

## § 5 WiStG – Ein Fall für den Papierkorb?

### Die gesetzlichen Regelungen zur Begrenzung der Miethöhe

Hubert Fleindl, VRiLG München I

#### I. Einführung in die Problematik

Schon während des Gesetzgebungsverfahrens zum ersten Mietrechtsreformgesetz, das am 01.05.2013 in Kraft getreten ist, wurden Stimmen laut, die eine Begrenzung der Mieten bei Neuverträgen, aber auch eine bundesweite Absenkung der Kappungsgrenze bei Mieterhöhungen oder der Umlagequote bei Modernisierungsmieterhöhungen forderten<sup>1</sup>. Hintergrund sind und waren die in städtischen Ballungsgebieten aufgrund der hohen Nachfrage rasant ansteigenden Neuvermietungsmieten, die ihre Ursache in der attraktiven Citylage, veränderten Wohnbedürfnissen aber auch einer seit Anfang des letzten Jahrzehnts zurückgegangen bzw. stagnierenden Neubautätigkeit hatten bzw. haben. Gesetzesentwürfe, die eine teilweise Rückgängigmachung der von Vielen als unausgewogen empfundenen Reform vom 01.05.2013 sowie eine Beschränkung von Neuvertragsmieten und Mieterhöhungen bei bestehenden Mietverhältnissen fordern, wurden sowohl aus der Mitte des Bundestages<sup>2</sup> als auch durch den Bundesrat<sup>3</sup> noch 2013 eingebracht. Wegen der Neuwahl zum Deutschen Bundestags am 29.09.2013 wurden die Gesetzesvorhaben aber überwiegend nicht mehr abschließend behandelt und fielen – soweit sie nicht durch den Bundesrat erneut eingebracht werden – der sachlichen Diskontinuität der 17. Legislaturperiode zum Opfer.

Ständig steigende Mieten in westdeutschen Ballungsgebieten riefen in Wahlkampfzeiten auch die politischen Parteien auf den Plan, so dass unmittelbar vor der Bundestagswahl 2013 mit Ausnahme der FDP alle im Bundestag vertretenen Parteien eine Änderung des bestehenden Mietrechts und den Ruf nach bezahlbarem Wohnraum auf ihrer Agenda hatten<sup>4</sup>. Es wurde unter dem Gesichtspunkt des Mieterschutzes, insbesondere die Beschränkung bzw. Deckelung der Wiedervermietungsmiete – nicht von Erstvermietungen nach Neubau – als politisches Ziel ausgegeben.<sup>5</sup> Während Mieterverbände die politischen Absichten naturgemäß begrüßen<sup>6</sup>, droht die Wohnungswirtschaft mit dem

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa die Empfehlungen des Rechtsausschusses des Bundesrates, BR-Drs 10/1/13 vom 22.01.13

<sup>2</sup> BT-Drs. 17/12486 (SPD), BT-DRs. 17/4837 (Die Linke) und BT-Drs. 17/13098 (Bündnis 90/Die Grünen).

<sup>3</sup> BR-Drs. 459/13: Entwurf eines Gesetzes über die Eindämmung rasch steigender Mieten (NRW); BR-Drs. 176/13: Änderung von § 5 WiStG; BR-Drs 177/13: Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung.

<sup>4</sup> Regierungsprogramm der CDU/CSU 2013 – 2017, S. 92 unter [www.cdu.de](http://www.cdu.de); ; Regierungsprogramm der SPD 2013 – 2017, S. 82 ff. unter [www.spd.de](http://www.spd.de); Bundestagswahlprogramm der Grünen/Bündnis 90 2013, S. 267 unter [www.gruene.de](http://www.gruene.de); Bundestagswahlprogramm Die Linke 2013, S. 30 unter [www.die-linke.de](http://www.die-linke.de); Bürgerprogramm 2013 – 2017 der FDP, S. 56 unter [www.fdp.de](http://www.fdp.de); : keine Eingriffe in das Mietpreisrecht, aber Förderung von Bauprogrammen und der Wohnungsbautätigkeit.

<sup>5</sup> Vgl. Fußnote 4 mit Ausnahme der FDP.

<sup>6</sup> Stellungnahme des Deutschen Mieterbundes zur öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, abrufbar unter [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/57\\_Bezahlbare\\_Mieten\\_in\\_Deutschland/04\\_Stellungnahmen/](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoerungen/archiv/57_Bezahlbare_Mieten_in_Deutschland/04_Stellungnahmen/)

Bundesverfassungsgericht und einer weiterer Stagnation der Neubautätigkeit<sup>7</sup>. Es bleibt daher abzuwarten, ob und inwieweit Wahlkampfziele und Regierungsprogramme dann auch tatsächlich umgesetzt werden. Letztlich sind Gesetzesänderungen immer auch den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen im Parlament geschuldet.

Der nachfolgende Beitrag enthält sich politischer Forderungen oder solcher nach einer Änderung der bestehenden Rechtslage. Er will vielmehr überprüfen, ob und inwieweit nicht bereits die bestehenden Regelungen ausreichend sind oder dem vielfach formulierten Ziel nach bezahlbarem Wohnraum in den Ballungsgebieten westdeutscher Großstädte nur durch Gesetzesänderungen oder durch die Schaffung neuen Wohnraums entsprochen werden kann. Da die aktuelle Diskussion nur die Forderung nach der Schaffung bezahlbaren Wohnraums betrifft, klammern die nachfolgenden Ausführungen ähnlich gelagerte Fragen bei der Gewerberaummieta ausdrücklich aus.<sup>8</sup>

## II. Begrenzung der Miethöhe bei Neuvermietungen

Während für bestehende Mietverhältnisse in §§ 558 ff. BGB Regelungen zur Eindämmung von Mietsteigerungen bestehen, der Vermieter insbesondere nur einen Anspruch auf Zustimmung zur Erhöhung der Grundmiete auf die ortsübliche Vergleichsmiete hat, gibt es für neu abgeschlossene Verträge grundsätzlich keine Mietpreisbegrenzung. Aus der Vertragsfreiheit (Art. 2 GG) und der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) folgt vielmehr, dass der Vermieter die auf dem Markt erzielbare Miete verlangen kann. Lediglich im Bereich des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts sind aus Gründen des Sozialstaatsprinzips, der Wettbewerbsverzerrung und des Mieterschutzes Regelungen vorhanden, die die Vertragsfreiheit insoweit einschränken.

Nach derzeitiger Rechtslage wird im Rahmen der bestehenden Ordnungs- bzw. Strafvorschriften nicht zwischen Erst- und Wiedervermietungsmiten unterschieden.

### A. Mietpreisüberhöhung nach § 5 WiStG

#### 1. Anwendungsbereich und Gesetzeszweck

Die Vorschrift des § 5 WiStG sollte in ihrer ursprünglich durch Gesetz vom 10.07.1954 eingeführten Form Missbräuchen wirtschaftlicher Macht entgegenwirken, die unter Ausnutzung einer örtlich noch bestehenden unausgeglichenen Lage des Wohnungsmarktes begangen werden.<sup>9</sup> Durch Strafen und Geldbußen wollte der Nachkriegs-Gesetzgeber den

---

<sup>7</sup> Stellungnahme des Immobilienverbandes IVD sowie von Haus & Grund zur öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, S. 10, abrufbar wie Fn 6.

<sup>8</sup> Vgl. zur Geschäftsraummieta etwa die Ausführungen bei Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 BGB Rn. 94 ff und den Aufsatz von Neuhaus in NZM 2009, 646.

<sup>9</sup> Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 1

Wirtschaftskreislauf lenken und die Verteilung knapper Wirtschaftsgüter regeln.<sup>10</sup> § 5 WiStG schützt die Wohnungsmarktordnung im allgemeinen Interesse vor Ausreißern auf dem Mietpreissektor. Der Vermieter, der die zulässige Grenze der Mietpreisbildung überschreitet, sollte durch die Ahndung als Ordnungswidrigkeit zu einem marktkonformen Verhalten gezwungen werden.<sup>11</sup> Neben der Bekämpfung von Wettbewerbsstörungen in der sozialen Marktwirtschaft dient die Vorschrift des § 5 WiStG aber – jedenfalls mittelbar<sup>12</sup> – auch dem Schutz des Mieters vor überhöhten Mieten bei einem Ausfall der preisregulierenden Funktion des Marktes.<sup>13</sup> § 5 WiStG wurde mehrfach, zuletzt durch das Mietrechtsänderungsgesetz vom 19.06.2001, geändert.

Die Vorschrift gilt grundsätzlich nicht nur bei Neuvermietungen, sondern auch bei einer Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 sowie bei Staffel- oder Indexmieten nach §§ 557a und 557b BGB, bei letzteren jeweils bezogen auf die aktuell nach der vertraglichen Vereinbarung geschuldete Miete.<sup>14</sup> Bei Mieterhöhungsverlangen nach § 558 BGB hat § 5 WiStG wegen der Begrenzung auf die ortsübliche Vergleichsmiete in § 558 I BGB keine Bedeutung, der Anwendungsbereich kann aber im Einzelfall bei vertraglich frei vereinbarten Mieterhöhungen eröffnet sein, wenn die Wesentlichkeitsgrenze von 20% überschritten wird. Freilich wird es dann in der Regel am Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens fehlen.

Im Folgenden soll unter den Gliederungspunkten 2. und 3. zunächst der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen das Verhalten des Vermieters als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann. Erst in einem weiteren Schritt werden sodann unter Ziffer 4. die für das Mietrecht maßgeblichen zivilrechtlichen Rechtsfolgen für das streitgegenständliche Mietverhältnis behandelt.

## 2. Die Tatbestandsmerkmale von § 5 WiStG

Nach § 5 I WiStG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. § 5 II S.1 WiStG bestimmt, dass solche Entgelte unangemessen hoch sind, die infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die üblichen Entgelte um mehr als 20% übersteigen, die in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für die

---

<sup>10</sup> Achenbach-Ransiek/Zieschang, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2011), S. 394.

<sup>11</sup> Stornel, Mietrecht aktuell (2009), III Rn. 58.

<sup>12</sup> Schmidt-Futterer/Blank § 5 WiStG Rn. 1; Graf-Jäger-Wittig/Sackreuther, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), § 5 WiStG Rn. 2.

<sup>13</sup> BGH NJW 2004, 1740, 1741; OLG Hamburg NZM 1999, 363, 364; kritisch Stornel III Rn. 46.

<sup>14</sup> Schmidt-Futterer/Blank § 5 WiStG Rn.2.

Vermietung von Räumen vergleichbarer Art, Größe, Beschaffenheit und Lage oder damit verbundene Nebenleistungen in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen der Betriebskosten abgesehen, geändert worden sind. Nicht unangemessen hoch sind nach § 5 II S. 2 WiStG Entgelte, die zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich sind, sofern sie unter Zugrundelegung der nach S. 1 maßgeblichen Entgelte nicht in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen.

a) Objektiver Tatbestand

(1) Tauglicher Täterkreis

§ 5 WiStG stellt eine durch die Verwaltungsbehörde (§ 35 OWiG) zu verfolgende Ordnungswidrigkeit dar, die im Regelfall nur durch ein rechtswidriges Verhalten des Vermieters begangen werden kann<sup>15</sup>. Zwar ist dieser Rückschluss nicht zwingend, weil das Gesetz ausdrücklich nur von der „Vermietung“, nicht aber vom Vermieter spricht; die Begrenzung des tauglichen Täterkreises auf den Vermieter selbst folgt aber aus der Eigennützigkeit der Tathandlung, weil der Täter unangemessene Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.<sup>16</sup> Während man im strafrechtlichen Sinne am ehesten von einem Sonderdelikt sprechen würde, liegt dem Recht der Ordnungswidrigkeiten der sog. Einheitstätergedanke zugrunde.<sup>17</sup> In § 9 I OWiG ist der Begriff der besonderen persönlichen Merkmale legaldefiniert. Er bestimmt, dass das Gesetz auf den organschaftlichen Vertreter oder den vertretungsberechtigten Gesellschafter anzuwenden ist, wenn diese besonderen Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen. Als solche besonderen Merkmale nennt das Gesetz besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände, welche die Möglichkeit der Ahndung begründen. Auf die in § 5 WiStG genannte Vermietung übertragen bedeutet dies eine Funktionsbeschreibung als besonderes persönliches Verhältnis<sup>18</sup> in der Beziehung des Vermieters gegenüber anderen Menschen.

---

<sup>15</sup> Achenbach/Ransiek/Zieschang § 5 WiStG Rn. 51 und 58; Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 18; Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 1.

<sup>16</sup> Achenbach/Ransiek/Zieschang § 5 WiStG Rn. 58.

<sup>17</sup> KK-OWiG/Rengier § 14 Rn. 4.

<sup>18</sup> Zur Definition vgl. KK-OWiG/Rogall § 9 OWiG Rn. 29.

Damit liegt zunächst in der Vermieterschaft ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 9 I OWiG, so dass nur der Vermieter tauglicher Täter einer Ordnungswidrigkeit nach § 5 WiStG sein kann. Soweit Vermieter eine juristische Person, eine rechtsfähige Personengesellschaft oder auch ein Minderjähriger ist, bestimmt § 9 I OWiG, dass das Handeln des Vertreters oder Organs geahndet werden kann.

Den Begriff der Teilnahme kennt das OWiG nicht. Ausgehend vom Einheitstäterprinzip bestimmt § 14 I S.1 OWiG, dass jeder Beteiligte ordnungswidrig handelt, der sich an der Tat beteiligt. Aus § 14 I S. 2 OWiG wiederum folgt, dass eine Ahndung mehrerer Beteiligter auch dann erfolgen kann, wenn nur einer der Täter die persönlichen Merkmale im Sinne von § 9 I OWiG, hier also die Vermieterschaft, aufweist. Danach wäre denkbar, dass auch ein Hausverwalter oder Makler, der mit dem Vermieter zusammen wirkt, die Ordnungswidrigkeit verwirklichen könnte. Die herrschende Meinung in der strafrechtlichen Judikatur und im Schrifttum fordert aber für eine Ahndung der Beteiligung eine doppelte Vorsatzstellung, so dass sowohl die Haupttat des Vermieters als auch die Beteiligung vorsätzlich verwirklicht werden müssen.<sup>19</sup> Ein schuldlos oder lediglich leichtfertig handelnder Vermieter – schlecht oder unvollständig beraten - schließt damit auch den vorsätzlich handelnden Hausverwalter oder Makler vom Tatbestand des § 5 WiStG aus.

Ein etwaiger Tatbeitrag des Mieters, insbesondere durch die Bezahlung der erhöhten Miete, kann ebenfalls nicht geahndet werden,<sup>20</sup> da er notwendig Beteiligter an der Tat ist.<sup>21</sup>

## (2) Vermietung von Wohnraum

§ 5 WiStG fordert lediglich, dass die Räume zum Zweck des Wohnens vermietet werden. Da der Begriff des Raumes weiter gefasst ist als der mietrechtliche Begriff des Wohnraums, sind auch solche Räume vom Schutzzweck mit umfasst, die üblicherweise nicht zum Wohnen errichtet oder vermietet werden, etwa Räume in Werkhallen, Gartenlauben

---

<sup>19</sup> BGHSt 31, 309, 312 = NJW 1983, 2272; KK-OWiG/Rengier § 4 Rn. 8 und 8a.

<sup>20</sup> Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 1.

<sup>21</sup> KK-OWiG/Rengier § 14 Rn. 54f.

oder Schuppen.<sup>22</sup> Bei Mischmietverhältnissen hängt die Anwendbarkeit der Vorschrift davon ab, ob das Schwergewicht des Vertrages auf der Nutzung zu Wohnzwecken oder zu gewerblichen Zwecken liegt.<sup>23</sup> Auf ein gewerbliches Zwischenmietverhältnis im Sinne von § 565 BGB findet § 5 WiStG nach wohl herrschender Auffassung keine Anwendung, weil der gewerbliche Zwischenvermieter die Räumlichkeiten nicht selbst bewohnt, sondern in der Regel mit Gewinnerzielungsabsicht weitervermietet und damit ein Geschäftsraummietverhältnis vorliegt.<sup>24</sup> Auch auf preisgebundenen Wohnraum findet § 5 WiStG keine Anwendung.<sup>25</sup>

### (3) Unangemessen hohe Entgelte

#### (a) Begriff des Entgelts

Der Vermieter muss für die Überlassung der Wohnräume ein unangemessen hohes Entgelt fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. Nach der Legaldefinition in § 11 I Nr. 9 StGB handelt es sich hierbei um jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung, die der Mieter erbringt. Daher sind bei der Berechnung des Entgeltes neben der Grundmiete auch Dienstleistungen des Mieters, Abschlagszahlungen, vom Mieter bei Mietbeginn geleistete Zuschüsse zu den Renovierungskosten oder Mieterdarlehen zu berücksichtigen.<sup>26</sup> Da über die vom Mieter geschuldeten Betriebskosten nach § 556 III BGB jährlich abzurechnen ist und in der Praxis unübliche Nebenleistungen des Mieters eher die Ausnahme darstellen, spielt in der Praxis regelmäßig nur der Vergleich der vom Mieter geschuldeten Grundmiete mit der ortsüblichen Vergleichsmiete eine Rolle, weil nur insoweit ein Vergleich mit den in der Gemeinde üblichen Entgelten möglich ist.<sup>27</sup> Die in einer Teilinklusionmiete enthaltenen Betriebskosten sind hierfür aus der geschuldeten Grundmiete herauszurechnen, um eine Vergleichbarkeit der Nettomieten zu ermöglichen. Soweit

---

<sup>22</sup> Achenbach/Ransiek/Zieschang § 5 WiStG Rn. 55;

<sup>23</sup> Sternel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 29; Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 4

<sup>24</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 10; Sternel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 29.

<sup>25</sup> Sternel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 29.

<sup>26</sup> Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 6; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 16; in dem vom LG Mannheim entschiedenen Fall in NZM 2000, 86 hatte der Vermieter neben der Miete eine Vertragsabschlussgebühr sowie eine Einzugs- und Auszugskostenpauschale verlangt.

<sup>27</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 16.

allerdings in der Grundmiete auch eine Betriebskostenpauschale enthalten ist, die zur Deckung der Betriebskosten nicht erforderlich ist, ist diese der Nettomiete zuzuschlagen.<sup>28</sup>

(b) Ortsübliche Entgelte und Mietobergrenze

Ausgangspunkt für den Tatbestand einer Mietpreisüberhöhung nach § 5 WiStG ist die Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 5 II S. 1 WiStG. Die Vorschrift spricht im Wortlaut von Entgelten, die in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für die Vermietung von Räumen vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage oder damit verbundene Nebenleistungen in den letzten vier Jahren vereinbart, oder, von Erhöhungen der Betriebskosten abgesehen, geändert worden sind. Obwohl § 558 II BGB durch das Mietrechtsänderungsgesetz zum 01.05.2013 im Wortlaut („einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit“) ergänzt wurde, sollte damit lediglich eine gesetzgeberische Klarstellung und nicht eine inhaltliche Änderung des Begriffes der ortsüblichen Vergleichsmiete in § 558 II BGB erfolgen<sup>29</sup>. Damit liegt sowohl § 5 WiStG als auch § 558 II BGB der gleiche Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete zugrunde.<sup>30</sup> Behebbarer Mängel beeinflussen die ortsübliche Vergleichsmiete – wie auch im Rahmen von § 558 BGB - nicht.<sup>31</sup>

Die ortsübliche Vergleichsmiete ist folglich auch im Bereich von § 5 WiStG nicht etwa eine Marktmiete, also der Preis, der bei einer Neuvermietung erzielt werden könnte, sondern vielmehr eine marktorientierte, modifizierte Durchschnittsmiete.<sup>32</sup> Denn die Bezugnahme auf geänderte Bestandsmieten im Vierjahreszeitraum verdeutlicht wie bei § 558 II BGB, dass nicht nur die – im Regelfall höheren – Neuverträge die Bezugsgröße der ortsüblichen Vergleichsmiete beeinflussen, sondern auch die der Kappungsgrenze nach § 558 III BGB unterliegenden geänderten Bestandsmieten.

---

<sup>28</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 35.

<sup>29</sup> RegE BT-Drs 17/10185, S. 35

<sup>30</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 17;

<sup>31</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 25.

<sup>32</sup> BGH NJW 2005, 2074; Börstinghaus/Clar Mietspiegel - Erstellung und Anwendung (2013), S. 42.

Die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete kann im Einzelfall durch Sachverständigengutachten erfolgen.<sup>33</sup> Daneben kann auch im Rahmen der Ahndung als Ordnungswidrigkeit auf einen in der Gemeinde vorhandenen Mietspiegel zurückgegriffen werden.<sup>34</sup> Bei qualifizierten Mietspiegeln soll allerdings die Vermutungswirkung des § 558d III BGB im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts nicht greifen.<sup>35</sup>

Im Rahmen der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist eine konkrete Einzelvergleichsmiete zu bestimmen und nicht ohne weiteres vom Oberwert der Spanne eines Gutachtens oder eines Mietspiegels auszugehen.<sup>36</sup> Zwar spricht das Gesetz sowohl in § 558 II BGB als auch in § 5 WiStG von „Entgelten“, also der Mehrzahl, weshalb die ortsübliche Vergleichsmiete in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut keine punktgenaue Einzelmiete darstellt, sondern einen repräsentativen Querschnitt der üblichen Entgelte innerhalb der Gemeinde bildet. Da aufgrund der marktwirtschaftlichen Gegebenheiten auch für völlig identische Wohnungen unterschiedliche Mieten bezahlt werden, kann die ortsübliche Vergleichsmiete keinen punktuellen Wert darstellen, sondern stets nur eine durch die Streubreite der üblichen Mietentgelte bestimmte Rahmengröße.<sup>37</sup> Die ortsübliche Vergleichsmiete bewegt sich folglich stets innerhalb einer gewissen Spanne. Innerhalb dieser Spanne hat das Gericht die konkrete Einzelvergleichsmiete für die Wohnung zu bestimmen<sup>38</sup>, wobei diese Einzelvergleichsmiete entweder einen Punktwert innerhalb der Spanne darstellt oder sich ihrerseits innerhalb einer gewissen Bandbreite bewegt. Die Begriffe der Spanne und der Bandbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete sind zu unterscheiden. Nicht die gesamte Spanne eines Gutachtens oder eines Mietspiegels stellt zugleich die konkrete Einzelvergleichsmiete dar, weil der

---

<sup>33</sup> Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 8; Achenbach/Ransiek/Zieschang § 5 WiStG Rn. 65; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 20.

<sup>34</sup> OLG Hamm WuM 1995, 323; Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 8; Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 5; Achenbach/Ransiek/Zieschang § 5 WiStG Rn. 65; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 18; Sternel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 38.

<sup>35</sup> Sternel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 38; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 19

<sup>36</sup> OLG Hamburg, WuM 1983, 20; LG Berlin WuM 1998, 421; LG Hamburg WuM 1998, 490; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 22; Sternel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 38;

<sup>37</sup> BGH NJW 2005, 2074.

<sup>38</sup> BGH NJW 2013, 775 und NJW 2011, 2284 für den Mietspiegel; BGH NZM 2010, 122 für die Bestimmung durch Sachverständigengutachten; BGH NZM 2005, 498; BGH NZM 2005, 660; Börstinghaus/Clar Mietspiegel - Erstellung und Anwendung (2013), S. 43.

Vermieter andernfalls ohne weiteres die in einer Gemeinde bezahlte Spitzenmiete verlangen könnte.<sup>39</sup> Deshalb hat der Vermieter auch keinen Anspruch auf Zustimmung zum höchsten Wert der Spanne innerhalb eines Mietspiegels, weil andernfalls die Ausweisung von Spannen in einem Mietspiegel keinen Sinn hätte.<sup>40</sup> Der Tatrichter hat vielmehr die konkrete Einzelvergleichsmiete dadurch zu bestimmen, dass er die Wohnung anhand zusätzlicher qualitativer Kriterien einordnet. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass er, ausgehend vom Mittelwert des Mietspiegels, aufgrund besonderer Qualitätsmerkmale der Wohnung eine Einordnung innerhalb der Spanne vornimmt.<sup>41</sup> Ist die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete innerhalb der im einschlägigen qualifizierten Mietspiegel vorgegebenen Spanne durch Sachverständigengutachten mit Schwierigkeiten und einem Kostenaufwand verbunden, der zu der Höhe der geltend gemachten Mieterhöhung unter Berücksichtigung der als Schätzgrundlage vorhandenen Orientierungshilfe des Mietspiegels außer Verhältnis steht, so darf die ortsübliche Vergleichsmiete gem. § 287 ZPO durch den Tatrichter geschätzt werden.<sup>42</sup> Stellt sich die konkrete Einzelvergleichsmiete im erhaltenen Gutachten oder bei Anwendung des Mietspiegels als Bandbreite dar, hat der Vermieter allerdings einen Anspruch auf Zustimmung bis zum Oberwert der ermittelten Bandbreite.<sup>43</sup>

Da sowohl § 5 WiStG als auch § 558 BGB der gleiche Vergleichsmietenbegriff zugrunde liegt, gelten die für das Mieterhöhungsverlangen entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung entsprechend. Soweit also für die Bestimmung der üblichen Entgelte eine Einordnung in einen Mietspiegel zu erfolgen hat, darf nicht ohne Weiteres der Oberwert einer Spanne angenommen werden, sondern es ist – etwa anhand der Orientierungshilfe oder nicht repräsentativer aber wertbildender Merkmale der Wohnung - eine konkrete Einzelvergleichsmiete als Ausgangswert zu bestimmen. Zwar gelten für das Verfahren der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten durch die Verwaltungsbehörden die „Richtlinien zur wirksameren Bekämpfung von Mietpreisüberhöhungen nach § 5 WiStG“; diese sehen unter

---

<sup>39</sup> BGH NZM 2012, 339.

<sup>40</sup> BGH NJW 2011, 2284, 2285.

<sup>41</sup> BGH NZM 2012, 339, 341.

<sup>42</sup> BGH NZM 2005, 498.

<sup>43</sup> BGH NZM 2010, 122; BGH NZM 2012, 339; wobei bei BGH in der letzten Entscheidung klarstellt, dass die Bandbreite eines Gutachtens nicht das gesamte breite Spektrum der am Markt gezahlten Mieten darstellt.

Nummer 4.6 vor, dass bei der Verwendung eines Mietspiegels stets vom Oberwert der „Bandbreite“ ausgegangen werden muss. Dies steht aber nicht im Widerspruch zur zivilgerichtlichen Rechtsprechung des BGH, wenn man den Begriff der Bandbreite als gegenüber einer Spanne engeren Wert ansieht.<sup>44</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass auch der Vermieter die Wohnung anhand einer Orientierungshilfe oder eines begründeten Spannenanteils selbst einordnen kann. Es muss daher auch im Verfahren nach § 5 WiStG die konkrete Einzelvergleichsmiete durch Einordnung innerhalb der Spanne bestimmt und nicht automatisch vom Oberwert ausgegangen werden.

**Beispiel:** Der 2013 abgeschlossene Mietvertrag sieht für eine 100 qm-Wohnung BJ 1956 in München-Schwabing eine Nettomiete von € 15,60 pro qm vor. Der Mietspiegel 2013 weist für diese Wohnung einen Durchschnittswert von € 9,92 aus. Es sind repräsentative Zuschläge für gute Lage von +0,74 und für Stadthaus von +0,59 nach Tabelle 3 vorzunehmen. Der Mittelwert für diese Wohnung würde folglich nach dem Mietspiegel € 11,25 betragen. Der obere Spannenwert für diese Wohnung beträgt gemäß Tabelle 5a und 5b des Mietspiegels +1,79. Setzt man den Mittelwert des Mietspiegels an, wäre die 20%-Grenze ohne weiteres überschritten. Geht man hingegen vom Oberwert der Mietspiegelspanne von € 13,04 aus, und addiert hierzu 20%, würde sich eine gerade noch zulässige Nettomiete von € 15,64 ergeben. Der objektive Tatbestand des § 5 WiStG wäre damit nicht erfüllt.

Bei der Verwendung veralteter Mietspiegel sollte für etwaig zwischenzeitlich eingetretene Veränderungen des Mietpreinsniveaus ein Zuschlag hinzugerechnet werden, um einer zwischenzeitlichen Mietentwicklung Rechnung zu tragen.<sup>45</sup>

(c) Wesentlichkeitsgrenze von 20%

Seit dem 21.7.1993 ist gesetzlich geregelt, dass von einem unangemessen hohen Entgelt auszugehen ist, wenn die

---

<sup>44</sup> So BGH NZM 2012, 339.

<sup>45</sup> LG Hamburg ZMR 2000, 538; Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 33; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn.

üblichen Entgelte um mehr als 20 % überschritten sind. Die Wesentlichkeitsgrenze ist im Anschluss an die seinerzeit herrschende Rechtsprechung normiert worden.<sup>46</sup>

(d) Sonderfall der kostendeckenden Miete, § 5 II S.2 WiStG

Übersteigt die Miete, die zur Kostendeckung des Vermieters erforderlich ist, die ortsübliche Miete, ist der Tatbestand des § 5 I WiStG nur dann erfüllt, wenn sie im Vergleich zu den ortsüblichen Entgelten nicht in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen, § 5 II S. 2 WiStG. Ein solches Missverhältnis wird dann angenommen, wenn die vereinbarte kostendeckende Miete die ortsübliche Miete um mehr als 50 % übersteigt. Erst an der objektiven Grenze des Mietwuchers nach § 293 I S.1 Nr. 1 StGB findet also eine Überschreitung der ortsüblichen Vergleichsmiete zur Kostendeckung ihre Grenze.

Welche laufenden Aufwendungen zu berücksichtigen sind, ergibt sich aus entsprechender Anwendung der §§ 18 ff. der II. Berechnungs-VO.<sup>47</sup> Berücksichtigungsfähig sind danach zum einen die Kapitalkosten, die für die Herstellung bzw. die Anschaffung der Wohnung anfallen (und zwar sowohl die Fremdkapitalkosten als auch die Eigenkapitalkosten), andererseits die Bewirtschaftungskosten. Darüber hinaus können im Einzelfall weitere Kosten berücksichtigt werden, die sich aus der besonderen Gestaltung des Mietverhältnisses oder aus der Natur der Vermietung von nicht preisgebundenem Wohnraum ergeben.<sup>48</sup> Wendet der Vermieter im Prozess ein, dass die verlangte Miete zur Kostendeckung erforderlich sei, wird in der Regel die Einholung eines Sachverständigen-Gutachtens erforderlich sein.

(4) Handlungsformen

Der Vermieter kann die Ordnungswidrigkeit in Form des Forderns, des Sich-Versprechenlassens oder des Annehmens begehen. Der Regelfall wird das Fordern sein, also das Verlangen der überhöhten Miete bei Abschluss des

---

<sup>46</sup> OLG Stuttgart WuM 1981, 225.

<sup>47</sup> Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 11; Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 40

<sup>48</sup> Näher hierzu im Einzelnen Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 39; Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 12 ff; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 38 ff.

Mietvertrages. Umstritten ist, ob bereits die Angabe des überhöhten Preises in einem Vermittlungsangebot eines Maklers, einer Zeitungsannonce oder einer Internet-Anzeige den Tatbestand des Forderns erfüllt.<sup>49</sup> Richtigerweise wird man in Annoncen regelmäßig noch eine unverbindliche invitatio ad offerendum zu sehen haben, die sich an einen unbestimmten Personenkreis richtet und damit noch kein verbindliches Angebot darstellt.

Das Tatbestandsmerkmal des Sich-Versprechenlassens bedeutet die Entgegennahme der Vertragsbindung zu einer künftigen Leistung mit dem Willen, sich die versprochenen Vorteile demnächst auch wirklich zu verschaffen.<sup>50</sup> Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Mieterinteressent von sich aus eine höhere als die geforderte Miete anbietet, um die Wohnung zu bekommen und der Vermieter sich auf dieses Angebot einlässt. Unerheblich ist, ob es dann später tatsächlich zur Vertragserfüllung kommt.<sup>51</sup> Das Tatbestandsmerkmal des Annehmens hat regelmäßig gegenüber dem Fordern und Versprechenlassen keine eigenständige Bedeutung, wenn eine entsprechende vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien besteht. Allenfalls bei der Entgegennahme eines irrtümlich gezahlten unangemessen hohen Entgeltes kann die Alternative eigenständige Bedeutung haben<sup>52</sup>, allerdings wird es dann regelmäßig an der Voraussetzung des Ausnutzens eines geringen Angebots fehlen.

#### (5) Ausnutzen eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen

Nach § 5 II WiStG muss der Vermieter das erhöhte Entgelt unter Ausnutzung eines geringen Angebotes an vergleichbarem Wohnraum verlangen. Hieraus folgt, dass nicht jede unangemessene Miete objektiv tatbestandlich als Mietpreisüberhöhung angesehen werden kann. Vielmehr muss der überhöhte Preis kausal gerade auf der Ausnutzung eines geringen Angebots beruhen. Das Tatbestandsmerkmal der Ausnutzung ist in objektiver wie subjektiver Hinsicht missglückt und war lange Zeit in Rechtsprechung und

---

<sup>49</sup> Dafür: Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 15; Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 18; dagegen: Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 12

<sup>50</sup> Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 16.

<sup>51</sup> Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 16.

<sup>52</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 14.

Schrifttum umstritten<sup>53</sup>. Der BGH<sup>54</sup> hat sich in insgesamt drei Entscheidungen mit dem Problem des Ausnutzens in § 5 WiStG befasst und damit nach wohl überwiegender Ansicht den Tatbestand der Mietpreisüberhöhung faktisch abgeschafft.<sup>55</sup>

(a) Geringes Angebot an vergleichbarem Wohnraum

Zunächst muss in objektiver Hinsicht ein geringes Angebot an vergleichbarem Wohnraum vorliegen. Für die Mieter muss in ihrer Gesamtheit der Marktzugang verengt sein, auf bestimmte Mietergruppen, also einen Sondermietmarkt, kommt es hierbei nicht an. Nach wohl noch herrschender Meinung liegt ein geringes Angebot schon dann vor, wenn das Angebot an vergleichbarem Wohnraum die Nachfrage nicht spürbar übersteigt und der Vermieter als marktüberlegener Teil in der Lage ist, die Mietbedingungen zu bestimmen.<sup>56</sup> Der BGH hat diese Frage bisher nicht abschließend entschieden, sondern in seiner Entscheidung vom 13.4.2005<sup>57</sup> lediglich seine Bedenken gegen diese Meinung geäußert und ausgeführt, die sprachliche Bedeutung des Wortes „gering“ würde es nahelegen, die Knappheit einer Menge oder eines Guts zu fordern. Damit wäre ein geringes Angebot nur dann anzunehmen, wenn es die Nachfrage nicht erreicht und der Tatbestand bereits dann zu verneinen, wenn Angebot und Nachfrage ausgeglichen sind.<sup>58</sup> Hiergegen hat Langenberg<sup>59</sup> zu Recht eingewandt, dass nicht alle frei stehenden Wohnungen dem Markt zur Verfügung stehen und daher im Regelfall eine Leerstandreserve von 2 – 3 % zu berücksichtigen ist. Es gehe daher nicht um einen Vergleich zwischen leerstehenden und nachgefragten Wohnungen, sondern um einen Vergleich zwischen verfügbaren und nachgefragten Wohnungen.<sup>60</sup> Neben diesem Umstand spricht für die herrschende Meinung

---

<sup>53</sup> Nachweise hierzu bei Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 57 ff.

<sup>54</sup> BGH NJW 2004, 1740, BGH NJW 2005, 2156, BGH NJW-RR 2006, 591

<sup>55</sup> So Langenberg in FS für Blank, S. 291; Derleder WuM 2013, 383. Vergleiche hierzu auch den Gesetzesentwurf der Freien und Hansestadt Hamburg vom 06.03.2013 BR-Drs 176/13 S.1; Tatsächlich sind jedenfalls seit 2007 keine einschlägigen Entscheidungen mehr bekannt geworden, in denen Mietern Rückzahlungsansprüche aus § 812 BGB zuerkannt wurden oder Vermieter zu Ordnungsgeldern verurteilt wurden.

<sup>56</sup> LG Mannheim NZM 2000, 86; Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 48; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 62; Achenbach/Ransiek/Zieschang § 5 WiStG Rn. 61; unklar Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 13;

<sup>57</sup> BGH NJW 2005, 2156.

<sup>58</sup> BGH aaO; OLG Hamm WuM 1995, 323: das örtliche Angebot muss danach „spürbar“ geringer sein als die Nachfrage.

<sup>59</sup> Langenberg, FS Blank S. 297.

<sup>60</sup> Langenberg, FS Blank S. 297; ähnlich Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 48.

und gegen die geäußerte Rechtsauffassung des BGH auch die sprachliche Formulierung des § 5 WiStG: dort ist anders als etwa in § 4 WiStG (Preisüberhöhung in einem Beruf oder Gewerbe) gerade nicht von einer „Mangellage“, sondern nur von einem geringen Angebot die Rede. Erst die Mangellage bedeutet aber die Unterversorgung mit einem Gut, so dass im Umkehrschluss nicht bereits ein „geringes Angebot“ erfordert, dass die Nachfrage höher als das Angebot an Wohnungen ist.

Maßgeblich ist die Situation auf den jeweiligen Wohnungsteilmärkten.<sup>61</sup> Die Wohnraumversorgung ist mithin für jeden Teilmarkt gesondert festzustellen, wobei auf die in § 5 II WiStG aufgeführten Merkmale Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage abzustellen ist.<sup>62</sup> Dass in einer Universitätsstadt ein geringes Angebot an 1-Zimmer-Appartments oder kleinen Wohnungen besteht, bedeutet nicht zwangsläufig, dass dies auch bei größeren Wohnungen der Fall ist. Auch bei der Anmietung einer Luxuswohnung mit erheblich überdurchschnittlicher Ausstattung kann ein geringes Angebot nicht damit begründet werden, dass die Mietwohnung in einem Ballungsgebiet liege und für Wohnungen vergleichbarer Größe eine Mangellage bestehe.<sup>63</sup>

Hinsichtlich des Wohnungsmerkmals der Lage hat der BGH entgegen der bis zu diesem Zeitpunkt herrschenden Meinung entschieden, dass es auf die Marktlage im gesamten Stadtgebiet und nicht auf den Stadtteil ankommt, in dem sich die betreffende Wohnung befindet.<sup>64</sup> Der BGH hat hierzu ausgeführt, dass bei der Auslegung des Begriffes "Nutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen" unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten berücksichtigt werden müsse, dass die Vorschrift das Prinzip der Vertragsfreiheit (Art. 2 Grundgesetz) und die Eigentumsgarantie des Art. 14 Grundgesetz einschränke. Die hieraus resultierende Sozialbindung des Eigentums gebiete es aber nicht, besonderen Wünschen des Mieters Rechnung zu tragen, die darin bestehen, gerade in einem bestimmten Stadtteil wohnen zu wollen. Diese Rechtsprechung ist nicht ohne Kritik geblieben,<sup>65</sup> allerdings ist dem BGH zuzugeben,

---

<sup>61</sup> BGH NJW-RR 2006, 591, 592; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 61;

<sup>62</sup> BGH NJW 2005, 2156, 2157; hM.

<sup>63</sup> BGH NJW-RR 2006, 591, 592.

<sup>64</sup> BGH NJW 2005, 2156.

<sup>65</sup> Langenberg FS für Blank, S. 298f; Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 50.

dass Vergleichbarkeit der Lage nicht Identität des Stadtteils bedeuten kann. Im Einzelfall bestehende Präferenzen für einen bestimmten Stadtteil, etwa zur Vermeidung eines Schulwechsels der Kinder der Mietinteressenten sind daher hinzunehmen, wenn man die Entscheidung des BGH dahingehend interpretiert, dass nicht per se auf die gesamte Gemeinde, sondern auf die Vergleichbarkeit der Stadtteile nach Lage und Struktur abzustellen ist.<sup>66</sup> Der Mietinteressent muss sich nicht auf ein Gebiet minderer Wohnqualität verweisen lassen. Ein geringes Angebot kann daher durchaus bei attraktiven Innenstadtlagen stadtteilübergreifend bejaht werden, auch wenn in Gebieten minderer Wohnqualität in Stadtrandlage ausreichend Wohnraum zur Verfügung steht.

(b) Merkmal der Ausnutzung eines geringen Angebots

Das Merkmal des Ausnutzens war in Rechtsprechung und Schrifttum stets umstritten. Teilweise wurde angenommen, Ausnutzen bedeute das (bewusste) Zunutzen machen der gegebenen Mangellage als Grund für die hohe Mietforderung, ohne dass es auf die individuellen Verhältnisse des Mieters noch ankäme.<sup>67</sup> Die Gegenmeinung vertrat die Auffassung, das Merkmal der Ausnutzung müsse sich auf den konkreten Mieter beziehen, da es andernfalls überflüssig sei; denn dann würden ein geringes Angebot an vergleichbarem Wohnraum und die Forderung nach einer objektiv erhöhten Miete für sich schon ausreichen, um § 5 WiStG zu bejahen.<sup>68</sup> Auch sei ein Mieter nicht schutzwürdig, wenn er ohne Kenntnis des Marktangebots eine Wohnung zu übersteuerten Konditionen anmiete<sup>69</sup> oder von vorneherein nur eine Wohnung in einem bestimmten Stadtteil suche.<sup>70</sup> Der BGH hat sich in seiner Entscheidung vom 28.1.2004<sup>71</sup> der Gegenmeinung mit der Begründung angeschlossen, eine einschränkende Auslegung des Begriffes der Ausnutzung sei unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nur insoweit gerechtfertigt, als sie durch die Sozialbindung des Eigentums geboten sei. Soweit § 5 WiStG über § 134 BGB in das

---

<sup>66</sup> So jedenfalls die Einschränkung der Entscheidung des BGH in NJW 2005, 2156, 2157.

<sup>67</sup> KG (Senat für Bußgeldsachen) Beschluss vom 28.01.2000, Az 2 Ss 263/99; LG Hamburg ZMR 2000, 538; LG Mannheim NZM 2000, 86; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 66; Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 52 ff. je mwN;

<sup>68</sup> OLG Braunschweig WuM 1999, 684; LG Köln NZM 2002, 340; LG München I BeckRS 1998, 09943.

<sup>69</sup> So etwa LG Köln, NZM 1999, 168 und LG Aachen NZM 2001, 466.

<sup>70</sup> LG Frankfurt BeckRS 1997, 15241.

<sup>71</sup> BGH NJW 2004, 1740.

Zivilrecht hineinwirken, gehe es, so der BGH, nicht vorrangig um die Verhinderung von Wettbewerbsstörungen, sondern um den Schutz des Mieters. Der Mieter solle davor geschützt und der Vermieter davon abgehalten werden, aufgrund einer unausgewogenen Lage auf den Mieterwohnungsmarkt eine unangemessen hohe Miete zu versprechen bzw. zu fordern. Zwischen der Mangellage und der Vereinbarung der überhöhten Miete müsse daher ein Kausalzusammenhang bestehen, woran es unter anderem dann fehlen würde, wenn der Mieter unabhängig von der Lage auf dem Wohnungsmarkt bereit sei, eine verhältnismäßig hohe Miete zu bezahlen, etwa weil er wegen der von ihm bevorzugten Wohnlage nur eine bestimmte und keine vergleichbare andere Wohnung beziehen will oder eine Wohnung anmietet, ohne sich zuvor über ähnliche Objekte und die Höhe der üblichen Miete erkundigt zu haben.<sup>72</sup>

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH diese Auffassung noch einmal bestätigt und erneut ausgeführt, welche Anforderungen hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast des Mieters bestehen.<sup>73</sup> Die strafrechtliche Judikatur hat sich – soweit ersichtlich und veröffentlicht – der Auffassung des BGH zur zivilrechtlichen Auslegung angeschlossen.<sup>74</sup> Diese Rechtsprechung ist – gerade auch im Hinblick auf den Schutzzweck des § 5 WiStG - Vermeidung von Wettbewerbsstörungen und nicht Schutz des Mieters - nicht ohne Kritik geblieben.<sup>75</sup> Sie wurde teilweise aber hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen des Ausnutzens auch fehl- bzw. überinterpretiert (dazu unten 4b). Folgt man der insoweit gefestigten Rechtsprechung des BGH, dann müssen für den objektiven Tatbestand des § 5 WiStG Feststellungen dazu getroffen werden, dass der betreffende Mieter erhebliche Bemühungen bei der Suche nach einer vergleichbaren Wohnung zu einer angemessenen Miete unternommen hat und warum diese Bemühungen erfolglos geblieben sind. Hier kann sich das Gericht auch keiner sachverständigen Hilfe bedienen, sondern wird in der Regel auf Zeugenbeweis angewiesen sein. Ein Ausnutzen scheidet danach aus, wenn der konkrete Mieter die geforderte Miete ohne weiteres oder aus besonderen persönlichen Gründen zu zahlen bereit ist und eine objektiv bestehende

---

<sup>72</sup> BGH aaO.

<sup>73</sup> BGH NJW-RR 2006, 591, 592; im Anschluss ebenso LG Berlin GE 2008, 1493.

<sup>74</sup> OLG Frankfurt Beschluss vom 25.06.2009, Az. 2 Ss-OWi 82/09

<sup>75</sup> Langenberg, FS für Blank, S. 292 ff; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 66.

Ausweichmöglichkeit nicht wahrnimmt. Ein solcher Mieter wird nicht "ausgenutzt", so dass es an der Kausalität zwischen dem bestehenden geringen Angebot und der unangemessen überbeurteilten Miete fehlt.

b) Subjektiver Tatbestand

Um die Tat als Ordnungswidrigkeit ahnden zu können, muss auch der subjektive Tatbestand des § 5 WiStG erfüllt sein. § 5 I WiStG lässt Leichtfertigkeit genügen, so dass der Vermieter nicht zwingend vorsätzlich handeln muss. Eine Beteiligung an der Tat nach § 14 I S.2 OWiG etwa des Maklers oder des Hausverwalters scheidet bei nicht vorsätzlichem Handeln des Vermieters allerdings nach allgemeinen Grundsätzen aus, weil die Beteiligung eines Dritten, der nicht die persönlichen Merkmale des § 9 I OWiG aufweist, eine vorsätzliche Beteiligung an einer vorsätzlichen Haupttat voraussetzt.<sup>76</sup>

(1) Vorsatz

Der Vermieter handelt vorsätzlich, wenn er bei der Forderung oder Entgegennahme des unangemessen hohen Entgelts die Umstände kennt, denen das geringe Angebot vergleichbarer Wohnungen zu entnehmen ist und wenn er weiß, dass das Entgelt wesentlich höher als das ortsübliche ist und nur im Hinblick auf das geringe Angebot zu erzielen ist. Der Unangemessenheit des Entgelts muss sich der Betroffene nicht bewusst sein, es genügt, dass er die Tatsachen kennt, welche die Unangemessenheit begründen.<sup>77</sup> Hinsichtlich des Merkmals des Ausnutzens des geringen Angebots, das sowohl objektive als auch subjektive Merkmale enthält, ist ein qualifizierter Vorsatz, insbesondere eine Ausnutzungs- oder Gewinnerzielungsabsicht, nicht erforderlich.<sup>78</sup> Ein vorsätzliches Handeln kann schon dann bejaht werden, wenn der Vermieter erkennt oder im Sinne eines bedingten Vorsatzes in Kauf nimmt, dass der Mieter sich in einer Zwangslage befindet, weil er wegen der Verengung des Marktes nicht auf eine preiswertere Wohnung ausweichen kann.

(2) Leichtfertigkeit

Leichtfertigkeit ist ein starker Grad von Fahrlässigkeit, der im Wesentlichen der groben Fahrlässigkeit im zivilrechtlichen Sinne

---

<sup>76</sup> BGHSt 31, 309; KK-OWiG/Rengier § 14 OWiG Rn. 8.

<sup>77</sup> Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 18.

<sup>78</sup> Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 21.

entspricht. Der Täter muss mit hoher Wahrscheinlichkeit die drohende Tatbestandsverwirklichung in besonders grober Achtlosigkeit nicht bedacht und insoweit dasjenige unbeachtet gelassen haben, was jedermann hätte einleuchten müssen<sup>79</sup> oder infolge grober Pflichtverletzung die Tatumstände nicht gekannt haben.<sup>80</sup> Dies bedeutet im Rahmen von § 5 WiStG insbesondere, dass der Vermieter verpflichtet ist, die Angemessenheit des Mietzinses durch Erkundigungen festzustellen. Er muss sich nicht nur bei einer kompetenten Stelle über die örtliche Vergleichsmiete erkundigen, sondern auch über die Marktlage vergewissern.<sup>81</sup>

Dem Tatbestandsmerkmal der "Ausnutzung" durch den Vermieter wohnt ebenfalls ein objektives und ein subjektives Moment inne.<sup>82</sup> Da der Vermieter die Tathandlung des § 5 WiStG leichtfertig und damit auch fahrlässig begehen kann, ist für den subjektiven Tatbestand gerade nicht zwingend erforderlich, dass der Vermieter erkennt oder in Kauf nimmt, dass der Mieter sich in einer Zwangslage befindet und nur deshalb die Wohnung zu einem weit überhöhten Mietzins anmietet.<sup>83</sup> Erkennen umschreibt direkten Vorsatz, in Kauf nehmen bedeutet Eventualvorsatz. Beides wird von § 5 WiStG aber gerade nicht zwingend vorausgesetzt. Vielmehr ist auch hinsichtlich des Ausnutzens ausreichend, dass der Vermieter leichtfertig handelt, also sich in besonders grober Achtlosigkeit über das hinwegsetzt, was angesichts der Umstände jedermann klar sein muss. Ein Ausnutzen aus Leichtfertigkeit kann daher auch dann bejaht werden, wenn der Vermieter über die sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale hinaus etwa anhand einer sehr hohen Zahl an Bewerbern und einer allgemein bekannten Wohnungsmangellage in Ballungsgebieten die Augen vor der Erkenntnis verschließt, dass der Mietinteressent nur deshalb die Wohnung anmietet, weil er keinen vergleichbaren Wohnraum zu einer angemessenen Miete findet. Es ist also gerade nicht erforderlich, dass der Vermieter erkennt oder billigend in Kauf nimmt, dass der konkrete zum Mietvertragsabschluss bereite Mieter die Wohnung nur deshalb mietet, weil er bisher erfolglos versucht hat, eine Wohnung zu einem angemessenen Mietzins zu finden. Da mithin Leichtfertigkeit auch hinsichtlich des Ausnutzens ausreichend ist, kann entgegen den - wohl missverständlichen - Ausführungen des BGH in NJW 2005, 2156 für die zivilrechtliche Rechtsfolge über § 134 BGB in subjektiver Hinsicht nicht mehr verlangt werden als für die Ahndung der Tat als Ordnungswidrigkeit (dazu unten 4b).

---

<sup>79</sup> Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben § 15 StGB Rn. 205.

<sup>80</sup> OLG Hamm WuM 1995, 323

<sup>81</sup> Erbs-Kohlhaas/Lampe § 5 WiStG Rn. 20; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 79;

Graf/Jäger/Wittig/Sackreuther § 5 WiStG Rn. 23.

<sup>82</sup> OLG Hamburg, RE vom 03.03.1999 NZM 1999, 363, 364; ähnlich Langenberg in FS für Blank, S. 296.

<sup>83</sup> So aber der BGH in NJW 2005, 2156.

### 3. Ahndung als Ordnungswidrigkeit

Die Tat kann nach § 5 III WiStG mit einer Geldbuße bis zu 50.000,- € geahndet werden. Im Falle leichtfertigen Handelns gemäß § 17 II OWiG bis zu 25.000,- €. Anders als im Zivilverfahren gilt für das Verfahren durch die Verwaltungsbehörde nach § 46 I OWiG iVm § 160 StPO der Amtsermittlungsgrundsatz. Nach § 8 ff. WiStG kommt auch die Abschöpfung des Mehrerlöses in Betracht. Statt der Abführung kann nach § 9 WiStG auf Antrag des Geschädigten die Rückerstattung des Mehrerlöses an ihn angeordnet werden, wenn sein Rückforderungsanspruch gegen den Täter begründet erscheint. Dies setzt allerdings einen materiell-rechtlichen Rückforderungsanspruch nach zivilrechtlichen Vorschriften voraus.<sup>84</sup>

Bußgeldbescheide spielen allerdings in der gerichtlichen Praxis nur eine geringe Rolle<sup>85</sup>, wie auch die wenigen veröffentlichten Entscheidungen aus der strafrechtlichen Judikatur belegen.

### 4. Zivilrechtliche Folgen eines Verstoßes gegen § 5 WiStG

#### a) Teilnichtigkeit nach § 134 BGB

§ 5 WiStG stellt nach ganz einhelliger Meinung ein Verbotsgesetz dar, das nach § 134 zur (Teil-)Nichtigkeit der vertraglichen Abrede zwischen den Parteien führt.<sup>86</sup> Zwar führt nicht jede Einordnung einer Gesetzesverletzung als Ordnungswidrigkeit von vorneherein zu einer Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB;<sup>87</sup> vielmehr soll es darauf ankommen, ob nach Sinn und Zweck der Verbotsnorm im Einzelfall die Nichtigkeit erforderlich ist. Vorliegend würde es aber dem Zweck des § 5 WiStG – Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen und Schutz des Mieters – widersprechen, wenn dem Vermieter der die Angemessenheit übersteigende Teil des Entgelts verbleiben würde. Da es vorliegend um Sozialwucher und nicht Individualwucher geht, nimmt die herrschende Meinung allerdings wegen § 139 BGB nur eine Teilnichtigkeit insoweit an, als der Vertrag das Maß des Zulässigen überschreitet.<sup>88</sup> Im Übrigen bleibt der Vertrag wirksam und der Mieter zur Zahlung der ortsüblichen Vergleichsmiete zzgl. 20 % Zuschlag verpflichtet. Im Falle von Rückzahlungsansprüchen oder bei laufenden Mietverhältnissen ist daher die Veränderung des

---

<sup>84</sup> OLG Hamm WuM 1995, 323.

<sup>85</sup> Achenbach/Ransiek/Zieschang § 5 WiStG Rn. 52.

<sup>86</sup> BGH NJW 2005, 2156; BGH NJW-RR 2006, 591; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 68 ff; Sternel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 60.

<sup>87</sup> BGH NJW 1983, 2873.

<sup>88</sup> Siehe die Nachweise oben Rn. 86; Lützenkirchen/Lützenkirchen Anhang zu § 535 BGB Rn. 24.

ortsüblichen Mietpreisniveaus angemessen zu berücksichtigen, indem die Preisveränderungen – meist Preissteigerungen – in Jahresabständen zu ermitteln sind.<sup>89</sup>

b) Keine Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes des § 5 WiStG

Nach wohl herrschender Meinung ist im Rahmen von § 134 BGB alleine auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestands des § 5 WiStG abzustellen, während die Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes nur für die Sanktion des Verbotsgesetzes erforderlich ist.<sup>90</sup> Es kommt mithin nicht darauf an, ob der Vermieter den Tatbestand des § 5 WiStG vorsätzlich oder leichtfertig verwirklicht hat (dazu oben 2b). Zwar wird für strafbewehrte Verbote teilweise auch gefordert, dass der Tatbestand der Straftat oder Ordnungswidrigkeit auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht sein muss,<sup>91</sup> die Rechtsprechung hierzu betraf aber beidseitig nicht schuldhaft verwirklichte Gesetzesverstöße. Bei einem Verstoß gegen § 5 WiStG hingegen geht es um ein einseitig vorwerfbares Verhalten alleine des Vermieters. Es wäre mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes, Vermieter zu einem marktkonformen Verhalten zu zwingen und auch dem mittelbar beabsichtigten Mieterschutz nicht in Einklang zu bringen, wenn dem Vermieter die objektiv unangemessene Entgeltforderung gleichwohl verbleiben und der Mieter die Regelung hinzunehmen hätte, nur weil dem Vermieter ein schuldhaftes Handeln trotz objektiven Verstoßes nicht nachgewiesen werden kann. Dies gilt umso mehr, als Fallkonstellationen denkbar sind, in denen ein Dritter (etwa ein Hausverwalter) die Vertragsgestaltung und die Abschlussverhandlungen für den Vermieter in Kenntnis aller Umstände übernimmt und der Vermieter selbst mangels Kenntnis weder vorsätzlich noch leichtfertig handelt. Mit dem Gesetzeszweck wäre es nicht vereinbar, in solchen Konstellationen die vertragliche Regelung auch hinsichtlich des nicht zulässigen Teils der Mietforderung aufrecht zu erhalten, nur weil der tatsächlich Handelnde deshalb nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, weil er die geforderten persönlichen Merkmale der Vermietereigenschaft nach §§ 5 I WiStG, 9 I OWiG nicht aufweist. Gleiches gilt, wenn ein Makler den Vermieter bei der Preisgestaltung berät und der Vermieter sich – ohne Leichtfertigkeit – auf die Preisauskunft des Maklers verlassen darf. Auch in diesem Fall kann

---

<sup>89</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 69.

<sup>90</sup> OLG Hamburg RE vom 03.03.1999, NZM 1999, 363, 364; Emmerich/Sonnenschein vor § 535 BGB Rn 55; Lützenkirchen/Lützenkirchen Anhang zu § 535 Rn. 12; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 72; Sternel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 60; Staudinger/Sack § 134 Rn. 84; Palandt/Heinrichs § 134 Rn. 12a; aA Bohnert JZ 1994, 605, 609.

<sup>91</sup> BGH NJW 1996, 1812; Staudinger/Sack § 134 Rn. 85.

bei einem objektiven Verstoß gegen § 5 WiStG keine Ahndung erfolgen: der Vermieter handelt nicht schuldhaft und der Makler ist nicht tauglicher Täter.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des BGH in NJW 2005, 2156. Zwar hatte der BGH dort ausgeführt, dass der Begriff des Ausnutzens nach seinem Wortsinn das bewusste Zunutze machen einer für den anderen Teil ungünstigen Lage bedeute und dazu mindestens gehöre, dass der Vermieter erkennt oder in Kauf nimmt, dass der Mieter sich in einer Zwangslage befinde, weil er aus nachvollziehbaren gewichtigen Gründen nicht auf eine preisgünstige Wohnung ausweichen könne.<sup>92</sup> Aus diesem Passus der Entscheidung vom 13.4.2005 kann indes nicht abgeleitet werden, dass der BGH nunmehr die Verwerflichkeit des Vermieters hinsichtlich der Ausnutzung in subjektiver Hinsicht für die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB als erforderlich ansieht.<sup>93</sup> Der BGH hatte in seiner ersten Entscheidung vom 28.1.2004 noch ausdrücklich offen gelassen, ob und inwieweit die subjektiven Merkmale des Ordnungswidrigkeitstatbestandes des § 5 WiStG im Rahmen des § 134 BGB erfüllt sein müssen.

Die zweite Entscheidung vom 13.4.2005 enthält den angesprochenen Passus zur subjektiven Komponente im Zusammenhang mit dem objektiven Tatbestandsmerkmal der Ausnutzung, wobei der VIII. Senat zunächst die fehlenden Feststellungen des Tatsachengerichtes zur Person des Mieters bemängelt und insbesondere darauf hinweist, dass ein Ausnutzen dann nicht vorliegt, wenn der Mieter die geforderte Miete ohne weiteres oder aus persönlichen Gründen zu zahlen bereit ist. Zwar finden sich dann unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Braunschweig zwei Sätze zur subjektiven Komponente des Ausnutzens durch den Vermieter, tragend sind diese Feststellungen des BGH indes nicht. So führt der Senat zwei Sätze später aus: "Hierauf kommt es jedoch nicht entscheidend an, da sich die Klage unter einem anderen Gesichtspunkt als unbegründet erweist." Sodann folgen tragende Ausführungen zur Frage, warum es hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Lage nicht auf den Teilmarkt, sondern auf das gesamte Stadtgebiet ankommt.

Der BGH erwähnt darüber hinaus in der Entscheidung vom 13.4.2005 mit keinem Wort die Vorschrift des § 134 BGB, obwohl er diesen Umstand in der Entscheidung vom 28.1.2004 noch ausdrücklich offen gelassen hatte. Meiner Auffassung nach kann hier nicht angenommen werden, dass der VIII. Senat diese Frage tatsächlich in dem vorgenannten Sinne abschließend dahingehend hatte

---

<sup>92</sup> BGH NJW 2005, 2156.

<sup>93</sup> So aber Derleder WuM 2013, 383, 386 und Langenberg, FS für Blank, S. 295.

entscheiden wollen, dass die Nichtigkeitsfolge voraussetzt, dass der Vermieter hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des „Ausnutzens“ auch vorsätzlich handelt. In der dritten Entscheidung vom 25.01.2006 wiederum nimmt der BGH entsprechend nur zur objektiven Komponente des Ausnutzens Stellung. Auf etwaige subjektive Anforderungen geht er nicht ein.<sup>94</sup>

Hinzu kommt noch ein weiteres Problem: nach § 5 I WiStG kann der Vermieter die Ordnungswidrigkeit auch leichtfertig, also fahrlässig begehen. Auch das Tatbestandsmerkmal des "Ausnutzens" kann durch den Vermieter leichtfertig begangen werden (dazu oben 2b). Wenn aber für die Ahndung einer Mietpreisüberhöhung als Ordnungswidrigkeit Fahrlässigkeit im Sinne von Leichtfertigkeit ausreicht, kann nicht andererseits für die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge über § 134 BGB ein überschießender Vorsatz verlangt und in das Gesetz hinein gelesen werden.

Mithin verbleibt es dabei, dass mit der herrschenden Meinung der objektive Verstoß gegen § 134 für die Teilnichtigkeit der vertraglichen Abrede ausreichend ist. Selbst wenn man die Nichtigkeitssanktion des § 134 BGB erst dann eingreifen lassen will, wenn auch die subjektive Komponente nachgewiesen ist, muss jedenfalls auch hinsichtlich des subjektiven Tatbestandsmerkmals des Ausnutzens Leichtfertigkeit und damit grob fahrlässiges Verhalten ausreichend sein.

#### c) Ansprüche des Mieters bei Teilnichtigkeit

Im Falle der Teilunwirksamkeit der vertraglichen Abrede kann der Mieter die bereits gezahlte Miete nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen, soweit das Entgelt die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 % überschreitet.<sup>95</sup> Sofern die Kostenmiete im Einzelfall höher ist, kann der Mieter denjenigen Betrag zurückverlangen, der über der Kostenmiete, jedenfalls aber 50% über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt. Der Rückforderungsanspruch ist nach § 814 BGB ausgeschlossen, wenn der Mieter positive Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Mietpreisvereinbarung hatte, also wusste, dass er zur Zahlung nicht verpflichtet war.<sup>96</sup> Dieser Beweis wird dem Vermieter allerdings nur in den seltensten Fällen tatsächlich gelingen, jedenfalls wird sie sich nicht schon alleine aus dem Umstand ableiten lassen, dass der Mieter im konkreten Fall die ortsübliche Miete kennt.<sup>97</sup> Denn selbst dann

---

<sup>94</sup> BGH NJW-RR 2006, 591.

<sup>95</sup> BGH NJW 2005, 2156; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 77; allgM.

<sup>96</sup> OLG Hamm ZMR 1995, 212.

<sup>97</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 81.

wäre aus Sicht des Mieters immer noch die Möglichkeit denkbar, dass die Kostenmiete über der 120%-Grenze liegt.

Bei noch nicht beendeten Mietverhältnissen wird man auch eine Feststellungsklage dahingehend für zulässig erachten müssen, dass nur die zulässige Höchstmiete geschuldet ist. Daneben kann der Mieter wegen des Verstoßes gegen § 5 WiStG den Mietvertrag nach §§ 543 I, 569 II BGB fristlos und nach § 573 I BGB auch ordentlich kündigen.

d) Darlegungs- und Beweislast im Prozess

Der Mieter trägt im Zivilprozess die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass zum Zeitpunkt der Tathandlung –meist des Abschlusses des Mietvertrages – die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 % überschritten wurde. Einem Sachverständigen-Beweisangebot ist nachzugehen, sofern die ortsübliche Vergleichsmiete nicht anhand eines Mietspiegels ermittelt werden kann und der Mieter die Einordnung der Wohnung in den Mietspiegel konkret darlegt. Da das Gericht sowohl bei Rückforderungsansprüchen nach § 812 BGB in Verbindung mit §§ 134 BGB, 5 WiStG als auch im Mieterhöhungsprozess nach § 558b BGB den gleichen Begriff zugrunde zu legen hat, in beiden Verfahren die ortsübliche Vergleichsmiete nach den gleichen Merkmalen zu ermitteln ist und auch der Wortsinn der beiden Vorschriften das Gleiche meint, ist die Vermutungswirkung eines qualifizierten Mietspiegels nach § 558d III BGB im Rückforderungsprozess entsprechend anzuwenden.<sup>98</sup> Der Mieter kann sich also zunächst im Rahmen der Darlegung der ortsüblichen Vergleichsmiete auf die Vermutungswirkung eines qualifizierten Mietspiegels berufen. Es ist sodann Sache des Vermieters, der einen qualifizierten Mietspiegel nicht als solchen anerkennen will, sich mit dem Inhalt des Mietspiegels und der erforderlichen Mietspiegeldokumentation substantiiert auseinandersetzen, soweit dies ohne Fachkenntnisse, etwa auf dem Gebiet der Statistik, möglich ist.<sup>99</sup>

Der Mieter trägt ferner die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein geringes Angebot an vergleichbarem Wohnraum vorhanden war. Der Umstand alleine, dass die Wohnung in einem Ballungsgebiet liegt und eine Zweckentfremdungsverordnung gilt, reicht als Beweis für die Annahme eines geringen Angebots nicht aus.<sup>100</sup> Auch hier wird man einem Angebot des Mieters auf Einholung eines Sachverständigen-Gutachten nachzugehen haben, sofern sich nicht

---

<sup>98</sup> Strittig, wie hier Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 85; aA Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 38.

<sup>99</sup> BGH NJW 2013, 138.

<sup>100</sup> BGH NJW-RR 2006, 591, 592 und Schmidt-Futterer/Börstinghaus § 558d Rn. 92.

aus gewichtigen Indiztatsachen die Annahme auch im Sinne von § 286 ZPO beweiskräftig begründen lässt.<sup>101</sup> Der Mieter hat nach der Rechtsprechung des BGH ferner darzulegen und zu beweisen, welche Bemühungen er bei der Wohnungssuche unternommen hat, weshalb diese für ihn erfolglos geblieben sind und dass er mangels Ausweichmöglichkeit auf den Abschluss des für ihn ungünstigen Mietvertrages angewiesen war.<sup>102</sup> Zugunsten des Mieters streitet hierfür weder eine Beweiserleichterung in Form eines Anscheinsbeweises noch eine gesetzliche oder tatsächliche Vermutung.<sup>103</sup> Wenn man mit der oben vertretenen Meinung davon ausgeht, dass der subjektive Tatbestand des § 5 WiStG im Rückforderungsprozess keine Rolle spielt und der Mieter folglich nicht auch dazu vortragen muss, dass der Vermieter von seiner Zwangslage Kenntnis hatte, sind die Anforderungen an die Darlegung und Beweisführungslast mit dem BGH tatsächlich nicht unzumutbar und unmöglich. Gleichwohl hat der BGH mit seiner Rechtsprechung zur Darlegung der Zwangslage, die ersichtlich darauf abzielte, jene Fälle auszuschneiden, in denen der Mieter ohne weiteres oder aus persönlichen Gründen bereit war, die geforderte Miete zu bezahlen, § 5 WiStG faktisch abgeschafft (siehe dazu sogleich unten 5.).

Die Höhe der laufenden Aufwendungen im Sinne von § 5 II S. 2 WiStG hat als rechtsvernichtende Einwendung der Vermieter darzulegen und zu beweisen.<sup>104</sup> Gleiches gilt im Rückforderungsprozess für die Behauptung einer Kenntnis nach § 814 BGB.

## 5. Konsequenzen der BGH-Rechtsprechung für die mietgerichtliche Praxis

Selbst wenn man mit der hier vertretenen Auffassung nicht davon ausgeht, dass der Mieter nach der Rechtsprechung des BGH auch noch die subjektiven Umstände eines vorsätzlichen Ausnutzens einer Zwangslage durch den Vermieter darzulegen und zu beweisen hat,<sup>105</sup> sind die Anforderungen im Zivilprozess hinsichtlich des objektiven Ausnutzens der Mangellage erheblich. Da Rückforderungsprozesse oftmals erst nach Beendigung eines belasteten Mietverhältnisses geführt werden, kommt es bei dem stets zu erwartenden Bestreiten durch den Vermieter auf das Erinnerungsvermögen etwaiger Zeugen zur Frage der Bemühungen und der Erfolglosigkeit bei länger zurückliegenden Wohnungssuchen an; immer vorausgesetzt, es gibt

---

<sup>101</sup> Vgl hierzu die Ausführungen bei Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 64.

<sup>102</sup> BGH NJW-RR 2006 591, 592; LG Aachen NZM 2001, 466.

<sup>103</sup> BGH aaO.; BGH NJW 2004, 1740; kritisch hierzu Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 88 und Sternel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 58f, der im Wesentlichen kritisiert, dass mit dieser Rechtsprechung des BGH die Vorschrift ihres Preisrechtscharakters weitgehend entkleidet wird; aA auch LG Heidelberg WuM 2001, 346.

<sup>104</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 89.

<sup>105</sup> So aber Derleder WuM 2013, 383, 386.

überhaupt Zeugen. Wenn sie angeboten werden, bleibt fraglich, ob sie auf einzelne Fragen zu den Umständen der Wohnungssuche und insbesondere konkreten Bemühungen um genau zu bezeichnende andere Wohnungen mit ortsüblicher Vergleichsmiete wirklich belastbare Antworten geben können. Dass dies oft nicht gelingt, zeigt in der Praxis der Vortrag vieler Mieter bei Anträgen auf Verlängerung einer Räumungsfrist nach § 721 II ZPO. Schon hier fehlt es vielfach an brauchbarem Sachvortrag, obwohl es sich um Bemühungen bei der Wohnungssuche aus jüngster Vergangenheit handelt.

Für das Tatbestandsmerkmal des geringen Angebots hat der BGH eine weitere – gegenüber der bisher herrschenden Meinung – den Tatbestand einengende Auslegung angekündigt. Setzt man tatsächlich objektiv tatbestandlich für § 5 WiStG eine Mangellage voraus, wäre die praktische Bedeutung der Vorschrift auch unter diesem Aspekt weiter eingeschränkt. Zu bedenken ist auch, dass der BGH die Anforderungen an die gerichtliche Feststellung zu diesem Punkt deutlich verschärft hat; die Gerichte können nicht schon aufgrund der Lage der Wohnung in einem Ballungsgebiet oder der Geltung einer Zweckentfremdungsverordnung ohne Weiteres Rückschlüsse darauf ziehen, dass der Marktzugang für Mieter verengt ist. Noch weniger scheint es daher zulässig zu sein, ein geringes Angebot in einer Gemeinde ohne jegliche Feststellungen als gerichtsbekannt anzusehen. Auch hier sind folglich weitere Schwierigkeiten im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens auf Rückforderung zu erwarten. Hinzu kommt noch ein weiteres umstrittenes Problem, das der BGH bisher nicht entschieden hat, nämlich die Frage, ob die Vermutungswirkung eines qualifizierten Mietspiegels auch in Rückforderungsprozessen nach §§ 812, 134 BGB gilt. Würde man das entgegen der hier vertretenen Meinung verneinen, könnte der Vermieter durch einfaches Bestreiten die Anwendung eines Mietspiegels im Zivilprozess verhindern und würde die Gerichte damit in jedem Einzelfall zur Erholung eines kosten- und zeitintensiven Gutachtens zwingen.

Selbst wenn man das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens abschaffen würde,<sup>106</sup> bleibt daher zu bezweifeln, ob sich die Vorschrift des § 5 WiStG zu einem wirksamen Instrument zur Eindämmung unerwünschter Preisentwicklungen auf dem Wohnraummietsektor entwickeln kann, denn dies war sie meines Erachtens auch schon vor den maßgeblichen Entscheidungen des BGH nur in eingeschränktem Maße. Relevant war sie oftmals im Bereich von Sondermietmärkten ohne große Breitenwirkung oder bei echten Ausreißermieten, die kaum Einfluss auf die Gesamtentwicklung der Mieten haben können. Zudem zeigt die geringe Zahl an Ordnungswidrigkeiten, dass die angedrohten Bußgelder wohl kaum abschreckende Wirkung haben können. Kontraproduktiv erscheint auch die zivilrechtliche Folge von Verstößen gegen § 5 WiStG, die das konkrete

---

<sup>106</sup> So das Ziel der Gesetzesinitiative der Freien und Hansestadt Hamburg und der Beschluss des Bundesrates vom 07.06.2013, BR-Drs 176/13.

Mietniveau nicht etwa auf die ortsübliche Vergleichsmiete zurückführt, sondern nur den unangemessenen Teil des Entgelts sanktioniert. Einen profitmaximiert denkenden Vermieter wird dies nicht davon abhalten, eine überhöhte Miete zu verlangen, wenn er weiß, dass ihm selbst bei einer zivilrechtlichen Verurteilung 120% der ortsüblichen Vergleichsmiete verbleiben.<sup>107</sup> Und noch ein Punkt muss zu bedenken gegeben werden: Nicht nur die Mieten sind in den Ballungsgebieten westdeutscher Großstädte in den letzten Jahren explodiert. Auch die Grundstückspreise sind im Zuge der Wirtschaftskrise 2009 exorbitant angestiegen. Dies bedeutet aber umgekehrt für Kapitalanleger eine immer geringere Rendite, wenn sie Wohnraum vermieten. Da folglich bei Anschaffung oder Neubau die für die Kostenmiete maßgeblichen Kapitalkosten gestiegen sind, werden auch immer wieder Vermieter nachweisen können, dass die Kostenmiete objektiv über der unangemessenen Miete des § 5 I WiStG liegt und damit wegen § 5 II S.2 WiStG auch bei einer Gesetzesänderung verlangt werden könnte.

Ob es sinnvoll ist, eine Begrenzung der Neu- oder Wiedervermietungsmieten durch eine Gesetzesänderung zu erreichen, soll an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Es handelt sich um eine politische Forderung, die von einer Vielzahl unterschiedlichster Faktoren abhängt. Im Falle einer Umsetzung der geforderten Begrenzung der Wiedervermietungsmieten um maximal 10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete,<sup>108</sup> wäre die Vorschrift jedenfalls obsolet.

Mit § 5 WiStG in der gegenwärtigen Fassung ist das Ziel der Schaffung bezahlbaren Wohnraums jedenfalls nicht zu erreichen. Ob die gewünschte Gesetzesänderung<sup>109</sup> Abhilfe schaffen würde, darf nach dem oben Gesagten zumindest bezweifelt werden.

#### B. Mietwucher, § 293 I S.1 Nr. 1 StGB, 138 II BGB

Ein Vermieter, der die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel des Urteilsvermögens oder die erhebliche Willensschwäche des Mieters dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für die Vermietung von Räumen oder damit verbundenen Nebenleistungen Vermögensvorteile versprechen lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stehen, macht sich nach § 291 I S.1 Nr. 1 StGB wegen Mietwuchers strafbar. Gleichzeitig ist der Vertrag nach § 138 II BGB sittenwidrig und damit nichtig. Beide Tatbestände, sowohl der strafrechtliche, als auch der zivilrechtliche sind tatbestandlich nahezu identisch formuliert, so dass die Nichtigkeit unter den gleichen Voraussetzungen eintritt. Umstritten ist lediglich, ob

---

<sup>107</sup> Ähnlich Häublein in seiner Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss S. 9, abrufbar wie Fn 6.

<sup>108</sup> BR-Drs. 459/13, S. 2.

<sup>109</sup> BR-Drs. 176/13.

der Verstoß gegen § 138 II BGB bzw. § 291 StGB zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führt oder mit der höchstzulässigen Miete aufrechterhalten bleibt.<sup>110</sup> Große Bedeutung kommt der Streitfrage indes nicht zu, da Wuchermieten in der gerichtlichen Praxis nahezu keine Rolle spielen.<sup>111</sup>

### 1. Objektiver Tatbestand

Objektiv tatbestandlich muss ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen. Maßgeblich für den Begriff der Leistung des Vermieters hierfür ist im Wohnraummietrecht nach ganz herrschender Auffassung - anders als im Geschäftsraummietverhältnis - nicht die erzielbare Marktmiete, sondern, wie schon bei § 5 WiStG, die ortsübliche Vergleichsmiete.<sup>112</sup> Auch hier fließen also Bestandsmieten in die Berechnung der üblichen Miete mit ein, so dass auf die Ausführungen oben unter A 2 a (2b) verwiesen werden kann. Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Vermögensvorteil und Leistung liegt nach überwiegender Auffassung jedenfalls im Wohnraummietrecht bei einer Überschreitung der ortsüblichen Vergleichsmiete um 50 % vor. Zur Problematik der Ermittlung der Vergleichsmiete durch Mietspiegel und Sachverständigengutachten kann auf das oben zu § 5 WiStG Gesagte Bezug genommen werden.

Objektiv tatbestandlich ist weiter Voraussetzung, dass der Vermieter den wucherischen Vermögensvorteil sich dadurch verschafft hat, dass er die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche seines Vertragspartners ausgenutzt hat.<sup>113</sup> Diese Umstände hat der Mieter im Verfahren auf Rückforderung sittenwidrig überhöhter Miete gegebenenfalls darzulegen und zu beweisen.<sup>114</sup> Sie ergeben sich nicht schon aus der objektiv überhöhten Miete, da die Sittenwidrigkeit sich gerade daraus ableitet, dass der Vermieter die Verhandlungsunterlegenheit des Mieters aufgrund einer verwerflichen Gesinnung ausnutzt.

### 2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht setzt der Mietwucher das Ausbeuten des Mieters durch den Vermieter, also ein vorsätzliches Handeln in Kenntnis der objektiven Tatumstände voraus.<sup>115</sup> Bedingter Vorsatz genügt. Der Vermieter muss also die Situation des

---

<sup>110</sup> Für Nichtigkeit des gesamten Vertrags: Stempel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 64; für Aufrechterhaltung mit der höchstzulässigen Miete: AG Hamburg BeckRS 2007, 31401; Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 114; für Aufrechterhaltung mit der „angemessenen“ Miete: Palandt/Ellenberger § 138 Rn. 76; Derleder plädiert in WuM 2013, 383, 385 dafür, entgegen der hM insoweit § 291 StGB iVm mit § 134 BGB anzuwenden und nur eine Teilnichtigkeit mit der Maßgabe anzunehmen, dass der Vertrag mit der ortsüblichen Vergleichsmiete aufrecht erhalten bleibt.

<sup>111</sup> Derleder, WuM 2013, 383, 385.

<sup>112</sup> Schönke/Schröder/Heine § 291 StGB Rn. 13; Stempel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 73.

<sup>113</sup> Zu den Einzelheiten hierzu vgl. Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 105 ff.

<sup>114</sup> Derleder, WuM 2013, 383, 385.

<sup>115</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 112; Stempel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 74;

Mieters entweder kennen oder damit rechnen und dies zur Verschaffung eines Vermögensvorteils sich bewusst zunutze machen.

C. Begrenzung der Miethöhe bei öffentlich gefördertem Wohnraum

§ 5 WiStG gilt nur für preisfreien Wohnraum. Soweit für den Vermieter bei preisgebundenem Wohnraum als preisrechtliche Obergrenze die Kostenmiete gilt, greift bei einer Überschreitung der Kostenmiete die Sondervorschrift des § 8 II WoBindG.<sup>116</sup> Der Vertrag ist also insoweit unwirksam, als das vereinbarte Entgelt die Kostenmiete nach § 8 I WoBindG übersteigt. Der Mieter kann den zu viel entrichteten Betrag nach § 8 II S. 2 WoBindG zurückverlangen.

III. Begrenzung der Miethöhe bei bestehenden Mietverhältnissen

Anders als bei Neuvermietungen kann der Vermieter bei bestehenden Verträgen die Höhe der Miete nicht nach den jeweiligen Marktgegebenheiten verlangen. Zulässig ist zwar nach § 557 I BGB jederzeit eine vertragliche Anhebung der Miete, daneben gilt aber über § 573 I S.2 BGB das Verbot, eine Kündigung zum Zwecke der Mieterhöhung auszusprechen. Um dem Vermieter aber andererseits aus dieser Sozialbindung eine dauerhafte wirtschaftliche Nutzung seines Eigentums zu ermöglichen und zu erhalten, hat er im Rahmen des § 558 BGB bei bestehenden Mietverträgen einen Anspruch auf Zustimmung des Mieters zur Anhebung der Miete auf die ortsübliche Vergleichsmiete. Daneben besteht bei Modernisierungsmaßnahmen die Möglichkeit, jedenfalls einen Teil der Investitionen nach § 559 BGB durch einseitige Erklärung dauerhaft auf den Mieter umzulegen.

A. Frei vereinbarte Mieterhöhungen, § 557 I BGB

Nach § 557 I BGB können die Mietparteien während der Dauer des Mietverhältnisses jederzeit übereinstimmend eine Erhöhung der Grundmiete vereinbaren. Ein formell unwirksames Mieterhöhungsverlangen kann als Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrages nach § 557 I BGB angesehen werden, das der Mieter durch ausdrückliche Erklärung aber auch durch schlüssiges Verhalten, z.B. vorbehaltlose Zahlung oder Änderung eines Dauerauftrages annehmen kann.<sup>117</sup> Inhaltlich wird die Vereinbarung dann allerdings an den Grenzen des § 5 WiStG gemessen, wobei sich freilich das Tatbestandsmerkmal der „Ausnutzung“ bei einem bestehenden Mietverhältnis kaum jemals beweisen lassen wird.

B. Ausschluss der Änderungskündigung, § 573 I S.2 BGB

Die Vorschrift des § 573 I S. 2 BGB bestimmt, dass eine Kündigung zum Zwecke der Mieterhöhung ausgeschlossen ist. Dies soll verhindern, dass der Vermieter unter dem

---

<sup>116</sup> Stornel Mietrecht aktuell (2009) III Rn. 2.

<sup>117</sup> BGH NZM 2005, 736.

Druck drohender Kündigungen eine Mieterhöhung durchsetzen kann. Im Gegenzug hat der Vermieter unter den Voraussetzungen des § 558 BGB einen Anspruch auf Zustimmung des Mieters zu einer Erhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete.

C. Erhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete, § 558 BGB

1. Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete

Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete in § 558 II BGB ist weitgehend identisch mit demjenigen in § 5 WiStG. Es kann daher auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden. Der Vermieter hat einen Anspruch auf Zustimmung, wenn die Miete, zu dem Zeitpunkt, zu dem die Mieterhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert ist.

2. Die Kappungsgrenze nach § 558 Abs. 3 BGB

Nach § 558 III BGB darf bei Mieterhöhungen innerhalb von drei Jahren die Miete nicht um mehr als 20% steigen. Durch das seit 01.05.2013 geltende Mietrechtsänderungsgesetz wurde § 558 III um die Sätze 2 und 3 ergänzt. Durch Rechtsverordnung können nunmehr die Landesregierungen in Gemeinden oder Teilen von Gemeinden, in denen die Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist, die Kappungsgrenze von 20 % auf 15 % senken. Von dieser Ermächtigung haben bisher die Bundesländer Berlin, Hamburg und Bayern Gebrauch gemacht.<sup>118</sup> In Berlin gilt die Verordnung seit 19.5.2013, in Hamburg seit 01.09.2013. In Bayern wurde die Kappungsgrenze für das Gebiet der Landeshauptstadt München zum 15.05.2013 abgesenkt, am 01.08.2013 gilt die Verordnung nunmehr auch für weitere 89 bayerische Städte und Gemeinden (insbesondere Universitätsstädte in ganz Bayern und Gemeinden im Münchener Umland). Streit zeichnet sich über die Frage ab, ob die jeweiligen Kappungsgrenze-Absenkungsverordnungen nur für solche Mieterhöhungsverlangen gelten, die nach Inkrafttreten der jeweiligen Verordnung zugehen<sup>119</sup> oder ob es quasi rückwirkend auf den Wirkungszeitpunkt nach § 558b I BGB ankommt.<sup>120</sup> Auch scheint problematisch, ob die Rechtsverordnung einer Landesregierung zur Frage der ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen ergehen kann, ohne dass die empirischen Voraussetzungen hierfür durch entsprechende Untersuchungen und Datenmaterial der Kommunen im Verfahren überprüft werden.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> Im Einzelnen siehe hierzu Artz/Börstinghaus NZM 2013, 593 (Heft 15)

<sup>119</sup> So Artz/Börstinghaus NZM 2013, 593, Schmidt-Futterer/Börstinghaus § 558 Rn. 182e.

<sup>120</sup> So Bender/Schultzy ZMR 2013, 589.

<sup>121</sup> Hierauf weist zu Recht bereits Derleder in WuM 2013, 383, 387 hin.

#### D. Modernisierungsmieterhöhungen, § 559 BGB

Modernisierungsmieterhöhungen nach § 559 BGB stellen neben der einvernehmlichen Änderung nach § 557 I BGB und der Anhebung auf die ortsübliche Vergleichsmiete nach § 558 BGB die dritte Säule des Mietpreisrechts bei bestehenden Mietverträgen dar. Neben Anreizen für den Vermieter zur energetischen Sanierung hat die Vorschrift auch mieterschützende Funktion.<sup>122</sup> Der Vermieter kann nach einer Modernisierung zwar durch einseitige Erklärung die Grundmiete erhöhen, aber eben nur unter den Voraussetzungen der §§ 555a ff. und 559 BGB, also insbesondere nicht bei Instandsetzungsarbeiten nach § 555a BGB und nicht bei Modernisierungsmaßnahmen nach § 555b Nr. 2 + 7 BGB, die der Mietsache nicht zugutekommen. Umlegen kann der Vermieter nach § 559 I BGB nach wie vor jährlich 11% der auf die Wohnung aufgewendeten Kosten. Übersteigt die Miete nach einer Erhöhung nach § 559 BGB die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20%, kommt die Anwendung von § 5 WiStG zwar grundsätzlich in Betracht,<sup>123</sup> dürfte aber praktisch stets am Merkmal der Ausnutzung fehlen, wenn der Vermieter bei einem bestehenden Mietverhältnis die ihm entstandenen Kosten auf den Mieter umlegt. Denn die Modernisierung und Umlage erfolgt nicht aufgrund eines geringen Angebots an vergleichbarem Wohnraum.

#### IV. Fazit

Bei Neuvermietungen stellen § 5 WiStG und § 293 I S.1 Nr. 1 StGB bzw. 138 II BGB nur auf dem Papier eine Einschränkung der Vertragsfreiheit unter dem Gesichtspunkt der Sozialbindung des Eigentums dar. De facto sind sie jedenfalls derzeit ohne praktische Relevanz und insbesondere auch nicht geeignet, den von vielen Fachleuten kritisierten Anstieg des Mietniveaus bei Neuvermietungen zu beschränken oder zu dämpfen (vgl. hierzu schon die Ausführungen oben unter A I 5.). Langenberg<sup>124</sup> hat schon 2006 darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des BGH zu § 5 WiStG in Zeiten der damaligen Leerstandsproblematik als nicht sonderlich relevante Entwicklung angesehen werde, spätestens ab 2010 wegen der stagnierenden Neubautätigkeit aber wieder zum Thema werden wird. Diese Prognose scheint nun eingetreten zu sein. Wie oben ausgeführt, dürfte auch eine Änderung durch Abschaffung des Merkmals „Ausnutzung“ von § 5 WiStG kaum Abhilfe schaffen. Ob eine Begrenzung der Miethöhe bei Wiedervermietungen sinnvoll erscheint, ist eine politische Forderung und soll hier nicht näher bewertet werden.<sup>125</sup>

Im Bereich bestehender Mietverträge existiert ein ausgewogenes und austariertes System zur Mietpreisänderung. Zweifelhaft erscheint, ob kurzfristig umgesetzte Gesetzesänderungen wie die Absenkung der Kappungsgrenze in § 558 III S. 2 + 3 BGB dem überhitzten Wohnungsmarkt in den Ballungsgebieten westdeutscher Großstädte Abhilfe verschaffen können. Sofern nicht ohnehin das Problem durch eine verstärkte Bautätigkeit, den

---

<sup>122</sup> Schmidt-Futterer/Börstinghaus § 559 Rn. 8.

<sup>123</sup> Schmidt-Futterer/Blank Anh. zu § 535 Rn. 2.

<sup>124</sup> Langenberg, FS für Blank, S. 291.

<sup>125</sup> Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit vgl. Derleder WuM 2013, 383.

Wiedereinstieg des Bundes in den sozialen Wohnungsbau und eine Nachverdichtung der bestehenden Bebauung besser gelöst werden kann, kann – sofern dies politisch gewollt ist – an verschiedenen Stellschrauben gedreht werden. Nachhaltige Begrenzungen des Mietanstiegs könnten etwa durch eine prozentuale Absenkung der jährlich umlegbaren Kosten in § 559 I BGB oder durch eine Erweiterung des Erfassungszeitraumes für Bestandsmieten von 4 Jahren bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete in § 558 II erzielt werden.