

## **Die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete**

### **I. Einführung**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir wollen heute Vormittag einmal das Thema „ortsübliche Vergleichsmiete“ und Mietspiegel aus juristischer und der Sicht eines empirischen Sozialforschers beleuchten. Mein Eindruck nach fast 20 Jahren Beschäftigung mit dem Thema ist, dass auf beiden Seiten unterschiedliche Vorstellungen über die Bedeutung des Begriffs, seine Ausgestaltung im Einzelfall und die Möglichkeiten der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete herrschen. Wir wollen auf einige aktuelle und vor allem zum Teil schwierige Fragestellungen eingehen. Ich muss gestehen, ich habe auch nicht auf alle Fragen abschließende Antworten. Ich würde mich freuen, wenn wir es schaffen würden, hinsichtlich einiger Punkte zumindest mehr Problembewusstsein zu entwickeln.

Zu Beginn einige grundsätzliche Bemerkungen.

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

Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ist zumindest was seine Verwendung im Gesetz betrifft sehr jung. Erst seit der Mietrechtsreform aus dem Jahre 2001 befindet er sich im Gesetz, nämlich in § 558 Abs. 2 BGB. Durch die Aufnahme des zuvor eher umgangssprachlich benutzten Begriffes in das Gesetz hat sich inhaltlich aber wenig geändert.

Wie so häufig hat es auch mit dem Begriff ganz klein und an eher unbedeutender Stelle angefangen. Das Öffentliche- und das Steuerrecht haben im vorletzten Jahrhundert wohl zuerst den Begriff entwickelt. So existierten Umzugskostenentschädigungen, die auf dem „ortsüblichen Miethwert“ abstellten, wenn der Beamte, der bislang im eigenen Haus gewohnt hatte, nun für diesen Wohnvorteil entschädigt werden musste.<sup>1</sup> Im Königreich Bayern erfolgte die Besteuerung der Häuser nach einem realen oder möglichen Mietertrag. Fehlten diese Mieteinnahmen, so wurden zum Auffinden einer Vergleichsmiete Wohnortmerkmale herangezogen, die sich auch heute noch in § 558 Abs. 2 BGB wieder finden. So fanden sich in

---

<sup>1</sup> z.B. das Gesetz über die Umzugskostenvergütung für Reichsbeamte, RGBl. 1879 I, S. 313

einzelnen Vollzugsvorschriften zu diesem Gesetz detaillierte Regelungen, um mit Hilfe diese verschiedenen Wohnortmerkmale, wie Wohnlage oder Größe, Musterhäuser<sup>2</sup> ausfindig zu machen. Somit wurde bereits im 19. Jahrhundert auf die, wenn auch teilweise inhaltlich anders definierte, Wohnortmerkmale Größe, Lage, Beschaffenheit abgestellt.<sup>3</sup>

Auch das BGB hat zum 1.1.1900 hier keine Änderung gebracht. In der Folgezeit kam es dann aber zu Engpässen auf dem Wohnungsmarkt, die den Gesetzgeber, wie heute auch wieder, reflexartig zu Einschränkungen der Vertragsfreiheit greifen ließ. Es hat sich also eigentlich nichts geändert. Reagiert wurde damals wie heute mit regionalen Lösungen. Kommunale Mieteinigungsämter sollten zwischen Mietern und Vermietern vermitteln.

Die ersten Regelungen zur Begrenzung des Mietpreises entstanden im Jahr 1916 in den Reichskriegshäfen Kiel und Wilhelmshaven, da die kriegsbedingten Produktionssteigerungen der Werftindustrie schon frühzeitig zu Wohnungsmangel und damit zu erheblichen Mietpreissteigerungen führte. Diese Miethöchstpreisverordnungen stützten sich auf die Ermächtigungsgrundlage des § 9 b des preußischen Belagerungszustandsgesetzes.<sup>4</sup> Inhaltlich verboten die Miethöchstpreisverordnungen jede Erhöhung des Mietpreises. Als nicht zu überschreitender Höchstwert wurde der Mietpreis vom 01. März 1916 festgelegt. Um den „nach diesen Grundsätzen angemessenen“<sup>5</sup> Mietzins für zum Stichtag unvermieteten Wohnraum zu ermitteln, musste auf einen Vergleichsmietbegriff abgestellt werden, da eine Ermittlung auf anderem Wege nicht möglich war. Auf Grund der kriegsbedingten Wohnungsknappheit wurden in den Jahren 1917, 1918 und 1919 die für das gesamte Reich gültigen drei Mieterschutzverordnungen erlassen.<sup>6</sup>

Durch die dritte Mieterschutzverordnung vom 22.06.1919 (3. MSchVO)<sup>7</sup> wurde in § 5 II zum ersten Mal ein Vergleichsmietenbegriff eingeführt, der dem heutigen Begriff der „ortsüblichen Miete“ ähnelt. Da der Mietzins „den Betrag, der für Wohnräume, Läden oder Werkstätten der gemieteten Art und Ausstattung unter Berücksichtigung der Nebenleistungen des Vermieters üblich und angemessen ist“ sein sollte, war der Vergleichsmietbegriff

---

<sup>2</sup> GVOBl. Kgr. Bayern 1882, S. 119

<sup>3</sup> *Hinkelmann*, Die ortsübliche Miete, S. 17

<sup>4</sup> GS 1851, S. 5

<sup>5</sup> Abs. 1, S. 2 der Kieler Verordnung über die Regelung der Wohnungspreise, in: *Hinkelmann*, Die ortsübliche Miete, S. 20

<sup>6</sup> *Hinkelmann*, Die ortsübliche Miete, S. 22

<sup>7</sup> RGBl. 1919 I, S. 91

verglichen mit heutigem Verständnis noch sehr unbestimmt. Um das Merkmal der „Angemessenheit“ auszufüllen wurde auf die Kosten des Vermieters abgestellt, ohne dass darauf Rücksicht genommen wurde, ob Gewinne erzielt werden konnten.<sup>8</sup> In der Folgezeit entwickelte sich eine regional sehr zersplitterte Rechtslage.

Um eine Vereinheitlichung der Rechtslage und der Mietpreisentwicklung zu erreichen wurde am 9.12.1919 die preußische Höchstmietenverordnung (HMVO)<sup>9</sup> erlassen. Diese führte eine Stichtagsmiete ein:

*Die von den Gemeinden festzusetzende Höchstgrenze für Mietzinssteigerungen hat in einem prozentualen Zuschlag zu dem am 1.7.1914 für die Wohnungen oder Mieträume andere Art oder für Quadratmeter benutzter Fläche vereinbart gewesenen Mietzins oder, falls ein solcher nicht vereinbart oder aus besonderen Gründen außergewöhnlich niedrig gewesen ist, aus dem am 1.7.1914 für die Wohnungen oder sonstigen Mieträume oder Quadratmeter benutzter Fläche gleicher Art und Güte ortsüblich gewesenen Mietzins und in einem prozentualen Zuschlag zu ihm zu bestehen, § 2 HMVO.* In der Literatur wurde damals bereits die Einrichtung eines amtlichen Mietkatasters gefordert.<sup>10</sup> Damit war ein erster Anstoß für die Aufstellung von Mietspiegeln gegeben.

Das Reichsmietengesetz (RMG) vom 24.3.1922<sup>11</sup> sollte u.a. reichsrechtlich einheitliche Regeln der Mietpreisbildung aufstellen. § 2 IV RMG enthielt einen Vergleichsmietenbegriff: „... Als ortsüblich ist der Mietzins anzusehen, der für die mit dem 1.7.1914 beginnende Zeit in der Gemeinde für Räume gleicher Art und Lage regelmäßig vereinbart war...“ In der Folgezeit wurden an diese Instrumentarien immer wieder Änderungen vorgenommen.

Nach dem 2. Weltkrieg galt in Deutschland ein vollständiger Mietpreisstopp. In der Folgezeit gab es zunächst nur prozentuale Mieterhöhungen. Erst § 15 des 2. BMG ordnete die schrittweise Freigabe der Mietpreise für preisgebundenen Wohnraum zeitlich gestaffelt ab Mitte 1963 an. In Folge dessen wurde bis Ende 1968 mit Ausnahme von West-Berlin die Mietpreisbindung aufgehoben. Im ersten Jahr nach der Freigabe der Mieten durfte der Vermieter einseitig entsprechend § 23 des 1. BMG statt der preisrechtlich zulässigen Miete nur eine „angemessen erhöhte Miete“ verlangen. Eine Miete galt dabei als „angemessen erhöht“,

---

<sup>8</sup> Unger/Lorje/Klohr, Mieterschutz und Wohnungsmangel, B § 5, Anm. 16 (S. 86 f.)

<sup>9</sup> GS 1919, S. 187

<sup>10</sup> Brumby, Mieterschutz und Höchstmiete, § 3 I, Erl. 1, S. 211

<sup>11</sup> RGBl. 1922 I, S. 273

wenn sie die Kostenmiete nicht überstieg. Zwischen 1967 und 1968 war somit für den größten Teil des Wohnungsbestandes die Mietpreisbindung entfallen. Dies hatte die Folge, dass damit grundsätzlich die auf weitgehender Vertragsfreiheit beruhenden Regelungen des BGB in Kraft traten. Diese wurde dem besonderen Wirtschaftsgut *Wohnung* aber nur unzureichend gerecht und deshalb auch als unbefriedigend empfunden.<sup>12</sup> Diese „neue“ Rechtslage erlaubte dem Vermieter wieder wie vor Inkrafttreten des BGB zum Zwecke der Mieterhöhung eine Änderungskündigung auszusprechen. Auf Grund des zu diesem Zeitpunkt immer noch herrschenden Wohnungsmangels führte diese Rechtslage naturgemäß zu Mieterhöhungen im großen Umfang.<sup>13</sup>

Deshalb kam es dann 1971 zunächst zeitlich befristet und später als Dauerrecht zum Miethöherecht, das eine der heutigen Definition der ortsüblichen Vergleichsmiete entsprechende Beschreibung der Miete enthält, die der Vermieter bei Bestandserhöhungen verlangen konnte. Die Vergleichsmiete sollte bereits damals nach den 5 noch heute geltenden Wohnwertmerkmalen „Art, Größe, Beschaffenheit, Ausstattung und Lage“ erfolgen. Gerade das Begründungserfordernis und die damit verbundene Verpflichtung, bestimmte Formalien einzuhalten, erregte in den Fachzeitingen die Gemüter, was darin gipfelte, dass man sich darauf versteifte, die Beibringung von Vergleichsmieten sei „*entwürdigend*“ und verletze die „*Menschenwürde der Vermieter*“.<sup>14</sup> Es wurde vorgeschlagen, dass die Interessenverbände der Vermieter und Mieter unter Mitwirkung der Gemeinden zweckmäßigerweise eine Tabelle erarbeiten sollten, aus der sich die ortsüblichen Vergleichsmieten ergeben sollten.<sup>15</sup> Diesen Vorschlag hat der Gesetzgeber in der Folgezeit aufgegriffen und den Mietspiegel als Begründungsmittel für ein Mieterhöhungsverlangen eingeführt. In der Folgezeit erfuhr der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete noch einige größere und kleinere Änderungen. Die ersten 10 Jahre wurde die ortsübliche Vergleichsmiete noch aus allen Mieten in der Gemeinde ermittelt. Erst 1982 wurde die zeitliche Beschränkung auf die in den letzten drei Jahren neu vereinbarten oder erhöhten Mieten eingeführt, wodurch vor allem niedrigere Bestandsmieten aus der Ermittlung herausfielen. Die Frist wurde wiederum 10 Jahre später auf 4 Jahre verlängert.

---

<sup>12</sup> Roth WuM 1987, 176, 177.

<sup>13</sup> „Wohnungspolitik nach dem 2. Weltkrieg“, aus der Schriftenreihe Forschung des Bundesministers für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, Band 482, Seite 223 m.w.N.

<sup>14</sup> So *Klien* NJW 1973, 974, 976.

<sup>15</sup> Entsprechende Anträge des Landes Schleswig-Holstein scheiterten aber im Rechtsausschuss des Bundesrates.

In der Praxis der Mietspiegelerstellung hatten sich verschiedene Mietspiegelarten herausgebildet. So gab es Mietspiegel, die auf einer empirischen Datenerhebung beruhten und solche die frei ausgehandelt waren. Dazwischen gab es jede Menge Mischformen. 2001 hat der Gesetzgeber dann die Unterscheidung zum Anlass genommen, den qualifizierten Mietspiegel einzuführen und ihm zusätzliche Rechtsfolgen beizumessen. Zum ihm kommen wir gleich.

## **2. Bedeutung der ortsüblichen Vergleichsmiete**

### **a. Für Mieterhöhungen im Bestand**

Auch wenn das entsprechende Unterkapitel des BGB die Überschrift trägt: „Vereinbarungen über die Miete“ so enthält es bis heute nur Regelungen über Mieterhöhungen bei bestehenden Mietverhältnissen. Die Vorschriften sind das verfassungsrechtlich gebotene Gegenstück zum Verbot der Änderungskündigung in § 573 BGB. Die Änderungskündigung führt zur Durchsetzung der Marktmiete. Das wollte der Gesetzgeber gerade nicht, also hat man ein Konstrukt geschaffen, das nach der ganzen Systematik so gut wie immer zu einem unterhalb der Marktmiete liegenden Wert führt. Das resultiert daraus, dass eben nicht nur aktuelle Neuvertragsmieten herangezogen werden sondern eben auch ältere Bestandsmieten, die regelmäßig niedriger sind.

Die ortsübliche Vergleichsmiete gibt es am Markt nicht. Natürlich gibt es Mieten, die exakt so hoch sind, wie die ortsübliche Vergleichsmiete. Die ortsübliche Vergleichsmiete ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Dabei ist die ortsübliche Vergleichsmiete nach dem eindeutigen Wortlaut heute eine marktorientierte<sup>16</sup> modifizierte Durchschnittsmiete.<sup>17</sup> Unter einer Durchschnittsmiete wird dabei derjenige Mietpreis bezeichnet, der für die Gesamtheit der bestehenden Mietverhältnisse unabhängig von ihrem Zustandekommen gezahlt wird.<sup>18</sup> Modifiziert ist diese Durchschnittsmiete deshalb, weil auf Grund der in den Jahren 1982 und 1993 eingeführten Beschränkungen, Bestandsmieten nur noch aus den letzten vier Jahren berücksichtigt werden dürfen.

---

<sup>16</sup> Both in Herrlein/Kandelhard § 558 BGB Rdn. 42.

<sup>17</sup> BGH NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 12 m. Anm. Börstinghaus; a. A. Thomma WuM 2005, 496, 497.

<sup>18</sup> Rupp DWW 1979, 279.

Es handelt sich um eine empirisch-normative Größe.<sup>19</sup> Sie enthält normative wie auch empirische Elemente. Ein Teil der unterschiedlichen Ansichten über den Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete resultiert aus der unterschiedlichen Gewichtung dieser beiden Elemente. Die Empiriker betonen eher die Bedeutung der statistischen Erhebung während die Vertreter einer eher normativen Sicht bereit sind, stärker wertend in die Zahlen einzugreifen. Letzteres ist gefährlich, da es Manipulationen und politische Einflussnahme ermöglicht. Auf der anderen Seite stößt auch die empirische Sozialforschung an ihre Grenzen, für die letzte Wohnung in der Gemeinde centgenau die ortsübliche Vergleichsmiete zu ermitteln.

Stellen Sie sich einmal vor, im Straßenverkehrsrecht würde die einschlägige Vorschrift zur zulässigen Höchstgeschwindigkeit wie folgt lauten:

#### § 3 StVO Geschwindigkeit

- (1) Wer ein Fahrzeug führt, darf nur so schnell fahren, wie dies ortsüblich ist.
- (2) Ortsüblich ist die Geschwindigkeit, die andere Fahrzeugführer üblicherweise an vergleichbaren Stellen zu vergleichbaren Uhrzeiten bei vergleichbaren Witterungsverhältnissen mit vergleichbaren Fahrzeugen unter Berücksichtigung des CO<sup>2</sup> Ausstoßes in den letzten vier Jahren in der Gemeinde gefahren sind.

Könnten Sie sich vorstellen, dass auch nur ein einziger Autofahrer rechtskräftig wegen einer Ordnungswidrigkeit zur Zahlung eines Verwarnungs- oder Bußgeldes verurteilt wird? Bereits heute werden erhebliche Anforderungen an die Geschwindigkeitsmessung des betreffenden Autofahrers und vor allem die nachträgliche Überprüfbarkeit gestellt. Wenn man diese Anforderungen auf das Mieterhöhungsverfahren übertragen würde, wäre wohl keine einzige Mieterhöhung durchsetzbar.

#### **b. Für Neuvertragsmieten**

Für Neuvertragsmieten spielte rechtlich bisher weder der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete noch ein Mietspiegel irgendeine Rolle. Jedoch nutzten Mietspiegel schon bisher sowohl Vermietern wie auch Mietern.<sup>20</sup> Sie verbessern die Transparenz auf den

---

<sup>19</sup> Blank ZMR 2013, 170.

<sup>20</sup> Leutner WuM 1992, 658.

Wohnungsmärkten. Sie haben den Vorteil der Objektivität<sup>21</sup> in einem Markt, der stark von Vorurteilen auf Grund fehlender Transparenz gekennzeichnet ist. Sie dienen Mietern als Orientierung, um die ortsübliche Miete einschätzen zu können. Sie hatten schon deshalb mittelbar Einfluss auf die Neuvertragsmieten. Mietspiegel versachlichen die Diskussion über die Miethöhe und sind in Massenverfahren, wie sie Mieterhöhung häufig sind, heute kaum wegzudenken.

Das soll sich jetzt ändern. Im Koalitionsvertrag heißt es:

*Damit Wohnraum insbesondere in Städten mit angespannten Wohnungsmärkten bezahlbar bleibt, räumen wir den Ländern für die Dauer von fünf Jahren die Möglichkeit ein, in Gebieten mit nachgewiesenen angespannten Wohnungsmärkten bei Wiedervermietung von Wohnraum die Mieterhöhungsmöglichkeiten auf maximal 10 Prozent über der ortsüblichen Vergleichsmiete zu beschränken. Erstvermietungen in Neubauten sowie Anschlussvermietungen nach umfassenden Modernisierungen sind davon ausgeschlossen. Die mögliche Wiedervermietungsmiete muss mindestens der bisherigen Miethöhe entsprechen können. Die Ausweisung dieser Gebiete durch die Länder soll an die Erarbeitung eines Maßnahmenplans zur Behebung des Wohnungsmangels in den Gebieten gekoppelt werden.*

Das bedeutet, dass die Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete in Zukunft bereits bei Abschluss des Mietvertrages von erheblicher Bedeutung sein wird. Wenn ich auf die Mieterhöhungsverfahren schaue, die in den letzten 2 – 3 Jahren in meinem Dezernat zu entscheiden waren, dann wird mir durchaus Angst und Bange. Es ging fast immer um Mieterhöhungen von weniger als 20 € häufig von weniger als 5 €, wohlgernekt pro Wohnung und Monat. Das heißt, hier wird von Finanzinvestoren versucht, das Maximale herauszuholen, wobei wir sicher weit von Münchner oder Kölner Verhältnissen entfernt sind. Solche Vermieter werden bei einer Neuvermietung mit Sicherheit weiterhin versuchen, die am Markt erzielbare Miete durchzusetzen und werden allein schon wegen der großen Zahl der sie betreffenden Verfahren, alles dran setzen, dies zu erreichen. Für Mieter ist es im Übrigen ja auch ganz ungefährlich, einen solchen Mietvertrag zu unterzeichnen, da die Gerichte irgendwann die maximal zulässige Miete festlegen werden und dem Mieter einen entsprechenden Rückforderungsanspruch zusprechen werden. Wie aufwändig diese Verfahren wohl werden können, kann man exemplarisch an den Entscheidungen des AG Mainz zu den Mieterhöhungen auf den Kupferbergterrassen sehen.<sup>22</sup> Wenn Mietspiegel wegen der

---

<sup>21</sup> Oberhofer/Schmidt WuM 1993, 10f.

<sup>22</sup> AG Mainz Urt. v. 8.5.2013 – 86 C 323/11; Urt. v. 19.4.2013 – 79 C 354/11 (zitiert nach juris).

Auswirkung auf die Höhe der Neuvertragsmiete aber in größerem Umfang angegriffen werden, wird ihre Bedeutung auch für Bestandsmieterhöhungen nachlassen.

## **II. Aktuelle Probleme der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete**

### **1. Die Gemeindebezogenheit der ortsüblichen Vergleichsmiete**

Nach § 558 Abs. 2 BGB ist die ortsübliche Vergleichsmiete immer für eine Gemeinde zu ermitteln. Zur Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete müssen grundsätzlich alle Mieten aus der Gemeinde, die die oben dargestellten sachlichen und zeitlichen Voraussetzungen erfüllen, herangezogen werden.<sup>23</sup> Unter dem Begriff Gemeinde ist die politische Gemeinde gemeint.<sup>24</sup> Die Abgrenzung erfolgt dabei aus verwaltungstechnischen Gründen und nicht aus wohnungsmarktspezifischen Überlegungen.<sup>25</sup> Das ist gerade hier im Ruhrgebiet nicht immer überzeugend. Hier gehen die Städte nahtlos in einander über. Trotzdem gelten von einem Haus zum anderen unterschiedliche Mietspiegel, die nach unterschiedliche Kriterien aus unterschiedlich aussagekräftigem Material erstellt werden. Ein Mietspiegel darf aber nicht die ortsübliche Vergleichsmiete für mehrere Gemeinden ausweisen. Umgedreht ist es aber auch unzulässig die ortsübliche Vergleichsmiete nur für einen Teil der Gemeinde zu ermitteln. Zwar gestattet § 558c ausdrücklich die Aufstellung von Mietspiegeln für Teile einer Gemeinde oder für mehrere Gemeinden, dies bedeutet aber nicht, dass es auch eine ortsübliche Vergleichsmiete nur für Gemeindeteile oder mehrere Gemeinden gibt. Ein solcher Mietspiegel kann allenfalls dann für einen Teil einer Gemeinde aufgestellt werden, wenn es sich um einen abgrenzbaren, in der restlichen Gemeinde nicht vorkommenden Teil-Wohnungsmarkt handelt. Das ist aber fast nie der Fall, da Abhängigkeiten so gut wie immer bestehen und besondere Lagevor- und -nachteile durch Zu- und Abschläge zu berücksichtigen sind. Ein Mietspiegel für mehrere Gemeinden muss auch jeweils eine ortsübliche Vergleichsmiete pro Gemeinde ausweisen. Die Metropolregion Hannover hat gerade vorgemacht, wie so etwas geht. Aber da waren es auch nicht die wohnungswirtschaftlichen Verbände, die den Druck gemacht hatten sondern die ALG II Behörden. Es ging um Staatskosten, dann funktioniert so etwas schon mal.

### **2. Die Wohnwertmerkmale**

Der Gesetzgeber geht in § 558 Abs. 2 BGB davon aus, dass die Höhe der Miete anhand der 5 aufgezählten Wohnwertmerkmale erklärt werden kann. Das ist bindend, auch wenn Empiriker

---

<sup>23</sup> BGH (VIII ZR 354/12) NZM 2013, 610; BGH (VIII ZR 267/12) NZM 2013, 612; LG Hamburg WuM 1995, 543.

<sup>24</sup> *Lammel* § 558 BGB Rdn. 61.

<sup>25</sup> *Lammel* § 558 BGB Rdn. 61; *Oberhofer/Schmidt* Kriterien der Mietspiegelherstellung, S. 11.



das durchaus anders sehen.

#### **a. Objektive Kriterien**

Dabei kommt es ausschließlich auf die objektiven Gegebenheiten ein. Das gilt zunächst einmal für die Vergleichswohnungen. Die Höhe der Miete bezieht sich auf die dort objektiv vorliegende Wohnung. Mängel spielen hier keine Rolle. Sie sind allenfalls bei der Frage, ob Gewährleistungsrechte in Frage kommen, zu prüfen. Aber auch bei der konkreten Vertragswohnung, deren Miete erhöht werden soll, kommt es ausschließlich auf deren objektiven Zustand an.

#### **b. Vereinbarungen über Wohnwertmerkmale**

Vertragliche Vereinbarungen über Wohnwertmerkmale sind zumindest zu Lasten des Mieters unzulässig.<sup>26</sup> Aus der Entscheidung des BGH vom 8. Juli 2009<sup>27</sup> zu den Rechtsfolgen der Angabe einer größeren als tatsächlich vorhandenen Fläche im Mietvertrag auf ein Mieterhöhungsverlangen kann dies keinesfalls abgeleitet werden. Die Entscheidung betraf nicht das Wohnwertmerkmal „Größe“ sondern die Frage, wie hoch die Gesamtmiete für die Wohnung ist, also das Produkt aus Wohnungsgröße und ortsüblichen Vergleichsmiete. Der – zweifelhafte – Hinweis des BGH darauf, dass das Nachteilsgebot des Abs. 6 hier nicht gelte, betrifft gar nicht das Wohnwertmerkmal.<sup>28</sup> Eine Vertragsfreiheit gibt es in diesem Punkt nicht. Bereits der Wortlaut des § 558 Abs. 2 BGB spricht dagegen. Der Gesetzgeber hat dem Vermieter in Abs. 1 einen durchsetzbaren Anspruch auf Zustimmung zu einer Miete, die die ortsübliche Vergleichsmiete nicht überschreitet, eingeräumt. Diese wird in Abs. 2 gesetzlich definiert. Abs. 6 verbietet anschließend zusätzlich alle Vereinbarungen zu Lasten des Mieters. Allein daraus ergibt sich schon deutlich, dass lediglich die objektiven Gegebenheiten maßgeblich sein sollen.<sup>29</sup> Auch die Systematik des Miethöherechts und die historische Auslegung sprechen gegen die Zulässigkeit von Vereinbarungen über Wohnwertmerkmale. Der Anspruch auf die ortsübliche Vergleichsmiete ist als Ausgleich für das Verbot der Änderungskündigung geschaffen worden. Der Vermieter sollte trotz des Verbots eine am tatsächlichen Marktgeschehen orientierte Gegenleistung bekommen, die aber der Höhe nach nicht die Marktmiete erreichte. Nur bei der Staffelmiete wurde den Vertragsparteien eine gewisse

---

<sup>26</sup> ^ *Börstinghaus* NZM 2013, 1; **a. A. Dickersbach** in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 13. Aufl. 2011, § 558 BGB Rdn. 26; *ders.* In Lützenkirchen, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 127; *ders.* AnwZert\_MietR 4/2011 Anm. 1.

<sup>27</sup> BGH (VIII ZR 205/08) NJW 2009, 2739 = NZM 2009, 613 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 23 mit Anm. *Börstinghaus*; dazu *Beyer*, NJW 2010, 1025; *Börstinghaus*, WuM 2009, 461; *ders.*, GE 2009, 1201; *ders.* LMK 9/2009 Anm. 1.

<sup>28</sup> *Börstinghaus*, Flächenabweichung in der Wohnraummiere, Rdn. 674.

<sup>29</sup> so jetzt auch BGH (VIII ZR 46/12) NJW 2013, 775 = MietPrax-AK, § 558d BGB Nr. 1 m. Anm. *Börstinghaus*.

Vertragsfreiheit eingeräumt. Die Möglichkeit, von den tatsächlichen Gegebenheiten abweichende Beschaffenheitsvereinbarungen zu treffen, würde für den Mieter unabhängig, ob dies individual- oder formularvertraglich geschieht, völlig intransparent sein, da für beide Mietvertragsparteien nicht erkennbar ist, wie sich die Miete in den verschiedenen Wohnungsteilmärkten entwickeln wird. Der Einfluss der einzelnen Wohnwertmerkmale auf die ortsübliche Vergleichsmiete kann sich über die Jahre durchaus verändern.<sup>30</sup> Die ortsübliche Vergleichsmiete ist ausschließlich nach den objektiven Gegebenheiten zum Zeitpunkt der jeweiligen Mieterhöhung zu ermitteln. Das gilt sowohl für individualvertragliche<sup>31</sup> wie auch formularvertragliche Abreden, selbst wenn der vereinbarte Zustand bei Abschluss des Vertrages tatsächlich vorgelegen haben sollte.

### **3. Die Wohnungsgröße**

Das gilt wie gesagt vor allem, aber natürlich nicht ausschließlich, für das Wohnwertmerkmal „Größe“

#### **a. Die doppelte Bedeutung der Wohnungsgröße**

Die Größe einer Wohnung hat heute eine doppelte Bedeutung<sup>32</sup> für die Ermittlung der Obergrenze, bis zu welcher der Vermieter einen Anspruch auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung hat.

- Gemäß § 558 Abs. 2 BGB wird die ortsübliche Vergleichsmiete gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind. Ausgenommen ist nur Wohnraum, bei dem die Miethöhe durch Gesetz oder im Zusammenhang mit einer Förderzusage festgelegt worden ist. Das heißt, dass die Größe der Wohnung bereits Einfluss auf die pro Quadratmeter gezahlte Miete hat. Die Größe der Wohnung ist ein Wohnwertmerkmal, um die verschiedenen Wohnungsteilmärkte voneinander abzugrenzen.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> z. B. dargestellt an den Werten der verschiedenen Mietspiegel für Regensburg bei *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, Rdn. 658.

<sup>31</sup> *Börstinghaus* NZM 2013, 1; dafür aber *Dickersbach* in: Lützenkirchen, Mietrecht, § 558 BGB Rn. 131.

<sup>32</sup> Das übersieht Schneider in: Müller/Walther, C § 558 BGB Rn. 49 – 51. Er will die Wohnflächenvereinbarungen nur bei „der Berechnung der neuen Miete“ und nicht beim Wohnwertmerkmal „Größe“ berücksichtigen.

<sup>33</sup> So auch die Hinweise zur Aufstellung von Mietspiegeln 2002 abgedruckt z.B. bei *Börstinghaus* in: Schmidt-Futterer, Anhang zu §§ 558c, 558d BGB (nicht amtliche) Rn. 48.

- Die konkret für eine Wohnung zu zahlende Miete ist das Produkt der beiden Faktoren „ortsübliche Vergleichsmiete“ und „Wohnungsgröße“. Deshalb spielt die Größe der Wohnung nicht nur bei der Ermittlung der pro Quadratmeter zu zahlenden Miete eine Rolle, sondern auch bei der Ermittlung der Gesamtmiete für eine Wohnung mit einer bestimmten Fläche.

An dieser Stelle unterhalten wir uns über den Einfluss der Wohnungsgröße auf die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete pro Quadratmeter. *Beyer*<sup>34</sup> bezeichnet diese ortsübliche Vergleichsmiete pro Quadratmeter als „Einheitspreis“. Das ist insofern eine treffende Bezeichnung, als sie deutlich macht, dass damit noch nichts über den Preis für die Gesamtleistung und damit die ganze Wohnung, gesagt ist. Der „Einheitspreis“, also der Preis pro Einheit, ist auch in anderen Rechtsgebieten bekannt. Man denke an den Bauvertrag, bei dem es auch den „EP“ für eine Leistung gibt, z.B. den Kubikmeter Aushub oder den laufenden Meter eines bestimmten Kabels. In Rechnung gestellt wird dann der „EP“ multipliziert mit der geleisteten Menge. Insofern ist die Situation bei der Mieterhöhung vergleichbar.

Ich will jetzt hier nicht auf die alle Einzelheiten des Einflusses der Wohnungsgröße auf die Höhe dieses Einheitspreises eingehen.<sup>35</sup> Er ist aber insbesondere bei kleinen Wohnungen sehr groß, auch wenn er in letzter Zeit geringfügig nachgelassen hat. Letztendlich werden über die Größe der Wohnung verschiedene Wohnungsteilmärkte voneinander abgegrenzt. Das geschieht nur nach objektiven Kriterien.

Die Möglichkeit, von den tatsächlichen Gegebenheiten abweichende Beschaffenheitsvereinbarungen zu treffen, würde für den Mieter unabhängig, ob dies individual- oder formularvertraglich geschieht, völlig intransparent sein, da für beide Mietvertragsparteien nicht erkennbar ist, wie sich die Miete in den verschiedenen Wohnungsteilmärkten entwickeln wird.<sup>36</sup> Die Vereinbarung unrichtiger tatsächlicher Verhältnisse über die Beschaffenheit, Ausstattung aber auch die Größe ist unwirksam.<sup>37</sup> Selbst die Festschreibung bei Abschluss des Vertrages tatsächlich vorliegender Einordnungen

---

<sup>34</sup> *Beyer*, WuM 2010, 614.

<sup>35</sup> Ausführlich *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, Rdn. 648 ff.

<sup>36</sup> Am Beispiel der Stadt Regensburg wurde oben schon dargestellt, dass sich der Einfluss der Wohnungsgröße auf die Miethöhe pro Quadratmeter über die Jahre durchaus verändern kann.

<sup>37</sup> *Börstinghaus* in: Schmidt-Futterer, § 558 BGB Rn. 251.

in einen Mietspiegel ist unwirksam,<sup>38</sup> da sich die Kriterien für die Einordnung mit der Zeit durchaus ändern können. Das Gleiche gilt für die Vereinbarung verbindlicher Ausstattungs- oder Beschaffenheitsklassen. Auch solche Vereinbarungen können aufgrund zukünftiger Entwicklungen falsch werden. Was heute vielleicht noch eine Höherstufung rechtfertigt, kann in ein paar Jahren zur Normalausstattung gehören und allenfalls das Fehlen dieser Ausstattung einen Abschlagsfaktor darstellen.

Und das führt zu einem bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete bisher wenig beachteten Problem. Hamburger Makler sind ja, was Wohnungsgröße und Mietverträge angeht in der Vergangenheit durch besondere „Kreativität“ aufgefallen. Sie waren ja die Ersten, die gemerkt haben, dass „Wohnungen wachsen“. Jetzt hört man von dort immer öfter, dass der BGH die Angabe einer bis zu 10 % größeren Fläche in Anzeigen und Mietverträgen erlaubt habe. Dass auch Strafrichter hier nicht unbedingt ein Problem sehen, haben wir zu meiner großen Überraschung im letzten Jahr an dieser Stelle hier von Herr RiBGH Gericke<sup>39</sup> gehört, der dies dann aber in der NJW wieder etwas relativiert hat. Man muss also davon ausgehen, dass in einer immer größeren Zahl von Mietverträgen falsche Wohnflächenangaben zu finden sind. Dort wo dies nicht bewusst passiert, kann es zumindest auf der Verwendung unterschiedlicher Berechnungsvorschriften beruhen.

Wenn nun eine Datenerhebung für eine Mietspiegelerstellung stattfindet, müssen alle relevanten Daten abgefragt werden. Hierzu gehört auch die Wohnungsgröße. Dies ist zum einen wichtig, um zu entscheiden, zu welchem Wohnungsteilmarkt die Wohnung gehört, und zum anderen muss mittels Division aus der mitgeteilten Wohnungsmiete durch die Wohnungsgröße die maßgebliche Quadratmetermiete ermittelt werden. Insofern hat die Ermittlung der maßgeblichen Wohnfläche Einfluss darauf, aus welcher Vergleichsgruppe die ortsübliche Vergleichsmiete zu ermitteln ist. Vereinfacht gesagt geht es um die Frage, ob die Vergleichsgruppe aus Wohnungen mit der tatsächlich richtigen Wohnungsgröße der Vertragswohnung besteht oder aus solchen Wohnungen, die größenmäßig der – falschen – vereinbarten Wohnungsgröße entsprechen.

---

<sup>38</sup> LG Essen, WuM 1984, 110; *Weitemeyer* in: Staudinger (2011), § 557 BGB Rn. 73.

<sup>39</sup> *Gericke*, NJW 2013, 1633.

*Bub*<sup>40</sup> ist sich „ziemlich sicher“, dass die in die Mietspiegel einfließenden Wohnflächen nicht nach derselben Methode ermittelt worden und bereits deshalb nur eingeschränkt vergleichbar sind. Seiner Auffassung nach wird die Vergleichbarkeit aber vollends erschüttert durch die fehlerhaften Flächenvereinbarungen. *Kroll*<sup>41</sup> hat es auf den Punkt gebracht: „Wer A sagt, muss auch B sagen.“ Damit will er zum Ausdruck bringen, dass die ortsübliche Vergleichsmiete maßgeblich ist, die für die vereinbarte Wohnungsgröße und nicht für die tatsächliche Wohnungsgröße gilt. Dies gelte zumindest bis zum Toleranzwert einer Flächenabweichung von bis zu 10%. Er fasst sein Fazit mit den Worten zusammen, dass man zwar Äpfel nicht mit Birnen vergleiche soll; wenn der Apfel allerdings als Birne daherkomme, dürfe er sich nicht wundern, wie eine solche behandelt zu werden.<sup>42</sup>

Rechtstheoretisch ist das Problem dann leicht gelöst, wenn man der Auffassung des BGH nicht folgt und im Mieterhöhungsverfahren immer von der tatsächlichen Größe ausgeht und nicht von der vereinbarten Größe.

Nur wenn man wie der BGH Flächenabweichungen in beide Richtungen bis 10% im Miethöherecht zulässt, taucht die Frage auf, welche Auswirkungen dies auf die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete hat. Nun könnte aus der Argumentation des *BGH*<sup>43</sup> zur Beschaffenheitsvereinbarung von Flächenvereinbarungen gefolgert werden, dass die Beschaffenheit sehr wohl von den Parteien festgelegt werden könne und deshalb die Vergleichsgruppe entsprechend dieser Beschaffenheitsvereinbarung zu ermitteln sei.<sup>44</sup> Dieses Argument vermag aber deshalb nicht zu überzeugen, weil mit der Beschaffenheitsvereinbarung nur festgelegt wird, was der Vermieter dem Mieter schuldet. Sie besagt nichts darüber, wie die ortsübliche Vergleichsmiete zu ermitteln ist. Wenn der Vermieter dem Mieter eine Wohnung mit Heizung verspricht und die Wohnung tatsächlich keine Heizung hat, dann kann der Vermieter auch nicht bei der Mieterhöhung die ortsübliche Vergleichsmiete für Wohnungen mit Heizung verlangen. Selbst wenn diese Miete dann wieder wegen des Mangels gem. § 536 Abs. 1 BGB

---

<sup>40</sup> *Bub*, PiG 88 (2010), 45.

<sup>41</sup> *Kroll*, GE 2010, 247, 248.

<sup>42</sup> *Kroll*, GE 2010, 247, 248.

<sup>43</sup> BGH, NZM 2004, 454 = NJW 2004, 2230 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 2 mit Anm. *Eisenschmid*; BGH, NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 3 mit Anm. *Eisenschmid*; BGH, NZM 2004, 456 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 4 mit Anm. *Eisenschmid*; zu diesen Entscheidungen auch *Lammel*, LMK 2004, 121; *Bieber*, MietRB 2004, 254 und 331; *Eichberger*, BGHReport 2004, 1008; *Schul/Wichert*, ZMR 2004, 496; *Maciejewski*, MM 2004, 237; *Pauly*, MDR 2005, 1204.

<sup>44</sup> So *Dickersbach*, AnwZert\_MietR 4/2011 Anm. 1.

zu mindern wäre, entspricht diese fiktive Berechnung nicht ansatzweise dem Sinn und Zweck des Vergleichsmietensystems.

Hier nun offenbart sich wieder einmal die Diskrepanz zwischen Theorie auf Praxis. Bei der Datenerhebung für einen qualifizierten Mietspiegel werden Vermieter- und/oder Mieterbefragungen<sup>45</sup> durchgeführt. Dies erfolgt entweder durch Versendung eines Fragebogens oder durch persönliche Interviews. In beiden Fällen wird kein Aufmaß der Wohnung genommen, sondern es werden Daten abgefragt und – unkontrolliert – übernommen. Die üblichen Plausibilitätsüberprüfungen können diese Fehler allenfalls in Extremfällen, die meist auf Übertragungsfehlern beruhen, auffinden.

Es stellt sich dann die Frage, ob ein qualifizierter Mietspiegel, der – vereinzelt – auf vereinbarten und nicht den tatsächlichen Wohnungsgrößen beruht, seine Qualifikation verliert.<sup>46</sup> Das wäre dann der Fall, wenn er die anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze der Mietspiegelerstellung nicht mehr einhalten würde. Dazu gehört neben der repräsentativen Datenerhebung auch, dass der Mietspiegel vom richtigen Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ausgeht. Aber es darf nichts Unmögliches verlangt werden. Ebenso wenig wie der Mietspiegelersteller nicht ausschließen kann, dass die Daten, die ihm der Vermieter übermittelt, tatsächlich die unter dem Gesichtspunkt der Repräsentativität ausgewählte und keine andere Wohnung betreffen, kann es auch bei anderen Wohnwertmerkmalen zu Missverständnissen und Fehlern kommen. Neben der statistischen Frage, ob solche Fehler bei einer den Anforderungen der empirischen Sozialforschung genügenden Stichprobengröße sich nicht ausgleichen, da es Wohnungen gibt, die tatsächlich größer, und solche, die tatsächlich kleiner als vereinbart sind, dürfte die Abweichung insgesamt nur äußerst gering sein.<sup>47</sup> Selbst wenn man davon ausgeht, dass in mehr Mietverträgen eine größere als die tatsächliche Wohnfläche angegeben wird, führt dies nur zu einer tendenziell niedrigeren Quadratmetermiete, da die gezahlte Miete dann durch eine größere Fläche geteilt wird, so dass die Quadratmetermiete niedriger ist, als wenn sie durch die kleinere tatsächliche Fläche dividiert würde.

---

<sup>45</sup> Zur Verwertbarkeit eines Sachverständigengutachtens, das auf einer reinen Vermieterbefragung beruht: BGH, NJW 2010, 149 = NZM 2010, 122 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 25.

<sup>46</sup> Dafür z.B. *Blank*, WuM 2011, 195, wenn ein qualifizierter Mietspiegel energetische Gesichtspunkte bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete berücksichtigt.

<sup>47</sup> *Bub*, PiG 88 (2010), 45 hält die Fehlerquote demgegenüber für „extrem hoch“.

Aber bei entsprechendem Sachvortrag im Prozess über die Häufigkeit des Vorkommens falscher Flächenangaben bei der Mietspiegeldatenerhebung wird man m.E. nicht drum herum kommen, dem nachzugehen. Insofern gilt nichts anderes, als dass, was der BGH beim Wohnwertmerkmal „Lage“ verlangt und das AG Mainz hierzu versucht hat zu ermitteln.

#### 4. Die Wohnlage

Der BGH hat sich vor einiger Zeit mit einer Streitfrage zum Berliner Mietspiegel auseinandergesetzt<sup>48</sup>, die Streitfrage eines klagenden Vermieters lautete: Warum hat der Berliner Mietspiegel nur drei Wohnlagen? Zur Unterstützung dieser Frage wurde angeführt, dass der Münchner Mietspiegel vier Lagen hätte.

Abgesehen davon, dass der Münchner Mietspiegel zwar vier definierte Wohnlagen kennt, aber lediglich drei empirisch besetzt sind, abgesehen davon, dass die Kläger (wohlweislich?) darauf verzichtet haben, als Gegenbeispiel auf die zweitgrößte Stadt Deutschlands hinzuweisen, der Hamburger Mietenspiegel weist nämlich lediglich zwei Wohnlagen aus, stellt sich generell die Frage, wie viele Wohnlagen eine Kommune im Mietspiegel aufweisen muss/ sollte.

Nicht zuzustimmen ist der Auffassung, dass ein Mietspiegel in jedem Fall nach Wohnlagen differenziert sein muss.<sup>49</sup> Vielmehr fordert der Gesetzgeber lediglich, dass die ortsübliche Vergleichsmiete aus den Mieten der Wohnungen von vergleichbaren Wohnwertmerkmalen gebildet wird. Wenn es in einer Kommune lediglich eine Wohnlage gibt, kann auch keine Lagedifferenzierung stattfinden. Sinnvoll wäre in solch einem Fall ein Hinweis z.B. in der Mietspiegelbroschüre, dass man die Auswirkungen der Wohnlage auf die Miethöhe untersucht hat (und damit dem gesetzgeberischen Auftrag der Differenzierung nach vergleichbaren Wohnwerten nachgekommen ist), aber derartige Effekte nicht feststellen konnte.

Ebenso irrig ist die Auffassung, dass es ein einheitliches Wohnlagenmodell gibt, welches für

---

<sup>48</sup> Vgl. BGH-Urteil vom 21.11.2012, Az. VIII ZR 46/12.

<sup>49</sup> So irrigerweise S. Freud, V. Hilla, D. Missal, J. Promann und B. Woeckener: Qualifizierte Mietspiegel: Verbreitung, Standardisierungsnotwendigkeit und Qualitätsdefizite, in Wohnungswirtschaft und Mietrecht, Heft 5, 2013, S. 261.

alle Kommunen in gleichem Maß gilt.<sup>50</sup> Hier wird außer Acht gelassen, dass unterschiedlichen Wohnlageeinteilungen in den Städten zum einen entstehen wegen der fehlenden rechtlichen Vorgaben zur Mietspiegelerstellung, aber auch wegen der ganz unterschiedlichen Stadtentwicklungen. Genau deshalb verlangt der Gesetzgeber ja zwingend, dass die ortsübliche Vergleichsmiete auf Gemeindeebene ermittelt wird und nicht für größere Einheiten.

Die in der Praxis anzutreffende Wohnlagendifferenzierung<sup>51</sup> zeigt zwei wesentliche Muster: Empirisch erstellte Mietspiegel weisen relativ wenige Wohnlagenstufen auf, nicht-empirische, einfache Mietspiegel im Regelfall deutlich mehr. Auch zeigt sich bei empirisch erstellten Mietspiegeln, dass sie erst ab einer gewissen Gemeindegröße Wohnlagen unterscheiden.

Im Wesentlichen treffen hier zwei Effekte zusammen: Zum einen müssen Wohnlagen sich so stark unterscheiden, dass ihre Unterschiede spürbar messbar sind. Es ist wenig sinnvoll, Wohnlagen zu differenzieren, deren Unterschiede nur marginal und kaum empirisch feststellbar sind. Zum anderen ist das Erheben von Wohnungen in unterschiedlichen Wohnlagen eine Kostenfrage der Mietspiegelerstellung. Man wird bei Mietspiegelerstellungen aus ökonomischen Gründen immer darauf achten, die am stärksten vertretenen Wohnlagen im Mietspiegel abzubilden, um die üblichen, am häufigsten vertretenen Wohnsituationen in einer Kommune abzubilden.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie aktuell Wohnlageeinstufungen in Mietspiegeln sein müssen? Überraschenderweise ist festzustellen, dass sich hierüber bislang anscheinend noch niemand Gedanken gemacht hat. Es lassen sich dazu weder einschlägige Urteile noch Gesetzeskommentierungen finden.

§ 558d BGB schreibt zwar vor, dass ein qualifizierter Mietspiegel alle zwei Jahre „der Marktentwicklung“ anzupassen und alle vier Jahre neu zu erstellen sei. Ist mit dieser

---

<sup>50</sup> Vgl. J. Promann: Die Berücksichtigung des Wohnwertmerkmals Lage in den Mietspiegeln der deutschen Großstädte – Bestandsaufnahme, theoretische Einbettung und ein GIS-gestütztes Verfahren zur standardisierten Wohnlageermittlung. Lohmar, Eul-Verlag 2012.

<sup>51</sup> Börstinghaus/ Clar verweisen auf eine ältere Untersuchung aller deutschen Mietspiegel, in der bis zu vier Wohnlageklassen gefunden wurde (vgl. U. Börstinghaus/ M. Clar: Mietspiegel. Erstellung und Anwendung. Beck, München, 2. Auflage 2013, Rn. 686.



Vorschrift nur das Zahlenwerk gemeint oder auch ein Wohnlagenverzeichnis? Gibt es eine „Marktentwicklung“ bei Wohnlagen, wenn ja, ist diese so dynamisch, dass eine Anpassung aller zwei Jahre erforderlich wäre?

Um diesen Fragen nachzugehen, ist es erforderlich, die Darstellung der Wohnlage in Mietspiegeln näher zu analysieren. Maximal besteht die Wohnlage in einem Mietspiegel aus drei Komponenten:

1. Aus einem Merkmalsset, durch den „Wohnlage“ messbar gemacht wird. Übliche Indikatoren hierfür sind insbesondere Zentralität, Erreichbarkeit mit öffentlichen Nahverkehrsmitteln, Qualität der Nahversorgung, Immissionsfreiheit, Image etc..
2. Ggf. einer Datenmenge, auf deren Basis eine Wohnlageneinteilung des Stadtgebiets erfolgt (ist).
3. Einer Anweisung in der Mietspiegelbroschüre, wie die Wohnlage einer konkreten Wohnung festzustellen ist. Hierfür gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten:
  - Variante 1: Feststellung der Wohnlage einer konkreten Wohnung durch Selbsteinstufung, d.h. der Mietspiegelanwender soll anhand einer Anleitung selbst die Wohnlageneinstufung einer konkreten Wohnung vornehmen
  - Variante 2: durch eine Straßenkarte oder einem Adressverzeichnis, aus denen genau die Wohnlage einer konkreten Wohnung ablesbar ist

Welche dieser Komponenten ist wie zu aktualisieren?

Im Indikatorenset ist die Frage zu beantworten, ob die gewählten Indikatoren noch zeitgemäß sind. Ein aktuelles Beispiel ist das Merkmal „Feinstaubbelastung“ als Bestandteil des Wohnlageindikators „Immissionsfreiheit“. Ganz offensichtlich wurde die Feinstaubbelastung in den 1980er und 1990er-Jahren noch nicht als gesundheitsrelevanter Aspekt in der öffentlichen Diskussion in dem Maße wahrgenommen wie heutzutage. Aus diesem Beispiel folgt: Die Mietspiegelersteller müssen in regelmäßigen Abständen die Aktualität ihres verwendeten Indikatorensets prüfen. Dies bedeutet nicht, dass der Indikatorenset alle zwei Jahre verändert werden muss, die Mietspiegelersteller müssen sich aber bei jeder

Mietspiegelerstellung Gedanken darüber machen, ob der Indikatorenset noch angemessen ist.

Wie kann man das machen? Am einfachsten durch Befragung der örtlichen Wohnungsmarktexterten im Arbeitskreis Mietspiegel: Dieses kann in regelmäßigen Abständen geschehen und unaufwändig erfolgen. Dieses ist die Antwort eines empirische Sozialforschers und Mietspiegelerstellers. Ist diese Antwort auch rechtssicher? Oder muss man eine Umfrage bei Mietrechtskommentatoren machen? Oder muss man eine Umfrage in der Bevölkerung machen, welche Wohnlageeigenschaften den Mietern wichtig sind?

Wenn ein Wohnlagenverzeichnis empirisch aufgrund von Daten erstellt worden ist, stellt sich natürlich die Frage, ob die Daten für die gewählten Indikatoren noch aktuell sind.

In der Praxis ist diese Frage jedoch eine Doppelfrage: Sind die Daten flächendeckend und aktuell vorhanden? Die meisten amtlichen Daten, die in Wohnlagenverzeichnissen verarbeitet werden, bauen auf Zensusdaten („Volkszählungen“) auf, die nur in langen und unregelmäßigen Zeitabständen erhoben werden. Genügt es aus rechtlicher Sicht, Daten nur in diesen langen Aktualisierungsintervallen zu benutzen?

Von kommerziellen Datenhändlern zwischen den Zensusstichtagen angebotenen Daten basieren, wenn sie kleinräumig sind, oftmals auf Schätzmodellen, weil diese Zahlen auch nicht volkszählungsähnlich bei Jedem erhoben werden, sondern üblicherweise stichprobenartig. Das Herunterrechnen auf kleine räumliche Einheiten geschieht dann mit statistischen Schätzungen. Diese Schätzmodelle sind zumeist Betriebsgeheimnis der datengebenden Unternehmen und werden nicht transparent und offen kommuniziert. Ist die Verwendung derartiger Daten bei Wohnlageerstellungen bzw. Wohnlageaktualisierungen rechtssicher?

Hier zeigt sich ein weiteres Grundproblem von Mietspiegeln: Das Mietengefüge für den Mietspiegel wird stichprobenartig erhoben, die gefundene Mietenstruktur wird auf alle Mietwohnungen übertragen. Ein möglichst genaues Wohnlagenverzeichnis kann man dagegen nicht stichprobenartig erheben, es gibt keine Struktur, die sich von Stichprobenobjekten auf alle Gebäude/ Wohnungen der Stadt übertragen lässt. D.h. je genauer ein Wohnlagenverzeichnis ist, desto eher muss es bei der Erstellung in Richtung auf eine Vollerhebung gehen. Damit wird der Erstellungsaufwand aber besonders hoch.

Daraus ergibt sich ein für die Praxis unangenehmer Zwang: Je genauer, je kleinteiliger ein Wohnlagenverzeichnis im Mietspiegel ist (d.h. aber auch: je besser es in der Anwendungspraxis ist), je aufwändiger dieses Verzeichnis aufgestellt wurde, desto stärker unterliegt es einem Aktualisierungserfordernis.

Für die Aktualisierungserfordernisse von Wohnlagen ergibt sich somit folgendes Fazit:

Die Aktualitätsanforderungen für Wohnlage-Einstufungen in Mietspiegeln sind bislang in keiner Weise formuliert worden

Die Aktualisierung des Meßgerüsts (des Indikatorensets) ist relativ unaufwändig in regelmäßigen Abständen durchführbar – wenn man es akzeptiert, dass ein AK Mietspiegel hierfür ein kompetentes Gremium ist

In welchem Rhythmus müssen die Datengrundlagen einer Wohnlageneinstufung überprüft werden? Wie ist dieses Problem aus rechtlicher Sicht zu behandeln, wenn amtliche Daten für das gesamte Gebiet einer Stadt z.T. nur in unregelmäßigen Zeitabständen erhoben werden. Darf man sich zwischenzeitlich mit Daten anderer Anbieter behelfen, auch wenn nicht in jedem Fall klar ist, wie diese Daten zustande gekommen sind? Ist der Arbeitskreis Mietspiegel, das Gremium der örtlichen Wohnungsmarktexterten, kompetent genug, um rechtssicher entscheiden zu können, ob derartige Daten bei einer Wohnlagenaktualisierung Verwendung finden sollen?

Sollte man angesichts dieser Anforderungen und offenen Rechtsfragen nicht besser Wohnlagenverzeichnisse aus dem qualifizierten Teil des Mietspiegels herausnehmen, um den qualifizierten Mietspiegel von einem möglichen Streitpunkt zu entlasten mit der Konsequenz, dass dann die Auseinandersetzung über die Wohnlage den streitenden Parteien im Einzelfall vor Gericht aufgebürdet wird?

##### 5. Die Ermittlung der Üblichkeit der Vergleichsmiete

Weithin bekannt ist die Schemaskizze, laut deren Vorgaben bei der Berechnung der ortsüblichen Vergleichsmieten in Mietspiegeln zunächst die Extremwerte eliminiert werden sollen und sodann aus dem verbleibenden Restdatenbestand die 2/3-Spanne als Spanne der

ortsüblichen Vergleichsmieten berechnet werden soll. Durch dieses Vorgehen soll erreicht werden, dass nur „übliche“ Mieten in die Auswertung einfließen.

In den ersten Hinweisen zur Aufstellung von Mietspiegeln aus dem Jahr 1976 heißt es dazu:

„Um die Bedingungen zu erfüllen, dass die Mietspiegel die „üblichen“ Entgelte wiedergeben, müssen die Spannbreiten so gewählt werden, dass zumindest (Hervorhebung durch die Verfasser) zwei Drittel aller erfassten Mieten der betreffenden Merkmalskombination (d.h. der Mietspiegelfelder; die Verfasser) innerhalb der Spanne liegen... Es dürfen jedenfalls keine engen Spannen entgegen einer tatsächlich zu beobachtenden breiteren Streuung der üblichen Mieten festgelegt werden. Eine solche Scheinexaktheit würde den gesetzlichen Anforderungen widersprechen.“<sup>52</sup>

Dieser Text wurde bis auf den neu hinzugekommenen Hinweis, dass extreme „Ausreißermieten“ nicht berücksichtigt werden sollen, wortgleich auch in die Hinweise zur Mietspiegelerstellung, Stand 1980, übernommen.

In den Hinweisen zur Mietspiegelerstellung, Stand 1997, lauten die entsprechenden Textpassagen:

„Da die ermittelten Mieten eine Spreizung aufweisen, enthalten viele Mietspiegel Spannen, die um den Mittelwert den Bereich auswählen, der 2/3 der ermittelten Marktmiete abdeckt. ... Für die Spannenbildung kann das nachfolgend... dargestellte Verfahren gewählt werden:

1. Aussonderung von extremen „Ausreißermieten“
2. Bildung der Durchschnittswerte der verbleibenden Mieten
3. Bestimmung des unteren und oberen Wertes der Spanne durch Kappen von je 1/6 der Fälle am oberen und unteren Ende der Mietenskala.

Da die Markttransparenz, Anwendbarkeit und Befriedungsfunktion eines Mietspiegels mit der Anzahl der abgebildeten Wohnwertmerkmale zunimmt, weil die Streuung der Mieten um den bestimmten Mittelwert zurückgeht, wäre eine weitergehende als die klassische

---

<sup>52</sup> Zitiert nach Börstinghaus/ Clar: Mietspiegel. Erstellung und Anwendung. München, Beck, 2. Auflage 2013, S. 341 f.

Differenzierung der Mietpreisübersichten nach Wohnungsgröße, Baualter sowie einfacher, normaler und guter Grundausstattung bzw. Wohnlage wünschenswert.<sup>53</sup>

In den Hinweisen zur Mietspiegelerstellung, Stand 2002, wird die Spannenbildung unter der Überschrift „Wie werden bei qualifizierten Mietspiegeln Mietpreisspannen berechnet?“ folgendermaßen behandelt:

„Die Praxis der Mietspiegelerstellung zeigt, dass durch die Mietspiegelwerte in der Regel nicht alle Mietunterschiede erklärt werden können... Daraus folgt, dass sowohl bei Tabellen- als auch bei Regressionsmietspiegeln Spannen ausgewiesen werden sollten. Diese Spannen müssen den jeweils niedrigsten und höchsten Wert eines Feldes so bestimmen, dass zwischen diesen Werten die „üblichen“ Mietwerte liegen. Ziel sollte eine einvernehmliche Beurteilung der Beteiligten sein. In der Praxis wird bei Tabellenmietspiegeln häufig eine 2/3-Spanne als „üblich“ angesehen, d.h. zwei Drittel aller beobachteten Werte liegen innerhalb der Spanne.“<sup>54</sup>

An diesen Hinweisen aus dem Jahr 2002 ist zum einen interessant, dass die Wahl der Spannenbreite, ob 2/3 aller Mietwerte oder eine andere Breite, in die einvernehmliche Beurteilung der an der Mietspiegelerstellung Beteiligten gestellt wird. D.h. bei qualifizierten Mietspiegeln ist die Wahl der Spannenbreite wie bei einfachen Mietspiegeln eine Konsensentscheidung.

Zum anderen fällt auf, dass zwischen den ersten Hinweisen aus dem Jahr 1976 und den aktuellen aus dem Jahr 2002 die Größe der Spannenbreite immer stärker in Richtung auf die Zwei-Drittel-Spanne hin ausgelegt wurde. Aus der Mindestspannenbreite von Zwei-Dritteln des Jahres 1976 ist im Zeitverlauf das übliche Maß geworden.

Im Grunde besteht das Problem darin, dass sich in Mietspiegeln die Bandbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete von wohnwertgleichen Wohnungen mit der Spanne ähnlicher Wohnungen, die nicht identische Wohnwertmerkmale haben, überlagert. Am Beispiel eines Tabellenmietspiegelfeldes wird dies besonders deutlich: Ein Mietspiegeltabellenfeld wird

---

<sup>53</sup> Zitiert nach Börstinghaus/ Clar, a.a.O. S. 382 f.

<sup>54</sup> Zitiert nach Börstinghaus/ Clar, a.a.O. S. 425 f.

durch eine Anzahl von Wohnwertmerkmalen definiert, z.B. Baualter, Wohnfläche, Ausstattung mit Bad, WC und Sammelheizung und Wohnlage. In dem sich daraus ergebenden Mietspiegelfeldern befindet sich aber in der Mietenstreuung nicht nur die Bandbreite der Mieten vergleichbarer Wohnungen, sondern auch weitere Wohnungen mit unterschiedlichen Wohnwertmerkmalen und jeweils eigenen Mietenbandbreiten.

Das Abschneiden erhobener Mieten an den jeweiligen Verteilungsenden bereinigt somit nicht nur unübliche Mieten, sondern läuft permanent Gefahr, auch die üblichen Mietenbandbreiten seltener Wohnwertkombinationen zu beschneiden. In Börstinghaus/ Clar<sup>55</sup> wird dies durch ein abgewandeltes Beispiel aus der Praxis belegt.

Zusammen mit der Vermutungswirkung qualifizierter Mietspiegel entfaltet sich hier eine der Mietenwirklichkeit unangemessene Wirkung: Dem qualifizierten Mietspiegel haftet die Vermutung an, dass er die ortsübliche Vergleichsmiete korrekt wiedergibt. Dann dürfen aber durch die Beschneidungen der Extremwertbereinigung und der Spannenbildung nicht reale, übliche Mieten bei der Auswertung ausgeschlossen werden. Es drängt sich der Verdacht auf, dass bei der Abfassung der Hinweise zur Mietspiegelerstellung Stand 2002 die Praxis der Extremwertbereinigung und Spannenbildung in Form der 2/3-Spanne unreflektiert aus der älteren Praxis der Mietspiegelerstellung, die eine Unterscheidung zwischen einfachem und qualifiziertem Mietspiegel nicht kannte, auf die neue Qualität der qualifizierten Mietspiegel mit ihrer Rechtsfolge der Vermutungswirkung übertragen wurde. Diese unkritische Übertragung gängiger Vorgehensweisen bei der Mietspiegelerstellung erweist sich im Nachhinein als unangemessen angesichts der Rechtsfolgen des qualifizierten Mietspiegels.

Für die Mietspiegelerstellungspraxis bedeutet dies, dass man sowohl die Eliminierung der Extremwerte als auch die Wahl der Spannenbreiten sehr vorsichtig und sorgfältig behandeln sollte. Richtschnur des Handelns sollten die bereits zitierten Leitlinien aus den Hinweisen zur Mietspiegelerstellung Stand 1976 sein:

„Es dürfen jedenfalls keine engen Spannen entgegen einer tatsächlich zu beobachtenden breiteren Streuung der üblichen Mieten festgelegt werden. Eine solche Scheinexaktheit würde

---

<sup>55</sup> Börstinghaus/ Clar a.a.O. Rn. 677 ff

den gesetzlichen Anforderungen widersprechen.“<sup>56</sup>

### **III. Der Mietspiegel**

#### **1. Wieviel soll ein Mietspiegel eigentlich abbilden**

In jeder Mietspiegelbroschüre wird einleitend der Geltungsbereich des Mietspiegels beschrieben, d.h. es wird angegeben, für welche Wohnungen das Zahlenwerk richtigerweise angewandt werden darf bzw. nicht angewandt werden darf.

Üblicherweise werden hier die gesetzlich bestimmten Nicht-Anwendungsgründe genannt, insbesondere die Wohnungen mit Mietpreisbindung oder bestimmten Mietvertragsgestaltungen. Danach folgenden zumeist Ausschlüsse, die sich aus praktischen Gründen der Datenerhebung ergeben, z.B. der Ausschluss von Mietverhältnissen in Gebäuden mit weniger als drei Wohnungen. Dieses ist kein rechtlich fixiertes Ausschlusskriterium, sondern lediglich der Tatsache geschuldet, dass der Mietspiegelersteller aus Gründen der Erhebungsökonomie auf die Sammlung von Mieten in solchen Vertragsverhältnissen verzichtet hat.

Diese Ausschlusskriterien sind definierbar und stehen üblicherweise, wie bereits gesagt, präzise beschrieben am Anfang einer Mietspiegelbroschüre. Gilt ein Mietspiegel somit für alle übrigen Wohnungsbestände?

Mietspiegel beschränken sich bei der Datenerhebung aus Kostengründen auf den Großteil des Mietwohnungsmarktes, Sonderfälle, seltene oder spezielle Wohnwertkombinationen werden durch das stichprobenartige Vorgehen gar nicht erhoben (der Erhebungsumfang des größten deutschen Mietspiegels, Berlin, stellt eine 1 % Stichprobe des Wohnungsbestands dar!).

Durch die doppelte Eingrenzung des Erhebungsmaterials (Extremwertbereinigung und Kappung auf Mietenspannen) werden am Markt vorhandene Mieten nicht im Mietspiegel

---

<sup>56</sup> Zitiert nach Börstinghaus/ Clar, a.a.O. S. 342.

abgebildet. Diese nicht abgebildeten Mieten können „verzerrte“ Mieten sein, aber auch sachgerechte ortsübliche Vergleichsmieten.

Es ist aus erhebungs- und auswertungstechnischer Sicht praktisch unmöglich, die durch den Stichprobenansatz sowie die Extremwertbereinigung und Spannenbildung nicht berücksichtigten Wohnungen durch ihre Wohnwertmerkmale zu beschreiben, da hierfür eine Vielzahl von Wohnwertmerkmalen zu erheben wären (z.B. Penthouse, Staffelgeschoss, Kamin, Sauna etc.)

Es steht außer Frage, dass ein qualifizierter Mietspiegel nicht 100 % des örtlichen Mietwohnungsmarktes abbildet. Zumeist gibt es hierfür wirtschaftliche Gründe: Das Erforschen der letzten 5 bis 10 % des Mietwohnungsmarktes ist überproportional aufwendig, d.h. teuer. Also beschränken sich Mietspiegel regelmäßig auf die Abbildung des „üblichen“ Marktes

- durch Einschränkungen bei der Erhebung
- durch „Kappung“ auf das „Übliche“.

Was aber ist „unüblich“ und wie teilt man das dem Anwender des Mietspiegels mit?

Brauchen Mietspiegel eine Art „Öffnungsklausel“, damit Vermieter oder Mieter nicht den ganzen Mietspiegel in Frage stellen müssen, wenn sie der Meinung sind, dass die betreffende Wohnung außerhalb der Mietenspanne im Mietspiegel liegt, oder muss die Mietenspanne auch das „Unübliche“ enthalten?

Im Grundsatz ist dieses Problem in Mietspiegeln immer vorhanden gewesen, aber bislang nur wenig zum Tragen gekommen, weil Mieterhöhungen in bestehenden Verträgen kompliziert sind und deshalb die meisten Vermieter hier nicht versuchen, das Maximum (die ihnen rechtlich zustehende ortsübliche Vergleichsmiete) herauszuholen.

Durch die geplante Beschränkung von Neuvermietungsvereinbarungen auf 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete in angespannten Wohnungsmärkten ändert sich diese Sachlage aber fundamental. Nunmehr muss bereits beim Abschluss des Neuvertrags die ortsübliche Miete bekannt sein. Wenn ein qualifizierter Mietspiegel vorliegt, hat er die



Vermutungswirkung der Richtigkeit.

Was passiert aber in den Fällen, wo die Mieten durch Extremwertbereinigung oder durch die Beschränkung auf das „Übliche“ durch Spannenbildung aus der Auswertung herausgefallen sind? Wie eng darf die Beschränkung auf das Übliche sein (2/3-Spanne, 3/4-Spanne oder noch mehr)? Wie ist mit den „unüblichen“ Fällen bei Existenz eines qualifizierten Mietspiegels umzugehen?

Es ist unbefriedigend, einen an sich ordnungsgemäß erstellten Mietspiegel in Frage stellen zu müssen, wenn man nur einige Sonderfälle außerhalb des Mietspiegels regeln möchte.

Folgende Strategien zur Umgehung dieser Situation erscheinen möglich:

Vorschlag 1: Wenn man in Mietspiegeln diese Sonderfälle nicht definieren kann, sollte zumindest die Spannweite des Üblichen (2/3-Spanne) weiter gefasst werden als bisher, um eine größere Menge des realen Mietwohnungsmarkts abbilden zu können.

Vorschlag 2: Wenn man dieses nicht möchte, ist eine Rückkehr zum einfachen Mietspiegel zu empfehlen.

Vorschlag 3: Wenn man dieses auch nicht möchte, muss es Formulierungen für Öffnungsklauseln geben (z.B. „Bei Wohnungen mit selten auftretenden Wohnwertmerkmalen besteht die Vermutung, dass ihre ortübliche Vergleichsmiete nicht angemessen im Mietspiegel abgebildet wird.“), um die Mietspiegel vor einer permanenten grundsätzlichen Infragestellung zu schützen, denn für die Mehrzahl der Fälle sind Mietspiegel korrekt und anwendbar!

## **2. Mietspiegel im Prozess**

Im Zustimmungsverfahren steht regelmäßig die Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Mittelpunkt. Es handelt sich um die Feststellung einer Tatsache und nicht um die Beantwortung einer Rechtsfrage. Deshalb gelten die Vorschriften des 5. bis 10. Titels der ZPO über die Beweisaufnahme, soweit sich aus den Vorschriften der §§ 558 bis 558d BGB nichts Abweichendes ergibt.

Weder einfache noch qualifizierte Mietspiegel sind Beweismittel im Sinne der ZPO in einem Zustimmungsverfahren. Seit der Mietrechtsreform 2001 wird bei einem Mietspiegel, der nicht älter als zwei Jahre ist, bzw. rechtzeitig angepasst wurde, vermutet, dass die in ihm angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben. Damit ist der qualifizierte Mietspiegel zwar immer noch kein Beweismittel im Prozess<sup>57</sup>, aber eine Beweislastnorm.<sup>58</sup> Die Regelung ist auf den ersten Blick einfach und praktikabel aber wie sich inzwischen deutlich zeigt eher konfliktträchtig<sup>59</sup> und zum Teil wenig hilfreich, insbesondere wenn man die Rechtslage mit der Praxis der Gerichte vor Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes vergleicht. Einfache Mietspiegel soll nach der Rechtsprechung des BGH<sup>60</sup> eine Indizwirkung zukommen.

#### **a. Der qualifizierte Mietspiegel**

Gesetzliche Vermutungen werden unterschieden in gesetzliche Tatsachenvermutungen<sup>61</sup> und gesetzliche Rechtsvermutungen.<sup>62</sup> Ob es sich bei der Vermutung in § 558d Abs. 3 BGB um eine Tatsachenvermutung oder um eine Rechtsvermutung handelt, ergibt sich aus der Vorschrift selbst nicht. Die Beantwortung dieser Frage hängt mit der systematischen Einordnung des Begriffs der ortsüblichen Vergleichsmiete zusammen. Bei dem Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete handelt es sich um einen normativen Begriff. Es handelt sich bei der ortsüblichen Vergleichsmiete um eine sog. „modifizierte Durchschnittsmiete“, deren Feststellung in zwei Stufen erfolgt. Zum einen bedarf es einer empirischen Datenerhebung und zum anderen einer normativen Bewertung.<sup>63</sup> Damit fällt der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete aus dem starren Schema Tatsachen- oder Rechtsvermutung heraus. Das macht auch das Dilemma dieser Regelung deutlich.<sup>64</sup> Dies gilt weniger für die Tatbestandsseite als für die Rechtsfolgenseite.

#### **(1) Die Vermutungsgrundlage**

---

<sup>57</sup> Rips WuM 2002, 415, 419; Wetekamp NZM 2003, 184, 185.

<sup>58</sup> Blank PiG 62, 17, 25.

<sup>59</sup> Zeimes, Reform des Mietrechts, S. 186; Blank PiG 62, 17, 25.

<sup>60</sup> BGH (VIII ZR 99/09) NJW 2010, 2946 = NZM 2010, 665 = WuM 2010, 505 = MietPrax-AK, § 558a BGB Nr. 20 m. Anm. Börstinghaus.

<sup>61</sup> Z. B. in §§ 938, 1117 Abs. 3, 1253 Abs. 2, 1591 Abs. 2, 2009, 2255 Satz 2 BGB, §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 2 ZPO.

<sup>62</sup> Z. B. in §§ 891, 921, 1006, 1138, 1155, 1227, 1248, 1362, 1964 Abs. 2, 2365, 2368 Abs. 3 BGB.

<sup>63</sup> Ausführlich dazu Hinkelmann, Die ortsübliche Miete, Kiel 1998; Blank ZMR 2013, 170; Weitemyer NZM 2001, 563, 568; Börstinghaus NZM 2000, 1087, 1089.

<sup>64</sup> Darauf weist auch Blank PiG 62, 17, 28 hin; Derleder NZM 2001, 170, 173 hatte deshalb im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen, die Vermutungswirkung an das Anerkenntnis durch die Gemeinde zu knüpfen.

Eine gesetzliche Vermutung ist dann anzuwenden, wenn die Vermutungsgrundlagen also der Vermutungstatbestand dargelegt und ggf. auch bewiesen wurde. Dies ist im Rahmen des § 558d Abs. 3 BGB:

- es muss einen Mietspiegel im Sinn des § 558c BGB geben, also eine Übersicht über den richtigen Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete, die von der Gemeinde oder den Interessenverbänden erstellt worden ist,
- dies muss nach den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen geschehen sein,
- der Mietspiegel muss von der Gemeinde oder den Interessenverbänden anerkannt worden sein,
- ggf. muss er nach 2 Jahren der Marktentwicklung angepasst worden sein,<sup>65</sup>
- die konkrete Wohnung kann in den Mietspiegel eingeordnet werden.<sup>66</sup>

## (2) Die Vermutungsfolge

Wenn diese Vermutungsgrundlagen feststehen, dann tritt die Rechtsfolge also die Vermutungsfolge ein. Es wird also vermutet, dass die im qualifizierten Mietspiegel bezeichneten Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben.

Wenn der Mietspiegel Spannen ausweist, dann wird vermutet, dass die ortsübliche Vergleichsmiete innerhalb dieser Spanne liegt.<sup>67</sup> Bei den heute üblichen weiten Spannen hilft das nicht wirklich weiter. Wird zusätzlich ein Mittelwert angegeben, dann hat dies für die Vermutungswirkung keine Bedeutung.<sup>68</sup> Die Einordnung innerhalb der Spanne ist eine normative Bewertung<sup>69</sup>, die der Mietspiegel gerade nicht vornehmen kann, da er ja eine abstrakte generelle Datenbasis darstellt, in die eben jede Wohnung eingeordnet werden muss.

---

<sup>65</sup> *Lammel*, § 558d BGB Rdn. 31 weist zu Recht daraufhin, dass die Formulierung insofern missverständlich ist, als dass die Vermutungswirkung danach die erstmalige Anpassung voraussetzt, so dass die ersten zwei Jahre die Vermutungswirkung nicht gelten würde. Er kommt richtigerweise unter Hinweis auf das Gesetzgebungsverfahren zu einem anderen Ergebnis; so auch BGH (VIII ZR 46/12) NZM 2013, 138.

<sup>66</sup> Falsch deshalb AG Berlin-Mitte MM 2008, 75.

<sup>67</sup> BGH (VIII ZR 110/04) NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 12 m. Anm. *Börstinghaus*; LG Duisburg WuM 2008, 598; LG Berlin GE 2004, 483; LG Dortmund WuM 2005, 723; AG Dortmund, WuM 2005, 254; WuM 2004, 718, 719; *Artz* in MünchKomm § 558d BGB Rdn. 7; *Sternel* Mietrecht aktuell (2009) Rdn. IV 224; AG Charlottenburg GE 2004, 52 (für jeden Wert der Spanne spricht die Vermutung); *Lammel* § 558d BGB Rdn. 33.

<sup>68</sup> AG Brandenburg WuM 2007, 268; *Sternel* Mietrecht aktuell (2009) Rdn. IV 225; *Lammel* § 558d BGB Rdn. 33.

<sup>69</sup> *Blank* ZMR 2013, 170.

Letztendlich wird also nur vermutet, dass die ortsübliche Vergleichsmiete für die konkrete Vertragswohnung nicht höher als der Oberwert der Spanne und nicht niedriger als der Unterwert der Spanne ist.<sup>70</sup> Es ist Aufgabe des Tatrichters die konkrete Bandbreite der Einzelvergleichsmiete innerhalb der Spanne des qualifizierten Mietspiegels zu ermitteln. Hierbei handelt es sich um eine Schätzung gem. § 287 Abs. 2 ZPO.<sup>71</sup> Die Einholung eines Sachverständigengutachtens hat dabei möglichst zu unterbleiben, da dies i. d. R. wegen der Kosten in keinem Verhältnis zu dem geringen Differenzbetrag steht, um den es geht.<sup>72</sup> Das Gericht muss aber im Urteil darlegen, wie es die Schätzung vorgenommen hat. Gibt es in der Gemeinde neben dem qualifizierten Mietspiegel eine Orientierungshilfe zur Spanneneinordnung, kann das Gericht zur Spanneneinordnung darauf zurückgreifen, selbst wenn diese Orientierungshilfe als Ergebnis eines Interessen orientierten Verhandlungsergebnisses ohne empirische Daten herausgegeben wurde.<sup>73</sup> Eine Vermutungswirkung kommt solchen Orientierungshilfen nicht zu.<sup>74</sup> In Gemeinden ohne Orientierungshilfe muss das Gericht auf andere Art und Weise seine Schätzung gem. § 287 Abs. 2 ZPO zur Spanneneinordnung begründen.<sup>75</sup>

### **(3) Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast**

Was bedeutet das jetzt für die Darlegungs- und Beweislast im Prozess?

Derjenige, der sich auf die Vermutungswirkung beruft, muss die Vermutungsgrundlagen auch darlegen und beweisen.<sup>76</sup> In der Regel wird der Mieter sich auf diese Grenze berufen, weil der Vermieter eine höhere Miete verlangt. Hier hat eine Prüfung in 4 Stufen stattzufinden.

#### **1. Stufe**

Beruft sich der Mieter auf die Werte eines qualifizierten Mietspiegels genügt zunächst der Hinweis, dass es in der Gemeinde einen Mietspiegel gibt, der nach den anerkannten wissenschaftlichen Methoden erstellt worden ist und von der Gemeinde oder den

---

<sup>70</sup> BGH (VIII ZR 110/04) NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 11 m. Anm. *Börstinghaus*; abl. Anm. *Thomma* WuM 2005, 496.

<sup>71</sup> BGH (VIII ZR 110/04) NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 11 m. Anm. *Börstinghaus*; KG WuM 2009, 407; LG Duisburg WuM 2008, 598, 599.

<sup>72</sup> BGH (VIII ZR 110/04) NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 11 m. Anm. *Börstinghaus*; LG Berlin GE 2012, 271.

<sup>73</sup> BGH (VIII ZR 110/04) NJW 2005, 2074 = MietPrax-AK § 558 BGB Nr. 11 m. Anm. *Börstinghaus*; KG WuM 2009, 407; LG Berlin GE 2004, 483, 484.

<sup>74</sup> Nach AG Charlottenburg GE 2004, 52 kommt es auf die Orientierungshilfe nicht an, da alle Werte der Spanne eines qualifizierten Mietspiegels gleichwertig die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben.

<sup>75</sup> LG Dortmund NZM 2006, 134; AG Brandenburg WuM 2007, 268; AG Dortmund NZM 2005, 258.

<sup>76</sup> BGH, NZM 2013, 138.

Interessenverbänden anerkannt worden ist.<sup>77</sup> Hilfreich ist an dieser Stelle bereits der Hinweis, dass sich dies auch aus einer allgemein zugänglichen Mietspiegeldokumentation ergibt. Solche Dokumentationen gibt es regelmäßig nur bei qualifizierten Mietspiegeln. Allein die Bezeichnung als qualifizierter Mietspiegel genügt nicht; denn dies beweist noch nicht, dass die Voraussetzungen des § 558d Abs. 1 BGB auch tatsächlich erfüllt sind.<sup>78</sup>

## 2. Stufe

Derjenige, gegen die Vermutungswirkung streitet, - idR der Vermieter - muss nun „Zweifel säen“. Er muss Tatsachen vortragen, die gegen eine Einhaltung der anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze sprechen. Diese können sich auch auf einzelne Punkte beschränken, z. B. nur die Einteilung der Lageklassen oder die Art und Weise der Extremwertbereinigung.<sup>79</sup> Sofern es eine Mietspiegeldokumentation gibt, muss er sich damit auseinandersetzen.<sup>80</sup> Ein Bestreiten mit Nichtwissen ist hinsichtlich solcher Informationen, die sich aus der Dokumentation ergeben, unzulässig.<sup>81</sup> Er muss sich vielmehr mit dem Inhalt der Dokumentation substantiiert auseinandersetzen, soweit dies ohne Fachkenntnisse – etwa auf dem Gebiet der Statistik – möglich ist. Fraglich ist, ob der Hinweis auf die Lageeinteilung in anderen Großstadtmietspiegeln ausreichend ist.<sup>82</sup> Weder der Hinweis, dass ein Mietspiegel, dessen Erhebungsstichtag ca. 10 Monate nach dem Zugang des Mieterhöhungsverlangens liegt, ein höheres Mietpreisniveau ausweist ist ausreichend, noch der Hinweis darauf, dass eine Sanierungssatzung für das Gebiet, in dem Wohnung liegt, aufgehoben wurde. Ein Bestreiten mit Nichtwissen oder bloße Behauptungen „ins Blaue hinein“ reichen nicht aus. Der BGH<sup>83</sup> verlangt einen substantiierten Sachvortrag.

## 3. Stufe

Erst wenn ein wirklich erhebliches Bestreiten vorliegt obliegt es demjenigen, der sich auf die Vermutungswirkung beruft, die Einhaltung der anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze zu beweisen. Er muss also beweisen, dass der Mietspiegel nach den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden ist. Für den Beweis stehen als Beweismittel

- das Sachverständigengutachten,

---

<sup>77</sup> AG Bitterfeld-Wolfen, WuM 2013, 45.

<sup>78</sup> BGH (VIII ZR 46/12) NZM 2013, 138 = MietPrax-AK § 558d BGB Nr. 1.

<sup>79</sup> LG Berlin NZM 2013, 380.

<sup>80</sup> AG Schöneberg GE 2014, 125, 127.

<sup>81</sup> BGH (VIII ZR 46/12) NZM 2013, 138 = MietPrax-AK, § 558d BGB Nr. 1.

<sup>82</sup> dafür aber wohl BGH NZM 2013, 138 = NJW 2013, 775 mit abl. Anm. *Clar* WuM 2013, 233.

<sup>83</sup> BGH, NZM 2013, 138.

- die Vernehmung von Zeugen und
- ggf. auch die Einholung einer Auskunft

zur Verfügung. Die Art der Beweisaufnahme wird vor allem durch die Beweisfrage bestimmt. Der BGH<sup>84</sup> hält es aber für möglich, die mit der Erstellung des qualifizierten Mietspiegels befassten Personen zu vernehmen. Das ist sicher problematisch, da diese Personen ein erhebliches Interesse an der Bewertung ihrer eigenen Arbeit haben und unter starkem Rechtfertigungsdruck stehen. Eine solche Vernehmung kommt deshalb nur bei einfachen Tatsachenfragen in Betracht. Im Übrigen wird idR wegen der fehlenden ausreichenden Sachkunde des Gerichts, ein Sachverständigengutachten einzuholen sein. Dabei handelt es sich nicht um das übliche Gutachten zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete. Hier ist die Sachkunde eines Statistikers gefordert. Es geht in der Regel um Fragen der Stichprobengröße, der Repräsentativität der Daten, der Eliminierung von Extremwerten sowie methodische Fehler der Datenauswertung (Stichwort Regression versus Tabelle). Besonders problematisch ist bei vielen qualifizierten Mietspiegeln die Einhaltung wissenschaftlicher Standards bei der Einordnung in die Lageklasse.<sup>85</sup> Vorschusspflichtig ist für dies Gutachten der Mieter.

#### 4. Stufe

Die Darlegungs- und Beweislast in der 4. Stufe richtet sich nach dem Ergebnis der 3. Stufe:

a) Kommt das Gericht auf Grund der Beweisaufnahme in der 3. Stufe zu dem Ergebnis, dass ein qualifizierter Mietspiegel vorliegt, oder bestreitet der Vermieter dies gar nicht, dann kann der Vermieter versuchen gem. § 292 ZPO den Beweis des Gegenteils zu erbringen. In diesem Fall geht es nicht –mehr– um die Vermutungsgrundlagen sondern um die Vermutungsfolgen. Der Vermieter muss also äußerst substantiiert vortragen, warum die ortsübliche Vergleichsmiete für sein Objekt höher ist, also nicht von der Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB erfasst wird. Das setzt einen sehr umfangreichen Tatsachenvortrag und nicht nur Rechtsausführungen und eigene Vermutungen voraus. Der Vermieter sollte sich auch in diesem Fall mit der Mietspiegeldokumentation auseinandersetzen, um dazulegen, warum seine Wohnung aus dem vom Mietspiegel erfassten Wohnungsmarkt heraus fällt. Der Vermieter muss dann beweisen, dass die ortsübliche Vergleichsmiete für diese Art von

---

<sup>84</sup> BGH, NZM 2013, 138.

<sup>85</sup> dazu: *Promann*, Die Berücksichtigung des Wohnwertmerkmals der Lage in den Mietspiegeln der deutschen Großstädte, 2012; zu einem solchen Fall auch: BGH, NZM 2013, 138.

Wohnungen höher ist als im qualifizierten Mietspiegel ausgewiesen. Allein die Behauptung, dass für vergleichbare Wohnungen auch eine höhere Miete gezahlt wird, reicht nicht aus. Nach LG Nürnberg<sup>86</sup> reicht auch der Hinweis auf zwei Sachverständigengutachten nicht, wonach die ortsübliche Vergleichsmiete höher sein soll. Es erscheint fraglich, ob der bloße Hinweis darauf, dass es in Mietspiegeln anderer Städte 4 Lagekategorien und dabei insbesondere auch eine „beste Wohnlagen“ gibt, genügt.<sup>87</sup> Es gibt auch Großstädte<sup>88</sup> in denen es nur zwei Wohnlageklassen gibt und in denen mit vier Klassen ist teilweise eine völlig unbesetzt.<sup>89</sup> Auch für diesen sog. Beweis des Gegenteils ist ein voller Beweis erforderlich.<sup>90</sup> Er ist dann geführt, wenn die Unwahrheit der vermuteten Tatsache voll bewiesen ist. Dies bezieht sich aber nicht auf die Vermutungsgrundlagen sondern auf die Vermutungsfolgen. Die Vermutungsgrundlage hat derjenige zu beweisen, der sich auf die Vermutungswirkung beruft. Der Beweis des Gegenteils betrifft die Vermutungsfolge. Der Beweis des Gegenteils ist aber dann nicht erforderlich, wenn es nur um die Spanneneinordnung geht, da sich die Vermutungsfolge darauf nicht bezieht.

Regelmäßig wird an dieser Stelle ein Sachverständigengutachten eingeholt werden. Dabei handelt es sich grds. um das Gutachten eines Sachverständigen für Miethöhen. Dieser wird sich in dem Gutachten aber nicht nur mit der konkreten Vertragswohnung und der hierfür ermittelten ortsüblichen Vergleichsmiete befassen müssen sondern auch mit der Frage, ob die Mieten von Wohnungen wie die der Vertragswohnung bei der Mietspiegelerstellung in die Ermittlung der Mietspiegelspanne eingeflossen sind. Vorschusspflichtig hierfür ist der Vermieter.

Nach Vorlage des Gutachtens hat das Gericht zu entscheiden, ob auf Grund der Feststellungen des Sachverständigen tatsächlich die Vermutungswirkung in diesem konkreten Einzelfall widerlegt ist.

Aber selbst wenn dem Vermieter nicht den Beweis des Gegenteils gelingt, hilft die Vermutungswirkung in der Praxis bei den heute üblichen weiten Mietspiegelspannen nur

---

<sup>86</sup> LG Nürnberg WuM 2014, 146.

<sup>87</sup> ablehnend: LG Berlin GE 2012, 271, anders im Ergebnis wobei nicht feststeht, ob dieser Hinweis alleine ohne die weiteren Argumente auch ausgereicht hätte.: BGH NZM 2013, 138 = MietPrax-AK, § 558d BGB Nr. 1.

<sup>88</sup> z. B. Hamburg nach *Clar* WuM 2013, 233.

<sup>89</sup> z. B. in München nach *Clar* WuM 2013, 233.

<sup>90</sup> AG Berlin-Mitte MM 2008, 75; *Paschke* GE 2012, 1072, 1075.

bedingt weiter. Es wird nämlich nur vermutet, dass die Einzelvergleichsmiete innerhalb der Spanne liegt. Zulässig ist es aber nach der Rechtsprechung des BGH den Mittelwert (Median) der Mietspiegelspanne als Ausgangswert der weiteren Betrachtung zu wählen.<sup>91</sup>

b) Kommt das Gericht auf Grund der Beweisaufnahme in der 3. Stufe zu dem Ergebnis, dass der Mietspiegel nicht qualifiziert ist, dann muss der Vermieter bei erheblichem Bestreiten des Mieters die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete beweisen. Das geschieht ebenfalls durch ein vom Vermieter zu bevorschussendes Sachverständigengutachten, wobei die Anforderungen wegen der nicht gegen Vermieter streitenden Vermutungswirkung geringer sind.

### **b. Einfache Mietspiegel**

Einfache Mietspiegel haben ganz unterschiedliche Qualitätsstandards. Sie reichen von solchen, die einem qualifizierten Mietspiegel sehr nahe kommen bis hin zu den sog. Beaujolais-Mietspiegeln, die schlicht ohne jede Datenerhebung ausgehandelt wurden. Gemein ist ihnen allen, dass sie zwar als Begründungsmittel für ein Mieterhöhungsverlangen benutzt werden können, dass ihnen aber keinerlei Beweis- oder Vermutungswirkung im Prozess zukommt.

Trotzdem kann dem einfachen Mietspiegel ein Erkenntniswert im Prozess zukommen. Bereits vor Einführung des qualifizierten Mietspiegels wurden einfachen Mietspiegeln von den Gerichten zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete herangezogen. Es wurden verschiedene dogmatische Ansätze vertreten, wie die Werte eines solchen einfachen Mietspiegels im Zustimmungsprozess verwandt werden können und zwar

- als ein antizipiertes Sachverständigengutachten,<sup>92</sup>
- als ein normkonkretisierender Verwaltungsakt,<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> BGH, NJW 2012, 1351; *Börstinghaus*, WuM 2012, 244; *Blank*, LMK 5/2012 Anm. 3; *Muth*, ZMR 2012, 530; *Bühler*, ZMR 2012, 531.

<sup>92</sup> Ausdrücklich für einfache Mietspiegel nach der Mietrechtsreform: *Lammel* § 558d BGB Rdn. 37; zum alten Recht: OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 1233; KG GE 1994, 991, 995; LG Frankfurt NJW-RR 1991, 1417; AG Dresden NZM 2000, 460; AG Lüdenscheid WuM 1996, 772; AG Frankfurt WuM 1993, 621 und WuM 1992, 626; AG Schönberg MM 1992, 210; **a. A.** für OWi-Verfahren: *Bohnert*, Ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung, S. 73, da die §§ 72f. StPO einen konkreten Sachverständigen, der sein Gutachten in der Hauptverhandlung vorträgt, verlangen.

<sup>93</sup> *Huber* ZMR 1992, 469 im Anschluss an *Niederberger* WuM 1980, 172; **a. A.** *Hinkelmann*, Die ortsübliche Miete, S. 128.



- als eine Übersicht, die die in ihr ausgewiesenen Zahlen allgemeinkundig macht,<sup>94</sup> so dass sie im Wege des Freibeweises<sup>95</sup> in den Prozess eingeführt werden können,
- als ein Parteigutachten,<sup>96</sup>
- als eine amtliche Auskunft,<sup>97</sup>
- im Rahmen des § 287 ZPO,<sup>98</sup>
- oder schlicht als ein in der ZPO<sup>99</sup> nicht vorgesehenes Beweismittel eigener Art.<sup>100</sup>

Nach Ansicht des BGH<sup>101</sup> stellt ein einfacher Mietspiegel gemäß § 558c BGB, der von den örtlichen Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter gemeinsam erstellt und von der Gemeinde anerkannt wurde, im Mieterhöhungsprozess ein Indiz dafür dar, dass die dort angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergeben. Das m.E. in dieser Pauschalierung wegen der sehr unterschiedlichen Qualität einfacher Mietspiegel bedenklich. Der BGH differenziert an dieser Stelle nicht. Seiner Meinung nach liege es eher fern anzunehmen, die Interessenvertreter der Vermieter und der Mieter würden einen Mietspiegel erstellen oder billigen, der den Interessen ihrer jeweiligen Mitglieder widerspricht, weil er die ortsübliche Vergleichsmiete, die tatsächlichen Verhältnisse ignorierend, unzutreffend abbildet. Meiner Meinung nach muss man schon zwischen den verschiedenen einfachen Mietspiegeln unterscheiden.

Problematisch wird es aber, was die Darlegungslast angeht. Nach Ansicht des BGH<sup>102</sup> hängt

<sup>94</sup> KG NJW-RR 1992, 80; LG Berlin GE 1996, 1486; MM 1994, 66; LG Düsseldorf WuM 1990, 393; Winter WuM 1977, 85.

<sup>95</sup> LG Duisburg WuM 2005, 460; LG Arnsberg WuM 1992, 443; LG Hamburg WuM 1978, 134; HambGE 1981, 591; LG Bochum ZMR 1993, 284; *Both* in Herrlein/Kandelhard § 558c BGB Rdn. 11; *Sternel* Mietrecht, IV, 222; *ders.* PiG 10, 127, 140; *Hinkelmann*, Die ortsübliche Miete, S. 131; es soll sich aber nicht um offenkundige Tatsachen i. S. d. § 291 ZPO handeln: *Artz* in MünchKomm § 558c BGB Rdn. 5.

<sup>96</sup> AG Dresden NZM 2000, 460; *Artz* in MünchKomm § 558c BGB Rdn. 5; *Voelskow* ZMR 1992, 327; *Emmerich* in Staudinger (2011) § 558c BGB Rdn. 5; *Emmerich* GE 1988, 434; **a. A.** für OWi-Verfahren: *Bohnert*, Ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung, S. 73.

<sup>97</sup> LG München WuM 1992, 25.

<sup>98</sup> *Börstinghaus* NZM 2002, 273.

<sup>99</sup> Nach *Bohnert*, Ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung, S. 73, ist der Mietspiegel im OWi-Verfahren ein Beweismittel „gemischter Natur“, zusammengesetzt aus Elementen des Urkunds- und des Augenscheinsbeweis.

<sup>100</sup> LG Lübeck WuM 2001, 82; LG Landau ZMR 1985, 129; LG Essen WuM 1991, 120; LG Hamburg WuM 1991, 49; LG Landshut WuM 1990, 223; LG Bonn WuM 1982, 18; LG Berlin WuM 1996, 102; LG Wiesbaden WuM 1996, 420; AG Norderstedt WuM 1990, 356; AG Charlottenburg WuM 1992, 138; *Beuermann* in „Der Berliner Mietspiegel 1994“ Rdn. 36 unter Berufung auf BVerfG WuM 1992, 48; *Hinkelmann*, Die ortsübliche Miete, S. 132.

<sup>101</sup> BGH NJW 2010, 2946 = NZM 2010, 665 = MietPrax-AK, § 558a BGB Nr. 10 m. Anm. *Börstinghaus*.

<sup>102</sup> BGH NJW 2010, 2946 = NZM 2010, 665.

die Frage, ob die Indizwirkung eines einfachen Mietspiegels im Einzelfall zum Nachweis der Ortsüblichkeit der verlangten Miete ausreicht, zunächst davon ab, welche Einwendungen der auf Zustimmung zur Mieterhöhung in Anspruch genommene Mieter gegen den Erkenntniswert der Angaben des Mietspiegels erhebt.

Von der Systematik her ist der Indizienbeweis ein indirekter Beweis. Es wird aus tatbestandsfremden (Hilfs-)Tatsachen der Schluss auf das Vorliegen der Haupttatsache gezogen. Nach der grundlegenden Entscheidung des BGH<sup>103</sup> aus dem Jahr 1970 ist der Indizienbeweis geführt, wenn andere Schlüsse aus den Indiztatsachen ernstlich nicht in Betracht kommen. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Hilfstatsache richtet sich danach, wer den Hauptbeweis zu erbringen hat. Das ist in Verfahren der vorliegenden Art immer der Vermieter. Trotzdem verlangt der VIII. Senat, dass der Mieter substantiierte Einwände gegen den Mietspiegel erhebt. Die Anforderungen daran sind nach der Rechtsprechung sogar sehr hoch. So soll der Mieter etwa substantiiert vortragen, den Verfassern des Mietspiegels habe es an der erforderlichen Sachkunde gefehlt oder sie hätten sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen oder der Mietspiegel beruhe auf unrichtigem oder nicht repräsentativem Datenmaterial. Da das alles Tatsachen sind, die der Mieter nicht kennt, reicht hier durchaus ein Bestreiten mit Nichtwissen.

Allein aus der Tatsache, dass es ein Stück Papier mit der Überschrift "Mietspiegel" gibt, zu schließen, dass diesen Werten eine irgendwie geartete Beweisfunktion beikommt, ist durchaus zweifelhaft. Auch das Argument, dass ja beide Vertragsseiten über ihre Interessenvertreter an der Erstellung beteiligt waren, hilft da wenig. Wenn beide Seiten keine aussagekräftigen Daten haben und "kungeln" oder eine Art Tarifvertrag schließen, macht das die Werte nicht richtiger. Das mag für vorprozessuale Mieterhöhungsverlangen noch in Ordnung sein, für die Feststellung der Wahrheit im Prozess reicht das wahrlich nicht.

Bemerkenswert sind die Entscheidungen des BGH<sup>104</sup> vom 3.7.2013 zur Bergarbeitersiedlung Bergmannsglück in Ahlen. Dort hatte er ein Sachverständigengutachten, das nur die Mieten dieser Siedlung bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete berücksichtigt hatte, richtigerweise als unverwertbar erklärt. Die Mieten der Zechensiedlung waren umgedreht in den Mietspiegel Ahlen 2004 auch nicht eingeflossen. Dann ist es schon überraschend, dass ein

---

<sup>103</sup> BGH NJW 1970, 946.

<sup>104</sup> BGH NZM 2013, 612 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 34 m. Anm. *Börstinghaus*.

Gutachten, das nur diese Mieten berücksichtigt, nicht verwertet werden darf, aber umgedreht einem Mietspiegel, der diese Werte ebenfalls nicht berücksichtigt, eine Indizwirkung beigemessen wird. Nach der eigenen Argumentation des Senats sind auch die Mietspiegelwerte alle falsch, weil sie die ortsübliche Vergleichsmiete auch nicht für die gesamte Gemeinde ausweisen. Wenn nämlich die Mieten in der Stadt Ahlen bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete für die ca. 500 Wohnungen in der alten Zechensiedlung vom Sachverständigen hätten mitberücksichtigt werden müssen, dann hätten umgedreht die Mieten dieser 500 Wohnungen auch die ortsübliche Vergleichsmiete im restlichen Ahlen beeinflussen müssen. Alles andere wäre ein Zirkelschluss. Nichts anderes ergibt sich im Übrigen auch aus § 558c Abs. 2 BGB. Danach können Mietspiegel für das Gebiet einer Gemeinde oder mehrerer Gemeinden oder Teile von Gemeinden erstellt werden. Das bedeutet aber nicht, dass es sie dann auch nur eine ortsübliche Teil-Vergleichsmiete ausweisen dürfen. Nach der Legaldefinition eines Mietspiegels in § 558c Abs. 1 handelt es sich bei einem Mietspiegel über eine Übersicht über die ortsübliche Vergleichsmiete. Diese ist wiederum in § 558 Abs. 2 BGB definiert und wird gebildet aus den Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde gezahlt werden. Von Teilen einer Gemeinde ist dort nicht die Rede. Das bedeutet, dass auch Mietspiegel für Teile einer Gemeinde, die ortsübliche Vergleichsmiete für die ganze Gemeinde widerspiegeln müssen, allenfalls was die Zuschläge für bestimmte Lagen angeht können sie sich auf einen Teil der Gemeinde beschränken. Der Senat hat übrigens den schwarzen Peter an das LG Münster weitergereicht, weil er die Urteile aufgehoben und die Sachen zurückverwiesen hat. Das Mieterhöhungsverlangen war zum Zeitpunkt der BGH Entscheidung 9 Jahre alt.

Festzustellen ist, dass das Pendel, was die Anforderungen an die Beweiserhebung über die ortsübliche Vergleichsmiete angeht, zurzeit massiv umschlägt. Während vor gut 10 Jahren die Anforderungen der Gerichte an Mietspiegel immer weiter verschärft wurden und deshalb immer mehr auch überflüssige Sachverständigengutachten eingeholt wurden, hat der VIII. Senat in letzter Zeit unzählige Sachverständigengutachten gekippt, weil sie den Mindestanforderungen nicht gerecht wurden und dafür auch die Werte einfacher Mietspiegel akzeptiert, ohne sich mit deren Qualität ernsthaft auseinanderzusetzen. Das ist sicher auch den Besonderheiten des Revisionsverfahrens geschuldet, da in den Tatsacheninstanzen hierzu wahrscheinlich wenig bis gar nichts vorgetragen wurde. Dazwischen hängt der qualifizierte Mietspiegel, bei dem wegen des Tatbestandsmerkmals der „wissenschaftlich anerkannten Grundsätze“ wiederum die Kontrolldichte durch die Gerichte aufgrund der BGH

Entscheidungen verschärft wurde.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass es wird immer schwieriger wird, Mieterhöhungen abweichend von den Werten des örtlichen Mietspiegels durchzusetzen. Das mag man unter pragmatischen Gesichtspunkten begrüßen. Auf der anderen Seite sind seine Anforderungen an qualifizierte Mietspiegel durchaus hoch. Bereits vor 12 Jahren bei der Einführung dieses Rechtsinstituts wurden deshalb berechtigte Zweifel an der Notwendigkeit der Einführung geübt. Qualifizierte Mietspiegel sind nicht unbedingt eine Erleichterung für die Praxis. Sie bieten weit größere Angriffsflächen als einfache Mietspiegel. Ich befürchte, Gemeinden werden sich in Zukunft auf Grund des zusätzlichen Streitpotentials durchaus überlegen, ob sie solche Mietspiegel für viel Geld erstellen (lassen). Wenn jetzt noch die „Mietpreisbremse“ kommt, werden die Angriffe auf diese Mietspiegel mit Sicherheit zunehmen und die Akzeptanz solcher Mietspiegel eher verringern.

#### **IV. Fazit**

Vielleicht sollte man sich wirklich wieder auf die Wurzeln besinnen. Mietspiegel waren als Begründungsmittel für das Mieterhöhungsverlangen vorgesehen. Nach einer im Auftrag der Bundesregierung im Jahre 1996 erstellten Untersuchung<sup>105</sup> sollen ca. 99% aller Mieterhöhungsverfahren außergerichtlich erledigt werden und nur in ca. 1% der Fälle kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung. Selbst wenn die Quote heute etwas höher sein sollte, so muss man meine ich feststellen, dass Mietspiegel die 95 + x% der Verfahren erledigen sollen. Die 2 – 3 % der Verfahren die dann streitig werden, müssen nicht auch noch abgedeckt werden. Derjenige, der es, sowohl auf Mieter- wie auch Vermieterseite so weit kommen lassen will, der hat einen Anspruch darauf, dass die Gerichte dann mit der notwendigen Sorgfalt die richtige Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete mit allen prozessualen Mitteln ermitteln. Das können wir glaube ich alle ganz gut und brauchen dafür nicht zusätzliche gesetzliche Vorschriften.

---

<sup>105</sup> IfS, Auswirkungen mietrechtlicher Regelungen auf die Mietenentwicklung und die Wohnungsversorgung, Dezember 1996, S. III; in den neuen Ländern haben der ersten Mieterhöhung im Zustimmungsverfahren gem. § 12 MHG ca. 91% uneingeschränkt zugestimmt, gut 3% teilweise zugestimmt und nur gut 5% nicht zugestimmt; IfS, Auswirkungen des Mietenüberleitungsgesetzes auf die Mietenentwicklung in den neuen Ländern, Dezember 1996, S. VII.