

# Mietpreisüberhöhung nach § 4 WiStrG in der gewerblichen Miete

Kai-Jochen Neuhaus\*

## I. Einführung

Neben dem Mietobjekt ist die Zahlung der Miete der wichtigste Punkt eines Mietverhältnisses (vgl. § 535 II BGB). Trotz der grundsätzlich größeren Freiheit gegenüber Wohnraum kann aber die Miethöhe nicht unbegrenzt hoch vereinbart werden. Aus welchen Faktoren man die eigentliche Höhe der Miete berechnet, hängt primär davon ab, welche Investitionen der Vermieter für das Mietobjekt aufgewendet hat. Natürlich möchte jeder Vermieter die höchstmögliche Rendite erzielen. Der eigentliche Preis aus Vermietersicht bestimmt sich aber nicht nur aus diesem Wunsch und der Miete von Vergleichsobjekten, sondern vor allem aus den getätigten Investitionen heraus<sup>1</sup>. Zumindest bei Erstellung oder Erwerb des Gebäudes muss der Vermieter betriebswirtschaftlich prüfen, ob und wann sich die Investition rechnet.

Der Mieter hingegen hat - vor allem bei Vermietung vom „Reißbrett“ - ein Interesse daran, dass er keine Phantasiepreise zahlt, sondern den tatsächlichen Wert vergütet<sup>2</sup>. Immer wieder aber kommt es vor, dass Vereinbarungen

über die Miethöhe „aus dem Ruder laufen“, sei es unabsichtlich oder aus Kalkül des Vermieters, weil der Mieter unerfahren ist oder sich nicht erkundigt hat, welche Preise „normal“ sind. Krasse Mietpreisüberhöhungen ahndet der Gesetzgeber als Ordnungswidrigkeit in § 4 WiStrG, während es an einer Regelung der mietrechtlichen Folgen im BGB fehlt.

Der Beitrag stellt die wesentlichen Gesichtspunkte der Mietpreisüberhöhung bei der Gewerberaummieta dar und greift dafür immer wieder auf eine aktuelle Entscheidung des *OLG Schleswig*<sup>3</sup> zurück.

## II. Das gesetzliche Verbot

Nach § 4 I WiStrG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder leichtfertig in befugter oder unbefugter Betätigung in einem Beruf oder Gewerbe für Gegenstände oder Leistungen des lebenswichtigen Bedarfs Entgelte fordert, verspricht, vereinbart, annimmt oder gewährt, die infolge einer Beschränkung des Wettbewerbs oder infolge der Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung oder einer Mangellage unangemessen hoch sind. § 4 WiStrG erfasst daher auch die gewerbliche Vermietung, während § 5 WiStrG nur für Wohnraum gilt. Die Vorschrift soll Störungen der einer sozialen Marktwirtschaft angemessenen Preisbildung verhindern, die dadurch entstehen, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs, eine

wirtschaftliche Machtstellung bzw. eine Mangellage zu Preisüberhöhungen ausgenutzt werden<sup>4</sup>.

### **III. Personeller Anwendungsbereich**

Vermietungstätigkeit ist dann beruflich oder gewerblich, wenn der Vermieter für die Verwaltung der Räume seine ganze Arbeitskraft einsetzt oder Hilfskräfte beschäftigt<sup>5</sup>. Entsprechendes gilt zudem für Eigentümer, die Räume an einen gewerblichen Zwischenvermieter vermieten, die dieser dann an Endmieter zu Wohnzwecken weitervermietet, da es sich dabei um gewerbliche Tätigkeit handelt<sup>6</sup>. Eine ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung ist daher für Vermieter ohne Weiteres möglich, und zwar selbst dann, wenn sie selbst nicht von einer gewerblichen Tätigkeit ausgehen.

### **IV. Vermietung von Gewerberäumen als Gegenstand/Leistung des lebenswichtigen Bedarfs**

Die Lebenswichtigkeit von Gegenständen (Güter, die veräußert werden können) oder Leistungen (alle Dienstleistungen, die im Rahmen einer Gewerbe- oder Berufstätigkeit erbracht werden können) ist nach ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit zu beurteilen; sie sind schon dann lebenswichtig, wenn sie unter Berücksichtigung des heutigen Lebensstandards zur unmittelbaren oder mittelbaren Befriedigung der berechtigten materiellen und kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung erforderlich sind, wobei es ausreichend ist, wenn dies nur für einen kleinen Teil der Bevölkerung der Fall ist<sup>7</sup>. Darunter kann grundsätzlich auch die gewerbliche Vermietung gefasst werden.

Ungeklärt ist, ob für die Prüfung des lebenswichtigen Bedarfs auf die Gruppe der möglichen Mieter (bspw. Gastronomen bei Vermietung einer Gaststätte) oder den Bedarf der Kunden/Leistungsempfänger des Mieters (also bspw. gastronomische Versorgung der Bevölkerung bei vermieteter Gaststätte) abzustellen ist<sup>8</sup>. Im ersten Fall würde es sich um die in § 4 I WiStrG erwähnten „Gegenstände“, im zweiten Fall um die dort ebenfalls genannten „Leistungen“ handeln. Das *OLG Hamburg*<sup>9</sup> und das *KG*<sup>10</sup> haben offen gelassen, ob die Vermietung von Gewerberäumen „Gegenstände oder Leistungen des lebenswichtigen Bedarfs“ betrifft.

Angesichts des Zwecks der Vorschrift<sup>11</sup> kann Maßstab des „lebenswichtigen Bedarfs“ nie nur die Gruppe der Mieter sein, sondern es muss primär die Allgemeinheit, also die „breite Masse“ betroffen sein. Nur wenn die zu hohen Mieten zumindest mittelbar den Bedarf der breiten Masse betreffen, kann es sich um die erforderlichen Güter (vermietete Räume) oder Leistungen (Angebot/Dienstleistung des Mieters) und eine „Lebenswichtigkeit“ handeln. Bei Vermietung einer Gaststätte müsste also bspw. die gastronomische Versorgung der Bevölkerung zum einen als lebenswichtig zu bezeichnen sein (was bejaht werden kann) und zum anderen durch die zu hohe Gewerberaummiete mittelbar betroffen sein, was nur dann angenommen werden kann, wenn die zu hohe Miete auch die Essens- und Getränkepreise nach oben treibt. Generell wird man ein solches „Durchschlagen“ der Miete nur dann annehmen können, wenn sich die Preise der angebotenen Leistungen auf Grund der zu hohen Miete deutlich erhöhen oder das Leistungsspektrum des Mieters dadurch deutlich vermindert wird<sup>12</sup>.

**Mischraummietverhältnisse:** § 4 WiStrG ist insoweit<sup>13</sup> nur anwendbar, wenn das Schwergewicht des Vertrags im Bereich des Gewerblichen liegt<sup>14</sup> (ansonsten greift womöglich § 5 WiStrG).

## V. Beschränkung des Wettbewerbs, Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung oder einer Mangellage

Eine wirtschaftliche Machtstellung ist zu bejahen, wenn der Anbieter ohne Wettbewerber ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Unter Mangellage ist eine tatsächlich feststellbare Verknappung von Waren oder Leistungen zu verstehen, eine nachhaltige örtlich oder zeitlich gestörte Bedarfsdeckung<sup>15</sup>. Ob ein geringes Angebot an vergleichbaren Räumen besteht, ist jeweils für die in Betracht kommende Immobiliengruppe („Teilmarkt“) festzustellen<sup>16</sup>. Es muss sich damit mehr oder weniger um einen „Einzelmarkt“ in Bezug auf die Immobilie handeln, d.h. der Vermieter hat eine Monopolstellung oder kommt dieser nahe.

Eine solche überragende Marktstellung muss immer festgestellt werden. Wird in abgeschlossenen Einheiten, etwa in einem Einkaufszentrum, vermietet, kann es geboten sein, auch nur auf die Vermietung in eben diesem Zentrum abzustellen. Beschränkt sich das verfügbare Angebot nur deshalb auf wenige bzw. ein einziges Objekt, weil der Mieter ein ganz bestimmtes sehr spezielles Objekt sucht, so kann dies nach Sinn und Zweck des Gesetzes

*Neuhaus: Mietpreisüberhöhung nach § 4 WiStrG in der gewerblichen Miete*

*NZM 2009 Heft 18*

648



nicht zur Begründung einer - allgemeinen - Mangellage ausreichen<sup>17</sup>. Für die Annahme einer Mangelsituation reicht es aus, wenn für bestimmte, nach allgemeinen Merkmalen abgrenzbare Mietergruppen infolge mangelnder Vertragsbereitschaft der Vermieter in ihrer Gesamtheit der Marktzugang verengt ist<sup>18</sup>.

## VI. Fordern eines unangemessen hohen Entgelts

Der Vermieter muss die überhöhte Miete nach dem Wortlaut des Gesetzes fordern, vereinbaren oder annehmen. Ein schriftlicher Vertragsabschluss ist damit nicht erforderlich. Als Hauptanwendungsfall der Tatbestandsvariante „annehmen“ ist anzusehen, wenn der Mieter (i.d.R. irrtümlich) ein unangemessen hohes Entgelt zahlt, ohne vertraglich dazu verpflichtet zu sein<sup>19</sup>.

Zum Entgelt zählt alles, was der Mieter an den Vermieter erbringt, also auch Nebenkostenvorauszahlungen oder Baukostenzuschüsse. Übliche Leistungen wie Nebenkostenvorauszahlungen sind aber neben der Grundmiete faktisch irrelevant, weil sie meistens marktüblich sein werden. Angemessen ist ein Preis, der sich ohne die nach § 4 I WiStrG maßgeblichen Umstände auf dem Markt gebildet hätte<sup>20</sup>. Zur Ermittlung sind unter sachverständiger Beratung Vergleiche mit Preisen der Waren oder Leistung gleicher oder ähnlicher Art anzustellen. Ansatzpunkt für die konkrete Ermittlung der Mietpreisüberhöhung ist damit wegen häufig nicht vorhandener Mietspiegel und meist fehlenden konkret vergleichbaren Objekten der durchschnittliche ortsübliche Marktpreis für die Kategorie des Geschäftsraums (Ladengeschäft, Büroraum, Lagerfläche etc.). Ist dies nicht möglich, ist der

fiktive Marktpreis durch Ermittlung des Kostenpreises, dem der übliche Gewinn zugeschlagen wird, zu berechnen<sup>21</sup>. Bei Vereinbarung einer Netto-Miete nebst Betriebskostenvorauszahlungen kommt es für die Beurteilung der Angemessenheit der Miete im Rahmen von § 4 WiStrG bzw. § 138 I, II BGB auf die Netto-Miete an.

In Anlehnung an die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit überhöhter Miete<sup>22</sup> ist ein Verstoß gegen § 4 WiStrG regelmäßig erst dann anzunehmen, wenn die vereinbarte Miete die Marktmiete um mehr als 100% überschreitet<sup>23</sup>. Im Prozess sollte immer Sachverständigenbeweis angeboten werden. Eine Orientierung an § 5 II 1 WiStrG, wonach eine Überhöhung bei Überschreitungen von 20% beginnt, ist bei der Geschäftsraummiete abzulehnen, da eine direkte Vergleichbarkeit mit der *Wesentlichkeitsgrenze* des § 5 II 1 WiStrG wegen des fehlenden sozialen Schutzgedankens bei Geschäftsraum nicht möglich ist. Im Übrigen hätte der Gesetzgeber bei § 4 WiStrG ebenfalls mit wenigen Worten ausdrücklich eine starre Grenze verankern können, wenn er eine solche gewollt hätte<sup>24</sup>.

**Sinkende Mieten:** Sinkt während der Mietzeit das ortsübliche Preisniveau, kann eine bei Vertragsabschluss zulässige Miethöhe ab einem bestimmten Zeitpunkt die Höchstgrenze überschreiten. In diesem Fall tritt keine Teilunwirksamkeit ein, weil es für die Tatbestandserfüllung nicht ausreicht, dass der Vermieter das preiswidrige Entgelt annimmt<sup>25</sup>. Im Übrigen wird bei einem Absinken der Marktmiete meist keine Mangellage mehr bestehen.

## VII. Rechtsfolgen

Die Ordnungswidrigkeit kann nach § 4 II WiStrG mit einer Geldbuße bis zu 25000 Euro geahndet werden. Die Verhängung der Geldbuße setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Vermieter vorsätzlich oder leichtfertig handelt. Leichtfertigkeit liegt vor, wenn der Täter einfachste, ganz nahe liegende Überlegungen unterlässt und das nicht beachtet, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen<sup>26</sup>. Der Vermieter ist grundsätzlich verpflichtet, sich bei einer zuständigen Stelle über die höchstzulässige Miete zu informieren, wobei es ausreichen kann, aber für seine Entlastung auch erforderlich ist, wenn der Mietvertrag unter Einschaltung von erprobten und sachkundigen Hilfspersonen (Hausverwalter, Makler, Architekt, Rechtsanwalt) zu Stande kommt<sup>27</sup>. Ein eventueller Tatsachenirrtum - etwa irrtümlich falsche Berechnung der Mietfläche<sup>28</sup> und dadurch überhöhte Gesamtmiete - ist zu Gunsten des Vermieters zu berücksichtigen<sup>29</sup>.

Zivilrechtliche Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 4 WiStrG kann gem. § 134 BGB augenscheinlich die Nichtigkeit des gesamten Vertrags sein, was für Mieter z.B. eine Möglichkeit darzustellen scheint, langfristigen Verträgen zu „entkommen“. Die Höhe der Miete ist zwar i.d.R. das ausschlaggebende Kriterium für den Mieter die Räume zu mieten. Für die Auslegung der Verbotsnorm im Hinblick auf § 134 BGB ist jedoch ihr Zweck entscheidend. Die Preisvorschriften des Wirtschaftsstrafgesetzes sollen zum Schutz des Mieters lediglich die Vereinbarung von unter marktwirtschaftlichen Aspekten überhöhten Mieten unterbinden<sup>30</sup>. Ausreichend für diese Zielsetzung ist als Folge eines Verstoßes die Teilnichtigkeit im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion<sup>31</sup>.

Nach h.M. ist daher nur die Vereinbarung der Miete nichtig und auf das zulässige Maß zu reduzieren, so dass der Mieter einen Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 BGB hat<sup>32</sup>. Bei einem entsprechenden Verstoß bleibt der Mietvertrag mit dem zulässigen Preis aufrechterhalten<sup>33</sup>, wobei umstritten ist, ob an die Stelle des unwirksamen Preises der ortsübliche<sup>34</sup> oder der höchste gerade noch zulässige Preis<sup>35</sup> tritt. Richtig ist Letzteres, weil § 4 WiStrG nicht dem Mieter eine angemessene Miete verschaffen,

sondern ein allgemein unzumutbares Mietniveau verhindern will. Damit ist alles zulässig, was sich noch eben im Rahmen dieses Mietniveaus hält. Es reicht aus, wenn der äußere Tatbestand erfüllt ist; es kommt nicht darauf an, ob dem Vermieter ein Verschulden zur Last fällt<sup>36</sup>.

**„Verfall“ des Mehrerlöses:** Nach § 8 I WiStrG ist anzuordnen, dass der Vermieter den Unterschiedsbetrag zwischen dem

*Neuhaus: Mietpreisüberhöhung nach § 4 WiStrG in der gewerblichen Miete*

*NZM 2009 Heft 18*

649



zulässigen und dem erzielten Preis (Mehrerlös) an das Land abführt, soweit er ihn nicht auf Grund einer rechtlichen Verpflichtung zurückerstattet hat oder auf Antrag des geschädigten Mieters nach § 9 WiStrG die Rückerstattung des Mehrerlöses an ihn angeordnet wird. Diese Regelungen gehen dem Anspruch des Mieters aus § 812 BGB vor.

## VIII. Darlegungs- und Beweislast

Bei der Darlegungs- und Beweislast kann auf die wesentlich umfangreichere Kasuistik zu § 5 WiStrG zurückgegriffen werden. Für die Voraussetzungen der Nichtigkeit trägt zunächst einmal der Mieter die Darlegungs- und Beweislast<sup>37</sup>. D.h., dass er die ortsübliche Miete darlegen muss. Existiert ein Mietspiegel, kann er sich auf diesen berufen, ansonsten darf er sich auch eines Sachverständigengutachtens bedienen. Verweigert der Vermieter schuldhaft den Zutritt zu den streitgegenständlichen Räumen (etwa bei Neuvermietung), kann dies eine Beweisvereitelung sein<sup>38</sup>.

Der Mieter muss weiter die Mangellage beweisen<sup>39</sup>. Die Anforderungen an diesen Sachvortrag dürfen zwar nicht überspannt werden, weil der Mieter oft viele Jahre zurückliegende Umstände darstellen muss. Sie dürfen andererseits aber auch nicht zu locker gehandhabt werden, weil es sich insgesamt um einen strafbewehrten Vorwurf handelt. Echte Beweiserleichterungen sind daher nicht angebracht. Für den Mieter ist es entscheidend, substantiiert darzulegen, dass das geringe Angebot primäre Ursache dafür war, dass er die überhöhte Miete akzeptiert hat. Die Darlegung einer echten Notlage ist nicht erforderlich, weil § 4 WiStrG durch Ausnutzen der Marktsituation und nicht des Mieters verwirklicht wird<sup>40</sup>.

---

\*Der Autor ist Partner der Kanzlei *Kloth Neuhaus* Rechtsanwälte und Fachanwälte - Kanzlei für Versicherungs- und Immobilienrecht ([www.kloth-neuhaus.de](http://www.kloth-neuhaus.de)) und Spezialist für Gewerberaummiete. Er ist Mitglied des Fachausschusses Miet- und WEG-Recht der Rechtsanwaltskammer Hamm und als Dozent für Gewerberaummietrecht in der Immobilienbranche tätig.

<sup>1</sup>*Neuhaus*, Hdb. d. Geschäftsraummiete, 3. Aufl. (2008), Rdnr. 515.

<sup>2</sup>Beispiele für eine Investitionsmietenberechnung finden sich bei *Thaler/Hosenfeld*, NZM 2001, 225.

<sup>3</sup>Beschl. v. 10. 6. 2008 - 4 U 18/08, BeckRS 2008, 20158.

<sup>4</sup>*OLG Schleswig*, BeckRS 2008, 20158; *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze (175. Erg.-Lfg. 2009), § 4 Rdnr. 1.

<sup>5</sup>BGH, NJW 1967, 2353; OLG Stuttgart, ZMR 1967, 29.

<sup>6</sup>OLG München, NZM 2007, 685; OLG Celle, NJW-RR 1996, 1097 = NJWE-MietR 1996, 248 L; a.A. OLG Frankfurt a.M., NJW 1993, 673 (zu § 5 WiStrG).

<sup>7</sup>OLG Schleswig, BeckRS 2008, 20158; vgl. auch Erbs/Kohlhaas (o. Fußn. 4), § 4 WiStrG Rdnr. 6.

<sup>8</sup>OLG Schleswig, BeckRS 2008, 20158; vgl. auch Erbs/Kohlhaas (o. Fußn. 4), § 4 WiStrG Rdnr. 6.

<sup>9</sup>BB 1960, 502.

<sup>10</sup>NZM 2001, 587.

<sup>11</sup>S.o. unter II.

<sup>12</sup>Ähnl. OLG Schleswig, BeckRS 2008, 20158.

<sup>13</sup>Zu Qualifikationsfragen s. OLG Stuttgart, NZM 2008, 726.

<sup>14</sup>OLG München, ZMR 1995, 295. Vgl. zur sog. Übergewichtstheorie BGH, NJW 1979, 307; NJW 1977, 1394; OLG Düsseldorf, NZM 2007, 923. Ausf. zur Abgrenzung Wohn- u. Gewerberaum s. Neuhaus (o. Fußn. 1), Rdnrn. 9ff.

<sup>15</sup>OLG Schleswig, BeckRS 2008, 20158.

<sup>16</sup>KG, NZM 2001, 587.

<sup>17</sup>KG, NZM 2001, 587.

<sup>18</sup>Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl. (2007), § 5 WiStrG (nach § 535) Rdnr. 63 m.w. Nachw.

<sup>19</sup>Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer (o. Fußn. 18), § 5 WiStrG Rdnr. 14.

<sup>20</sup>OLG Schleswig, BeckRS 2008, 20158.

<sup>21</sup>OLG Schleswig, BeckRS 2008, 20158.

<sup>22</sup>Vgl. OLG Düsseldorf, NZM 1999, 461; OLG Stuttgart, NJW-RR 1993, 654.

<sup>23</sup>Vgl. auch KG, NZM 2001, 587.

<sup>24</sup>Neuhaus (o. Fußn. 1), Rdnr. 533.

<sup>25</sup>KG, NZM 2001, 587; a.A. Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer (o. Fußn. 18), WiStrG Rdnr. 72.

<sup>26</sup>BGHZ 10, 14 = NJW 1953, 1139.

<sup>27</sup>Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer (o. Fußn. 18), § 5 WiStrG Rdnr. 81 m.w. Nachw.

<sup>28</sup>Dazu jetzt BGH (VII. ZS), NZM 2009, 613.

<sup>29</sup>Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer (o. Fußn. 18), § 5 WiStrG Rdnr. 81 m.w. Nachw.

<sup>30</sup>BGHZ 89, 316 = NJW 1984, 722 (unter III 1) m.w. Nachw. (zu § 5 WiStrG); OLG Hamburg, NZM 2000, 232 (zu § 5 WiStrG).

<sup>31</sup>BGHZ 89, 316 = NJW 1984, 722.

<sup>32</sup>BGH, NZM 2004, 381 (zu § 5 WiStrG).

<sup>33</sup>OLG Schleswig, BeckRS 2008, 20158; OLG Frankfurt a.M., ZMR 2000, 753 = WuM 2000, 537 m.w. Nachw.; vorausgesetzt von KG, GE 2002, 665 = MDR 2002, 999.

<sup>34</sup>OLG Karlsruhe, NJW 1982, 1161, u. OLG Stuttgart, NJW 1981, 2365 (beide zu § 5 WiStrG); Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 134 Rdnr. 26f.

<sup>35</sup>BGHZ 89, 316 = NJW 1984, 722 (zu § 5 WiStrG).

<sup>36</sup>Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer (o. Fußn. 18), § 5 WiStrG Rdnr. 74 m.w. Nachw.

<sup>37</sup>KG, NZM 2001, 587.

<sup>38</sup>LG Frankfurt a.M., WuM 1990, 487 (für Wohnraum).

<sup>39</sup>BGH, NZM 2004, 381 (für Wohnraum).

<sup>40</sup>A.A. LG Frankfurt a.M., NJWE-MietR 1997, 171 = ZMR 1997, 353 (für Wohnraum).