

# Die Behandlung besonderer Mietpreisgestaltungen bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete

## I. Einführung

## II. Die Mietzinsvereinbarung im Mietvertrag

### 1. Die Mietstruktur

- a) Die Bruttomiete
- b) Die Nettomiete
- c) Die Teilklausivmiete

### 2. Die Betriebskostenvereinbarung

### 3. Vereinbarungen bezüglich der Grundmiete

- a) Die Vereinbarung von Wohnwertmerkmalen
- b) Die Vereinbarung zusätzlicher Mietbestandteile

## III. Die Erhöhung der Miete bei bestehenden Verträgen

### 1. Die richtige Ausgangsmiete

### 2. Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete

- a) Allgemeines
- b) Die Vergleichbarkeit
  - (1) Die Wohnwertmerkmale
  - (2) Die Mietstruktur
- c) Zuschläge versus eigener Wohnungsteilmarkt
  - (1) Nutzerbezogene Zuschläge
    - (aa) Untervermietung
    - (bb) Teilgewerbliche Nutzung
  - (2) Leistungsbezogene Zuschläge
    - (aa) Garage/Stellplatz
    - (bb) Möblierter Wohnraum
  - (3) Kostenbezogene Zuschläge
    - (aa) Schönheitsreparaturen
    - (bb) Kleinreparaturen

## IV. Besonderheiten in Gemeinden mit Beschränkung der Wiedervermietungsrechte

## V. Zusammenfassung

## I. Einführung

Wir kennen das alle: Bei anderen Waren gibt es einen Grundpreis und dann gibt es lange Listen mit teurem Sonderzubehör, für das dann happige Zuschläge zu zahlen sind. Bei Autos kann man schnell noch einmal 50% des Grundpreises für Sonderzubehör ausgeben. Ich bin mir manchmal nicht sicher, ob man ein Auto ohne Zubehör überhaupt zum Straßenverkehr zugelassen bekäme. Aber das wäre ein Thema für den jährlich stattfindenden Autorechtstag auf dem Petersberg.

An dieser Stelle soll es um ein ähnliches Phänomen im Mietrecht gehen, nämlich die Behandlung besonderer Mietpreisgestaltungen bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete. Ich möchte das Thema etwas weiter anlegen und nicht nur auf die ortsübliche Vergleichsmiete beschränken, sondern bereits bei der Mietpreisbildung und -vereinbarung bei Abschluss des Mietvertrags beginnen. Auch hier zeigen die Mietvertragsparteien häufig viel Phantasie. Außerdem ist die Vertragsfreiheit hier auch noch etwas größer.

\* Der Verfasser ist Weiterer Aufsicht führender Richter am Amtsgericht Dortmund und dort Dezernent einer Zivil- und WEG-Abteilung. Er ist ferner Honorarprofessor an der Universität Bielefeld. Bei dem Beitrag handelt es sich um die stark erweiterte Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 22.9.2017 in Weimar während der Weimarer Immobilienrechtstage 2017 gehalten hat.

## II. Die Mietzinsvereinbarung im Mietvertrag

Gemäß § 535 Abs. 2 BGB hat der Mieter dem Vermieter „die vereinbarte Miete“ zu zahlen. Dies ist eine Hauptleistungspflicht des Mieters.<sup>1</sup> Bekanntlich gibt es in der Bundesrepublik verschiedene Mietpreissysteme, sowohl als Bundes- wie auch als Landesrecht.<sup>2</sup> An dieser Stelle soll es nur um den preisfreien Wohnungsbau gehen. Hier bestehen die größten Freiheiten, was die Höhe, die Zahlungsintervalle und die Fälligkeit der Miete angeht. Beschränkungen der Höhe nach gibt es im Grunde nur zwei, nämlich prinzipiell bundesweit § 5 WiStG und regional in einzelnen Gemeinden gem. §§ 556d ff. BGB die Beschränkung der Wiedervermietungsmiete (sog. Mietpreisbremse). Beide Schranken nehmen mehr oder weniger deutlich Bezug auf die ortsübliche Vergleichsmiete gem. § 558 Abs. 2 BGB, so dass ich hierauf dort eingehen werde.

### 1. Die Mietstruktur

Die für die Praxis wohl wichtigste Gestaltung des Mietpreises im freifinanzierten Wohnungsbau ist bekanntlich die Mietstruktur, also die Frage, ob, wie und in welcher Höhe der Mieter Zahlungen für die Betriebskosten zu erbringen hat.

#### a) Die Bruttomiete

Das Gesetz geht in § 535 Abs. 2 BGB vom Modell der Bruttomiete aus. Der Mieter zahlt einen Betrag und der Vermieter hat alle Kosten im Zusammenhang mit der Errichtung, Finanzierung und Bewirtschaftung des Hauses zu tragen. Daher ist die Mietminderung nach der Rechtsprechung beider BGH-Senate<sup>3</sup> nach der Bruttomiete zu berechnen. Der VIII. Senat nennt dies die „Gesamtmiete“.<sup>4</sup> Dazu zählt nach Ansicht des Senats zumindest bei der Minderung auch die Betriebskostennachzahlung.<sup>5</sup> Wie die einzelnen Zahlungen zu verrechnen sind, ist nach Ansicht des VIII. Senats ein „Scheinproblem“, weil alle Berechnungen zu dem gleichen Ergebnis führen würden. Ganz konsequent ist der Senat in seiner Rechtsprechung jedoch nicht. Während er in der Entscheidung zur Verjährung von Betriebskostennachzahlungen<sup>6</sup> davon spricht, dass die Nachzahlung eine wiederkehrende Leistung sei, weil zu der periodisch zu leistenden Miete nicht nur die Grundmiete, sondern auch die Vorauszahlungen auf die Betriebskosten und sogar die Betriebskostennachzahlung gehörten, bestreitet er dies vehement, wenn es um die Ermittlung der für seine Zuständigkeit erforderlichen Beschwer geht.<sup>7</sup> An dieser Stelle sollen plötzlich die vereinbarten Vorauszahlungen auf Nebenkosten nicht für die Gebrauchsüberlassung gezahlt werden. Etwas befremdlich formuliert der Senat, dass die Betriebskostenvorauszahlungen „für außerhalb des geschuldeten Entgelts anfallende zusätzliche, ganz überwiegend vom jeweiligen Verbrauch abhängige Leistungen, die im Verkehr nicht als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung angesehen werden“ gezahlt würden. Das widerspricht nicht nur dem Gesetz, sondern auch der sonstigen Argumentation des Senats zum materiellen Mietrecht. Sie ähnelt etwas der von Vermieterseite ständig wiederholten Argumentation, dass es sich bei den Betriebskosten um „durchlaufende Kosten“ handele. Das ist bekanntlich falsch.

<sup>1</sup> Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. (2017), § 535 BGB Rn. 633.

<sup>2</sup> Börstinghaus in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. (2017), Vor § 557 BGB Rn. 35 ff.

<sup>3</sup> BGH (XII ZR 225/03), BGHZ 163, 1 = WuM 2005, 384 = NZM 2005, 455 = NJW 2005, 1713 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 8 m. Anm. Eisenschmid; Schach, GE 2005, 645; Kretzer, ZMR 2005, 516; Lützenkirchen, MietRB 2005, 202, 216; Drasdo, NJW-Spezial 2005, 341; Eisenschmid, WuM 2005, 491; Steinke/Maroldt, ZfIR 2005, 393; Schmid, MDR 2005, 971; Lützenkirchen, BGHReport 2005, 897; Schumann, GuT 2005, 201; Schach, GE 2005, 1462; Kinne, GE 2005, 1160; Becker, GE 2005, 1335; Bongard, GE 2005, 1338; BGH (VIII ZR 347/04), WuM 2005, 573 = NJW 2005, 2773 = NZM 2005, 699 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 10 m. Anm. Eisenschmid; Wiek, WuM 2005, 575; Bieber, MietRB 2005, 281, 282; Schmid, ZMR 2005, 836; Drasdo, NJW-Spezial 2005, 531.

<sup>4</sup> BGH (VIII ZR 223/10), WuM 2011, 284 = NJW 2011, 1806 = NZM 2011, 453 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 73 m. Anm. Eisenschmid; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 11/2011 Anm. 3; Kinne, GE 2011, 718; Dötsch, MietRB 2011, 169; Schmid, GE 2011, 799; Wall, jurisPR-MietR 13/2011 Anm. 1; Drasdo, NJW-Spezial 2011, 417; Feuerlein, WuM 2011, 401; Doerfer, ZMR 2011, 704; Thoms, ZMR 2012, 7.

<sup>5</sup> BGH (VIII ZR 223/10), WuM 2011, 284 = NJW 2011, 1806 = NZM 2011, 453 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 73 m. Anm. Eisenschmid; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 11/2011 Anm. 3; Kinne, GE 2011, 718; Dötsch, MietRB 2011, 169; Schmid, GE 2011, 799; Wall, jurisPR-MietR 13/2011 Anm. 1; Drasdo, NJW-Spezial 2011, 417; Feuerlein, WuM 2011, 401; Doerfer, ZMR 2011, 704; Thoms, ZMR 2012, 7.

<sup>6</sup> BGH (VIII ZR 263/14), WuM 2016, 620 = NJW 2016, 3231 = NZM 2016, 762 = MietPrax-AK § 551 BGB Nr. 18 m. Anm. Börstinghaus; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 17/2016 Anm. 4; Ludley, NZM 2016, 764; Beyer, jurisPR-MietR 22/2016 Anm. 3; Burbulla, MietRB 2016, 311; Drasdo, NJW-Spezial 2016, 675; Staake, LMK 2016, 384205.

<sup>7</sup> BGH (VIII ZR 291/15), WuM 2016, 509 = NZM 2016, 760 = MietPrax-AK § 26 Nr. 8 EGBGB Nr. 25 m. Anm. Börstinghaus; Beuermann, GE 2016, 1004; Börstinghaus, NZM 2016, 760.

## **b) Die Nettomiete**

Das Gesetz erlaubt den Mietvertragsparteien nämlich in § 556 Abs. 1 BGB eine Vereinbarung,<sup>8</sup> wonach der Mieter die Betriebskosten zu tragen hat. Das bedeutet, dass für einen Teil der als Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung vom Mieter zu zahlenden Miete der genaue Zahlbetrag nicht vorher feststeht, sondern dass sich dieser Teil der Miete nach dem tatsächlichen Aufwand berechnet. Das ändert aber an der Tatsache, dass es sich um Miete handelt, rein gar nichts. So haben es ja auch beide Senate bei ihren Minderungsentscheidungen gesehen.<sup>9</sup> Auch aus Mietersicht dürfte es völlig egal sein, ob eine Zahlung an den Vermieter als Grundmiete oder Betriebskostenvorauszahlung oder -nachzahlung titulierte wird. Es handelt sich immer um die maßgeblichen Wohnkosten.

## **c) Die Teilinklusive**

Das Gesetz verlangt nicht, dass die Parteien hinsichtlich aller in § 2 BetrKV aufgezählten Kostenarten diesen Weg gehen. Es gibt unzählige, vor allem ältere Verträge, in denen nicht alle Betriebskostenpositionen umgelegt werden. Man spricht dann bekanntlich von einer Teilinklusive.

## **2. Die Betriebskostenvereinbarung**

Für die hier zu behandelnde Fragestellung bedeutet dies, dass die vereinbarte Mietstruktur im weiteren Verlauf des Mietverhältnisses wesentlichen Einfluss auf die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete hat. Die bei Abschluss gewählte und vereinbarte Struktur kann einseitig nur ausnahmsweise geändert werden.<sup>10</sup> Jede Änderung der Mietstruktur bedarf der Zustimmung aller Vertragsparteien.<sup>11</sup> Eine solche Änderungsvereinbarung kann grundsätzlich auch stillschweigend zustande kommen. Erforderlich ist dafür aber ein Verhalten der einen Vertragspartei, das aus der Sicht der anderen Partei einen entsprechenden Vertragsänderungswillen erkennen lässt.<sup>12</sup> In der bloßen Übersendung einer Abrechnung ist ohne Hinzutreten weiterer Umstände aber kein Vertragsangebot zu sehen. Das bedeutet, dass die vertraglich vereinbarte Mietstruktur auch bei späteren Mieterhöhungen zu berücksichtigen und die jeweilige ortsübliche Vergleichsmiete für diese Mietstruktur festzustellen ist.

## **3. Vereinbarungen bezüglich der Grundmiete**

Es fragt sich, welche weiteren Vereinbarungen hinsichtlich der Miete bei Vertragsabschluss möglich sind.

### **a) Die Vereinbarung von Wohnwertmerkmalen**

Da es insbesondere für zukünftige Mieterhöhungen, aber auch für die Ermittlung der zulässigen Wiedervermietungsmiete bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete auf die Feststellung der Wohnwertmerkmale gem. § 558 Abs. 2 BGB ankommt, stellt sich die Frage, ob die Parteien Vereinbarungen über Wohnwertmerkmale treffen können.

Dies wurde in der Vergangenheit durchaus so vertreten.<sup>13</sup> Ausgangspunkt dieser Argumentation war die frühere Rechtsprechung des BGH zu Flächenabweichungen im Mieterhöhungsverfahren.<sup>14</sup> Damals hatte der Senat

---

<sup>8</sup> Zum Inhalt einer solchen Vereinbarung zuletzt: BGH (VIII ZR 137/15), WuM 2016, 211 = NZM 2016, 235 = MDR 2016, 452 = NJW 2016, 1308 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 115 m. Anm. Eisenschmid; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 5/2016 Anm. 1; Beuermann, GE 2016, 365; Burbulla, MietRB 2016, 93; Eisenschmid, jurisPR-MietR 9/2016 Anm. 2; Drasdo, NJW-Spezial 2016, 289; Heix, NZM 2016, 457; BGH (VIII ZR 274/15), WuM 2016, 498 = NZM 2016, 720 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 122 m. Anm. Eisenschmid.

<sup>9</sup> BGH (XII ZR 225/03), BGHZ 163, 1 = WuM 2005, 384 = NZM 2005, 455 = NJW 2005, 1713 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 8 m. Anm. Eisenschmid; Schach, GE 2005, 645; Kretzer, ZMR 2005, 516; Lützenkirchen, MietRB 2005, 202, 216; Drasdo, NJW-Spezial 2005, 341; Eisenschmid, WuM 2005, 491; Steinke/Maroldt, ZfIR 2005, 393; Schmid, MDR 2005, 971; Lützenkirchen, BGHReport 2005, 897; Schumann, GuT 2005, 201; Schach, GE 2005, 1462; Kinne, GE 2005, 1160; Becker, GE 2005, 1335; Bongard, GE 2005, 1338; BGH (VIII ZR 347/04), WuM 2005, 573 = NJW 2005, 2773 = NZM 2005, 699 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 10 m. Anm. Eisenschmid; Wiek, WuM 2005, 575; Bieber, MietRB 2005, 281, 282; Schmid, ZMR 2005, 836; Drasdo, NJW-Spezial 2005, 531.

<sup>10</sup> Z. B. gem. § 556a Abs. 2 BGB bei der Umstellung auf verbrauchs- oder verursachungsabhängige Abrechnungen.

<sup>11</sup> BGH (VIII ZR 326/14), WuM 2016, 353 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 120 m. Anm. Eisenschmid; Kunze, MietRB 2016, 225.

<sup>12</sup> BGH (VIII ZR 14/06), WuM 2008, 225 = NZM 2008, 276 = NJW 2008, 1302 = MietPrax-AK § 556 BGB Nr. 31 m. Anm. Eisenschmid; Schach, GE 2008, 524; Hoffmann, MietRB 2008, 162.

<sup>13</sup> Dickersbach in Lützenkirchen, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 127 ff.; Dickersbach in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 558 BGB Rn. 26a; ders., AnwZert\_MietR 4/2011, Anm. 1.

<sup>14</sup> BGH (VIII ZR 205/08), WuM 2009, 460 = NJW 2009, 2739 = NZM 2009, 613 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 23 mit Anm. Börstinghaus; dazu Beyer, NJW 2010, 1025, ders., NZM 2010, 417; ders., WuM 2010, 614; Börstinghaus, WuM 2009, 461; ders., GE 2009,

bekanntlich noch die Auffassung vertreten, dass bei Mieterhöhungen die vereinbarte Fläche maßgeblich ist, wenn diese bis zu 10% größer als die tatsächliche Fläche ist.<sup>15</sup> Aus dieser Entscheidung wollte *Dickersbach* die Auffassung des BGH ableiten, dass es den Mietvertragsparteien freistehe, individualvertragliche Vereinbarungen über einzelne Wohnwertmerkmale zu treffen. Es sei deshalb zulässig, bei einer Wohnung mit Kohleheizung zu vereinbaren, dass die Wohnung als mit einer Zentralheizung zu beurteilen sei. Auch die Vereinbarung einer „falschen“ Baualtersklasse hielt er für möglich. Die Mietvertragsparteien sollten durch diese Gestaltung die Möglichkeit erhalten, Einfluss auf die künftige Mietentwicklung zu nehmen.<sup>16</sup>

Diese Auffassung war bereits früher nicht richtig,<sup>17</sup> sie ist aber seit der neuen BGH-Entscheidung zur Flächenabweichung bei Mieterhöhungen<sup>18</sup> erst recht nicht mehr vertretbar. Der BGH hat jetzt deutlich darauf hingewiesen, dass nur objektive Kriterien für den Vergleich der Wohnwertmerkmale herangezogen werden dürfen. Der Gesetzgeber wollte dem Vermieter als Ausgleich für das Verbot der Änderungskündigung einen Anspruch auf eine Mieterhöhung einräumen. Diese sollte sich nicht auf die Marktmiete beziehen, da in diesem Fall das Instrument der Änderungskündigung gar nicht hätte abgeschafft werden müssen. Ziel war es, eine künstliche, nur in der Theorie und nicht am Markt vorkommende Grenze zu schaffen. Der Vermieter sollte aber eine am tatsächlichen Marktgeschehen orientierte Gegenleistung bekommen.

Das bedeutet, dass die Vereinbarung unrichtiger tatsächlicher Verhältnisse betreffend die Beschaffenheit oder Ausstattung, aber auch die Größe unwirksam ist.<sup>19</sup> Selbst die Festschreibung bei Abschluss des Vertrags objektiv vorliegender Merkmale in einem Mietvertrag ist unwirksam,<sup>20</sup> da sich die Kriterien für die Einordnung mit der Zeit durchaus ändern können. So kann sich die Lageklasse generell innerhalb einer Gemeinde verschieben, z. B. durch Errichtung neuer Stadtteile, Wohnumfeldverbesserungen, aber auch durch Errichtung von Flughäfen oder Industrieunternehmen.<sup>21</sup> Wenn im Mietvertrag nun vereinbart wurde, dass die Wohnung immer in die gute Lageklasse einzuordnen ist, dann wäre dies u. U. zum Zeitpunkt der Durchführung eines Mieterhöhungsverfahrens falsch und ist deshalb unwirksam.<sup>22</sup> Das Gleiche gilt für die Vereinbarung verbindlicher Ausstattungs- oder Beschaffenheitsklassen. Auch solche Vereinbarungen können aufgrund zukünftiger Entwicklungen falsch werden. Was heute vielleicht noch eine Höherstufung rechtfertigt, kann in ein paar Jahren zur Normalausstattung gehören und allenfalls das Fehlen dieser Ausstattung einen Abschlagsfaktor darstellen.

## **b) Die Vereinbarung zusätzlicher Mietbestandteile**

Wie beim Autokauf kann aber für „Sonderausstattungen“ ein zusätzlicher Preis vereinbart werden. Dabei kann man unterscheiden zwischen Beträgen für zusätzliche tatsächliche Leistungen oder über den üblichen vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehende rechtliche Leistungen/Gestaltungen.

Zusätzlich honorierbare tatsächliche Leistungen stellen z. B. die Gebrauchsüberlassung von

- Garagen
- (Tiefgaragen-)Stellplätzen
- Carports
- Gartennutzung
- Mansardenzimmern oder
- Möblierungen

dar.

---

1201; ders., LMK 9/2009 Anm. 1; ders., Flächenabweichungen in der Wohnraummiete; Bub, PiG Bd. 88 (2010), 45; Derleder, WuM 2010, 202; Heix, WuM 2009, 706; 709.

<sup>15</sup> Hierzu ausführlich Börstinghaus, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012.

<sup>16</sup> Dickersbach, AnwZert\_MietR 4/2011 Anm. 1.

<sup>17</sup> Börstinghaus, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012, Rn. 674 m. w. N.

<sup>18</sup> BGH (VIII ZR 266/14), WuM 2016, 34 = NZM 2016, 42 = NJW 2016, 239 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 36 m. Anm. Börstinghaus; ders., jurisPR-BGHZivilR 2/2016 Anm. 1; Beyer, jurisPR-MietR 1/2016 Anm. 1; Beuermann, GE 2016, 30; Börstinghaus, LMK 2016, 375498; Kunze, MietRB 2016, 29; Drasdo, NJW-Spezial 2016, 129; Heix, WuM 2016, 263.

<sup>19</sup> Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. (2017), § 558 BGB Rn. 251.

<sup>20</sup> LG Essen, WuM 1984, 110; Weitemeyer in: Staudinger, § 557 BGB Rn. 73.

<sup>21</sup> Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. (2017), § 558 BGB Rn. 251.

<sup>22</sup> LG Braunschweig, WuM 1998, 252; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 165.

Eine über den üblichen vertragsgemäßen Gebrauch hinausgehende und deshalb ggf. auch gesondert zu bezahlende Leistung ist die Gestattung der

- Untervermietung oder
- teilgewerblichen Nutzung.

Bei Abschluss des Mietvertrags gibt es hinsichtlich beider Gruppen grundsätzlich genauso wenig eine Beschränkung der Entgelthöhe wie bei der Grundmiete auch. Nur in Gemeinden mit einer Beschränkung der Wiedervermietungsmiete gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Erhöhung im Bestand (dazu unten).

Darüber hinaus gibt es im Mietvertrag zum Teil noch Leistungen des Mieters, die einen Geldwert haben, aber nicht unmittelbar eine wiederkehrende Zahllast des Mieters bedeuten. Hierzu zählen vor allem

- die Übernahme der Schönheitsreparaturen und
- Kleinreparaturen.

Auch dies sind im weitesten Sinne Gegenleistungen des Mieters für die Gebrauchsüberlassung, auch wenn besondere Abnutzungen, die der Mieter verursacht hat, hierdurch abgegolten werden. Nach § 538 BGB hat der Mieter nämlich solche Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch verursacht wurden, nicht zu vertreten. Der BGH<sup>23</sup> hat früher den Entgeltcharakter dieser Abwälzung immer betont und formuliert, dass die Übernahme der Schönheitsreparaturen durch den Mieter rechtlich und wirtschaftlich einen Teil seiner Gegenleistung für die Überlassung des Mietobjekts darstelle. Das ist in der Literatur bekanntlich kritisiert worden.<sup>24</sup> Der Senat selbst hat später<sup>25</sup> die Bedeutung des Entgeltcharakters dahingehend relativiert, dass er allenfalls bei der Inhaltskontrolle von Abwälzungsklauseln gem. § 307 BGB Bedeutung habe, aber einen gesonderten Mietzuschlag nicht rechtfertige. Für die Abwälzung der Kleinreparaturen hat der Senat selbst an ihrem Entgeltcharakter gezweifelt.<sup>26</sup>

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob im Mietvertrag für die Schönheitsreparaturen gesonderte Beträge ausgewiesen werden dürfen. Diese Frage ist uneingeschränkt zu bejahen.<sup>27</sup> Bei einem solchen im Mietvertrag neben der „Grundmiete“ ausgewiesenen „Zuschlag für Schönheitsreparaturen“ handelt es sich um eine Preisvereinbarung, die nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB gerade nicht der Kontrolle auf ihre inhaltliche Angemessenheit unterliegt. Der Betrag stellt neben der Grundmiete und evtl. weiteren Zuschlägen die Miete i. S. d. § 535 Abs. 2 BGB, also das Entgelt für die Hauptleistungspflicht, dar. Durch den gesonderten Ausweis des Betrags hat der Vermieter nur seine Kalkulation offengelegt. Rechtlich hat die Nennung des Betrags keinerlei Bedeutung. Der Fall unterscheidet sich insofern nicht von dem, bei dem im Mietvertrag sogleich eine entsprechend höhere Grundmiete ausgewiesen wird. In beiden Fällen muss der Mieter den Gesamtbetrag entrichten.<sup>28</sup>

Genau das Gleiche gilt auch, wenn im Mietvertrag ein „Zuschlag für Modernisierungen“<sup>29</sup> aufgeführt ist. Auch dies ist ein Bestandteil der Miete. Das gilt auch, wenn der Vermieter in der Vergangenheit eine Mieterhöhung nach einer Modernisierungsmaßnahme durchgeführt hat.<sup>30</sup> Die Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB wird nämlich ab ihrer Fälligkeit Teil der Miete.<sup>31</sup> Es handelt sich bei der Modernisierungsmieterhöhung demnach

<sup>23</sup> BGHZ 101, 253, 262 = WuM 1987, 306; BGHZ 105, 71, 79 = WuM 1988, 294.

<sup>24</sup> Schmidt in: 10 Jahre Mietrechtsreformgesetz. Eine Bilanz, S. 236.

<sup>25</sup> BGH (VIII ZR 181/07), BGHZ 177, 186 = WuM 2008, 560 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 19 m. Anm. Börstinghaus; Lehmann-Richter, MietRB 2008, 225; ders., BGHReport 2008, 1001; Blümmel, GE 2008, 1086; Drasdo, NJW-Spezial 2008, 578; Niebling, ZMR 2008, 881; Häublein, ZMR 2009, 1; Wüstefeld, jurisPR-MietR 21/2008 Anm. 3.

<sup>26</sup> BGH (VIII ZR 91/88), BGHZ 108, 1 = WuM 1989, 324; a. A. Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., I Rn. 350, 351; II Rn. 360; Wiek, WuM 1980, 238; Schmid, ZMR 1987, 12; Wolter, NJW 1988, 2001.

<sup>27</sup> BGH (VIII ZR 31/17), WuM 2017, 456 = MietPrax-AK § 307 BGB Nr. 7 m. Anm. Eisenschmid; Börstinghaus, NZM 2017, 594; OLG Frankfurt, RE v. 21.3.2001, WuM 2001, 231 = NZM 2001, 418; AG Stuttgart, WuM 2016, 626; AG Schöneberg, GE 2009, 981.

<sup>28</sup> BGH (VIII ZR 31/17), WuM 2017, 456 = MietPrax-AK § 307 BGB Nr. 7 m. Anm. Eisenschmid; Börstinghaus, NZM 2017, 594.

<sup>29</sup> LG Berlin, NZM 2002, 947.

<sup>30</sup> Börstinghaus in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl. (2017), § 559 BGB Rn. 84.

<sup>31</sup> BGH (VIII ZR 331/06), WuM 2007, 707 = NJW 2008, 848; LG München, WuM 1996, 43; LG Frankfurt, PE 1996, 154; LG Essen, WuM 1994, 217; LG Hamburg, WuM 1989, 82; WuM 1985, 229; AG Lichtenberg, GE 2004, 629; MM 2001, 106; AG Mühlheim, WuM 1990, 221; Meresson, DWW 2009, 122, 129; Langenberg, PiG 40, 59, 63; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl., III 764; ders., Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 405; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 559b BGB Rn. 25; Both in Herrlein/Kandelhard, Vorbem. vor §§ 559 bis 559b BGB Rn. 8.

nicht um einen Mietzuschlag, der neben der Miete zu bezahlen wäre.<sup>32</sup> Daran ändert auch die Bestimmung des § 556e Abs. 2 BGB nichts, wonach bei der Ermittlung der zulässigen Wiedervermietungsmiete mögliche Mieterhöhungen wegen Modernisierungsmaßnahmen der letzten drei Jahre zur ortsüblichen Vergleichsmiete für unmodernisierte Wohnungen hinzugerechnet werden dürfen. Auch das Ergebnis dieses Rechenschritts ist eine einheitliche zulässige Wiedervermietungsmiete.

Nichts anderes gilt, wenn im Mietvertrag ein Betrag für die Verwaltungskosten gesondert ausgewiesen wird.<sup>33</sup>

### **III. Die Erhöhung der Miete bei bestehenden Verträgen**

#### **1. Die richtige Ausgangsmiete**

Dem Vermieter steht nur dann ein Anspruch auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung zu, wenn die ortsübliche Vergleichsmiete höher als die Ausgangsmiete ist. Ausgangsmiete ist die Miete, die der Mieter bisher insgesamt für die Gebrauchsüberlassung der Wohnung inklusive aller Neben- und Zusatzleistungen, wie oben dargestellt, zahlt. Hierzu zählen die sog. Grundmiete, aber auch alle im Mietvertrag ausgewiesenen Einzelbeträge für zusätzliche Leistungen. Hat der Vermieter im Mietvertrag seine Kalkulation offengelegt und Mietbestandteile z. B. für Schönheitsreparaturen oder Verwaltungskosten gesondert angegeben, so gehören die Mietbestandteile alle zur Ausgangsmiete.<sup>34</sup>

#### **2. Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete**

Nachfolgend geht es um die Frage, wie die ortsübliche Vergleichsmiete bei besonderen Mietpreisgestaltungen zu ermitteln ist. Damit ist nicht gemeint, ob bei der Begründung eines Mieterhöhungsverlangens gem. § 558a BGB in besonderen Fallgestaltungen Abzüge zu machen sind, z. B. weil ein Mietspiegel einer Nachbargemeinde benutzt wird,<sup>35</sup> oder ob wegen der Verwendung eines älteren Mietspiegels bei Mietsteigerungen ein Stichtagszuschlag zu den Mietspiegelwerten hinzugerechnet werden darf.<sup>36</sup> In diesen Fällen geht es zwar auch um Zu- oder Abschläge. Dies beruht aber nicht auf besonderen Mietpreisgestaltungen, sondern auf Problemen bei der Ermittlung der vermeintlich richtigen ortsüblichen Vergleichsmiete.

##### **a) Allgemeines**

Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ist durchaus schillernd.<sup>37</sup> Er wird häufig auch politisch missbraucht. Während die einen versuchen, mittels des Begriffs eine Mietpreisregulierung durchzusetzen,<sup>38</sup> beklagen sich andere, dass er mit der Marktwirklichkeit nichts zu tun habe. Beides ist falsch. Die allein maßgebliche Legaldefinition befindet sich in § 558 Abs. 2 BGB. Es handelt sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff.<sup>39</sup> Ermittelt wird die ortsübliche Vergleichsmiete aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten vier Jahren vereinbart oder geändert worden sind, soweit es sich nicht um Wohnraum handelt, bei dem die Miethöhe durch Gesetz oder im Zusammenhang mit einer Förderzusage festgelegt worden ist. Gebildet wird die ortsübliche Vergleichsmiete aus dem Durchschnitt

<sup>32</sup> AG Lichtenberg, GE 2004, 629; falsch deshalb AG Mitte, GE 2003, 461.

<sup>33</sup> LG Mannheim, NZM 2000, 490; LG Berlin, GE 1999, 1648.

<sup>34</sup> BGH (VIII ZR 31/17), WuM 2017, 456 = MietPrax-AK § 307 BGB Nr. 7 m. Anm. Eisenschmid; Börstinghaus, NZM 2017, 594; OLG Frankfurt, RE v. 21.3.2001, WuM 2001, 231 = NZM 2001, 418; AG Stuttgart, WuM 2016, 626; AG Schöneberg, GE 2009, 981.

<sup>35</sup> AG Ludwigshafen, WuM 2017, 327; LG Nürnberg-Fürth, WuM 2015, 675; LG Stuttgart, WuM 1993, 361 = NJW-RR 1993, 279; AG Ratingen, WuM 1993, 455.

<sup>36</sup> BGH (VIII ZR 295/15), WuM 2017, 208 = NZM 2017, 321 = MietPrax-AK § 558b BGB Nr. 4 m. Anm. Börstinghaus; ders., jurisPR-BGHZivilR 8/2017 Anm. 2; Fleindl, NZM 2017, 325; Schach, MietRB 2017, 155; Drasdo, NJW-Spezial 2017, 385; Beyer, jurisPR-MietR 14/2017 Anm. 5.

<sup>37</sup> Stelter, GE 2009, 921 spricht von einem „Kunstprodukt“; Blank, ZMR 2013, 170.

<sup>38</sup> Aktuell wieder besonders auffällig die Vorgaben der Berliner Senatorin für Stadtentwicklung und Wohnen hinsichtlich der Spanne im neuen Berliner Mietspiegel und die dortige Entscheidung, dass selbst bei Vorliegen von Sondermerkmalen der Spannenendwert nicht mehr überschritten werden darf, obwohl noch 2015 die wissenschaftlichen Untersuchungen ergeben hatten, dass bei Vorliegen bestimmter Sondermerkmale eine eigene Wohnungsqualität gegeben sei, und die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete von der für sonst vergleichbare Wohnungen abweicht. Das soll nach dem Mietspiegel 2017 plötzlich nicht mehr der Fall sein und dürfte den empirischen Feststellungen eher nicht entsprechen. Ob solche politischen Entscheidungen dem Mietspiegel die Qualifikation nehmen, werden demnächst die Gerichte zu entscheiden haben. Es handelt sich um einen klassischen Fall von „Mietspiegelpolitik“.

<sup>39</sup> Emmerich in Staudinger, BGB, § 558 BGB Rn. 16.

aller Mieten<sup>40</sup> für vergleichbaren Wohnraum, die zum Zeitpunkt des Zugangs<sup>41</sup> des Erhöhungsverlangens gezahlt werden.<sup>42</sup> Es handelt sich um eine empirisch-normative Größe.<sup>43</sup> Zu unterscheiden ist die ortsübliche Vergleichsmiete von der Marktmiete. Dem Vermieter sollte gerade kein Anspruch auf die Miete eingeräumt werden, die er für den Fall der Neuvermietung erzielen könnte. Dann hätte der Gesetzgeber das System der Änderungskündigung bestehen lassen können und nicht das komplizierte Erhöhungsverfahren nach §§ 558 ff. BGB einführen müssen.<sup>44</sup>

## **b) Die Vergleichbarkeit**

Es kommt also darauf an, wirklich die Mieten für vergleichbare Wohnungen festzustellen und daraus dann die ortsübliche Vergleichsmiete zu ermitteln.

### **(1) Die Wohnwertmerkmale**

Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass man die Miethöhe über fünf Wohnwertmerkmale ausreichend erklären kann. Dabei ist anerkannt, dass in der Praxis diese Merkmale teilweise gar keinen Einfluss auf die Mietpreisbildung haben oder dass andere Faktoren eine viel größere Bedeutung haben.<sup>45</sup> Signifikant ist das immer wieder bei der Lage oder der Ausstattung. Hier werden für schlechte Einordnungen teilweise höhere Mieten als für bessere Qualitäten gezahlt. Letztendlich fließt hier ein Merkmal ein, das eigentlich unerheblich sein soll, in der Praxis aber sehr stark mietpreisbestimmend ist, nämlich die Wohndauer.<sup>46</sup> In schlechten Wohnungsbeständen ist die Wohndauer kürzer. Hierdurch kann insbesondere in angespannten Wohnungsmärkten bei der Neuvermietung leichter eine Erhöhung durchgesetzt werden, während bei lang bestehenden Mietverhältnissen die Miete eher niedriger bleibt.

Grundsätzlich kann man eine Wohnung mit unendlich vielen Merkmalen beschreiben, der Gesetzgeber hat aber angeordnet, dass nur die fünf näher bezeichneten Wohnwertmerkmale herangezogen werden dürfen.<sup>47</sup> Aber auch die Frage, wie stark man bei jedem Wohnwertmerkmal differenziert, spielt eine erhebliche Rolle bei der Höhe der Miete. Je weniger differenziert wird, umso mehr wird ihre Höhe nivelliert. Die Ränder der Spanne beeinflussen die Höhe der konkreten Einzelvergleichsmiete weniger, als wenn diese Ränder in einem anderen Mietspiegelfeld den Mittelwert darstellen. Deshalb spielt es für die Beantwortung der Frage, ob man mit Zu- und Abschlägen arbeitet und ob Sondermerkmale zu einem Überschreiten der Spannoberwerte führen können,<sup>48</sup> eine besondere Rolle, inwieweit der Mietspiegel selbst schon zwischen besonderen Gestaltungen differenziert oder nicht. Regressionsmietspiegel sind da häufig genauer als reine Tabellenmietspiegel, da sie für mehr Differenzierungen Werte ausweisen.

### **(2) Die Mietstruktur**

Zur Herstellung der Vergleichbarkeit und damit zur Mietpreisgestaltung gehört es zunächst, die jeweilige Mietstruktur zu ermitteln. Nur gleiche Mietstrukturen können miteinander verglichen werden.

Die ortsübliche Vergleichsmiete wird in Mietspiegeln inzwischen bundesweit als Nettomiete ausgewiesen. Wenn in der konkreten Vertragsmiete Betriebskosten ganz oder teilweise enthalten sind, muss eine Umrechnung

---

<sup>40</sup> Zur Berechnung BGH (VIII ZR 346/10), WuM 2012, 281 = NJW 2012, 1351 = NZM 2012, 339 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 32 m. Anm. Börstinghaus; ders., WuM 2012, 244; ders., DS 2012, 183; Blank, LMK 5/2012 Anm. 3; Blank, ZMR 2013, 170; Muth, ZMR 2012, 530; Bühler, ZMR 2012, 531.

<sup>41</sup> BGH (VIII ZR 295/15), WuM 2017, 208 = MietPrax-AK § 558b Nr. 4 m. Anm. Börstinghaus; ders., jurisPR-BGHZivilR 8/2017 Anm. 2; Fleindl, NZM 2017, 325; Schach, MietRB 2017, 155; Drasdo, NJW-Spezial 2017, 385; Beyer, jurisPR-MietR 14/2017 Anm. 5; BGH (VIII ZR 41/05), WuM 2006, 39 = NZM 2006, 101 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 8 m. Anm. Börstinghaus, Schach, GE 2006, 20; Thomma, WuM 2006, 237; Ott, MietRB 2006, 260; BayObLG, RE v. 27.10.1992, WuM 1992, 677; LG Berlin, GE 2010, 61.

<sup>42</sup> Zu den genauen Einzelheiten s. Börstinghaus in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 558 BGB Rn. 41 ff.

<sup>43</sup> Blank, ZMR 2013, 170.

<sup>44</sup> Börstinghaus in FS Eisenschmid S. 15 (Beilage zu WuM 2016, Heft 7).

<sup>45</sup> So schon Goch, WuM 1980, 69.

<sup>46</sup> Bub/Treier/Schultz, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. III. A Rn. 1418; falsch deshalb AG Charlottenburg, Urt. v. 12.3.2015 – 203 C 527/14 (juris).

<sup>47</sup> Milger, PiG 92 (2012), 189, 202.

<sup>48</sup> Was beim Mietspiegel Berlin 2017 anders als beim Mietspiegel Berlin 2015 unerklärlicherweise nicht mehr zulässig sein soll; hierzu Schuberth in: Schneidacker/Martini/Schuberth, Handbuch zum Berliner Mietspiegel 2017, S. 11 und Martini, a. a. O., S. 129 ff.

erfolgen.<sup>49</sup> Soll auf der Grundlage eines Netto-Mietspiegels ein solches Entgelt bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete erhöht werden, so kann die ortsübliche Vergleichsmiete i. S. d. § 558 Abs. 2 BGB in der Weise festgestellt werden, dass zu den Werten des Mietspiegels ein Zuschlag in Höhe der tatsächlich auf die Wohnung entfallenden Betriebskosten, soweit sie den Rahmen des Üblichen nicht überschreiten, hinzugerechnet wird.<sup>50</sup> Durch diese Berechnung wird erst die Vergleichbarkeit hergestellt, so dass es sich nicht um einen unzulässigen Zuschlag handelt.

Die Bestimmung der ortsüblichen Brutto- oder Teilinklusivmiete hat in der Weise zu erfolgen, dass die konkreten, auf die Wohnung entfallenden Betriebskosten ermittelt werden, soweit sie nicht Betriebskostenarten betreffen, für die der Mieter gesonderte Vorauszahlungen oder eine Pauschale zahlt. Bei der Ermittlung des Zuschlags werden die anteiligen Betriebskosten pro Jahr auf den m<sup>2</sup>/Monat umgerechnet und dieser Wert dann zu den m<sup>2</sup>-Mieten des Mietspiegels hinzugerechnet.

Maßgeblich sind die Betriebskosten, die zum Zeitpunkt der Abgabe des Mieterhöhungsverlangens festgestellt werden können,<sup>51</sup> nicht die, welche zum Zeitpunkt der letzten Mieterhöhung oder zum Wirkungszeitpunkt der Mieterhöhung oder gar zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags vom Vermieter tatsächlich gezahlt wurden.<sup>52</sup> Auch die ortsüblichen<sup>53</sup> oder durchschnittlichen<sup>54</sup> Kosten sind nicht maßgeblich. Der auf die Wohnung entfallende Betriebskostenanteil ergibt sich aus der Betriebskostenaufstellung für den dem Mieterhöhungsverlangen vorangegangenen Abrechnungszeitraum, soweit diese bereits vorliegt.<sup>55</sup> Ob im Mietspiegel, in der Orientierungshilfe, der Mietspiegeldokumentation oder einem örtlichen Heiz- oder Betriebskostenspiegel pauschale Betriebskosten ausgewiesen sind, ist unerheblich.<sup>56</sup>

Da die Betriebskosten zu einem bestimmten Stichtag, nämlich dem zum Zeitpunkt des Zugangs des Mieterhöhungsverlangens, von Bedeutung sind, kommt es auch nicht darauf an, ob die Betriebskosten gestiegen sind. Es findet kein Vergleich zwischen zwei Stichtagen statt. Der Vermieter hat einen Anspruch auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Brutto- oder Teilinklusiv-Vergleichsmiete zum Zeitpunkt des Zugangs des Mieterhöhungsverlangens. Dieser Wert wird bestimmt durch die Nettvergleichsmiete und die (anteiligen) Betriebskostenanteile. Das Ergebnis ist der Wert, der zurzeit in der Gemeinde für vergleichbaren Wohnraum inklusive der Betriebskosten gezahlt wird. Dass auf diese Weise selbst dann eine Mieterhöhung gem. § 558 BGB tatsächlich möglich ist, wenn die Nettvergleichsmiete gar nicht gestiegen ist,<sup>57</sup> nur weil die Betriebskosten gestiegen sind, ist systemimmanent und hat den Mietrechtsreformgesetzgeber 2001 veranlasst, § 4 MHG a. F. abzuschaffen.

---

<sup>49</sup> Nach AG Tiergarten, GE 1998, 1217 ist die Umrechnung aber dann nicht erforderlich, wenn die verlangte Bruttomiete unter dem Nettowert des Mietspiegels liegt.

<sup>50</sup> BGH (VIII ZR 41/05), WuM 2006, 39 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 8 m. Anm. Börstinghaus; OLG Stuttgart, RE v. 13.7.1983, WuM 1983, 285 = NJW 1983, 2329; OLG Hamm, RE v. 3.12.1992, WuM 1993, 29 = NJW-RR 1993, 398; KG, RE v. 5.8.1997, WuM 1997, 540 = NZM 1998, 68; LG Rottweil, NZM 1998, 432; LG Mannheim, WuM 1991, 594; LG Stade, WuM 1988, 279; LG Karlsruhe, DWW 1988, 146; LG Karlsruhe, WuM 1985, 328; AG Dortmund, DWW 1989, 367; AG Kamen, DWW 1987, 164; Schüller in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 558a BGB Rn. 15; Hannemann, NZM 1998, 612; a. A. Beuermann, NZM 1998, 598; ders., GE 1999, 352.

<sup>51</sup> BGH (VIII ZR 141/09), WuM 2010, 161 = NZM 2010, 436; (VIII ZR 331/06), WuM 2007, 707 = NJW 2008, 848; (VIII ZR 41/05), WuM 2006, 39 = NZM 2006, 101; (VIII ZR 215/05), WuM 2006, 569; BayObLG, RE v. 27.10.1992, WuM 1992, 677; LG Berlin, GE 2016, 728; 2010, 61; 2004, 626; LG Rottweil, NZM 1998, 432; AG Hamburg, ZMR 2005, 54; AG Charlottenburg, GE 2005, 743; AG Schöneberg, GE 2007, 153, GE 2005, 1129; AG Tiergarten, GE 2005, 1135; Hannemann, NZM 1998, 612, 613, KG, GE 2005, 180 mit zust. Anm. Both, WuM 2005, 379; a. A. LG Berlin, GE 2005, 1251; Beuermann, NZM 1998, 598.

<sup>52</sup> AG Schöneberg, GE 2005, 1129; differenzierend AG Tiergarten, GE 2005, 1135: im Mieterhöhungsverlangen sollen Durchschnittswerte reichen, im Zustimmungsprozess aber konkrete Betriebskosten erforderlich sein.

<sup>53</sup> A. A. Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 4. Aufl., C Rn. 44, der anmerkt, dass die Rspr. des BGH und die hier vertretene Auffassung den „historischen Hintergrund“ nicht berücksichtige; unter „systematischen Gesichtspunkten“: Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. IV 100 ff.: Systemkonformität nur, wenn auch der Betriebskostenanteil durch die Ortsüblichkeit begrenzt wird; Kossmann/Meyer-Abich, Handbuch der Wohnraumiete, 7. Aufl., § 148 Rn. 8.

<sup>54</sup> AG Schöneberg, GE 2013, 880.

<sup>55</sup> BGH (VIII ZR 4/08), WuM 2008, 689; BGH (VIII ZR 41/05), WuM 2006, 39 = NZM 2006, 101; Hinweisschreiben des BGH v. 13.2.2008 im Verf. VIII ZR 172/07, abgedruckt in GE 2008, 580; LG Berlin (67. ZK), GE 2009, 716.

<sup>56</sup> BGH (VIII ZR 41/05), WuM 2006, 39 = NZM 2006, 101; BGH (VIII ZR 215/05), WuM 2006, 569; KG, GE 2005, 180, 182; a. A. LG Berlin, GE 2005, 1251, GE 1999, 378, LG Berlin, WuM 1999, 524 = GE 1999, 983; AG Charlottenburg, GE 2005, 807; Schach in Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl., § 558 BGB Rn. 39.

<sup>57</sup> AG Hamburg, ZMR 2005, 54; a. A. Küttner, InfoM 2005, 21, der zu Unrecht hierin eine Besserstellung gegenüber der Vereinbarung einer Nettomiete sieht.

### **c) Zuschläge versus eigener Wohnungsteilmarkt**

Zulässig sind Zuschläge zur ortsüblichen Vergleichsmiete z. B. aus einem Mietspiegel, die erst eine Vergleichbarkeit der Werte herstellen sollen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen nutzerbezogenen Zuschlägen, da dem konkreten Mieter eine über das Übliche hinausgehende Nutzung gestattet wurde (Untervermietung, teilgewerbliche Nutzung), den leistungsbezogenen Zuschlägen für Zusatzleistungen des Vermieters (Möblierung, Garage, Stellplatz, Garten) und kostenbezogenen Zuschlägen (Schönheitsreparaturen, Kleinreparaturen).

Im Einzelnen bedeutet das folgendes:

#### **(1) Nutzerbezogene Zuschläge**

##### **(aa) Untervermietung**

Nach § 540 Abs. 1 BGB ist der Mieter grundsätzlich ohne ausdrückliche Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen. § 553 Abs. 1 BGB gibt jedoch dem Mieter von Wohnraum gegenüber seinem Vermieter unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung einer Untermieterlaubnis. Gem. § 553 Abs. 2 BGB kann der Vermieter seine Zustimmung zur Untervermietung ggf. von einer angemessenen Erhöhung der Miete abhängig machen. Ein solches Erhöhungsverlangen ist aber nur dann berechtigt, wenn dem Vermieter ohne die Erhöhung die Erteilung der Erlaubnis nicht zuzumuten ist.<sup>58</sup> Nur in diesen Fällen kann der Vermieter seine Zustimmung von einer Mietanhebung abhängig machen. Ebenso wenig wie der Mieter in diesen Fällen einen Anspruch auf die Untermieterlaubnis hat, genauso wenig hat der Vermieter einen Anspruch auf die Zustimmung zur Mieterhöhung. Wenn ein solcher „Zuschlag“ vereinbart wird, dann wird er Bestandteil der Gesamtmiete. Im Erhöhungsverfahren ist ein Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete nur dann hinzuzurechnen, wenn in der Gemeinde üblicherweise für Wohnungen mit einer Untermieterlaubnis mehr als für Wohnungen ohne eine solche Erlaubnis gezahlt wird.<sup>59</sup>

##### **(bb) Teilgewerbliche Nutzung**

Ähnlich ist es bei Mischmietverhältnissen, wenn auf sie Wohnraummietrecht Anwendung findet. Eine Aufspaltung des Vertrags in einen wohnungsmietrechtlichen und einen gewerberaumrechtlichen Teil ist nicht möglich. Das Mietverhältnis muss einheitlich beurteilt werden. Es kommt dabei vor allem auf die vertraglichen Abreden an. Im Zweifel gilt Wohnraummietrecht.<sup>60</sup> Ohne ausdrückliche Genehmigung ist dem Wohnraummieter die gewerbliche Tätigkeit in der Wohnung untersagt. Sie stellt eine vertragswidrige Nutzung dar.<sup>61</sup>

Gestattet der Vermieter dem Mieter, in den Wohnräumen einer gewerblichen oder selbstständigen Tätigkeit nachzugehen, so ist dies, wenn sich die Tätigkeit nicht im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs hält (z. B. Arbeitszimmer), eine Leistung des Vermieters, die je nach Vereinbarung gesondert zu vergüten sein kann. Sofern der Mietspiegel von der reinen Wohnraumüberlassung ausgeht, ist es deshalb zulässig, für die Gestattung der teilgewerblichen Nutzung einen Zuschlag zu den Mietspiegelwerten hinzuzurechnen.<sup>62</sup> Dabei kommt es nur auf das „Dürfen“ an und nicht darauf, ob eine teilgewerbliche Nutzung tatsächlich auch stattfindet.<sup>63</sup> Für die Höhe des Zuschlags kann § 26 Abs. 2 NMV allenfalls einen ersten Anhaltspunkt geben. Danach darf in den Fällen, in denen durch die teilgewerbliche Nutzung eine erhöhte Abnutzung möglich ist, ein Zuschlag i. H. v. bis zu 50% der auf die teilgewerbliche genutzte Fläche entfallenden Miete hinzugerechnet werden. Die genaue Höhe dürfte sich nach dem Grad der Abnutzung richten.<sup>64</sup> Es kann aber nicht ohne Weiteres davon ausgegangen

<sup>58</sup> LG Berlin, MM 2004, 46; Proppe, ZMR 2008, 802.

<sup>59</sup> Blank, WuM 2014, 641, 647; Börstinghaus, GE 1996, 88; Kunze/Tietzsch, Miethöhe und Mieterhöhung, II Rn. 29 ff.

<sup>60</sup> BGH (VIII ZR 376/13), WuM 2014, 539 = NZM 2014, 626 = NJW 2014, 2864 unter Aufgabe der früheren Abgrenzungskriterien aus BGH (VIII ZR 60/85), WuM 1986, 274 = NJW-RR 1986, 877; KG, ZMR 2010, 956; OLG Köln, ZMR 2007, 114; WuM 1987, 377; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 535 BGB Rn. 107; Kunze/Tietzsch, Miethöhe und Mieterhöhung, I Rn. 7; Bub/Treier/Schultz, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. III. A Rn. 983; zur rechtlichen Behandlung von Mischmietverhältnissen, insb. in der höchst- und obergerichtlichen Rspr., auch Lehmann-Richter, MietRB 2011, 84; Bühler, ZMR 2010, 897.

<sup>61</sup> BGH (VIII ZR 165/08), WuM 2009, 517 = NZM 2009, 658 = NJW 2009, 3157 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 15 m. Anm. Eisenschmid; Drasdo, NJW-Spezial 2009, 658; Lützenkirchen, MDR 2009, 282; Eisenschmid, jurisPR-MietR 22/2009 Anm. 1; Schmid, MietRB 2009, 366.

<sup>62</sup> LG Berlin, GE 1995, 1209, ZMR 1998, 165; AG Hamburg-Wandsbek, ZMR 2009, 377.

<sup>63</sup> LG Berlin, GE 1992, 441; 1996, 321; 1998, 433, AG Berlin-Mitte, GE 2002, 669.

<sup>64</sup> AG Hamburg-Wandsbek, ZMR 2009, 377; Kinne, GE 2006, 1388.

werden, dass der Zuschlag gem. § 26 NMV dem Wert der gewerblichen Nutzungsmöglichkeit auf dem freien Wohnungsmarkt entspricht.<sup>65</sup> Denn die im Rahmen des § 26 NMV getroffene Bemessung soll dem Umstand Rechnung tragen, dass die Räume der Preisbindung unterliegen. Dagegen entwickeln sich die Teilgewerbezuschläge für preisfreien Wohnraum allein nach den Regeln von Angebot und Nachfrage. Für die Nutzung eines Zimmers als „Permanent Make-up Studio“ wurde ein Zuschlag von 10% zum Mittelwert des Mietspiegels zugesprochen.<sup>66</sup>

Wie alle anderen Zuschläge auch kann der Vermieter den Zuschlag für eine teilgewerbliche Nutzung nicht isoliert erhöhen. Miethöherechtlich handelt es sich um eine einheitliche Miете, die der Mieter schuldet.<sup>67</sup> Ein Teilgewerbezuschlag kann nur unter den Voraussetzungen des § 558 BGB erhöht werden.<sup>68</sup> Daraus folgt, dass im Erhöhungsverfahren nach § 558 BGB im Rahmen der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete zu den Werten des Mietspiegels ein Teilgewerbezuschlag hinzugerechnet werden muss, weil andernfalls eine dem Vermieter aus dem Eigentumsrecht zustehende Erhöhungsmöglichkeit nicht ausgeübt werden könnte.

## **(2) Leistungsbezogene Zuschläge**

### **(aa) Garage/Stellplatz**

Hat der Vermieter dem Mieter neben der Wohnung auch noch eine Garage oder einen Stellplatz vermietet, so ist zunächst entscheidend, ob dies in einem einheitlichen Mietvertrag oder in getrennten Verträgen geschehen ist. Ob ein einheitlicher Mietvertrag über eine Garage und die Wohnung vorliegt, richtet sich nach dem Willen der Parteien.<sup>69</sup> Wollten die Parteien ein einheitliches Mietverhältnis begründen oder sollten getrennte Verträge geschlossen werden? Ein Indiz ist hierfür die Tatsache, ob eine oder mehrere Vertragsurkunden vorliegen. Gerade bei der Garagenmiete kommt es häufiger vor, dass für Wohnung und Garage zwei getrennte Vertragsformulare unterzeichnet werden. Ist eine Urkunde errichtet worden, spricht der Anscheinsbeweis der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde dafür, dass der Wille der Parteien darauf gerichtet war, einen einheitlichen Vertrag abzuschließen. Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden. Ist die Vermietung in zwei getrennten Urkunden oder einer Urkunde und einer mündlichen Vereinbarung dokumentiert, spricht ebenfalls zunächst ein Anscheinsbeweis dafür, dass die Parteien kein einheitliches Mischmietverhältnis vereinbaren wollten, sondern dass zwei getrennte Verträge geschlossen werden sollten, deren Schicksal auch völlig unterschiedlich sein kann.<sup>70</sup> Es bedarf dann der Widerlegung der Vermutung durch besondere Umstände, welche die Annahme rechtfertigen, dass die Mietverhältnisse über die Wohnung und die Garage nach dem Willen der Beteiligten eine rechtliche Einheit bilden sollen.

Nur wenn ein einheitlicher Mietvertrag abgeschlossen wurde, muss im Mieterhöhungsverfahren auch eine einheitliche Miете für die Wohnung mit Garage ermittelt werden. Ob man die Garage als besondere „Ausstattung“ i. S. d. § 558 Abs. 2 BGB versteht oder einen solchen Mietvertrag als einen solchen über eine andere „Art“ von Wohnraum, ist aus der Sicht der Praxis unerheblich. Problematisch ist die Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete für solche Mietgegenstände. Kein Mietspiegel in Deutschland weist für diese Fallkonstellation eine Miете aus. Nach einer Entscheidung des LG Karlsruhe<sup>71</sup> soll der Vermieter zumindest in den Fällen, in denen im Mietvertrag die Miете für Wohnung und Garage/Stellplatz getrennt ausgewiesen wird, isoliert die Wohnungsmiete erhöhen können. In allen anderen Fällen muss aber eine einheitliche Miете ermittelt werden.<sup>72</sup> Diese setzt sich zusammen aus der ortsüblichen Vergleichsmiete für die Wohnung und einer ortsüblichen Miете für Garagen. Letztere zu ermitteln ist schwierig. Es gibt keine isolierten Erhebungen über die Mieten für Garagen/Stell-, Tiefgaragen- oder Carportplätze, soweit diese in den letzten vier Jahren neu vereinbart oder erhöht wurden. Der aktuelle Berliner Mietspiegel 2017 weist nur noch abschließbare<sup>73</sup> Fahrradstellplätze als ein wohnwerterhöhendes Merkmal aus. Bis 2015 war dies noch anders, bis dahin gehörte

<sup>65</sup> LG Berlin, GE 1998, 1213, 1214.

<sup>66</sup> AG Hamburg-Wandsbek, ZMR 2009, 377.

<sup>67</sup> Blank, WuM 2014, 641, 648; a. A. BayObLG, WuM 1986, 205.

<sup>68</sup> LG Berlin, GE 1995, 1133, GE 1995, 1201.

<sup>69</sup> OLG Düsseldorf, WuM 2007, 65.

<sup>70</sup> BGH, WuM 2013, 536 = NZM 2013, 726; WuM 2013, 421.

<sup>71</sup> Urt. v. 13.9.2013 – 9 S 572/11 (zit. nach juris).

<sup>72</sup> AG Köln, WuM 2005, 254 mit Anm. Kunze, MietRB 2004, 1.

<sup>73</sup> Was nur dann der Fall sein soll, wenn er von außen und nicht nur von innen abgeschlossen werden kann: LG Berlin, GE 2013, 812.

auch ein „zur Wohnung gehörige(r) Garage/Stellplatz“ noch dazu.<sup>74</sup> Ziemlich unkritisch wird regelmäßig die jeweilige Marktmiete für solche Plätze zur Wohnungsmiete hinzugerechnet.<sup>75</sup> Dogmatisch ist das falsch, auch wenn solche Mieten vielleicht länger stagnieren als Wohnungsmieten. Zwingend ist das aber nicht. Im Mieterhöhungsverlangen mag es noch zulässig sein, einen solchen pauschalen Zuschlag hinzuzurechnen, spätestens im Prozess müsste zumindest bei strittigem Sachvortrag darüber Beweis erhoben werden.

### **(bb) Möblierter Wohnraum**

Gerade im Zusammenhang mit der Beschränkung der Wiedervermietungsmiete wird in der Tagespresse und im Internet<sup>76</sup> immer die Auffassung vertreten, dass durch die Möblierung einer Wohnung die Beschränkungen der sog. Mietpreisbremse umgangen werden könnten. Dass dies nicht richtig sein kann und auch nicht richtig ist, dürfte auf der Hand liegen. Trotzdem macht die Möblierung größere Probleme, als man meinen mag.

Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass man Gleiches miteinander vergleichen muss, d. h. möblierte Wohnungen mit möblierten Wohnungen und unmöblierte Wohnungen mit unmöblierten Wohnungen. Die Frage ist nur, ist eine möblierte Wohnung letztendlich ganz etwas anderes, also ein aliud, oder ist sie eine unmöblierte Wohnung mit Möbeln. Die Antwort auf diese Frage entscheidet dann über den Weg, wie die ortsübliche Vergleichsmiete für möblierte Wohnungen zu ermitteln ist.

Geht man davon aus, dass möblierte Wohnungen letztendlich unmöblierte Wohnungen sind, bei denen zusätzlich Möbel zum Gebrauch überlassen werden, so muss man eine ortsübliche Miete für die Möbel ermitteln und diese zu der ortsüblichen Vergleichsmiete für die unmöblierte Wohnung hinzurechnen. Wie dieser Zuschlag zu berechnen ist, ist dann wiederum strittig. Da der Möblierungszuschlag den Wert der Gebrauchsmöglichkeit für den Mieter abgelten soll, ist nach ganz überwiegender Meinung vom Zeitwert der überlassenen Möbel auszugehen. Zeitwert ist dabei der Nutzungswert für den Mieter,<sup>77</sup> der dem Wiederbeschaffungswert entspricht.<sup>78</sup> Dieser Wert muss dann für den Vermieter verzinst werden. Außerdem ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Gegenstände durch die Benutzung regelmäßig an Wert verlieren. Es muss also eine angemessene Abschreibung berücksichtigt werden. Es fällt auf, dass die veröffentlichte Rechtsprechung zu diesem Thema fast durchweg älter als 20 Jahre ist.<sup>79</sup> Dabei handelt es sich immer um Einzelfallentscheidungen, die nicht nur von der Art der Möblierung, dem Wert und dem Alter der Gegenstände abhängen, sondern auch vom Zinssatz, der zum Zeitpunkt der Vermietung gerade üblich war. Falsch ist die Anwendung des Modernisierungszuschlags von 11% oder eines prozentualen Anteils der Miete.<sup>80</sup>

Es fragt sich, ob diese alte Rechtsprechung heute noch uneingeschränkt gilt. Damit meine ich gar nicht die konkreten Zins- und Abschreibungssätze, sondern den dogmatischen Ansatz. Es stellt sich nämlich die Frage, ob man möblierte Wohnungen nicht als eine ganz andere „Art“ von Wohnraum verstehen muss oder zumindest als Wohnungen mit einer ganz anderen Ausstattung. In diesem Fall ist die ortsübliche Vergleichsmiete für unmöblierte Wohnungen ebenso unerheblich wie ein irgendwie berechneter Möblierungszuschlag. Es handelt sich dann nämlich um einen ganz anderen Wohnungsteilmarkt.<sup>81</sup> Man kann den Preis eines VW Passats ja auch nicht aus dem Preis eines VW Golfs und einem Zuschlag ermitteln. Es müsste in diesem Fall ermittelt werden, welche Mieten für möblierte Wohnungen gezahlt werden.

Meines Erachtens wird man differenzieren müssen:

---

<sup>74</sup> Hierzu zählte nach Ansicht des LG Berlin, MM 2010, 73 ein allen Mietern zur Verfügung stehender Parkplatz, der nach Ansicht des Vermieters ausreichend groß ist, dass der Mieter dort auch einen Parkplatz finde, nicht.

<sup>75</sup> Der BGH (VIII ZR 295/15), WuM 2017, 208 = NZM 2017, 321 = MietPrax-AK § 558b BGB Nr. 4 m. Anm. Börstinghaus hat den diese Frage betreffenden Teil der Revisionsbegründung als unstatthaft zurückgewiesen, weil sich die Revisionszulassung des LG nicht darauf bezog.

<sup>76</sup> Z. B. auch [www.mietrecht-reform.de/mietrechtsreform-2016/mietpreisbremse-umgehen-moeblierte-wohnungen](http://www.mietrecht-reform.de/mietrechtsreform-2016/mietpreisbremse-umgehen-moeblierte-wohnungen): Mietpreisbremse umgehen: Möblierte Wohnungen machen es möglich.

<sup>77</sup> LG Berlin, GE 2003, 954, GE 1987, 577; AG Köln, WuM 1998, 692.

<sup>78</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 1992, 426; a. A. LG Köln, WuM 1980, 180; i. d. R. 30% des Neuwerts.

<sup>79</sup> LG Köln, ZMR 1975, 367; LG Mannheim, WuM 1977, 147; KG, GE 1980, 863; LG Mannheim, WuM 1987, 362; LG Stuttgart, WuM 1991, 600; LG Berlin, WuM 1993, 185; LG Berlin, GE 1996, 929; AG Köln, WuM 1999, 237; LG Berlin, GE 2003, 954.

<sup>80</sup> OLG Frankfurt, ZMR 1978, 286: 25%.

<sup>81</sup> So schon LG Berlin, GE 2003, 954.

Es gibt in einigen Städten sicher einen eigenen Wohnungsteilmarkt für möblierte Wohnungen. Man denke an Städte mit vielen Expats<sup>82</sup> wie z. B. Frankfurt, aber vielleicht auch Berlin oder München. Solche Personen suchen in der Regel gar nicht auf dem Markt für unmöblierte Wohnungen. Diese Wohnungen werden auch speziell für diese Zielgruppe errichtet. Die Miete richtet sich teilweise nach ganz anderen Kriterien, z. B. wie viele Schlafzimmer vorhanden sind o. Ä. Deshalb gibt es hier in beiden Richtungen keine Abhängigkeit: Weder orientiert sich die Miete für diese Wohnungen an der Miete für unmöblierte Wohnungen zzgl. eines Zuschlags, der sich nach dem Alter der Möbel und dem Zinsniveau richtet, noch darf diese Miete abzgl. eines Abschlags für die Möblierung bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete für unmöblierte Wohnungen herangezogen werden.

Auf der anderen Seite gibt es auch Wohnungen, in denen eine Einbauküche oder eine einfache (Teil-)Möblierung vom Vermieter eingebracht wurde, die aber ebenso auch unmöbliert vermietet werden könnten. Hier ist es m. E. weiterhin gerechtfertigt, nach dem Zuschlagsverfahren zu arbeiten.<sup>83</sup>

### **(3) Kostenbezogene Zuschläge**

#### **(aa) Schönheitsreparaturen**

Nachdem der BGH in großem Umfang formularvertragliche Schönheitsreparaturklauseln für unwirksam erklärt hatte,<sup>84</sup> stellte sich die Frage, ob die fehlende Abwälzung der Schönheitsreparaturen zu einem Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete berechtigt. Dabei ist die Rechtslage im freifinanzierten Wohnungsbau anders als im öffentlich geförderten Wohnungsbau. Sind die Schönheitsreparaturen nicht wirksam auf den Mieter abgewälzt worden, so kann der Vermieter im öffentlich geförderten Wohnungsbau gem. § 28 Abs. 4 II. BV einen Zuschlag von zurzeit 10,52 €/m<sup>2</sup> pro Jahr<sup>85</sup> bei der Berechnung der Kostenmiete in Ansatz bringen. Das gilt selbst dann, wenn im Mietvertrag ursprünglich die Abwälzung vorgenommen wurde, die entsprechende Klausel aber unwirksam ist.<sup>86</sup>

Anders ist es aber im freifinanzierten Wohnungsbau. Ich hatte bekanntlich an dieser Stelle<sup>87</sup> die Auffassung vertreten, dass auch hier ein entsprechender Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete hinzuzurechnen ist. Diese Auffassung hat sich nicht durchgesetzt. Auch der BGH<sup>88</sup> hat einen solchen Zuschlag abgelehnt. Sowohl der Wortlaut des § 558 BGB wie auch Sinn und Zweck der Regelung sähen einen solchen Zuschlag nicht vor. Nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers würden die Marktverhältnisse den Maßstab für die Berechtigung einer Mieterhöhung bilden. Ein Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete wegen der vom Vermieter vorzunehmenden Schönheitsreparaturen orientiere sich dagegen an den Kosten für die Vornahme der Schönheitsreparaturen.

Auch wenn der BGH dies nicht so gerne hört, ist m. E. die Frage durch die Grundsatzentscheidung vom 18.3.2015<sup>89</sup> zur Abwälzung von Schönheitsreparaturen bei unrenoviert übergebenen Wohnungen auf andere Art

---

<sup>82</sup> So werden Fachkräfte in der Wirtschaft genannt, die von international tätigen Unternehmen vorübergehend an eine ausländische Niederlassung entsandt werden.

<sup>83</sup> So werden im Berliner Mietspiegel 2017 in der Orientierungshilfe für die Spanneneinordnung z. B. „hochwertige Badmöbel“, eine „Einbauküche“ und ein „Kühlschrank“ aufgeführt.

<sup>84</sup> „Summierungseffekt“: BGH, WuM 2003, 436 = NJW 2003, 2234 = NZM 2003, 394; WuM 2003, 561 = NZM 2003, 755 = NJW 2003, 3192; WuM 2006, 306 = NJW 2006, 2116 = NZM 2006, 623; „starre“ Fristenpläne: BGH, WuM 2004, 463 = NJW 2004, 2586 = NZM 2004, 653; WuM 2004, 660 = NJW 2004, 3775 = NZM 2004, 901; „Ausführungsart“: WuM 2007, 259 = NJW 2007, 1743 = NZM 2007, 398; Farbwahlklausel: WuM 2008, 472 = NJW 2008, 2499 = NZM 2008, 605; WuM 2009, 655 = NJW 2009, 3716 = NZM 2009, 903; WuM 2010, 142 = NZM 2010, 236; WuM 2011, 96 = NJW 2011, 514 = NZM 2011, 150; Erweiterung des Begriffs der Schönheitsreparaturen: WuM 2009, 286 = NJW 2009, 1408 = NZM 2009, 353; WuM 2010, 85 = NJW 2010, 674 = NZM 2010, 157; unrenoviert übergebene Wohnung: BGHZ 204, 302 = WuM 2015, 338 = NJW 2015, 1594 = NZM 2015, 374.

<sup>85</sup> Gem. § 26 Abs. 4 II. BV ist der Wert von 8,50 €/m<sup>2</sup> indexiert. Er wurde zum 1.1.2005 um 4,51%, zum 1.1.2008 um 6%, zum 1.1.2011 um 3,7%, zum 1.1.2014 um 5,688% und zum 1.1.2017 um 1,89% erhöht.

<sup>86</sup> BGH (VIII ZR 177/09), WuM 2010, 296 = NJW 2010, 1590 = MietPrax-AK § 28 II. BV Nr. 1 m. Anm. Börstinghaus, ders., jurisPR-MietR 10/2010 Anm. 1; Kunze, MietRB 2010, 157; Blank, LMK 6/2010 Anm. 1; Drasdo, NJW-Spezial 2010, 386; Kappus, NZM 2011, 674; BGH (VIII ZR 281/09), WuM 2010, 635 = MietPrax-AK § 28 II. BV Nr. 2 m. Anm. Börstinghaus; BGH (VIII ZR 181/12), WuM 2013, 174 = MietPrax-AK § 28 II. BV Nr. 5 m. Anm. Börstinghaus.

<sup>87</sup> Börstinghaus, WuM 2005, 675.

<sup>88</sup> BGH (VIII ZR 181/07), BGHZ 177, 186 = WuM 2008, 560 = NJW 2008, 2840 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 19 m. Anm. Börstinghaus; Lehmann-Richter, BGHReport 2008, 1001; Blümmel, GE 2008, 1086; Niebling, ZMR 2008, 881; Häublein, ZMR 2009, 1; Wüstefeld, jurisPR-MietR 21/2008 Anm. 3; BGH (VIII ZR 83/07), WuM 2008, 487 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 20 m. Anm. Börstinghaus; BGH (VIII ZR 118/07), WuM 2009, 240 = NJW 2009, 1410 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 21 m. Anm. Börstinghaus.

<sup>89</sup> BGH (VIII ZR 185/14), BGHZ 204, 302 = WuM 2015, 338 = NJW 2015, 1594 = NZM 2015, 374 = MietPrax-AK § 538 BGB Nr. 65 m. Anm. Eisenschmid; Schach, GE 2015, 343; Lehmann-Richter, NJW 2015, 1598; Harsch, MietRB 2015, 161; Schach, GE 2015, 624;

und Weise wiederum aufgetaucht. In der Entscheidung ging es u. a. um die Frage, ob eine Abwälzungsklausel bereits vom Wortlaut her zwischen renoviert und unrenoviert übergebenen Wohnungen unterscheiden muss.<sup>90</sup> Der BGH hat dies mit der Begründung abgelehnt, dass es sich bei renovierten und unrenovierten Wohnungen um einen anderen Vertragsgegenstand handle, weshalb eine Differenzierung in der Klausel nicht erforderlich sei. Ich bin nach wie vor der Auffassung, dass die Mietvertragsparteien danach (anders als beim Autokauf zwischen Neu- und Gebrauchtwagen) nicht differenzieren.<sup>91</sup> Wenn man aber die Argumentation des BGH ernst nimmt, dann handelt es sich bei renoviert übergebenen und unrenoviert übergebenen Wohnungen um unterschiedliche Wohnungsteilmärkte. Dann sind hierfür auch unterschiedliche ortsübliche Vergleichsmieten zu ermitteln.<sup>92</sup> Richtigerweise wird das wohl entweder über das Merkmal der „Beschaffenheit“ oder das Merkmal „Art“ zu erfolgen haben. Der BGH hat zu diesem Thema aber in anderem Zusammenhang in der Entscheidung aus dem Jahre 2008<sup>93</sup> bereits darauf hingewiesen, dass die ortsübliche Vergleichsmiete für Wohnungen mit und ohne Abwälzung der Schönheitsreparaturen tatsächlich unterschiedlich sein kann, wenn sich am Markt hierfür unterschiedliche Preise entwickelt haben. Das ist aber kaum zu erwarten, weil dann der Vermieter mit einer wirksamen Abwälzung der Schönheitsreparaturen eine niedrigere Miete verlangen müsste.

### **(bb) Kleinreparaturen**

Der Vermieter darf auch keinen Zuschlag zur ortsüblichen Vergleichsmiete hinzurechnen, wenn er im Mietvertrag die Kostentragung für Kleinreparaturen nicht wirksam auf den Mieter abgewälzt hat. Ebenso ist auch kein Abschlag vorzunehmen, wenn die Abwälzung erfolgt ist.<sup>94</sup> Ähnlich wie bei den unwirksamen Schönheitsreparaturklauseln hat der BGH<sup>95</sup> einen solchen Zuschlag abgelehnt, weil das Gesetz ihn nicht vorsehe und einem solchen Zuschlag auch Sinn und Zweck der §§ 558 ff. BGB entgegenstünden. Das ist im Ergebnis richtig. Ein solcher Zuschlag führt im Übrigen zu einer unzulässigen Vermischung der unterschiedlichen Mietpreissysteme.<sup>96</sup>

## **IV. Besonderheiten in Gemeinden mit Beschränkung der Wiedervermietungsmiete**

Der Gesetzgeber hat durch das „Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung – Mietrechtsnovellierungsgesetz“<sup>97</sup> vom 21.4.2015 erstmals in der Nachkriegsgeschichte der Bundesrepublik eine Beschränkung der Neuvermietungsmiete eingeführt. *Prof. Derleder*<sup>98</sup> hat darauf hingewiesen, dass damit in der Bundesrepublik Deutschland eine neue Phase der Mietbegrenzung eröffnet worden ist, die teilweise an die Wohnraumbewirtschaftungsvorschriften erinnert.

Bekanntlich darf die Neuvermietungsmiete im Anwendungsbereich einer entsprechenden Verordnung grundsätzlich<sup>99</sup> die ortsübliche Vergleichsmiete bei Beginn des Mietverhältnisses nicht um mehr als 10% übersteigen. Damit verknüpft der Gesetzgeber die Höhe der zulässigen Wiedervermietungsmiete mit dem Regelungsregime für Mieterhöhungen im Bestand.<sup>100</sup> Insofern gilt hier der gleiche Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete wie bei der Mieterhöhung im Bestand, auch wenn die exakte Ermittlung des Begriffs hier viel schwieriger, aber auch bedeutsamer ist. Während nämlich bei der Mieterhöhung im Bestand die Parteien am Ende eine verbindliche Vertragsänderung vereinbaren, die auch dann wirksam ist, wenn eine oder beide Parteien

---

Börstinghaus, LMK 2015, 369251; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 10/2015, 1; Hartmann, WuM 2015, 406; Langenberg, NZM 2015, 681; Sommer, MietRB 2015, 312; Steinig, DWW 2015, 282; Artz, NZM 2015, 801; Drettmann, NJW 2015, 3694; Graf v. Westphalen, NZM 2016, 10; Schneider, jM 2015, 325; Schmidt, NJW 2016, 1201; Emmerich, JuS 2015, 840; Blum, NJ 2015, 375.

<sup>90</sup> Dafür AG Dortmund, WuM 2015, 27 = NZM 2014, 826, 828; Schach, ZMR 2014, 944; a. A. Lehmann-Richter, NZM 2014, 818; Schmidt, NJW 2016, 1201, 1202; LG Berlin, WuM 2015, 541.

<sup>91</sup> AG Dortmund, NZM 2014, 826, 828; Börstinghaus, NZM 2016, 417, 431; a. A. Lehmann-Richter, NZM 2014, 818.

<sup>92</sup> Dazu Artz, NZM 2015, 801.

<sup>93</sup> BGH (VIII ZR 181/07), BGHZ 177, 186 = WuM 2008, 560 = NJW 2008, 2840 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 19 m. Anm. Börstinghaus; Lehmann-Richter, BGHReport 2008, 1001; Blümmel, GE 2008, 1086; Niebling, ZMR 2008, 881; Häublein, ZMR 2009, 1; BGH (VIII ZR 83/07), WuM 2008, 487; BGH (VIII ZR 118/07), WuM 2009, 240 = NJW 2009, 1410.

<sup>94</sup> LG Berlin, GE 2009, 654.

<sup>95</sup> BGH (VIII ZR 83/07), WuM 2008, 487 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 20 m. Anm. Börstinghaus.

<sup>96</sup> BGH (VIII ZR 83/07), WuM 2008, 487 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 20 m. Anm. Börstinghaus; AG Dortmund, WuM 2004, 718.

<sup>97</sup> BGBl. I 2015, 610; dazu jetzt ausführlich: Schuldt, Mietpreisbremse – Eine juristische und ökonomische Untersuchung der Preisregulierung für preisfreien Wohnraum, 2017.

<sup>98</sup> Derleder, KJ 2015, 5; ders., PiG 99 (2015) 27, 40.

<sup>99</sup> Es sei denn, es liegt eine der vier Ausnahmen der §§ 556e, 556f BGB vor.

<sup>100</sup> Weigelt, Die wachsende Stadt als Herausforderung für das Recht (2016), S. 289.

von einer falschen ortsüblichen Vergleichsmiete ausgingen, kann der Mieter bei einem Verstoß gegen die maximal zulässige Wiedervermietungsmiete sich noch nach vielen Jahren auf die Teilunwirksamkeit berufen und Zahlungen zurückverlangen. Die Feststellung der zulässigen Wiedervermietungsmiete ist deshalb für beide Mietvertragsparteien viel bedeutsamer, da nicht disponibel.<sup>101</sup> Deshalb war und ist es so unverantwortlich, dass entgegen dem erklärten Willen der Bundesregierung<sup>102</sup> Gemeinden in entsprechende Landesverordnungen aufgenommen wurden, in denen kein qualifizierter Mietspiegel existiert. Dann kann die Mietpreisbremse auch deshalb nicht funktionieren. Das gilt auch dann, wenn zwar ein vermeintlich qualifizierter Mietspiegel existiert, dieser aber politisch so beeinflusst ist, dass entweder seine Qualifikation ganz in Zweifel gezogen werden muss oder bei dem die Spannen so eng gezogen werden, dass große Teile des Wohnungsbestands nicht mehr erfasst werden.<sup>103</sup>

An dieser Stelle soll es aber nicht um die grundsätzlich schon schwierige Ermittlung der vermeintlich richtigen maximalen Wiedervermietungsmiete gehen, sondern nur um die besonderen Mietpreisgestaltungen. Das sind auch an dieser Stelle vor allem die vertraglich vereinbarte Mietstruktur sowie eventuelle tatsächliche oder rechtliche Sonderleistungen.

Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete gilt auch für Inklusiv- oder Teilinklusivmieten. Auch hier muss zur ortsüblichen Netto-Vergleichsmiete ein Zuschlag hinzugerechnet werden, der anhand der pro Quadratmeter gezahlten Kosten für die nicht umgelegte Betriebskostenposition zu errechnen ist. Maßgeblich sind die Betriebskosten, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags festgestellt werden können,<sup>104</sup> nicht die zum Zeitpunkt der letzten Betriebskostenabrechnung.<sup>105</sup> Ebenso wenig ist die Bezugnahme auf ortsübliche Betriebskosten in der Gemeinde oder sogar größerer Einheiten, z. B. durch Verwendung von Betriebskostenspiegeln, zulässig,<sup>106</sup> da andernfalls der Vermieter, der das Haus besonders günstig bewirtschaftet, eine höhere Miete verlangen könnte. Etwas schwieriger ist es, wenn die Parteien eine Betriebskostenpauschale vereinbart haben. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 556 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt die Begrenzung auf die Angemessenheit für Betriebskostenpauschalen gerade nicht.<sup>107</sup> Die Betriebskostenpauschale kann sich aus einem Teil zusammensetzen, der die tatsächlichen Betriebskosten betrifft, und einem Sicherheitszuschlag. Letzterer ist ein sich mit der Zeit verringernder Anteil der Grundmiete.<sup>108</sup> Ausgangspunkt für die Berechnung der höchstzulässigen Wiedervermietungsmiete ist nur der reine Betriebskostenanteil der Pauschale.<sup>109</sup>

Wenn im Mietvertrag für zusätzliche Leistungen „Zuschläge“ vereinbart wurden, dann ist es falsch, die Zuschläge zur ortsüblichen Vergleichsmiete hinzuzurechnen. Vielmehr muss ermittelt werden, wie hoch die ortsübliche Vergleichsmiete für Mietverhältnisse mit dieser zusätzlichen Leistung ist. Bei der Mitvermietung von Garagen/Stellplätzen usw. ist das noch mit überschaubarem Aufwand möglich, spätestens im Prozess kommt eine Schätzung gem. § 287 ZPO in Betracht. Schwieriger ist es schon beim Untervermietungszuschlag. Dieser Wert ist allein schon deshalb, weil er in der Praxis nur sehr selten vorkommt, schwer zu ermitteln. Ähnliches gilt für die teilgewerbliche Nutzung.

---

<sup>101</sup> Börstinghaus in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 13. Aufl., § 556d BGB Rn. 49.

<sup>102</sup> So die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/3121 S. 29 „Es sollte eine tatsächliche statistische Erhebung stattfinden“; Blank, WuM 2014, 641, 647; nach Weigelt, Die wachsende Stadt als Herausforderung für das Recht (2016), S. 292 soll die Aufnahme einer Gemeinde ohne qualifizierten Mietspiegel in eine VO kaum möglich sein; ähnlich Artz in MünchKommBGB, § 556d Rn. 15; Emmerich in Staudinger, § 556d Rn. 30; großzügiger Derleder, NZM 2015, 413, 415.

<sup>103</sup> Zu den politischen Vorgaben bei der Festlegung der neuen 75%-Spanne im Berliner Mietspiegel 2017 s. Schubert in: Handbuch zum Berliner Mietspiegel 2017, S. 14.

<sup>104</sup> BGH (VIII ZR 141/09), WuM 2010, 161 = NZM 2010, 436; (VIII ZR 331/06), WuM 2007, 707 = NJW 2008, 848; (VIII ZR 41/05), WuM 2006, 39 = NZM 2006, 101; (VIII ZR 215/05), WuM 2006, 569; KG, GE 2005, 180; BayObLG, RE v. 27.10.1992, WuM 1992, 677; LG Berlin, GE 2010, 61; GE 2004, 626; LG Rottweil, NZM 1998, 432; AG Hamburg, ZMR 2005, 54; AG Charlottenburg, GE 2005, 743; AG Schöneberg, GE 2007, 153, GE 2005, 1129; AG Tiergarten, GE 2005, 1135; Hannemann, NZM 1998, 612, 613, KG, GE 2005, 180 mit zust. Anm. Both, WuM 2005, 379; a. A. LG Berlin, GE 2005, 1251; Beuermann, NZM 1998, 598.

<sup>105</sup> AG Schöneberg, GE 2005, 1129.

<sup>106</sup> Blank, WuM 2014, 641, 647.

<sup>107</sup> Flatow, WuM 2015, 191; Blank, WuM 2014, 641, 647.

<sup>108</sup> Langenberg, ZMR 1982, 65; Blank, WuM 2014, 641, 647.

<sup>109</sup> Blank, WuM 2014, 641, 647.

Bei möbliertem Wohnraum<sup>110</sup> tauchen an dieser Stelle die oben skizzierten Probleme auf. Kann man wirklich von der Miete für unmöblierte Wohnungen ausgehen und zu diesem Wert einen Möblierungszuschlag hinzurechnen oder handelt es sich um einen eigenen Wohnungsmarkt? Meines Erachtens kommt es hier sowohl auf die örtlichen Gegebenheiten wie auch die konkrete Möblierung der Wohnung an. Nur wenn es sich bei möbliertem Wohnraum wirklich nicht um einen eigenen Wohnungsteilmarkt handelt, wird man mit einem Zuschlag arbeiten können, der sich aus einer Verzinsung und der Abschreibung des Zeitwerts zusammensetzt. Dabei ist heute ein niedriger einstelliger Zinssatz sicher angemessen. Die Abschreibung ist linear aus der üblichen Nutzungszeit für die Möbel (m. E. ca. 8-10 Jahre) zu errechnen. Zu ganz anderen Ergebnissen wird man aber kommen, wenn man die ortsübliche Vergleichsmiete für möblierte Wohnungen nur aus den Mieten für solche Wohnungen ermittelt, weil es sich um einen eigenen Wohnungsteilmarkt handelt. Letztendlich ist das zunächst eine Rechtsfrage, die das Gericht ggf. nach sachverständiger Beratung entscheiden muss. Wenn es zu dem Ergebnis kommt, dass hier wirklich ein eigener Wohnungsmarkt vorliegt, dann wird es versuchen müssen, die ortsübliche Vergleichsmiete hierfür mittels Sachverständigengutachtens zu ermitteln, da es meines Wissens keine Mietspiegel für diese Art von Wohnraum gibt.<sup>111</sup>

## V. Zusammenfassung

1. Die Mietvertragsparteien können im preisfreien Wohnungsbau vor allem über die Vereinbarung der Mietstruktur Einfluss auf die Mietpreisgestaltung nehmen. Die einmal vereinbarte Mietstruktur ist bei allen zukünftigen Mieterhöhungen maßgeblich und durch Anpassung der ortsüblichen Nettovergleichsmiete zu realisieren. Maßgeblich sind dabei die aktuellen Betriebskosten zum Zeitpunkt der Mieterhöhung.
2. Auch bei der Ermittlung der zulässigen Wiedervermietungsmiete kommt es vor allem auf die vereinbarte Mietstruktur an.
3. Der Vermieter kann im Übrigen seine Mietpreiskalkulation insofern offenlegen, als dass er für bestimmte kalkulatorische Positionen gesonderte Beträge im Mietvertrag angibt. Es handelt sich aber letztendlich um eine einheitliche Grundmiete, die bei späteren Mieterhöhungen als Ausgangsmiete zu berücksichtigen ist.
4. Bei Abschluss des Mietvertrags sind Zuschläge für sachliche Erweiterungen der Nutzungen im Vergleich zur reinen Wohnraumüberlassung (Garage, Möblierung, Garten o. Ä.) ebenso möglich wie Zuschläge für rechtliche Erweiterungen des vertragsgemäßen Gebrauchs (Untermieterlaubnis, teilgewerbliche Nutzung).
5. Bei der Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete sind nutzerbezogene Zuschläge für eine Untermieterlaubnis oder teilgewerbliche Nutzung dann in Ansatz zu bringen, wenn auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für diese Gestattungen tatsächlich eine Vergütung gezahlt wird.
6. Bei sachlichen Leistungserweiterungen (Garage, Garten pp.) ist die ortsübliche Vergleichsmiete für die einheitliche Vermieterleistung zu ermitteln. Im Mieterhöhungsverfahren kann die ortsübliche Vergleichsmiete mittels Zuschlags für die Garage o. Ä. zur ortsüblichen Vergleichsmiete für Wohnraum ohne die Zusatzleistung begründet werden.
7. Problematisch ist die Einordnung möblierter Wohnungen. Soweit aufgrund der örtlichen Verhältnisse für solche Wohnungen ein eigener Wohnungsteilmarkt besteht, muss die Miete für diese Wohnungen ermittelt werden. Ein Zuschlag nach Wert, Abschreibung und Verzinsung der Möbel auf die ortsübliche Vergleichsmiete für unmöblierten Wohnraum scheidet dann aus. Dies geht nur, wenn aufgrund der örtlichen Verhältnisse oder der Art der (Teil-)Möblierung von keiner anderen Art des Wohnraums i. S. d. § 558 Abs. 2 BGB auszugehen ist.
8. Kostenbezogene Zuschläge z. B. für Schönheitsreparaturen oder die Nichtabwälzung der Kleinreparaturlast sind mangels Differenzierung am Markt zurzeit nicht möglich.
9. Diese Grundsätze gelten auch bei der Ermittlung der zulässigen Wiedervermietungsmiete.

---

<sup>110</sup> Zu den vermeintlichen Vorteilen der Vermietung einer möblierten Wohnung im Zusammenhang mit der Begrenzung der Wiedervermietungsmiete: Leutner, GE 2016, 1131; Beuermann, GE 2016, 133; auf die Prozessrisiken für den Mieter in diesem Zusammenhang weist Weigelt, Die wachsende Stadt als Herausforderung für das Recht (2016), S. 300 hin.

<sup>111</sup> Auch nach LG Berlin, GE 2003, 954 ist der Berliner Mietspiegel bei umfangreicher Möblierung nicht anwendbar.