

Neue Rechtsprechung des BGH zur Miethöhe in der Wohnraummiete

Prof. Dr. Ulf Börstinghaus, Gelsenkirchen*

I. Einführung

Gerichtsentscheidungen zum Miethöherecht im preisfreien Wohnungsbau betreffen vor allem den Berliner Wohnungsmarkt. Das gilt zumindest für die veröffentlichten Entscheidungen. Von 2010 bis März 2020 sind bei juris 694 Entscheidungen zu § 558 ff BGB veröffentlicht worden. Davon stammen 357 von Berliner Gerichten:¹

Gericht	Anzahl	Anzahl gesamt
LG Berlin		175
Amtsgericht		
Charlottenburg	34	
Köpenick	17	
Lichtenberg	12	
Mitte	21	
Neukölln	11	
Pankow/Weißensee	4	
Schöneberg	24	
Spandau	3	
Tempelhof-Kreuzberg	34	
Tiergarten	4	
Wedding	18	
Summe AG		137
Summe AG und LG		357

Das sind 51,5% aller veröffentlichten Entscheidungen zur Mieterhöhung im preisfreien Wohnungsbau. Die Ursachen für den generell sehr hohen Anteil wohnraummietrechtlicher Verfahren in Berlin an allen Zivilprozessen wurden meines Erachtens bisher noch nicht empirisch untersucht.² Man könnte an einen Zusammenhang zur sehr unterschiedlichen Mieterquote in Deutschland denken.³ Nicht mitgezählt wurden die zahlreichen Entscheidungen Berliner Gerichte zur sog. „Mietpreisbremse“, in denen es häufig neben speziellen Fragen zu den §§ 556d – 556g BGB auch um Fragestellungen zu § 558 ff BGB geht. Von den 20 Entscheidungen des BGH zu Fragen der Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete oder nach einer Modernisierungsmaßnahme haben 4 Verfahren ihren Ursprung in Berlin, also 20%. Dafür kommen die zahlreichen Verfahren zur Mietpreisbremse beim BGH mit einer Ausnahme⁴ alle aus Berlin, was aber vor allem an der Problematik der Geltendmachung der Ansprüche durch ein dortiges legal tech Unternehmen liegt.

* Der Verfasser ist weiterer aufsichtführender Richter am Amtsgericht Dortmund und dort Dezernent einer Zivil- und WEG-Abteilung. Er ist ferner Honorarprofessor an der Universität Bielefeld. Bei dem Beitrag handelt es sich um den erweiterten und ergänzten Vortrag, den der Verf. am 10.9.2020 auf dem Deutschen Mietergerichtstag 2020 in Dortmund gehalten hat.

¹Das ist sicher keine repräsentative Auswertung, da Berliner Entscheidungen wegen der dortigen Veröffentlichungspraxis überproportional in Fachzeitschriften und Datenbanken veröffentlicht werden.

² Einige Vermutungen bei *Börstinghaus*, GE 2007, 90.

³ Dazu ausführlich *Börstinghaus*, NZM 2019, 297.

⁴ Zur Hessischen Verordnung: BGH (VIII ZR 130/18) NZM 2019, 584 = NJW 2019, 2844 = WuM 2019, 440 = MietPrax-AK § 556d BGB Nr. 1 mit Anm. *Börstinghaus*; dazu *Beuermann*, GE 2019, 1004; *Börstinghaus*, LMK 2019, 419557; *Monschau*, MietRB 2019, 257; *Börstinghaus*, NJW 2019, 2848; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 19/2019, Anm. 1; *Drasdo*, NJW-Spezial 2019, 610; *V. Emmerich*, JuS 2019, 1113.

Diese Zahlen zeigen im Hinblick auf die immer noch diskutierte letzte Mietrechtsreform in dieser Legislaturperiode, dass es bei den Rechtsstreitigkeiten aus dem Bereich der Mieterhöhung im preisfreien Wohnungsbau vor allem um Berliner Probleme geht. Diese dürften inzwischen aber durch das LG Berlin und den BGH ziemlich abschließend gelöst worden sein. Die zeitweise bestehende Kakophonie⁵ der verschiedenen Mietberufungskammern scheint beigelegt. Eine Notwendigkeit zum erneuten Eingriff des Gesetzgebers in das Mietrecht besteht mE deshalb zumindest in der beabsichtigten Form nicht.

II. Die Zuständigkeit des BGH in Miethöheverfahren

Prozesse zu wohnraummietrechtlichen Fragestellungen waren bis 2002 die Domäne der Amtsgerichte. 304.000 erstinstanzliche Wohnraummietprozesse jährlich wurden Anfang des Jahrtausends von diesen erledigt. Ein kleiner Bruchteil davon kam in die Berufungsinstanz. Darüber erstreckte sich der berühmte blaue Himmel. Die Oberlandesgerichte haben sich dann noch einige Rechtsfragen im Rechtsentscheidverfahren herausgepickt. So wichtig sie im Einzelfall auch gewesen sein mögen, sie fallen bei ca. 4 -5 Mio. Wohnraummietprozessen während der Geltung dieser besonderen Verfahrensart mengenmäßig kaum ins Gewicht. Weniger als den berühmten Tropfen auf den heißen Stein stellten die 364 Rechtsentscheide⁶ der 16 befassen Oberlandesgerichte in 22 Jahren Rechtsentscheidsgeschichte dar. Der BGH hat sich mit der Wohnraummiete so gut wie gar nicht beschäftigen müssen. Genau 32 Rechtsentscheiden des BGH gab es während der 22 jährigen Rechtsentscheidsgeschichte. Das entspricht einem Schnitt von etwa 1,5 Rechtsentscheiden im Jahr oder alle 8 Monate einem.

Durch das „Gesetz zur Reform des Zivilprozesses“ vom 27. Juli 2001⁷ wurde in § 543 Abs. 1 ZPO die streitwertunabhängige Zulassungsrevision eingeführt⁸, außerdem gibt es die streitwertabhängige Nichtzulassungsbeschwerde. Hier wurde die erforderliche Beschwer zunächst in § 26 Nr. 8 EGZPO auf 20.000,- € festgesetzt. Die Regelung wurde immer wieder verlängert. Seit 1. Januar 2020 ist die erforderliche Beschwer von 20.000,- € als Dauerrecht in § 544 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO geregelt.

Eine Beschwer in dieser Höhe ist in Zustimmungsverfahren nach § 558b BGB kaum vorstellbar. Für die Berechnung der Beschwer kommt es auf Vermieterseite auf die sog. formelle Beschwer, also die Abweichung der angegriffenen Entscheidung vom letzten Antrag an; auf Mieterseite ist die materielle Beschwer maßgeblich, also die Frage, inwieweit der Mieter durch die Entscheidung tatsächlich benachteiligt wird. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung des Rechtsmittelstreitwertes ist der Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung.⁹ Umstritten war jahrelang¹⁰ die Frage der Ermittlung des Rechtsmittelstreitwertes bei Zustimmungsklagen gem. § 558b BGB. Nach richtiger und heute absolut herrschender Auffassung berechnet sich die Beschwer im Zustimmungsverfahren analog § 9 ZPO.¹¹ Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift scheidet aus, weil es sich bei der Zustimmungsklage um keine Klage auf wiederkehrende Leistungen handelt, sondern um eine Klage auf Abgabe einer Willenserklärung. Die Vorschrift ist entsprechend anzuwenden. Es liegt erkennbar eine

⁵ *Börstinghaus*, jurisPR-MietR 11/2019 Anm. 1.

⁶ Die Nichtannahmebeschlüsse sind dabei nicht mitgezählt.

⁷ BGBl 2001 I, 1887

⁸ Zu den Rechtsmitteln im Mietprozess nach der ZPO-Reform: *Ball*, NZM 2002, 409.

⁹ *Gummer* in Zöller, ZPO, § 511 Rdn. 5 m.w.N.

¹⁰ Zu den einzelnen Auffassungen und ihren Vertretern siehe *Börstinghaus* in Schmidt-Futterer, 11. Auflage § 558b BGB Rdn. 149ff. und die dortige tabellarische Zusammenstellung.

¹¹ BVerfG NJW 1996, 1531; BGH (VIII ZB 4/16) WuM 2016, 510; (VIII ZB 10/03) NZM 2004, 617, (VIII ZB 30/13) WuM 2014, 427, (XII ZR 314/99) NJW 2000, 3142 (obiter dictum); LG Hildesheim WuM 1996, 351, WuM 1996, 716; LG Kassel WuM 1996, 417; LG Düsseldorf DWW 1996, 279; LG Berlin ZMR 1997, 358, MM 1996, 449; LG Kiel MDR 1994, 834; LG Dortmund ZMR 2002, 918; AG Dortmund NZM 2002, 949.

Regelungslücke vor. Es gibt keine Bestimmung, die die Berechnung der Beschwer für die Zustimmungsklage regelt. Die Sachverhalte sind durchaus vergleichbar. Während § 9 ZPO den Fall meint, dass ein Kläger seinen Schuldner unmittelbar auf Leistung von wiederkehrenden Leistungen in Anspruch nimmt, hat der Gesetzgeber das Mieterhöhungsverfahren so gestaltet, dass nicht unmittelbar auf Zahlung geklagt werden kann, sondern zunächst auf Zustimmung zu einer Vertragsänderung. Wirtschaftlich besteht hier aber kein Unterschied. Ist der Mieter zur Zustimmung verurteilt, schuldet er eine wiederkehrende Leistung und zwar auf unbestimmte Zeit. Soweit hiergegen vorgebracht wurde, dass gar nicht feststehe, ob das Mietverhältnis noch 42 Monate bestehe¹², ist dies ein generelles Problem des § 9 ZPO, das nicht auf Zustimmungsklagen begrenzt ist. Steht fest, dass das Mietverhältnis früher als 42 Monate nach Wirksamwerden der Mieterhöhungserklärung enden wird (Zeitmietvertrag¹³, bereits erfolgte Kündigung), so ist die Beschwer entsprechend herabzusetzen.¹⁴ Das bedeutet, dass die erforderlich Beschwer gem. § 544 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO erst bei Mieterhöhung von monatlich von mehr als 476,19 € erreicht würde, was dann doch äußerst unwahrscheinlich ist.

Bei Mieterhöhungen nach § 559ff BGB ist direkt Zahlungsklage möglich, so dass die Beschwer sich nach dem Antrag und dem Tenor richtet. Verbindet der Vermieter die Zahlungsklage wegen vermeintlicher Rückstände aus der Vergangenheit mit einer Klage auf zukünftige Zahlung des Erhöhungsbetrages, errechnet sich die Beschwer aus dem Verhältnis des Unterliegens nach dem Rechtsmittelstreitwert, der sich nach §§ 8,9 ZPO auf das 42-fache des monatlich für die Zukunft verlangten Betrages berechnet. Bei einer Feststellungsklage des Vermieters bzw. einer negativen Feststellungsklage des Mieters zur Zahlung des Erhöhungsbetrages nicht verpflichtet zu sein, berechnet sich der Rechtsmittelstreitwert ebenfalls nach § 9 ZPO. Der Gebührenstreitwert für eine Feststellungsklage, die eine zwischen den Mietvertragsparteien streitige Modernisierungsmieterhöhung zum Gegenstand hat, ist gemäß § 41 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 GKG mit dem Jahreswert des streitigen Erhöhungsbetrages ohne Feststellungsabschlag zu bemessen.¹⁵

Das bedeutet, dass Mieterhöhungsverfahren regelmäßig nur dann zum BGH gelangen können, wenn das Berufungsgericht gem. § 544 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO die Revision zulässt. Die Revision ist gem. § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. Eine Rechtssache hat dann grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 543 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO, wenn eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt.¹⁶ Einer Sache kommt nur dann keine grundsätzliche Bedeutung i.S.d. § 543 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO zu, wenn die Entscheidung auf einer Anwendung anerkannter Rechtssätze auf den konkreten Einzelfall beruht.¹⁷ Eine höchstrichterliche Entscheidung ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich, wenn die anzufechtende Entscheidung von der Entscheidung eines höher- oder gleichrangigen Gerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht.¹⁸ Eine Abweichung in diesem Sinne liegt nur vor, wenn die anzufechtende Entscheidung ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung. Erforderlich ist weiter, dass über den Einzelfall hinaus

¹²LG Bremen WuM 1997, 334.

¹³BGH NZM 1999, 561.

¹⁴LG Wiesbaden WuM 1993, 470.

¹⁵ BGH (VIII ZR 89/13) GE 2015, 249; LG Berlin WuM 2015, 565.

¹⁶ So BGHZ 154, 288, 291; KG WM 2012, 127.

¹⁷ BGH (VII ZR 371/12) NJW 2014, 456; BVerfG Beschl. v. 1.8.2013 – 1 BvR 2515/12 (juris).

¹⁸ BVerfG NJW 2012, 1715.

ein allgemeines Interesse an einer korrigierenden Entscheidung des Revisionsgerichts besteht.¹⁹ Die Unterlassung einer gebotenen Zulassung ist willkürlich und stellt einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar. Darin ist auch ein Verstoß gegen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes zu sehen, das nach der Rechtsprechung des BVerfG auch den Zugang zu den von der Verfahrensordnung vorgesehenen Instanzen umfasst.

III. Die aktuelle Rechtsprechung des VIII. Senats des BGH zur Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete

1. Der Begriff der ortsübliche Vergleichsmiete

Die Legaldefinition der ortsübliche Vergleichsmiete befindet sich in § 558 Abs. 2 BGB. Die ortsübliche Vergleichsmiete wird danach 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 sechs Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 abgesehen, geändert worden sind.

a) Die einzelnen Wohnwertmerkmale

(1) Die Ausstattung

Bis 2001 hieß die Gegenleistung des Mieters für die Gebrauchsüberlassung in § 535 Abs. 2 BGB „Mietzins“. Das verdeutlichte, dass der Mieter den ihm zur Verfügung gestellten Wert der Mietsache zu verzinsen hatte. Das bedeutet dann aber, dass der Vermieter dem Mieter auch etwas überlassen haben musste. Auf Kosten des Mieters vorgenommene Wohnwertverbesserungen und Ausstattungsmerkmale bleiben deshalb bei der Bewertung der Wohnung unberücksichtigt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Mieter die Wohnungen mit Einrichtungen versehen hat oder Ein- oder Umbauten vorgenommen hat.²⁰ Dies gilt selbst dann, wenn der Mieter auf Grund des Vertrages zum Einbau dieser Ausstattung verpflichtet war.²¹ Deshalb bleibt eine vom Mieter auf eigene, vom Vermieter auch nicht erstattete, Kosten in die Mietwohnung eingebaute Kucheneinrichtung bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete auf Dauer unberücksichtigt. Entgegenstehende Vereinbarungen der Mietvertragsparteien zum Nachteil des Mieters sind nach § 558 Abs. 6 BGB unwirksam.²² Dies gilt auch dann, wenn der Vermieter dem Mieter gestattet hat, eine in der Wohnung vorhandene Einrichtung zu entfernen und durch eine auf eigene Kosten angeschaffte Einrichtung zu ersetzen.²³

Auch nach der aktuellen Rechtsprechung des VIII. Senats bleibt eine vom Mieter im Einvernehmen mit dem Vermieter und auf eigene Kosten angeschaffte Einrichtung bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete grundsätzlich und auf Dauer unberücksichtigt. Denn sie ist nicht Teil der dem Mieter vom Vermieter zur Verfügung gestellten Einrichtung und auf sie erstreckt sich die

¹⁹ BVerfG NJW 2012, 1715; BGHZ 154, 288, 292.

²⁰ BGH (VIII ZR 355/18) NZM 2020, 534 = NJW 2020, 1947 = WuM 2020, 439 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 43 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, NZM 2020, 541; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 14/2020 Anm. 2; *ders.*, LMK 2020, 430371; *Happ*, DWW 2020, 219; *Kunze*, MietRB 2020, 226; BGH (VIII ZR 52/18) WuM 2018, 771 mit Anm. *Börstinghaus*, LMK 2018, 412413; BGH (VIII ZR 266/14) BGHZ 208, 18; BGH (VIII ZR 315/09) NZM 2010, 735; (VIII ZR 220/13) NZM 2014, 349; BayObLG NJW 1981, 2259; LG Berlin GE 2011, 1011; 2008, 1627; 2008, 1258; 2001, 594; LG Baden-Baden WuM 1993, 358; LG Hamburg WuM 1990, 441; LG Köln WuM 1985, 334; AG Köpenick GE 2015, 131; AG Hamburg NJWE-MietR 1996, 268; *Staudinger/V. Emmerich* BGB § 558 Rn. 34; *Horst* DWW 2016, 162.

²¹ BGH (VIII ZR 315/09) NZM 2010, 735 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 27 mAnm. *Börstinghaus*.

²² BGH (VIII ZR 52/18) NJW-RR 2019, 269; (VIII ZR 315/09) NZM 2010, 735.

²³ BGH (VIII ZR 52/18) WuM 2018, 771 = NZM 2019, 142 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 38 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, LMK 2018, 412413; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 22/2018 Anm. 2; *Schach*, MietRB 2019, 3; *Drasdo*, NJW-Spezial 2019, 65.

gesetzliche Gebrauchsgewährungs- und Instandhaltungspflicht des Vermieters nicht.²⁴ Dabei ist es auch unerheblich, wenn Mieter und Vermieter ca. zehn Jahre nach Einbau der Ausstattung, z.B. eines Bades, einen neuen Mietvertrag unterzeichnet haben, in dem die Wohnung als mit dem Ausstattungsmerkmal ausgestattet beschrieben ist. Dadurch wird die vom Mieter geschaffene Einrichtung nicht zu einer vom Vermieter zur Verfügung gestellten Ausstattung. Eine abweichende Vereinbarung ist nach § 558 Abs. 6 BGB wegen Verstoßes gegen die Regelungen des § 558 Abs. 1 bis 5 BGB unwirksam.²⁵ Es ist immer an die objektiven Verhältnisse der Wohnung und nicht an abweichende vertragliche Vereinbarungen anzuknüpfen.²⁶

(2) Die Wohnungsgröße

(a) Der VIII. Senat hatte bekanntlich schon seine Auffassung zu den Auswirkungen von Flächenabweichungen im Mieterhöhungsverfahren geändert.²⁷ Auch wenn er damit zu Recht bei den Rechtsfolgen von Flächenabweichungen zwischen dem Gewährleistungsrecht und dem Mieterhöhungsverfahren differenziert, so sind die Grundsätze, die der Senat in der Vergangenheit zur Ermittlung der maßgeblichen Grundfläche im Gewährleistungsrecht ermittelt hat, auch im Mieterhöhungsverfahren anzuwenden. Das bedeutet, dass der Begriff der "Wohnfläche" im Wohnraummietrecht auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich anhand der für den preisgebundenen Wohnraum im Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses geltenden Bestimmungen auszulegen ist.²⁸ Es gibt nämlich bis heute keine zwingenden Vorschriften, wie für diesen Wohnungsbestand die Wohnfläche zu ermitteln ist. Nur für den preisgebundenen Wohnungsbaus hat der Gesetzgeber mit den §§ 42 – 44 II. BV und seit 01.01.2004 den Vorschriften der WohnflächenVO solche Vorschriften erlassen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Parteien entweder vereinbarungsgemäß dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beimessen oder ein anderer Berechnungsmodus örtlich üblich oder nach der Art der Wohnung naheliegender ist. Nach Ansicht des Senats kann von einer solchen Ortssitte nur dann ausgegangen werden, wenn sie auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen tatsächlichen Übung beruht, sie sich innerhalb eines angemessenen Zeitraums für vergleichbare Geschäftsvorfälle gebildet hat und ihr eine einheitliche Auffassung sämtlicher beteiligten Kreise an dem betreffenden, gegebenenfalls räumlich beschränkten Geschäftsverkehr zu Grunde liegt.²⁹ Entscheidend ist, dass die Ortssitte darauf gerichtet ist, ein Regelwerk insgesamt anzuwenden. Denn die Ermittlung der Wohnfläche könne sinnvollerweise nur aufgrund eines einheitlichen, in sich geschlossenen

²⁴ BGH (VIII ZR 52/18) NJW-RR 2019, 269; (VIII ZR 315/09) NZM 2010, 735.

²⁵ BGH (VIII ZR 52/18) WuM 2018, 771 = NZM 2019, 142 unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren Rechtsprechung in BGH (VIII ZR 315/09) NZM 2010, 735.

²⁶ BGH (VIII ZR 355/18) NZM 2020, 534 = NJW 2020, 1947 = WuM 2020, 439 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 43 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, NZM 2020, 541; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 14/2020 Anm. 2; *ders.*, LMK 2020, 430371; *Happ*, DWW 2020, 219; *Kunze*, MietRB 2020, 226.

²⁷ Zunächst BGH (VIII ZR 192/03) NZM 2004, 699 = NJW 2004, 3115 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 9 mit Anm. *Börstinghaus*; dazu *Wiek*, WuM 2004, 487; *Schach* GE 2004, 999; *Börstinghaus* BGHReport 2004, 1204; *Maciejewski* MM 2004, 373; BGH (VIII ZR 138/06) NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 14 mit Anm. *Börstinghaus*; dazu *ders.*, NJW 2007, 2627; *Eupen*, MietRB 2007, 221 und 222; *Drasdo*, NJW-Spezial 2007, 466; *Bieber*, BGHReport 2007, 795; jetzt aber anders: BGH (VIII ZR 266/14) NZM 2016, 42 = NJW 2016, 239 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. mit Anm. *Börstinghaus*, *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 2/2016 Anm. 1; *Beyer*, jurisPR-MietR 1/2016 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2016, 30; *Börstinghaus*, LMK 2016, 375498; *Kunze*, MietRB 2016, 29; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 129; *Heix*, WuM 2016, 263; umfassend hierzu: *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012.

²⁸ BGH (VIII ZR 33/18) WuM 2019, 319 = NJW 2019, 2464 = NZM 2019, 536 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 41 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, LMK 2019, 418513; *Kunze*, MietRB 2019, 196; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 14/2019 Anm. 1; *Drasdo*, NJW-Spezial 2019, 449; *Beyer*, jurisPR-MietR 17/2019 Anm. 1.

²⁹ BGH (VIII ZR 33/18) WuM 2019, 319 = NJW 2019, 2464 = NZM 2019, 536 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 41 mit Anm. *Börstinghaus*.

Regelwerks vorgenommen werden, weil anderenfalls Wertungswidersprüche zumindest möglich und sachgerechte Ergebnisse nicht sichergestellt seien. Es reicht nicht aus, dass ein erheblicher oder auch überwiegender Teil der Marktteilnehmer ein Regelwerk unzutreffend anwendet oder verschiedene Regelwerke miteinander vermischt. Ebenso wenig komme es darauf an, ob sich bezüglich der Berechnung einer Teilfläche eine bestimmte Übung der Mehrheit der Marktteilnehmer herausgebildet habe. In der Praxis geht es dabei fast immer um die Anrechnung von Balkonflächen. Mangels abweichender Ortssitte ist in diesem Fall das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für den preisgebundenen Wohnraum anzuwendende Regelwerk maßgeblich, also bei Mietverträgen, die bis 31.12.2003 geschlossen wurden die §§ 42 – 44 II. BV und für jüngere Mietverträge die WohnflächenVO.

(b) Auch nach der aktuellen Rechtsprechung des Senats besteht keine absolute Identität der Flächenermittlung im preisfreien- und preisgebundenen Wohnungsbau. Im öffentlich geförderten Wohnungsbau gilt auch nach dem Inkrafttreten der WohnflächenVO die II. BV weiter bei Gebäuden, die vor dem 1.1.2004 errichtet wurden. Das gilt auch bei Neuvermietungen. Erst wenn der Vermieter bauliche Veränderung vornimmt, die Auswirkungen auf die Fläche haben, ist das neue Regelwerk anzuwenden. Im preisfreien Wohnungsbau gilt nach Ansicht des BGH bei allen Neuvermietungen ab 01.01.2004 die WohnflächenVO. Das kann zur Folge haben, dass in einem Gebäude unterschiedliche Regelwerke zur Anwendung kommen, wenn es auch Mietverträge gibt, die bis 31.12.2003 abgeschlossen wurden. Im Mieterhöhungsverfahren nach den §§ 558 ff BGB spielt das keine so große Rolle, da es nur um die Flächenermittlung der einen Wohnung geht, deren Miete erhöht werden soll. Problematisch ist die unterschiedliche Flächenermittlung aber in den Fällen, in denen Kosten verteilt werden müssen wie zB bei der Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB oder auch bei der Betriebskostenabrechnung.

(c) Wenn auch nicht zur Mieterhöhung sondern zur Betriebskostenabrechnung, so hat der Senat auch noch einmal darauf hingewiesen, dass bei der Ermittlung der Wohnfläche öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen vermieteteter Wohnräume nicht zu berücksichtigen sind, sofern die Nutzbarkeit der Räume mangels Einschreitens der zuständigen Behörden nicht eingeschränkt ist.³⁰ Das betrifft vor allem (Keller-)Räume, deren Raumhöhe nicht der jeweiligen Landesbauordnung entspricht.

(d) Wird die ortsübliche Vergleichsmiete durch einen Sachverständigen ermittelt, muss dieser auch die Wohnfläche berücksichtigen. Die ortsübliche Vergleichsmiete ist dabei auf der Grundlage der tatsächlichen und üblicherweise gezahlten Entgelte zu ermitteln. Meist ist es aber nicht möglich, durchgängig auf gleichartige oder gar weitgehend identische Vergleichswohnungen zurückzugreifen. Es ist somit nicht immer vermeidbar, bestehende Unterschiede zwischen den Vergleichswohnungen und der Wohnung des jeweiligen Mieters auszugleichen. Den Ausgleich vorhandener Unterschiede kann der Sachverständige auf verschiedene Weise vornehmen, etwa prozentual oder durch absolute Beträge. Auch die Verwendung eines Punktesystems ist möglich. Die Wahl einer bestimmten Bewertungsmethode ist generell dem -sachverständig beratenen -Tatrichter vorbehalten.³¹ Der Senat hat aber ein von einem gerichtlichen Sachverständigen gewähltes Verfahren zum Ausgleich von Größenunterschieden nicht gebilligt. Um eine größere Anzahl von Wohnungen zum Vergleich heranziehen zu können, hatte der Sachverständige Umrechnungszahlen (Koeffizienten) her-

³⁰ BGH (VIII ZR 173/17) WuM 2019, 144 = NZM 2019, 288 = MietPrax-AK § 20 NMV Nr. 5 mit Anm. *Eisenschmid; Beyer*, jurisPR-MietR 5/2019 Anm. 1; *Schach*, MietRB 2019, 65; *Drasdo*, NJW-Spezial 2019, 257; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 6/2019 Anm. 1.

³¹ BGH (VIII ZR 62/18) WuM 2019, 324 = NZM 2019, 469 = NJW 2019, 3142 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 39 mit Anm. *Börstinghaus; Börstinghaus*, LMK 2019, 417863; *Schach*, MietRB 2019, 194/195; *Blank*, LMK 2019, 419009; *Flatow*, jM 2019, 320; *Börstinghaus*, DS 2019, 177; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 17/2019 Anm. 2.

angezogen, die im Jahr 1980 aus einem begrenzten örtlichen Teilmarkt, nämlich dem Vorstadtbereich von Lübeck, abgeleitet und alsbald, nämlich im Jahr 1984, aktualisiert worden sind.³² Das hätte das Berufungsgericht nicht hinnehmen dürfen. Eine schematische Übernahme von Umrechnungszahlen, die vor mehr als 30 Jahren auf einem anderen örtlichen (Teil-)Markt erhoben worden sind, bedürfen einer besonderen Überprüfung. Derartige Berechnungen sind aktualisierungsbedürftig. Dies ist jedoch seit 1984 nicht mehr geschehen.

b) Das richtige Mischungsverhältnis

Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus Neuvertrags- und geänderten Bestandsmieten. Weder der Gesetz- oder Ordnungsgeber noch die Gerichte haben bisher eindeutig klargestellt, in welchem Verhältnis Neuvertragsmieten und veränderte Bestandsmieten die ortsübliche Vergleichsmiete beeinflussen sollen. Es handelt sich um eine normative Frage³³, die ggf. vom Gericht und nicht vom Sachverständigen beantwortet werden muss. Der BGH weist immer wieder daraufhin, dass das Mischungsverhältnis „ausgewogen“ sein muss. 1997 hatte der XII. Senat entschieden, dass sich die ortsübliche Miete aus einem ausgewogenen Verhältnis von neu vereinbarten Mieten und sogenannten Alt- oder Bestandsmieten zusammensetzt.³⁴ Der VIII. Senat hatte 2012 noch darauf hingewiesen, dass die Frage in welchem Verhältnis Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete zu berücksichtigen sind, in § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht ausdrücklich geregelt sei. Es obliege deshalb dem Tatrichter, auf ein „angemessenes Verhältnis“ von Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen zu achten.³⁵ Aktuell³⁶ hat der Senat ein Sachverständigengutachten kritisiert, das bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete eine angemessene Mischung aus innerhalb des maßgeblichen Vierjahreszeitraums vereinbarten Neuvertragsmieten und geänderten Bestandsmieten nicht zu Grunde gelegt hatte. Im konkreten Fall hatte der Sachverständige nur Neuvermietungen berücksichtigt. Zudem hatte er eine außerhalb des früheren Vierjahreszeitraums liegende und damit nicht berücksichtigungsfähige Bestandsmietenerhöhung in sein Gutachten einbezogen. Ein angemessenes Verhältnis liege dann nicht mehr vor, wenn der Tatrichter Bestandsmietenänderungen nicht oder nur in einem vernachlässigbar geringen Umfang in die Bewertung einbeziehe. Von der Berücksichtigung geänderter Bestandsmieten hätte auch deshalb nicht Abstand genommen werden dürfen, weil nach den Ausführungen des Sachverständigen in den vergangenen zehn Jahren eine Erhöhung der Wohnungsmieten in der Gemeinde nicht stattgefunden hätten. Aufgrund des dortigen Einwohnerschwundes stünden sanierte Wohnungen leer.

2. Die ortsübliche Vergleichsmiete als Spanne oder Punktwert – Unterschiede bei großer und kleiner Spanne

³² *Streich*, DWW 1980, 188; *ders.*, DWW 1984, 90.

³³ *Bub/Treier MietR-HdB/Schultz* Kap. III A Rn. 1352.

³⁴ BGH (XII ZR 269/95) NZM 1998, 196.

³⁵ BGH (VIII ZR 346/10) NJW 2012, 1351 = WuM 2012, 281 = NZM 2012, 339 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 32 mit Anm. *Börstinghaus*; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 7/2012 Anm. 2; *ders.* WuM 2012, 244; *ders.* DS 2012, 183; *Schach*, GE 2012, 517; *Kunze*, MietRB 2012, 129; *Blank*, LMK 5/2012 Anm. 3; *Muth*, ZMR 2012, 530; *Bühler*, ZMR 2012, 531; *Stelzer/Finger*, DS 2013, 95.

³⁶ BGH (VIII ZR 62/18) WuM 2019, 324 = NZM 2019, 469 = NJW 2019, 3142 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 39 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, LMK 2019, 417863; *Schach*, MietRB 2019, 194/195; *Blank*, LMK 2019, 419009; *Flatow*, jM 2019, 320; *Börstinghaus*, DS 2019, 177; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 17/2019 Anm. 2.

Bei der ortsüblichen (Einzel-)Vergleichsmiete handelt es sich nicht zwingend um einen punktgenauen Wert,³⁷ sondern ein repräsentativer Querschnitt der üblichen Entgelte in der Gemeinde.³⁸ Der BGH spricht von einer „Bandbreite“.³⁹ Insofern ist der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete etwas irreführend.⁴⁰ Das Gesetz stellt auf eine durch die Streubreite der üblichen Mietentgelte bestimmte Rahmengröße ab⁴¹, deren exakte wissenschaftliche Feststellung durchaus schwierig ist.⁴² Auch das BVerfG⁴³ spricht von einem „Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmieten“.⁴⁴ Für die Tatsache, dass die ortsübliche Vergleichsmiete immer eine Bandbreite ist, spricht auch, dass für ein und dieselbe Wohnung in der Praxis durchaus unterschiedliche Mieten gezahlt werden. Diese Streuung der Mietpreise erklärt⁴⁵ sich sowohl aus der Unschärfe des Preisbildungsmechanismus am Wohnungsmarkt, die zu unterschiedlichen Mieten für nahezu identische Wohnungen führen kann⁴⁶, als auch aus der Tatsache, dass entsprechend der gesetzlichen Vorgabe Mietvereinbarungen und -änderungen einfließen, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten innerhalb des Vier- bzw. Sechsjahreszeitraums zustande gekommen sind. Dies muss zwangsläufig zu einer Schwankungsbreite führen. Schließlich sprechen auch erhebungstechnische Gründe⁴⁷ gegen die Annahme, dass die ortsübliche Vergleichsmiete ein centgenauer Wert⁴⁸ ist, sondern vielmehr eine Bandbreite von Werten. Es gibt bei jeder empirischen Datenerhebung Messfehler.

Nun ist in letzter Zeit die Frage aufgetaucht, ob dem Vermieter immer ein Zustimmungsanspruch bis zum Oberwert der Bandbreite zusteht.⁴⁹ Der Senat unterscheidet jetzt zwischen einer kleinen und einer großen Bandbreite. Von einer kleinen Bandbreite ging der Senat bei einer solchen von 0,24 €/m² aus. In einem solchen Fall⁵⁰ der auffällig dicht zusammenliegenden Mieten der

³⁷ BGH (VIII ZR 82/18) DS 2019, 199 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 40 mit Anm. *Börstinghaus; ders*, DS 2019, 177; BGH (VIII ZR 30/09) NJW 2010, 149; VIII ZR 322/04, NJW 2005, 2621 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 13 mit Anm. *Börstinghaus*; BGH (VIII RE 110/04) NZM 2005, 498 = NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 11 mit Anm. *Börstinghaus* (noch vorsichtig); LG Dortmund NZM 2006, 134; LG Berlin GE 2003, 1023; AG Dortmund NZM 2005, 258; WuM 2003, 627; *Kossmann/Meyer-Abich Wohnraummiete-HdB* § 148 Rn. 4; *Sternel MietR* Kap. III Rn. 560; *Busz*, Die Äquivalenz im freifinanzierten Wohnraummietrecht, 2002, 144; für die ortsübliche Nutzungsentschädigung nach § 5 Abs. 1 S. 2 NutzEV ebenso BGH (XII ZR 175/07) WuM 2010, 38; XII ZR 49/10, WuM 2012, 568 = NZM 2012, 833.

³⁸ BayObLG NJW 1981, 1219; NJW-RR 1993, 202; NZM 2000, 488 (489); LG München WuM 2002, 547; 2000, 361, NJWE-MietR 1997, 123 mit kritischer Anm. *Blank* WuM 1997, 178, die VB gegen das Urteil wurden nicht zur Entscheidung angenommen BVerfG WuM 1997, 202; LG Frankfurt a. M. NJW-RR 1991, 14; LG Lübeck WuM 1989, 306; *Thomma*, WuM 2005, 496 (497); *Kunze/Tietzsch*, Miethöhe Teil II Rn. 241.

³⁹ BGH (VIII ZR 322/04) NJW 2005, 2621 = NZM 2005, 660 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 13 mAnm *Börstinghaus*; BGH (VIII ZR 30/09) NJW 2010, 149 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 25 mAnm *Börstinghaus*; *Börstinghaus*, WuM 2010, 218; *Mätschke*, WuM 2010, 247.

⁴⁰ *Bünнемeyer/Hebecker/Werling* ZMR 2016, 96 (97) sprechen neuerdings von einem „Korridor von Mieten“, ohne dass sie erläutern, worin sich ihr neuer Begriff von der üblichen Terminologie unterscheidet.

⁴¹ BGH (VIII ZR 110/04) NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 11 mit Anm. *Börstinghaus*; *Blank*, ZMR 2013, 170; *Thomma*, WuM 2005, 496.

⁴² LG Berlin GE 2016, 1152.

⁴³ BVerfGE 37, 132; 53, 352.

⁴⁴ BVerfGE 37, 132 (146).

⁴⁵ So die Fortschreibung der Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln 1980 unter Bemerkung B V. 6; zu dem deshalb erforderlichen Konfidenzintervall LG München I WuM 2000, 361.

⁴⁶ Nach *Streich* WuM 1997, 93 streuen die Ergebnisse des Aushandelns zwischen Vermieter und Mieter bzgl. der gleichen Wohnung um ca. 20%; zu den Ursachen der Streuung auch *Bühler* NZM 2011, 729.

⁴⁷ *Börstinghaus/Clar* Mietspiegel, Rn. 97; *Milger* PiG 92 (2012), 189 (202).

⁴⁸ Deshalb ist die Urteilsberichtigung des KG NZM 2009, 544 sehr zweifelhaft. Dort hatte der Senat die ortsübliche Vergleichsmiete bis auf die dritte Stelle hinter dem Komma errechnet und dann kaufmännisch gerundet; zust. zu der Entscheidung jedoch *Schach* GE 2009, 1011.

⁴⁹ *Milger* PiG 92 (2012), 189 (201); *Bühler* NZM 2011, 729.

⁵⁰ BGH (VIII ZR 82/18) DS 2019, 199 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 40 mit Anm. *Börstinghaus; ders*, DS 2019, 177; BGH (VIII ZR 30/09) WuM 2009, 746 = NJW 2010, 149 = NZM 2010, 122 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 25 mit

Vergleichswohnungen hatte der Senat das Mieterhöhungsverlangen in Höhe des oberen Wertes der Bandbreite der von der Sachverständigen festgestellten Einzelvergleichsmiete für gerechtfertigt gehalten. Davon zu unterscheiden ist nach Ansicht des Senats⁵¹ aber der Fall, in dem ein Sachverständiger bei einem Vergleich der zur Beurteilung stehenden Wohnung mit ähnlichen Vergleichswohnungen zu einer großen Streubreite der gezahlten Mieten gelangt. In diesem Fall darf die ortsübliche Einzelvergleichsmiete nicht einfach mit dem oberen Wert der Streubreite gleichgesetzt werden. Vielmehr obliege es dem sachverständig beratenen Tatrichter, die vom Vermieter zu beanspruchende Vergleichsmiete innerhalb dieses Rahmens zu ermitteln.⁵²

Der Senat hält dabei grundsätzlich zwei verschiedene Verfahren für denkbar:

- arithmetischer Durchschnittswert: Vor allem wenn Besonderheiten der Verteilung der Vergleichsmieten nicht festgestellt werden können, kann dieser Wert zugrunde gelegt werden.
- Modalwert: Bei einer auffälligen Häufung der Vergleichsmieten um einen kleinen Wert herum könne es gerechtfertigt sein, die dadurch repräsentierte (gesamte) kleine Bandbreite als ortsübliche Vergleichsmiete anzusehen, so dass der Vermieter in einem solchen Fall die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zu dem höheren Wert dieser kleinen Bandbreite als ortsübliche Vergleichsmiete verlangen kann.

Nach Ansicht des Senats rechtfertigt die Tatsache, dass für Wohnungen mit gleichen Eigenschaften unterschiedliche Mieten gezahlt werden, keine andere Beurteilung. Diese Tatsache zeige vielmehr, dass es gerade nicht gerechtfertigt sei, auch den oberen Wert einer breiten Marktstreuung als die ortsübliche Vergleichsmiete anzusehen und dem Vermieter einen darauf gerichteten Zustimmungsanspruch zu gewähren. Denn eine solche Marktstreuung beruhe nicht auf den gesetzlichen Qualitätsmerkmalen, an denen die ortsübliche Vergleichsmiete nach § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB zu messen sei. Der Senat formuliert es so: „*Es erscheint nicht sachgerecht, dass eine solcherart auffällige Marktstreuung allein dem Vermieter zu Gute kommen sollte.*“⁵³ Dies führe nämlich dazu, dass der Vermieter im Rahmen des Mieterhöhungsverfahrens jeweils das höchste Entgelt fordern könnte, das zu zahlen sich einer der Mieter der vom Sachverständigen herangezogenen Vergleichswohnungen bereitgefunden hat; eine derartige "Spitzenmiete" repräsentiere jedoch nicht die ortsübliche Vergleichsmiete. Zudem liefe dies der gesetzlichen Regelung des § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB zuwider, wonach für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete eine angemessene Mischung aus innerhalb des maßgeblichen Vier- bzw Sechsjahreszeitraums vereinbarten Neuvertragsmieten und geänderten Bestandsmieten zu Grunde zu legen ist. Denn zumindest in Zeiten angespannter Wohnungsmärkte und steigender Mieten würde jede andere Auffassung regelmäßig dazu führen, dass sich erhöhte Bestandsmieten im Rahmen des Vergleichsmietenverfahrens letztlich nicht auswirken, weil es dem Vermieter gestattet würde,

Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, LMK 12/2009 Anm. 2; *ders.*, WuM 2010, 218; *ders.*, DS 2010, 70; *Drasdo*, NJW-Spezial 2010, 98; *Mätschke*, WuM 2010, 247; BGH (VIII ZR 322/04) NZM 2005, 660.

⁵¹ BGH (VIII ZR 62/18) WuM 2019, 324 = NZM 2019, 469 = NJW 2019, 3142 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 39 mit Anm. *Börstinghaus*; *Börstinghaus*, LMK 2019, 417863; *Schach*, MietRB 2019, 194/195; *Blank*, LMK 2019, 419009; *Flatow*, jM 2019, 320; *Börstinghaus*, DS 2019, 177; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 17/2019 Anm. 2; BGH (VIII ZR 82/18) DS 2019, 199 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 40 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, DS 2019, 177.

⁵² BGH (VIII ZR 62/18) WuM 2019, 324 = NZM 2019, 469 = NJW 2019, 3142 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 39 mit Anm. *Börstinghaus*; *Börstinghaus*, LMK 2019, 417863; *Schach*, MietRB 2019, 194/195; *Blank*, LMK 2019, 419009; *Flatow*, jM 2019, 320; *Börstinghaus*, DS 2019, 177; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 17/2019 Anm. 2; BGH (VIII ZR 82/18) DS 2019, 199 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 40 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, DS 2019, 177.

⁵³ BGH (VIII ZR 82/18) DS 2019, 199 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 40 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, DS 2019, 177.

Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zum oberen Wert der Marktstreuung, der regelmäßig durch die höchste Neuvertragsmiete repräsentiert würde, zu verlangen.

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, wann noch eine kleine und wann eine große Spanne vorliegt. Für 0,24 € hat der Senat entschieden, dass es eine kleine und für eine Spanne von ca. 2,45 €, dass dies eine große Spanne ist. Spannen unter 1,- € dürften wohl als klein zu bezeichnen sein, aber fest steht das nicht. Bei einer als groß zu bewertenden Spanne muss das Gericht in einem zweiten Schritt untersuchen, wie die Verteilung innerhalb der Bandbreite tatsächlich ist. Ist sie einigermaßen gleichmäßig, dann darf die ortsübliche Vergleichsmiete als Punktwert in Höhe des arithmetischen Mittels innerhalb der Bandbreite festgelegt werden. Gibt es aber keine gleichmäßige Verteilung, sondern eine Häufung um bestimmte Werte herum, dann soll eine Art Modalwert gebildet werden, nämlich eine Bandbreite um diesen Modalwert herum. Der Vermieter darf dann den Oberwert dieser kleinen Bandbreite verlangen.

3. Begrenzung des Zustimmungsanspruchs durch einen landesgesetzlichen „Mietendeckel“

Das Land Berlin hat am 23.2.2020 das „Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) in Kraft gesetzt.⁵⁴ Das Gesetz regelt sowohl die maximale Neuvermietungsmiete als auch die Höhe der Miete in Bestandsmietverhältnissen. Gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes werden berechtigterweise erhebliche Bedenken geäußert, da dem Land Berlin die Gesetzgebungszuständigkeit für solche Regelungen wohl fehlt.⁵⁵ Mit dem Gesetz soll öffentlich-rechtlich für 5 Jahre die Miete zum Stichtag 17.6.2019 festgeschrieben werden. Der Berliner Gesetzgeber hat wegen der verfassungsrechtlichen Bedenken gegen seine Zuständigkeit fast zwanghaft versucht den Eindruck zu vermeiden, es handle sich um Regelungen des Privatrechts, das mit dem Bundesrecht kollidiere. Es soll sich nur um öffentlich-rechtliches Preisrecht handeln.⁵⁶ Selbst wenn das so wäre, hätte das Land wohl keine Gesetzgebungskompetenz.⁵⁷ Der Bundesgesetzgeber hat den Bereich durch die Vorschriften über die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete in den §§ 556 d ff BGB und die Kappungsgrenze in § 558 Abs. 3 BGB umfassend aber auch abschließend geregelt. Die bundesstaatliche Kompetenzordnung verpflichtet alle rechtsetzenden Organe, ihre Regelungen so aufeinander abzustimmen, dass die Rechtsordnung nicht aufgrund unterschiedlicher Anordnungen widersprüchlich wird.⁵⁸ Konzeptionelle Entscheidungen eines zuständigen Bundesgesetzgebers dürfen auch durch auf Spezialzuständigkeiten gründende Einzelentscheidungen eines Landesgesetzgebers nicht verfälscht werden. Insbesondere dürfen den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.⁵⁹ Genau dies ist aber bei den Berliner Regelungen und den vorgeschlagenen bayrischen Regelungen der Fall.⁶⁰ Zumindest die durch das Mietrechtsnovellierungsgesetz v. 1.6.2015 eingeführten Vorschriften über die Beschränkung der Wiedervermietungsmiete enthalten eine solche abschließende Regelung der

⁵⁴ GVBl Berlin 2020, 50; abgedruckt auch bei *Börstinghaus* in Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl., Anh. zu § 559d BGB.

⁵⁵ Eine Darstellung aller vertretenen Meinungen und eine Bewertung befindet sich bei *Herrlein/Tuschl*, NZM 2020, 217, 226.

⁵⁶ Trotzdem hat das Bezirksamt Berlin Pankow gegen einen Vermieter eine Untersagungsverfügung mit Zwangsgeldandrohung von 2500,- € erlassen, um ihm ein Mieterhöhungsverlangen gem. § 558 BGB zu verbieten. Das zeigt gerade, dass hier schlicht ein Etikettenschwindel vorliegt. Es geht den handelnden Personen in Berlin sehr wohl darum, ins BGB einzugreifen.

⁵⁷ Für die mittels Volksbegehren in Bayern vorgesehene ähnliche Regelung ebenso BayVGh NZM 2020, 649.

⁵⁸ BVerfGE 98, 265 = NJW 1999, 841 Rn. 162.

⁵⁹ BVerfGE 98, 106 = NJW 1998, 2341, 2342; 98, 83 = NJW 1998, 2346, 2347.

⁶⁰ *Herrlein/Tuschl*, NZM 2020, 217, 228; *Feldmann*, GE 2019, 1469.

Materie.⁶¹ Die Gesetzgebungsgeschichte und die Materialien zu diesem Gesetz stellen ein „beredtes Schweigen“ des Gesetzgebers dar, das Miethöherecht sowohl was Bestandsmietenerhöhungen wie auch für Neuvertragsmieten abschließend und bundeseinheitlich zu regeln. Platz für landesgesetzliche Regelungen ist daneben keiner mehr. Inzwischen gibt es Verfahren vor dem Berliner Verfassungsgerichtshof und beiden Senaten des BVerfG.

Die 67. ZK des LG Berlin⁶² hatte ein Verfahren ausgesetzt und gem. Art 100 GG dem BVerfG vorgelegt, weil sie das Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) für verfassungswidrig hält. Nur eignet sich der Fall der 67. ZK gerade nicht dafür. Die Kammer will das Gesetzes nämlich auch auf Zustimmungsbegehren anwenden, denen der Mieter nicht bis zum 18. Juni 2019 freiwillig zugestimmt hat Die Frage kann man einfachgesetzlich beantworten.⁶³ In einem ganz anderen Verfahren⁶⁴ hat der VIII. Senat einen sehr hohen Begründungsaufwand betrieben und eine Rechtsprechungsänderung⁶⁵ vollzogen, um diese Rechtsansicht der 67. ZK des LG Berlin zu widerlegen. Danach ist § 3 Abs. 1 Satz 1 MietenWoG Bln nach seinem Sinn und Zweck dahin auszulegen, dass von dem darin geregelten Verbot jedenfalls gerichtliche Mieterhöhungsverfahren nicht erfasst sind, in denen der Vermieter einen Anspruch auf Erhöhung der Miete zu einem vor dem in dieser Bestimmung festgelegten Stichtag am 18. Juni 2019 liegenden Zeitpunkt verfolgt. Dabei hat der Senat ausdrücklich offengelassen, ob das Gesetz insgesamt verfassungsgemäß ist. „Jedenfalls“ sei das Gesetz auf Mieterhöhungsverfahren in denen der Vermieter eine Erhöhung der Miete ab einem Zeitpunkt vor dem 18.6.2019 verlangt nicht anzuwenden. Das kann man nur uneingeschränkt bejahen. Damit dürfte sich die erste Richtervorlage der 67. ZK auch erledigt haben.⁶⁶

4. Die Berechnung der Kappungsgrenze bei nicht behebbaren Mängeln

Der Zustimmungsanspruch des Vermieters wird bekanntlich von zwei unabhängigen Grenzen beschränkt, nämlich die ortsübliche Vergleichsmiete und die Kappungsgrenze. Die ortsübliche Vergleichsmiete ist ein objektiver Wert, die Kappungsgrenze wird subjektiv bestimmt und richtet sich nach der drei Jahre vor Wirksamwerden der verlangten Mieterhöhung zu zahlenden Miete.⁶⁷ Ausgangspunkt für die Berechnung der Kappungsgrenze gem. § 558 Abs. 3 BGB ist grundsätzlich die vertraglich vereinbarte Miete. Mietminderungen gem. § 536 Abs. 1 BGB bleiben bei der für die Berechnung der Kappungsgrenze maßgebenden Ausgangsmiete unberücksichtigt. Das war bisher schon ganz herrschende Meinung für Minderungen wegen behebbarer Mängel.⁶⁸

⁶¹ Es spricht viel dafür, dass bereits die vormalig im MHG und jetzt in den §§ 557 ff BGB enthaltenen Vorschriften eine solche abschließende Regelung enthielten: *Börstinghaus* in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 6. Aufl., Anh. zu § 559d BGB Rn 4.

⁶² LG Berlin WuM 2020, 204.

⁶³ *Börstinghaus* in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 6. Aufl., 2020, Anh. zu § 559d BGB Rdn 5.

⁶⁴ BGH (VIII ZR 355/18) NZM 2020, 534 = NJW 2020, 1947 = WuM 2020, 439 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 43 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders*, NZM 2020, 541; *ders*, jurisPR-BGHZivilR 14/2020 Anm. 2; *ders*, LMK 2020, 430371; *Happ*, DWW 2020, 219; *Kunze*, MietRB 2020, 226.

⁶⁵ Dazu unten III 5. a).

⁶⁶ Die 67. Kammer des LG Berlin hat inzwischen aber ein weiteres Verfahren ausgesetzt und dem BVerfG vorgelegt: LG Berlin Beschl. v. 6.8.2020 – 67 S 109/20.

⁶⁷ OLG Celle NJW-RR 1996, 331; LG Frankfurt a. M. ZMR 1997, 474; LG Hannover WuM 1990, 517; LG München II ZMR 1986, 57; LG Hamburg WuM 1984, 111; *Börstinghaus* in Schmidt-Futterer § 558 BGB Rn. 160; *Staudinger/V. Emmerich* BGB § 558 Rn. 49; *Palandt/Weidenkaff* BGB § 558 Rn. 21.

⁶⁸ *Staudinger/V. Emmerich* BGB § 558 Rn. 50.

Nach Ansicht des BGH⁶⁹ soll dies aber auch bei nicht behebbaren Mängel wie z.B. Flächenabweichungen gelten. Die Kappungsgrenze solle verhindern, dass die Mietsteigerung in Einzelfällen ein zu starkes Ausmaß annimmt. Sie diene also dazu, einen zu raschen Anstieg solcher Mieten, die bislang erheblich unter der ortsüblichen Vergleichsmiete lagen, zum Schutz der betroffenen Mieter zu vermeiden. Nach Ansicht des Senats orientiert sich dieser Schutz an der Miete, zu deren Begleichung sich der Mieter vertraglich verpflichtet habe. Diese anfängliche oder während des laufenden Mietverhältnisses vereinbarte Miete habe der Mieter durch eigene Entscheidung übernommen und für sich als wirtschaftlich tragfähig angesehen. An dieser persönlichen Einschätzung sei sein Schutz vor einer finanziellen Überforderung im Rahmen der jeweiligen Mietsteigerung zu messen. Der Mieter werde dadurch ausreichend geschützt, dass bei der Ermittlung der neuen Miete nach neuer BGH-Rechtsprechung die tatsächliche Wohnfläche in Ansatz gebracht werde.⁷⁰ Damit würde den schutzwürdigen Belangen des Mieters hinreichend Rechnung getragen und im Ergebnis vermieden, dass er eine im Verhältnis zur Wohnfläche überhöhte Miete zahlt.

Eine Absage erteilt der Senat einer Übertragung seiner eigenen Rechtsprechung zur maximal zulässigen Höhe einer Mietsicherheit bei einer über 10% liegenden Flächenabweichung.⁷¹ Die Fälle seien nicht vergleichbar. Während es bei der Kappungsgrenze um den Schutz des Mieters vor einer wirtschaftlichen Überforderung durch einen zu umfangreichen Anstieg der Miete gehe, ziele die Mietsicherheit auf den Schutz des Vermieters bei (späteren) Ansprüchen gegen den Mieter ab. Bei dauerhafter Mietminderung infolge einer Wohnflächenabweichung bestehe kein anerkanntes Sicherheitsinteresse des Vermieters an einer Mietkaution in Höhe des Dreifachen der vereinbarten Nettomiete.

Hinsichtlich dieser Argumentation kann man auch anderer Auffassung sein. Die Differenzierung bei der maßgeblichen Ausgangsmiete zur Berechnung der Kappungsgrenze und der maximalen Höhe einer Mietsicherheit beruht auf zwei durchaus hinterfragbaren Prämissen: Zum einen soll ein Mieter, der sich zur Zahlung einer zu hohen Miete verpflichtet habe, nicht so schutzwürdig sein und zum anderen ziele die Mietsicherheit auf den Schutz des Vermieters. Soll das auch bei Verstößen gegen gesetzliche Verbote wie z.B. § 5 WiStG oder die §§ 556d ff BGB gelten? Vertraglich hat der Mieter sich auch hier zu einer höheren Miete verpflichtet. Da die Minderung im Mietrecht kein Gestaltungsrecht ist, sondern automatisch eintritt, dürfte kein Unterschied zu den genannten Gesetzesverstößen vorliegen. Zwar müht sich der Senat, auf die grundsätzliche Wirksamkeit der Vereinbarung bei mangelhafter Mietsache hinzuweisen, aber bei nicht behebbaren Mängeln ist der Unterschied allenfalls dogmatischer Natur.

Der Senat verknüpft mit seinem Hinweis auf den ausreichenden Schutz des Mieters durch seine neue Rechtsprechung zur maßgeblichen Wohnfläche die objektive Grenze des Zustimmungsanspruchs, nämlich die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete, mit der subjektiven Seite. Dass der Schutz des Mieters von den objektiv falschen Angaben des Vermieters abhängig ist, überzeugt auch nicht zwingend. Der Mieter war mit der Miethöhe ja deshalb einverstanden, weil ihm eine bestimmte

⁶⁹ BGH (VIII ZR 33/18) WuM 2019, 319 = NJW 2019, 2464 = NZM 2019, 536 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 41 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, LMK 2019, 418513; *Kunze*, MietRB 2019, 196; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 14/2019 Anm. 1; *Drasdo*, NJW-Spezial 2019, 449; *Beyer*, jurisPR-MietR 17/2019 Anm. 1.

⁷⁰ BGH (VIII ZR 266/14) NZM 2016, 42 = NJW 2016, 239 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. mit Anm. *Börstinghaus*, *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 2/2016 Anm. 1; *Beyer*, jurisPR-MietR 1/2016 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2016, 30; *Börstinghaus*, LMK 2016, 375498; *Kunze*, MietRB 2016, 29; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 129; *Heix*, WuM 2016, 263; umfassend hierzu: *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, 2012.

⁷¹ BGH (VIII ZR 347/04) WuM 2005, 573 = NJW 2005, 2773 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 10 mit Anm. *Eisenschmid*; *Schmid*, MDR 2005, 971; *Wiek*, WuM 2005, 575; *Bieber*, MietRB 2005, 281, 282; *Schmid*, ZMR 2005, 836; *Drasdo*, NJW-Spezial 2005, 531; *Schach*, GE 2005, 1462; *Kinne*, GE 2005, 1160; *Becker*, GE 2005, 1335; *Bongard*, GE 2005, 1338.

Gegenleistung, nämlich eine bestimmte Wohnungsgröße, versprochen worden war. Diese kann der Vermieter aber dem Mieter bei einem nicht behebbaren Mangel gar nicht erbringen. Soweit der Senat die Schutzrichtung des § 551 BGB eher im Bereich des Vermieterschutzes verortet, überzeugt das nicht. In der BGH Entscheidung⁷² ging es um die maximal zulässige Mietsicherheit. Der Schutzzweck der in § 551 Abs. 1 BGB enthaltenen Begrenzung der Kautionshöhe auf 3 Monatskaltmieten besteht ausschließlich im Schutz des Mieters vor finanzieller Überforderung im Zusammenhang mit allen Kosten eines Wohnungswechsels.⁷³ Mit Vermieterschutz hat das nichts zu tun. Es geht hier also ebenfalls um den subjektiven Schutz des Mieters. Stimmig ist es deshalb nicht unbedingt, dem Mieter zwar einen Rückzahlungsanspruch bezüglich der Miete und der anteiligen Kaution bei Flächenabweichungen zuzubilligen, aber bei der Kappungsgrenze so zu tun, als sei alles in Ordnung.

Offen sind jetzt noch die Auswirkungen von nicht behebbaren Mängeln auf die Voraussetzungen einer Zahlungsverzugskündigung. Bei der Ermittlung des maßgeblichen Rückstands ist die Mietminderung wegen solcher Mängel zu berücksichtigen. Fraglich ist aber die Auswirkung auf die sog. Kündigungsrelevanz. Muss der Rückstand also mehr als eine geminderte oder ungeminderte bzw. zwei Monatsmieten betragen?⁷⁴ Der BGH⁷⁵ will – ohne zwischen den verschiedenen Mängeln bisher zu differenzieren – auf die vertraglich vereinbarte ungeminderte Miete abstellen. Wenn das auch für nicht behebbare Mängel gelten sollte, wäre dies, anders als bei der Berechnung der Kappungsgrenze, nachteilig für den Vermieter.

5. Das Mieterhöhungsverlangen

a) Die Bedeutung des Mieterhöhungsverfahrens

Dem Zustimmungsverlangen des Vermieters gem. § 558a BGB wurde mehr oder weniger von Einführung des Vergleichsmietensystems⁷⁶ an immer eine doppelte Bedeutung beigemessen.⁷⁷ Erst ein ordnungsgemäßes Erhöhungsverlangen ließ den Anspruch auf Zustimmung entstehen. Neben dieser materiell-rechtlichen Wirkung des Erhöhungsverlangens hatte es nach bisheriger Auffassung – auch des VIII. Senats⁷⁸ – aber auch eine prozessuale Bedeutung. Ohne ordnungsgemäßes Mieterhöhungsverlangen beginnt die Überlegungsfrist nicht zu laufen und erst der fruchtlose Ablauf der Überlegungsfrist setzt die Klagefrist in Gang. Nur eine innerhalb der Klagefrist erhobene Zustimmungsklage sollte zulässig sein. Letztendlich war nach bisheriger Auffassung das Mieterhöhungsverlangen mittelbar eine besondere Sachentscheidungsvoraussetzung der Zustimmungsklage gem. § 558b BGB. Das hatte zur Folge, dass eine Klage auf Zustimmung zur

⁷² BGH (VIII ZR 347/04) WuM 2005, 573 = NJW 2005, 2773 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 10 mit Anm. *Eisenschmid*; *Schmid*, MDR 2005, 971; *Wiek*, WuM 2005, 575; *Bieber*, MietRB 2005, 281, 282; *Schmid*, ZMR 2005, 836; *Drasdo*, NJW-Spezial 2005, 531; *Schach*, GE 2005, 1462; *Kinne*, GE 2005, 1160; *Becker*, GE 2005, 1335; *Bongard*, GE 2005, 1338.

⁷³ Zur historischen Entwicklung der Vorschriften über die Mietsicherheit: *Börstinghaus* in FS Blank (2006) S. 77.

⁷⁴ Für Kündigungsrelevanz der ursprünglich vereinbarten Miete: *Schwab*, NZM 2019, 36; für Maßgeblichkeit der dauerhaft geminderten Miete: *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 21/2017 Anm. 1.

⁷⁵ BGH (VIII ZR 193/16) WuM 2017, 644 = NZM 2018, 28 = NJW 2018, 939 = MietPrax-AK § 543 BGB Nr. 43 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 21/2017 Anm. 1; *Blank*, WuM 2017, 647; *Beyer*, jurisPR-MietR 23/2017 Anm. 3; *Wichert*, MietRB 2017, 343; *Drasdo*, NJW-Spezial 2018, 34.

⁷⁶ Zur Rechtsgeschichte des Miethöherechts siehe *Börstinghaus*, WuM 2018, 610.

⁷⁷ ausf. *Wünnemann*, Das Mieterhöhungsverlangen nach § 2 MHG im System des Bürgerlichen Rechts, 2001, 9 ff.

⁷⁸ BGH (VIII ZR 136/17) NJW 2018, 2792 = NZM 2018, 742 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 39 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, jurisPR-MietR 17/2018 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2018, 971; *Fleindl*, NZM 2018, 744; *Börstinghaus*, LMK 2018, 410810; *ders.*, DS 2018, 261; *Kunze*, MietRB 2018, 291; *Drasdo*, NJW-Spezial 2018, 641; BGH (VIII ZR 413/12) WuM 2014, 33 = NJW 2014, 1173 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 30 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 1/2014 Anm. 3; *Abramenko*, MietRB 2014, 34; *Fleindl*, ZMR 2014, 268.

Mieterhöhung nicht als unbegründet sondern als unzulässig abzuweisen war, wenn das Mieterhöhungsverlangen formell fehlerhaft war.

Mit dieser jahrelangen Auffassung hat der VIII. Senat⁷⁹ nun gebrochen. Die Einhaltung der Förmlichkeiten des Verfahrens auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung durch den Vermieter nach § 558a BGB (Erklärung und Begründung des Erhöhungsverlangens in Textform) und nach § 558b Abs. 2 BGB (Fristen zur Erhebung der Zustimmungsklage) seien insgesamt dem materiellen Recht zuzuordnen und betreffen deshalb die Begründetheit und nicht die Zulässigkeit der Klage. Der Senat hat sich tief in die Geschichte des Miethöhrechts eingearbeitet und herausgearbeitet, dass es *Hubert Blank* in der 4. Auflage der Wohnraumschutzgesetze⁸⁰ war, der unter Hinweis auf den „eindeutigen Wortlaut“ des § 2 II und III MHG das Erhöhungsverlangen als besondere Prozessvoraussetzung bezeichnet habe. Der Senat vermisst aber sowohl hier, wie auch überall später eine ausreichende Begründung für diese Auffassung. Später hätten alle, vom Gesetzgeber angefangen über das BVerfG und natürliche alle Literaturmeinungen inkl. Promotionen und Untergerichte und sogar selbst der VIII. Senat diese Auffassung kritiklos abgeschrieben, ohne sie zu hinterfragen. Das hat der Senat nun nach 46 Jahren nachgeholt. Dabei kommt er dann zu einem völlig anderen Ergebnis. Die Förmlichkeiten und Fristen für das Mieterhöhungsverfahren und die Zustimmungsklage seien – ausschließlich – dem materiellen Recht zuzuordnen und betreffen nicht die Zulässigkeit der Klage. Die Klage ist also auch bei formellen Mängeln des Zustimmungsverlangens als unbegründet abzuweisen. Die Bedeutung für die Praxis dürfte sehr gering sein. Grundsätzlich hat diese Unterscheidung Bedeutung für die Rechtskraftwirkung einer Entscheidung. Wegen der Klagefrist ist der Unterschied aber wohl nur dogmatischer Natur. Der Vermieter kann aus dem Erhöhungsverlangen in beiden Fällen keine Rechte mehr herleiten. Für Prozessualisten gibt es natürlich noch zwei wesentliche Unterschiede: Die Prüfung der Zulässigkeit der Klage hat von Amts wegen zu erfolgen. Als Tatbestandsvoraussetzung der Begründetheit unterliegt das Erhöhungsverlangen dem Dispositionsgrundsatz. Außerdem spielt die Unterscheidung im Rechtsmittelverfahren eine Rolle. Eine als unzulässig abgewiesene Klage kann das Landgericht gem. § 538 Abs. 2 Nr. 3 ZPO auf Antrag einer Partei unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Urteils an das Amtsgericht zurückverweisen, wenn es der Auffassung ist, die Klage sei zulässig.

b) Die Begründung des Mieterhöhungsverlangens

Gem. § 558 a Abs. 1 BGB muss das Erhöhungsverlangen vom Vermieter begründet werden. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll der Begründungszwang die Möglichkeit zu einer außergerichtlichen Einigung bei einem Mieterhöhungsverlangen fördern und die Vermeidung überflüssiger Zustimmungsklagen bewirken. Die Begründung soll dem Mieter konkrete Hinweise auf die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens geben, damit er während der Überlegungsfrist die Berechtigung der Mieterhöhung überprüfen und sich darüber schlüssig werden kann, ob er dem Mieterhöhungsverlangen zustimmt oder nicht.⁸¹ Außerdem ist der Begründungszwang vom Gesetzgeber eingeführt worden, um im Rahmen der Verhandlungen über das Mieterhöhungsverlangen die Rechtssicherheit im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter zu erhöhen.⁸² Diesem Gesetzeszweck muss bei der Auslegung des § 558 a Abs. 1 BGB und der Festlegung der Anforderungen an eine Begründung ausreichend Rechnung getragen werden. Das

⁷⁹ BGH (VIII ZR 355/18) NZM 2020, 534 = NJW 2020, 1947 = WuM 2020, 439 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 43 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders*, NZM 2020, 541; *ders*, jurisPR-BGHZivilR 14/2020 Anm. 2; *ders*, LMK 2020, 430371; *Happ*, DWW 2020, 219; *Kunze*, MietRB 2020, 226.

⁸⁰ Bis zur 6. Auflage der Vorgänger des heutigen Schmidt-Futterer, Mietrecht.

⁸¹ BGH 8VIII ZR 69/159 NJW 2016, 1385; 8VIII ZR 72/029 NJW 2003, 963; 8VIII ZR 141/029 WuM 2003, 149; 8VIII ZR 41/059 NZM 2006, 101; (VIII ZR 215/05) WuM 2006, 569.

⁸² KG WuM 1984, 101.

Begründungserfordernis darf nicht zum Selbstzweck verkommen, in dem ihm eine inhaltsleere Bedeutung zugemessen wird.⁸³ Die Begründung muss immer dem Ziel dienen, den Anspruch des Vermieters, soweit er materiell begründet ist, möglichst ohne gerichtliche Auseinandersetzung durchzusetzen.⁸⁴ Deshalb muss der Vermieter überprüfbare Tatsachen mitteilen.⁸⁵ Nicht ausreichend ist der Hinweis auf Erfahrungssätze. Diese sind eben keine Tatsachen.⁸⁶ Zusammenfassen kann man diesen Spagat wie folgt: Auf der einen Seite so wenig Formalien wie möglich und auf der anderen Seite so viele Formalien wie nötig.⁸⁷ Um den Zweck des Begründungserfordernisses, eine möglichst vorprozessuale Erledigung des Erhöhungsverlangens, zu erreichen, muss der Vermieter dem Mieter Tatsachen⁸⁸ und keine rechtlichen Wertungen, Schlussfolgerungen oder Wünsche mitteilen. Nur auf der Basis von Tatsachen lässt sich die Berechtigung von Ansprüchen überprüfen. Also muss der Vermieter dem Mieter im Erhöhungsverlangen die Tatsachen liefern, die der Mieter benötigt, um zumindest ansatzweise die Berechtigung des Zustimmungsverlangens zu überprüfen. Dieser Ansatz ist sehr weit.

Der BGH hat sich aktuell mit den Anforderungen an die Begründung mittels Mietspiegel und mittels Sachverständigengutachten befasst:

(1) Der Mietspiegel der Nachbargemeinde – Vergleichbarkeit von Gemeinden

Es ist nicht ganz leicht zu ermitteln, wieviele Mietspiegel es in Deutschland gibt. Nach dem F&B Mietspiegelindex soll es ca. 573 Mietspiegel in Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern geben, davon 378 in Gemeinden mit mehr als 20.000 Einwohnern. Nach einer Untersuchung des Instituts für Volkswirtschaftslehre und Recht der Universität Stuttgart soll es zum Stichtag 31. 2. 2017 in den deutschen Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern 124 qualifizierte Mietspiegel gegeben haben. Das entspricht ca. 8 % der 1553 Städte mit mehr als 10.000 Einwohnern. Nach Angabe des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) gab es zum Stichtag Januar 2019 in 998 Kommunen Mietspiegel, von denen wiederum 161 als qualifiziert bewertet wurden. Im Umkehrschluß bedeutet dies, dass es auf jeden Fall eine großen Zahl von Gemeinden ohne Mietspiegel gibt. Der Gesetzgeber hat deshalb in § 558a Abs. 4 BGB dem Vermieter gestattet, zur Begründung seines Erhöhungsverlangens auf den Mietspiegel einer vergleichbaren Gemeinde Bezug zu nehmen, wenn in der eigenen Gemeinde kein Mietspiegel vorhanden ist.

Was ist aber eine vergleichbare Gemeinde? Dabei geht es zunächst nur um die Frage, ob das Erhöhungsverlangen formell ordnungsgemäß ist. Das OLG Stuttgart hatte in seinem Rechtsentscheid vom 20.02.1982⁸⁹ noch formuliert: „Ein Mieterhöhungsverlangen darf auf den Mietspiegel einer Nachbargemeinde gestützt werden, wenn die Behauptung, dies sei eine vergleichbare Gemeinde, nicht offensichtlich unbegründet ist.“ Damit schieden nur sehr wenige Gemeinden aus. Erforderlich war eine offensichtliche Unbegründetheit. Es konnte also selbst dann ein Mietspiegel einer Nachbargemeinde benutzt werden, wenn die Gemeinden gerade nicht objektiv vergleichbar waren, aber wenn dies nicht „offensichtlich“ war. Der VIII. Senat hat erfreulicherweise⁹⁰ dieser Auffassung

⁸³ *Börstinghaus*, NZM 2009, 681; so jetzt auch LG Zwickau GE 2012, 830.

⁸⁴ BGH (VIII ZR 116/03) NJW-RR 2004, 947; (VIII ZR 41/05) NZM 2006, 101; (VIII ZR 215/05) WuM 2006, 569; (VIII ZR 11/07) NZM 2008, 164.

⁸⁵ AG Leonberg WuM 2016, 669.

⁸⁶ *Börstinghaus*, NZM 2009, 115; aA BGH (VIII ZR 58/08) NZM 2009, 27 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 14 mAnm *Börstinghaus*.

⁸⁷ *Börstinghaus*, NZM 2009, 681.

⁸⁸ BGH (VIII ZR 72/02) NJW 2003, 963; (VIII ZR 141/02) WuM 2003, 149; (VIII ZR 41/05) NZM 2006, 101; (VIII ZR 215/05) WuM 2006, 569; AG Leonberg WuM 2016, 669.

⁸⁹ OLG Stuttgart NJW 1982, 945.

⁹⁰ *Börstinghaus*, NZM 2019, 815.

des OLG Stuttgart eine Absage erteilt.⁹¹ Seiner Meinung muss es sich bei dem in Bezug genommenen Mietspiegel um den „einer vergleichbaren Gemeinde“ handeln. Jede andere Auslegung würde dazu führen, dass der Vermieter sein Mieterhöhungsverlangen auch mit dem Mietspiegel einer nicht vergleichbaren Gemeinde begründen könnte, solange die fehlende Vergleichbarkeit nicht "offensichtlich" sei. Für eine dahingehende Absenkung der ohnehin nicht hohen Anforderungen an die Begründung eines Mieterhöhungsverlangens sah der Senat zu Recht keinen Anlass.

Im konkreten Fall ging es um ein Mietobjekt in der Stadt Stein und den darauf angewandten Mietspiegel der Stadt Fürth. Diese beiden Gemeinden sind nach Ansicht des BGH aber gerade nicht miteinander vergleichbar. Dazu muss eine Gesamtbetrachtung aller Kriterien vorgenommen werden. In der Stadt Fürth leben ca. 125.000 Einwohner, während die Stadt Stein nur ca. 15.000 Einwohner hat. Auch stelle die Stadt Fürth ein sogenanntes Oberzentrum im Sinne des bayerischen Landesentwicklungsprogramms dar, in dem über die zentralörtlichen Einrichtungen der Grundversorgung hinaus für die Einwohner ihres Nahbereichs auch weitere Einrichtungen des spezialisierten höheren Bedarfs vorgehalten werde. Demgegenüber handele es sich bei der Stadt Stein nicht um einen solchen zentralen Ort mit überörtlich relevanten Einrichtungen (etwa Theatern, Kinos, Krankenhäusern). Zudem befänden sich im Stadtgebiet von Stein im Gegensatz zu Fürth weder eine U-Bahn- noch eine S-Bahn-Haltestelle, was für die Erreichbarkeit der infra-strukturellen Angebote sowohl innerhalb der Stadt als auch in der Gesamtregion für die Einwohner von Bedeutung sei. Es reiche nicht aus, dass beide Gemeinden an der Stadtgrenze zu Nürnberg lägen und Nürnberg mit seinem vielfältigen kulturellen, infrastrukturellen und wirtschaftlichen Angebot von beiden Nachbar-Städten aus aufgrund des gemeinsamen Verkehrsverbunds gut zu erreichen sei. Auch die Tatsache, dass wegen dieser Nähe zu Nürnberg die Grundstückspreise in beiden Gemeinden ähnlich seien, führt nach Ansicht des Senats nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Entwicklung der Grundstückspreise lasse keine verlässlichen Rückschlüsse auf die ortsübliche Vergleichsmiete nicht zu.

(2) Der veraltete Mietspiegel

Mietspiegel sind statisch, während die ortsübliche Vergleichsmiete dynamisch ist. Trotzdem enthält das Gesetz keine Regelungen über das Ende der Mietspiegelgültigkeit. Vorgesehen ist lediglich die Fortschreibung von Mietspiegeln alle zwei Jahre. Das bedeutet aber nicht umgekehrt, dass ein Mietspiegel nach Ablauf von zwei Jahren automatisch ungültig wird. Vielmehr ordnet das Gesetz in § 558a Abs. 4 S. 2 BGB gerade ausdrücklich an, dass sogar ein veralteter Mietspiegel als Begründungsmittel benutzt werden kann. Aber unsterblich ist ein solcher Mietspiegel nach Ansicht des BGH⁹² auch nicht. Zumindest ein ca. 20 Jahre alter Mietspiegel kann nicht als Begründungsmittel verwendet werden. Ein solcher Mietspiegel sei kein formell ordnungsgemäßes Begründungsmittel mehr. Die Begründung des Erhöhungsverlangens soll dem Mieter die Möglichkeit geben, dessen sachliche Berechtigung zu überprüfen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden. Hierfür sei es erforderlich, dass die Begründung dem Mieter konkrete Hinweise auf die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens gibt, um während der Überlegungsfrist die Berechtigung der Mieterhöhung überprüfen und sich darüber schlüssig werden zu können, ob er dem Erhöhungsverlangen zustimmt oder nicht. Auch wenn der Senat immer wieder formuliert, dass an das Begründungserfordernis keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürften, so müsse das Erhöhungsverlangen in formeller Hinsicht zumindest Angaben über diejenigen Tatsachen enthalten, aus denen der

⁹¹ BGH (VIII ZR 255/18) NJW 2019, 3515 = WuM 2019, 650 NZM 2019, 813 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 40 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders*, jurisPR-BGHZivilR 22/2019 Anm 3; *ders*, NZM 2019, 815; *ders*, MietRB 2019, 354; *Drasdo*, NJW-Spezial 2019, 737; *Beyer*, jurisPR-MietR 1/2020 Anm. 1.

⁹² BGH (VIII ZR 340/18) NZM 2019, 852 = WuM 2019, 703 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 41 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders*, MietRB 2019, 353; *ders*, jurisPR-BGHZivilR 25/2019 Anm. 2.

Vermieter die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung herleitet, und zwar in dem Umfang, wie der Mieter solche Angaben benötigt, um der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können. Daran fehlt es aber, wenn der Vermieter das Erhöhungsverlangen mit Tatsachen begründe, die eine Mieterhöhung nach § 558 Abs. 1 BGB schon auf den ersten Blick nicht zu tragen vermögen, weil durch deren Mitteilung deutlich wird, dass der Vermieter von falschen Voraussetzungen ausgeht oder das Erhöhungsverlangen in wesentlichen Punkten unvollständig, unverständlich oder widersprüchlich erscheint. Eine derartige Begründung stehe einer fehlenden Begründung gleich, weil durch sie das Ziel des Begründungserfordernisses ebenso wenig erreicht werden kann wie im Falle des vollständigen Verzichtes auf eine Begründung. Es bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Angaben in dem Uralt-Mietspiegel nicht mehr aktuell sind. Die in § 558 Abs. 2 BGB genannten Wohnwertmerkmale unterliegen typischerweise mit fortschreitender Zeit einem Wandel. So könnten etwa im Laufe der Zeit bestimmte Einrichtungen, die einer Wohnung besonderen Wert verleihen und deshalb Gegenstand eines Mietspiegels seien, zur Standardausstattung werden. Auch könne die Bewertung einer Wohnlage durch mit der Zeit auftretende strukturelle Veränderungen beeinflusst werden. All dies könne bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete anhand eines nicht aktualisierten Mietspiegels naturgemäß keine Berücksichtigung finden. Dies führe dazu, dass es dem Mietspiegel insoweit am notwendigen Informationsgehalt fehle und deshalb eine Entscheidung über die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens nicht getroffen werden könne, weil sie zu einem ganz erheblichen Teil auf bloßen Mutmaßungen bezüglich der Art und des Umfangs der Veränderungen beruhen würde.

(3) Der eigentlich nicht passende Mietspiegel

Mietspiegel gelten nie für 100% des Wohnungsbestandes in einer Gemeinde. Es wäre viel zu aufwändig, für jeden noch so kleinen Wohnungsteilmarkt die erforderliche Anzahl von Daten zu erheben. Die Mietspiegelersteller begnügen sich deshalb regelmäßig damit, einen Mietspiegel zu erstellen, der für 70% und mehr der örtlichen Wohnungen Daten enthält. Damit sind in der Folge zwei Fragen verbunden: Kann eine Mieterhöhung für eine Wohnung, für die der Mietspiegel eigentlich keine Daten enthält, mit einem solchen Mietspiegel begründet werden und kann das Gericht mit einem solchen Mietspiegel als Indiz ggf. Beweis über die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete erheben. Die erste Frage hat der Senat in der Vergangenheit besonders großzügig für die Mieterhöhung von Einfamilienhäusern beantwortet.⁹³ Nunmehr hat der Senat⁹⁴ auch ein Mieterhöhungsverlangen für eine Substandardwohnung (ohne Bad und Heizung), das mit dem Mietspiegel Berlin 2015 begründet wurde, für formell wirksam erachtet. Dem stehe nicht entgegen, dass dieser Mietspiegel für Wohnungen ohne (Innen-)WC nach den dortigen Hinweisen keine Anwendung findet. Der Mietspiegel könne gleichwohl als Begründungsmittel herangezogen werden. Zu berücksichtigen sei, dass die fehlende Erfassung derart minderausgestatteter Wohnungen durch den Mietspiegel 2015 darauf zurückzuführen sei, dass solche Wohnungen auf dem Berliner Wohnungsmarkt nicht mehr in ausreichender Zahl vorhanden seien. Die ortsübliche Vergleichsmiete für minderausgestattete Wohnungen könne daher nur durch einen Vergleich mit anderen zwar nicht identischen, aber zumindest ebenfalls sehr einfach ausgestatteten, Wohnungen ermittelt werden. Einschränkend formuliert der Senat, dass zumindest in einer solchen Fallgestaltung ein an sich für eine Wohnung nicht anwendbarer Mietspiegel zur Begründung eines Mieterhöhungsverlangens

⁹³ BGH (VIII ZR 54/15) WuM 2016, 502 = NZM 2016, 580 = NJW 2016, 2656 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 17 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, NZM 2016, 581; *Beyer*, jurisPR-MietR 18/2016 Anm. 2; BGH (VIII ZR 58/08) WuM 2008, 729 = NZM 2009, 27 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 14 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, NZM 2009, 115; *ders.* jurisPR-MietR 26/2008 Anm. 2; *Riecke*, MietRB 2009, 2; *Drasdo*, NJW-Spezial 2009, 66.

⁹⁴ BGH (VIII ZR 355/18) NZM 2020, 534 = NJW 2020, 1947 = WuM 2020, 439 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 43 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, NZM 2020, 541; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 14/2020 Anm. 2; *ders.*, LMK 2020, 430371; *Happ*, DWW 2020, 219; *Kunze*, MietRB 2020, 226.

herangezogen werden könne, wenn er für die Beurteilung der ortsüblichen Vergleichsmiete zumindest eine Orientierungshilfe biete. Die Mieter wären zumindest in der Lage, die Berechtigung der begehrten Erhöhung ansatzweise zu überprüfen.

(4) Das Sachverständigengutachten ohne Wohnungsbesichtigung

Ein eher seltenes, weil teures, Begründungsmittel ist das vorgerichtliche Sachverständigengutachten. Es darf nicht mit einem gerichtlichen Gutachten verwechselt werden. Es handelt sich um ein Parteigutachten und ist selbst kein Beweismittel im Prozess. Die Anforderungen an ein solches Gutachten sind in vielerlei Hinsicht erheblich geringer als an ein gerichtliches Gutachten.⁹⁵ Im Falle der Beifügung eines Sachverständigengutachtens ist der Pflicht des Vermieters zur Begründung seines Mieterhöhungsverlangens grundsätzlich bereits dann Genüge getan, wenn das Gutachten Angaben über Tatsachen enthält, aus denen die geforderte Mieterhöhung hergeleitet wird, und zwar in einem Umfang, der es dem Mieter gestattet, der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachzugehen und diese zumindest ansatzweise selbst überprüfen zu können. Der Sachverständige muss somit eine Aussage über die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete treffen und die zu beurteilende Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnen.⁹⁶ Etwaige kleinere Mängel des Gutachtens führen nicht zur Unwirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens aus formellen Gründen.⁹⁷

Ein gerichtlicher Sachverständiger muss regelmäßig die Wohnung, für die er die ortsübliche Vergleichsmiete ermitteln soll, besichtigen.⁹⁸ Das gilt nach zwei Entscheidungen des BGH⁹⁹ aber nicht für das vorgerichtliche Gutachten. Nach § 558a Abs. 2 Nr. 3 BGB könne zur Begründung eines Mieterhöhungsverlangens auf ein mit Gründen versehenes Gutachten eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Bezug genommen werden. Die Vorschrift verfolge den Zweck dem Mieter im Interesse einer außergerichtlichen Einigung die Tatsachen mitzuteilen, die er zur Prüfung einer vom Vermieter nach § 558 BGB begehrten Mieterhöhung benötigt. Die Begründung des Mieterhöhungsverlangens diene aber nicht dazu, bereits den Nachweis der ortsüblichen Vergleichsmiete zu führen oder dem Mieter ein etwaiges Prozessrisiko abzunehmen. Vielmehr soll das Begründungserfordernis den Mieter lediglich in die Lage versetzen, der Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens nachzugehen und dieses zumindest ansatzweise nachzuvollziehen. Im Falle der Beifügung eines Sachverständigengutachtens sei der Begründungspflicht damit grundsätzlich Genüge getan, wenn das Gutachten Angaben über Tatsachen enthält, aus denen die geforderte Mieterhöhung hergeleitet wird, und zwar in einem Umfang, der es dem Mieter gestattet, der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachzugehen und dieses zumindest ansatzweise selbst überprüfen zu können. Der Sachverständige muss somit eine Aussage über die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete treffen und die zu beurteilende Wohnung in das örtliche Preisgefüge einordnen. Dazu bedarf es in formeller Hinsicht nicht notwendigerweise einer vorherigen Besichtigung der betreffenden Wohnung durch den Sachverständigen. Wirksamkeitsvoraussetzung sei insoweit lediglich, dass die Angaben des Sachverständigen für den Mieter nachprüfbar sind. Wann dies der Fall ist, hängt im Einzelfall davon ab, welche Angaben das Gutachten zu der konkreten

⁹⁵ BGH (VIII ZR 220/13) WuM 2014, 285.

⁹⁶ BGH (VIII ZR 11/07) NJW 2008, 573; (VIII ZR 122/09) NZM 2010, 576.

⁹⁷ BGH (VIII ZR 69/15) WuM 2016, 219 = NJW 2016, 1385 = NZM 2016, 355 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 36 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders*, DS 2016, 73; *ders*, jurisPR-BGHZivilR 6/2016 Anm. 1; *Abramenko*, MietRB 2016, 94; *Drasdo*, NJW-Spezial 2016, 321.

⁹⁸ OLG Oldenburg WuM 1981, 150.

⁹⁹ BGH (VIII ZR 190/17) WuM 2018, 509 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 38 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders*, jurisPR-BGHZivilR 14/2018 Anm. 2; *Beyer*, jurisPR-MietR 20/2018 Anm. 1; BGH (VIII ZR 136/17) NJW 2018, 2792 = NZM 2018, 742 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 39 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders*, jurisPR-MietR 17/2018 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2018, 971; *Fleindl*, NZM 2018, 744; *Börstinghaus*, LMK 2018, 410810; *ders*, DS 2018, 261; *Kunze*, MietRB 2018, 291; *Drasdo*, NJW-Spezial 2018, 641.

(beziehungsweise einer vergleichbaren) Wohnung enthält, nicht aber davon, auf welchem Weg - sei es durch eine vorherige Wohnungsbesichtigung oder in anderer Weise - der Sachverständige die tatsächlichen Grundlagen für diese Angaben gewonnen habe.

Das Gutachten muss also Tatsachen zu den 5 Wohnwertmerkmale des § 558 Abs. 2 BGB enthalten. Art, Lage und Baualter sind dabei sicher ohne Wohnungsbesichtigung für den Sachverständigen ermittelbar. Zumindest von außen sollte aber eine Inaugenscheinnahme stattfinden, da die Lage und äußere Beschaffenheit nicht aus der Ferne festgestellt werden können. Bei der Größe wird die Einsicht in Pläne auch ausreichen. Zumindest kann der Mieter nach Vorlage des Gutachtens durch Nachmessen seiner Wohnung leicht feststellen ob der Gutachter von der richtigen Größe ausgegangen ist. Es bleibt die Ausstattung als typischerweise durch Inaugenscheinnahme zu ermittelndes Wohnwertmerkmal. Fotos aus der Wohnung oder Kenntnisse des Sachverständigen aus vorherigen Wohnungsbesichtigungen oder auch die Besichtigung von Vergleichswohnungen können hier weiterhelfen.

(5) Vergleichswohnungen aus anderem Preisregime

Die Benennung von mindestens drei Vergleichswohnungen ist bekanntlich das schlechteste, weil am wenigsten überzeugende, Begründungsmittel eines Erhöhungsverlangens. Es wird so gut wie immer Wohnungen geben, für die mehr Miete gezahlt wird als für die Vertragswohnung. Welche Anforderungen im Einzelnen an die Qualität der Vergleichswohnungen zu stellen sind, ist immer wieder Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen.

Es gibt Deutschland verschiedene Miethöheregime, nämlich den preisfreien und den preisgebundenen Wohnungsbau, wobei letzterer regional noch sehr zersplittert ist. Die §§ 557– 561 BGB gelten nicht für Mietverhältnisse, für die noch die Kostenmiete nach dem WoBindG, der II. BV und der NMV zu zahlen ist. Für diesen Wohnungsbestand sind diese Vorschriften Spezialvorschriften. Etwas anderes gilt jedoch für den geförderten Wohnungsbau in einigen Bundesländern. Nach Übertragung der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit für den Bereich der Wohnraumförderung durch das „Gesetz zur Überleitung der sozialen Wohnraumförderung auf die Länder – Wohnraumförderungs-Überleitungsgesetz“ (WoFÜG) im Rahmen der Föderalismusreform auf die Länder, haben inzwischen zahlreiche Bundesländer abweichende Regelungen erlassen. Der Senat hatte über eine Mieterhöhung für eine geförderte Wohnung in Schleswig-Holstein zu entscheiden. Dort gilt seit dem 1. 7. 2009 das Gesetz über die Wohnraumförderung (SHWoFG). Seit 2014 darf die Miete in drei Jahren um lediglich 9 % erhöht werden (Kappungsgrenze). Das Verfahren richtet sich gem. § 16 Abs. 7 SHWoFG nach den §§ 558 ff. BGB. Im konkreten Verfahren begründete die Vermieterin die Mieterhöhung mit fünf Vergleichswohnungen, bei denen es sich ebenfalls um öffentlich geförderten, preisgebundenen Wohnraum handelt. Nach Ansicht des VIII. Senats¹⁰⁰ stellte dies keinen formellen Mangel des Zustimmungsverlangens dar.

Die Begründung des Erhöhungsverlangens solle dem Mieter die Möglichkeit geben, dessen sachliche Berechtigung zu überprüfen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden. Hierfür ist es erforderlich, dass die Begründung dem Mieter konkrete Hinweise auf die sachliche Berechtigung des Erhöhungsverlangens gibt, um während der Überlegungsfrist die Berechtigung der Mieterhöhung überprüfen und sich darüber schlüssig werden zu können, ob er dem Erhöhungsverlangen zustimmt oder nicht. Das Erhöhungsverlangen muss in formeller Hinsicht zumindest Angaben über Tatsachen enthalten, aus denen der Vermieter die Berechtigung der geforderten Mieterhöhung herleitet, und

¹⁰⁰ BGH (VIII ZR 236/18) WuM 2020, 86 = NZM 2020, 459 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 42 mit Anm. Börstinghaus; ders, jurisPR-MietR 4/2020 Anm. 1; Mettler, MietRB 2020, 65; Drasdo, NJW-Spezial 2020, 193.

zwar in dem Umfang, wie der Mieter solche Angaben benötigt, um der Berechtigung des Erhöhungsverlangens nachgehen und diese zumindest ansatzweise überprüfen zu können.

Dabei unterscheidet der Senat zwischen dem materiellen Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete und dem formellen Begründungszwang. Nach der Legaldefinition des § 558 Abs. 2 BGB ist bei der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete solcher Wohnraum ausgenommen, bei dem die Miethöhe durch Gesetz oder im Zusammenhang mit einer Förderzusage festgelegt worden ist, was vorliegend auf sämtliche Vergleichswohnungen zutrifft. Deshalb war es bis zu dieser BGH Entscheidung wohl hM, dass die Benennung von Wohnungen aus dem preisgebundenen Wohnungsmarkt generell nicht zur Begründung eines Erhöhungsverlangens nach § 558a Abs. 2 Nr. 4 BGB geeignet ist, weil eine Erhöhung gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB nur bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete möglich sei, an deren Bildung preisgebundene Wohnungen gemäß § 558 Abs. 2 Satz 2 BGB gerade nicht teilnehmen. Nach Ansicht des Senats verkennt die Auffassung aber, dass die Angabe von Vergleichswohnungen im Mieterhöhungsverlangen nicht dazu dient, bereits den Nachweis der ortsüblichen Vergleichsmiete zu führen. Sie soll vielmehr den Mieter lediglich in die Lage versetzen, das Erhöhungsverlangen zumindest ansatzweise nachzuvollziehen und gegebenenfalls mittels weiterer Nachforschungen die Vergleichbarkeit der Wohnungen zu überprüfen. Dem Mieter sei es hiernach nicht nur zumutbar, aufgrund der im Erhöhungsverlangen mitgeteilten Tatsachen weitere Informationen einzuholen; das Erhöhungsverlangen dient vielmehr gerade dazu, ihn hierzu zu befähigen. Denn anhand der Benennung der Wohnungen wird der Mieter nicht nur in die Lage versetzt, weitere Nachforschungen über die in § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB benannten Wohnmerkmale der Vergleichswohnungen, sondern auch über die gezahlte Miete anzustellen. So besteht die Möglichkeit, zu ermitteln, ob es sich bei der Miete um eine Nettokaltmiete, eine Pauschalmiete, eine Teilpauschalmiete oder um eine preisgebundene Miete handelt und wie die Mietbindung im Einzelfall ausgestaltet ist. Der Umstand, dass der Mieter allein anhand des Erhöhungsverlangens die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete nicht abschließend mittels der Vergleichswohnungen überprüfen kann, steht der formellen Wirksamkeit des Erhöhungsverlangens nicht entgegen.

Zum einen diene die Begründung des Erhöhungsverlangens nicht dem Nachweis der ortsüblichen Vergleichsmiete. Zum anderen resultieren die Schwierigkeiten nicht in erster Linie aus der Benennung preisgebundener Wohnungen, sondern ergeben sich daraus, dass der Angabe von entsprechenden Entgelten lediglich dreier vergleichbarer Wohnungen mangels valider Datengrundlage ohnehin ein begrenzter Erkenntniswert bezüglich der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete zukomme.

Die Entscheidung ist in einem Erhöhungsverfahren für preisgebundene Wohnungen ergangen. Sie enthält aber hinsichtlich der formalen Anforderungen keine Beschränkungen auf dieses Regelungsregime. Sie dürfte deshalb auch einer Mieterhöhung im preisfreien Wohnungsbau anzuwenden sein. Dort dürfte die Diskrepanz zwischen den (preisgebundenen) Vergleichswohnungen und der maßgeblichen ortsüblichen Vergleichsmiete regelmäßig größer sein. Die Entscheidung führt wieder einmal dazu, dass die maßgeblichen Informationen entweder vom Mieter vorgerichtlich besorgt werden müssen, was eigentlich nicht seine Aufgabe ist, oder im gerichtlichen Verfahren durch ein Gutachten ermittelt werden müssen. Das hat dann aber ein nicht unerhebliches Kostenrisiko zur Folge.

6. Die Reaktionsmöglichkeiten des Mieters

a) Die konkludente Zustimmung

Das Mieterhöhungsverfahren auf die ortsübliche Vergleichsmiete ist bekanntlich ein gesetzestütztes Zustimmungsverfahren. Dem Vermieter steht unter den Voraussetzungen der §§ 558 ff BGB ein durchsetzbarer Anspruch auf Annahme des Angebots auf Vertragsänderung zu.

Anders als für das Mieterhöhungsverlangen des Vermieters gem. § 558 a Abs. 1 BGB ist für die Zustimmung des Mieters grds. von Gesetzes wegen keine Form vorgeschrieben.¹⁰¹ Möglich ist deshalb, dass die Zustimmung des Mieters ausdrücklich oder auch konkludent erfolgt.¹⁰² Eine konkludente Willenserklärung setzt voraus, dass der Vermieter aus einem bestimmten Mieterverhalten nur den Schluss ziehen konnte, der Mieter wolle damit die verlangte Zustimmungserklärung abgeben. Ob das Verhalten als konkludente Willenserklärung zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, die nicht schematisch erfolgen darf, sondern von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängt.¹⁰³ Maßstab dafür ist wie bei der Auslegung jeder Willenserklärung der objektive Empfängerhorizont, also der des Vermieters.¹⁰⁴ Voraussetzung für die Annahme einer konkludenten Willenserklärung ist aber auch, dass demjenigen, der eine solche konkludente Erklärung abgegeben haben soll, überhaupt bewusst ist, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben.

Die stärkste Form der konkludenten Zustimmung zu einer Mieterhöhung ist die Zahlung der erhöhten Miete.¹⁰⁵ Hat der Vermieter den Mieter ausdrücklich aufgefordert, einer Mieterhöhung zuzustimmen und zahlt der Mieter dann, ohne zuvor sein Einverständnis ausdrücklich erklärt zu haben die erhöhte Miete, dann weiß der Mieter zum einen, dass er rechtsgeschäftlich tätig wird, da er ja zur Zustimmung aufgefordert wurde und der Empfänger der Zahlung kann dies nur als Zustimmung verstehen. Von daher kommt zunächst dem Angebot des Vermieters auf Abschluss der Änderungsvereinbarung für die Auslegung einer Zahlung als Zustimmung große Bedeutung zu. Hat der Vermieter dem Mieter ein Mieterhöhungsverlangen nach § 558 BGB mit ausdrücklicher Aufforderung zur Zustimmung zu einer Mieterhöhung zukommen lassen, dann darf ein Vermieter aus der Sicht eines objektiven Empfängers nach bisher wohl überwiegender Auffassung¹⁰⁶ bereits eine einzige Zahlung als Zustimmung verstehen. Dies gilt erst recht, wenn der Mieter den Dauerauftrag entsprechend anpasst.¹⁰⁷ Teilweise wird jedoch immer noch vertreten, dass erst mehrere Zahlungen eine Zustimmung bedeuten.¹⁰⁸ Dabei stellt sich die Frage, wie viele Zahlungen es sein sollen und was dann die Zahlungen sein sollen, die der Mieter bereits geleistet hat, aber die nach Ansicht der Vertreter dieser Meinung als Zustimmung noch nicht ausreichen. Etwas überspitzt gesagt, müsste man solche Zahlungen, da sie ja bewusste rechtsgrundlose Zahlungen darstellen, als Spenden des Mieters an den Vermieter verstehen. Freiwillige Mehrzahlungen ohne Rechtsgrund sind lebensfremd. Nach aktueller Ansicht des BGH¹⁰⁹ kann zumindest eine mehrmalige vorbehaltlose Zahlung der erhöhten Miete als schlüssig erklärte Zustimmung des Mieters zum Mieterhöhungsverlangen gewertet werden. Offengelassen hat der Senat ausdrücklich, ob schon in der erstmaligen Zahlung der

¹⁰¹ BGH (VIII ZB 74/16) NZM 2018, 279 = MietPrax-AK § 559b BGB Nr. 6 mit Anm. *Börstinghaus*; AG Pankow/Weißensee GE 2016, 335; AG Neuruppin WuM 2013, 232; AG Hannover ZMR 2010, 290; AG Schöneberg NZM 2009, 123; MüKoBGB/Artz § 558b Rn. 4; Bub/Treier MietR-HdB/Schultz Kap. III A Rn. 1433.

¹⁰² LG Wuppertal NJWE-MietR 1997, 266; *Schmid* ZMR 2007, 514; *Kossmann/Meyer-Abich* Wohnraummiet-HdB § 154 Rn. 5.

¹⁰³ LG Wuppertal NJWE-MietR 1997, 266; LG Kiel WuM 1993, 198; LG Aachen WuM 1988, 280; LG Berlin WuM 1985, 311.

¹⁰⁴ LG Wuppertal NJWE-MietR 1997, 266; LG Kiel WuM 1993, 198.

¹⁰⁵ *Beuermann* GE 1990, 84.

¹⁰⁶ LG Berlin GE 2009, 1625; LG Trier WuM 1994, 217; LG Kiel WuM 1993, 198; LG Berlin WuM 1989, 308; LG Braunschweig WuM 1986, 142; AG München ZMR 2014, 460; AG Frankfurt ZMR 1989, 180, DWW 1987, 263; *Artz* NZM 2005, 367 (369); *Sternel* MietR Kap. IV Rn. 9; *Staudinger/V. Emmerich* BGB § 558b Rn. 6; Bub/Treier MietR-HdB/Schultz Kap. III A Rn. 1434; *Herrlein/Kandelhard/Both* BGB § 558b Rn. 5.

¹⁰⁷ LG Berlin WuM 1987, 266.

¹⁰⁸ LG Leipzig NZM 2002, 20; LG Düsseldorf DWW 1999, 377; AG Mannheim NZM 2012, 561 mit Anm.

Börstinghaus, jurisPR-MietR 8/2012 Anm. 1; *Lammel* WohnraumMietR BGB § 558 b Rn. 15.

¹⁰⁹ BGH (VIII ZB 74/16) WuM 2018, 151 = NZM 2018, 279 = MietPrax-AK § 558b Nr. 5 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 8/2018 Anm. 1; *Beyer*, jurisPR-MietR 7/2018 Anm. 2.

erhöhten Miete die konkludente Zustimmung des Mieters zu der geforderten Mieterhöhung gesehen werden kann.

b) Die Zustimmung zu einem Mieterhöhungsverlangen, das mit falschen Tatsachen begründet wurde

Stimmt der Mieter einem Mieterhöhungsbegehren des Vermieters zu, so kommt hierdurch unabhängig davon, ob das Mieterhöhungsbegehren gem. § 558a BGB den formellen und materiellen Voraussetzungen der § 558 ff BGB genügt eine vertragliche Vereinbarung über die begehrte Mieterhöhung zustande.¹¹⁰ Fraglich ist in diesem Zusammenhang, welche Rechtsfolgen es hat, wenn der Vermieter im Erhöhungsverlangen falsche Tatsachen angegeben hat, z.B. eine falsche Wohnfläche. Bereits drei Monate nach den ersten drei Urteilen des BGH zu den Auswirkungen von Flächenabweichungen bei der Mietminderung hatte der Senat sich mit einem Erhöhungsverlangen beschäftigt, dem Mieter zwar zugestimmt hatte, dem aber eine um mehr als 10% zu große Fläche zugrunde lag.¹¹¹ Bei der Angabe einer zu großen Wohnfläche als Grundlage für die Berechnung der ortsüblichen Miete in einem Mieterhöhungsverlangen sei nicht die im Erhöhungsverlangen zugrunde gelegte Wohnfläche, sondern die tatsächliche, geringere Größe der Wohnung maßgeblich, wenn es sich um eine erhebliche Abweichung handele. Offengelassen hatte der *Senat* damals die Frage, ob das Mieterhöhungsverlangen, das eine falsche Flächenangabe enthält, formell wirksam ist oder nicht. Insofern begründete der *Senat* damals seine Entscheidung zweigleisig. Für den Fall, dass das Erhöhungsverlangen formell wirksam sein, so läge ein gemeinsamer Kalkulationsirrtum, der nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu behandeln sei, vor. Eine Anpassung der getroffenen Vereinbarung habe dann zu erfolgen, wenn die vereinbarte Fläche und die tatsächliche Fläche mehr als 10% voneinander abwichen. Für den Fall, dass man das Mieterhöhungsverlangen als formell unwirksam betrachte, sei es gar nicht zu einer Mieterhöhung gekommen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass der Mieter den beiden Erhöhungsverlangen tatsächlich zugestimmt habe. Hierdurch sei zwar ein Mietabänderungsvertrag gem. § 10 MHG (heute § 557 Abs. 1 BGB) abgeschlossen worden,¹¹² aber auch dieser sei nach den zuvor dargestellten Grundsätzen über das Fehlen einer Geschäftsgrundlage wegen eines beiderseitigen Kalkulationsirrtums auf die wahre Größe anzupassen.

In einem aktuellen Urteil¹¹³ hat der Senat diese Rechtsprechung konkretisiert. Diesmal hatte der Mieter 4 Mieterhöhungsverlangen vorbehaltlos zugestimmt. In den Zustimmungsverlangen errechnete der Vermieter ausgehend von einer Wohnfläche von 113,66 qm jeweils die erhöhte Grundmiete, die jeweils betragsmäßig unter der ortsüblichen Vergleichsmiete nach dem Mietspiegel lagen. Die Wohnung war nur ca. 102 qm groß. Für diesen Fall hat der Senat eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Fehlens der Geschäftsgrundlage abgelehnt. Gemäß § 313 Abs. 1 BGB könne eine Anpassung des Vertrages nur verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und

¹¹⁰ BGH (VIII ZR 373/96) WuM 1998, 100 = NJW 1998, 445; (VIII ZR 192/03) WuM 2004, 485 = NJW 2004, 3115 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 9 mit Anm. *Börstinghaus*; *Wiek*, WuM 2004, 487; *Schach* GE 2004, 999; *Börstinghaus*, BGHReport 2004, 1204; *Maciejewski*, MM 2004, 373; BGH (VIII ZR 234/18) WuM 2020, 155 = NZM 2020, 322 = MietPrax-AK § 557 BGB Nr. 12 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 6/2020 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2020, 290; *Drasdo*, NJW-Spezial 2020, 226.

¹¹¹ BGH (VIII ZR 192/03) WuM 2004, 485 = NJW 2004, 3115 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 9 mit Anm. *Börstinghaus*; *Wiek*, WuM 2004, 487; *Schach* GE 2004, 999; *Börstinghaus*, BGHReport 2004, 1204; *Maciejewski*, MM 2004, 373.

¹¹² *Börstinghaus* in: Schmidt-Futterer, § 557 BGB Rn. 17.

¹¹³ BGH (VIII ZR 234/18) WuM 2020, 155 = NZM 2020, 322 = MietPrax-AK § 557 BGB Nr. 12 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 6/2020 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2020, 290; *Drasdo*, NJW-Spezial 2020, 226.

die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Dabei kann eine Anpassung nur insoweit verlangt werden, als dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Nach Ansicht des Senats unterschied sich der Fall aber in einem maßgeblichen Punkt von dem, der der Entscheidung des Jahres 2004 zugrunde lag. Vorliegend lag die jeweils erhöhte Miete noch unter der ortsüblichen Vergleichsmiete. Der Vermieter hätte die jeweils begehrte betragsmäßige Mieterhöhung auch bei Angabe der richtigen Wohnungsgröße verlangen können. Das war für den Senat ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Parteien auch bei Kenntnis der wahren Wohnfläche dieselbe erhöhte Miete vereinbart hätten.

Der Senat hat für die Anwendung der Grundsätze des Fehlens der Geschäftsgrundlage bei Zustimmungsverlangen gem. § 558a BGB jetzt zwei Pflöcke eingeschlagen: Wenn die Angabe der falschen Tatsachen keine Auswirkung auf das maximal mögliche Endergebnis hat, dann sei es dem Mieter zumutbar, an dem Vertrag festgehalten zu werden. Führt die falsche Tatsache aber zu einer Mietvereinbarung, die erheblich über dem Maximalanspruch des Vermieters liegt, so soll eine Vertragsanpassung erfolgen können. Das Merkmal "erheblich" füllt der Senat mit seiner 10% Rechtsprechung aus. Für die Praxis bleibt jetzt die Frage, ob dies auch für die andere bedeutsame Tatsache bei der Mieterhöhung gilt, nämlich die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete. Soll das gleiche Ergebnis auch dann gelten, wenn der Vermieter eine um mehr als 10% überhöhte ortsübliche Vergleichsmiete angibt? Konsequenter wäre das. Und was ist in den Fällen, in denen die Fläche 5% zu hoch und die ortsübliche Vergleichsmiete auch 5% überschritten wurde? Soll hier die Endsumme zur Geschäftsgrundlage werden? Und dann darf man nicht vergessen, dass bei tatsächlich kleineren Wohnflächen sich auch die ortsübliche Vergleichsmiete nach oben entwickeln kann, da bekanntlich für kleinere Wohnungen regelmäßig höhere Quadratmetermieten gezahlt werden als für größere Wohnungen.

7. Der Zustimmungsprozess

a) Mieterhöhungsverlangen keine besondere Sachentscheidungsvoraussetzung für Zustimmungsklage

Wie oben dargestellt hat der Senat¹¹⁴ die bisher ganz herrschende Auffassung, wonach ein formell ordnungsgemäßes Mieterhöhungsverlangen eine besondere Sachentscheidungsvoraussetzung ist und die Klage bei formellen Mängeln als unzulässig abzuweisen ist, unter Aufgabe seiner eigenen abweichenden Rechtsprechung¹¹⁵ aufgegeben. Die Fragen im Zusammen mit der Einhaltung der Förmlichkeiten des Verfahrens auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung durch den Vermieter nach § 558a BGB (Erklärung und Begründung des Erhöhungsverlangens in Textform) und § 558b Abs. 2 BGB (Fristen zur Erhebung der Zustimmungsklage) seien insgesamt dem materiellen Recht zuzuordnen und betreffen deshalb die Begründetheit und nicht die Zulässigkeit der Klage. In Folge dessen ist eine

¹¹⁴ BGH (VIII ZR 355/18) NZM 2020, 534 = NJW 2020, 1947 = WuM 2020, 439 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 43 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, NZM 2020, 541; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 14/2020 Anm. 2; *ders.*, LMK 2020, 430371; *Happ*, DWW 2020, 219; *Kunze*, MietRB 2020, 226.

¹¹⁵ BGH (VIII ZR 136/17) NJW 2018, 2792 = NZM 2018, 742 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 39 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, jurisPR-MietR 17/2018 Anm. 1; *Beuermann*, GE 2018, 971; *Fleindl*, NZM 2018, 744; *Börstinghaus*, LMK 2018, 410810; *ders.*, DS 2018, 261; *Kunze*, MietRB 2018, 291; *Drasdo*, NJW-Spezial 2018, 641; BGH (VIII ZR 413/12) WuM 2014, 33 = NJW 2014, 1173 = MietPrax-AK § 558a BGB Nr. 30 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 1/2014 Anm. 3; *Abramenko*, MietRB 2014, 34; *Fleindl*, ZMR 2014, 268.

Klage auch bei formellen Mängeln des Zustimmungsverlangens nicht mehr als unzulässig sondern als unbegründet abzuweisen.¹¹⁶

b) Die Ermittlung der ortsüblichen Einzelvergleichsmiete im Prozess

Das Schwergewicht der richterlichen Tätigkeit im Zustimmungsprozess gem. § 558b BGB liegt in der Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete. Hier ist das Gericht bei der Beurteilung der Begründetheit eines Mieterhöhungsverlangens nicht an die formellen Begründungsmittel des § 558a Abs. 2 BGB gebunden.¹¹⁷ Vier der fünf beispielhaft aufgezählten Begründungsmittel für das Mieterhöhungsverlangen in § 558 a Abs. 2 BGB stellen keine prozessualen Beweismittel dar.¹¹⁸ Im Zustimmungsprozess gelten die allgemeinen Beweisregeln der ZPO. Das Gericht kann sich deshalb aller in der ZPO vorgesehenen Beweismittel zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete bedienen, damit es dann am Ende im Rahmen der freien Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO entscheiden kann, ob die verlangte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete übersteigt oder nicht. Etwas anderes gilt lediglich für einen qualifizierten Mietspiegel, dem gem. § 558 d Abs. 3 BGB im Zustimmungsprozess eine Vermutungswirkung zukommt.¹¹⁹

(1) Zweistufige Prüfung der Einzelvergleichsmiete

Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ist in § 558 Abs. 2 BGB definiert. Zur Ermittlung ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der einen repräsentativen Querschnitt der üblichen Entgelte darstellen soll. Im Zustimmungsprozess ist die ortsübliche Vergleichsmiete auf der Grundlage von Erkenntnisquellen zu bestimmen, die die tatsächlichen und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen in einer für die freie tatrichterliche Überzeugungsbildung gem. § 286 ZPO hinreichenden Weise ermittelt haben. Dabei obliegt die Feststellung, ob die verlangte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete nicht übersteigt, dem Tatrichter. Es erfordert im Ergebnis eine konkrete Ermittlung einer Einzelvergleichsmiete. Deren Ermittlung hat in einem zweistufigen Verfahren stattzufinden.¹²⁰ In einem ersten Schritt ist auf der Grundlage generalisiert wohnwertrelevanter Vergleichskriterien die einschlägige Mietpreisspanne des konkreten Mietspiegels festzustellen, bevor in einem zweiten Schritt dann innerhalb dieser Spanne ausgehend vom Mittelwert anhand zusätzlicher qualitativ einzelfallbezogener, den individuellen Wohnwert bestimmender Faktoren die konkrete ortsübliche Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete ermittelt werden kann.

(2) Die erste Stufe: Ermittlung der maßgeblichen Spanne

Ein Mietspiegel, der nicht die Voraussetzungen eines qualifizierten Mietspiegels nach § 558d Abs. 1 BGB erfüllt und dem deshalb keine Vermutungswirkung nach § 558d Abs. 3 BGB zukommt, kann nach der Rechtsprechung des BGH¹²¹ ein Indiz dafür darstellen, dass die dort angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben. Ob dies konkret der Fall ist hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

¹¹⁶ Zu den Einzelheiten siehe oben ■.

¹¹⁷ BGH (VIII ZR 354/12) NJW 2013, 2963; (VIII ZR 267/12) NZM 2013, 612; LG Berlin MM 1992, 171; LG Bochum WuM 1991, 700; AG Frankfurt WuM 2002, 54; AG Bochum DWW 1989, 171; Staudinger/V. Emmerich BGB § 558b Rn. 30; *Kunze/Tietzsch* Miethöhe Teil III Rn. 251.

¹¹⁸ AG Mitte GE 2016, 593.

¹¹⁹ BGH (VIII ZR 46/12) NZM 2013, 138 = MietPrax-AK § 558d BGB Nr. 1 mit Anm. *Börstinghaus*; *Clar* WuM 2013, 233.

¹²⁰ BGH (VIII ZR 245/17) WuM 2019, 202 = NZM 2019, 250 = MietPrax-AK § 558c BGB Nr. 1 mit Anm. *Börstinghaus*; *ders.*, LMK 2019, 415378; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 8/2019 Anm. 1; *Schach*, jurisPR-MietR 8/2019 Anm. 3; *Monschau*, MietRB 2019, 161.

¹²¹ BGH (VIII ZR 245/17), NZM 2019, 250 = MietPrax-AK § 558 c BGB Nr. 1 mit Anm. *Börstinghaus*; BGH (VIII ZR 295/15) WuM 2017, 208; (VIII ZR 46/12) NZM 2013, 138; (VIII ZR 99/09) NZM 2010, 665.

(a) Der einfache Mietspiegel im Prozess

Maßgebend für die Reichweite der Indizwirkung sind dabei insbesondere die Qualität des einfachen Mietspiegels und die Einwendungen der Parteien gegen den Erkenntniswert der darin enthaltenen Angaben. Insofern hat der Senat¹²² für den Dresdner Mietspiegel 2015 eine ausreichende Indizwirkung zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete bejaht. Die Beteiligung der örtlichen Interessenvertreter von Mieter- und Vermieterseite in einer Projektgruppe sowie die Anerkennung der gefundenen Ergebnisse spricht nach der Lebenserfahrung dafür, dass der Mietspiegel die örtliche Mietsituation nicht einseitig, sondern objektiv zutreffend abbildet. Gründe, an der notwendigen Qualität des einfachen Mietspiegels, in welchen 3.948 Datensätze aus der Datenbereitstellung durch Vermieter und aus einer mündlichen Mieterbefragung eingeflossen sind, zu zweifeln, sind weder vorgebracht noch ersichtlich. Soweit die Vermieterin Einwände gegen die Wissenschaftlichkeit und die Anzahl der Wohnlagen vorgebracht hatte, hätten diese allenfalls dessen Einordnung als qualifizierten Mietspiegel in Frage stellen, nicht jedoch die Indizwirkung beeinflussen können.

(b) Der Berliner Mietspiegel 2017

In Berlin gibt es seit Mitte der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts einen Mietspiegel, der auf einer empirischen Datenerhebung beruht. Berlin hat auch gleich nach Einführung des Instruments des qualifizierten Mietspiegels im Jahr 2001 einen solchen Mietspiegel erstellt. Nachdem der BGH¹²³ den Zivilgerichten aufgegeben hatte, die Einhaltung der anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze gem. § 558d Abs. 1 BGB zu überprüfen, war zwischen den verschiedenen Mietberufungskammern des LG Berlin leider aufgrund eines mehr als umstrittenen Gutachtens eines Dortmunder Ökonomen ein Streit¹²⁴ darüber entbrannt, ob man den jeweiligen Mietspiegel nicht zumindest als einfachen Mietspiegel und demnach als Indiz im Zustimmungsverfahren berücksichtigen durfte. Der BGH¹²⁵ hat in einem Verfahren zur Mietpreisbremse für den Mietspiegel Berlin 2017 die Rechtsauffassung der ZK 65 des LG Berlin bestätigt, wonach dieser Mietspiegel zumindest als einfacher Mietspiegel in der Form verwendet werden kann, dass ihm eine Indizwirkung im Prozess zukommt. In Anbetracht der Mitwirkung zahlreicher Stellen und der Anerkennung der gewonnenen Ergebnisse durch Interessenverbände beider Seiten, können die Einwände allenfalls die Qualifikation gem. § 558d Abs. 1 BGB zu Fall bringen.

Der Mietspiegel 2017 wurde von drei Mietervereinen und drei Vereinen, die die Interessen von Vermietern beziehungsweise von Hauseigentümern vertreten, erstellt. Auch wenn zwei der letztgenannten Vereine nur ihre Expertise eingebracht und ihn nicht als qualifizierten Mietspiegel anerkannt haben, so spräche die beschriebene Beteiligung der örtlichen Interessenvertreter und die Anerkennung der gefundenen Ergebnisse durch Vertreter beider Seiten nach der Lebenserfahrung dafür, dass der Mietspiegel die örtliche Mietsituation nicht einseitig, sondern objektiv zutreffend abbildet.¹²⁶ Dies gelte umso mehr, als im Methodenberichts zum Berliner Mietspiegel 2017 der Fa. F+B Forschung und Beratung für Wohnen, Immobilien und Umwelt GmbH ausgeführt ist, dass auch

¹²² BGH (VIII ZR 245/12) WuM 2019, 202 = NZM 2019, 250 = MietPrax-AK § 558c BGB Nr. 1 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, LMK 2019, 415378; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 8/2019 Anm. 1; *Schach*, jurisPR-MietR 8/2019 Anm. 3; *Monschau*, MietRB 2019, 161.

¹²³ BGH (VIII ZR 46/12) WuM 2013, 110 = NZM 2013, 138 = NJW 2013, 775 = MietPrax-AK § 558d BGB Nr. 1 mit Anm. *Börstinghaus; Beuermann*, GE 2013, 150; *Blümmel*, GE 2013, 151; *Börstinghaus*, LMK 2/2013 Anm. 3; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 4/2013 Anm. 4; *Kunze*; MietRB 2013, 68; *Drasdo*, NJW-Spezial 2013, 163; *Clar*, WuM 2013, 233.

¹²⁴ Zum sog. „Mietspiegel-Quiz“ in Berlin: *Börstinghaus*, NJW 2015, 3200.

¹²⁵ BGH (VIII ZR 45/19) NZM 2020, 551 = WuM 2020, 423 = MietPrax-AK § 556g BGB Nr. 4 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, jurisPR-BGHZivilR 13/2020 Anm. 2; *ders.*, MietRB 2020, 194, 195; *Happ*, DWW 2020, 229.

¹²⁶ BGH (VIII ZR 45/19) NZM 2020, 551 = WuM 2020, 423 = MietPrax-AK § 556g BGB Nr. 4 mit Anm. *Börstinghaus*.

die beiden Verbände, die die Interessen der Vermieter und Hauseigentümer vertreten und den Mietspiegel nicht anerkannt haben, nicht nur Änderungen in der Wohnlageneinstufung, sondern auch die Form, den Ablauf und die Ergebnisse der Datenerhebung sowie viele methodische Änderungen bei der Datenauswertung und -ausweisung mitgetragen hätten. Die Sachkunde der beteiligten Mieter- und Vermieterverbände sowie der weiteren als Berater herangezogenen Personen konnte und wurde ernsthaft auch nicht bestritten.

(3) Die zweite Stufe: Ermittlung der Einzelvergleichsmiete innerhalb der Spanne

Die Ermittlung dieser Einzelvergleichsmiete erfolgt in einem zweiten Schritt im Rahmen freier tatrichterlicher Schätzung gem. § 287 Abs. 2, 1 Satz 2 ZPO. Dabei muss das Gericht zur Ermöglichung der Überprüfung die tatsächlichen Grundlagen der Schätzung und ihrer Auswertung im Urteil darlegen.¹²⁷ Das Gericht hat dabei ausgehend vom Mittelwert der Spanne anhand zusätzlicher qualitativ einzelfallbezogener, den individuellen Wohnwert bestimmender Faktoren die konkrete ortsübliche Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete zu ermitteln.¹²⁸ Soweit es eine Orientierungshilfe zur Spanneneinordnung gibt, kann diese angewandt werden.¹²⁹ Es handelt sich um eine taugliche Schätzungsgrundlage, selbst wenn eine Vermutungswirkung nach § 558d Abs. 3 BGB nicht zukommt, da sie auf dem Wissen und den Erfahrungen von Experten des örtlichen Wohnungsmarktes beruht. Es kann deshalb erwartet werden, dass die örtlichen Verhältnisse im hinreichend abgebildet werden.

IV. Die aktuelle Rechtsprechung des VIII. Senats des BGH zur Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen

1. Der Inhalt einer Modernisierungsankündigung

Grundsätzlich gilt auch im Mietrecht, dass jede Partei die Leistung, die sie versprochen hat, erbringen muss. Wegen des Charakters eines Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis und wegen der Bedeutung der Wohnung hat der Gesetzgeber hier aber eine Ausnahme zugelassen. Die Vermieter muss nicht nur den versprochenen Zustand erhalten, was der Mieter gem. § 555a BGB auch dulden muss, er darf darüber hinaus auch seine Leistung verbessern, also den Wohnungsbestand modernisieren. Das muss der Mieter unter den Voraussetzungen der § 555b ff BGB dulden. Anschließend darf der Vermieter die Gegenleistung des Mieters an die neue Leistung seinerseits gem. § 559 BGB anpassen. §§ 555 b u. 559 BGB betreffen also zwei Seiten der gleichen Medaille¹³⁰, in den Gesetzesmaterialien zum Mietrechtsreformgesetz war bereits zur Vorgängervorschrift in § 554

¹²⁷ BGH (VIII ZR 110/04) WuM 2005, 394 = NZM 2005, 498 = NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 11 mit Anm. *Börstinghaus; Thomma*, WuM 2005, 496; BGH (VIII ZR 295/15) NJW 2017, 2679 = WuM 2017, 208 = NZM 2017, 321 = MietPrax-AK § 558b BGB Nr. 4 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, jurisPR-BGHZivilR 8/2017 Anm. 2; *Fleindl*, NZM 2017, 325; *Schach*, MietRB 2017, 155; *Drasdo*, NJW-Spezial 2017, 385; *Beyer*, jurisPR-MietR 14/2017 Anm. 5; BGH (VIII ZR 245/17), NZM 2019, 250 = MietPrax-AK § 558 c BGB Nr. 1 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, LMK 2019, 415378; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 8/2019 Anm. 1; *Schach*, jurisPR-MietR 8/2019 Anm. 3; *Monschau*, MietRB 2019, 161.

¹²⁸ BGH (VIII ZR 245/17), NZM 2019, 250 = MietPrax-AK § 558 c BGB Nr. 1 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, LMK 2019, 415378; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 8/2019 Anm. 1; *Schach*, jurisPR-MietR 8/2019 Anm. 3; *Monschau*, MietRB 2019, 161.

¹²⁹ BGH (VIII ZR 110/04) WuM 2005, 394 = NZM 2005, 498 = NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 11 mit Anm. *Börstinghaus; Thomma*, WuM 2005, 496; BGH (VIII ZR 110/04) WuM 2005, 394 = NZM 2005, 498 = NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 11 mit Anm. *Börstinghaus; Thomma*, WuM 2005, 496.

¹³⁰ Nach BGH (VIII ZR 275/07) NJW 2008, 3630 handelte es sich bei § 554 BGB aF und § 559 BGB um „korrespondierende Regelungen“; nach *Soergel/Heintzmann* BGB § 559 Rn. 1 steht die Vorschrift „in einem direkten Zusammenhang mit § 554 BGB“ (sic. a.F. heute § 555b).

BGB aF von „Gleichlauf“ die Rede.¹³¹ Seit 2013¹³² hat der Gesetzgeber die Duldungspflicht stärker von der Mieterhöhung abgekoppelt. Einwendungen gegen die Duldungspflicht können jetzt nicht mehr mit Gründen erhoben werden, die sich auf die Mieterhöhung beziehen, § 555 d Abs. 2 S. 2 BGB. Der Modernisierungsbegriff beider Normen deckt sich jetzt aber stärker als früher, da § 559 Abs. 1 BGB auf die einzelnen Modernisierungstatbestände des § 555 b Abs. 1 BGB verweist.

Auch wenn die Wirksamkeit einer Modernisierungsankündigung keine Voraussetzung für die anschließende Modernisierungsmieterhöhung ist,¹³³ so ist sie zumindest erforderlich, damit der Vermieter seinen Duldungsanspruch gem. § 555d BGB durchsetzen kann. Erforderlich ist dafür, dass der Vermieter dem Mieter gem. § 555c BGB eine Modernisierungsmaßnahme spätestens drei Monate vor ihrem **Beginn** zukommen lässt. Die Ankündigung muss Angaben über die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen (Nr. 1), den voraussichtlichen Beginn und die voraussichtliche Dauer der Modernisierungsmaßnahme (Nr. 2), den Betrag der zu erwartenden Mieterhöhung, sofern - wie hier - eine Erhöhung nach § 559 BGB verlangt werden soll, sowie die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten (Nr. 3) enthalten. Nach Ansicht des BGH¹³⁴ dürfen an den Inhalt einer solchen Erklärung keine zu strenge Anforderungen gestellt werden.

Für Maßnahmen der energetischen Modernisierung bedarf es vor diesem Hintergrund der Information des Mieters über diejenigen Tatsachen, die es ihm ermöglichen, in groben Zügen die voraussichtlichen Auswirkungen der Umsetzung der baulichen Maßnahme auf den Mietgebrauch abzuschätzen sowie, gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe, vergleichend zu ermitteln, ob die geplanten baulichen Maßnahmen voraussichtlich zu einer nachhaltigen Energieeinsparung führen werden. Der Senat¹³⁵ überträgt dabei seine Rechtsprechung zu §§ 559, 559b BGB auf die Modernisierungsankündigung gem. § 555c BGB. Hier hat der Senat bereits seit Jahren keine besonders strengen Anforderungen an den Inhalt der Erklärung gestellt.¹³⁶ Die Interessenlage sei jedenfalls insoweit vergleichbar, als der Mieter auch bei einer Ankündigung nach § 555c Abs. 1 BGB seine Überlegungen über die Geltendmachung von Gegenrechten regelmäßig einbeziehen wird, ob die angekündigte Maßnahme eine Modernisierung im Sinne des § 555b Nr. 1 BGB darstellt und in welchem Verhältnis die zu erwartenden positiven Auswirkungen der baulichen Maßnahmen auf die Mietsache zu den nachteiligen Folgen, die mit der Duldung einhergehen, stehen.

2. Die umlagefähigen Kosten

Nach § 559 Abs. 2 BGB gehören Kosten, die für eine Erhaltung der Mietsache erforderlich gewesen wären, nicht zu den aufgewendeten Kosten, die der Vermieter mit heute 8% zum Gegenstand einer Mieterhöhung machen kann. Dementsprechend sind Modernisierungsmaßnahmen, deren Kosten gemäß § 559 Abs. 1 BGB aF auf den Mieter umgelegt werden können, abzugrenzen von reinen Erhaltungsmaßnahmen, die zur Instandhaltung oder Instandsetzung der Mietsache erforderlich sind und deren Durchführung der Vermieter daher bereits nach § 535 Abs. 1 S. 3 BGB ohne Mieterhöhungsmöglichkeit schuldet. Erfüllt eine bauliche Veränderung sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen einer Modernisierungs- als auch einer Erhaltungsmaßnahme, hat der Vermieter dem Grunde nach Anspruch auf eine Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB. Bei der Ermittlung der Höhe der umlagefähigen Kosten sind aber nach Maßgabe des § 559 Abs. 2 BGB

¹³¹ BT-Drs. 14/4553.

¹³² BGBl. 2013 I 434.

¹³³ BGH (VIII ZR 164/10) NJW 2011, 1220; (VIII ZR 76/15) NZM 2016, 46.

¹³⁴ BGH (VIII ZR 55/19) GE 2020, 921 = MietPrax-AK § 555c BGB Nr. 2 mit Anm. Eisenschmid; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 15/2020 Anm. 1; Kunze, MietRB 2020, 225.

¹³⁵ BGH (VIII ZR 332/18) WuM 2020, 80 = NZM 2020, 281 = MietPrax-AK § 555c BGB Nr. 1 mit Anm. Eisenschmid; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 5/2020 Anm 3; Dötsch, MietRB 2020, 100.

¹³⁶ BGH (VIII ZR 121/17) WuM 2018, 723; (VIII ZR 47/05) NJW 2006, 1126; (VIII ZR 175/02) WuM 2004, 154.

entsprechende Kürzungen vorzunehmen. Bisher musste der Vermieter fiktive zukünftig erst fällig werdende Instandsetzungskosten sich nicht anrechnen lassen.¹³⁷ Das entsprach auch schon vor der Gesetzesänderung 2013 der ganz herrschenden Auffassung und zwar sowohl im freifinanzierten¹³⁸ wie auch im öffentlich geförderten Wohnungsbau.¹³⁹ Die Beschränkung auf fällige Instandsetzungskosten sollte Investitionen fördern. Dementsprechend hatte eine Kürzung der Modernisierungskosten dann nicht zu erfolgen, wenn vorhandene Bauteile durch eine moderne höherwertige Ausstattung zu einem Zeitpunkt ersetzt werden, zu dem ihre durchschnittliche Lebensdauer zwar zu einem erheblichen Teil abgelaufen ist, Maßnahmen zur Erhaltung aber noch nicht "fällig" sind, weil die vorhandenen Bauteile noch ausreichend funktionsfähig sind und ihnen auch sonst ein unmittelbar zu beseitigender Mangel nicht anhaftet. Diese Auffassung stützte sich auf den Wortlaut des § 559 Abs. 2 BGB, nämlich auf die Formulierung, dass Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen "erforderlich gewesen wären", nicht zu den aufgewendeten Kosten gemäß § 559 Abs. 1 BGB aF gehören.

Dies hat der Senat¹⁴⁰ nun anders gesehen. Seiner Meinung erlaubt der Wortlaut der Norm aber durchaus auch eine andere Auslegung. Der Formulierung lasse sich nicht zwingend entnehmen, dass für die anspruchsmindernde Berücksichtigung von Instandhaltungskosten die "Fälligkeit" der betreffenden Erhaltungsmaßnahmen vorausgesetzt wird. Ebenso vereinbar mit dem Wortlaut sei unter Berücksichtigung des Umstands, dass die einzelnen Bauteile eines Mietobjekts laufend altern und je nach ihrer durchschnittlichen Lebensdauer in bestimmten Zeitabständen vom Vermieter zu erneuern sind, eine Auslegung, wonach der Kostenaufwand, der zeitanteilig auch für die Erhaltung eines Bauteils anfällt, in dem Umfang, in dem er bei fiktiver Betrachtung zum Zeitpunkt der Durchführung der baulichen Veränderung in Anbetracht des bereits verstrichenen Anteils der zu erwartenden Gesamtlebensdauer des betreffenden Bauteils für dessen Erhaltung erforderlich wäre, von der Umlagefähigkeit nach § 559 Abs. 1 BGB aF ausgeschlossen ist.

Der Senat legt dabei Wert auf die Feststellung, dass diese keine Rechtsprechungsänderung darstelle. Seine bisherigen Urteile zu dem Thema hätten sich mit der Frage gar nicht befasst. Die Frage habe sich bisher für ihn noch nie so gestellt. Vor diesem Hintergrund sei seinen früheren Ausführungen, soweit sie an "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen anknüpften, nicht die Wertung beizumessen, dass ein anteiliger Abzug von noch nicht "fälligem" Instandsetzungsaufwand nicht in Betracht komme. Vielmehr geböten Sinn und Zweck der Modernisierungsvorschriften es vielmehr, nicht nur in der Fallgestaltung, dass der Vermieter sich durch die Modernisierung bereits "fällige" Instandsetzungsmaßnahmen erspart oder solche anlässlich der Modernisierung miterledigt werden, einen Abzug des Instandhaltungsanteils vorzunehmen, sondern auch bei der modernisierenden Erneuerung von Bauteilen und Einrichtungen, die bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihrer Nutzungsdauer abgenutzt worden sind, so dass der Vermieter durch die Modernisierung in erheblichem Umfang fiktive Instandhaltungskosten erspart. Der Regelungszweck verlange vielmehr gerade nicht in den Fällen, in denen schon länger genutzter Bauteile durch solche von besserer Qualität und höherem Wohnkomfort ersetzt werden, die gesamten für diese Maßnahme aufgewendeten Kosten ungekürzt auf den Mieter umzulegen. Denn Sinn der Modernisierungsvorschriften sei es gerade nicht, dem Vermieter auch die Umlage von Instandhaltungskosten auf den Mieter zu ermöglichen; vielmehr sollen nur Verbesserungen der Mietsache (Energieeinsparung, nachhaltige Erhöhung des Gebrauchswerts, Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse) dadurch gefördert werden, dass für den Vermieter durch die

¹³⁷ *Fleindl*, NZM 2016, 65.

¹³⁸ OLG Hamm NJW 1981, 1622; OLG Celle NJW 1981, 1625; OLG Hamburg WuM 1983, 13.

¹³⁹ BVerwG GE 1983, 129.

¹⁴⁰ BGH (VIII ZR 81/19) WuM 2020, ■ = MietPrax-AK § 559 BGB Nr. 8 mit Anm. Börstinghaus.

Möglichkeit der Umlage der darauf entfallenden Kosten auf den Mieter ein Anreiz zur Vornahme dieser Maßnahmen gesetzt wird, und die Interessen des Mieters dadurch gewahrt werden, dass er spiegelbildlich von einer Erhöhung des Gebrauchswerts profitiert. Hier entscheidend auf die "Fälligkeit" von Erhaltungsmaßnahmen abzustellen, würde in zahlreichen Fällen zu zufälligen Ergebnissen führen. Besonders augenfällig werde dies, wenn Modernisierungsmaßnahmen zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Lebensdauer der ersetzten Bauteile oder Einrichtungen bereits zu einem sehr großen Teil abgelaufen ist.

Die Umlagefähigkeit der reinen Modernisierungskosten wird durch den Abzug fiktiv ersparter Instandhaltungskosten in derartigen Fallgestaltungen nicht infrage gestellt. Auch wird die Ermittlung der umlagefähigen Modernisierungskosten dadurch nicht nennenswert erschwert, denn regelmäßig wird eine Schätzung genügen gem. § 559 Abs. 2 Halbs. 2 BGB, die sich an der üblichen Lebensdauer der erneuerten Einrichtung und dem bereits eingetretenen Abnutzungsgrad orientiert.

In der Praxis wird bei Modernisierungsmieterhöhungen nun so gut wie immer ein Abzug für fiktive Erhaltungskosten zu erfolgen haben. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen der Vermieter neue Bauteile wegen einer Modernisierung austauscht. Selbst bei gesetzlich vorgeschriebenen Maßnahmen gibt es in der Regel Übergangsfristen. Der Vermieter muss sich die anteilige Nutzung der verbauten Bauteile ggf. monatsgenau anrechnen lassen. Dazu bedarf es dreier Werte, nämlich dem Anschaffungsdatum des Bauteils, dem Datum des Ausbaus bzw. der Erneuerung sowie der „üblichen Lebensdauer“ solcher Bauteile. Dabei ist die technische Lebensdauer nicht mit der wirtschaftlichen Nutzungsdauer identisch. Deshalb sind AfA Tabellen der Finanzämter eher ungeeignet. Mit technischer Lebensdauer ist der Zeitraum gemeint, während dessen die Nutzbarkeit und die vorgesehene Funktion des Bauteils nicht mehr erfüllt werden kann und für eine Bestandserhaltung mehr aufzuwenden ist, als die Kosten zur Herstellung des Bauteils ausmachen. Nicht übersehen werden darf auch, dass die Lebensdauer einzelner Bauteile nicht nur von dem Bauteil selbst abhängen kann, sondern auch von der gesamten Bauteilkonstruktion, d.h. von den Bauteilen, die für die Nutzung dieses Bauteils mit erforderlich sind. Anhaltspunkte können hier entsprechende Tabellenwerke von Sachverständigen und Architekten geben.¹⁴¹ Auch die Wertermittlungsrichtlinie 2006 kann herangezogen werden. Streitpotential ist hier sicher genügend vorhanden.

3. Der Ausschlussbestand der wirtschaftlichen Härtegründe

Im Jahre 2013 hat der Gesetzgeber die Duldungspflicht und die anschließende Möglichkeit zur Mieterhöhung voneinander entkoppelt. Während der Mieter bis dahin die gesamte Modernisierungsmaßnahme verhindern konnte, wenn die anschließende Mieterhöhung für ihn eine wirtschaftliche Härte darstellte, muss er nach neuem Recht die Arbeiten dulden und kann sich lediglich gegenüber der Mieterhöhung verteidigen, "soweit" diese für ihn eine wirtschaftliche Härte darstellen würde. Aber auch das geht nicht schrankenlos. Nach § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB ist eine Mieterhöhung ausgeschlossen, soweit sie auch unter Berücksichtigung der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten für den Mieter eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Die Beurteilung, ob eine Modernisierungsmaßnahme für den Mieter eine nicht zu rechtfertigende Härte bedeuten würde, erfordert eine umfassende Einzelfallprüfung.

Auf Seiten des Mieters ist vor allem seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zur Entrichtung der höheren Miete ausschlaggebend. Zu berücksichtigen sind weiter eventuelle Einsparungen von Energiekosten. Jedoch sind nicht alle Modernisierungsmaßnahmen nach § 555b Nr. 1 BGB zwingend mit einer finanziellen Ersparnis verbunden sind. Teilweise können sie sogar zu einer

¹⁴¹ z.B. der BTE-Lebensdauer katalog des BTE – Bund Technischer Experten e.V. o.ä.

Betriebskostensteigerung führen. Bei einem ALG II Empfänger stellt die Erhöhung der Miete sowohl um 100 € für den Anbau größerer Balkone wie auch um 65,84 € für eine Fassadendämmung eine Härte im Sinne des § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB dar.¹⁴²

Bei der Abwägung kann nach Ansicht des Senats grundsätzlich auch die Wohnsituation berücksichtigt werden, wozu zählen würde, dass der Mieter gemessen an seinen wirtschaftlichen Verhältnissen und seinen Bedürfnissen eine viel zu große Wohnung nutzt. Dabei darf aber keine schematische Prüfung stattfinden. Deshalb können auch die Größenvorgaben aus den Ausführungsvorschriften zur Gewährung von staatlichen Transferleistungen nicht starr angewandt werden. Diese Vorschriften bestimmten nur, welche staatlichen Unterstützungen ein Mieter zur Deckung seiner Wohnkosten erhalten kann. Daraus lasse sich aber noch nicht ableiten, dass ein auch deutliches Überschreiten der dort angesetzten Wohnungsgrößen zum Nachteil des Mieters im Rahmen der Abwägung nach § 559 Abs. 4 Satz 1 BGB gereicht. Vielmehr gelten hierfür andere Maßstäbe. Hier gelte es abzuwägen, ob der Mieter, der sich einer von ihm nicht beeinflussbaren Entscheidung des Vermieters ausgesetzt sieht, Modernisierungsmaßnahmen an der von ihm angemieteten Wohnung durchzuführen, trotz des Refinanzierungsinteresses des Vermieters seinen bisherigen Lebensmittelpunkt beibehalten darf. Zu berücksichtigen ist dabei auch eine eventuelle Verwurzelung des Mieters in der Wohnung und seine gesundheitliche Verfassung.

Aber Härteeinwände kann der Mieter nicht uneingeschränkt geltend machen. Nach § 559 Abs. 4 S. 2 Ziff. 2 BGB findet keine Härteabwägung statt, wenn die Modernisierungsmaßnahme auf Grund von Umständen durchgeführt wurde, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. Hierunter fallen Modernisierungsmaßnahmen, zu deren Durchführung der Vermieter rechtlich verpflichtet ist. Eine solche rechtliche Verpflichtung besteht etwa bei Modernisierungsmaßnahmen, die der Erfüllung sogenannter Nachrüstpflichten nach der Energieeinsparverordnung (EnEV), insbesondere nach § 10 EnEV, dienen. Hierbei handelt es sich um durch öffentlich-rechtliche Vorschriften zwingend vorgeschriebene Maßnahmen, denen sich der Vermieter nicht entziehen kann.

Davon zu unterscheiden sind die sog. bedingten Anforderungen. Diese schreiben die Einhaltung bestimmter energetischer Anforderungen vor, wenn der Vermieter sich ohne rechtliche Verpflichtung entscheidet, Arbeiten an der Fassade durchzuführen. Hier befindet sich der Vermieter nicht in der gleichen Zwangslage, wie bei den zwingenden Nachrüstpflichten gem. § 10 EnEV. Er führt die Arbeiten ja aufgrund einer freien Entscheidung durch. Er hat es deshalb grundsätzlich in der Hand, ob er die Arbeiten in Angriff nimmt und damit die in § 9 Abs. 1 EnEV normierte Verpflichtung auslöst, eine Wärmedämmung anzubringen, die die Einhaltung eines bestimmten Wärmedurchgangskoeffizienten gewährleistet. Denn wenn die Durchführung solcher Arbeiten letztlich im freien Ermessen des Vermieters steht, bestimmt allein er, ob und wann er die in § 9 Abs. 1 EnEV vorgesehenen Pflichten zur Einhaltung eines bestimmten Wärmedurchgangskoeffizienten auslöst.

Jedoch kann es auch hier zu einer zwingenden Handlungspflicht des Vermieters kommen, die dem Mieter verbietet, sich auf einen Härtefall zu berufen. Das ist dann der Fall, wenn die Durchführung der Arbeiten an dem Gebäude für den Vermieter unausweichlich geworden ist. Dies sei bei einer Erneuerung des Außenputzes dann anzunehmen, wenn die Putzfassade aufgrund altersbedingten Verschleißes oder aufgrund von auf sie einwirkenden schädigenden Ereignissen ersetzt werden muss und zudem der Mieter oder andere Mieter des Anwesens den Vermieter berechtigterweise auf Instandsetzung des Putzes oder auf Mietminderung in Anspruch nehmen beziehungsweise sich der

¹⁴² BGH (VIII ZR 21/19) WuM 2019, 706 = NZM 2019, 928 = NJW 2020, 835 = MietPrax-AK § 559 BGB Nr. 7 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, LMK 2019, 422549; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 1/2020 Anm. 1; *Drasdo*, NJW-Spezial 2020, 1; *Abramenko*, MietRB 2020, 2; *Beyer*, jurisPR-MietR 2/2020 Anm. 4.

Vermieter einer behördlichen Anordnung zur Behebung der Schäden ausgesetzt sieht. Entsprechendes habe auch ohne Aufforderung des Mieters oder einer Behörde dann zu gelten, wenn die Beseitigung von Schäden dringend aus Sicherheitsgründen geboten ist. Denn in all diesen Fällen kann sich der Vermieter nicht der Durchführung der Instandsetzungsmaßnahme entziehen. In diesen Fällen liegt nach Ansicht des BGH¹⁴³ auf Seiten des Vermieters eine den Nachrüstpflichten der EnEV vergleichbare Zwangslage vor. Jedoch gibt es auch hier wiederum eine Ausnahme von der Ausnahme. Nach § 9 Abs. 3 EnEV entfällt die bedingte Nachrüstpflicht, wenn die zwingend zu sanierende Fläche weniger als 10% der Gesamtfläche ausmacht. In diesem Fall handelt der Vermieter, der die ganze Fassade energetisch saniert, wieder freiwillig. Der Mieter kann sich wiederum auf Härtegründe berufen.

Ab 1. November 2020 werden die Vorschriften der EnEV durch das „Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden - Gebäudeenergiegesetz – GEG“ ersetzt. Die Nachrüstpflicht ergibt sich dann aus § 47 GEG.

4. Das Erhöhungsverlangen gem. § 559b BGB

a) Erforderliche Angaben bei einer energetischen Sanierung

An die formelle Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens sind nach ständiger Rechtsprechung des VIII. Senats keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Vielmehr genügt es, wenn der Mieter den Grund der Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann.¹⁴⁴ Hinsichtlich von Baumaßnahmen, für deren Beurteilung es umfangreicher technischer Darlegungen bedarf, ist es ausreichend, wenn der Vermieter die durchgeführte bauliche Maßnahme so genau beschreibt, dass der Mieter allein anhand dessen, wenn auch unter Zuhilfenahme einer bautechnisch oder juristisch sachkundigen Person, beurteilen kann, ob die Baumaßnahme die Anforderungen des § 559 Abs. 1 BGB erfüllt. Bei baulichen Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie ist es ausreichend in der Mieterhöhung neben einer schlagwortartigen Bezeichnung der Maßnahme und der Zuordnung zu den Positionen der Berechnung diejenigen Tatsachen darlegt, anhand derer überschlüssig beurteilt werden kann, ob die bauliche Änderung eine nachhaltige Einsparung von Heizenergie bewirkt. Aus der Modernisierungsmieterhöhungserklärung muss grundsätzlich hervorgehen, in welchem Umfang durch die durchgeführten Maßnahmen fällige Instandhaltungskosten erspart wurden.¹⁴⁵ Hat der Vermieter jedoch erklärt, dass keine Instandsetzungskosten angefallen seien, ist die Modernisierungsmieterhöhung auch dann formell ordnungsgemäß, wenn sich später herausstellt, dass solche Kosten sehr wohl angefallen sind.¹⁴⁶

b) Auswirkungen von Erläuterungsmängeln bei einzelnen Maßnahmen einer einheitlichen Erhöhungserklärung für mehrere Baumaßnahmen

Häufig werden mehrere Modernisierungsmaßnahmen zusammen angekündigt, durchgeführt und später im Rahmen einer gemeinsamen Modernisierungsmieterhöhung abgerechnet. Dann kann sich die Frage stellen, welche Rechtsfolgen es hat, wenn eine einzelne Baumaßnahme gem. § 559b Abs. 1 BGB nicht ausreichend begründet und erläutert wurde. Nach Ansicht des BGH¹⁴⁷ soll dies regelmäßig

¹⁴³ BGH (VIII ZR 21/19) WuM 2019, 706 = NZM 2019, 928 = NJW 2020, 835 = MietPrax-AK § 559 BGB Nr. 7 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, LMK 2019, 422549; *ders.*, jurisPR-BGHZivilR 1/2020 Anm. 1; *Drasdo*, NJW-Spezial 2020, 1; *Abramenko*, MietRB 2020, 2; *Beyer*, jurisPR-MietR 2/2020 Anm. 4.

¹⁴⁴ BGH (VIII ZR 121/17) WuM 2018, 723 = NJW-RR 2018, 1357 = MietPrax-AK § 559b BGB Nr. 6 mit Anm. *Börstinghaus; Beyer*, jurisPR-MietR 7/2019 Anm. 1.

¹⁴⁵ BGH (VIII ZR 121/17) WuM 2018, 726 = NZM 2018, 948 = NJW-RR 2018, 1357 = MietPrax-AK § 559b BGB Nr. 7 mit Anm. *Börstinghaus; ders.*, jurisPR-MietR 22/2018 Anm. 1.

¹⁴⁶ BGH (VIII ZR 121/17) WuM 2018, 723 = NJW-RR 2018, 1357 = MietPrax-AK § 559b BGB Nr. 6 mit Anm. *Börstinghaus; Beyer*, jurisPR-MietR 7/2019 Anm. 1.

¹⁴⁷ BGH (VIII ZR 81/19) WuM 2020, ■ = MietPrax-AK § 559 BGB Nr. 8 mit Anm. *Börstinghaus*.

keine Auswirkungen haben. Gemäß § 139 BGB führt die Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts nur dann zur Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Letzteres ist bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft immer dann der Fall, wenn die nach Abtrennung des von dem Nichtigkeitsgrund betroffenen Teils des Rechtsgeschäfts verbleibenden Regelungen ein selbständige Rechtsgeschäfte bilden und davon auszugehen ist, dass die Parteien dieses Rechtsgeschäft bei Kenntnis der teilweisen Nichtigkeit des ursprünglich beabsichtigten Rechtsgeschäfts abgeschlossen hätten. Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, wie einer Erhöhungserklärung gem. § 559b BGB genügt die Annahme, dass der Erklärende bei Kenntnis des unwirksamen Teils den verbleibenden Teil des Rechtsgeschäfts vorgenommen hätte.

Die Mieterhöhungserklärung gem. § 559b BGB lässt sich in Bezug auf die einzelnen baulichen Maßnahmen, deren Kosten der erstrebten Mieterhöhung zugrunde liegen, durchaus in mehrere selbständige Rechtsgeschäfte trennen. Auch aus Rechtsgründen ist eine derartige Trennung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil nicht ausgeschlossen. Solche Maßnahmen können sogar Gegenstand verschiedener Mieterhöhungserklärungen sein.¹⁴⁸ Die Aufteilung der einheitlichen Mieterhöhungserklärung in selbständige Rechtsgeschäfte ist nach Ansicht des Senats auch nicht aus sonstigen Gründen ausgeschlossen. Dies kann der Fall sein, wenn die Trennung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil gegen gesetzliche Wertungen verstieße. Dies ist hier allerdings nicht der Fall. Insbesondere widerspricht es nicht der gesetzlichen Wertung des § 559b Abs. 1 Satz 2 BGB, dem Mieter im Fall einer teilweise aus formellen Gründen unwirksamen Mieterhöhungserklärung die Ermittlung des restlichen - zu Recht geforderten - Erhöhungsbetrags zuzumuten. Denn dem Mieter wird insoweit nicht mehr als ein einfacher Rechengang abverlangt.

V. Schlussbemerkungen

Die Spruchstätigkeit des VIII. Senats zum Thema Mieterhöhungen war in letzter Zeit sehr umfangreich. Dabei hat der Senat sich wieder nicht davor gescheut, ausgetretene Pfade zu verlassen und jahrzehntelang vertretene Auffassungen aufzugeben. Deshalb sind zumindest in der Wohnraummiete die Entscheidungen aus Karlsruhe viel bedeutsamer als das, was der originäre Gesetzgeber in Berlin liefert. Hier ist nur noch eine Vereinbarung aus dem Koalitionsvertrag umzusetzen, nämlich die vermeintliche Reform des Mietspiegelrechts. Eigentlich hat hier die Praxis den Gesetzgeber schon längst wieder überholt, so dass man die Änderungen besser sein lassen sollte. Selbst das Bundesinstitut für Bau- Stadt und Raumforschung (BBSR) in Bonn scheint nicht an die Reform zu glauben. Es hat im Juni 2020 neue Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln¹⁴⁹ in der 4. Auflage herausgegeben. Das macht bekanntlich keinen Sinn, wenn sich die Rechtsgrundlagen der Mietspiegelerstellung und die Vorschriften über die Beweiserhebung jetzt noch ändern würden. Es wäre doch eine Verschwendung von Steuergeldern, aktualisierte Hinweise herauszugeben, wenn kurze Zeit später eine Rechtsverordnung erscheinen soll. Im Übrigen ist der Begriff der Aktualisierung anscheinend auch relativ. Der Blank/Börstinghaus wird mit der 1. Auflage aus dem Jahr 2000 zitiert, obwohl er in der 6. Auflage im Jahr 2020 erschienen ist. Auch sonst hat man sich kaum die Mühe gemacht, die wissenschaftliche Diskussion jüngster Zeit einzuarbeiten. Die ausgewertete Literatur

¹⁴⁸ BGH (VIII ZR 88/13) WuM 2015, 165 = NZM 2015, 198 = NJW 2015, 934 = MietPrax-AK § 559 BGB Nr. 6 mit Anm. *Börstinghaus*; *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 5/2015 Anm. 2; *Eisenschmid*, WuM 2015, 283; *Kunze*, MietRB 2015, 100.

¹⁴⁹ Herunterladbar:

https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/veroeffentlichungen/sonderveroeffentlichungen/2014/DL_HinweiseErstellungMietspiegel_neu_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=2

stammt mit wenigen Ausnahmen aus den 90 Jahren des letzten Jahrhunderts. Also dann doch lieber die sorgfältigen Entscheidungen aus Karlsruhe als solchen „alten Wein in neuen Schläuchen“.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Zitat nach Matthäus 9, 17.