

Die Rückforderung überzahlter Miete bei Verstößen gegen die „Mietpreisbremse“

Hubert Fleindl, VRiLG München I

I. Einleitung

Mit dem am 05.03.2015 vom Bundestag verabschiedeten Mietrechtsnovellierungsgesetz (MietNovG) bezweckt der Gesetzgeber die Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten insbesondere in westdeutschen Großstädten.¹ Hintergrund des Gesetzes sind und waren die in städtischen Ballungsgebieten aufgrund der hohen Nachfrage rasant ansteigenden Neu- und Wiedervermietungsmieten, die ihre Ursache in der attraktiven Citylage, veränderten Wohnbedürfnissen, aber auch einer seit Anfang des letzten Jahrzehnts zurückgegangenen Neubautätigkeit haben bzw. hatten. Nach § 556d Abs. 1 BGB darf die Miete in den durch die jeweilige Landesregierung bestimmten Gebieten zu Beginn eines Mietverhältnisses die ortsübliche Vergleichsmiete höchstens um zehn Prozent übersteigen. Vereinbarungen zwischen den Mietparteien sind nach § 556g Abs. 1 S. 1 und 2 BGB insoweit unwirksam, als dieser Oberwert der höchstzulässigen Miete überschritten wird. Im Übrigen bleibt der Mietvertrag jedoch wirksam.² Nach § 556g Abs. 1 S. 3 BGB hat der Vermieter dem Mieter die zu viel gezahlte Miete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben.

Der folgende Beitrag befasst sich mit den **Rechtsfolgen** und nicht mit den Voraussetzungen³ eines Verstoßes gegen die höchstzulässige Miete nach §§ 556d Abs. 1, 556g Abs. 1 BGB. Ausgeklammert werden darüber hinaus sowohl Fragen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der „Mietpreisbremse“⁴ als auch rechtspolitische Überlegungen zu den Folgen des Gesetzes auf den Wohnungsmarkt und die Wohnungswirtschaft.

Liegt ein Verstoß gegen die höchstzulässige Miete nach § 556g Abs. 1 BGB (gekappte Marktmiete) vor und greift keiner der Ausnahmetatbestände der §§ 556e, 556f BGB, kann der Mieter seine Zahlungen an den Vermieter hinsichtlich der zukünftig fällig werdenden Mieten auf den höchstzulässigen Teil der Vereinbarung beschränken. Daneben kann er unter den Voraussetzungen des § 556g BGB zu Unrecht bezahlte Miete nach Bereicherungsrecht zurückverlangen (dazu unten II). Da in einem Verstoß gegen die Preisvorschrift des § 556g BGB zugleich eine Pflichtverletzung aus dem Mietverhältnis liegen kann, kommen auch Schadensersatzansprüche des Mieters gegen den Vermieter wegen der überbezahlten Miete in Betracht (dazu unten III). Sonstige Ansprüche des Mieters – wie etwa das Recht zur fristlosen Kündigung werden unter Gliederungspunkt IV. abgehandelt. Der Beitrag geht jeweils auch auf sich abzeichnende Probleme bei der zivilprozessualen Durchsetzbarkeit der Ansprüche insbesondere hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast ein.

II. Bereicherungsansprüche des Wohnraummieters wegen überzahlter Miete

¹ RegE BT-Drs 18/3121 S. 1

² RegE BT-Drs 18/3121 S. 37; Derleder WuM 2014, 443, 444.

³ Hierzu eingehend Flatow WuM 2015, xxx (in diesem Heft); Lehmann-Richter WuM 2015, xxx (in diesem Heft); Blank WuM 2014, 641; Börstinghaus DWW 2014, 202; Hinz ZMR 2014, 593.

⁴ Hierzu etwa Herlitz ZMR 2014, 262; Schultz ZRP 2014, 37, 40; Leuschner NJW 2014, 1929; Blankenagel/Schröder/Sperr NZM 2015, 1.

1. Anspruch auf Rückzahlung aus §§ 556g Abs. 1 S. 3 iVm 556d Abs. 1 BGB

Der Rückzahlungsanspruch des Mieters nach § 556g Abs. 1 S. 3 BGB ist ein vertraglicher Anspruch eigener Art, ähnlich einem Fall der Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Da die Vorschriften der §§ 556g Abs. 1 und 2 sowie 556d Abs. 1 BGB alle für die Begründung des Rückerstattungsanspruchs maßgeblichen Voraussetzungen enthalten und insbesondere Mieter und Vermieter als Anspruchsteller bzw. Anspruchsgegner ausdrücklich genannt sind, liegt hinsichtlich der Verweisung auf Bereicherungsrecht keine Rechtsgrund- sondern vielmehr eine **Rechtsfolgenverweisung**⁵ vor. Der Gesetzgeber hat in der mit „Rechtsfolgen“ überschriebenen Norm des § 556g BGB ausdrücklich geregelt, dass der Mietvertrag auch bei einem Verstoß gegen die höchstzulässige Miete als solcher wirksam bleibt und nur der über die gekappte Marktmiete hinausgehende Betrag, die „zu viel gezahlte Miete“, zurückgefordert werden kann. Er hat ferner in § 556g Abs. 2 BGB als zusätzliche Voraussetzung eines Bereicherungsanspruches die Rügepflicht eingeführt und damit die tatbestandlichen Voraussetzungen in der Verweisungsnorm selbst begründet. Ähnlich wie bei der Vorschrift des § 547 Abs. 1 S. 2 BGB⁶ liegt damit letztlich ein sich unmittelbar aus dem Mietvertrag ergebender vertraglicher Anspruch des Mieters vor, in der die Verweisung auf das Bereicherungsrecht lediglich noch den Umfang der Haftung des Vermieters nach §§ 818 ff. BGB bestimmt. Etwas anderes kann auch nicht daraus folgen, dass das Gesetz in § 556g Abs. 1 S. 4 BGB die Anwendbarkeit der §§ 814 und 817 S. 2 BGB ausdrücklich ausschließt. Die beiden Vorschriften stellen keine anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen, sondern Einwendungen gegen den bereicherungsrechtlichen Anspruch dar.⁷

a) Mietverhältnis über Wohnraum

Ein Rückforderungsanspruch wegen eines Verstoßes gegen die höchstzulässige Miete besteht nur bei einem Mietverhältnis über Wohnraum. Auf **Mischmietverhältnisse** sind die Vorschriften des Unterkapitels 1a anwendbar, wenn die Wohnraumnutzung nach den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien überwiegt, also insbesondere dann, wenn nur ein geringer Teil der Wohnung zu beruflichen Zwecken, etwa zur Nutzung als Büro, vermietet wurde. Lässt sich bei der gebotenen Einzelfallprüfung ein Schwerpunkt der Wohnraumnutzung im konkreten Fall nicht feststellen, findet wegen der besonderen Schutzwürdigkeit desjenigen, der die Räumlichkeiten jedenfalls auch als Wohnung nutzt, Wohnraummietrecht Anwendung.⁸ Von der Frage der einheitlichen Qualifikation als Wohnraummietverhältnis zu unterscheiden ist die Frage, ob der Vermieter wegen der teilgewerblichen Nutzung einen Zuschlag verlangen darf, der sich auf die Berechnung der ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 556d Abs. 1 BGB auswirkt⁹.

Auf den Vertrag zwischen dem Vermieter und dem **gewerblichen Zwischenvermieter** finden die Vorschriften der §§ 556d ff. BGB hingegen keine Anwendung, da die Räumlichkeiten nach den Vereinbarungen zwischen den Parteien nicht zur Nutzung durch den Zwischenvermieter oder seiner

⁵ Anders wohl Hinz ZMR 2014, 593, 599, der in der Vorschrift lediglich eine Begrenzung des Rückforderungsanspruchs des Mieters sieht; allerdings ergibt sich die Begrenzung aus § 556g Abs. 1 S. 2 BGB und nicht aus S. 3 der Vorschrift.

⁶ BGH NJW 1970, 2289, 2290; Staudinger/Rolfs (2014) § 547 Rn. 22.

⁷ Palandt/Sprau § 814 Rn. 1 und MüKoBGB/Schwab § 817 Rn. 9.

⁸ BGH NZM 2014, 626; Blank WuM 2014, 641, 642; siehe auch BeckOGK/Fleindl § 558 Rn. 7 zu Mieterhöhungsverlangen bei Mischmietverhältnissen

⁹ Hierzu näher Blank WuM 2014, 641, 648.

Familie als Wohnung überlassen werden. Vielmehr steht hier die Gewinnerzielungsabsicht im Vordergrund. Ein Rückforderungsanspruch kann sich allerdings dann im Verhältnis zwischen dem gewerblichen Zwischenvermieter und dem Dritten (Mieter) als Nutzer des Wohnraums ergeben, wenn auch im diesem Vertrag die höchstzulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB überschritten wird. Diese Verpflichtung wiederum kann auf den Hauptvermieter gesetzlich übergehen, wenn das Zwischenmietverhältnis beendet ist und der Vermieter nach § 565 Abs. 1 S. 1 BGB in das Mietverhältnis auf Seiten des Zwischenvermieters eintritt.

b) Anspruch des Mieters gegen den Vermieter

aa) Aktivlegitimation des Mieters

Aktivlegitimiert ist nach § 556g Abs. 1 S. 3 BGB der Mieter, bei mehreren Mietern besteht **Gesamtgläubigerschaft** nach § 428 BGB. Da es sich bei der maßgeblichen Vorschrift um eine Rechtsfolgenverweisung in die bereicherungsrechtlichen Vorschriften handelt (dazu schon oben), ist für die Bejahung des Rückzahlungsanspruches unerheblich, ob die Zahlung der überhöhten Miete auch tatsächlich durch Leistung des Mieters und ggfs. auf dessen Kosten (vgl. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB) erfolgt ist. Der Anspruch steht dem Mieter folglich auch dann zu, wenn ein **Dritter** (etwa die Sozialhilfebehörden) die Miete mit Erfüllungswirkung nach § 267 Abs. 1 S. 1 BGB an den Vermieter bezahlt hat. In Zweifelsfällen sollten sich daher die Sozialhilfeträger einen etwaig bestehenden Rückerstattungsanspruch abtreten lassen. Hat der Wohnraummieter seinerseits die Wohnung gewinnbringend und unter erneutem Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB an einen Dritten weiter- oder untervermietet, schließt dies seinen Anspruch nach dem Wortlaut des § 556d Abs. 1 S. 3 BGB nicht aus.¹⁰

Im Falle des Eintritts eines Ersatz- oder Nachmieters in einen bestehenden Mietvertrag ist darauf abzustellen, ob nach den Vereinbarungen zwischen den Parteien ein neues Mietverhältnis abgeschlossen wird oder der neue Mieter im Wege des Parteiwechsels in das bestehende Mietverhältnis eintritt.¹¹ Nur im letzteren Falle kann er ab dem Zeitpunkt seines Eintritts selbst den Rückforderungsanspruch aus dem ursprünglichen Mietvertrag geltend machen, wenn im Hinblick auf dieses Mietverhältnis ein Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB vorliegt.

bb) Passivlegitimation des Vermieters

Der Anspruch ist nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 556g Abs. 1 S. 3 BGB gegen den Vermieter geltend zu machen. Mehrere Vermieter haften als Gesamtschuldner nach § 421 BGB.

Im Falle des **Rechtsübergangs nach einer Veräußerung der Mietsache** gilt § 566 Abs. 1 BGB, wonach das Mietverhältnis bei Identität von Veräußerer und Vermieter auf den Erwerber übergeht. Vollendet ist die rechtsgeschäftliche Veräußerung mit Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch und nicht bereits mit Abschluss des zugrundeliegenden Kausalgeschäftes.¹² Ab diesem Zeitpunkt verteilen sich die Bereicherungsansprüche des Mieters – eine zum Zeitpunkt des Rechtsübergangs erhobene Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB vorausgesetzt – nach dem **Fälligkeitsprinzip** auf den alten und den neuen

¹⁰ Auf die Frage, ob die Leistung durch den Mieter auch „auf dessen Kosten“ im Sinne von § 812 Abs. 1 S.1 Alt. 1 BGB erfolgt sein muss, kann es also hier nicht ankommen. Ohnehin würde auch im Bereich der Leistungskondition die Abwälzung der überhöhten Miete auf einen Untermieter nicht zum Ausschluss des Bereicherungsanspruches führen, weil der Weiterveräußerungserlös in keinem ursächlichen Zusammenhang mit dem Bereicherungsvorgang zwischen Vermieter und Mieter steht, BGH NJW 1962, 580, 582.

¹¹ Näher hierzu Blank WuM 2014, 641, 643.

¹² Schmidt-Futterer/Streyll § 566 Rn. 57.

Vermieter.¹³ Bis zur Eigentumsumschreibung hat der Mieter mithin den die höchst zulässige Miete übersteigenden Anteil gegen den Veräußerer und danach gegen den Erwerber geltend zu machen.

In der Praxis übernimmt häufig der Erwerber bereits mit Abschluss des Kaufvertrages die Nutzungen und Lasten, während der eigentliche Eigentumsübergang durch Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch erst zu einem (oftmals viel) späteren Zeitpunkt vollzogen wird.

Beispiel: V vermietet eine Wohnung am 01.10. an M unter Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB. M rügt bereits im darauf folgenden November qualifiziert den Verstoß gegen die höchstzulässige Miete. Die vermietete Wohnung wird vom Vermieter am 02.01. des Folgejahres an E verkauft. Im Kaufvertrag vereinbaren Käufer und Verkäufer rückwirkend zum 01.01. des Folgejahres den Übergang von Nutzen und Lasten auf den E. Der Anspruch auf die laufende Mietzahlung wird abgetreten, von V dem M angezeigt und ab Februar des Folgejahres an E bezahlt. Die Eintragung von E als Eigentümer im Grundbuch erfolgt erst zum Jahresende des Folgejahres.

Vereinbaren der Veräußerer und der Erwerber in einem notariellen Kaufvertrag den **Übergang von Nutzungen und Lasten auf den Erwerber** zu einem Zeitpunkt vor der Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch, so ist nicht alleine schon hierin eine Abtretung der Mietansprüche des Vermieters zu sehen, weil diese Vereinbarung alleine das Innenverhältnis zwischen den Parteien des Kaufvertrags regelt.¹⁴ Vereinbaren die Parteien des Kaufvertrages allerdings den Übergang „aller Rechte aus dem Mietvertrag“, so ist darin in der Regel auch eine Abtretung der Ansprüche des Vermieters aus § 535 Abs. 2 BGB hinsichtlich der Entrichtung der Miete zu sehen.¹⁵ Teilt der Vermieter daraufhin dem Mieter die Abtretung der Forderung mit oder weist er ihn auch nur auf die erfolgte, aber mangels Eintragung jedenfalls zu diesem Zeitpunkt noch nicht wirksame Veräußerung hin, liegt ein Übergang des Mietvertrages im Sinne von § 566 BGB nicht vor.¹⁶ Leistet der Mieter daraufhin gleichwohl mit schuldbefreiender Wirkung an den Erwerber, stellt sich die Frage, wem gegenüber der Kondiktionsanspruch bis zur Eintragung des Erwerbers und damit dem Vollzug des Rechtsübergangs nach § 566 Abs. 1 BGB geltend zu machen ist. Da im Falle einer **Abtretung der Forderung** aus § 535 Abs. 2 BGB wie übrigens auch im Falle einer Pfändung das Kausalverhältnis teilweise fehlerhaft ist, weil auf eine nach § 556g Abs. 1 S. 2 BGB teilnichtige Forderung geleistet wurde, muss die Lösung über die Grundsätze zur Rückabwicklung von Bereicherungsansprüchen im Dreipersonenverhältnis erfolgen.

Nach dem Wortlaut des § 556g Abs. 1 S. 3 BGB richtet sich der Rückforderungsanspruch – es handelt sich ja um eine Rechtsfolgenverweisung - gegen den Vermieter. Dies bleibt nach § 566 Abs. 1 BGB bis zur Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch grundsätzlich der Veräußerer, also der „alte“ Vermieter.¹⁷ Dogmatisch ist der Erwerber also nicht Vermieter im Sinne von § 556g Abs. 1 S. 3 BGB, so dass jedenfalls nach dem Wortlaut dieser Vorschrift eine Inanspruchnahme auf Rückzahlung ausscheidet, während derjenige, der Anspruchsgegner bleibt, die Mieten nicht vereinnahmt hat. Der Erwerber könnte aber daneben hinsichtlich des die höchstzulässige Miete überschreitenden Teils der bezahlten Miete vom

¹³ BeckOGK/Harke § 566 Rn. 52; Schmidt-Futterer/Streyll § 566 Rn. 86 und 131, dort zum gleichgelagerten Problem der von Gesetzes wegen jeden Monat eintretenden Minderung.

¹⁴ BGH NZM 2003, 716 = ZMR 2003, 732; Schmitz RNotZ 2001, 365, 373.

¹⁵ BGH ZMR 2003, 732.

¹⁶ MüKoBGB/Häublein § 566e Rn. 4; Schmidt-Futterer/Streyll § 566e Rn. 8.

¹⁷ Zu den vielfältigen und dogmatisch umstrittenen Fällen der analogen Anwendung des § 566 BGB vgl. Schmidt-Futterer/Streyll § 566 Rn 35 ff; auch ein konkludenter Vertragsübergang im Sinne eines dreiseitigen Rechtsgeschäftes ist im Einzelfall denkbar, vgl. Schmidt-Futterer/Streyll § 566 Rn. 42 ff.

Mieter aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt 1 BGB (Leistungskondiktion) in Anspruch genommen werden¹⁸. § 556g Abs. 1 S. 3 BGB schließt eine solche „doppelte“ Inanspruchnahme nicht von vorneherein aus, weil sich der Anspruch dort nur gegen den Vermieter richtet. Sieht man in der Zahlung der überhöhten Miete an den Erwerber eine Leistung des Mieters, würde man eine Kondiktion innerhalb des Verhältnisses Erwerber – Mieter bejahen müssen. Allerdings liegt der Fehler in der **Teilnichtigkeit der abgetretenen Forderung** und damit letztlich im Deckungsverhältnis zwischen dem veräußernden Vermieter und dem Mieter. In diesen Fällen hat die Rückabwicklung nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich innerhalb der fehlerhaften Kausalverhältnisse zu erfolgen.¹⁹ Dies gilt auch bei der hier vom Gesetz bestimmten Teilnichtigkeit nach § 556g Abs. 1 S. 2 BGB: Wenn der Schuldner (Mieter) und der Zedent (Vermieter) eine bestimmte Miethöhe angenommen haben, die aber den Betrag der tatsächlich geschuldeten Miete übersteigt, kann der Schuldner das zu viel Geleistete nur vom Zedenten herausverlangen.²⁰ Für eine Inanspruchnahme des Zedenten und ursprünglichen Vermieters in Zessionsfällen spricht zum einen die fortbestehende Vertragsbeziehung zwischen Vermieter und Mieter bis zur Eigentumsumschreibung nach § 566 BGB und zum anderen der Gesichtspunkt, dass der Mieter dann das Insolvenzrisiko desjenigen Vertragspartners trägt, den er sich ausgesucht hat und nicht desjenigen, an den die ganz oder teilweise nicht bestehende Forderung zufällig abgetreten wurde.²¹ Im Ergebnis hat sich daher der Mieter bis zur Eintragung des Erwerbers als Eigentümer auch dann hinsichtlich des **Bereicherungsanspruchs an seinen bisherigen Vermieter** zu halten, wenn der Anspruch auf Zahlung der Miete nach § 535 Abs. 2 BGB schon vorher an den Erwerber abgetreten wurde.

c) Rügepflicht des Mieters, § 556g Abs. 2 BGB

Nach dem Wortlaut des § 556g Abs. 2 S.1 BGB kann der Vermieter eine wegen Verstoßes gegen die höchstzulässige Miete nach §§ 556d und 556e BGB nicht geschuldete Miete nur zurückverlangen, wenn er einen Verstoß gegen die Vorschriften des Unterkapitels gerügt hat und die zurückverlangte Miete nach Zugang der Rüge fällig geworden ist. Die Vorschrift schließt Rückforderungsansprüche gleich welcher Art für Zeiträume vor Zugang einer qualifizierten Rüge aus und soll nach der Gesetzesbegründung dem Umstand Rechnung tragen, dass die Ermittlung der höchst zulässigen Miete mit Unsicherheiten verbunden ist.²² Die Vorschrift schützt indes – was im Gesetzgebungsverfahren auch kritisiert wurde²³ – nicht nur den redlichen Vermieter, der sich im Dickicht von Spannen und Bandbreiten eines Mietspiegel einschließlich der Schwierigkeiten bei der Anwendung von Zu- und Abschlagskriterien so gut als möglich zurechtzufinden versucht, sondern auch den Vermieter, der bewusst eine zu hohe Miete in dem sicheren Wissen verlangt, sie bis zum Zugang einer Rüge in jedem Fall behalten zu dürfen. Gleichwohl ist die Regelung im Ergebnis sinnvoll²⁴, weil andernfalls im Rahmen von Schadensersatzprozessen des Vermieters oder Klagen des Mieters auf Rückzahlung der

¹⁸ Was eine durch nichts zu rechtfertigende Begünstigung des Mieters wäre, einen Kondiktionsanspruch gegen beide zuzulassen, vgl. Staudinger/Lorenz (2014) § 812 Rn. 41.

¹⁹ BGH NJW 2005, 1369; BGH NJW 1989, 900; Staudinger/Lorenz § 812 Rn. 41; NKBBG/von Sachsen Gessaphe § 812 Rn. 166; umstritten, a.A. MüKoBGB/Schwab § 812 Rn. 208 ff.

²⁰ BGH NJW 1989, 161, 162.

²¹ BGH NJW 2005, 1369, 1370; etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Mieter - ohne dass dies vom Vermieter zurechenbar veranlasst wurde – zu viel an den Erwerber bezahlt, vgl. BGH NJW 1989, 161 und NKBBG/von Sachsen Gessaphe § 812 Rn. 168; dieser Fall liegt aber bei Vereinbarung einer Miete unter Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB ersichtlich nicht vor.

²² RegE BT-Drs 18/3121 S. 37.

²³ Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs 447/14 S. 4; Eisenschmid ZRP 2015, 27, 28; Blank WuM 2014, 641, 654.

²⁴ So im Ergebnis auch Börstinghaus DWW 2014, 202, 208 und Hinz ZMR 2014, 593, 599.

Mietsicherheit nach beendeten Mietverhältnissen stets mit beweisaufwändigen Aufrechnungseinwänden wegen tatsächlicher oder vermeintlicher Überzahlungen aus der Vergangenheit bis zur Grenze der Verjährung zu rechnen wäre.²⁵ Jedenfalls dann wenn man – wie unten dargelegt – die Anforderungen an den Inhalt der Rüge nicht allzu hoch setzt, ist es aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gerechtfertigt, für die Vergangenheit solche Ansprüche auszuschließen.

Der Nennung auch des § 556f in § 556g Abs. 2 BGB bedurfte es aus systematischen Gründen nicht. Liegen die Voraussetzungen für die Ausnahmegvorschrift nicht vor (etwa weil es sich nicht im einen Neubau handelt), so ergibt sich der Verstoß gegen die Preisobergrenze in diesen Fällen unmittelbar aus § 556d Abs. 1 BGB. Auch in diesen Fällen muss also gerügt werden. Die Aufzählung auch des § 556e BGB als Ausnahmegvorschrift ist systemwidrig, jedenfalls aber überflüssig.

Für die Praxis ist zu erwarten, dass Rügen nach § 556g Abs. 2 BGB bei zunächst reibungslos verlaufenden Mietverhältnissen dann erhoben werden, wenn Mängel an der Wohnung auftreten oder der Vermieter ein Mieterhöhungsverlangen nach §§ 558 ff. BGB stellt.

aa) Die Rügepflicht als anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal

Aus Sicht des Gesetzgebers hätte es nahegelegen, die Rügepflicht als Einwendung des Vermieters auszugestalten, da sie inhaltlich auf einen Ausschluss des an sich gesetzlich bereits entstandenen Bereicherungsanspruchs abzielt. Allerdings formuliert der Gesetzgeber den Wortlaut der Rügepflicht nicht negativ mit der Formulierung „der Anspruch ist ausgeschlossen“, sondern vielmehr positiv mit den Worten, der Mieter könne „nur zurückverlangen, wenn“ er gerügt hat. Da sich auch aus der Gesetzesbegründung ergibt, dass im Falle des Fehlens einer Rüge Bereicherungsansprüche von vorneherein ausgeschlossen sind,²⁶ liegt in der Erhebung der Rüge ein **echtes anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal für den Bereicherungsanspruch**. Mithin hat im Rückforderungsanspruch der Mieter zu beweisen, dass er qualifiziert sowie rechtzeitig gerügt hat und die Rüge dem Vermieter auch zugegangen ist.

bb) Inhaltliche Anforderungen an die Rügepflicht

Nach § 556g Abs. 2 S. 2 BGB muss die Rüge diejenigen Tatsachen enthalten, auf denen die Beanstandung der vereinbarten Miete beruht. Nach § 556g Abs. 4 BGB bedarf die Rüge überdies der Textform. Der Mieter ist aber für die Erhebung einer Rüge **nicht verpflichtet, vorher Auskünfte beim Vermieter einzuholen**.²⁷ Die vorherige Erholung einer Auskunft nach § 556g Abs. 3 BGB wäre auch völlig kontraproduktiv, weil sie es dem unredlichen Vermieter durch Verzögerung der Auskunftserteilung ermöglichen würde, den erst nach Zugang der Rüge fällig werdenden Bereicherungsanspruch zu untergraben. Die Auskunftserteilung nach § 556g Abs. 3 BGB (hierzu unten 2.) steht daher nach der hier vertretenen Auffassung in keinem Zusammenhang mit den Voraussetzungen einer Rügepflicht oder dem Entstehen des Bereicherungsanspruchs.²⁸ Sie dient vielmehr im Regelfall nach erhobener Rüge der Prüfung, ob die Führung eines Rückforderungsprozesses aussichtsreich ist oder nicht. Zur Frage der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Voraussetzungen der §§ 556e und 556f BGB im Rückforderungsprozess vgl. unten 4.

²⁵ Anders wohl bei der Zahlungsklage des Vermieters, vgl dazu unten V. 1 sowie Hinz ZMR 2014, 593, 599; Börstinghaus DWW 2014, 202, 208

²⁶ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37.

²⁷ RegE BT-Drs 18/3121 S. 38, dort ist von einem bloßen „Hilfsanspruch“ die Rede; Blank WuM 2014, 641, 654.

²⁸ Ebenso wohl Hinz ZMR 2014, 593, 600.

Der Gesetzgeber möchte mit der qualifizierten Rügepflicht ausschließen, dass der Mieter den Verstoß mit **rein formalisierten Behauptungen** beanstandet, etwa den pauschalen Behauptungen „die Miete verstoße gegen die Mietpreisbremse“ oder „der Mietzins sei viel zu hoch“. Vielmehr soll der Mieter sich mit der Zulässigkeit der Preisabrede tatsächlich auseinandersetzen, wobei keine allzu hohen Anforderungen an diese Erklärung in Textform zu stellen sind.²⁹ Nach der Gesetzesbegründung ist es für eine qualifizierte Rüge ausreichend, wenn der Mieter auf der Grundlage des örtlichen Mietspiegels anhand der ihm bekannten Ausstattung und Beschaffenheit die ortsübliche Vergleichsmiete ermittelt.³⁰ Als quasi **Gegenstück des Zustimmungsverlangens nach § 558a BGB** wird man an die Rüge des Mieters jedenfalls keine höheren Anforderungen stellen können als an die Begründung eines Mieterhöhungsverlangens durch den Vermieter. Hier ist nach der Rechtsprechung des BGH die Richtigkeit der Einordnung der Wohnung in einen Mietspiegel keine Zulässigkeitsvoraussetzung. Ausreichend ist die Nennung des konkreten Mietspiegelfeldes, in das der Vermieter die Wohnung eingruppiert³¹ und die Nennung der neuen Gesamtmiete oder des Erhöhungsbetrages, ohne dass es für die Wirksamkeit im Übrigen auf eine zutreffende Bewertung von Zu- und Abschlagskriterien³² oder die richtige Herausrechnung inkludierter Betriebskosten ankommen kann.³³ Die sehr großzügige Rechtsprechung des BGH muss im Umkehrschluss auch für den rügenden Mieter bedeuten, dass er nur anhand der Wohnungsgröße und gegebenenfalls des ihm bekannten Baujahrs eine **Einordnung der Wohnung in das seiner Meinung nach zutreffende Mietspiegelfeld** vorzunehmen und hieraus die aus seiner Sicht höchst zulässige Miete nach § 556d BGB zu errechnen hat. Weitere Anforderungen, insbesondere eine konkrete Einordnung innerhalb der Spanne eines Mietspiegels oder die Berechnung von Zu- und Abschlagskriterien, darf für eine zulässige Rüge auch dann nicht gefordert werden, wenn dem Mieter – wie meist – die einzelnen Ausstattungsmerkmale der Wohnung bekannt sind. Die **Ermittlung der „richtigen“ Einzelvergleichsmiete ist Sache der materiellen Begründetheit** des Bereicherungsanspruches im Rückforderungsprozess.

Ist der Mietspiegel sachlich nicht anwendbar – etwa bei Großwohnungen – stellt sich die Frage, wie der Mieter eine qualifizierte Rüge überhaupt erheben soll. Noch schwieriger ist es für den Mieter formalisierte Beanstandungen zu vermeiden, wenn in der Gemeinde oder dem maßgeblichen Teil der Gemeinde überhaupt kein Mietspiegel existiert.³⁴ Aktuelle Preisübersichten der Maklerverbände oder der Wohnungswirtschaft sind kein Vergleichsmaßstab, weil sie nicht die ortsübliche Vergleichsmiete, sondern die Marktmiete bei Neuvermietungen abbilden. In solchen Fällen muss es ausreichend sein, dass sich der Mieter etwa durch Benennung von Vergleichswohnungen mit der konkret überhöhten Miete auseinandersetzt oder eine Einordnung in das nächstpassende Mietspiegelfeld vornimmt.

Mit **weiteren preisbildenden Faktoren, insbesondere solchen nach §§ 556e ff. BGB muss sich der Mieter in seiner Rüge im Regelfall nicht auseinandersetzen**. Bei den Ausnahmen nach § 556e BGB (Höhe der Vormiete, anrechenbare Modernisierungskosten) handelt es sich regelmäßig um solche Tatsachen, die alleine der Vermieter kennt und daher im Rückforderungsprozess auch darzulegen und zu beweisen hat (dazu unten 4.). Soweit die Gesetzesbegründung eine Auseinandersetzung mit solchen Tatsachen dann fordert, wenn sie dem Mieter bei Vertragsschluss mitgeteilt wurden,³⁵ wird eine

²⁹ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37; Hinz ZMR 2014, 593, 600.

³⁰ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37.

³¹ BGH NZM 2008, 164.

³² BeckOGK/Fleindl § 558a Rn 43.

³³ BGH NZM 2010, 40.

³⁴ Auf diesen strukturellen Fehler des Mietrechtsnovellierungsgesetzes wurde auch schon im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hingewiesen, vgl. etwa die Stellungnahmen von Artz (Seite 9) und Börstinghaus (Seite 7) zu BT-Drs 18/3121

³⁵ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37

fundierte Auseinandersetzung³⁶ faktisch kaum möglich sein. Verlangt der Vermieter etwa deshalb eine höhere als die höchstzulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB, weil die Vormiete nach § 556e Abs. 1 BGB bereits höher gewesen sein soll, kann der Mieter die Richtigkeit dieser Angaben nur bestreiten im Sinne von § 138 Abs. 3 ZPO. Ob die entsprechende Angabe im Mietvertrag richtig ist, wird er – zumal vorgerichtlich – kaum jemals widerlegen können, sofern ihm nicht ausnahmsweise Name und Anschrift des Vormieters bekannt ist.

cc) Mehrere Mieter

Ähnlich wie die Anzeigepflicht bei Mietmängeln nach § 536c BGB stellt die Rügepflicht keine Willenserklärung im eigentlichen Sinne, sondern eine bloße rechtserhebliche Handlung dar.³⁷ So wie die Anzeige eines Mietmangels den Vermieter erst in die Lage versetzt, die Mängelbeseitigung vorzunehmen, setzt die Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB den Vermieter darüber in Kenntnis, dass der Mieter nicht mehr bereit ist, die überhöhte Miete als vertragsgerecht zu akzeptieren. Es reicht daher für eine wirksame Rüge aus, wenn **nur einer von mehreren Mietern** den Verstoß rügt.

dd) Zugang der Rüge vor Fälligkeit der zurückverlangten Miete

Nach § 556g Abs. 2 S. 1 BGB können nur solche Mieten zurückverlangt werden, die nach Zugang der Rüge fällig geworden sind. Da Altverträge vor dem 01.09.2002 nicht unter die Mietpreisbremse fallen werden, kommt es hinsichtlich des Fälligkeitszeitpunktes alleine auf die im Wohnraummietrecht geltende Vorfälligkeitsregel des § 556b Abs. 1 BGB an. Ist die Miete also jeweils am dritten Werktag fällig, muss die Rüge dem Vermieter am Tag zuvor (nicht zwingend am Werktag zuvor) zugehen. Rügt der Mieter den Verstoß und zahlt danach erst rückständige Mieten (etwa bei bestehendem Zahlungsverzug), so scheidet nach dem Wortlaut des § 556g Abs. 2 S. 1 BGB eine Rückforderung ebenfalls aus. Denn es kommt nicht darauf an, wann erfüllt wurde, sondern wann die Forderung fällig geworden ist.

Die Rüge hat nach §§ 556g Abs. 4, 126b BGB in **Textform** zu erfolgen, eine mündliche Rüge wahrt die Form mithin nicht. Die Rügeerhebung per E-Mail³⁸ oder SMS³⁹ wäre grundsätzlich ausreichend, ist aber wegen der eingeschränkten Nachweismöglichkeiten im Rückforderungsprozess nicht zu empfehlen.

d) Rückforderung des die höchstzulässige Miete übersteigenden Betrags.

Die Vereinbarungen über die Miethöhe müssen die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 10% übersteigen. Was der Gesetzgeber unter der ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne von § 556d Abs. 1 BGB versteht, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung allenfalls rudimentär mit dem Hinweis, gemeint sei die ortsübliche Vergleichsmiete für das „konkrete Mietobjekt“ nach § 558 Abs. 2 BGB.⁴⁰ Die ortsübliche Miete nach § 558 Abs. 2 BGB ist aber wegen des Wortlauts, der in S. 1 von den „üblichen

³⁶ So die Gesetzesbegründung S. 38.

³⁷ Staudinger/Emmerich § 536c Rn. 12 zur Rechtsnatur der Anzeigepflicht

³⁸ Palandt/Ellenberger § 126b Rn. 4.

³⁹ BeckOKBGB/Wendtland § 126b Rn. 9.

⁴⁰ RegE BT-Drs 18/3121 S. 31

Entgelten“ spricht, regelmäßig nicht ein punktgenauer Wert, sondern immer nur eine gewisse **Spanne**, innerhalb derer sich die ortsübliche Miete bewegt.⁴¹ Gerade bei Mietspiegeln, die Spannen ausweisen, ist jeder Wert nach der erfolgten **Extremwertbereinigung** innerhalb der Spanne grundsätzlich als ortsüblich anzusehen. Dass der Gesetzgeber auch im Rahmen von § 556d Abs. 1 BGB die vom Tatrichter im Zustimmungsprozess zu ermittelnde **konkrete Einzelvergleichsmiete**⁴² meint, ergibt sich allenfalls mittelbar.⁴³

Für den hier vorliegenden Beitrag wird unterstellt, dass ein Verstoß der Mietpreisabrede gegen § 556d Abs. 1 BGB gegeben ist.⁴⁴ Der Gesetzgeber stellt für diesen Fall in § 556g Abs. 1 S. 2 BGB klar, dass der Mietvertrag nur hinsichtlich des die höchstzulässige Miete übersteigenden Betrages unwirksam ist, im Übrigen aber die Abreden zwischen den Parteien hiervon nicht berührt werden.⁴⁵ Eine Teilnichtigkeit nach § 139 BGB ist auch dann anzunehmen, wenn die Mietsache im Ausnahmefall dem Mieter noch gar nicht überlassen wurde, weil der Mieter andernfalls den Anspruch auf die Vertragserfüllung aus § 535 Abs. 1 BGB verlieren würde.⁴⁶ Die gegenteilige Rechtsauffassung⁴⁷ überzeugt nicht. Will der Mieter wegen des Verstoßes gegen die Preisabrede nicht am Vertrag festhalten, kann er den Vertrag bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 BGB fristlos kündigen (dazu unten IV.3).

aa) Berechnung der Rückforderung: $K = M - (X + 0,1X)$

Nach § 556g Abs. 1 S. 3 BGB kann der Mieter von dem Vermieter die „zu viel gezahlte Miete“ zurückverlangen. Wie hoch diese ist, ergibt sich unmittelbar aus S. 2 der Vorschrift: danach ist die Vereinbarung zwischen den Parteien bei Mietbeginn nur insoweit nichtig, als die zulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB überschritten wird. Nach dieser von Mieterseite im Gesetzgebungsverfahren heftig kritisierten Vorschrift⁴⁸ verbleibt dem Vermieter damit in jeden Fall die ortsübliche Miete zuzüglich 10%.⁴⁹ Oder anders gesagt: Der Mieter kann wegen seines gekappten Bereicherungsanspruches nur nach der **Formel $K = M - (X + 0,1X)$** kondizieren, wobei K der Kondiktionsanspruch ist, M die Variable für die vereinbarte und auch gezahlte Miete darstellt und X als Variable für die ortsübliche Vergleichsmiete gilt. Liegt die vom Vermieter bezahlte **Vormiete** im Sinne von § 556e Abs. 1 BGB zwischen der höchstzulässigen Miete nach § 556d Abs. 1 BGB und der vereinbarten Miete, kann nur die Differenz zwischen der im Vertrag vereinbarten Miete und der Vormiete kondiziert werden. Gleiches gilt bei einer zulässigen Anrechnung von **Modernisierungsmaßnahmen**.

Beispiel: Im schriftlichen Mietvertrag ist eine Wohnfläche von 120 qm angegeben und eine Nettomiete von € 1.500,- vereinbart. Beträgt die ortsübliche Vergleichsmiete nach dem Mietspiegel € 10,-/qm Wohnfläche, berechnet sich der monatliche Kondiktionsanspruch wie folgt: $K = 1.500 - (1.200 + 120,-) = € 180,-$. Wäre die Vormiete nach § 556e Abs. 1 BGB bei € 1.400,- gelegen, könnte der Mieter nur € 100,- monatlich kondizieren. Liegt die Vormiete unter € 1320,-, gilt wiederum § 556d Abs. 1 BGB.

⁴¹ BGH NJW 2012, 1351; BeckOGK/Fleindl § 558 Rn. 52

⁴² BGH NZM 2005, 498.

⁴³ RegE BT-Drs 18/3121 S. 36 zu § 556g: hier spricht die Gesetzesbegründung von der „genauen ortsüblichen Vergleichsmiete“, die durch Zu- und Abschläge zu ermitteln sei.

⁴⁴ Siehe dazu schon oben Fn. 3

⁴⁵ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37.

⁴⁶ Blank WuM 2014, 641, 654.

⁴⁷ Derleder WuM 2014, 443, 444.

⁴⁸ Vgl. etwa Eisenschmid ZRP 2015, 27, 28;

⁴⁹ Dies entspricht im Übrigen der Rechtsprechung zu § 5 WiStG, auch danach konnte der Vermieter bei einem Verstoß Rückzahlung derjenigen Miete verlangen, welche die ortsübliche Vergleichsmiete zuzüglich 20% Zuschlag überstieg, vgl. BGH WuM 2005, 471; BGH WuM 2006, 161.

Bei einer **Staffelmietvereinbarung** gilt § 557a Abs. 4 BGB. Danach sind die Vorschriften über die höchstzulässige Miete auf jede Mietstaffel mit der Maßgabe anzuwenden, dass es hinsichtlich des Verstoßes gegen die Preisvorschrift auf das Verhältnis der ersten Miete der jeweiligen Mietstaffel zu der zu diesem Zeitpunkt ortsüblichen Vergleichsmiete ankommt. Staffelmietvereinbarungen werden damit für den Vermieter unkalkulierbarer, weil er nicht weiß, wie sich die ortsübliche Vergleichsmiete in Zukunft entwickeln wird.⁵⁰ Gerade in den derzeit überhitzten Wohnungsmärkten westdeutscher Großstädte kann eine zunehmende Neubautätigkeit in Verbindung mit einer abflauenden Wirtschaftslage auch zu einer Stagnation der Mietpreisentwicklung führen.

Beispiel zur Staffelmiete: Im schriftlichen Mietvertrag ist eine Wohnfläche von 120 qm angegeben und eine Nettomiete von € 1.300,-- vereinbart. Nach dem ersten Jahr soll die Miete auf € 1.400,-- steigen, nach dem zweiten Jahr auf € 1.500,--. Beträgt die ortsübliche Vergleichsmiete nach dem Mietspiegel bei Vertragsbeginn € 10,--\qm Wohnfläche, berechnet sich der monatliche Kondiktionsanspruch wie folgt: $K = 1.300 - (1.200 + 120,--) = € - 20,--$. Bei Mietbeginn liegt also kein Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB vor. Unter der Annahme, dass die ortsübliche Vergleichsmiete bei Beginn der ersten Staffel unverändert ist, bei Beginn der zweiten Staffel aber € 11,--\qm Wohnfläche beträgt, steht dem Mieter aber in den Folgejahren ein Bereicherungsanspruch zu: im zweiten Jahr $K = 1.400,-- - (1.200,-- + 120,--)$ = € 80,-- pro Monat, im dritten Jahr $K = 1.500,-- - (1.320,-- + 132,--)$ = € 48,-- pro Monat.

Bei der **Indexmiete** kommt es nach § 557b Abs. 4 BGB nur auf die Ausgangsmiete einer Indexmietvereinbarung an. Diese ist folglich auch dann für den Kondiktionsanspruch maßgeblich, wenn sich aufgrund der Indexierung die Miete erhöht und beide Beträge gegen § 556d Abs. 1 BGB verstoßen. Die Höhe des Anspruches richtet sich daher immer nach dem Verhältnis zwischen der ursprünglich vereinbarten Miete ohne Indexierung und der jeweiligen ortsüblichen Vergleichsmiete.

Der Bereicherungsanspruch des Mieters kann – eine einmal erhobene Rüge vorausgesetzt – grundsätzlich bis zum Außerkrafttreten der maßgeblichen Verordnung nach § 556d Abs. 2 BGB geltend gemacht werden, solange die vereinbarte Miete die jeweils geltende ortsübliche Vergleichsmiete übersteigt. Wie bei einem Verstoß gegen § 5 WiStG hat der Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB also zur Folge, dass sich der Umfang der Teilnichtigkeit und damit die Höhe des Bereicherungsanspruches an der Veränderung der ortsüblichen Vergleichsmiete zu orientieren hat.⁵¹ Qualifizierte Mietspiegel sind nach § 558d Abs. 2 S. 1 BGB alle zwei Jahre der Marktentwicklung anzupassen und nach § 558d Abs. 2 S. 3 BGB spätestens alle vier Jahre neu zu erstellen. Damit ist im Regelfall jedenfalls wegen der Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB gewährleistet, dass ein Mietspiegel die jeweils aktuelle ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend abbildet. Liegt lediglich ein veralteter Mietspiegel vor und ist zu vermuten, dass das allgemeine Mietpreisniveau seit der letzten Datenerhebung gestiegen ist, kann eine Anpassung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch einen Zuschlag auf den maßgeblichen Mietspiegelwert erfolgen (sog. **Stichtagsdifferenz**).⁵² Die jeweiligen Preisveränderungen sollten dann in etwa in Jahresabständen erfolgen.⁵³

bb) Zinsen

Vor Erhebung einer qualifizierten Rüge entsteht der Bereicherungsanspruch des Mieters nicht. Da die Rüge als anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal einen Bereicherungsanspruch nur für die Zukunft entstehen lässt (siehe hierzu schon oben), bedarf es für die Geltendmachung eines

⁵⁰ Hinz ZMR 2014, 593, 600.

⁵¹ OLG Hamm NJW 1983, 1622 LS 3 zu § 5 WiStG

⁵² OLG Stuttgart WuM 1994, 85; OLG Hamm NJW-RR 1997, 142.

⁵³ Schmidt-Futterer/Blank nach § 535 Rn. 69.

Verzugsschadens nach § 288 Abs. 1 BGB nach allgemeinen Vorschriften zusätzlich einer **Mahnung** im Sinne von § 286 Abs. 1 BGB. Ein Fall des § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB dürfte nicht gegeben sein, weil für den Rückzahlungsanspruch des Vermieters, der bei einer Zahlung des Mieters nach Zugang der Rüge jeden Monat neu entsteht, keine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Im Falle der Rechtshängigkeit des Bereicherungsanspruches schuldet der Vermieter Prozesszinsen nach § 291 BGB. Hat der Vermieter aus den überzahlten Mieten selbst Zinsen gezogen, muss er diese als Nutzungen nach § 818 Abs. 1 BGB herausgeben.

cc) Besonderheiten bei Inklusiv- und Teilinklusivmieten

Haben die Parteien eine Inklusivmiete oder eine Teilinklusivmiete vereinbart, muss die höchstzulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB durch einen Vergleich mit der ortsüblichen Inklusiv- oder Teilinklusivmiete ermittelt werden.⁵⁴ Mietspiegel allerdings weisen im Regelfall Nettomieten aus, so dass der Rückzahlungsanspruch nach § 556g Abs. 2 S. 1 BGB nur aus einem Vergleich zwischen der (fiktiven) Nettomiete des streitgegenständlichen Vertrags und dem entsprechenden **Netto-Mietspiegelwert** ermittelt werden kann. Im diesem Fall ist zunächst die nach dem Mietspiegel für die Wohnung vergleichbare Nettomiete zu ermitteln. Nach der Einordnung in den Mietspiegel und Ermittlung der hypothetischen Nettomiete sind sodann die in der Miete enthaltenen **Betriebskosten zu addieren**.⁵⁵ Abzustellen ist hierbei allerdings nicht auf die im Mietspiegel angegebenen Durchschnittswerte inkludierter Betriebskosten, sondern vielmehr auf die tatsächlich auf die Wohnung entfallenden Betriebskosten.⁵⁶ Anschließend ist der so ermittelte Wert nach § 556d Abs. 1 BGB um 10% zu erhöhen und mit der tatsächlich verlangten Miete zu vergleichen.

dd) Mietmängel

Behebbarer Mängel der Mietsache führen nicht zu einer Änderung der Beschaffenheit und daher im Rahmen der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete nicht berücksichtigt werden.⁵⁷ Hieraus folgt, dass sich auch die um den Bereicherungsanspruch gekappte Miete automatisch mindert, wenn die Gebrauchstauglichkeit eingeschränkt ist.

Beispiel: Im schriftlichen Mietvertrag ist eine Wohnfläche von 120 qm angegeben und eine Nettomiete von € 1.500,- vereinbart. Beträgt die ortsübliche Vergleichsmiete nach dem Mietspiegel € 10,-/qm Wohnfläche, berechnet sich der monatliche Kondiktionsanspruch wie folgt: $K = 1.500 - (1.200 + 120, -) = € 180,-$. Ist nun zusätzlich wegen eines behebbaren Mangels die Miete nach § 536 Abs. 1 S.1 BGB um 20% gemindert, beträgt die geminderte Miete vor Zugang einer Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB € 1.200,-. Nach Zugang der Rüge hat der Mieter einen Bereicherungsanspruch, so dass die fiktive Miete

⁵⁴ Blank WuM 2014, 641, 647.

⁵⁵ MüKoBGB/Artz § 558 Rn. 9.

⁵⁶ BGH NJW-RR 2006, 226, 227; ausführlich zu dieser Problematik BeckOGK/Fleindl § 558 Rn. 58.1 zum Verfahren im Rahmen der Erhöhung der Miete auf die ortsübliche Vergleichsmiete; freilich kommen hier im Prozess zusätzliche Beweisschwierigkeiten hinzu, weil sich im Hinblick auf die tatsächlich inkludierten Betriebskosten die Beweislast umkehrt. Blank weist außerdem bereits in WuM 2014, 641, 647 auf die Möglichkeit einer Umgehung der Vorschriften der §§ 556d ff. durch Vereinbarung einer überhöhten Betriebskostenpauschale und auf Schwierigkeiten bei der Ermittlung der konkreten Betriebskosten hin. Gibt es bei Neuabschluss keinerlei Richtwerte über die Höhe der inkludierten Betriebskosten – etwa der auf den Vermieter entfallenden Betriebskosten – muss im Zweifel dann doch auf die durchschnittlichen Betriebskosten des Mietspiegels abgestellt werden.

⁵⁷ Staudinger/Emmerich (2014) § 558 Rn. 36; MüKoBGB/Artz § 558 Rn. 26.

nur noch € 1.320,-- beträgt. Hiervon sind wegen der Einschränkung der Gebrauchstauglichkeit nochmals 20% abzuziehen, so dass der Mieter im Ergebnis monatlich nur € 1.056,-- schuldet

Nicht behebbare Mängel führen in der Regel zu einer negativen Beschaffenheitsabweichung, die einen Abschlag auf die ortsübliche Miete trotz der fortbestehenden Minderung rechtfertigen kann.⁵⁸ In diesem Fall kann sich also der Mangel zusätzlich auch noch auf die Höhe des Kondiktionsanspruchs auswirken, weil die ortsübliche Miete geringer ist als bei einer mangelfreien Wohnung.

ee) Wohnflächenabweichungen

Wohnflächenabweichungen führen in besonderem Maße zu Schwierigkeiten bei der Berechnung des Kondiktionsanspruches, weil die Wohnfläche einerseits in doppelter Hinsicht einen wesentlichen Faktor bei der Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete darstellt,⁵⁹ andererseits aber bei Abweichungen um mehr als 10% nach unten auch einen Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB begründen kann. Für die Behandlung von **Flächenabweichungen** im Rahmen von Rückforderungsansprüchen kann im Wesentlichen auf die nicht zu Unrecht kritisierte⁶⁰ Rechtsprechung des BGH im Rahmen von Mieterhöhungen auf die ortsübliche Vergleichsmiete Bezug genommen werden.

Ist im Mietvertrag **keine Wohnfläche** angegeben und liegt auch keine konkludente Wohnflächenvereinbarung (etwa durch entsprechende Annoncen des Vermieters⁶¹) vor, ist für die Ermittlung der höchstzulässigen Miete von der tatsächlichen Wohnungsgröße auszugehen. Diese ist im Rückforderungsprozess ggfs. durch ein Sachverständigengutachten zu ermitteln.

Ist im **Mietvertrag eine Wohnfläche angegeben**, liegt darin im Regelfall eine **Beschaffenheitsvereinbarung**⁶² zwischen den Parteien, so dass für den Rückforderungsanspruch grundsätzlich von diesem Wert auszugehen ist. Dies gilt auch dann, wenn die Parteien lediglich eine „**ca.-Angabe**“ vereinbart haben.⁶³ Entspricht die tatsächliche Wohnfläche nicht der im Mietvertrag vereinbarten Wohnfläche, ist nach der für Mieterhöhungsverlangen gefestigten Rechtsprechung des BGH auch im Rahmen von Rückforderungsansprüchen nach § 556g Abs. 1 S. 3 BGB von der vereinbarten Wohnfläche jedenfalls dann auszugehen, wenn die tatsächliche Wohnfläche um nicht mehr als 10% von der vereinbarten abweicht.⁶⁴ Eine **Anpassung der vereinbarten Wohnfläche** an die tatsächliche Größe können beide Parteien nach den Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage nur dann verlangen, wenn die Abweichung mehr als 10% beträgt.⁶⁵ Übersteigt die vereinbarte Wohnfläche die tatsächliche Wohnfläche um **mehr als 10 %**, so kann der Mieter unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB die Rückzahlung der auf Grund der fehlerhaften Berechnung überzahlten Miete verlangen.⁶⁶ Weil in diesem Fall die vorzunehmende Vertragsanpassung auf die tatsächliche Wohnfläche dem Verstoß gegen § 556d Abs.

⁵⁸ Emmerich/Sonnenschein/Volker Emmerich § 558 Rn. 22.

⁵⁹ Es muss ja nicht nur der Mietspiegelwert mit der qm-Zahl der Wohnung multipliziert werden; vielmehr ist die Größe auch maßgeblich für die Einordnung in ein bestimmtes Mietspiegelfeld.

⁶⁰ Schmidt-Futterer/Börstinghaus § 558 Rn. 62 f; Staudinger/Emmerich (2014) Rn. 32.

⁶¹ BGH NJW 2010, 2648.

⁶² BGH NZM 2007, 594; Staudinger/Emmerich (2014) § 536 Rn. 39.

⁶³ BGH NZM 2010, 313

⁶⁴ BGH NZM 2009, 613; BGH NZM 2007, 283.

⁶⁵ BGH NJW 2004, 3115.

⁶⁶ BGH NJW 2004, 3115.

1 BGB vorgeht⁶⁷ und zudem der Mieter auch ohne Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB überzahlte Miete für zurückliegende Zeiträume kondizieren kann, kommt ein (weiterer) Bereicherungsanspruch nach § 556g Abs. 1 S. 3 BGB nur dann in Betracht, wenn auch die nach § 242 BGB an die tatsächliche Wohnfläche angepasste Miete die höchstzulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB noch übersteigt.

Beispiel 1: Im schriftlichen Mietvertrag ist eine Wohnfläche von 120 qm angegeben und eine Nettomiete von € 1.500,-- vereinbart. Die tatsächliche Wohnfläche beträgt 110 qm. Beträgt die ortsübliche Vergleichsmiete (für Wohnungen mit 120 qm Wohnfläche) nach dem Mietspiegel € 10,--\qm Wohnfläche, berechnet sich der monatliche Kondiktionsanspruch wie folgt: $K = 1.500 - (1.200 + 120,--) = € 180,--$. Die Wohnflächenabweichung liegt unter 10% und bleibt daher nach der Rechtsprechung des BGH außer Betracht.

Beispiel 2: Im schriftlichen Mietvertrag ist eine Wohnfläche von 120 qm angegeben und eine Nettomiete von € 1.500,-- vereinbart. Die tatsächliche Wohnfläche beträgt 90 qm. Die ortsübliche Vergleichsmiete für Wohnungen mit 120 qm beträgt € 10,--\qm Wohnfläche, für Wohnungen mit 90 qm aber € 11,--\qm Wohnfläche. Da die Wohnfläche hier um mehr als 10% von der vertraglich Vereinbarten nach unten abweicht, ist die Miete an die tatsächliche Wohnungsgröße anzupassen. Die geschuldete Miete beträgt daher € 1.500,-- abzüglich 25% = € 1.125,--. Der Mieter kann nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB für zurückliegende Zeiträume auch ohne Rüge schon wegen der Mietflächenabweichung monatlich € 375,-- kondizieren. Ein Rückforderungsanspruch nach § 556g Abs. 1 S. 3 BGB kommt darüber hinaus nur dann in Betracht, wenn auch die angepasste Miete bezogen auf eine Wohnfläche von dann 90 qm und den Mietspiegelwert von € 11,-- die höchstzulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB übersteigt. Diese ist wie folgt zu berechnen: $K = M - (X + 0,1X) = € 1.125,-- - (990,-- + 99,--) = € 1.125,-- - 1.089,-- = € 36,--$. Eine entsprechende Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB vorausgesetzt, könnte der Mieter in dem Beispielsfall also weitere € 36,-- monatlich kondizieren.

ff) Besonderheiten bei Garagen und Zuschlägen zur Miete; Teilmöblierungen

Zahlt der Mieter zusätzlich zur vereinbarten Miete einen Untermietzuschlag für erlaubte Untervermietung oder einen Gewerbemietzuschlag für die gewerbliche Nutzung eines Teils der vermieteten Wohnfläche, sind diese **Zuschläge grundsätzlich Bestandteil der Miete**, weil unter den Begriff der Miete das gesamte vom Mieter geschuldete Entgelt zu verstehen ist.⁶⁸ In diesen Fällen ist zur ortsüblichen Vergleichsmiete (Grundmiete) ein ortsüblicher Zuschlag für die Untervermietung oder die Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung hinzuzurechnen und die Summe aus beiden zuzüglich 10% dann mit der vereinbarten Miete zu vergleichen.⁶⁹ Im Rückforderungsprozess wird die **Ortsüblichkeit solcher Zuschläge** meist nur durch Erholung eines Sachverständigengutachtens geklärt werden müssen, soweit nicht ausnahmsweise – etwa bei einer inkludierten Garagenmiete oder teilmöblierten Wohnungen – eine gerichtliche Schätzung nach § 287 ZPO möglich ist.

⁶⁷ Die zu geringe Wohnfläche ist – gegenüber der Vereinbarung im Mietvertrag - ein nicht behebbarer Mangel der Mietsache und wirkt sich damit dauerhaft auf die Miete aus. Der Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB hingegen unterliegt im Verlauf des Mietverhältnisses entsprechend der sich meist nach oben entwickelnden ortsüblichen Vergleichsmiete einer Veränderung, so dass die Differenz zur höchst zulässigen Miete nach § 556g Abs. 1 S. 2 BGB irgendwann aufgezehrt sein wird. Aus diesem Grund muss der Anspruch auf Anpassung der Miete wegen der Wohnflächenabweichung dem Kondiktionsanspruch vorgehen.

⁶⁸ Blank WuM 2014, 641, 648.

⁶⁹ Blank WuM 2014, 641, 648.

e) Kein Ausschluss des Bereicherungsanspruchs

aa) §§ 814 und 817 S. 2 BGB

Nach § 814 Alt.1 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet ist. Nach § 817 S. 2 BGB ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn Leistender wie Leistungsempfänger gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen. Beide Tatbestände werden durch § 556g Abs. 3 S. 3 BGB ausdrücklich ausgeschlossen, so dass der Mieter den die höchst zulässige Miete übersteigenden Betrag selbst dann zurückfordern kann, wenn er gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet ist oder gar von sich aus dem Vermieter die Zahlung der überhöhten Miete angeboten hat, um die Wohnung zu bekommen. Nach der Intention des Gesetzgebers soll mit dieser Regelung verhindert werden, dass ein Mietinteressent aufgrund der angespannten Lage auf dem Wohnungsmarkt deshalb faktisch aus dem Kreis der Bewerber ausscheidet, weil er die verlangte Miete in Frage stellt und man ihm deshalb **Kenntnis von der Unwirksamkeit** nachweisen könnte.⁷⁰

Die Regelung des § 556g Abs. 3 S. 3 BGB verdient uneingeschränkte Zustimmung. Angesichts der ohnehin schon durch § 556g Abs. 1 S.2 und Abs. 2 BGB eingeschränkten Bereicherungsansprüche müssen dem Mieter seine Rechte auf Rückforderung jedenfalls auch dann verbleiben, wenn er die überhöhte Miete akzeptiert, um in angespannten Wohnungsmärkten überhaupt in begehrter Lage wohnen zu können. Andernfalls hätte es der Vermieter in der Hand gehabt, den Bereicherungsanspruch dadurch auszuschließen, dass er sich vor Unterzeichnung des Mietvertrags vom Mieter eine Bestätigung unterschreiben lässt, in der dieser auf die überhöhte Miete hingewiesen wird und diese ausdrücklich akzeptiert. Nicht vom Kondiktionsausschluss umfasst sind **Schmiergelder**, die der Interessent an seinen zukünftigen Vermieter zahlt um die Wohnung zu bekommen. Solche „Vertragsabschlussgebühren“⁷¹ sind nicht Bestandteil der Miete, können aber als sittenwidrige Leistungen über § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB kondiziert werden.⁷² Die §§ 814 und 817 S. 2 BGB sind dann anwendbar, allerdings setzt der Kondiktionsausschluss dann voraus, dass der Mieter gewusst hat, dass er nicht zur Zahlung verpflichtet war. Diese positive Kenntnis kann jedenfalls nicht von vorneherein dann angenommen werden, wenn der Vermieter die Zahlung solcher Gebühren verlangt.

Wegen des gesetzlichen Ausschlusses des § 814 BGB ist es daher letztlich auch unerheblich, ob der Mieter, der zur Vermeidung einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs die erhöhte Miete nach einer Rüge zunächst weiter in voller Höhe bezahlt, diese unter **Vorbehalt** leistet.⁷³ Die Zahlung unter Vorbehalt kann allerdings im Einzelfall in entsprechender Anwendung von § 820 Abs. 1 S. 2 BGB zu einer verschärften Haftung des Vermieters führen.⁷⁴

bb) Vereinbarungen der Parteien über die Miethöhe nach Vertragsabschluss

⁷⁰ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37.

⁷¹ Z.B. als Zahlung an den Vermieter deklarierte Maklergebühren, die dieser nicht mehr vom Mieter verlangen darf

⁷² Blank WuM 2014, 641, 657.

⁷³ Nach BGH WuM 2003, 440 schließt ein bei der Leistung gemachter Vorbehalt die Vorschrift des § 814 BGB aus.

⁷⁴ BGH NJW 1989, 161, 162.

Nach § 556g Abs. 1 S. 1 BGB sind Vereinbarungen zwischen den Parteien, die unter Verstoß gegen die Vorschriften zur höchstzulässigen Miete zum Nachteil des Mieters zustande kommen, unwirksam. Dies hindert die Parteien aber nicht, Vereinbarungen über die Miethöhe im laufenden Mietverhältnis zu treffen.⁷⁵ Eine solche Ausnahme bei halbzwingenden Vorschriften sieht das Gesetz im Übrigen auch an anderen Stellen, etwa § 555f BGB, vor. Einigen sich die Parteien in einem Rückforderungsverfahren durch den Abschluss eines **Prozessvergleichs** über die zukünftig geschuldete Miete, so ist diese auch dann wirksam vereinbart, wenn selbst dieser Betrag noch gegen § 556d Abs. 1 BGB verstößt.

Beispiel: Im schriftlichen Mietvertrag ist eine Wohnfläche von 120 qm angegeben und eine Nettomiete von € 1.500,-- vereinbart. Die ortsübliche Vergleichsmiete beträgt € 1.200,--, somit beträgt die höchst zulässige Miete nach § 556d Abs. 1 € 1.320,--: Vereinbaren die Parteien im Bereicherungsprozess durch Vergleich eine Miete von € 1.400,--, so ist diese zwar immer noch zu hoch, gleichwohl aber wirksam vereinbart.

In diesem Fall sind also wegen einer wirksamen Einigung über die Miethöhe während des laufenden Mietverhältnisses Rückforderungsansprüche ausgeschlossen. Bei **Außerkräfttreten der Verordnung** nach § 556d Abs. 2 BGB gilt dann die spätere Vereinbarung, es sein denn, die Parteien haben ausdrücklich etwas anderes vereinbart.

Eine nach § 556g Abs. 1 S. 1 BGB wirksam abbedingende Vereinbarung setzt aber voraus, dass sich die Parteien des **Verstoßes gegen § 556d Abs. 1 BGB auch bewusst waren**, also den Vergleich gerade in Kenntnis eines möglichen Verstoßes gegen § 556d Abs. 1 BGB geschlossen haben und das Mietverhältnis bereits in Vollzug gesetzt wurde. Dies erfordert im Regelfall die Erhebung einer Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB. Vereinbarungen zwischen den Parteien über die Miethöhe etwa im Rahmen von Mietminderungen wegen Mängeln oder gar Zustimmungserklärungen des Mieters nach § 558b Abs. 1 BGB ohne jeden Bezug zur Mietpreisbegrenzung lassen die Teilnichtigkeit also nicht entfallen. Auch muss als weitere Voraussetzung für eine solche wirksame Einigung das Mietverhältnis in Vollzug gesetzt worden sein, der Mieter also bereits in der Wohnung wohnen. Andernfalls könnten Umgehungsgeschäfte dergestalt, dass erst ein teilnichtiger Mietvertrag abgeschlossen und anschließend, aber noch vor Einzug des Mieters, eine Vereinbarung über die Wirksamkeit der Miete getroffen wird, nicht ausgeschlossen werden. Der Vermieter könnte so die Besitzüberlassung von der Unterschrift des Mieters unter diese „Bestätigungsvereinbarung“ abhängig machen und damit das Gesetz umgehen.

cc) Außerkräfttreten einer Verordnung

Nach § 556d Abs. 2 S. 1 BGB können die Landesregierungen Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten längstens für die Dauer von 5 Jahren bestimmen. Eine Verlängerungsmöglichkeit sieht der Gesetzgeber nicht vor. Zudem muss die Verordnung nach § 556d Abs. 2 S. 3 BGB spätestens am 31.12.2020 in Kraft getreten sein. Tritt eine **Verordnung aufgrund Zeitablaufs außer Kraft**, so gilt die ursprünglich vereinbarte Miete (erstmal) als wirksam vereinbart, so dass ab diesem Zeitpunkt Bereicherungsansprüche ausscheiden. Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn sich die Parteien zwischenzeitlich auf eine andere – insbesondere – günstigere Miete geeinigt haben (dazu schon oben bb)).

⁷⁵ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37

2. Der Auskunftsanspruch des Mieters aus § 556g Abs. 3 BGB

Nach § 556g Abs. 3 S.1 BGB hat der Vermieter dem Mieter Auskunft über diejenigen Tatsachen zu erteilen, die für die Zulässigkeit der vereinbarten Miete maßgeblich sind, soweit diese Tatsachen nicht allgemein zugänglich sind und der Vermieter hierüber unschwer Auskunft geben kann. Ferner hat der Mieter nach § 556 Abs. 3 S. 2 BGB einen Anspruch auf Auskunft über Modernisierungsmaßnahmen entsprechend § 559b Abs. 1 S. 2 und 3 BGB. Bereits oben wurde ausgeführt, dass Rückzahlungsansprüche des Mieters bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nach § 556g Abs. 1 S. 2 BGB unabhängig davon bestehen, ob er zuvor eine Auskunftserteilung durch den Vermieter verlangt hat und diese erteilt wurde oder nicht. Die Gesetzesbegründung bezeichnet den Auskunftsanspruch selbst als **Hilfsanspruch**, der von der Erhebung einer Rüge nicht abhängt.⁷⁶

a) Verhältnis zwischen Auskunftserteilung und Bereicherungsanspruch

Schon die wenigen bisher zum Auskunftsanspruch vorliegenden Stellungnahmen⁷⁷ zeigen, dass der in § 556g Abs. 3 BGB normierte Anspruch des Mieters mehr Probleme bereiten wird, als er Lösungen zur Ermittlung der höchstzulässigen Miete und insbesondere zu einer Befriedung des Verhältnisses zwischen den Parteien anbieten wird. Neben Fragen zur grundsätzlichen Erforderlichkeit einer Auskunftserteilung zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete bei Vorliegen eines Mietspiegels⁷⁸ wird höchst problematisch werden, ob der Vermieter in den Fällen der §§ 556e und 556f BGB **Belege** - und wenn ja welche - vorzulegen hat, ob der Auskunftsanspruch der Verjährung unterliegt,⁷⁹ welche Rechtsfolgen eine falsche oder nicht erteilte Auskunft hat und ob der Mieter gegebenenfalls im Wege einer Stufenklage seinen Bereicherungsanspruch durchsetzen muss.

Den absehbaren Problemen kann nur mit einem richtigen Verständnis des Verhältnisses zwischen Auskunftserteilung und Rückforderungsanspruch beigegeben werden. Geht man mit der hier vertretenen Meinung davon aus, dass die **Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der §§ 556e und 556 f BGB nach dem gesetzlichen Regel- Ausnahmeverhältnis beim Vermieter** liegt (dazu unten 4.), so hat der Mieter im Rückforderungsprozess nur darzulegen und ggfs. zu beweisen, dass die verlangte Miete die ortsübliche um mehr als 10% übersteigt, § 556d Abs. 1 BGB. Da im Regelfall in den durch Rechtsverordnung nach § 556d Abs. 2 BGB bestimmten Gemeinden ein einfacher oder qualifizierter Mietspiegel existieren wird, kann der Mieter angesichts der ihm bekannten Ausstattung und Beschaffenheit der Mietsache die ortsübliche Miete anhand des Mietspiegels selbst ermitteln und damit qualifiziert rügen im Sinne von § 556g Abs. 2 BGB. Will der Mieter angesichts der von ihm vorgenommenen Berechnung (die er in Gebieten ohne Mietspiegel auch mit einem Privatgutachten vornehmen kann) auf Rückzahlung klagen, kann er den Rückforderungsanspruch nach §§ 556g Abs. 1 S.2, 556d Abs. 1 BGB sofort beziffern. Einer Stufenklage auf vorhergehende Auskunftserteilung nach § 254 ZPO bedarf es daher nicht. Es ist sodann Sache des Vermieters, im Einzelfall die Zulässigkeit der höheren Miete aufgrund der §§ 556e, 556f BGB im Prozess darzulegen und zu beweisen. Die Auskunftserteilung hat daher nur den Zweck, dem Mieter die Überprüfung zu ermöglichen, ob die Führung eines Prozesses aussichtsreich ist oder nicht.

⁷⁶ RegE BT-Drs 18/3121 S. 38.

⁷⁷ Hinz ZMR 2014, 593, 598; Börstinghaus DWW 2014, 202, 208 und ausführlich Blank WuM 2014, 641, 655 ff.; die DAV-Stellungnahme rügt in NZM 2015, 42, 44 die Unklarheit der gesetzlichen Regelung; der Deutsche Mieterbund forderte im Gesetzgebungsverfahren eine „deutliche“ Erweiterung des Auskunftsanspruchs des Mieters, vgl. DMB Stellungnahme vom 03.12.2014, S. 22.

⁷⁸ Blank WuM 2014, 641, 655.

⁷⁹ Börstinghaus DWW 2014, 202, 208

b) Auskunftspflicht zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete, §§ 558 Abs. 2, 556d Abs. 1 BGB

In Gemeinden mit einem allgemein zugänglichen **Mietspiegel** stellt sich schon grundsätzlich die Frage, zu welchen Auskünften der Vermieter überhaupt verpflichtet ist. Nach § 558 Abs. 2 BGB wird die ortsübliche Vergleichsmiete gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten 4 Jahren vereinbart oder geändert worden sind. Art, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage der Wohnung können in der Regel von dem Mieter, der selbst in der Wohnung wohnt, problemlos beurteilt werden. Hinsichtlich der Größe der Wohnung ist es dem Mieter ebenfalls in aller Regel selbst möglich, die **Wohnfläche** der gemieteten Wohnung zu vermessen und einen bestimmten Flächenwert nach der Wohnflächenverordnung zu ermitteln.⁸⁰ Eine Einordnung der Wohnung in den Mietspiegel und die nachfolgende Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete wird dem Mieter daher meist auch ohne vermietenseitige Auskunft gelingen. Auch die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass der Vermieter in diesen Fällen nur Auskunft über solche Ausstattungsmerkmale erteilen muss, die dem Mieter nicht zugänglich sind,⁸¹ etwa das Baujahr oder bestimmte Merkmale der energetischen Beschaffenheit. Das Baujahr einer Immobilie kann der Mieter jedoch ggfs. auch beim Bauamt der Gemeinde erfragen.

Existiert in der Gemeinde kein Mietspiegel, was im Rahmen der zu erlassenden Rechtsverordnungen der Länder ohnehin die Ausnahme bleiben dürfte, oder ist der **Mietspiegel sachlich nicht anwendbar** (etwa bei Großwohnungen oder einem vom Mietspiegel nicht erfassten Wohnungsteilmarkt), scheidet die Verpflichtung zur Auskunftserteilung meist schon an der normativen Kraft des Faktischen, weil auch der Vermieter im Regelfall mangels vorhandener Quellen über die ortsübliche Vergleichsmiete keine brauchbare Auskunft erteilen kann und nur ausnahmsweise ein Gutachten oder ein Gerichtsurteil über eine vergleichbare Wohnung vorliegen wird. Auskünfte von Maklern oder Vermieterverbänden sind in der Regel nicht geeignet, weil sie die Marktmiete abbilden und damit von einem falschen Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ausgehen. Vergleichswohnungen können zur Auskunftserteilung herangezogen werden, sind aber – zumal wenn sie aus dem eigenen Bestand des Vermieters stammen – meist ohne Aussagekraft zur Beurteilung der ortsüblichen Vergleichsmiete.⁸² Jedenfalls ist der Vermieter in diesen Fällen nicht zu Ermittlungen über die ortsübliche Vergleichsmiete verpflichtet, weil er nur eine Auskunft, aber keine Begründung schuldet.⁸³

c) Auskunftsverpflichtung zu den Voraussetzungen der §§ 556e und 556f BGB

Sinn macht ein Auskunftsanspruch daher in der Regel nur im Rahmen der Sondertatbestände nach §§ 556e, 556f BGB, insbesondere zur **Höhe der Vormiete** nach § 556e Abs. 1 BGB.⁸⁴ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Mieter in diesen Fällen auch die Vorlage von geschwärzten Vertragsdokumenten zwischen dem Vermieter und dem Vormieter verlangen kann.⁸⁵ Zu weitergehenden Auskünften, insbesondere der **Nennung des Namens des Vormieters**, ist der Vermieter indes nicht verpflichtet, weil er ein Geheimhaltungsinteresse bezüglich der geforderten Angaben geltend machen kann und

⁸⁰ BGH NZM 2015, 44, 45.

⁸¹ RegE BT-Drs 18/3121 S. 38; a.A. offenbar Blank WuM 2014, 641, 656, der davon ausgeht, dass der Vermieter in diesen Fällen die für die Einordnung in den Mietspiegel maßgeblichen Kriterien mitteilen muss.

⁸² Schmidt-Futterer/Börstinghaus § 558 Rn. 99.

⁸³ Blank WuM 2014, 641, 655.

⁸⁴ Hierzu RegE BT-Drs 18/3121 S. 38 und Hinz ZMR 2014, 593, 598.

⁸⁵ RegE BT-Drs 18/3121 S. 38

dieses Interesse auch schutzwürdig ist.⁸⁶ Ohnehin hat im Rückforderungsprozess der Vermieter die höhere Vormiete darzulegen und ggfs. durch Benennung des Vormieters als Zeugen auch zu beweisen (siehe dazu unten 4).⁸⁷

Diese Vorlagepflicht wird man ggfs. auf **Dokumente zu erfolgten Mieterhöhungen** erweitern müssen.⁸⁸ Bei anzurechnenden Modernisierungen folgt schon aus § 556g Abs. 3 S.2 BGB, dass der Vermieter Auskunft über die Art der Modernisierungsmaßnahme, die Höhe der Modernisierungskosten, die Verteilung der Kosten auf die einzelnen Wohnungen sowie die Anrechnung von Drittmitteln zu erteilen hat (§ 556b Abs. 1 Satz 2 BGB). Problematisch ist, ob auch im Falle des § 556f BGB Belege vorzulegen sind. Man wird dies - auch wenn die Gesetzesbegründung hierauf nicht ausdrücklich eingeht - im Ergebnis bejahen müssen. Der BGH hat für die Zubilligung eines Auskunftsanspruches nach § 242 BGB entschieden, dass sich Art und Umfang der Auskunftspflicht nach den Bedürfnissen des Gläubigers unter schonender Rücksichtnahme auf die Belange des Schuldners richtet.⁸⁹ Die Vorlage von Belegen zu Baujahr, erstmaliger Nutzung bzw. Art der vorgenommenen Modernisierung ist dem Vermieter aber ohne weiteres zuzumuten, schon um einen Prozess über etwaige Bereicherungsansprüche zu vermeiden.

d) Folgen einer fehlerhaften oder nicht erteilten Auskunft

Erteilt der Vermieter die geschuldete Auskunft nicht, stellt dies eine **Pflichtverletzung** aus dem Mietverhältnis dar, die den Vermieter bei schuldhaftem Handeln zum **Schadensersatz** verpflichtet. § 556g Abs. 3 BGB normiert für den Vermieter die ausdrückliche vertragliche Nebenpflicht, dem Mieter auf Verlangen die Auskunft über die für die Berechnung maßgeblichen Tatsachen zu erteilen. Die Nichterteilung der geforderten Auskunft stellt daher die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht dar, die den Vermieter aus § 280 Abs. 1, 556g Abs. 3 BGB zum Schadensersatz verpflichtet (positive Forderungsverletzung). Gleiches gilt, wenn der Vermieter die Erteilung der Auskunft pflichtwidrig schuldhaft verzögert und in Folge dessen die Erhebung der nach § 556g Abs. 2 BGB erforderlichen **Rüge (zunächst) unterbleibt**. Wird die geforderte Auskunft nicht oder nur unvollständig erteilt, sollte der Mieter in jedem Fall mit einer gegebenenfalls laienhaften Berechnung der ortsüblichen Miete die Mietpreisüberhöhung rügen. Denkbar wäre auch die Erhebung einer Auskunftsklage⁹⁰, die allerdings nicht geboten ist, wenn der Mieter sogleich auf Rückzahlung klagen kann und der Vermieter für die Voraussetzungen der §§ 556e und 556f beweisbelastet ist (dazu unten II. 4). Kürzt der Mieter infolge der unterbliebenen aber geschuldeten Auskunft etwa zur Höhe der Vormiete die Miete im Hinblick auf einen Verstoß gegen §§ 556g Abs. 1 S. 2, 556d Abs. 1 BGB und kündigt daraufhin der Vermieter wegen Zahlungsverzugs, so kann ihm der Mieter die **Arglistenrede** ("dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est") auch dann entgegen halten, wenn die Voraussetzungen des § 556e Abs. 1 BGB objektiv vorliegen und daher kein Verstoß gegen die Mietpreisbremse vorliegt.

Auch eine **falsche Auskunft** kann zu einem Schadensersatz wegen Pflichtverletzung aus dem Mietverhältnis nach § 280 Abs. 1 BGB führen. Führt die Erteilung einer fehlerhaften Auskunft dazu, dass der Mieter im Vertrauen auf deren Richtigkeit keine Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB erhebt, kann er den hierauf beruhenden Verlust seines Kondiktionsanspruches als Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB geltend machen. Einer Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB bedarf es in diesen Fällen schon deshalb nicht, weil es nicht um einen Rückzahlungsanspruch wegen der teilnichtigen Preisvereinbarung geht,

⁸⁶ BGH NJW 2007, 1806.

⁸⁷ Im Ergebnis so auch Blank WuM 2014, 641, 656.

⁸⁸ Hinz ZMR 2014, 593, 598.

⁸⁹ BGH NJW 2014, 381, 382.

⁹⁰ Blank WuM 2014, 641, 656.

sondern um einen Schadensersatzanspruch wegen einer schuldhaft unrichtig erteilten Auskunft.⁹¹ Der Mieter ist in diesem Fall nach § 249 BGB so zu stellen, als hätte der Vermieter die Auskunft rechtzeitig und richtig erteilt.

Beispiel: Im schriftlichen Mietvertrag ist eine Wohnfläche von 120 qm angegeben und eine Nettomiete von € 1.500,- vereinbart. Die ortsübliche Vergleichsmiete beträgt € 1.200,-, somit beträgt die höchst zulässige Miete nach § 556d Abs. 1 € 1.320,-. Der Mieter fordert den Vermieter am 01.01. auf, ihm Auskunft über die Höhe der Vormiete nach § 556e Abs. 1 BGB zu erteilen. Der Vermieter teilt daraufhin mit, der Vormieter habe ebenfalls € 1500,- bezahlt. Im Vertrauen auf die Auskunft rügt der Mieter die Miethöhe nicht. Am 01.06. trifft der Mieter zufällig den Vormieter, der ihm eröffnet, die von ihm geschuldete Miete habe lediglich 1300 € betragen. Am 02.06. rügt der Mieter die Zulässigkeit der vereinbarten Miete als überhöht. Mangels wirksamer Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB kann der Mieter hier erst ab Juni überzahlte Beträge zurückverlangen. Wegen der vorsätzlich fehlerhaften Auskunft schuldet der Vermieter aber die überzahlten Mieten für Februar bis Mai unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes aus § 280 Abs. 1 BGB. Zwar ist im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität diese Schadensersatzanspruches vom Mieter auch zu beweisen, dass er für den Fall einer richtigen Auskunft die Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB erhoben hätte.⁹² Hier kommt dem Mieter aber eine Beweiserleichterung im Sinne einer tatsächlichen Vermutung zu Gute. Wenn der den Vermieter schon zu Auskunftserteilung auffordert, ist zu vermuten, dass der Mieter im Falle einer richtigen Auskunft den Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB auch gerügt hätte.

3. Gegenstand der Herausgabepflicht, § 818 BGB

Da die wegen Verstoßes gegen die Mietpreisbremse vereinnahmten Mieten, soweit sie dem Bereicherungsanspruch des Mieters unterliegen, im Regelfall noch im Vermögen des Vermieters vorhanden sind, richtet sich der Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung der zu Unrecht vereinnahmten Mietbestandteile in Geld. Hat er die Mieten verzinslich angelegt, erstreckt sich die Herausgabepflicht des Vermieters nach § 818 Abs. 1 BGB auch auf die gezogenen Nutzungen, also die Zinseinkünfte. Auf Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB wird sich der Vermieter kaum jemals berufen können, weil selbst im Falle der Tilgung von Schulden bei einer Saldierung der Vermögensmassen das Erlangte noch im Vermögen des Vermieters vorhanden ist. Ab Klageerhebung sowie bei einem vorsätzlichen Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 556d ff. BGB haftet der Vermieter verschärft, §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB.

4. Darlegungs- und Beweislast im Rückforderungsprozess

Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen, der Anspruchsgegner trägt die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsvernichtenden, rechtshemmenden und rechtshindernden Tatbestandsmerkmale.⁹³ Dies gilt auch für das Nichtvorliegen von Tatsachen, die zu den anspruchsbegründenden gehören, so dass der Anspruchsteller auch für negative Tatsachen wie den fehlenden Rechtsgrund eines Bereicherungsanspruches nach § 812 BGB beweibelastet ist.⁹⁴ Damit trägt der **Mieter** im Rückforderungsprozess nach § 556g Abs. 1 S. 2 BGB die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die

⁹¹ Anders Blank WuM 2014, 641, 656, der in diesen Fällen § 556g Abs. 2 einschränkend auslegen möchte.

⁹² Blank WuM 2014, 641, 658.

⁹³ BGH NJW 1999, 352, 353; BGH NJW 1991, 1052.

⁹⁴ Zöller/Greger vor § 284 ZPO Rn. 24.

vereinbarte Miete die höchstzulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB um mehr als 10% übersteigt.⁹⁵ Gleiches gilt, wenn der Mieter die vereinbarte Miete nicht bezahlt und der Vermieter nunmehr aus § 535 Abs. 2 BGB vorgeht und die rückständigen Mieten einklagt. Hier ist zwar der Vermieter Anspruchsteller, allerdings handelt es sich bei dem Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB um eine den vertraglichen Anspruch teilweise zu Fall bringende rechtsvernichtende Einwendung, die vom Mieter zu beweisen ist. Die ortsübliche Miete kann im Rückforderungsprozess anhand der Merkmale des § 558 Abs. 2 BGB mit einem qualifizierten Mietspiegel – soweit vorhanden - oder auf Antrag des Mieters mit einem Sachverständigengutachten ermittelt werden.⁹⁶

Anders stellt sich die Darlegungs- und Beweislast bei den Tatbeständen der **§§ 556e und 556f BGB** dar. Im Grunde rechtfertigen drei Komplexe eine Abweichung von der nach § 556d Abs. 1 höchstzulässigen Miete: die vom Vormieter bereits geschuldete Miete war höher als die nach § 556d Abs. 1 zulässige (§ 556e Abs. 1), Modernisierungsmaßnahmen (§§ 556e Abs. 2 und 556f Alt. 2 BGB) und erstmalige Nutzung nach Oktober 2014 (§ 556f Alt. 1 BGB). Bei all diesen Sondertatbeständen handelt es sich ausschließlich⁹⁷ um Tatsachen, die dem Einblick des Mieters naturgemäß entzogen sind und alleine dem Wahrnehmungsbereich des Vermieters unterliegen. Nur der Vermieter kennt die maßgeblichen Tatsachen und kann sie gegebenenfalls im Prozess auch darlegen und beweisen.⁹⁸ Der gesetzliche Auskunftsanspruch des Mieters hilft diesem nicht weiter, weil die erteilte Auskunft falsch oder unvollständig sein kann und der klagende Mieter damit im Rückforderungsprozess die erteilte Auskunft nicht widerlegen kann.

Man wird allerdings bei den Tatbeständen der §§ 556e und 556f BGB eine echte gesetzliche Beweislastumkehr nach den Grundsätzen von den **Regel- und Ausnahmetatbeständen**⁹⁹ annehmen müssen. Dabei ist ausschlaggebend, wer sich auf einen gesetzlichen oder von der Rechtsprechung entwickelten Regeltatbestand beruft und wer auf die Ausnahme hiervon.¹⁰⁰ Die Vorschriften der §§ 556e f. BGB stellen solche den Bereicherungsanspruch des Mieters hindernde Einwendungen dar, für die der Vermieter im Prozess darlegungs- und beweisbelastet ist: die Grundvorschrift stellt § 556d Abs. 1 BGB dar. Danach darf in den durch Rechtsverordnung bestimmten Gebieten keine höhere Miete als die ortsübliche zuzüglich 10% vereinbart werden. Nur ausnahmsweise in den durch die §§ 556e und 556f BGB bestimmten Fällen kann der Vermieter eine höhere Miete verlangen und mit dem Mieter vereinbaren. Für § 556f BGB ergibt sich das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis zwingend bereits aus der Überschrift und dem Wortlaut der Vorschrift. Die Überschrift lautet „Ausnahmen“ und weiter im Text: „§ 556d Absatz 1 ist nicht anzuwenden...“. Schon aus dieser negativen Formulierung des § 556f BGB folgt zweifelsfrei, dass es sich um einen Ausnahmefall von der Regel des § 556d Abs. 1 BGB handelt, der zu einer echten gesetzlichen Beweislastumkehr führt. Aber auch für § 556e BGB kann nichts anderes gelten. Auch hier liegt ein Ausnahmefall vor, nach dem der Vermieter unter den gegebenen Voraussetzungen eine höhere Miete als die nach § 556d Abs. 1 BGB zulässige verlangen darf. Im Wortlaut klingt dies auch an, wenn der Gesetzgeber in § 556e Abs. 2 BGB formuliert, die nach „556d Absatz 1 zulässige Miete (dürfe) um den Betrag überschritten werden“. Auch in der Gesetzesbegründung kommt dieser Wille zum Ausdruck, etwa wenn der Regierungsentwurf bei §§ 556e und 556f BGB von „Sondertatbeständen“ spricht.¹⁰¹ Ein weiteres Argument für diese Auslegung ist der Umstand, dass Modernisierungen sowohl in § 556e als auch in § 556f BGB zu einer höheren als

⁹⁵ So auch Blank WuM 2014, 641, 658;

⁹⁶ Eingehend hierzu BeckOGK/Fleindl § 558 Rn. 52 ff. und § 558b Rn. 38 ff.

⁹⁷ Im Einzelfall ist freilich denkbar, dass dem Mieter das Herstellungsjahr einer Immobilie bekannt ist

⁹⁸ Auf diese Problematik weist auch Eisenschmid in ZRP 2015, 27, 28 hin.

⁹⁹ Zöller/Greger vor § 284 Rn. 17a; Musielak/Foerste ZPO § 286 ZPO Rn. 36.

¹⁰⁰ BGH NJW-RR 1990, 886, 888; BGH NJW 1983, 2499, 2500 unter 3a.

¹⁰¹ RegE BT-Drs 18/3121 S. 38

der nach § 556 d Abs. 1 BGB höchstzulässigen Miete führen können. Dies mit dem Unterschied, dass „umfassende Modernisierungen“ nach § 556f S. 2 BGB wie ein Neubau zu behandeln sind. Es wäre aber widersinnig, bei umfassenden Modernisierungen dem Vermieter die Beweislast aufzuerlegen, sie aber im Fall des § 556e Abs. 2 BGB, also weniger als umfassenden Modernisierungen, beim Mieter zu belassen. Auch diese Kontrollüberlegung zeigt, dass es sich trotz der systematisch falschen Nennung des § 556e BGB in § 556g Abs. 2 BGB (zur Rügepflicht) auch hier um eine gesetzgeberische Abweichung vom Grundtatbestand des § 556d abs. 1 BGB handelt. Es liegt also ein echtes Regel- Ausnahme-Verhältnis vor, das im Prozess zu einer **Beweislastumkehr** führt. Mithin hat der **Vermieter** die Voraussetzungen der §§ 556e und 556f BGB dazulegen und zu beweisen, wenn er sich darauf beruft. Der Mieter hingegen muss im Rückforderungsprozess zu den Ausnahmetatbeständen der §§ 556e, 556f BGB nicht vortragen und kann den diesbezüglichen Vortrag des Vermieters (einfach) bestreiten.¹⁰² Auch der Erhebung einer Stufenklage bei Nichterteilung einer Auskunft nach § 556g Abs. 3 BGB bedarf es dann nicht, weil der Mieter die ortsübliche Vergleichsmiete ermitteln und damit den Rückforderungsanspruch nach § 556g Abs. 1 S. 2 BGB berechnen kann (siehe dazu schon oben 2e.).

Da es sich bei der qualifizierten Rüge des § 556g Abs. 2 BGB um ein anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal handelt, hat der Mieter die Voraussetzungen einer rechtzeitig erhobenen und dem Vermieter zugegangenen Rüge zu beweisen (siehe hierzu schon oben 2c) aa)).

III. Schadensersatzansprüche des Mieter wegen überzahlter Miete

1. Das Verlangen einer überhöhten Miete als Pflichtverletzung im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB

Verlangt der Vermieter eine Miete, die wegen eines Verstoßes gegen § 556d Abs. 1 BGB teilnichtig ist, so kann darin auch eine handlungsbezogene vertragliche Pflichtverletzung liegen, die grundsätzlich zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters nach § 280 Abs. 1 BGB führen kann.¹⁰³ Richtigerweise wird für den Vermieter eine **vorvertragliche Schutzpflicht** im Sinne von §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB bestehen, von seinem zukünftigen Mieter keine Miete zu verlangen, die gegen das zwingende gesetzliche Verbot nach § 556g Abs. 1 S. 1, 556d Abs. 1 BGB verstößt. Der Schadensersatzanspruch aus **culpa in contrahendo** schützt auch das reine Vermögen,¹⁰⁴ die objektiv gegebene Pflichtverletzung reicht für einen Verstoß aus, ohne dass der Mieter auf die preisrechtliche Zulässigkeit der verlangten Miete vertraut haben muss.

Fraglich erscheint, wann es an einem **Verschulden des Vermieters** fehlen kann. Bejaht man zutreffend eine vorvertragliche Pflichtverletzung bereits bei einem objektiv gegebenen Verstoß gegen die höchstzulässige Miete, hat der Vermieter nach dem Wortlaut des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB darzulegen und zu beweisen, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.¹⁰⁵ Gemäß § 276 Abs. 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Fahrlässigkeit ist nach § 276 Abs. 2 BGB gegeben, wenn der Schuldner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Gerade bei der Einordnung der Wohnung in einen Mietspiegel vor Vermietung und damit der Prüfung, welche Miete (noch) ortsüblich ist, liegen Irrtümer insbesondere bei der Auslegung einzelner Mietspiegelkriterien auf der

¹⁰² Folgt man der hier vertretenen Rechtsauffassung nicht, bleibt der Mieter für das Nichtvorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 556e BGB beweisschwerbelastet. Seinen Beweisschwierigkeiten ist aber dann jedenfalls durch eine Modifizierung der Darlegungslast des Vermieters nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast Rechnung zu tragen, vgl. Zöllner/Greger vor § 286 Rn. 24 und 34.

¹⁰³ BGH NJW 1987, 639, 640; OLG Düsseldorf BB 1975, 201); Blank WuM 2014, 641, 658.

¹⁰⁴ NKBGB/Krebs § 311 Rn. 52.

¹⁰⁵ BGH NZM 2014, 631, 634; NKBGB/Dauner-Lieb § 280 Rn. 38; Palandt/Grüneberg § 280 Rn. 34

Hand. Ein Verschulden kann daher bei der Bejahung oder Verneinung von Zu- und Abschlagskriterien fehlen, wenn Rechtsprechung dazu fehlt und die Einordnung im Einzelfall vertretbar erscheint. Gleiches gilt bei der Bejahung eines Spannenzuschlags, falls ein Mietspiegel einen solchen aufweist.

Der Schaden besteht dann grundsätzlich in der Zahlung der überhöhten Miete.¹⁰⁶ Allerdings geht der Schadensersatzanspruch aus c.i.c in der Regel nur auf Ersatz des **Vertrauensschadens** und zwar auch dann, wenn der Gläubiger nicht die Rückabwicklung des nichtigen Vertrags begehrt.¹⁰⁷ Der Mieter kann daher nur verlangen, so gestellt zu werden, als sei das Vertrauen in die Wirksamkeit der Mietpreisabrede gerechtfertigt gewesen. Zu ersetzen sind ihm daher grundsätzlich nur die Aufwendungen, die im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages gemacht worden sind.¹⁰⁸ Der Anspruch auf Rückzahlung der überhöhten Miete indes betrifft das positive Interesse, weil der Mieter damit begehrt, so gestellt zu werden, als hätte der Vermieter sich vertragsgerecht verhalten und eine nach § 556d Abs. 1 BGB zulässige Miete verlangt.¹⁰⁹ Allerdings ordnet das Gesetz in § 556g Abs. 1 S. 2 BGB ausdrücklich nur eine Teilnichtigkeit an, so dass sich aus dem Gesetzeszweck, dem Mieter die Wohnung zu erhalten, auch unter schadensrechtlichen Gesichtspunkten eine andere Lösung ergeben könnte. Denn auch der Mieter muss sich letztlich am Vertrag festhalten lassen, weshalb es gerechtfertigt erscheint, ausnahmsweise auch hier auf das **Erfüllungsinteresse** abzustellen.¹¹⁰

2. Keine Schadensersatzansprüche auf Rückzahlung vor qualifizierter Rüge

Bejaht man eine schuldhafte Pflichtverletzung des Vermieters aus § 280 Abs. 1 BGB und auch die haftungsausfüllende Kausalität des Pflichtverstoßes für die unterbliebene Rüge,¹¹¹ könnte der Mieter die überzahlten Beträge unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo als Schadensersatz zurückverlangen, ohne dass er die für einen Bereicherungsanspruch erforderliche Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB erhoben haben müsste. Da eine objektiv überhöhte Miete als Pflichtverletzung ausreicht und sich der Vermieter nur im Ausnahmefall hinsichtlich seines fehlenden Verschuldens wird entlasten können, würde man über diesen Umweg die von Mieterseite im Gesetzgebungsverfahren massiv kritisierte¹¹² Beschränkung des Rückzahlungsanspruches aushebeln können. Man würde Streitigkeiten aus beendeten Mietverhältnissen etwa im Rahmen von Schadensersatzansprüchen wegen Beschädigung der Mietsache zusätzlich mit auf § 280 Abs. 1 BGB gestützten Rückforderungsansprüchen wegen tatsächlich oder vermeintlich überzahlter Miete bis zur Verjährungsgrenze belasten, obwohl der Mieter die vereinbarte Miete oftmals über Jahre anstandslos bezahlt hatte.¹¹³

Dies allerdings widerspricht dem ausdrücklichen **Willen des Gesetzgebers**, so dass bei der gebotenen Auslegung nach Sinn und Zweck ein auf Rückzahlung der überhöhten Miete gerichteter Schadensersatzanspruch vor Zugang einer qualifizierten Rüge ausscheidet.¹¹⁴ Dieses Auslegungsergebnis ergibt sich allerdings nicht bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift des § 556g

¹⁰⁶ Blank WuM 2014, 641, 658.

¹⁰⁷ BGH NJW 1996, 1204 für den Fall der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB; vgl. auch MüKoBGB/Armbrüster § 138 Rn. 167.

¹⁰⁸ MüKoBGB/Oetker § 249 Rn. 129.

¹⁰⁹ MüKoBGB/Oetker § 249 Rn. 128 f.

¹¹⁰ Siehe hierzu auch die Argumentation bei BGH NJW 1996, 1204 a.E.

¹¹¹ BGH NJW 2008, 2647 unter Tz 12; näher Blank WuM 2014, 641, 658

¹¹² Siehe schon oben Fn. 23.

¹¹³ Hinz ZMR 2014, 593, 599.

¹¹⁴ Im Ergebnis ebenso Hinz ZMR 2014, 593, 599; a.A. aber ohne nähere Begründung Blank WuM 2014, 641, 658.

Abs. 2 BGB, der, anders als etwa § 993 Abs. 1 a.E. BGB, Schadensersatzansprüche nicht ausdrücklich ausschließt. Ein Indiz für den Ausschluss solcher Schadensersatzansprüche kann allerdings bereits die systematische Auslegung ergeben, weil der Mieter nach § 556g Abs. 2 S.1 BGB, wenngleich in erster Linie auf Rückforderungsansprüche bezogen, die überzahlte Miete „nur“ zurückverlangen kann, wenn er den Verstoß gerügt hat. Jedenfalls aber die **teleologische Auslegung** und der Blick in die Gesetzesbegründung lassen nur den Schluss zu, dass solche Schadensersatzansprüche ausscheiden müssen. Der Regierungsentwurf zeigt auf Seite 36 auf, dass die Einordnung der Wohnung in einen Mietspiegel streitanfällig ist, Unsicherheiten kaum zu vermeiden sind und die Beschränkung auch aus Gründen des „Rechtsfriedens“ erfolgt.¹¹⁵ Das Erfordernis einer qualifizierten Rüge als Voraussetzung für den Rückforderungsanspruch trägt auch dem Umstand Rechnung, dass der Mieter sich zunächst auf die „vereinbarte Miethöhe eingelassen“ hat.¹¹⁶ Aus dem Gesetzeszweck (Rechtssicherheit für Zeiträume vor Zugang der Rüge) folgert die Gesetzesbegründung ausdrücklich, dass Ansprüche „gleich welcher Art“ für Zeiträume vor einem Zugang der Rüge ausscheiden.¹¹⁷ Es würde den Gesetzeszweck in sein Gegenteil verkehren, wenn man die vom Gesetzgeber aus Billigkeitsgründen¹¹⁸ ausgeschlossenen Rückforderungsansprüche über den Umweg des § 280 Abs. 1 BGB nunmehr doch zulassen würde. Etwas anderes kann auch nicht daraus gefolgert werden, dass der Gesetzgeber in der Begründung zu § 556g Abs. 1 BGB weitere Ansprüche ausdrücklich zulässt und hierbei auch Schadensersatzansprüche nennt.¹¹⁹ Denn zum einen sind hiermit solche Ansprüche gemeint, die *neben* dem Bereicherungsanspruch gegeben sind und zum anderen kommen – etwa als Kündigungsschaden – auch Schadensersatzansprüche in Betracht, die nicht auf Rückzahlung der nicht geschuldeten Miete gerichtet sind.

Damit scheiden Schadensersatzansprüche auf Rückzahlung der überhöhten Miete - gleich welcher Art - vor Zugang einer Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB aus, soweit sie alleine auf das Verlangen einer nach § 556d Abs. 1 BGB unzulässigen Miete als Pflichtverletzung gestützt werden. Wie bereits oben ausgeführt, kann ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht aber dann in Betracht kommen, wenn der Vermieter auf Verlangen des Mieters eine rechtlich nach § 556g Abs. 3 S. 1 BGB geschuldete Auskunft nicht oder fehlerhaft erteilt und der Mieter aufgrund dessen von einer Rüge nach § 556g Abs.2 BGB absieht. Ob dieser Ausschluss von Schadensersatzansprüchen apodiktisch auch für vorsätzlich sittenwidrige Schädigungen des Vermieters gilt,¹²⁰ erscheint allerdings zweifelhaft. Im Hinblick auf die Beweislast zum fehlenden Vertreten müssen in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB ist es allerdings dogmatisch kaum zu begründen, vorsätzliche Vertragsverstöße gegen § 556d Abs. 1 BGB vom Ausschluss auszunehmen. Denn wer soll in diesem Fall ein vorsätzliches Handeln des Vermieters beweisen. Am ehesten noch vertretbar erscheint die Auffassung, deliktische – nicht aber vertragliche – Schadensersatzansprüche neben dem Rückzahlungsanspruch nach § 556d Abs. S. 3 BGB zur Anwendung kommen zu lassen. Der Gesetzgeber wollte, wie sich aus der Gesetzesbegründung zu § 556g Abs. 2 BGB den redlich sich bemühenden Vermieter schützen, nicht den arglistig handelnden. Da § 823 Abs. 1 BGB das Vermögen nicht schützt, kommt in diesen Fällen ein **deliktischer Schadensersatzanspruch** des Mieters nur bei einem Betrug (§§ 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit 263 StGB) oder einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung (§ 826 BGB) in Betracht. Letztlich kann die Problematik allerdings offenbleiben, da diese Fälle relativ selten nachweisbar sein werden.

¹¹⁵ RegE BT-Drs 18/3121 S. 36.

¹¹⁶ RegE BT-Drs 18/3121 S. 36

¹¹⁷ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37

¹¹⁸ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37

¹¹⁹ RegE BT-Drs 18/3121 S. 37 dritter Absatz.

¹²⁰ so Hinz ZMR 2014, 593, 599.

Aus Mietersicht scheint es umso wichtiger, bei Zweifeln über die Zulässigkeit der Miete rechtzeitig zu **rügen**, um sich Rückforderungsansprüche zu erhalten und gleichzeitig Auskunft über etwaige Ausnahmen nach §§ 556e, 556f BGB zu verlangen.

IV. Sonstige Rechte des Mieters bei einem Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB

1. Nichtzahlung des nicht geschuldeten Teils

§ 556g regelt nur die Beschränkung des Rückzahlungsanspruchs des Mieters, wenn er die unter Verstoß gegen die höchstzulässige Miete vollständig geleistet hat. Die Rügepflicht soll daher nicht für **Zahlungsklagen des Vermieters** wegen rückständiger Mieten gelten.¹²¹ Daraus folgt, dass der Mieter gerade bei Räumungsklagen wegen Zahlungsverzugs Einwendungen nach § 556d Abs. 1 BGB auch für lange zurückliegende Zeiträume erheben kann,¹²² ohne dass er den Verstoß gegen die höchstzulässige Miete vor Ausspruch der Kündigung überhaupt gerügt haben muss. Eindeutig ist dieses Ergebnis nach der ratio legis zu § 556g Abs. 2 BGB allerdings nicht und kann auch nicht alleine mit der in § 556g Abs. 1 S. 2 BGB von Gesetzes wegen angeordneten Teilnichtigkeit der Preisvereinbarung begründet werden. Denn eigentlich ist es der Wille des Gesetzgebers, im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden Verstöße gegen die höchstzulässige Miete erst dann geltend machen zu können, wenn der Verstoß tatsächlich mitgeteilt wurde (siehe oben III.2). Eine ähnliche Regelung findet sich bei den Mietmängeln: Auch eine Mietminderung tritt nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB ipso iure ein, gleichwohl kann der Mieter eine Mietminderung nach §§ 536c Abs. 1, Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB erst geltend machen, wenn er den Mangel dem Vermieter angezeigt hat. Allerdings sind die Rechtsinstitute der Mängelanzeige und der Rüge bei preisrechtlichen Verstößen nicht unbedingt vergleichbar. Die Mängelanzeige hat (auch) den Zweck, den Vermieter die Mängelbeseitigung überhaupt zu ermöglichen, weil er zuvor mangels Kenntnis meist keine Abhilfe schaffen kann. Die Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB hingegen weist auf einen feststehenden und auch nicht mehr behebbaren Verstoß gegen die höchstzulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB hin. Nachdem § 556g Abs. 2 BGB nach seinem Wortlaut nur für Rückforderungsansprüche – wenn auch aller Art – gilt, ist seine Erstreckung auch auf nicht bezahlte Mieten für zurückliegende Zeiträume wohl nicht zulässig. Damit kann der Mieter faktisch in jedem Räumungsprozess wegen Zahlungsverzugs auch einwenden, dass die vereinbarte Miete gegen § 556d Abs. 1 BGB verstoßen würde. Um zu vermeiden, dass in diesen Fällen berechnete Räumungsansprüche von Vermietern durch langwierige Gerichtsverfahren mit Gutachten zur ortsüblichen Vergleichsmiete belastet werden (gerade in Gemeinden ohne Mietspiegel), wird man hohe Anforderungen an die Substantiierung solcher Verstöße durch den Mieter in gerichtlichen Verfahren stellen müssen.

2. Aufrechnung mit überzahlten Mieten, §§ 387, 389 BGB

Nach § 387 BGB kann der Mieter gegen eine Forderung des Vermieters nur dann aufrechnen, wenn ihm selbst eine fällige Gegenforderung zusteht. Dies gilt für Rückforderungsansprüche erst nach Rügeerhebung, § 556d Abs. 2 BGB, da es sich bei der **Rüge um ein anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal** für den Bereicherungsanspruch handelt (siehe schon oben II 1 c)). Es kann also keine Aufrechnung mit solchen Mieten erfolgen, die vor Zugang der Rüge fällig waren und bezahlt wurden.¹²³

¹²¹ Börstinghaus DWW 2014, 202, 208; Hinz ZMR 2014, 593, 599.

¹²² Börstinghaus DWW 2014, 202, 208.

¹²³ Im Ergebnis ebenso Hinz ZMR 2014, 593, 599.

3. Fristlose Kündigung wegen Pflichtverletzung, § 543 Abs. 1 BGB

Da in dem Verstoß gegen die Mietpreisbegrenzung regelmäßig eine Pflichtverletzung des Vermieters zu sehen ist, kann der Mieter im Einzelfall auch fristlos kündigen und den Kündigungsfolgeschaden geltend machen.¹²⁴ Ob der Verstoß **eine fristlose Kündigung** rechtfertigt, muss im Einzelfall nach den Kriterien des § 543 Abs. 1 S. 2 BGB beurteilt werden. Maßgeblich sind hierbei insbesondere der Umfang des Verstoßes gegen § 556d Abs. 1 BGB, also wie hoch die vereinbarte Miete über der höchstzulässigen liegt und das Maß des Verschuldens des Vermieters. Insbesondere bei vorsätzlichem Handeln, etwa einer unrichtig angegebenen Vormiete nach § 556e Abs. 1 BGB, wird man die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Mieter wohl bejahen können. Eine Abmahnung nach § 543 Abs. 3 BGB ist dann regelmäßig entbehrlich, da sie offensichtlich keinen Erfolg verspricht, wurde doch mit der vertraglich grundsätzlich bindenden Einigung über die Miethöhe ein endgültiger Zustand geschaffen, der auch durch eine Abmahnung nicht mehr aus der Welt geschafft werden kann.

4. Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung

Ein vollzogener und gegebenenfalls auch bereits wieder beendeter Mietvertrag kann theoretisch vom Mieter auch wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB angefochten werden. Die für den Mietvertrag normierten gesetzlichen Gewährleistungsrechte und die Möglichkeit der fristlosen Kündigung schließen das Anfechtungsrecht des Mieters nicht aus.¹²⁵ Insbesondere dann, wenn der Vermieter den Mieter über die Vormiete nach § 556e Abs. 1 oder das Baujahr nach § 556f BGB täuscht, schließt auch § 556g Abs. 1 S. 3 BGB und die Anordnung einer Teilnichtigkeit nach § 139 BGB die Anfechtung des gesamten Vertrages wegen arglistiger Täuschung nicht aus. Das Mietverhältnis soll nach dem Willen des Gesetzgebers in den Fällen des Verstoßes gegen § 556d Abs. 1 BGB mit der auf den zulässigen Höchstwert gekappten Miete wirksam bleiben und damit im Rahmen der Beseitigung einer Leistungsstörung dem Mieter die Wohnung erhalten. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung indes hat eine andere Schutzrichtung, weil sie die **rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit** schützt und deren Beeinträchtigung durch rückwirkende Vernichtung der Erklärung beseitigt.¹²⁶ Wegen der Ex-Tunc-Wirkung der Anfechtung ist damit der gesamte Vertrag rückabzuwickeln. Es gilt weder die Rügepflicht noch die Beschränkung des Rückzahlungsanspruchs nach § 556g Abs. 1 S. 2 BGB auf die höchstzulässige Miete. Der Vermieter hat mithin bei einer erfolgreichen Anfechtung die gesamten Mieten zurückzubezahlen, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Hinsichtlich der gezogenen Nutzungen hat der Vermieter nach § 818 Abs. 2 BGB Anspruch auf Wertersatz in **Höhe der ortsüblichen Miete**,¹²⁷ nicht der ortsüblichen Miete zuzüglich 10%.

5. Rückzahlung von Teilen der Kaution

Nach § 551 Abs. 1 BGB darf die **Kaution** höchstens das Dreifache der auf einen Monat entfallenden Miete betragen. Da der der Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB zu einer Teilnichtigkeit der Preisabrede führt, hat der Mieter auch einen Anspruch auf Rückzahlung des dann die zulässige Höhe

¹²⁴ Blank WuM 2014, 641, 658.

¹²⁵ BGH NJW 2009, 1266; Staudinger/Rolfs (2014) § 542 Rn. 182.

¹²⁶ BGH NJW 2009, 1266, 1268.

¹²⁷ BGH NJW 2009, 1266 LS 2.

übersteigenden Anteils der Mietsicherheit.¹²⁸ § 556g Abs. 2 BGB gilt dann nicht, weil es nicht um überzahlte Miete, sondern um die Mietsicherheit und damit eine andere Forderung geht.

6. § 5 WiStG und Mietwucher

§ 556g BGB schließt Rückforderungsansprüche wegen eines Verstoßes gegen § 5 WiStG und Mietwucher, §§ 291 Abs. 1 S. 1 StGB, 138 Abs. 2 BGB, nicht aus.¹²⁹ Allerdings sind beide Vorschriften de facto ohne praktische Bedeutung. Die Annahme von Mietwucher nach § 291 Abs. 1 S. 1 StGB setzt ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus, was im Wohnraummietrecht erst bei einer Überschreitung der ortsüblichen Vergleichsmiete um 50% angenommen werden kann.¹³⁰ Der zahnlöse Tiger des § 5 WiStG, der durch die Rechtsprechung des BGH zum Tatbestandsmerkmal des „Ausnutzens eines geringen Angebots“¹³¹ ebenfalls jegliche praktische Bedeutung eingebüßt hat, sollte durch das MietNovG zunächst abgeschafft werden¹³² und wurde jetzt doch unverändert¹³³ beibehalten. Die Vorschrift wird weiterhin ein Fall für den Papierkorb¹³⁴ sein, weil die vom BGH geschaffenen Voraussetzungen an die Darlegungs- und Beweislast des Mieters hinsichtlich des Ausnutzens einer Mangellage nicht zu erfüllen sind.¹³⁵

7. Feststellungsklage

Neben einer Leistungsklage auf Rückzahlung nicht geschuldeter Teile der Miete nach § 556g Abs. 1 BGB kann der Mieter für zukünftige Mieten auch Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO erheben. Diese ist dem Mieter – wie bei der Mietminderung – nicht dadurch verwehrt, dass er neben der Feststellungsklage auch die in der Vergangenheit überzahlte Miete geltend macht.¹³⁶ Die Feststellungsklage ist sowohl als positive wie auch als negative möglich.¹³⁷ Mit der positiven Feststellungsklage begehrt der Mieter festzustellen, dass die monatliche Miete nur € beträgt. Mit der negativen Feststellungsklage wird ein Antrag dahingehend gestellt, die die monatliche Miete „nicht mehr als €“ beträgt.

V. Ansprüche des Vermieters bei unberechtigten Rügen des Mieters

Bestreitet der Mieter die preisrechtliche Zulässigkeit der Miete, kann der Vermieter eine positive Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO dahingehend erheben, dass der Mieter die im Mietvertrag vereinbarte Miete schuldet. Ein Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO wird man allerdings – solange die vereinbarte Miete vollständig entrichtet wird - nicht schon dann bejahen können, wenn der Mieter ein Auskunftsverlangen nach § 556g Abs. 3 S. 1 BGB stellt, sondern erst wenn er eine Rüge nach § 556 Abs. 2 BGB erhoben hat.

¹²⁸ Hinz, ZMR 2014, 593, 601.

¹²⁹ Hinz ZMR 2014, 593, 600.

¹³⁰ Schrönke/Schröder/Heine, § 291 StGB Rn. 13; Fleindl WuM 2013, 703, 714.

¹³¹ BGH WuM 2004, 294; BGH WuM 2006, 161

¹³² Referentenentwurf zum MietNovG S. 9

¹³³ Bestrebungen um eine Neufassung von § 5 WiStG fanden sich etwa in der Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drs 447/14, S. 9 ff.

¹³⁴ Fleindl WuM 2013, 703

¹³⁵ Blank WuM 2014, 641, 649.

¹³⁶ BGH ZMR 1985, 403; Bub/Treier/Kraemer III. B Rn. 1362.

¹³⁷ Schmidt-Futterer/Eisenschmid § 536 Rn. 518 zur Mietminderung nach § 536.

Kürzt der Mieter die vereinbarte Miete wegen eines behaupteten Verstoßes gegen § 556d Abs. 1, kann der Vermieter zunächst die restliche Miete im Klagewege geltend machen. Beweispflichtig für die Mietpreisüberhöhung ist auch in diesem Fall der Mieter (dazu schon oben II. 4). Daneben kann er, wenn ein entsprechender Zahlungsrückstand erreicht ist, gemäß §§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3b BGB fristlos kündigen, wenn der Zahlungsrückstand zwei Monatsmieten erreicht. Das Kündigungsrecht des Vermieters entsteht bei Zahlungsverzug und setzt damit nicht beim Verschulden des Mieters, sondern beim **Vertreten müssen gemäß § 286 Abs. 4 BGB** als Resultat einer **verschuldensunabhängigen Risikozuweisung** an. Verschuldensunabhängig hat der Schuldner danach aber nur für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen.¹³⁸ Im Übrigen kann der Mieter sich – auch bei einem unverschuldeten Rechtsirrtum über die Höhe der wegen § 556d Abs. 1 BGB geschuldeten Miete – ausnahmsweise entlasten. Die Anforderungen der Rechtsprechung an einen solchen unverschuldeten Rechtsirrtum indes sind streng.¹³⁹ Der BGH hat wiederholt betont, dass es der Geltungsanspruch des Rechts gebiete, den Schuldner das Risiko eines solchen Irrtums selbst tragen zu lassen.¹⁴⁰ Während ein Gläubiger dann nicht fahrlässig handelt, wenn er sorgfältig prüft, ob der eigene Rechtsstandpunkt im Hinblick auf die zu beurteilende Rechtslage zumindest plausibel ist, gelten für einen Schuldner, hier also den Mieter, andere Maßstäbe. Ein unverschuldeter Rechtsirrtum liegt bei einem Schuldner regelmäßig nur dann vor, wenn er die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig prüft und auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte.¹⁴¹ **Rechtsfehlerhafte Auskünfte** eines Rechtsanwalts oder seines Mietervereins muss sich der Mieter über § 278 BGB zurechnen lassen.¹⁴²

Rechtsirrtümer des Mieters sind – gerade bei der **Einordnung der streitgegenständlichen Wohnung in einen Mietspiegel** – in mannigfacher Hinsicht denkbar. Dieses Risiko einer fahrlässigen Fehleinschätzung erhöht sich noch, wenn der Mietspiegel Spannen aufweist. Trotz der im Wohnraummietrecht bestehenden Möglichkeit, die rückständigen Beträge innerhalb der zweimonatigen Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nachzuzahlen, sollte der Mieter in einem solchen Fall eine **substantiierte Rüge** nach § 556d Abs. 2 BGB erheben und die vereinbarte Miete zunächst weiterzahlen. Dies gilt auch und gerade deshalb, weil der Vermieter meist zugleich hilfsweise eine auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützte ordentliche Kündigung ausspricht und diese Kündigung nach der Rechtsprechung des BGH durch die Nachzahlung gerade nicht geheilt wird.¹⁴³ Wegen des gesetzlichen Ausschlusses des § 814 BGB in diesen Fällen (§ 556d Abs. 1 S. 4 BGB) ist eine Zahlung unter Vorbehalt eigentlich nicht nötig, schadet aber auch nicht.

Kürzt der Mieter die Miete im Hinblick auf einen vermeintlichen Verstoß gegen § 556d Abs. 1 BGB deshalb, weil der Mieter eine Auskunft nach § 556g Abs. 3 BGB nicht oder fehlerhaft erteilt und kündigt der Vermieter daraufhin das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs, kann ihm der Mieter die Arglistenrede entgegenhalten.¹⁴⁴

VI. Zusammenfassung

¹³⁸ BGH Urteil vom 04.02.2015, VIII ZR 175/14; Häublein PiG 97 (2014), S. 40.

¹³⁹ Etwa BGH NJW 2012, 2882; siehe auch Blank WuM 2014, 641, 658.

¹⁴⁰ Zuletzt BGH NZM 2014, 636, 638; BGH NZM 2014, 631, 634.

¹⁴¹ BGH NZM 2014, 631, 634; kritisch hierzu Häublein PiG 97 (2014), S. 46 f.

¹⁴² BGH NJW 2007, 428 zum spiegelbildlichen Fall einer falschen Rechtsauskunft durch den Mieterschutzverein

¹⁴³ BGH NZM 2013, 20; BGH NZM 2005, 334.

¹⁴⁴ Ähnlich Blank WuM 2014, 641, 658; siehe schon oben II. 2. e).

Im Rahmen der Prüfung von Rückforderungsansprüchen bei Verstößen gegen die höchstzulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB sind folgende Prämissen maßgeblich:

1. § 556g Abs. 1 S. BGB stellt eine **Rechtsfolgenverweisung** in das Bereicherungsrecht dar, weil sich alle tatbestandlichen Voraussetzungen in der Verweisungsnorm selbst finden.
2. Im Falle der **Veräußerung der Mietsache** gilt für Zahlungen an den Erwerber vor seiner Eintragung ins Grundbuch folgendes: Der Erwerber ist noch nicht Vermieter, weshalb der Kondiktionsanspruch auch dann gegen den ursprünglichen Vermieter geltend zu machen ist, wenn die Mieten an den Erwerber abgetreten wurden und der Mieter auch ihn gezahlt hat.
3. Die **Rügepflicht** nach § 556d Abs. 2 BGB ist ein echtes anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal des Kondiktionsanspruchs
4. An den **Inhalt der Rügepflicht** dürfen jedenfalls keine höheren Anforderungen gestellt werden als an ein Zustimmungsverlangen des Vermieters nach § 558a BGB; mit den Voraussetzungen der §§ 556e und 556f muss sich der Mieter im Regelfall nicht auseinandersetzen.
5. Die Höhe des Kondiktionsanspruchs berechnet sich nach der **Formel $K = M - (X + 0,1X)$**
6. Die Parteien können den Bereicherungsanspruch durch **nachträgliche Vereinbarungen**, etwa in einem Vergleich, wirksam ausschließen, selbst wenn die im Vergleich vereinbarte Miete immer noch überhöht ist.
7. Der **Auskunftsanspruch** des Mieters aus § 556g Abs. 3 BGB ist streitanfällig, muss aber weder für die Rüge noch für den Rückzahlungsanspruch geltend gemacht worden sein; bei Vorliegen eines Mietspiegels bedarf es in der Regel keiner Auskunft, weil der Mieter die ortsübliche Miete selbst ermitteln kann
8. Eine **nicht erteilte oder falsche Auskunft** kann zu einem Schadensersatzanspruch des Mieters führen, wenn daraufhin die Rüge nach § 556 Abs. 2 BGB unterbleibt.
9. Der Mieter trägt die **Darlegungs- und Beweislast** für den Verstoß gegen die höchstzulässige Miete nach § 556d Abs. 1 BGB
10. §§ 556e und 556f sind Ausnahmetatbestände. Sie führen zu einer echten gesetzlichen **Beweislastumkehr**, beweisbelastet ist der Vermieter.
11. **Schadensersatzansprüche des Mieters** aus § 280 I BGB wegen überzahlter Mieten scheiden nach der ratio legis vor Erhebung einer Rüge nach § 556g Abs. 2 BGB aus.
12. Auch eine **Aufrechnung** mit überzahlten Mieten scheidet aus, sofern die Mieten vor Rügeerhebung bezahlt wurden.