitet die ortsübliche Miete um 15%. M. erklärt sich mit der Mieterhöhung einverstanden.

Hier stellt sich die Frage, ob die Mietpreisvereinbarung gegen § 556d Abs.1 verstößt. Nach allgemeiner Ansicht ist die Rücknahme einer Kündigung nicht möglich.<sup>8</sup> Die Parteien können sich allerdings vertraglich auf die Fortsetzung des Mietverhältnisses oder auf die Neubegründung des Mietvertrags einigen. In eine solche Vereinbarung ist die Rücknahme einer Kündigung regelmäßig umzudeuten. Da das Zustandekommen eines solchen Vertrags vom Willen des Vermieters abhängt, kann dieser den Vertragsschluss (die „Rücknahme“ der Kündigung) von der Bereitschaft des Mieters zur Zahlung einer höheren Miete abhängig machen. Eine Vereinbarung über die Fortsetzung des Mietvertrags wird von § 556d Abs.1 nicht erfasst. Anders ist es, wenn sich die Parteien für die Neubegründung des Mietverhältnisses entscheiden. Nach Rechtsprechung des BGH und h.M. kann ein bereits beendetes Mietverhältnis nicht fortgesetzt, sondern nur neu begründet werden.<sup>9</sup> Eine Fortsetzung ist nach dieser Meinung nur möglich, wenn die Vereinbarung vor Ablauf einer Kündigungsfrist zustande kommt. Im Beispielsfall hat der Vermieter fristlos gekündigt. Mit dem

---

<sup>8</sup> s.Blank in: Schmidt-Futterer § 542 BGB Rdn.89 m.w.N..

<sup>9</sup> BGHZ 139,123 = WuM 1998,599.

Zugang der Kündigung wurde das Mietverhältnis beendet. Die Rücknahme wäre in ein Angebot des Vermieters zum Abschluss eines Mietvertrags zu bewerten, wobei die Mietpreisvereinbarung gegen § 556d Abs.1 verstößt.

Der BGH hat die These, dass ein beendetes Mietverhältnis nur neu begründet werden kann, nicht näher begründet. Sie überzeugt nicht. Wird der Gebrauch der Mietsache nach Beendigung des Mietvertrags vom Mieter fortgesetzt und wird der Vertragsfortsetzung von keiner Partei widersprochen, so gilt § 545 BGB. Danach „verlängert sich das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit“. Die Identität des Mietverhältnisses bleibt im übrigen unverändert. Das Mietverhältnis wird nicht neu begründet, sondern fortgesetzt. Wenn aber eine gesetzliche Regelung vorsieht, dass ein beendetes Mietverhältnis fortgesetzt werden kann, dann kann dieselbe Rechtsfolge wohl auch vertraglich vereinbart werden.

#### **bb) Parteiwechsel, Novation**

**Fall:** M. hat seine Freundin in die Wohnung aufgenommen, mit der er in Form einer nichtehelichen Gemeinschaft zusammen lebt. Als die Beziehung scheidet, entschließt sich M. zum Auszug; die Freundin soll die Wohnung als Mieterin übernehmen. V. ist bereit die Freundin als Mieterin zu akzeptieren wenn diese sich zur Zahlung einer höheren Miete bereit erklärt. Die verlangte Miete überschreitet die ortsübliche Miete um 15%. Die Freundin erklärt sich mit dieser Lösung einverstanden.

Auch hier stehen den Parteien im Grundsatz zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Zum einen kann der Vermieter den bisherigen Mieter durch Aufhebungsvertrag aus dem Mietverhältnis entlassen und mit der Freundin einen neuen Mietvertrag schließen. Zum anderen kann aber auch ein Mieterwechsel vereinbart werden. Dieser kommt zustande, wenn sich die Parteien einig sind, dass M. aus dem Vertrag ausscheidet und dessen Freundin in den Mietvertrag eintritt. Im erstgenannten Fall spricht man von einer Novation; im zweitgenannten Fall von einem Parteiwechsel. Die Novation wird von § 556d Abs.1 erfasst, der Parteiwechsel nicht.

#### **bb) Ersatzmieter/Parteistellen**

**Fall:** In einem im Jahre 2014 abgeschlossenen Mietvertrag über eine in Stuttgart gelegene Wohnung ist ein wechselseitiger Verzicht der Parteien auf die ordentliche Kündigung für die Dauer von 4 Jahren vereinbart. Im Jahre 2015 muss M. seinen Wohnsitz aus beruflichen Gründen nach Berlin verlegen. V. erklärt sich mit einer Entlassung des M. aus dem Mietverhältnis einverstanden, wenn dieser einen Ersatzmieter stellt.

Für die Anwendung des § 556d kommt es darauf an, ob der Ersatzmieter im Wege des Parteiwechsels an Stelle des M. in das Mietverhältnis eintritt oder ob zwischen V. und dem Ersatzmieter ein neues Mietverhältnis begründet wird. Im

erstgenannten Fall wird kein (neuer) Mietvertrag abgeschlossen; es bleibt bei der mit M. vereinbarten Miete.

Hier stellt sich die Frage, ob der Ersatzmieter den Anspruch aus § 556g geltend machen kann, wenn die zwischen V. und M. vereinbarte Miete gegen § 556d verstößt. Dies ist im Beispielsfall zu verneinen, weil die Preisvereinbarung vor Inkrafttreten der Novelle geschlossen wurde; sie ist also auch dann wirksam, wenn der Mietpreis die ortsübliche Miete um mehr als 10% überschreitet.

Schließt V. dagegen mit dem Ersatzmieter einen neuen Mietvertrag ab, so ist § 556d zu beachten.

**Variante:** V. ist mit der Entlassung des M. aus dem Mietvertrag nicht einverstanden.

Hier wäre in Erwägung zu ziehen, ob M. einen Anspruch gegen V. aus § 242 auf Entlassung aus dem Mietvertrag hat. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>10</sup> kann der Mieter seine vorzeitige Entlassung aus dem Mietverhältnis verlangen, wenn er hieran „ein berechtigtes Interesse“ hat und dem Vermieter „einen geeigneten und zumutbaren Ersatzmieter (Nachmieter) stellt.“ Erforderlich ist außerdem, dass „das berechtigte Interesse des Mieters an der Aufhebung dasjenige des Vermieters am Bestand des Vertrags ganz erheblich überragt“.<sup>11</sup> Es ist also eine Interessenabwägung vorzunehmen, die im Beispielsfall wohl zugunsten des Mieters ausfällt. Der Vermieter darf in diesem Fall aus den genannten Gründen keinen neuen Mietvertrag mit dem Ersatzmieter schließen.

### **c) Angespannter Wohnungsmarkt**

#### **aa) Die Legaldefinition in § 556d Abs.2**

Die Anwendung der Vorschriften des Unterkapitels 1a setzt voraus, dass der Wohnraum „in einem Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt“. Für dieses Tatbestandsmerkmal gilt die Legaldefinition in § 556d Abs.2. Diese besteht aus zwei Tatbestandselementen. Um einen muss die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen in einer Gemeinde oder einem Teil der Gemeinde zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet sein. Zum anderen ist erforderlich, dass die jeweilige Landesregierung diese Gebiete durch Rechtsverordnung bestimmt hat. Es genügt, wenn die Mangellage objektiv gegeben ist. Es ist nicht erforderlich, dass der Vermieter die Mangellage kennt.

#### **bb) Die Grundstruktur der Vorschrift**

<sup>10</sup> BGH WuM 2003,204.

<sup>11</sup> so ausdrücklich: OLG Karlsruhe NJW 1981,1741; ähnlich OLG Hamm WuM 1995,577; OLG Oldenburg WuM 1981,125.

Die beiden Tatbestandelemente müssen kumulativ vorliegen. Es genügt also nicht, dass in einer Gemeinde ein Versorgungsengpass besteht; umgekehrt reicht es nicht aus, dass die Landesregierung eine entsprechende Verordnung erlassen hat. Dies führt zu der Frage, welche Rechtsfolge gilt, wenn eine bestimmte Gemeinde zwar in die Verordnung aufgenommen wurde, das Gericht aber die Meinung vertritt, dass der Wohnungsmarkt ausgeglichen ist. Kann das Gericht dann die Verordnung ignorieren? Derleder hat diese Frage am Beispiel der Auslegung des rechtsähnlichen § 558 Abs.3 Satz 2 BGB, (betreffend die Absenkung der Kappungsgrenze) untersucht. Hier vertritt Derleder die Ansicht, dass das Gericht an die Verordnung gebunden ist.<sup>12</sup> Anders gewendet: Solange und soweit die Verordnung besteht ist sie auch dann zu beachten, wenn mit Gewissheit feststeht, dass die Mangellage fortgefallen ist. Derleder stützt seine Ansicht im Wesentlichen auf das Rechtsstaatsprinzip aus dem er ableitet, dass die Rechtsprechung die Vorgaben der Legislative zu beachten hat. Es müsse verhindert werden, „dass der Mietrichter einfach und ohne weitere Prüfung die besondere Gefährdung verneint, obwohl die Landesregierung sie bejaht hat“. Das Argument überzeugt nicht. Zum einen steht es dem Gericht (selbstverständlich) nicht zu, die Mangellage „einfach und ohne weitere Prüfung“ zu verneinen; wie allgemein kann ein Gericht sein Urteil nur auf eine sichere Tatsachengrundlage stützen. Zum anderen erscheint der Wortlaut des Gesetzes eindeutig: Er setzt nicht nur die Existenz einer Verordnung, sondern auch eine Mangellage voraus.<sup>13</sup> Im Streitfall könnte der Vermieter also beispielsweise einwenden, dass die Verordnung auf einem fehlerhaften Ansatz beruhe und entgegen den wirklichen Gegebenheiten keine Mangellage bestehe oder dass die Mangellage nach dem Erlass der Verordnung -etwa auf Grund einer regen Bautätigkeit- wieder entfallen sei. Das Gericht müsste diesem Einwand nachgehen; der Hinweis auf den Fortbestand der Verordnung genügt nicht. Das führt zu komplizierten Beweislastproblemen. Für die Mangellage ist wohl der Mieter beweispflichtig, weil er die tatsächlichen Voraussetzungen des Rückforderungsanspruch nach § 556g Abs.2 Satz 1 darlegen und beweisen muss; dazu gehört auch, dass die Mangellage noch besteht. Fraglich ist, ob die Verordnung die Mangellage indiziert; dies ist deshalb zweifelhaft, weil es möglich ist, dass die betreffenden Gebiete nicht auf der Grundlage von ausreichendem Datenmaterial sondern willkürlich bestimmt werden.

## **cc) Ermittlung der Mangellage/Wunschvorstellungen der Politik**

### **(1) Statistische Erhebungen**

<sup>12</sup> Derleder WImmT 2013,131,141.

<sup>13</sup> ebenso: Börstinghaus DWW 2014,202,205.

Die Gesetzesbegründung schlägt vor, bei der Ermittlung der Mangellage drei Kriterien zu beachten. Zum einen soll „eine tatsächliche statistische Erhebung stattfinden, es sei denn zeitnah erhobenes Datenmaterial steht bereits zur Verfügung“. Zum anderen sei „besonderes Augenmerk auf die plausible Abgrenzung der ausgewiesenen Gebiete zu richten“. Schließlich soll berücksichtigt werden, „ob die Vertragsparteien die...zulässige Miete mit zumutbarem Aufwand ermitteln können“. Im Klartext: Bei der Entscheidung über den Erlass einer Verordnung kann berücksichtigt werden, ob in der betreffenden Gemeinde ein Mietspiegel existiert.<sup>14</sup> Dieses Kriterium erscheint auf den ersten Blick sachfremd, weil zwischen der Mangellage und der Transparenz der Mietpreise kein Zusammenhang bestehen muss. Gleichwohl ist die betreffende Forderung nicht unberechtigt, weil Gesetze praxisingerecht zu gestalten sind. Die Mietvertragsparteien müssen in der Lage sein, die jeweils zulässige Miete mit zumutbaren Mitteln zu erkennen.

## **(2) Beschränkung auf Mietspiegelgemeinden?**

Eine andere Frage ist es, ob sich hieraus zwingend ergibt, dass in die Verordnung nur Mietspiegel-Gemeinden aufzunehmen sind. Aus dem Wortlaut des § 556d Abs.2 ergibt sich dies nicht. Jedoch könnten verfassungsrechtliche Erwägungen eine solche Beschränkung rechtfertigen.

## **(3) Maßnahmenplan zur Beseitigung des Wohnungsmangels?**

Die Gesetzesbegründung schlägt darüber hinaus vor, dass für die in der Verordnung ausgewiesenen Gebiete „die Erarbeitung eines Maßnahmenplans zur Beseitigung des Wohnungsmangels ...geprüft und in die Abwägung ob eine einsprechende Verordnung erlassen wird, einbezogen werden.“ Es ist allerdings zweifelhaft, ob hieraus abzuleiten ist, dass eine Verordnung nur in Verbindung mit einem Wohnungsbauprogramm erlassen werden kann. Die Frage ist zu verneinen: die in der Gesetzesbegründung angedachte „Paketlösung“ ist sicher wünschenswert; sie findet allerdings im Gesetzestext keinen Niederschlag und ist auch nicht auf Grund übergeordneter Prinzipien geboten.

## **dd) Ermittlung der Mangellage/(Vermutete) Praxis der Landesregierungen**

### **(1) Erweiterung der Verordnungen nach § 558 Abs.3 (Absenkung der Kappungsgrenze) auf die Mietpreisbegrenzung nach § 556d**

---

<sup>14</sup> RefEntw.S.30.

Der Tatbestand des § 556d Abs.2 entspricht im Ergebnis den Regelungen in §§ 558 Abs.3 Sätze 2 und 3 (Absenkung der Kappungsgrenze) und in § 577a Abs.2 (verstärkter Kündigungsschutz bei der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen). Die Regelungen über die Absenkung der Kappungsgrenze auf 15% (§ 558 Abs. 3 Satz 2 u. 3) wurden durch Art. 1 Nr. 7 Buchst. b des Gesetzes vom 11.3.2013 (BGBl.I 434) mit Wirkung vom 1.5.2013 in das BGB eingefügt. Bereits wenige Tage später, nämlich am 3.5.2013 (Bayern) und 7.5.2013 (Berlin) traten die ersten Verordnungen in Kraft, durch die zahlreiche Gemeinden dem Anwendungsbereich der Neureglung unterstellt wurden. Dieser zeitliche Zusammenhang zeigt, dass die Verordnungen nicht auf Grund statistischer Erhebungen erlassen wurden. Es ist nicht nur möglich, sondern naheliegend, dass der Anwendungsbereich der bereits bestehenden Verordnungen nach § 558 Abs.3 ohne weitere Marktuntersuchung erweitert wird. Dies führt zu der Frage, ob eine vorherige Datenerhebung möglicherweise als (ungeschriebene) Tatbestandsvoraussetzung erforderlich ist. Die Frage ist zu verneinen. Eine Überprüfung der Verordnungen auf ihre Übereinstimmung mit § 556d Abs.2 ist nur im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens möglich.

## **(2) Kontrolle der Marktentwicklung?**

Nach der Ermächtigungsgrundlage in § 556d Abs.2 Satz 2 ist eine Verordnung zu befristen: sie darf „höchstens“ auf die Dauer von fünf Jahren erlassen werden. Aus der Verwendung des Begriffs „höchstens“ folgt, dass zwar kürzere aber keine längeren Laufzeiten möglich sind. Beim Ablauf der Befristung kann der Ordnungsgeber die Laufzeit verlängern, was aus dem Begriff „jeweils“ abzuleiten ist. Wird die Verordnung nicht verlängert, so tritt sie ohne weiteres außer Kraft. Fraglich ist, ob es eine Rolle spielt, wenn sich die Wohnungsmarktsituation während der Laufzeit der Verordnung ändert. Zu diskutieren ist der Fall, dass in der Gemeinde auf Grund einer regen Bautätigkeit oder wegen der Abwanderung erheblicher Teile der Bevölkerung die Mangelsituation beseitigt wird. Hier stellt sich zum einen die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Landesregierung die Verordnung vor Ablauf der Befristung außer Kraft setzen muss. Zum anderen ist in Erwägung zu ziehen, ob die Verordnung möglicherweise ohne Zutun des Ordnungsgebers außer Kraft tritt, wenn die Mangelsituation nicht mehr besteht.

Zur Zweckentfremdungsverordnung hat das BVerwG entschieden, dass es grundsätzlich dem Normgeber überlassen ist, „den Zeitpunkt zu bestimmen, von dem an der Wandel der Verhältnisse eine angleichende Änderung der Rechtslage geboten erscheinen lässt.“<sup>15</sup> Dann -und nur dann- ist es aus verfassungsrechtlichen

---

<sup>15</sup> BVerwG WuM 1980,151.

Gründen geboten, die Verordnung aufzuheben. Solange eine Verordnung nicht förmlich aufgehoben wird, ist sie zu beachten; eine Verordnung tritt also grundsätzlich nicht allein deshalb außer Kraft, weil der Ermächtigungstatbestand nachträglich fortgefallen ist.<sup>16</sup> Es sind allerdings Ausnahmen denkbar. So soll eine Verordnung ohne weiteres außer Kraft treten, wenn ein Ende der Mangellage auf dem Wohnungsmarkt insgesamt deutlich in Erscheinung tritt und die Verordnung daher entbehrlich geworden ist.<sup>17</sup>

## **ee) Ermittlung der Mangellage/Einzelne Tatbestandselemente**

### **(1) Das Merkmal der „ausreichenden Versorgung“**

Dieses Merkmal kann sich sowohl auf das Verhältnis von Nachfrage und Angebot als auch auf den tatsächlich vorhandene Wohnraumbestand beziehen. Ein Beispiel: Vom Standpunkt der Wohnraumbewirtschaftung wird der Wohnraumbedarf eines Ehepaars mit einem erwachsenen Kind durch eine 4-Zimmerwohnung durchaus gedeckt. In einem marktwirtschaftlich orientierten Gemeinwesen kann es aber nicht auf den tatsächlichen Bestand ankommen. Will sich das erwachsene Kind von den Eltern lösen, so deckt die existierende 4-Zimmerwohnung zwar den Bedarf der Familie, nicht aber die Wohnungswünsche ihrer Mitglieder. Sind die gewünschten Wohnungen nicht vorhanden oder nicht zu bezahlen, so muss man von einem angespannten Wohnungsmarkt sprechen, weil die Nachfrage nach Wohnungen größer ist als das Angebot. Für die Frage, ob die Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen gefährdet ist, kommt es also auf das Verhältnis von Angebot und Nachfrage und nicht auf das Verhältnis der Haushalte zu den vorhandenen Wohnungen an.

### **(2) Das Merkmal „Gemeinde oder einem Teil der Gemeinde“**

Das Gesetz sieht nach seinem Wortlaut eine räumliche Erfassung und Begrenzung der Mangelsituation bezogen auf die Gemeinde oder auf Gemeindeteile vor. Gemeint ist die jeweilige Verwaltungseinheit oder bestimmte Ortsteile bzw räumlich abzugrenzende Gebiete, etwa einzelne Quartiere oder Straßen. Problematisch ist hier, ob der Ordnungsgeber verpflichtet ist, den Wohnungsmarkt der jeweiligen Gemeinden kleinräumig zu untersuchen und auszuweisen. Dies wird auf den Einzelfall ankommen. In einer Großstadt ist eine differenzierte Untersuchung wohl unerlässlich; in einer kleinen Gemeinde kann dies anders sein.

### **(3) Der Begriff der „Wohnungsmärkte“**

---

<sup>16</sup> BVerwG a.a.O..

<sup>17</sup> BVerwG WuM 1980,151; NZM 2003,606.

Was ist unter dem Begriff der „Wohnungsmärkte“ zu verstehen? Die gesetzliche Regelung in § 556d Abs.2 spricht nicht vom „Wohnungsmarkt“ sondern von den „Wohnungsmärkten“, verwendet also den Plural. Dies ist sachgerecht, weil der Wohnungsmarkt zumindest in den größeren Gemeinden aus Teilmärkten gebildet wird. So gibt es einen Markt für Kleinwohnungen, einen für Großwohnungen, für Einfamilienhäuser etc. Dies ist von praktischer Bedeutung. Besteht in einer Gemeinde ein ausreichendes Angebot an Großwohnungen aber ein knappes Angebot an Kleinwohnungen bei hoher Nachfrage nach diesen Wohnungen, so stellt sich die Frage, ob die Landesregierung diese Gemeinde insgesamt als Gebiet mit angespannten Wohnungsmarkt ausweisen kann und ob in einem solchen Fall auch die Großwohnungen der Mietpreisbegrenzung unterliegen. M.E. wird eine solche Praxis durch die Verordnungsermächtigung nicht gedeckt, weil unter dem Begriff des angespannten Wohnungsmarktes sowohl der Gesamtmarkt also auch ein Teilmarkt zu verstehen ist. Daraus ist abzuleiten, dass in dem Beispielsfall die Verordnung auf den Teilmarkt zu beschränken ist.<sup>18</sup>

#### **(4) Der Begriff der „angemessenen Bedingungen“**

Unter dem Begriff der „Bedingungen“ ist hier wohl der Mietpreis gemeint. Wann ist ein Mietpreis angemessen? Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist ein Preis einer Ware angemessen, wenn er die Herstellungskosten deckt und dem Produzenten einen Gewinn in üblicher Höhe abwirft. Bei einer Wohnung wäre dies wohl die Kostenmiete. Diese ist aber offensichtlich nicht gemeint. Der Gesetzentwurf führt dazu aus,

„dass vor allem einkommensschwächere Haushalte, aber inzwischen auch Durchschnittsverdiener immer größere Schwierigkeiten haben, in den betroffenen Gebieten eine für sie noch bezahlbare Wohnung zu finden“

Nach diesem Verständnis ist ein Mietpreis angemessen, der aus dem Einkommen der Durchschnittsverdiener zu erwirtschaften ist.

Denkbar ist allerdings auch, dass unter dem angemessenen Preis die am Ort übliche Miete zu verstehen ist und dass eine Gefährdungssituation vorliegt, wenn die für Neuvermietungen verlangte Miete die ortübliche Miete erheblich übersteigt. Nach diesem Verständnis setzt der Erlass der Verordnung voraus, dass zwischen der ortsüblichen und der Marktmiete ein Missverhältnis vorliegt. Nach diesem Verständnis ist die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum besonders gefährdet, wenn der Abstand der Marktmiete zur ortsüblichen Miete weit über der Entwicklung der Einkommen liegt.

---

<sup>18</sup> ebenso: Herlitz ZMR 2014,262,264: danach muss die Mangellage regional, kleinräumig und nach Wohnungsgruppen getrennt erfolgen.

## **ff) Gerichtliche Kontrollmöglichkeiten**

Die Überprüfung der tatsächlichen Voraussetzungen des § 556d kann zum einen im Individualprozess und zum anderen im Normenkontrollverfahren erfolgen. Eine Prüfung im Individualprozess hat zu erfolgen, wenn die Parteien einen Mietpreis oberhalb des § 556d vereinbart haben, der Mieter den Bereicherungsanspruch geltend macht und der Vermieter einwendet, dass in der betreffenden Gemeinde keine Mangellage besteht und sie deshalb nicht in die Verordnung hätte aufgenommen werden dürfen (s.oben 1 c-bb). Daneben ist die Normenkontrollklage statthaft, die in die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte fällt. Hinsichtlich der früheren Verordnungen zum Verbot der Zweckentfremdung war die Zulässigkeit des Normenkontrollverfahrens anerkannt.<sup>19</sup> Für die Verordnungen nach § 556d gilt nichts anderes. Im Normenkontrollverfahren genügt es, wenn die für die Feststellung der Mangellage erforderlichen Tatsachen im Zeitpunkt der Entscheidung feststehen. Die am Normenkontrollverfahren beteiligte jeweilige Landesregierung kann also die zur Rechtfertigung der Verordnung erforderlichen Daten nachschieben. Ebenso kann im Normenkontrollverfahren überprüft werden, ob die Ermächtigungsgrundlagen noch bestehen oder ob sie auf Grund der Änderung der Marktlage entfallen sind. Dies beruht auf der Erwägung dass eine Verordnung nach der Ansicht der Rechtsprechung nicht schon dann außer Kraft tritt, wenn der Ermächtigungstatbestand nachträglich entfällt. Wird die Verordnung vom Ordnungsgeber nicht aufgehoben, verliert sie ihre Gültigkeit vielmehr nur dann, wenn ein Ende der Mangellage auf dem Wohnungsmarkt insgesamt deutlich in Erscheinung tritt und die Verordnung daher offensichtlich entbehrlich geworden ist.<sup>20</sup> In einigen Bundesländern (Berlin, Hamburg, NRW) gibt es die Möglichkeit des Normenkontrollverfahrens nicht. Dort kann der Vermieter eine verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage erheben, wenn er durch die Anwendung der Verordnung in seinen subjektiven Rechten verletzt wird. Schließlich ist eine Verfassungsbeschwerde in Erwägung zu ziehen.

### **3. Rechtsfolgen des § 556d**

#### **a) Zulässige Höhe der „Miete“**

Nach § 556d Abs.1 darf die vereinbarte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete höchstens um 10% übersteigen. Mit der Miete ist die Grundmiete gemeint, also die Miete ohne Betriebskosten und ohne Zuschläge.

---

<sup>19</sup> vgl. z.B. OVG Lüneburg WuM 2003,393.

<sup>20</sup> BVerwG WuM 1980,151; NZM 2003,606.

### **aa) Inklusivmiete/Teilinklusivmiete**

Die Inklusivmiete hat nach wie vor praktische Bedeutung bei der Vermietung von Kleinwohnungen bei häufigem Mieterwechsel. Hier entfällt zum einen die jährliche Abrechnung über die Betriebskosten und zum anderen die beim Mieterwechsel ansonsten erforderliche Zwischenablesung. Außerdem vermindert sich das mit hohen Betriebskostennachzahlungen verbundene Mietausfallrisiko.

Vereinbaren die Parteien eine Inklusivmiete, so darf diese die ortsübliche Inklusivmiete höchstens um 10% überschreiten. In den herkömmlichen Mietspiegeln werden die Inklusivmieten nicht ausgewiesen. Im Mieterhöhungsverfahren behilft sich die Praxis mit einer Aufspaltung der Inklusivmiete in eine fiktive Grundmiete und die tatsächlich entstehenden in der Inklusivmiete enthaltenen Betriebskosten. Die Betriebskosten werden aus der Inklusivmiete herausgerechnet, der verbleibende Rest auf das Niveau der ortsüblichen Grundmiete erhöht und die Betriebskosten wieder hinzugezählt. Bei der Neuvermietung stehen die künftigen Betriebskosten -soweit sie verbrauchsabhängig sind- noch nicht fest. Deshalb stellt sich für den Vermieter die Frage, nach welchem Maßstab er die verbrauchsabhängigen Betriebskosten errechnen soll. Der Rückgriff auf einen Betriebskostenspiegel dürfte wohl ausscheiden, weil dort lediglich Durchschnittswerte ausgewiesen sind, die von den tatsächlich anfallenden Kosten abweichen können. Denkbar ist es, die im vorangegangenen Mietverhältnis tatsächlich entstandenen Kosten oder die hausüblichen Durchschnittskosten anzusetzen. Nach beiden Methoden ergeben sich nur Annäherungswerte; dem Vermieter ist insoweit ein Wahlrecht zuzubilligen. Dasselbe gilt bei der Vereinbarung einer Teilinklusivmiete

### **bb) Betriebskostenpauschale**

Nach § 556 Abs.2 Satz 1 Alt.1 können die Parteien die Betriebskosten „als Pauschale“ vereinbaren. Hier wird vereinzelt vertreten, dass das in § 556 Abs.2 Satz 2 für die Vorauszahlungen postulierte Gebot der Angemessenheit auch für die Pauschale gilt.<sup>21</sup> Nach dem klaren Wortlaut des § 556 Abs.2 Satz 2 ist dies allerdings zu verneinen. Deshalb hat der Vermieter die Möglichkeit, mit dem Mieter neben der korrekt vereinbarten Grundmiete eine überhöhte Betriebskostenpauschale zu vereinbaren. Wirtschaftlich betrachtet, ist der nicht für die Betriebskosten benötigte Teil der Pauschale der Grundmiete zuzurechnen. In rechtlicher Hinsicht gilt: Die Betriebskosten sind auch dann Teil der Miete, wenn sie vom Mieter in Form einer Pauschale bezahlt werden. Ausgangspunkt für die Berechnung der höchstzulässigen Miete nach § 556d ist die

---

<sup>21</sup> Schmidt WuM 2001,424; MünchKomm § 556 Rdn.33.

ortsübliche Grundmiete + einer ortsüblichen Pauschale, die als kostendeckende Pauschale zu interpretieren ist.

### **b) Flucht in den „Zuschlag“ ?**

Vereinbaren die Parteien neben der Grundmiete einen „Zuschlag“ für die Erteilung der Erlaubnis zur Untermiete oder zur gewerblichen Mitbenutzung so stellt sich die Frage, ob der „Zuschlag“ neben der Grundmiete geschuldet wird oder ob er Teil der „Miete“ ist. Im erstgenannten Fall wäre die zulässige Miete aus der ortsüblichen Grundmiete zu bestimmen, während die Parteien hinsichtlich der Höhe des Zuschlags freie Hand hätten. Im letztgenannten Fall stellt sich die Frage, wie die ortsübliche Miete bei Wohnungen mit vergleichbaren Vermieterleistungen zu bemessen ist.

#### **aa) Untermietzuschlag**

Der Begriff des Zuschlags stammt aus dem Preisrecht der öffentlichen geförderten Wohnungen; es handelt sich um Beträge die für bestimmte Sonderleistungen (z.B. für die Untervermietung, für die gewerbliche Mitbenutzung, etc.) vereinbart werden können und die der Mieter dann neben der Einzelmiete schuldet. Beim preisfreien Wohnraum fällt unter den Begriff der Miete das gesamte vom Mieter geschuldete Entgelt. Auf diesem Verständnis beruht § 553 Abs.2 BGB wo geregelt ist, dass der Vermieter die Erlaubnis zur Untervermietung von der Bereitschaft des Mieters zu einer „angemessenen Erhöhung der Miete“ abhängig machen kann. Der Untermietzuschlag ist mithin Bestandteil der Miete. Die ortsübliche Miete kann demnach in einem solchen Fall aus der ortsüblichen (Grund)Miete plus einem ortsüblichen Betrag für die Erlaubnis zur Untervermietung bestimmt werden. Die zulässige Miete nach § 556d darf diese Miete um 10% übersteigen.

#### **bb) Gewerbezuschlag**

Nach dem Rechtsentscheid des BayObLG vom 25.3.1986<sup>22</sup> gelten für den Gewerbezuschlag folgende Grundsätze: **(1)** Im Wohnungsmietvertrag kann vereinbart werden, dass der Vermieter bei gewerblicher Mitbenutzung oder gewerblicher Alleinnutzung einen Zuschlag festsetzen kann. **(2)** Der Zuschlag muss nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) festgesetzt werden. **(3)** Bei Streitigkeiten über die Höhe des Zuschlags muss dieser vom Gericht festgesetzt werden, im Wege einer Klage. **(4)** Die Regelungen über die Begrenzung der Miethöhe (§§ 557 BGB ff) sind nicht anwendbar, weil diese Vorschriften nur das Entgelt für die Wohnungsnutzung regeln. Der Rechtsentscheid des BayObLG beruht auf einem fehlerhaften Ansatz. Werden

---

<sup>22</sup> BayObLG WuM 1986,205.

Räumlichkeiten sowohl zu Wohnzwecken als auch zu gewerblichen Zwecken vermietet, so liegt ein gewerbliches Mietverhältnis vor, wenn die gewerbliche Nutzung im Vordergrund steht. In diesem Fall gilt das für die Gewerbemiete maßgebliche Recht. Überwiegt die Wohnraumnutzung, so gilt Wohnraummietrecht (s.oben I 2a-aa). Der "Zuschlag" für die gewerbliche Nutzung ist nach denselben Grundsätzen zu behandeln wie der Untermietzuschlag. Er ist Teil der Miete und einer gesonderten Bewertung nicht zugänglich.

### **cc) Sonstige „Gebühren“**

Grundsätzlich zählt zur Miete i.S. des § 535 Abs.2 BGB alles, was als Gegenleistung für die Überlassung der Wohnung geschuldet wird. Dazu gehören auch sog. „Gebühren“ z.B. für den Abschluss des Mietvertrags, für die Ausfertigung einer Vertragsurkunde, für die Abnutzung von Teppichböden u.s.w. I.d.R. sind die betreffenden Vereinbarungen allerdings unwirksam.

### **dd) Geldwerte Mieterleistungen**

Das Preisrecht für öffentlich geförderte Wohnungen kennt den Begriff der einmaligen Mieterleistungen (§§ 9 WoBindG, 10 NMV). Das sind Leistungen, die der Mieter neben der Kostenmiete erbringen soll. Verträge über solche Leistungen sind -von Ausnahmen abgesehen- grundsätzlich unwirksam (§ 10 NMV). Beim freifinanzierten Wohnraum ist zu fragen, ob die Leistung als „Miete“ im Sinne von § 556d Abs.1 anzusehen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht ist zu unterscheiden: Ortsübliche Nebenpflichten die üblicherweise den Mietern auferlegt werden, wie z.B. die turnusmäßige Reinigung der gemeinschaftlichen Hausteile oder der Winterdienst bleiben bei der Bemessung des Entgelts unberücksichtigt. Dagegen müssen Leistungen, die üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht werden, wie beispielsweise Hausmeisterdienste oder die Gartenpflege mit ihrem Geldwert berücksichtigt werden.

## **II. § 556e: Berücksichtigung der Vormiete oder einer durchgeführten Modernisierung**

### **1. § 556e Abs.1 Satz 1: Berücksichtigung der Vormiete**

Die Vorschrift enthält eine Art Bestandsschutz für Vermieter, die bereits bisher eine hohe Miete erwirtschaftet haben. Ist die Miete, „die der vorherige Mieter zuletzt schuldet“ höher als die nach § 556d Abs.1 zulässige Miete, so darf beim Abschluss eines Mietvertrags mit dem Nachmieter eine Miete in Höhe der Vormiete vereinbart werden.

### **a) Altvereinbarungen und Neuvereinbarungen**

Die Vormiete spielt nur dann eine Rolle, wenn sie wirksam vereinbart wurde. Preisvereinbarungen, die vor dem Inkrafttreten der Vorschriften des Unterkapitels 1a getroffen wurden, sind an § 5 WistG zu messen. Danach setzt die Mietpreisüberhöhung voraus, dass der überhöhte Preis infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen vereinbart werden konnte. Ein überhöhter Mietpreis im Sinne von § 5 Abs.2 Satz 1 WiStG ist anzunehmen, wenn die ortsübliche Miete um mehr als 20 % überschritten wird. Nach § 5 Abs.2 Satz 2 WiStG gilt eine Sonderregelung, wenn die Parteien lediglich einen Mietpreis vereinbart haben, der zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich ist. Bei der Vereinbarung eines kostendeckenden Mietzinses liegt der Tatbestand der Mietpreisüberhöhung erst dann vor, wenn der vereinbarte Mietzins in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung des Vermieters steht. Ein auffälliges Missverhältnis kann angenommen werden, wenn der vereinbarte Mietpreis die ortsübliche Miete um mehr als 50 % übersteigt.<sup>23</sup> Ein Verstoß gegen § 5 WiStG hat die teilweise Nichtigkeit der Mietpreisvereinbarung zur Folge. Die Mietpreisvereinbarung ist allerdings nicht insgesamt sondern nur insoweit nichtig, als die Wesentlichkeitsgrenze überschritten wird.<sup>24</sup> Nach der Ansicht des BGH<sup>25</sup> ist das Tatbestandsmerkmal des "Ausnutzens" nur gegeben, wenn "der Vermieter erkennt oder in Kauf nimmt, dass der Mieter sich in einer Zwangslage befindet, weil er aus nachvollziehbaren gewichtigen Gründen nicht auf eine preiswertere Wohnung ausweichen kann".<sup>26</sup> Es kommt also darauf an, ob der konkrete Mieter im Einzelfall besondere Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche gehabt hat. Nach dieser Meinung muss der Mieter im Prozess im Einzelnen darlegen, welche Bemühungen er bei der Suche nach einer angemessenen Wohnung unternommen hat und weshalb diese Suche erfolglos geblieben ist. Nach der Ansicht des BGH liegt das Merkmal des Ausnutzens nicht vor, wenn der Mieter bereit ist, für eine bestimmte Wohnung unabhängig von der Lage auf dem Wohnungsmarkt, eine verhältnismäßig hohe Miete zu bezahlen. Auf Grund dieser (fehlerhaften) Auslegung der Vorschrift ist die Regelung praktisch bedeutungslos. Im Ergebnis gilt, dass Mietpreisvereinbarungen bis zur Wuchergrenze wirksam sind. Diese liegt bei einer 50%-igen Überschreitung der ortsüblichen Miete.

Eine vor Inkrafttreten der Regelungen des Unterkapitels 1a wirksam vereinbarte Miete kann auch nach Inkrafttreten der Novellierung weiterhin wirksam vereinbart werden. § 556d ist nur dann zu beachten, wenn **(1)** eine zunächst vom Eigentümer bewohnte Wohnung nach Inkrafttreten der Novellierung das erste Mal vermietet wird (für neu errichtete Wohnungen gilt § 556f)

---

<sup>23</sup> BayObLG WuM 1998,729.

<sup>24</sup> BGH RE 11.1.1984 WuM 1984,68.

<sup>25</sup> BGH WuM 2004,294; WuM 2005,471; WuM 2006,161.

<sup>26</sup> BGH WuM 2005,471.

oder (2) wenn die ortsübliche Vergleichsmiete die Höhe der Vormiete erreicht. Damit dürfte § 556d für zahlreiche Wohnungen keine Rolle spielen.

### **b) Begriff der „Vormiete“**

Unter dem Begriff der „Vormiete“ ist nach der Definition in § 556e Abs.1 die Miete zu verstehen, „die der vorherige Mieter zuletzt schuldete“. Hier irritiert zunächst die Anknüpfung an die geschuldete Miete.<sup>27</sup> Diese kann sich von der vereinbarten Miete unterscheiden, nämlich dann, wenn die Miete wegen eines Mangels gemindert war.

**Fall:** In dem Mietvertrag zwischen V. und M1 ist die Wohnfläche mit 100 qm ausgewiesen. Die Miete ist mit 1.000.-€ vereinbart. Die ortsübliche Miete beträgt 8.-€/qm; die vereinbarte Miete übersteigt die ortsübliche Miete um 2.-€/qm = 25%

Im Verlauf der Mietzeit stellt M1 fest, dass die Wohnung nur 85 qm groß ist. Deshalb mindert er die Miete um 15% und zahlt in der Folgezeit 850.-€.

Wie hoch kann die Mieter im Falle der Weitervermietung vereinbart werden.

Die Lösung erscheint klar. Die nach § 556d Abs.1 zulässige Miete beträgt 110% der ortsüblichen Miete. Für eine 85 qm große Wohnung ergibt sich eine Miete von  $8,80 \text{ €} \times 85 = 748.-\text{€}$ . Die im vorangegangenen Mietverhältnis geschuldete Miete beträgt 850.-€, ist also höher, so dass diese Miete vereinbart werden kann.

**Variante 1:** M1 hat die Abweichung der wirklichen Wohnfläche von der vereinbarten Fläche nicht erkannt und während der gesamten Mietzeit 1.000.-€ bezahlt.

Wie hoch kann die Miete im Falle der Weitervermietung vereinbart werden.

Das Ergebnis ist dasselbe wie im Ausgangsfall. Die im Falle eines Mangels geschuldete Miete hängt nicht davon ab, ob die Minderung vollzogen wird. Dies folgt aus der Erwägung, dass die Minderung kraft Gesetzes eintritt.

**Variante 2.** Im Ausgangsfall war die vereinbarte Miete (1.000.-€) um 15% gemindert, weil die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache infolge von Bauarbeiten beeinträchtigt wurde. Aus diesem Grunde zahlt M1 lediglich 850.-€

Wie hoch kann die Miete im Falle der Weitervermietung vereinbart werden.

a) wenn die Bauarbeiten im Zeitpunkt der Neuvermietung bereits beendet sind

b) wenn die Bauarbeiten fortgesetzt werden; dies aber dem Nachmieter beim Vertragsschluss bekannt ist?

---

<sup>27</sup> vgl. Börstinghaus DWW 2014,202,206.

Im Fall a) betrug die vereinbarte Miete 1.000.-€ und die geschuldete Miete 850.-€. Nach dem Wortlaut des § 556e Abs.1 kommt es auf die zuletzt geschuldete Miete an. Danach könnte eine Miete von 850.-€ vereinbart werden.

Knüpft man dagegen an die vereinbarte Miete an, so könnte eine Miete von 1.000.-€ vereinbart werden. Dies führt zu der Frage, ob § 556e Abs.1 im Falle eines behebbaren Mangels abweichend vom Wortlaut ausgelegt werden kann. Die Gesetzesbegründung enthält hierzu nichts. Nach der hier vertretenen Ansicht spielen behebbare Mängel keine Rolle, wenn dem Nachfolgemietler eine mangelfreie Wohnung vermietet wird. Maßgeblich hierfür ist die Überlegung, dass unter der zuletzt geschuldeten Miete die vom Vormieter geschuldete Miete zu verstehen ist. Entfällt der Mangel vor Beendigung des Mietverhältnisses mit dem Vormieter, so schuldet dieser die Vertragsmiete, im Beispielsfall also 1000.-€. Diese Miete kann auch für das Nachfolgemietverhältnis vereinbart werden. Entfällt der Mangel nach Beendigung des Mietverhältnisses, aber vor Abschluss des Nachfolgevertrags, so sollte für den Nachfolgevertrag dieselbe Rechtsfolge gelten, weil die Miethöhe nicht vom Zeitpunkt des Wegfalls des Mangels abhängig sein kann. Maßgeblich kann nur sein, dass der Mangel im Zeitpunkt der Weitervermietung nicht mehr besteht.

Im Fall b) kennt der Nachfolgemietler den Mangel. Der Abschluss eines Mietvertrags in Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Mietsache führt grundsätzlich zum Ausschluss der Gewährleistungsrechte. Gleiches gilt, wenn der Mieter eine mangelhafte Sache in Kenntnis ihres Zustands annimmt. Die Regelung will einem sorglosen Geschäftsgebaren entgegenwirken: wer wissentlich eine mangelhafte Sache anmietet oder annimmt, verdient keinen Schutz. Der Erfüllungsanspruch des Mieters auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands nach § 535 Abs.1 BGB wird durch die Kenntnis des Mieters vom Mangel grundsätzlich nicht berührt.<sup>28</sup> Dies hat folgende Konsequenzen:<sup>29</sup> **(1)** Hat der Mieter den Mietvertrag abgeschlossen, obwohl er den Mangel kannte, kann er Übergabe im mangelfreien Zustand verlangen. Bei Nichterfüllung hat er Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzugs (§§ 280 Abs.1, Abs.2, 286 BGB), auf Schadensersatz statt der Leistung (§§ 280 Abs.1, Abs.3, 281 BGB und bei Unmöglichkeit die Ansprüche aus §§ 311a Abs.2, 280 Abs.1, Abs.3, 283 BGB; weiter steht ihm das Recht zum Rücktritt zu. **(2)** Hat der Mieter die Mietsache trotz Mangels übernommen so kann er den Anspruch auf Mangelbeseitigung geltend machen. Außerdem kann er dem Vermieter eine Frist zur Mangelbeseitigung setzen (§§ 280 Abs.1, Abs.3, 281 BGB setzen und sodann den Mangel selbst beseitigen und die Mangelbeseitigungskosten als Schadensersatz geltend machen.

---

<sup>28</sup> BGH NZM 2007,484.

<sup>29</sup> s. Schmidt NZM 2013,705 ff.

**(3)** In beiden Fällen hat der Mieter die Einrede des Nichterfüllten Vertrags nach § 320 BGB. Jedoch ist das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen wenn die Mangelbeseitigung unmöglich oder wenn deren Kosten die Opfergrenze übersteigen; in diesem Fall ist der Mieter lediglich zur Zahlung eines reduzierten Entgelts verpflichtet (§ 326 Abs.1 BGB).<sup>30</sup> Aus dieser Rechtslage ist abzuleiten, dass der Mieter auch im Falle der Kenntnis vom behebbaren Mangel die Herstellung eines mangelfreien Zustands verlangen kann. Deshalb ist es sachgerecht, wenn die Miete im Nachfolgemietverhältnis nach der vorangegangenen Vertragsmiete bemessen wird; im Beispielsfall können also 1000.-€ vereinbart werden.

### **c) Was gilt beim Eigentümerwechsel?**

**Fall:** V. hat die Wohnung im Jahre 2012 zu einer hohen Miete vermietet. Im Jahre 2015 endet das Mietverhältnis. Sodann veräußert V. die Wohnung an E. der die Wohnung an M. vermieten möchte.

Richtet sich die zulässige Miete nach § 556d oder nach § 556e Abs.1?

Der Wortlaut des § 556e Abs.1 erfasst auch den Fall, in dem das Vormietverhältnis mit dem Rechtsvorgänger des Vermieters bestand. Nach dem Sinn und Zweck der Regelung wäre die Vorschrift dagegen einschränkend auszulegen und zu fragen, ob der Bestandschutz auch dem rechtsgeschäftlichen Nachfolger des Vermieters zugute kommen soll. Ein Bedürfnis hierfür ist nicht ersichtlich. Anders sind aber wohl die Fälle der Gesamtrechtsnachfolge zu beurteilen.

### **2. § 556e Abs.1 Satz 2: Keine Berücksichtigung der Vormiete**

Nach dieser Vorschrift bleiben bei der Ermittlung der Vormiete freiwillige Mieterhöhungen unberücksichtigt, die der Vermieter mit dem vorherigen Mieter innerhalb des letzten Jahres vor Beendigung des Mietverhältnisses getroffen hat.

#### **a) Begriff des Jahres**

Unter dem Begriff des Jahres ist nicht das Kalenderjahr, sondern der Zeitraum eines Jahres zu verstehen. Für die Fristberechnung gelten die §§ 187 Abs.1, 188 Abs.2 BGB. Endet das Vormietverhältnis z.B. am 5. Oktober 2014, so bleiben Mieterhöhungsvereinbarungen unberücksichtigt, die am 5. Oktober 2013 oder später abgeschlossen wurden.

#### **b) Begriff der Vereinbarung**

---

<sup>30</sup> Artz in WImmoT 2013.

Die Ausschlussregelung gilt nur für Vereinbarungen nach „§ 557 Abs.1“ also für eine Mieterhöhung, die während des Mietverhältnisses getroffen wird. Damit scheiden aus:

--Alle Vereinbarungen beim Abschluss eines Mietvertrags; dies gilt auch dann, wenn das Mietverhältnis vor Ablauf eines Jahres beendet wird.

--Vereinbarung einer Indexmiete nach §§ 557 Abs.2 Alt.2, 557b. Hierbei handelt es sich nicht um die Vereinbarung einer Mieterhöhung.

--Bei Staffelmietvereinbarungen nach §§ 557 Abs.2, 557a BGB , auch wenn die Vereinbarung innerhalb des letzten Jahres getroffen wurde und die jeweilige Staffel eine Mieterhöhung vorsieht.

### **c) Kollusives Zusammenwirken kein Tatbestandmerkmal**

Nach der Gesetzesbegründung soll die Vorschrift eine Umgehung der Mietpreisbegrenzung unterbinden. Aus diesem Gesetzeszweck könnte abgeleitet werden, dass die Regelung nur dann gilt, wenn der Vormieter mit dem Vermieter in kollusiver Weise zum Nachteil des nachfolgenden Mieters zusammenwirkt. Aus dem Gesetzeswortlaut kann dies allerdings nicht abgeleitet werden. Danach gilt die Vorschrift immer dann, wenn eine Mieterhöhung „vereinbart“ worden ist. Hierunter fallen alle Vereinbarungen über eine Mieterhöhung nach § 557 Abs.1 BGB ohne Rücksicht auf das der Vereinbarung zugrunde liegende Motiv..

### **d) Problem: Vereinbarungen im Mieterhöhungsverfahren nach §§ 558 ff**

Problematisch sind Vereinbarungen, die im Verlauf eines Mieterhöhungsverfahrens nach §§ 558 ff getroffen werden.

**Fall:** V. nimmt M. im Verfahren nach §§ 558ff BGB auf Zustimmung zur Erhöhung der Miete in Anspruch. Die Mieterhöhungserklärung ist mit Vergleichsobjekten begründet, die alle dem Vermieter gehören. Da es in der Gemeinde keinen Mietspiegel gibt müsste die ortsübliche Miete im gerichtlichen Verfahren durch einen Sachverständigen bestimmt werden. Da der Mieter das damit verbundene Prozesskostenrisiko scheut und er ohnehin die Wohnung alsbald aufgeben will, stimmt er der Erhöhung zu. Sechs Monate später kündigt er das Mietverhältnis.

Ist § 556e Abs.1 Satz 2 zu beachten?

Nach dem Wortlaut des § 556e Abs.1 Satz 2 setzt der Ausschluss eine Mieterhöhung nach § 557 Abs.1 voraus. Hierunter fallen alle während der Mietzeit getroffenen freiwilligen Vereinbarungen. Hierzu zählt auch der Fall in dem der Mieter ein nach § 558a BGB begründetes Mieterhöhungsverlangen ohne weiteres akzeptiert. Die Anwendung des Ausschlussstatbestands auf diese Fälle steht mit dem Gesetzeszweck im Einklang, wenn

die Parteien das Verfahren nach § 558a wählen um eine „Umgehung der Mietpreisbegrenzung“ zu erreichen. Ist dies nicht der Fall, wird die freiwillige Zustimmung des Mieters zu einem Mieterhöhungsverlangen nicht vom Gesetzeszweck gedeckt. Der Wortlaut des § 556e Abs.1 Satz 2 umfasst aber beide Fälle, weil die Absicht zur „Umgehung der Mietpreisbegrenzung“ nicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen gehört.

Fazit: Stimmt der Mieter einem Mieterhöhungsverlangen nach § 558 BGB zu, so kommt hierdurch eine Vereinbarung über die Mieterhöhung zustande. Da die Absicht zur „Umgehung der Mietpreisbegrenzung“ nicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen zählt, fällt die Vereinbarung unter § 556e Abs.1 Satz 2.

Nichts anderes gilt, wenn die Parteien im gerichtlichen Verfahren einen Vergleich schließen, der den Mieter zur Zahlung einer erhöhten Miete verpflichtet. Es spielt keine Rolle auf wessen Initiative der Vergleich beruht. Auch ein Vorschlag des Gerichts ist insoweit unbeachtlich.

Anders ist es, wenn die Zustimmung des Mieters durch Urteil ersetzt wird. In diesem Fall fehlt es an der Freiwilligkeit der Zustimmung, so dass von einer Vereinbarung im Sinne des § 556e Abs.1 Satz 2 nicht auszugehen ist.

Rechtspolitisch ist diese Rechtsfolge unerwünscht, weil sinnvolle Vereinbarungen über die Miethöhe erschwert werden.

### **e) Vereinbarungen im Mieterhöhungsverfahren nach §§ 559,560 BGB**

Einseitige Mieterhöhungen nach §§ 559 oder 560 BGB werden von § 556e Abs.1 Satz 2 auch dann nicht erfasst, wenn sie unberechtigt sind, der Mieter die Erhöhung aber gleichwohl akzeptiert

### **3. § 556e Abs.2 Satz 1: Miete nach Modernisierung**

Hat der Vermieter Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt so kann er die jährliche Miete um 11 Prozent der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen. Dieser Erhöhungsbetrag wird umgangssprachlich häufig als „Modernisierungszuschlag“ bezeichnet, obwohl es sich keineswegs um einen neben der Miete geschuldeten Betrag, sondern um eine Mieterhöhung handelt. Hat der Vermieter im vorangegangenen Mietverhältnis modernisiert, so stellt sich die Frage, wie im Falle der Neuvermietung die zulässige Miete berechnet werden soll. Diese Frage ist in § 555e Abs.2 BGB geregelt. **(1)** Danach ist zunächst die ortsübliche Miete für die unmodernisierte Wohnung zu ermitteln. **(2)** Diese Miete ist um den „Neuvermietungszuschlag“ von 10% zu erhöhen. **(3)** Der so ermittelte Miete ist der

„Modernisierungszuschlag“ hinzuzurechnen. Der sich ergebende Betrag ist die zulässige Neuvermietungsmiete

#### **a) Anwendungsbereich**

Diese Berechnungsweise gilt zunächst dann, wenn der Vermieter von der Mieterhöhungsmöglichkeit des § 559 BGB Gebrauch gemacht hat. Weiter besteht diese Möglichkeit zur Berechnung der Neuvermietungsmiete, wenn der Vermieter -aus welchen Gründen auch immer- von einer Mieterhöhung Abstand genommen hat. Außerdem besteht diese Möglichkeit, wenn die Miete nach der Modernisierung gem § 558 BGB erhöht wurde. Schließlich ist die Vorschrift anwendbar, wenn die Modernisierung zu einem Zeitpunkt durchgeführt wurde, zu der noch kein Mietverhältnis bestand.

**Fall:** In einer Wohnungseigentumsanlage wurde im Jahre 2013 eine Modernisierungsmaßnahme durchgeführt. Zu dieser Zeit wurde die Wohnung von Eigentümer selbst genutzt. Im Jahre 2015 wird die Wohnung vermietet.

Auch in diesem Fall kann der Vermieter die zulässige Miete nach § 556e Abs.2 ermitteln.

#### **b) Das Merkmal: „in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses“**

Die Berechnungsmethode nach § 556e Abs.2 besteht nur dann, wenn die Modernisierung „in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses“ durchgeführt wurde. In der Gesetzesbegründung wird hierzu ausgeführt, dieser Zeitraum umfasse „in angemessener Weise die Fälle, in denen ein Vermieter zwar Maßnahmen zur Verbesserung der Mietsache durchgeführt hat, diese sich aber in der Vormiete noch nicht niederschlagen konnten“. Die amtliche Begründung überzeugt nicht, weil es auch bei Modernisierungen aus jüngerer Zeit zahlreiche Fälle geben wird, in denen sich die Maßnahmen in der Vormiete niedergeschlagen haben. Gleichwohl erscheint die Differenzierung sinnvoll, weil ältere „Modernisierungszuschläge“ häufig durch die Entwicklung der ortsüblichen Miete aufgezehrt werden. Es ist deshalb sachgerecht, wenn bei den Altmodernisierungen allein auf die ortsübliche Miete oder den zuletzt gezahlten Mietpreis abgestellt wird. Dies bedeutet: bei länger zurückliegenden Modernisierungen kann die Neuvermietungsmiete lediglich nach § 556d Abs.1 oder § 556e Abs.1 ermittelt werden, wobei für die Feststellung der ortsüblichen Miete die Miete für die modernisierte Wohnungen zugrunde zu legen ist. Bei Modernisierungen innerhalb des Dreijahreszeitraums hat der Vermieter zusätzlich die Möglichkeit zur Ermittlung der Neuvermietungsmiete nach § 556e Abs.2.

Der Dreijahreszeitraum ist retrospektiv zu bestimmen. Stichtag ist nicht der Abschluss des Mietvertrags, sondern der „Beginn

des Mietverhältnisses“, also der Zeitpunkt, zu dem die Mietsache dem Mieter vereinbarungsgemäß zu übergeben ist. Sodann ist festzustellen, wann die Modernisierungsmaßnahme abgeschlossen wurde. Der Zeitraum zwischen dem Beginn des neuen Mietverhältnisses und dem Abschluss der Modernisierungsmaßnahme darf 3 Jahre nicht überschreiten.

### **c) Eigentümerwechsel nach Modernisierung**

Zweifelhaft ist, welche Rechtsfolge gilt, wenn die Modernisierung nicht vom „Vermieter“ sondern vom Rechtsvorgänger des Vermieters veranlasst wird.

**Fall:** Das Mietverhältnis zwischen V. und M.1 endet im Jahre 2014. V. modernisiert die Wohnung und veräußert sie sodann an E., der die Wohnung an M.2 vermieten möchte.

Richtet sich die zulässige Miete nach § 556d oder nach § 556e Abs.2?

Der Wortlaut des § 556e Abs.2 umfasst diesen Fall nicht, weil der Tatbestand der Vorschrift verlangt, dass der „Vermieter“ die Modernisierungsmaßnahme durchgeführt hat. Nach der Gesetzesbegründung soll die Vorschrift allerdings der Tatsache Rechnung tragen, „dass Modernisierungen zwischen Beendigung des bisherigen Mietverhältnisses und Abschluss eines neuen Mietverhältnisses wohnungswirtschaftlich erwünscht sind“. Entsprechend diesem Zweck wäre die Vorschrift weit auszulegen. Ein vergleichbares Problem stellt sich bei der Auslegung des § 559 BGB, wenn der Veräußerer die Modernisierung durchführt und der Erwerber die Miete erhöht. Das KG hat die Berechtigung des Erwerbers zur Mieterhöhung auch dann bejaht, wenn die Maßnahme in vollem Umfang vom Veräußerer durchgeführt wurde. Die Entscheidung ist zu § 3 MHG ergangen; die zur Begründung beigezogenen Argumente passen jedoch auch auf das hier fragliche Problem.

### **d) Mietermodernisierung**

Eine Mietermodernisierung spielt im Rahmen des § 556 Abs.2 keine Rolle; dies folgt unmittelbar aus dem Wortlaut des § 556e Abs.2, wonach vorausgesetzt wird, dass „der Vermieter“ die Modernisierung durchgeführt hat. Unklar ist, welche Rechtslage gilt, wenn der Vermieter und der Bauherr der Modernisierungsmaßnahme nicht identisch sind.

## **III. § 556f: Ausnahmen**

In § 556f ist geregelt, dass die Regelungen des Unterkapitels 1a in zwei Fällen nicht anzuwenden sind.

### **1. Erste Vermietung neu errichteter Wohnungen (§ 556f Nr.1)**

Keine Mietpreisbegrenzung gilt zunächst „bei der ersten Vermietung neu errichteter Wohnungen.“ Die Ausnahmeregelung soll sicherstellen, dass der Wohnungsbau durch die Begrenzung der Mieten nicht behindert wird. Nach der Gesetzesbegründung soll zur Auslegung des Begriffs der neu errichteten Wohnung auf § 16 Abs.1 Nr.1 bis 2 WoFG zurückgegriffen werden.

Danach fallen unter § 556f Nr.1

--Wohnungen, die in einem neuen selbstständigen Gebäude geschaffen wurden,

--Wohnungen, die im Wege der Sanierung und Modernisierung von ursprünglich unbenutzbaren Räumen geschaffen werden. Hiervon ist auszugehen, wenn ein zu seiner Nutzung erforderlicher Gebäudeteil zerstört ist oder wenn sich der Raum oder der Gebäudeteil in einem Zustand befindet, der aus bauordnungsrechtlichen Gründen eine dauernde, der Zweckbestimmung entsprechende Nutzung nicht gestattet; dabei ist es unerheblich, ob der Raum oder der Gebäudeteil tatsächlich genutzt wird.

--Wohnungen, die unter wesentlichem Bauaufwand durch Änderung, Nutzungsänderung oder Erweiterung von Gebäuden geschaffen wurden.

--Wohnungen, die unter wesentlichem Bauaufwand zur Anpassung an geänderte Wohnbedürfnisse entstanden sind.

§ 556f BGB verweist nicht auf die Regelung in § 16 WoFG. Diese Vorschrift gilt also nicht unmittelbar, kann aber als Auslegungshilfe herangezogen werden. Die in der Praxis wichtigsten Fälle, nämlich der Neubau und die Schaffung von zeitgemäßen modernen Wohnungen im ganz oder weitgehend entkerntem Altbau werden durch diese Definition bereits umfasst. Auslegungsprobleme dürfte es bei der Definition des Begriff „neu“ in § 556f Nr. 1 geben.

**Fall:** Im Jahre 2014 erwirbt E. eine Neubau-Eigentumswohnung, die er zunächst selbst nutzt. In der Folgezeit ist er aus beruflichen Gründen zu einem Wohnsitzwechsel gezwungen. Er entschließt sich die Wohnung zu vermieten.

Gilt hinsichtlich der zulässigen Miete § 556d oder 556f?

§ 556f Nr.1 gilt für die erste Vermietung einer neu errichteten Wohnung. Hier kann die Auslegung ergeben, dass dieser Tatbestand nur beim ersten Bezug nach Bezugsfertigkeit vorliegt. Bei Verbrauchsgütern entspricht diese Auslegung dem Sprachgebrauch. Ein einmal getragener Anzug kann zwar als „neuwertig“ aber nicht mehr als „neu“ bezeichnet werden. Was gilt für eine Immobilie?

M.E. führt die Gleichstellung der ersten Vermietung mit dem ersten Bezug auch bei der Auslegung des § 556f zu praktikablen Ergebnissen. Zum einen entspricht diese Auslegung den Vorstellungen der Wohnungssuchenden hinsichtlich des Zustands einer Neubauwohnung. „Neu“ ist eine Wohnung nur, wenn sie keine durch den Vorbesitzer verursachten Gebrauchsspuren aufweist. Zum anderen korrespondiert diese Auslegung mit dem Zweck der Regelung. Die Regelung soll ja sicherstellen, dass der Wohnungsneubau nicht behindert wird. Dieser Zweck wird erreicht, wenn der Eigentümer -bei der Eigentumswohnung der Kapitalanleger- die Gewähr hat, dass er die Wohnung ohne die Beschränkung des § 556f vermieten kann und dass er bei den nachfolgenden Vermietungen den bei der jeweiligen Vormiete erzielten Preis bekommt. Für die Erwerbsmotive der Eigennutzer spielen die Mietpreisbeschränkungen keine Rolle. Schließlich dient die hier vertretene Auslegung der Rechtssicherheit, weil sie eine klare von der Gebrauchsdauer des Vorbesitzers und vom konkreten Wohnungszustand unabhängige Definition des Begriffs „neu“ bietet.

## **2. Wiedervermietung umfassend modernisierter Wohnungen (§ 556f Nr.2)**

### **a) Der Begriff „Wiedervermietung“**

Was bedeutet der Begriff „Wiedervermietung“? Hiervon wird zunächst der Fall erfasst, in dem eine Altbauwohnung entmietet, umfassend modernisiert und sodann erneut vermietet wird. Wie im Fall der Neubauwohnung gilt auch Nr.2 nur für den Erstbezug nach der Modernisierung. Wird die Wohnung nach der Modernisierung zunächst vom Eigentümer genutzt und sodann vermietet, ist § 556f Nr.2 unanwendbar. Möglicherweise kann die Miete nach § 556e Abs.2 berechnet werden, wenn die Modernisierung in den letzten drei Jahren vor der Vermietung durchgeführt wurde.

### **b) Der Begriff der umfassenden Modernisierung**

Dieser Begriff entspricht den Regelungen in § 555b Nr.1, 3, 4 und 5 BGB. Dies bedeutet nicht, dass jede Modernisierung im Sinne dieser Vorschriften zugleich den Tatbestand des § 556f Nr.2 erfüllt. Denn diese Regelung enthält als weiteres Tatbestandmerkmal den Begriff „umfassend“. Nach der Gesetzesbegründung ist eine Modernisierung umfassend, „wenn sie einen solchen Umfang aufweist, dass eine Gleichstellung mit Neubauten gerechtfertigt erscheint.“ Die Gesetzesbegründung nimmt insoweit auf § 16 Abs.1 Nr.4 WoFG Bezug. Diese Regelung stellt darauf ab, ob eine Altbauwohnung „unter wesentlichem Bauaufwand“ modernisiert worden ist. Damit bieten sich für die Auslegung von § 556f Nr.2 zwei Kriterien an, nämlich zum einen der Zustand der Wohnung nach der

Modernisierung und zum anderen, der hierfür erforderliche Aufwand. Hinsichtlich des Zustands ist zu verlangen, dass die Räume hinsichtlich der sanitären und technischen Ausstattung sowie hinsichtlich des Schall- und Wärmeschutzes einer Neubauwohnung entspricht. Von einem wesentlichen Bauaufwand kann gesprochen werden, wenn die Investition etwa ein Drittel des für eine vergleichbare Neubauwohnung erforderlichen Aufwands erreicht.<sup>31</sup> Das Zustands- und das Aufwandskriterium müssen kumulativ vorliegen. Diese strengen Anforderungen zeigen, dass der Ausnahmetatbestand des § 556f Abs.2 nur ausnahmsweise vorliegen wird.

#### **IV. § 556g Auskunft über die Miete, Rückforderungsansprüche**

##### **1. Auskunftsanspruch (§ 556g Abs.1)**

Nach § 556g Abs.1 ist der Vermieter auf Verlangen des Mieters zu einer Auskunft über die für die Bemessung der Miete maßgeblichen Umstände verpflichtet. Der Auskunftsanspruch nach § 556g Abs.1 soll dem Mieter die erforderlichen Informationen für die Prüfung der Erfolgsaussicht eines Verfahrens nach § 556g Abs.2 verschaffen. An diesem Gesetzeszweck ist die Art und Weise und der Umfang der dem Vermieter obliegenden Auskunftspflicht zu bestimmen.

Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf „Tatsachen, die für die Zulässigkeit der vereinbarten Miete maßgeblich sind.“ Die insoweit maßgeblichen Tatsachen richten sich nach der Vorschrift an der die vereinbarte Miete gemessen werden soll. In Betracht kommt **(1)** in den Fällen des § 556d die ortsübliche Miete **(2)** Im Fall des § 556e Abs.1 die Vormiete **(3)** In den Fällen des § 556e Abs.2 die ortsübliche Miete plus Modernisierungszuschlag **(4)** In den Fällen des § 556f Nr.1 die Umstände, aus denen sich die Bewertung als neu errichtete Wohnung ergibt und **(5)** in den Fällen des § 556f Nr.2 die Umstände, aus denen sich die Bewertung als umfassend modernisierte Wohnung ergibt. Demgemäß muss der Vermieter in allen Fällen darlegen, welche der in Betracht kommenden Vorschriften für die Mietberechnung heranzuziehen ist. Anders ist es nur, wenn sich dies bereits aus dem Mietvertrag ergibt. Hinsichtlich der allgemein zugänglichen Tatsachen besteht kein Auskunftsanspruch.

##### **a) Fälle des § 556d (10%-Regelung)**

Soll die zulässige Miete an § 556d gemessen werden, so muss der Vermieter die Höhe der ortsüblichen Miete darlegen. Fraglich ist, ob und gegebenenfalls in welcher Weise der Vermieter die Tatsachenangaben substantiieren muss.

---

<sup>31</sup> vgl. BVerwGE 38,286,289f; BGH WuM 2010,679.

**Fall.** In dem Mietvertrag ist eine Miete von 11.-€/qm. Auf Anfrage des Mieters teilt der Vermieter folgendes mit:

Ich gehe davon aus, dass die ortsübliche Miete 10.-€ beträgt. Die für die Neuvermietung zulässige Miete beläuft sich mithin auf 10.-€ + 10% = 11.-€.

Ist diese Auskunft ausreichend,

- a) wenn in der Gemeinde kein Mietspiegel besteht?
- b) wenn in einer Mietspiegelgemeinde für Wohnungen der fraglichen Kategorie ein Höchstwert von 9.-€ ausgewiesen ist?

In dem Fall a) könnte man in Erwägung ziehen, dass die Mitteilung des Vermieters unzureichend ist, weil sich daraus nicht ergibt, aus welchen konkreten Tatsachen die Auskunft beruht. Man könnte daran denken, dass der Vermieter gehalten ist seine Behauptung etwa durch die Angabe von Vergleichswohnungen zu belegen, so wie dies auch für die Begründung eines Mieterhöhungsverlangens nach § 558a Abs.2 vorgesehen ist. M.E. scheitert diese Erwägung an dem Umstand, dass § 556g lediglich eine „Auskunft“ aber keine Begründung vorsieht. Daraus folgt: Der Vermieter ist im Rahmen des Auskunftsanspruchs nicht verpflichtet den von ihm angenommenen Wert mit nachprüfbaren Tatsachen zu belegen. Er kann den von ihm angesetzten Wert zwar nicht nach Belieben festsetzen; dies folgt bereits aus der Erwägung dass der Vermieter die durch § 556d Abs.1 bestimmten Grenzen beachten muss. Ist die Höhe der ortsüblichen Miete aber nicht bekannt, so ist der Vermieter bei der Erfüllung des Auskunftsanspruchs nicht zu Ermittlungen über die ortsübliche Miete verpflichtet. Eine Gewähr für die Richtigkeit der Angaben des Vermieters bietet der Auskunftsanspruch also nicht. Die tatsächliche Höhe der ortsüblichen Miete ist erst im Rückforderungsverfahren nach § 556g Abs.2 zu prüfen.

Besteht in der Gemeinde ein Mietspiegel, so kann der Vermieter hierauf Bezug nehmen. In diesem Fall muss er die für die Zuordnung der Wohnung zu einem Mietspiegelwert maßgeblichen Kriterien mitteilen. Dies folgt aus der Erwägung, dass ein Mietspiegel i.d.R. lediglich das in der Gemeinde bestehende Mietzins-Spektrum widerspiegelt während es im Rahmen des § 556d auf die Einzelmiete ankommt. Die Einzelmiete hängt jedoch von den Besonderheiten der konkreten Wohnung ab, denen der Mietspiegel i.d.R. durch ein mehr oder weniger abgestuftes System von Zu- und Abschlägen zu einem standardisierten Wert Rechnung trägt.

Nach der Gesetzesbegründung<sup>32</sup> soll die Auskunftspflicht hinsichtlich solcher Umstände bestehen, „die in der Sphäre des Vermieters liegen und die der Vermieter bereits kennt oder ohne weiteres ermitteln kann.“ Beispielsweise nennt die Begründung: „die Baualtersklasse oder dem Mieter nicht

---

<sup>32</sup> RefEntw S.34.

zugängliche Ausstattungsmerkmale wie etwa die Beschaffenheit der zentralen Heizkessel, soweit diese für die Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete eine Rolle spielen.“

Hinsichtlich der Variante b) stellt sich die Frage, ob der Vermieter verpflichtet ist, auf den Mietspiegel Bezug zu nehmen. Aus § 556g ist dies nicht abzuleiten. Die Frage ist nach der hier vertretenen Ansicht zu verneinen. Dies gilt auch für den qualifizierten Mietspiegel. Die Richtigkeit der dort ausgewiesenen Werte wird zwar „vermutet“; der Vermieter ist aber an die Werte des Mietspiegels nicht gebunden. Der Mieter wird hierdurch nicht benachteiligt, weil er an Hand des Mietspiegels prüfen kann, ob ein eventuelles Verfahren nach § 556g Abs.2 Aussicht auf Erfolg hat.

#### **b) Fälle des § 556e Abs.1 (Vormiete)**

Richtet sich die zulässige Miete nach der Vormiete, so muss diese Miete dem Mieter mitgeteilt werden. Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn der Mieter diese Miete bereits kennt. Nach § 556g Abs.1 scheidet ein Auskunftsanspruch aus, wenn die betreffenden Tatsachen „allgemein zugänglich“ sind. In dem Beispielsfall ist die Vormiete nicht „allgemein zugänglich“ sondern nur dem Mieter bekannt. Gleichwohl ergibt sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen, dass in einem solchen Fall kein Auskunftsanspruch besteht, weil die Wahrnehmung eines Rechts mißbräuchlich ist, wenn der an sich Berechtigte kein Interesse an der Inanspruchnahme des Verpflichteten hat.

Hinsichtlich der Substantiierung der Angaben über die Vormiete sind unterschiedliche Ansichten denkbar, insbesondere:

- (1) Es genügt, wenn sich der Vermieter über die Höhe der Vormiete erklärt;
- (2) Der Vermieter ist gehalten, die Erklärung zu belegen, beispielsweise durch die Vorlage des vorangegangenen Mietvertrags.
- (3) Der Vermieter muss auch die Person des Vormieters benennen, so dass der Mieter diesen aufsuchen und sich von der Richtigkeiten der Angaben des Vermieters überzeugen kann.

Die Gesetzesbegründung führt aus, der Vermieter sei „in jedem Falle befugt, dem Mieter zu Nachweis der Vormiete eine geschwärzte Vertragskopie vorzulegen“. Zu schwärzen ist offensichtlich der Name des Vormieters. Dies entspricht der unter Ziff (2) wiedergegebenen Ansicht. Diese Praxis ergibt allerdings nur dann einen Sinn, wenn die Miete seit dem Vertragsbeginn des vorangegangenen Mietverhältnisses

unverändert geblieben ist. Dies wird nicht allzuhäufig vorkommen.

Nach der hier vertretenen Ansicht, ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung nur, dass sich der Vermieter über die Höhe der Vormiete erklären muss, wenn er die zulässige Miete nach § 556e berechnen will. Der Mieter erhält dann diejenige Information die er benötigt, um die Berechtigung eines Verfahrens nach § 556g Abs.2 zu prüfen. Bleibt in diesem Verfahren die Höhe der Vormiete streitig, so ist der Vermieter hierfür beweispflichtig.

### **c) Fälle des § 556e Abs.2 (Modernisierung)**

Soll die Mietpreisvereinbarung an § 556e Abs.2 gemessen werden, so sollen § 559b Abs.1 Sätze 2 und 3 entsprechend anzuwenden sein (§ 556g Abs.1 Satz 2). Danach muss die Auskunft Angaben enthalten:

- (1) über die Art der Modernisierungsmaßnahme
- (2) über die Höhe der Modernisierungskosten
- (3) über die Verteilung der Kosten auf die einzelnen Wohnungen
- (4) über die Anrechnung von Drittmitteln

### **d) Auskunftsverweigerung**

Fraglich ist, welche Rechtsfolge gilt, wenn der Vermieter die Auskunft verweigert. Zu denken wäre an eine Auskunftsklage, wobei ein der Klage stattgebendes Urteil mittels der Verhängung eines Zwangsgeldes zu vollstrecken wäre. Zahlt der Mieter bis zur Erlangung der Auskunft die vereinbarte Miete, so ist zu fragen, ob einem eventuellen Rückforderungsanspruch die Regelung des § 556g Abs.2 entgegensteht. Nach dem Wortlaut dieser Regelung ist dies zu bejahen, weil der Rückforderungsanspruch danach von einer Rüge abhängt, welche die Tatsachen enthalten muss, aus denen sich der Rückforderungsanspruch ergibt. Diese Tatsachen sind dem Mieter aber u.U. erst zugänglich, wenn der Vermieter die Auskunftspflicht erfüllt hat. Der mit dem Verlust des Rückforderungsanspruchs verbundene Rechtsnachteil ist nicht gerechtfertigt; Abs. ist deshalb einschränkend dahingehend auszulegen, dass die (qualifizierte) Rüge entfällt, wenn der Vermieter die Auskunft verweigert. Außerdem ist dem Mieter bis zur Erteilung der Auskunft ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB zuzubilligen. Nach der hier vertretenen Ansicht umfasst das Zurückbehaltungsrecht die gesamte Miete. Auf diese Weise steht dem Mieter ein effektives Druckmittel zur Durchsetzung des Auskunftsanspruchs zur Verfügung. Der Vermieter wird hierdurch nicht unangemessen benachteiligt, weil er die Auskunft ohne weitere Nachforschungen erteilen kann. Ergibt sich aus der Auskunft, dass die vereinbarte Miete die gesetzlich zulässige Miete nicht überschreitet, so muss der

Mieter den zurückbehaltenen Betrag natürlich an den Vermieter auszahlen. Ergibt sich aus der Auskunft, dass die Mietpreisvereinbarung nur teilweise wirksam ist, so muss der Mieter den geschuldeten Teil der Miete bezahlen.

#### **e) Unvollständige Auskunft**

Vergleichbare Grundsätze gelten bei einer unvollständigen Auskunft. Hier kann der Mieter eine Ergänzung der Auskunft verlangen und die fehlenden Teile mit der Auskunftsklage einfordern.

### **2. Rückforderungsanspruch (§ 556g Abs.2)**

#### **a) Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die §§ 556d und 556e: Teilunwirksamkeit der Preisvereinbarung**

Die Regelungen in § 556d und § 556e enthalten ein gesetzliches Verbot der Vereinbarung einer höheren als der dort bestimmten Miete. Dieses Verbot ist zwingend und deshalb von beiden Parteien zu beachten. Über die Rechtsfolgen des Verstoßes enthalten die Vorschriften des Unterkapitels 1a keine ausdrückliche Regelung. Es gelten mithin die Allgemeinen Regeln beim Verstoß gegen mieterschützende Preisbestimmungen: Der Mietvertrag als solcher bleibt wirksam; die Mietpreisvereinbarung bleibt bis zur Höhe der gesetzlich zulässigen Miete erhalten;<sup>33</sup> darüber hinaus ist die Mietpreisvereinbarung unwirksam. Der Mieter ist lediglich verpflichtet, die zulässige Miete zu bezahlen. Die Beschränkung der Zahlungspflicht auf die gesetzlich zulässige Höhe hängt nicht davon ab, dass der Mieter den Verstoß gerügt hat.

Abweichend hiervon wird in der Literatur vertreten, dass die hier wiedergegebene Rechtsfolge nur gelten soll, wenn dem Mieter die Mietsache bereits überlassen wurde. Vor der Überlassung soll die Rechtsfolge des § 139 BGB gelten; danach ist der gesamte Mietvertrag nichtig.<sup>34</sup> Diese Ansicht steht mit dem Charakter der Preisbestimmungen nicht im Einklang. Denn dabei handelt es sich um mieterschützende Vorschriften; deren Zweck würde verfehlt, wenn der Mieter im Falle eines Verstoßes den Anspruch auf die Vertragserfüllung verlöre. Will sich der Mieter vom Vertrag lösen, wird ihm in vielen Fällen eine Kündigung nach § 543 Abs.1 BGB möglich sein (s. unten Ziff IV 4).

#### **b) Bereicherungsansprüche**

<sup>33</sup> BGH RE vom 11.1.1984 BGHZ 89,316 = WuM 1984,68.

<sup>34</sup> Derleder WuM 2014,443

Aus § 556g Abs.2 folgt nichts anderes. Hieraus folgt nur, dass der Bereicherungsanspruch wegen überzahlter Miete nach §§ 812 ff BGB nur besteht, wenn der Mieter **(1)** den Verstoß gegenüber dem Vermieter gerügt hat und **(2)** die Miete nach dem Zugang der Rüge beim Vermieter fällig geworden ist. Nach der Gesetzesbegründung beruht die Beschränkung der Bereicherungsansprüche auf Billigkeitserwägungen: sie soll dem Umstand Rechnung tragen, „dass die Ermittlung der zulässigen Miete mit Unsicherheiten verbunden ist“. Deshalb muss der Vermieter „objektiv überzahlte Mieten nicht zurückerstatten, solange der Mieter sie ohne Beanstandung zahlt.“ Diese Bewertung überzeugt nicht. Zum einen dürfte es der Billigkeit entsprechen, wenn der Vermieter diejenigen Beträge an den Mieter zurückzahlt auf die er materiellrechtlich keinen Anspruch hat. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vermieter die gesetzlich zulässige Miete bewußt überschreitet oder wenn er eine solche Überschreitung in Kauf nimmt. In den Fällen der Unsicherheit über die Höhe der ortsüblichen Miete ist dem Vermieter die Bildung einer Rücklage zuzumuten. Dies ist in der Immobilienwirtschaft wohl auch allgemein üblich, weil dort immer mit nicht vorhersehbaren Zahlungsverpflichtungen, z.B. für Reparaturen oder Grundsteuernachforderungen gerechnet werden muss. Deshalb ist nicht einzusehen, warum für die Rückzahlung nicht geschuldeter Miete an den Mieter etwas anderes gelten soll.

### **c) Anforderungen an die „Rüge“ (§ 556g Abs.2 Satz 2)**

Nach der Gesetzesbegründung muss der Mieter „qualifiziert rügen“. Die Rüge muss die Tatsachen enthalten, auf denen die Beanstandung der vereinbarten Miete beruht. Die Anforderungen an den Inhalt der Rüge korrespondieren mit dem Inhalt der vom Vermieter geschuldeten Auskunft. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Mieter vor der Rüge sein Recht auf Auskunft in Anspruch nehmen muss. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich hierzu nichts. In der Gesetzesbegründung wird die Frage ausdrücklich verneint.<sup>35</sup> Diese Ansicht erscheint im Hinblick auf den Zweck des § 556f Abs.2 verfehlt. Das dem Bereicherungsanspruch vorgeschaltete Verfahren soll ja gerade eine Auseinandersetzung über Rückforderungsansprüche in solchen Fällen vermeiden, in denen Zweifel über die ortsübliche Miete durch entsprechende Erklärungen der Parteien zu klären sind.

### **d) Was gilt für Schmiergelder?**

**Fall:** V. hat die 100 qm große Wohnung in einem Inserat zu der nach § 556d Abs.1 zulässigen Miete von 880.-€ angeboten. Als M. zum Besichtigungstermin erscheint erklärt V. wahrheitsgemäß, dass sich zahlreiche Interessenten gemeldet hätten; er -V.- habe sich noch nicht entschieden. Daraufhin bietet M. eine Monatsmiete von 1200.-€ und eine bei Vertragsschluss fällige

---

<sup>35</sup> RefEntw.S.35.

„Provision“ von 2.000.- bar auf die Hand. Diesem Angebot kann V. nicht widerstehen. M. zahlt dem V. 2.000.-€ in bar. Daraufhin wird der Mietvertrag geschlossen.

Nach dem Einzug rügt M. -vorgefasster Absicht gemäß- den Verstoß gegen § 556d Abs.1; er zahlt statt der versprochenen 1.200.-€ lediglich 880.-€ und fordert die 2.000.-€ zurück.

Die Mietpreisvereinbarung ist lediglich in Höhe von 880.-€ wirksam zustande gekommen; M. schuldet also nur 880.-€. Fraglich ist, ob etwas anderes gilt, wenn der Mieter von sich aus höhere Zahlungen anbietet. Das ist nach dem Schutzzweck der Vorschriften des Unterkapitels 1 wohl zu verneinen. Die betreffenden Regelungen wollen sicherstellen, dass auch einkommensschwächere Mieter die Möglichkeit haben trotz einer bestehenden Mangellage eine Wohnung zu einer tragbaren Miete anzumieten. Schutzgut ist also letztlich die Herstellung und Wahrung von annähernd gleichen Mietchancen. Dieser Schutzzweck wäre nicht zu erreichen, wenn die hier geschilderte Praxis Bestand hätte.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob der M. das für den Vertragsschluss gezahlte Schmiergeld zurückverlangen kann. Sieht man in dem Schmiergeld einen Teil der Miete, so wäre für den Rückforderungsanspruch § 556g Abs.2 zu beachten. Nach dieser Vorschrift besteht der Rückforderungsanspruch nur hinsichtlich solcher Beträge, die nach Zugang der Rüge fällig geworden sind. Eine gegen § 556d Abs.1 verstoßende Einmalzahlung wird aber sofort fällig, im Beispielsfall also vor Zugang der Rüge.

Bewertet man die Schmiergeldzahlung nicht als „Miete“ sondern als Zahlung eigener Art, so wäre § 556g Abs.2 unanwendbar. Man unterscheidet im Allgemeinen zwischen sittenwidrigen Schmiergeldzahlungen und wertneutralen Zuwendungen, wobei es für die Abgrenzung darauf ankommt, ob mit der Zahlung eine nach dem Gesetz zulässige Zusatzleistung abgegolten werden soll.<sup>36</sup> Vorliegend ist die Zahlung zweifelsfrei als sittenwidrige Schmiergeldzahlung zu bewerten. Eine solche Vereinbarung ist nichtig.

Dies führt zu einem Bereicherungsanspruch und damit zur Frage ob die §§ 814, 817 Satz 2 anzuwenden sind. Nach § 814 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Die Voraussetzungen dieser Regelung liegen vor. Danach ist die Rückforderung ausgeschlossen. Gem. § 817 Satz 2 BGB ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn die Leistung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und sowohl der Leistende als auch der Empfänger gegen das Verbot verstoßen haben. Auch dieser

---

<sup>36</sup> vgl. BGH NJW-RR 1991,483.

Tatbestand liegt vor. Die Ausschlussregelung des § 556g Abs.2 Satz 3 gilt nur für die Rückforderung von Mietzinsansprüchen, nicht für sonstige Bereicherungsansprüche.

Als Ergebnis wäre deshalb festzuhalten, dass V. die Schmiergeldzahlung behalten darf. Ein Ergebnis das unter rechtsethischen Gesichtspunkten diskussionswürdig ist.

#### **e) Was tun bei Zweifeln über die Gesetzmäßigkeit der Mietpreisvereinbarung?**

In manchen Fällen wird der Mieter Zweifel an der gesetzmäßigkeit der Mietzinsvereinbarung oder der Richtigkeit der Auskünfte des Vermieters haben. Hierauf kann der Mieter unterschiedlich reagieren.

Der Mieter kann den nach seiner Sicht wirksam vereinbarten Teil der Miete bezahlen. Dieser Weg ist in Erwägung zu ziehen, wenn in der Gemeinde ein Mietspiegel existiert mit dessen Hilfe die ortsübliche Miete hinreichend genau bestimmt werden kann. Der Mieter muss damit rechnen, dass der Vermieter die Differenz zwischen der gezahlten und der vertraglich vereinbarten Miete mit der Klage geltend macht. In diesem Verfahren wird das Gericht prüfen, ob die Preisvereinbarung gegen die §§ 556d, 556e verstößt. Fraglich ist, welche Partei die Wirksamkeit der Preisvereinbarung zu beweisen hat. Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot von derjenigen Partei bewiesen werden, die sich auf die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts beruft.<sup>37</sup> Dies ist in Fällen der vorliegenden Art der Mieter. Ergibt das Verfahren, dass die zulässige Miete unterhalb der tatsächlich gezahlten Miete liegt, so steht dem Mieter wegen des überzahlten Betrags ein Bereicherungsanspruch zu, wenn er den Verstoß gegen die Vorschriften des Unterkapitels 1a unter Beachtung der in § 556g Abs.2 vorgesehenen Form gerügt hat. Ist die zulässigerweise vereinbarte Miete höher als der vom Mieter errechnete Betrag, so wird der Mieter zur Zahlung verurteilt.

Fraglich ist, ob der Vermieter wegen eines Mietrückstands zur Kündigung wegen Zahlungsverzugs berechtigt ist. Verzug scheidet aus, wenn die Minderzahlung auf einem Umstand beruht, den der Mieter nicht zu vertreten hat (§ 286 Abs.4 BGB). Für die Annahme eines schuldlosen Irrtums gelten strenge Anforderungen; eine fehlerhafte Vorstellung über die Höhe der zulässigen Miete dürfte hierfür i.d.R. nicht ausreichen. Insbesondere ist ein eventueller Irrtum über die zulässige Miete vom Mieter zu vertreten, wenn dieser nur einen Teil der vereinbarten Miete bezahlt ohne zuvor Auskünfte beim Vermieter einzuholen. Möglicherweise ist die Kündigung

---

<sup>37</sup> BGH NJW 1983,2018 unter Ziff II 2 b-aa.

rechtsmißbräuchlich, wenn der Vermieter eine vom Mieter gewünschte Auskunft nicht erteilt hat und der Mieter daraufhin eine eigene vertretbare Berechnung vorgenommen hat. Eine solche Bewertung hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Insgesamt gilt, dass das hier geschilderte Verfahren mit dem Risiko des Wohnungsverlustes behaftet ist.

Sicherer ist es, wenn der Mieter die vereinbarte Miete unter Vorbehalt zahlt und das Verfahren nach § 556g Abs.2 betreibt. In diesem Verfahren kann der Mieter einen eventuell überzahlten Betrag zurückfordern. An der Beweislast betreffend die Höhe der geschuldeten Miete ändert sich nichts, weil der Mieter die tatsächlichen Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs darlegen und beweisen muss.

### 3. Schadensersatzansprüche des Mieters

**Fall:** V. und M. vereinbaren für die 100 qm große Wohnung eine Grundmiete von 1.000.-€. Die ortsübliche Miete für die fragliche Wohnung beträgt allerdings nur 8,00 €/qm; dies führt bei der Anwendung des § 556d zu einer zulässigen Miete von 880.-€. Auf Anfrage erklärt V., dass der Vormieter ebenfalls 1.000.-€ gezahlt habe. Damit gibt sich M. zufrieden. Später erfährt er dass im vorangegangenen Mietverhältnis lediglich eine Vormiete von 850.-€ vereinbart war.

Kann M. den überzahlten Betrag zurückfordern?

Ein Bereicherungsanspruch scheidet aus, jedenfalls wenn man den Wortlaut des § 556g Abs.2 zugrunde legt, weil M. die dort vorgesehene Rüge nicht erhoben hat. Jedoch ist ein Schadensersatzanspruch in Erwägung zu ziehen. V. hat den Mietvertrag in doppelter Weise verletzt: zum einen verstößt die Preisvereinbarung gegen § 556d; darin liegt zugleich eine Vertragsverletzung. Zum anderen hat V. den M. getäuscht, in dem er vorsätzlich eine falsche Auskunft hinsichtlich der tatsächlichen Umstände der Preisbildung erteilt hat. Hierin liegt eine Verletzung des § 556g Abs.1, weil der Vermieter durch diese Vorschrift zur Erteilung einer wahren Auskunft verpflichtet wird. Der Schaden des Mieters besteht im Entscheidungsfall in der Fortzahlung der überhöhten Miete.

Die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des V. und der Fortzahlung der Miete in der vereinbarten Höhe durch den Mieter kann im Beispielsfall nicht zweifelhaft sein. Aus dem Auskunftersuchen ist zu schließen, dass der Mieter im Falle einer wahrheitsgemäßen Auskunft die Miete auf die gesetzlich vorgesehene Höhe reduziert hätte.

**Variante:** V. und M. vereinbaren für die 100 qm große Wohnung eine Grundmiete von 1.000.-€. Die ortsübliche Miete für die fragliche Wohnung beträgt allerdings nur 8,00 €/qm. Dies führt bei der Anwendung des § 556d zu einer zulässigen Miete von 880.-€. Denselben Betrag schuldete der Vormieter aufgrund eines Urteils nach § 558b BGB. Auf Grund dieses Urteils kennt der Vermieter die Höhe der ortsüblichen Miete.

Diese Variante unterscheidet sich vom Ausgangsfall dadurch, dass die Parteien zwar eine unzulässige Miete vereinbart haben, der Mieter aber keine Auskunft nach § 556g Abs.1 verlangt und der Vermieter auch keine Erklärung über die Zusammensetzung der Miete abgibt.

Am Tatbestand der Vertragsverletzung ändert sich nichts. Maßgeblich ist allein, dass der Vermieter schuldhaft seine Pflicht aus § 556d verletzt hat. Dies unterscheidet den Schadensersatzanspruch vom Bereicherungsanspruch, der kein Verschulden, sondern lediglich eine rechtsgrundlose Zahlung voraussetzt.

Möglicherweise könnte es aber an der Kausalität zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden fehlen. Bei einem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung gehört der Ursachenzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Schadenseintritt nicht zur haftungsbegründenden, sondern zur haftungsausfüllenden Kausalität. Grundsätzlich trifft den Geschädigten –also den Mieter– die Beweislast für die haftungsausfüllende Kausalität. Jedoch kommen dem Mieter die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO und insbesondere des Anscheinsbeweises zugute.<sup>38</sup> Bei der Beurteilung der Frage, ob der Mieter die Miete bei Kenntnis der wahren Sachlage auf die zulässige Höhe reduziert hätte reicht zwar eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit für die richterliche Überzeugungsbildung aus.<sup>39</sup> Jedoch müssen konkrete Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, dass der Mieter von der Möglichkeit der Mietzinsreduzierung Gebrauch gemacht hätte. Nach der hier vertretenen Ansicht kann nicht unterstellt werden, dass Mieter stets ihre Rechte wahrnehmen. Dem Mieter ist aus diesem Grunde zu empfehlen, im Zweifelsfall von dem Auskunftsrecht des § 556g Gebrauch zu machen.

#### **4. Weitere Sanktionen bei Verstößen gegen die §§ 556d und 556e.**

Bewertet man den Verstoß gegen die miethpreisbegrenzenden Vorschriften als Vertragsverletzung, so stehen dem Mieter auch die weiteren Sanktionen zu. Insbesondere kann der Mieter fristlos kündigen und den Kündigungsfolgeschaden geltend machen. Diese Möglichkeit wird der Mieter in Erwägung ziehen, wenn das Mietverhältnis in Folge der Auseinandersetzung um die Höhe der geschuldeten Miete zerrüttet ist.

### **V. Änderung des § 557a BGB (Staffelmiete)**

#### **1. Kontrolle der Folgestaffeln**

---

<sup>38</sup> BGH NJW 2008,2647.

<sup>39</sup> BGH a.a.O..

Nach dem geplanten § 557a Abs.4 gilt bei der Vereinbarung einer Staffelmiete, dass die §§ 556d bis 556g auf jede Mietstaffel anzuwenden sind. Hinsichtlich der Ausgangsmiete ist die Anwendung der genannten Vorschriften unproblematisch. Für die Folgestaffeln gilt § 557a Abs.4 Satz 2: Danach richtet sich die zulässige Höhe der jeweiligen Folgestaffeln nach der ortsüblichen Miete im Zeitpunkt der Fälligkeit der jeweiligen Staffel. Diese Miete ist allerdings im Zeitpunkt der Vereinbarung einer Staffelmiete nicht bekannt.

**Fall:** Die ortsübliche Miete für Wohnungen vergleichbarer Art beträgt 8.- €/qm. Die nach § 556d Abs.1 zulässige Miete für die 100 qm große Wohnung beträgt also 880.-€. Die Parteien vereinbaren eine Staffelmiete mit folgendem Inhalt:

Die Miete beträgt: für das 1. Mietjahr 880.-€, für das 2. Mietjahr 910.-€, für das 3. Mietjahr 940.-€

Nach Ablauf des 1. Mietjahrs beträgt die ortsübliche Miete für Wohnungen vergleichbarer Art 8,20 €

Gem § 557a Abs.4 Satz 2 beträgt die zulässige Miethöhe für die 2. Staffel  $8,20 \times 100 = 820.- + 10\% (82.-) = 902.- €$ . Vereinbart sind 910.-€. Die ortsübliche Miete hat sich also erhöht, sie bleibt allerdings auch unter Zurechnung eines Zuschlags von 10% unter der vorgesehenen Staffel.

Der Mieter schuldet während der Geltung der 2. Staffel nicht 910.-€, sondern nur 902.-€

**Variante:** Im Ausgangsfall vereinbaren die Parteien eine Staffelmiete mit folgendem Inhalt:

Die Miete beträgt: für das 1. Mietjahr 880.-€, für das 2. Mietjahr 910.-€, für das 3. Mietjahr 940.-€

Nach Ablauf des 1. Mietjahrs beträgt die ortsübliche Miete für Wohnungen vergleichbarer Art 7,50 €. Die Vergleichsmiete sinkt also gegenüber dem Stand bei Vertragsbeginn um 0,50 €.

Bei einer Berechnung nach § 556d Abs.1 beträgt die zulässige Miete  $7,50 + 10\% = 8,25 \times 100 = 825.-€$ . Dies soll durch § 557a Abs.4 Satz 2 verhindert werden. Danach bleibt die in einer vorangegangenen Mietstaffel wirksam begründete Miete erhalten. Im Beispielsfall beläuft sich die zulässige Miete weiterhin auf 880.-€

## 2. Staffelmiete und Vormiete

Ungeklärt ist, ob § 556e Abs.1 auch für die Staffelmiete gilt, weil § 557a BGB zwar auf die §§ 556d und 556g, aber nicht auf § 556e verweist. Der dem § 556e zugrundeliegende Gedanke des Bestandschutzes ergibt allerdings auch dann einen Sinn, wenn die Vormiete in Form einer Staffelmiete vereinbart war.

## **VI. Änderung des § 557b (Indexmiete)**

Für die Indexmiete gelten die preisbegrenzenden Vorschriften nach dem geplanten § 557b Abs.4 nur für die Ausgangsmiete.

## **VII. Art 4 Nr.1 der Novelle: Aufhebung des § 5 WiStG**

Nach der geplanten Übergangsvorschrift im EGBGB bleiben Mietpreisvereinbarungen in Altverträgen auch dann erhalten, wenn sie die ortsübliche Miete um mehr als 10% überschreiten. Altverträge in diesem Sinn sind alle Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Novellierung abgeschlossen wurden. Nach Art.4 Nr.1 der Novelle wird § 5 WiStG aufgehoben. In der Gesetzesbegründung ist hierzu ausgeführt, die Vorschrift habe „wegen der restriktiven Auslegung“ durch den BGH „nur noch eine untergeordnete Bedeutung“.<sup>40</sup> Dies ist im Tatsächlichen richtig. Jedoch ist anzumerken, dass die Auslegung des § 5 WiStG durch den BGH nicht überzeugt, weil der Tatbestand nach richtiger Ansicht nicht voraussetzt, dass der Vermieter die persönliche Zwangslage des Mieters ausnutzt. Vielmehr genügt es wenn in der Gemeinde ein ungenügendes Angebot an Wohnungen besteht und der überhöhte Preis hierauf beruht. Dies ist mit der schlagwortartigen Bezeichnung „Sozialwucher“ gemeint und so wurde die Vorschrift von der einhelligen Rechtsprechung der Instanzgerichte verstanden. In diesem Sinn sollte der Gesetzgeber die Vorschrift korrigieren.

Bei richtiger Interpretation bildet § 5 WiStG nach wie vor eine wichtige und notwendige Ergänzung zu den preisbegrenzenden Vorschriften der Novelle. Insoweit ist zu bedenken, dass der Effekt der Novelle weitgehend von der Initiative der Mieter abhängt. Hat ein Mieter einen hohen Mietpreis akzeptiert, so belastet eine im Anschluss hierin erhobene Rüge das Mietverhältnis. Mancher Mieter wird vor diesem Schritt zurückschrecken, sei es, weil er konfliktscheu ist oder grundsätzlich auf ein harmonisches Verhältnis zum Vermieter Wert legt, sei es, weil er aus konkreten Gründen auf das künftige Wohlwollen des Vermieters angewiesen ist. Wenn durch die Novelle eine „Dämpfung des Mietanstiegs“ erreicht werden soll, ist die Aufhebung des § 5 WiStG jedenfalls verfehlt.

---

<sup>40</sup> RefEntw.S. 39.