

- D 158b Die Nichtigkeit vorbezeichneter Verordnungen kann auch praktische Bedeutung haben, wenn sich der Vermieter zur Rechtfertigung der vereinbarten Miete auf die Vormiete (§ 556e Abs. 1 BGB) beruft. Die Vormiete rechtfertigt die vereinbarte Miete nur insoweit, als auch sie nicht gegen § 556d Abs. 1 BGB verstoßen hat. Wurde jedoch die Vormiete zu einer Zeit vereinbart, in der vorbezeichnete Verordnungen nichtig waren, gilt sie auch im neuen Mietverhältnis uneingeschränkt und legitimiert deshalb bis zu ihrer Höhe die neu vereinbarte Miete vollen Umfangs.
- D 158c Die **Mietenbegrenzungsverordnung für Berlin** vom 28.4.2015 ist wirksam³²⁸. Auch die **Mietpreisbegrenzungsverordnung für Hamburg** in der Anfang 2019 geltenden Fassung ist verfassungskonform und insbesondere ausreichend begründet³²⁹.
- D 158d Die Bundesländer haben aus früheren Fehlern bei den Mietpreisbegrenzungsverordnungen gelernt, es bestehen keine durchgreifenden Anhaltspunkte dafür, dass die **aktuellen Verordnungen** (s. Rz. D 155) nicht **wirksam** sind³³⁰.

b) Ausnahmen – § 556f BGB

- D 159 Die Anwendung der §§ 556d ff. BGB ist von vornherein ausgeschlossen, wenn einer der Fälle des § 556f BGB vorliegt. Hiervon zu unterscheiden sind die in § 556e BGB geregelten Einschränkungen, bei denen die „Mietpreisbremse“ zwar grundsätzlich greift, bei denen aber der Vermieter eine höhere Miete als eine solche bis zu 10 % der ortsüblichen Vergleichsmiete vereinbaren kann.

aa) Neubauten

- D 160 § 556d BGB ist nicht anzuwenden auf eine Wohnung, die nach dem 1.10.2014 erstmals genutzt und vermietet wird (§ 556f Satz 1 BGB). Das Gesetz knüpft bei den Voraussetzungen für die Ausnahme an den **Zeitpunkt der ersten Vermietung** an, bei **anderweitiger Nutzung** an den Zeitpunkt des Nutzungsbeginns³³¹. Die dazu benötigten Informationen kann sich der Mieter im Zweifel durch ein **Auskunftsbegehren** nach § 556g Abs. 3 BGB (Rz. D 209 f.) beschaffen, sofern er nicht Einsichtnahme in die Bauakten bei der Bauaufsichtsbehörde nehmen will.
- D 161 Voraussetzung ist, dass es sich um die **erste Vermietung nach der Errichtung der Wohnung** handelt und dass die Wohnung bis zum Stichtag nicht anderweitig genutzt wurde; die **Ausnahme erfasst damit im Wesentlichen Neubauten**; die Regelung erfasst auch solche Neubauten, die zum Stichtag bereits fertiggestellt waren, aber noch nicht vermietet oder einer anderweitigen Nutzung zugeführt worden sind³³². Wird die bezugsfertige Wohnung z.B. nach dem 1.10.2014 zunächst durch den Eigentümer genutzt und erst Jahre später vermietet, so ist der Ausnahmetatbestand noch einschlägig³³³. Gleiches gilt, wenn die Wohnung nach dem 1.10.2014 zunächst als Wohnraum sodann als Gewerberaum (z.B. Vermietung an eine Rechtsanwaltskanzlei oder Arztpraxis) genutzt und vermietet und anschließend wiederum als Wohnraum neu vermietet werden soll³³⁴. Maßgebend ist allein, dass die erstmalige

328 BGH v. 27.5.2020 – VIII ZR 45/19, MietRB 2020, 194 (*Börstinghaus*) = MietRB 2020, 195 (*Börstinghaus*) = WuM 2020, 423, Rdz. 80 ff.; AG Lichtenberg v. 5.11.2021 – 10 C 553/21, WuM 2022, 113, LG Berlin, Beschluss vom 2.6.2022 – 67 S 259/21 mwN (Vorlagebeschluss an den Gerichtshof der Europäischen Union); LG Berlin v. 20.6.2023 – 65 S 198/22, WuM 2023, 541, a.A. AG Neukölln v. 16.11.2022 – 9 C 489/20, MietRB 2023, 4 (*Bettenhausen*) = WuM 2022, 743.

329 AG Hamburg v. 19.10.2021 – 25a C 17/21, WuM 2022, 166, LG Hamburg v. 18.7.2023, Az. 316 S 56/22.

330 a.A. in Bezug auf die Sächsische Verordnung: *Lindner*, DWW 2023, 204.

331 BT-Drucks. 18/3121, S. 31.

332 BT-Drucks. 18/3121, S. 31.

333 *Blank*, WuM 2014, 641, 653; instruktiv die dortigen Ausführungen insgesamt.

334 *Blank*, WuM 2014, 641, 653.

Nutzung und Vermietung nach dem Stichtag stattfindet. Der **1.10.2014** wurde als Datum gewählt, um einerseits nur die Wohnungen zu erfassen, bei denen die Erstvermietung und Erstnutzung bisher noch nicht erfolgt ist³³⁵. **Vermieter von bereits vermieteten Neubauwohnungen** werden dadurch ausreichend geschützt, dass sie die bisher vereinbarte Miete gem. § 556e Abs. 1 BGB in Zukunft auch bei einem Mieterwechsel weiter verlangen können³³⁶. Andererseits wird durch das gewählte Datum sichergestellt, dass Vermieter nach Bekanntwerden des Gesetzesentwurfes nicht veranlasst werden, eine beabsichtigte Vermietung zu unterlassen bzw. zu verzögern³³⁷.

Bei der Frage, ob eine Wohnung bereits zum Stichtag genutzt wurde, spielt die **Art der Nutzung** grundsätzlich keine Rolle, so dass sowohl die Selbstnutzung als auch die Überlassung der Wohnung an Dritte zu Wohnzwecken oder zur gewerblichen Nutzung erfasst werden; die Grenze ist jedoch dort erreicht, wo der Wohnraum vorher noch gar nicht existent war und es sich deshalb um neuen Wohnraum handelt³³⁸. Zur **Abgrenzung** kann im Einzelfall auf § 16 Abs. 1 Nr. 1 – 3 des Wohnraumförderungsgesetzes (WoFG) zurückgegriffen werden.

D 162

In folgenden Fällen kommt demnach in Betracht, von „**neuem Wohnraum**“ auszugehen:

D 162a

- Baumaßnahmen, durch die Wohnraum in einem neuen selbständigen Gebäude geschaffen wird
- Beseitigung von Schäden an Gebäuden unter wesentlichem Bauaufwand, durch die die Gebäude auf Dauer wieder zu Wohnzwecken nutzbar gemacht werden,
- Änderung, Nutzungsänderung oder Erweiterung von Gebäuden z.B., im Wege einer Aufstockung³³⁹, durch die unter wesentlichem Bauaufwand Wohnraum geschaffen wird.

Ein **wesentlicher Bauaufwand** ist gegeben, wenn die Kosten ungefähr **ein Drittel der Neubaukosten** ausmachen³⁴⁰. Diese vom Vermieter vorzutragende Tatsache kann der Mieter zunächst vernachlässigen, sofern sich keine Anhaltspunkte für ihr Vorliegen ergeben. Anhaltspunkte liegen insbesondere vor, wenn die Wohnung erstmals nach einer **Kernsanierung** bezogen wurde.

D 162b

Nicht als neuer Wohnraum zu verstehen sind indes die Fälle, in denen Wohnungen nur erweitert werden, der Zuschnitt von Wohnungen geändert oder existente Wohnungen aufgeteilt oder zusammengelegt werden³⁴¹.

D 163

bb) Umfassende Modernisierung

Gemäß § 556f Satz 2 BGB gilt die Mietpreisbegrenzung für die unmittelbar anschließende Vermietung auch nach umfassenden Modernisierungen **nicht**. Die Gesetzesmaterialien geben Auskunft darüber, wann eine umfassende Modernisierung vorliegt:

D 164

„Umfassend im Sinne der Nr. 2 ist eine Modernisierung dann, wenn sie einen solchen Umfang aufweist, dass eine Gleichstellung mit Neubauten gerechtfertigt erscheint. Anknüpfungspunkt für eine sachgemäße Auslegung kann die Regelung in § 16 Abs. 1 Nr. 4 WoFG sein, die einen wesentlichen Bauaufwand verlangt, um eine förderungsfähige Modernisierung bereits vorhandenen Wohnraums zu begründen. In der Rechtsprechung zur Frage des „wesentlichen Bauaufwands“ in den Vorläufer-Bestimmungen zu § 16 WoFG (§§ 16, 17 des Zweiten Wohnungsbaugesetzes a.F.) ist ein wesentlicher Bauaufwand angenommen worden, **wenn die Investition etwa 1/3 des für eine vergleichbare Neubauwohnung erforderlichen Aufwands erreicht** (BVerwGE 38, 286, 289 f.; siehe auch BGH WuM 2010, 679). Da die Bezeichnung „umfassend“ nicht nur

D 165

335 BT-Drucks. 18/3121, S. 31.

336 BT-Drucks. 18/3121, S. 31 f.

337 BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

338 BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

339 *Börstinghaus* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl., Rz. 8 zu § 556f BGB.

340 AG Schöneberg. v. 8.9.2017 – 17 C 148/16, ZMR 2017, 990 = GE 2017, 1225.

341 BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

den Investitionsaufwand, sondern auch die qualitativen Auswirkungen auf die Gesamtwohnung umfassen, wird allerdings ergänzend zu berücksichtigen sein, ob die Wohnung auch in mehreren wesentlichen Bereichen (insbesondere Sanitär, Heizung, Fenster, Fußboden, Elektroinstallationen bzw. energetische Eigenschaften) verbessert wurde³⁴².

D 166 In diesem Sinne hat sich zwischenzeitlich der BGH positioniert.³⁴³

Eine „umfassende Modernisierung“ kann danach nur unter folgenden Voraussetzungen bejaht werden:

- Gleichstellung mit einem Neubau durch wesentlichen Bauaufwand (mindestens 1/3 des für eine vergleichbare Neubauwohnung erforderlichen finanziellen Aufwands – ohne Grundstücksanteil);
- Bei der Berechnung des wesentlichen Bauaufwandes sind Kosten für Erhaltungsmaßnahmen nicht mitzuzählen;
- Das Mietobjekt muss in wesentlichen Bereichen (insbesondere Heizung, Sanitär, Fenster, Fußböden, Elektroinstallationen bzw. energetische Eigenschaften) so verbessert werden, dass die Gleichstellung mit einem Neubau gerechtfertigt ist.

Die so beschriebenen Anforderungen sind derart hoch, dass sie praktisch kaum je in einem Altbau anzutreffen sein werden und auch Maßnahmen nur in der Wohnung dürften regelmäßig nicht ausreichend sein, um im Sinne der Rechtsprechung des BGH eine „umfassende Modernisierung“ bejahen zu können.³⁴⁴

D 166a Die anwaltliche Beratungspraxis zeigt, dass Vermieter nicht selten falsche Vorstellungen zum Begriff „umfassende Modernisierung“ haben. So werden etwa eine Modernisierung von Küche und Bad, die Erneuerung der Elektroinstallation, die Einbringung eines neuen Fußbodens (z.B. Laminat) und neuer Fenster einhergehend mit einer neuen Dekoration schon – unzutreffender Weise – als „umfassende Modernisierung“ angesehen.

D 166b Der Vermieter hat den Mieter bei Abschluss des Mietvertrages darauf hinzuweisen, dass es sich um die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung handelt (§ 556g Abs. 1a Ziffer 4. BGB). Ist das nicht geschehen, kann er diesen Hinweis nachholen, sich dann allerdings erst zwei Jahre nach Nachholung der Auskunft auf die Nichtanwendung der Vorschriften zur Mietpreisbremse wegen umfassender Modernisierung berufen (§ 556g Abs. 1 a, Satz 3 BGB). Die Erklärungen des Vermieters bedürfen der Textform (§ 556g Abs. 4 BGB). Der Vermieter erfüllt die Informationsobliegenheit gem. § 556g Abs. 1a BGB, wenn er dem Mieter vor der Abgabe von dessen Vertragserklärung unaufgefordert die Auskunft erteilt, bei dem Abschluss des Mietvertrages handele es sich um die erste Vermietung nach umfassender Modernisierung der Wohnung. Der Vermieter ist hingegen nicht verpflichtet, zu diesem Zeitpunkt über Umfang und Details der Modernisierung bereits Auskunft zu erteilen.³⁴⁵

c) Grundnorm – § 556d BGB

D 167 Im Rahmen der **typischen Anwendungsfälle** (Rz. D 154) sollte der Rechtsanwalt zunächst ermitteln, ob ihm ausreichende Informationen zur **Bewertung der Miethöhe** zur Verfügung stehen. Denn auf der ersten Stufe ist § 556d Abs. 1 BGB zu prüfen, nachdem der Anwendungsbereich (vgl. Rz. D 156 ff.) bejaht und Ausnahmen – § 556f BGB – (vgl. Rz. D 159 ff.) verneint wurden. Dieser knüpft an den

342 BT-Drucks. 18/3121, S. 32.

343 BGH v. 11.11.2020 – VIII ZR 369/18, MietRB 2021, 71 (*Börstinghaus*), NZM 2021, 220, LG Berlin v. 13.12.2023 – 64 S 210/21, WuM 2024, 272 = ZMR 2024, 567; LG Berlin II v. 28.6.2014 – 65 S 198/23, WuM 2024, 530.

344 Zutreffend *Oberndorfer*, die umfassende Modernisierung gem. § 556f Satz 2 BGB, WuM 2022, 720, 723.

345 BGH v. 18.5.2022 – VIII ZR 9/22, MietRB 2022, 277.

Vergleichsmietenbegriff des § 558 Abs. 2 BGB ohne Einschränkung an. Deshalb ist die **ortsübliche Vergleichsmiete** bei der Mietpreisbegrenzung nach denselben Kriterien zu ermitteln wie bei der Mieterhöhung nach § 558 BGB (Rz. E 12 ff.). Liegen für diese Prüfung keine ausreichenden Informationen vor, sollte dem weiteren **Vorgehen auf der Mieterseite** jedenfalls der Auskunftsanspruch vorgeschaltet werden (Rz. D 209 f.), um eine sichere Grundlage für die Beratung zu schaffen. Bei der **Beratung des Vermieters** ist es wichtig, zunächst die **Mietstruktur** (Rz. E 21) zu erfassen und die Wohnwertmerkmale (vgl. z.B. Rz. E 16 f.) abzufragen. Welche Merkmale insoweit von Bedeutung sind, ergibt sich häufig aus dem örtlichen Mietspiegel. Auch der Blick auf die **Kautionsabrede** sollte bereits in diesem Stadium erfolgen (Rz. D 208).

Maßstab für eine 10%ige Überschreitung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist regelmäßig die **Nettokaltmiete**. Haben die Parteien davon abweichend eine **Inklusiv- oder Teilinklusivmiete vereinbart**, ist diese zunächst um den Betriebskostenanteil zu bereinigen. Ist beispielsweise eine Inklusivmiete vereinbart mit Ausnahme der Heizkosten, auf die der Mieter gesondert Vorauszahlungen entrichtet und über die der Vermieter abrechnet, ist die vereinbarte Miete um jene Betriebskosten (ohne Heizungskosten) zu bereinigen, die in der Miete enthalten sind. In der gegebenen Situation bestehen **drei Möglichkeiten**, diese Bereinigung herbeizuführen: weiß der Mieter nicht, welche vermietetseitige Kalkulation der Inklusivmiete zugrunde liegt, kann er anhand örtlicher oder regionaler Betriebskostenspiegel die Miete um den ortsüblichen Nebenkostenanteil (im Beispielfalle: ohne Heizungskosten) bereinigen, um auf diese Weise rechnerisch die vereinbarte Nettokaltmiete zu ermitteln. Alternativ ist es aber auch möglich, auf die konkret auf die Wohnung des Mieters entfallenden Nebenkosten zu Beginn des Mietverhältnisses abzustellen³⁴⁶. Hierauf kann sich der Vermieter, dem die notwendigen Informationen dazu vorliegen, berufen, um darzulegen, dass der vom Mieter angenommene ortsübliche Betriebskostenanteil zur Abdeckung der tatsächlich anfallenden Kosten nicht ausreicht. Will der **Mieter** von vornherein bei seiner Berechnung nach § 556d Abs. 1 BGB auf die konkret angefallenen Nebenkosten, die in der Miete enthalten sind, abstellen, muss er sich die hierfür erforderlichen Informationen im Wege des **Auskunftsanspruches nach § 556g Abs. 3 BGB** besorgen.

D 168

Existiert am Ort der Wohnung ein Mietspiegel, kann die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete zu Beginn des Mietverhältnisses anhand derjenigen Kriterien ermittelt werden, die der Mietspiegel der Gemeinde vorgibt. Bei einem **qualifizierten Mietspiegel** kann i.d.R. punktgenau die ortsübliche Vergleichsmiete ermittelt werden. Dem **einfachen Mietspiegel** kommt aber zumindest **Indizwirkung** zu³⁴⁷. Dennoch ist **Vorsicht geboten**: i.d.R. geben die Mietspiegel Werte vor, die sich an der **typischen Mietstruktur** orientieren, nämlich einer Gesamtmiete, die aus Nettokaltmiete und einem Betrag für die Betriebskosten besteht. Daneben enthalten die Werte keine **Zuschläge** für Sonderleistungen des Vermieters wie z.B. Schönheitsreparaturen oder die Erlaubnis, z.B. Untervermietung oder gewerbliche Nutzung von vornherein durchzuführen. Enthält der Mietvertrag eine solche Sonderleistung des Vermieters ist es **zweifelhaft** ob der örtliche **Mietspiegel anwendbar** ist³⁴⁸. Insoweit wird zwar die Auffassung vertreten, in diesen Fällen sei wie bei einer (Teil-)Inklusivmiete zu verfahren und der auf die Sonderleistung entfallende Mietbetrag herauszurechnen, um eine Vergleichbarkeit mit den Werten eines Mietspiegels herzustellen³⁴⁹. Bei einem im Mietvertrag ausgewiesenen Zuschlag soll sogar eine ge-

D 169

346 Analog der Rechtsprechung zur Erhöhung einer Inklusiv- oder Teilinklusivmiete gem. § 558 BGB: BGH, NZM 2006, 101; BGH, NZM 2006, 864; OLG Stuttgart v. 13.7.1983 – 8 REMiet 2/83, MDR 1983, 938 = NJW 1983, 2329, OLG Hamm v. 3.12.1992 – 30 REMiet 4/92, MDR 1993, 533 = ZMR 1993, 112.

347 BGH v. 15.3.2017 – VIII ZR 295/15, MietRB 2017, 155 = MDR 2017, 566 = WuM 2017, 208 Rz. 21; LG Berlin v. 29.3.2017 – 65 S 424/16, MietRB 2017, 158 = WuM 2017, 266 = ZMR 2017, 644; LG Berlin v. 9.8.2015 – 18 S 111/15, MietRB 2016, 344 = GE 2016, 1152.

348 Flatow, WuM 2015, 191, 193 m.w.N.

349 Schmidt-Futterer/Börstinghaus, § 556d BGB Rz. 77 f.

trennte Erhöhung des Zuschlags möglich sein³⁵⁰. Demgegenüber hat der **BGH** jedoch entschieden, dass ein Zuschlag dem Wesen der ortsüblichen Vergleichsmiete³⁵¹ fremd ist. Bei der Untermiete im preisfreien Wohnraum wird auch die angemessene Erhöhung der Miete nach § 553 Abs. 2 BGB durch den Vergleich mit der Miete ermittelt, die am Markt für die Überlassung einer vergleichbaren Wohnung mit (genereller) Untervermietungs Erlaubnis gezahlt wird³⁵². Danach ist es allein **richtig**, dass in derartigen Konstellationen der örtliche **Mietspiegel als Orientierung nicht anwendbar** ist, sofern er für die Sonderleistungen des Vermieters keine Berechnungsweise vorsieht³⁵³. Das führt zu der **Konsequenz**, dass die ortsübliche Vergleichsmiete für die Wohnung mit zusätzlichen Leistungen des Vermieters ansonsten durch andere Instrumente (Vergleichswohnungen, Sachverständigengutachten) ermittelt werden muss.

Bis diese Rechtsfrage geklärt ist, sollte der Rechtsanwalt auf **Mieterseite** die gegenteilige Auffassung vertreten und seinen Mandanten darauf hinweisen, welches **Risiko** besteht.³⁵⁴

D 170 **Fehlt ein Mietspiegel** oder ergeben sich aus einem relevanten Mietspiegel keine konkreten Werte für die betreffende Wohnung, kann die ortsübliche Vergleichsmiete zu Beginn des Mietverhältnisses zuverlässig nur durch ein **Sachverständigengutachten** ermittelt werden, was im Ergebnis die Sache sehr verteuern kann (vgl. deshalb Rz. D 171). Umso mehr sollte geprüft werden, inwieweit der Mieter durch ein Vorgehen mit Hilfe einer Mietdatenbank oder Vergleichswohnungen zum Ziel gelangen kann, jedenfalls eine unzulässige **Miete schlüssig vorzutragen**³⁵⁵.

D 171 Spätestens an dieser Stelle sollte jedenfalls der **auf Seiten des Mieters** tätige Rechtsanwalt mit seinem Mandanten die **Risiken** erörtern. Wird der Mieter gegenüber einer **Kündigung wegen Zahlungsverzuges** oder einer **Mietzahlungsklage** verteidigt, muss er (nur) die Kriterien vortragen, die eine Miete als unzulässig hoch erweisen. Deshalb reicht es i.d.R. aus, die Wohnwertmerkmale zu erarbeiten und die danach niedrigere Miete vorzutragen. Kann der Mieter die relevanten Merkmale nicht vollständig zur Verfügung stellen, sollte gleichzeitig (ggfs. außergerichtlich) ein **Auskunftsbegehren** nach § 556g Abs. 3 BGB gestellt werden (Rz. D 209 f.). Der Mandant muss nur über die Risiken aufgeklärt werden, die sich aus der individuellen und ggfs. nur fragmentarischen Bewertung ergeben. Letztlich kann in ähnlicher Weise vorgegangen werden, wenn eine **Rüge** erfolgen soll, um die weiterhin unter Vorbehalt gezahlte Miete **zurückzufordern**. Von der Empfehlung, die **Mietzahlungen teilweise einzustellen**, weil ein Verstoß gegen die §§ 556d ff. BGB vorliegen kann, sollte solange abgesehen werden, wie die Überschreitung der zulässigen Miethöhe nicht zweifelsfrei feststeht. Denn bei der regelmäßigen Dauer eines Zivilprozesses, in dem z.B. ein Sachverständigengutachten eingeholt werden muss, ist schnell ein Rückstand erreicht, der die Tatbestände der §§ 543 Abs. 2 Nr. 3, 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfüllt (Rz. D 75 f.). Es droht also der Verlust der Wohnung für den Mieter. Dieses Risiko wird völlig ausgeschlossen, wenn das Vorgehen zunächst auf den anteiligen **Kautionsrückzahlungsanspruch**

350 KG v. 28.11.2005 – 8 U 66/05, WuM 2006, 37; BayObLG v. 25.3.1986 – REMiet 4/85, MDR 1986, 676 = WuM 1986, 205 = NJW-RR 1986, 892.

351 BGH v. 11.2.2009 – VIII ZR 118/07, WuM 2009, 240 = NZM 2009, 313; BGH v. 9.7.2008 – VIII ZR 83/07, WuM 2008, 487 = GE 2008, 1046 = ZMR 2008, 878; BGH v. 9.7.2008 – VIII ZR 181/07, MietRB 2008, 225 = MDR 2008, 1149 = GE 2008, 1117 = NZM 2008, 641 = ZMR 2008, 879.

352 *Blank/Börstinghaus*, 5. Aufl. § 553 BGB Rz. 22; *Börstinghaus*, GE 1996, 88, 90; vgl. auch LG München v. 28.7.1999 – 14 S 7728/99, WuM 1999, 575 für einen vereinbarten Untermietschlag.

353 *Flatow*, WuM 2015, 191, 193, vergleiche auch LG Berlin v. 12.4.2023 – 66 S 273/22, WuM 2023, 483 (aus tatsächlichen Gründen kein „Teilmarkt“ bei möbiliertem Wohnraum):

354 In dem **Sonderfall**, dass eine mietvertraglich eingeräumte **teilewerbliche Nutzungsmöglichkeit** sich im Rahmen dessen bewegt, was der Mieter im Rahmen vertragsgemäßen Gebrauch einer zu Wohnzwecken vermieteten Wohnung ohnehin unabhängig von der Erlaubnis des Vermieters tun darf (hier: Nutzung einer Teilfläche als Büroraum ohne Außenwirkung), kann indes ein vorhandener Mietspiegel ohne weiteres zur Ermittlung der ortsüblichen Miete zugrunde gelegt werden, LG Berlin, Urteil vom 13.9.2022 – 65 S 74/22, MietRB 2023, 188 (*Zich*) = WuM 2023, 33).“

355 *Abramenko* in Lützenkirchen, Mietrecht, § 556d BGB Rz. 31.

(Rz. D 208) beschränkt wird. Mit der Geltendmachung dieser Forderung sollte gleichzeitig zumindest eine Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB erklärt werden, um den Rückforderungsanspruch hinsichtlich der evtl. überzahlten Miete zu sichern. Bei dem hier empfohlenen Vorgehen bleibt die Einholung eines **Privatgutachtens** oder die Vorschaltung eines selbständigen Beweisverfahrens zur Ermittlung der „wahren“ ortsüblichen Vergleichsmiete die **Ausnahme**.

Hat der beauftragte Rechtsanwalt die ortsübliche Vergleichsmiete für die konkrete Wohnung zum Beginn des Mietverhältnisses ermittelt, ist der Vergleich zu der vereinbarten Miete herzustellen. Überschreitet die vereinbarte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete nicht um mehr als 10 %, ist die Miete wirksam vereinbart (zu den Rechtsfolgen von Verstößen vgl. die Ausführungen unter Rz. D 201 ff. D 172

Überschreitet die vereinbarte Miete indes die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 10 %, ist sie in dem Maße der Überschreitung **teilunwirksam**.³⁵⁶ Dieses so ermittelte Ergebnis ändert sich nicht dadurch, dass für die Zukunft die ortsübliche Vergleichsmiete ansteigt, denn – anders als bei § 5 WistG – gilt hier **keine sogenannte dynamische Nichtigkeit**³⁵⁷. D 172a

Hiervon zu unterscheiden ist die Ermittlung der ortsüblichen Miete zu Beginn des Mietverhältnisses durch einen **Stichtagszuschlag** bei der Anwendung von Mietenspiegeln, wenn zwischen dem Erhebungsstichtag des maßgeblichen Mietenspiegels und dem Mietvertragsbeginn eine Mietsteigerung stattgefunden hat³⁵⁸. Im Falle eines neu erstellten qualifizierten Mietenspiegels kommt es für das Eingreifen der Vermutungswirkung nach § 558d Abs. 3 BGB in zeitlicher Hinsicht auf den Erhebungsstichtag, nicht erst auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung des Mietenspiegels an³⁵⁹. Im konkreten Fall wurde zur Ermittlung der ortsüblichen Miete der Hamburger Mietenspiegel 2021 angewandt, obgleich er zum Zeitpunkt des Zuganges eines Erhöhungsverlangens für die Allgemeinheit noch unbekannt war. Entsprechendes hat zu gelten für die Bestimmung der ortsüblichen Miete zu Mietvertragsbeginn im Rahmen von § 556d Abs. 1 BGB D 172b

d) Einschränkungen – § 556e BGB

aa) Vormiete

Hat die Prüfung ergeben, dass eine nach § 556d Abs. 1 BGB unzulässige Miete bei Neuabschluss eines Wohnraummietvertrages bestand, die die ortsübliche Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 2 BGB) um 10 % übersteigt, kann die Überschreitung durch eine entsprechend hohe **Vormiete** gerechtfertigt sein. Bei der Vormiete handelt es sich um die Miete, die der vorherige Mieter zuletzt schuldet, § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB. Für den Vermieter wird damit ein **Bestandsschutz** herbeigeführt, der ihm jedenfalls die Miete in Höhe der **Vormiete als Obergrenze** sichert³⁶⁰. Der **Rechtsanwalt des Mieters** kann gem. § 556g Abs. 3 BGB ein **Auskunftsbegehren** stellen, sofern der Vermieter über die Vormiete nicht bereits von sich aus Auskunft erteilt hat (§ 556g Abs. 1a Ziffer 1 BGB). Hat der Vermieter indes noch keine Auskunft erteilt, besteht für den **Rechtsanwalt des Mieters** die taktische Option, beim Vermieter im Hinblick auf § 556g Abs. 1a, Satz 3 BGB nicht weiter nachzufragen, um für den Mieter Zeit zu gewinnen. D 173

Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich, dass nur eine Vormiete beachtlich ist, die zuletzt geschuldet war. Die Formulierung verdeutlicht, dass die **Vormiete** ihrerseits **wirksam vereinbart** worden sein muss; D 174

356 Die Beweislast hierfür trägt der Mieter, LG Berlin v. 4.5.2023 – 67 S 87/23, ZMR 2023, 703, Der Mieter kann mit einem **Feststellungsantrag** die preisrechtliche zulässige Höhe der Miete geltend machen, auch bei einer Staffelmietvereinbarung, LG Berlin II v. 25.4.2024 – 67 S 27/24, MietRB 2024, 214.

357 *Börstinghaus* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl., Rz. 88 zu § 556d BGB; AG Hamburg, Urteil vom 19.10.2021 – 25a C 17/21, WuM 2022, 166.

358 Aus der neueren Rechtsprechung: LG Berlin, Urteil vom 20.4.2021 – 63 S 109/20, MietRB 2022, 70.

359 AG Hamburg, v. 28.4.2022 – 48 C 251/21, IMR 2022, 395.

360 BT-Drucks. 18/3121, S. 29 f.

ist die Vormiete selbst daher unter Verstoß gegen die §§ 556d – 556f BGB gebildet worden, fällt sie soweit unwirksam, nicht unter den Bestandsschutz³⁶¹. Zum anderen stellt die Regelung sicher, dass auch bereits geschuldete Mieterhöhungen nach einer Modernisierung gem. § 559 Abs. 1, 559b BGB unter den Bestandsschutz fallen, da solche Mieterhöhungen nicht vereinbart werden müssen, sondern allein aufgrund des wirksamen Erhöhungsverlangens des Vermieters geschuldet werden (§ 559b BGB)³⁶².

- D 174a Die Vormiete muss sich aus einem Wohnraummietverhältnis ergeben. Der Vermieter kann sich nicht mit Erfolg auf die Maßgeblichkeit der in einem (früheren) Wohnraummietverhältnis gezahlten „Vormiete“ i.S.d. § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB berufen, wenn er die Räume vor dem nach den §§ 556d ff. BGB zu beurteilenden Mietverhältnis **zuletzt gewerblich vermietet hat**³⁶³. Nach zutreffender Auffassung kann sich materiell das Vormietenprivileg auch aus einer „Vor-Vormiete“ ableiten lassen, wenn es sich um vorherige Wohnraummietverhältnisse handelte³⁶⁴, auch wenn die Vormiete zum Teil die zulässige Miete überschritt. Denn: *Der erfolgreichen Geltendmachung des Vormietprivilegs des § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB steht es nicht entgegen, dass in einem dem Mietvertrag vorhergehenden Mietverhältnis eine die Grenzen des § 556d Abs. 1 BGB oder seiner Ausnahmetatbestände überschreitenden (Vor-Miete) vereinbart wurde. Denn für § 556e Abs. 1 BGB ist die Vormiete in ihrer zulässigen und damit tatsächlich geschuldeten Höhe maßgebend; nur der die zulässige „Vor-Vormiete“ übersteigende Teil der unmittelbaren Vormiete unterfällt der Unwirksamkeit*³⁶⁵.
- D 175 **Bei der Ermittlung der Vormiete** bleiben zunächst **Mietminderungen unberücksichtigt** (§ 556e Abs. 2, 1. Alt. BGB). Entsprechendes gilt für individuelle Einwendungen und Einreden wie Aufrechnungen und Zurückbehaltungsrechte, ohne dass es insoweit einer gesetzlichen Klarstellung bedarf³⁶⁶. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich nicht, dass nach den Gründen der Mietminderung zu differenzieren ist. Deswegen bleibt eine Minderung der Vormiete auch **bei nicht behebbaren Mängeln** außer Betracht³⁶⁷. Außerdem ist im Ergebnis unerheblich, ob behebbare Mängel im Zeitpunkt der Wiedervermietung bereits beseitigt worden sind³⁶⁸. Nach dem Wortlaut der zu betrachtenden Vorschrift sollen Mietminderungen im Interesse des Bestandsschutzes einer im Übrigen wirksam vereinbarten Vormiete generell unberücksichtigt bleiben. Die zukünftige Rechtsprechung zu dieser Thematik wird indes zu beobachten sein.
- D 176 Bei der Ermittlung der Vormiete sind allerdings solche Mieterhöhungen unerheblich, die mit dem vorherigen Mieter innerhalb des letzten Jahres vor Beendigung des Mietverhältnisses vereinbart worden sind (§ 556e Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. BGB). Es handelt sich hierbei um eine **Sondervorschrift, die eine Umgehung der Mietpreisbegrenzung unterbinden soll**³⁶⁹. Es soll verhindert werden, dass der Vermieter „noch schnell“ vor einer Neuvermietung die Vormiete durch Vereinbarung mit dem Vermieter erhöht, hierzu könnte der Vermieter durch Gegenleistungen, etwa den Verzicht auf Schönheitsreparaturen, veranlasst werden. Unerheblich ist, ob eine solche Vereinbarung vor oder nach Inkrafttreten

361 BT-Drucks. 18/3121, S. 30, AG Hamburg v. 24.11.2023 – 49c 235/29, Miet RB 2024, 33.

362 BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

363 BGH, Urteil vom 19.8.2020 – VIII ZR 374/18, MietRB 2020, 354 (Sommer) = WuM 2020, 727; a.A. zuvor in jenem Verfahren: LG Berlin, Urteil vom 18.10.2018 – 67 S 174/18, MietRB 2019, 35.

364 LG Berlin, Urteil vom 2.3.2023 – 67 S 215/22, MietRB 2023, 187 (Kranzkowski), DW 2023, 141, BGH v. 19.7.2023 – VIII ZR 229/22, MietRB 2023, 285 (Monschau) = WuM 2023, 532; BGH v. 29.11.2023 – VIII ZR 75/23, WuM 2024, 144; BGH v. 16.1.2024 – VIII ZR 135/23, WuM 2024, 275.

365 LG Berlin, Urteil vom 2.3.2023, a.a.O.

366 BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

367 Flatow, WuM 2015, 191; Grüneberg/Weidenkaff, 82. Aufl., Rz. 4 zu § 556e BGB; A.A. Blank, WuM 2014, 641, 648, der eine teleologische Reduktion vorschlägt; siehe auch LG Berlin v. 26.4.2023 – 64 S 189/22, MietRB 2023, 287 (kein Vormietprivileg bei Verletzung von § 556g Abs. 1a BGB durch Vorvermieter).

368 Grüneberg/Weidenkaff, 82. Aufl., Rz. 4 zu § 556e BGB; A.A. Blank, WuM 2014, 641, 649 ff.

369 BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

einer Rechtsverordnung nach § 556d Abs. 2 BGB getroffen worden ist³⁷⁰. Die **Jahresfrist** bemisst sich nach den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB. Sofern das Vormietverhältnis z.B. am 31.3.2015 endet, sind Mieterhöhungen, die seit dem 31.3.2014 vereinbart worden sind, nicht mehr zu berücksichtigen.

Schließlich sollte der Rechtsanwalt des Mieters darauf achten, ob die vermietete **Wohnung** bzw. der Leistungsgegenstand des Mietvertrages des Mandanten und der Mietgegenstand, für den die Vormiete als Gegenleistung erbracht wurde, **identisch** sind. Ist das nicht der Fall, kann die Vormiete nicht herangezogen werden³⁷¹. Änderungen können sich nicht nur aus **baulichen Aktivitäten** ergeben, sondern vor allem durch **Veränderung des Leistungsgegenstandes**. So macht es bei der Vermietung einer Wohnung z.B. einen Unterschied, ob gleichzeitig **Zubehörräume** (z.B. Garage, Fahrradkeller, Waschküche) mitvermietet sind und dafür ein separater Betrag im Mietvertrag nicht ausgeworfen ist. Ob unterschiedliche (ggfs. einheitliche) Mietobjekte assimiliert werden können, indem der Anteil der Miete für einen Zubehörraum herausgerechnet wird, ist zweifelhaft (vgl. Rz. D 169). Nach der **hier vertretene Auffassung** ist das nicht der Fall³⁷². Das gilt erst recht, wenn dem Mieter (aus dem aktuellen oder dem vorherigen Mietverhältnis) **mehr Rechte** (z.B. zur generellen Untervermietung, gewerblichen Nutzung) eingeräumt wurden. Bis zur Klärung der Rechtslage durch den BGH sollte insoweit die für den Mandanten günstigste Rechtsposition eingenommen werden. Dies darf natürlich nicht geschehen, ohne ihn zuvor über das bestehende **Risiko** aufzuklären.

D 177

Durch das **Mietrechtsanpassungsgesetz** vom 18.12.2018 (vgl. hierzu Rz. D 155) wurden zusätzliche Informationsobliegenheiten für den Vermieter eingeführt (§ 556g Abs. 1a BGB). Danach ist der Vermieter u.a. verpflichtet, den Mieter vor dessen Abgabe der Vertragserklärung unaufgefordert **Auskunft über die Vormiete** zu erteilen (§ 556g Abs. 1 a, Ziffer 1. BGB). Diese Auskunft muss der **Vermieter** erteilen, es genügt nicht, wenn der Mieter anderweitig Kenntnis von der Höhe der Vormiete erlangt³⁷³.

D 177a

Praxistipp

Stellt der Rechtsanwalt des Vermieters fest, dass dieser bei Abschluss des Wohnraummietvertrages über die Vormiete **keine Auskunft** erteilt hat, empfiehlt sich als allererster Schritt, diese Auskunft gem. § 556g Abs. 2 BGB nachzuholen, damit der Vermieter jedenfalls zwei Jahre nach Nachholung der Auskunft in den Genuss der genannten Privilegierung kommen kann. Diese Privilegierung setzt dann automatisch nach Ablauf der zwei Jahre ein, sie muss vom Vermieter zu jenem Zeitpunkt nicht noch einmal gesondert geltend gemacht werden³⁷⁴. Der **Rechtsanwalt des Mieters** sollte hingegen den Vermieter nicht unbedingt auf die noch fehlende Auskunft zur Vormiete hinweisen, um für den Mieter solange wie möglich zu gewährleisten, dass der Vermieter das Vormietenprivileg nicht in Anspruch nehmen kann.

D 177b

Nach zutreffender Auffassung schadet es nicht, wenn der Vermieter zur Höhe der Vormiete eine unrichtige Angabe macht, gleichwohl reicht das Vormietenprivileg in materiell rechtlicher Höhe³⁷⁵.

bb) Modernisierungsmaßnahmen

Die 10 %-Grenze des § 556d Abs. 1 BGB wird zugunsten des Vermieters ausgedehnt, wenn dieser in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses **Modernisierungsmaßnahmen** i.S.d. § 555b BGB durchgeführt hat, die ihn dazu berechtigt hätten, eine **Modernisierungsmieterhöhung** geltend zu machen und die keine umfassende Modernisierung nach § 556f BGB (dazu Rz. D 164 f.) darstellt.

D 178

370 BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

371 *Abramenko* in Lützenkirchen, Mietrecht, § 556e BGB Rz. 6; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, § 556e BGB Rz. 16; Grüneberg/*Weidenkaff*, § 556e BGB Rz. 3.

372 Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, § 556e BGB Rz. 18.

373 AG Hamburg v. 19.10.2021 – 25a C- 17/21, WuM 2022, 166; zum Inhalt der Auskunftspflicht vergl. BGH v. 29.11.2023 – 67 S 215/22, WuM 2024, 144 (keine Prüfungspflicht des Vermieters).

374 LG Berlin v. 30.7.2020 – 65 S 69/20, WuM 2022, 43.

375 LG Berlin, Urteil vom 02.03.2023 – 67 S 215/22, MietRB 2023, 187 (*Kranzkowski*), DWW 2023, 141.

In diesem Fall darf die nach § 556d Abs. 1 BGB zulässige Miete um den Betrag überschritten werden, der sich bei einer Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1–3 und § 559a Abs. 1–4 BGB ergäbe, § 556e Abs. 2 BGB.

D 178a „Für ab dem 01.01.2019 geschlossene Mietverträge (Artikel 229 § 49 Abs. 2, Satz 1 EGBGB, vgl. Rz. D 155) muss der Vermieter den Mieter vor dessen Abgabe der Vertragserklärung in Textform aufgefodert **Auskunft** darüber erteilen, dass in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt wurden (§ 556g Abs. 1a Ziffer 2. BGB). Es genügt **diese Erklärung** des Vermieters, er ist hingegen nicht verpflichtet, zu diesem Zeitpunkt über Umfang und Details der Modernisierungsmaßnahmen bereits Auskunft zu erteilen³⁷⁶.

D 178b **Praxistipp**

„Stellt der **Rechtsanwalt des Vermieters** fest, dass der Vermieter bei Abschluss des Wohnraummietvertrages über Modernisierungsmaßnahmen noch keine Auskunft erteilt hat, empfiehlt sich als allererster Schritt, diese Auskunft gem. § 556g Abs. 2 BGB nachzuholen, damit der Vermieter jedenfalls zwei Jahre nach Einholung der Auskunft in den Genuss der genannten Privilegierung kommen kann. Diese Privilegierung setzt dann automatisch nach Ablauf der zwei Jahre ein, sie muss vom Vermieter zu jenem Zeitpunkt nicht noch einmal gesondert geltend gemacht werden³⁷⁷. Hingegen ist es für den **Rechtsanwalt des Mieters** durchaus eine Option, auf eine fehlende Auskunft des Vermieters bei Mietvertragsabschluss noch nicht hinzuweisen, um in zeitlicher Hinsicht möglichst lange zu gewährleisten, dass sich der Vermieter auf die hier besprochene Privilegierung nicht berufen kann.“

D 179 Nach derartigen Maßnahmen sollte der Rechtsanwalt den **Vermieter**-Mandanten befragen. Anschließend ist eine nachträgliche, „fiktive“ Berechnung vorzunehmen. Es gelten hier die allgemeinen Grundsätze einer Modernisierungsmieterhöhung (Rz. E 161 ff.). Den Versuch des Vermieters, eine Überschreitung der 10 %-Grenze des § 556d Abs. 1 BGB mit früheren Modernisierungsmaßnahmen zu legitimieren, kann der Mieter z.B. mit dem Einwand kontern, dass es der Vermieter bei der Berechnung der „fiktiven“ Modernisierungsmieterhöhung unterlassen hat, vom Aufwand notwendige **Erhaltungsmaßnahmen in Abzug** zu bringen (§ 559 Abs. 2 BGB).

D 179a Die **praktische Bedeutung** des beschriebenen „Modernisierungsprivilegs“ ist **eher gering**. Denn zum einen wurden die Modernisierungsmaßnahmen in der Vergangenheit ohne das Ziel einer anschließenden Modernisierungsmieterhöhung durchgeführt, was die Zusammenstellung relevanter Unterlagen für die spätere „fiktive“ Erhöhungsberechnung erschwert, zumal dann, wenn die Modernisierungsmaßnahmen noch von einem Voreigentümer ausgeführt wurden. Zum anderen haben sich die allgemeinen, auch hier zu beachtenden Grundsätze einer Modernisierungsmieterhöhung zu Lasten des Vermieters verschärft. Denn nach der Rechtsprechung des BGH³⁷⁸ gebietet es der Sinn und Zweck der Vorschriften über die Modernisierung und die anschließende Mieterhöhung, nicht nur in der Fallgestaltung, dass der Vermieter sich durch die Modernisierung bereits „fällige Instandsetzungsmaßnahmen“ erspart oder solche anlässlich der Modernisierung miterledigt werden, einen Abzug des Instandhaltungsanteils vorzunehmen, sondern auch bei der modernisierenden Erneuerung von Bauteilen und Einrichtung, die bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihrer Nutzungsdauer (ab-)genutzt worden sind, sodass der Vermieter durch die Modernisierung in erheblichem Umfang (fiktive) Instandhaltungskosten erspart³⁷⁹. Danach müssten also in einem recht weiten Umfange ersparte Instandhaltungen von den Modernisierungskosten in Abzug gebracht werden.

376 Vgl. BGH, Urteil vom 18.05.2022 – VIII ZR 9/22, MietRB 2022, 277 für den Fall einer umfassenden Modernisierung im Sinne von § 556f Satz 2 BGB.

377 Landgericht Berlin, Urteil vom 30.07.2020 – 65 S 69/20, MietRB 2021, 100 (*Kunze*) = WuM 2022, 43.

378 Versäumnisurteil vom 17.6.2020 – VIII ZR 81/19, MietRB 2020, 289 (*Pfeifer*), NZM 2020, 795 = WuM 2020, 493.

379 Vgl. auch LG Hamburg, Urteil vom 13.12.2022 – 316 S 16/22, WuM 2023, 348.

Bei einem **Eigentümerwechsel** vor Abschluss des Mietvertrages sollten die Ermittlungen auch darauf gerichtet werden, ob der vorherige Eigentümer Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt hat, die unter § 556e Abs. 2 BGB fallen können. Zwar erfasst der Wortlaut der Vorschrift nur vom Vermieter durchgeführte Modernisierungen. Einen **Rechtsvorgänger** des Vermieters erwähnt das Gesetz nicht ausdrücklich. Die Intention der Vorschrift liegt jedoch darin, Modernisierungen zwischen der Beendigung des Vormietverhältnisses und der Neuvermietung zu befördern. Deshalb ist es gerechtfertigt, Modernisierungen des Rechtsvorgängers in ihren Geltungsbereich einzubeziehen, sofern er keine Mieterhöhung daraus abgeleitet hat³⁸⁰. D 180

Hat der Vermieter (oder dessen Rechtsvorgänger) aufgrund der durchgeführten Modernisierung eine anlassbezogene **Vereinbarung** gem. § 555f BGB geschlossen, fällt diese nicht unter § 556e Abs. 2 Satz 1 BGB³⁸¹, sofern darin zugleich eine Mieterhöhung geregelt ist. Eine solche Vereinbarung kann aber im Rahmen der Vormiete nach § 556e Abs. 1 BGB berücksichtigt werden, sofern die Modernisierungsabrede nicht innerhalb des letzten Jahres vor Beendigung des Vormietverhältnisses getroffen wurde (vgl. § 556e Abs. 1 Satz 2 BGB). D 181

Liegen sowohl die Tatbestände des § 556e Abs. 1 BGB als auch dessen Abs. 2 vor, kann die Zulässigkeit der Miete an der für den Vermieter günstigeren Vorschrift gemessen werden. **Unzulässig ist eine Kombination**, also etwa die Berufung auf eine Vormietung, welche die zulässige Miete übersteigt, und zusätzlich die Geltendmachung eines Erhöhungsbetrages wegen Modernisierung³⁸². D 182

Die Rückrechnung der **Drei-Jahres-Frist** des § 556e Abs. 2 Satz 1 BGB knüpft an den Beginn des **Mietverhältnisses** an. Die Gesetzesbegründung spricht zwar von Modernisierungen „vor Vertragsschluss“ bzw. „zwischen Beendigung des bisherigen Mietverhältnisses und Abschluss eines neuen Mietverhältnisses“³⁸³. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass Bezugspunkt für die Berechnung der Drei-Jahres-Frist der Zeitpunkt des **Abschlusses des neuen Mietvertrages** ist³⁸⁴. D 183

e) Staffel- und Indexmiete

aa) Staffelmiete

Liegt dem Rechtsanwalt ein Mietvertrag vor, der nach dem Inkrafttreten der am Ort der Wohnung gültigen Rechtsverordnung i.S.v. § 556d Abs. 2 BGB abgeschlossen wurde, der eine Staffelmiete enthält, ist § 557a Abs. 4 BGB zu beachten. Danach sind die Regelungen zur „Mietpreisbremse“ **auf jede Mietstaffel** anzuwenden. Maßgeblich für die Berechnung der nach § 556d Abs. 1 BGB zulässigen Höhe der Miete ist für alle Staffeln der Zeitpunkt, zu dem die jeweilige Mietstaffel fällig wird. D 184

„Der Bestandsschutz für eine gem. § 556e Abs. 1 BGB (Vormiete) oder § 556e Abs. 2 BGB (Modernisierungsmaßnahmen) wirksam vereinbarte Miete) wird dadurch hergestellt, dass eine Miethöhe, die bei Mietbeginn zulässig gewesen wäre, auch zu einem späteren Zeitpunkt noch als zulässige Miethöhe in jeder Folgestaffel anzusehen ist“³⁸⁵. D 185

Beispiel:

Es bestand ein Mietverhältnis aus der Zeit vor Inkrafttreten einer Verordnung gem. § 556d Abs. 2 BGB mit einer Ausgangsmiete und zehn folgenden Staffelmieten. Das Mietverhältnis endete zu einem Zeitpunkt, zu dem die dritte Staffel eingesetzt hat. Die Bezugnahme von § 557a Abs. 4 Satz 1 BGB auf § 556e Abs. 1 Satz 1 BGB ist in der Weise zu verstehen, dass **Vormiete bei einer Staffelmiete** im Vormietvertrag die zuletzt erreichte Staffel bei Beendigung des Vormietvertrages ist. Diese Vormiete kann als Anfangsmiete eines neuen D 186

³⁸⁰ So *Blank*, WuM 2014, 641, 652.

³⁸¹ *Derleder*, WuM 2014, 443, 447.

³⁸² BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

³⁸³ BT-Drucks. 18/3121, S. 30.

³⁸⁴ *Abramenko* in Lützenkirchen, Mietrecht, § 556e BGB Rz. 43; *Blank*, WuM 2014, 641, 652.

³⁸⁵ BT-Drucks. 18/3121, S. 35.

Mietvertrages wirksam vereinbart werden (auch wenn sie mehr als 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt) und bleibt in **dieser Höhe** auch bei den folgenden Staffeln des neuen Mietvertrages zum Zeitpunkt ihres Einsetzens einer Kontrolle nach § 556d Abs. 1 BGB.

- D 186a Mietstaffeln, die erst nach Beendigung des Mietvertrages mit dem Vermieter in Kraft getreten wären, sind aber nicht nach § 556e Abs. 1, Satz 1 BGB zu berücksichtigen³⁸⁶. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Norm („zuletzt **schuldete**“).
- D 187 § 557a Abs. 4 Satz 3 BGB stellt klar, dass eine beim Sprung auf eine Staffel zulässig erreichte Miethöhe auch in Zukunft **Bestandsschutz** genießt. Die Miete wird also nicht etwa nachträglich wieder gesenkt, wenn die ortsübliche Vergleichsmiete sinkt und die bisher geschuldete Miethöhe bei der Ermittlung der Zulässigkeit der nächsten Staffel nicht mehr zulässig wäre³⁸⁷.

bb) Indexmiete

- D 188 Aus § 557b Abs. 4 BGB ergibt sich, dass die §§ 556d–556g **nur auf die Ausgangsmiete einer Indexmietvereinbarung** anzuwenden sind.
- D 189 Für die Überprüfung der Ausgangsmiete gelten die allgemeinen Regelungen über die zulässige Miethöhe in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten nach den §§ 556d – 556g BGB. Anders als bei der Staffelmiete unterliegen jedoch die nachfolgenden Mieterhöhungen aufgrund von Anpassungen an den Index nicht mehr der Kontrolle durch die genannten Vorschriften.

f) Rechtsfolgen von Verstößen – § 556g Abs. 1 u. Abs. 2 BGB

aa) Aktivprozess des Vermieters

- D 190 Der Vermieter kann eine **Miete**, die über die Grenzen der Mietpreisbremse hinausgeht, **nicht fordern**. Denn Vereinbarungen über die Miethöhe bei Beginn sind nur unwirksam, soweit die zulässige Miete überschritten wird, § 556g Abs. 1 Satz 2 BGB. Damit wird klargestellt, dass eine unzulässige Vereinbarung über die Miethöhe bei Mietbeginn (etwaige andere Unwirksamkeitsgründe sind nicht berücksichtigt) zu einer **Teilunwirksamkeit** insoweit führt, als die zulässige Miete überschritten wird; weder der Mietvertrag noch die Mietvereinbarung im Übrigen werden also von der Unwirksamkeit berührt³⁸⁸. Entsprechendes gilt bei **Staffelmietvereinbarungen**, d.h., auch hier ist die Unwirksamkeit beschränkt auf denjenigen Teil der Staffelmiete, der die zulässige Miete überschreitet. Mit Rücksicht darauf sollte der **Rechtsanwalt des Vermieters**, der mit dem **Einzug von Miete** aus einem nach dem 1.6.2015 abgeschlossenen Mietvertrag beauftragt wird, durchaus einen Blick auf die Höhe der Miete werfen, um ggfs. wenigstens den Mandanten auf ein **Risiko hinzuweisen**.

bb) Rückforderung zu viel gezahlter Miete

- D 191 § 556g Abs. 1 Satz 3 BGB stellt klar, dass der Vermieter zu viel gezahlte Miete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben hat, ohne dass durch diesen Verweis etwaige weitergehende Ansprüche (etwa auf Schadensersatz aufgrund allgemeiner Vorschriften) ausgeschlossen sind³⁸⁹. Der Bereicherungsanspruch des Mieters ist gem. § 556g Abs. 1 Satz 4 BGB allerdings dadurch modifiziert, dass die §§ **814 und 817 Satz 2 nicht anzuwenden** sind. Nach § 814 BGB ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn der Leistende gewusst hat, dass er nicht zur Leistung verpflichtet war. Problematisch aus Sicht des sozialen Mieterschutzes ist hierbei, dass gerade

386 LG Berlin, Urteil vom 15.12.2022 – 67 S 180/22, WuM 2023, 208; LG Berlin v. 13.9.2022 67 S 15/22, WuM 2023, 694.

387 BT-Drucks. 18/3121, S. 35.

388 BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

389 BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

auf angespannten Wohnungsmärkten ein Mietinteressent faktisch aus dem Kreis der Bewerber ausscheidet, wenn er die verlangte Miete vor Vertragsschluss in Frage stellt³⁹⁰. Deshalb ist nach der Gesetzesbegründung § 814 BGB nicht anzuwenden. Mit dem weiteren Ausschluss von § 817 Satz 2 BGB wird klargestellt, dass der Mieter nicht aufgrund seiner Einwilligung in die überhöhte Preisabrede an der Rückforderung gehindert ist³⁹¹.

Dieser **bereicherungsrechtliche Rückforderungsanspruch** nach § 556g Abs. 1 BGB, der insoweit eine **Rechtsfolgenverweisung** dargestellt³⁹² du für den nach § 556g Abs. 1 S. 4 BGB die §§ 814, 817 S. 2 BGB nicht gelten sollen, ist dadurch eingeschränkt, dass gezahlte Miete nur zurückverlangt werden kann, der Vermieter von dem Mieter eine **Rüge in Textform** (Rz. D 193) erhalten hat. D 192

Der Konstellation, die durch § 556g BGB geregelt wird, liegt offensichtlich die Annahme zugrunde, dass der Mieter die laufenden Mietzahlungen nicht „**unter Vorbehalt**“ geleistet hat. Ansonsten wäre der Ausschluss des § 814 BGB in § 556g Abs. 1 S. 4 BGB überflüssig. Dennoch kann im Hinblick auf den **klaren Wortlaut** des § 556g Abs. 2 S. 1 BGB, wonach ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Mieters aus einer Verletzung der §§ 556d, 556e BGB „nur“ bei einer Rüge bestehen soll, daneben ein allgemeiner Bereicherungsanspruch nicht geltend gemacht werden. Selbst wenn der Mieter also seit Beginn des Mietverhältnisses die Miete unter Vorbehalt geleistet hat, besteht ein Rückforderungsrecht allein, wenn seine begleitende Erklärung dazu als Rüge i.S.v. § 556g Abs. 2 BGB aufgefasst werden kann. D 193

Durch das **Mietrechtsanpassungsgesetz** vom 18.12.2018 (BGBl 2019 I 2649) wurden die **Anforderungen an die Rüge des Mieters** gelockert. Für bis einschließlich 31.12.2018 abgeschlossene Mietverhältnisse (Art. 249, § 49 Abs. 2 Satz 1 EGBGB) gilt noch der folgende Gesetzestext: *Der Mieter kann von dem Vermieter eine nach den §§ 556d und 556e nicht geschuldete Miete nur zurückverlangen, wenn er einen Verstoß gegen die Vorschriften dieses Unterkapitels gerügt hat und die zurückverlangte Miete nach Zugang der Rüge fällig ist. Die Rüge muss die Tatsachen enthalten, auf denen die Beanstandung der vereinbarten Miete beruht*“ (im Folgenden: § 556g Abs. 2 BGB a.F.) D 193a

Für ab dem 1.1.2019 geschlossene Mietverhältnisse ist hingegen der folgende (aktuelle) Gesetzestext maßgeblich: *„Der Mieter kann von dem Vermieter eine nach den §§ 556d und 556e nicht geschuldete Miete nur zurückverlangen, wenn er einen Verstoß gegen die Vorschriften dieses Unterkapitels gerügt hat. Hat der Vermieter eine Auskunft nach Absatz 1a Satz 1 erteilt, so muss die Rüge sich auf diese Auskunft beziehen. Rügt der Mieter den Verstoß mehr als 30 Monate nach Beginn des Mietverhältnisses oder war das Mietverhältnis bei Zugang der Rüge bereits beendet, kann er nur die nach Zugang der Rüge fällig gewordene Miete zurückverlangen.“* D 193b

Die nachfolgenden Ausführungen (Rz. D 194 bis D 201) beziehen sich auf die bis 31.12.2018 maßgebliche Rechtslage (§ 556g Abs. 2 BGB a.F.), also auf bis dahin geschlossene Wohnraummietverträge; dies gilt insbesondere in Bezug auf die hier noch erforderliche **qualifizierte** Rüge und Rückforderungsansprüche des Mieters erst für den Zeitraum nach einer qualifizierten Rüge. D 193c

cc) Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB

Die in § 556g Abs. 2 a.F. BGB bestimmte **Rüge** ist deswegen **qualifiziert**, weil für sie inhaltliche Anforderungen geregelt sind. Sie muss nämlich nach § 556g Abs. 2 BGB die Tatsachen enthalten muss, auf denen die Beanstandung der vereinbarten Miete beruht. Eine Rüge ist nicht erst zulässig, wenn ein D 194

390 BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

391 BT-Drucks. 18/3121, S. 33.

392 Schmidt-Futterer/Börstinghaus, § 556g BGB Rz. 15; Abramenko in Lützenkirchen, Mietrecht, § 556g BGB Rz. 8; Grüneberg/Weidenkaff, 82. Aufl., § 556g BGB Rz. 4.