

ANDREAS BÜHLER

RECHTSANWALT

Mitglied der Rechtsanwaltskammer München und damit postulationsfähig
bei sämtlichen deutschen Gerichten außer beim Bundesgerichtshof für Zivilsachen

Rechtsanwalt Andreas Bühler - Schönfeldstraße 13 b - 80539 München

**Bundesministerium der Justiz
und für Verbraucherschutz**
Herrn Bundesjustizminister Heiko Maas und
Herrn Ministerialrat Matthias Schmid
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

SCHÖNFELDSTRASSE 13 b
8 0 5 3 9 M Ü N C H E N

Telefon: (0 89) 2 71 35 72

Telefax: (0 89) 2 73 13 58

e-mail: RA_A.Buehler
@freenet.de

Mitglied des Deutschen
Mietgerichtstags e.V.

Vorab per Telefax 030/18580-9525
sowie per E-Mail



QUALITÄT DURCH
FORTBILDUNG

Fortbildungszertifikat der
Bundesrechtsanwaltskammer

München, den 23.05.2014
14052203 Bü/vb

Zum Referentenentwurf des Mietrechtsnovellierungsgesetzes (soweit reines Mietrecht betroffen ist)

Sehr geehrter Herr Bundesjustizminister Maas,
sehr geehrter Herr Ministerialrat Schmid,
sehr geehrte Damen und Herren,

einleitend erlaube ich mir, mich kurz vorzustellen: Ich bin seit 30 Jahren Rechtsanwalt in München und als solcher – gleichermaßen für Mieter und Vermieter – ganz überwiegend im Mietrecht tätig. Seit mehr als 30 Jahren berate ich - wenngleich selbst parteiungebunden – im Schwabinger SPD-Bürgerbüro ca. einmal monatlich Münchener MieterInnen. Inzwischen bin ich seit ca. 5 Jahren Mitglied der ARGE Mietrecht des Deutschen / Münchener Anwaltsvereins und des Deutschen Mietgerichtstages e. V.. Wie ich auf dessen Mitgliederversammlung am 05.04.2014 erfahren habe, wird zwar der Deutsche Mietgerichtstag e. V. selbst aus Gründen der politischen Neutralität keine Stellungnahme zum im Betreff genannten Referentenentwurf abgeben, soll jedoch den einzelnen Vereinsmitgliedern die Möglichkeit eröffnet sein, sich im Rahmen der Verbandsanhörung bis zum 23.05.2014 zum Referentenentwurf zu äußern, was ich hiermit im Nachfolgenden tun möchte.

Da ich der Meinung bin, dass die breite Öffentlichkeit an der Diskussion weiterhin teilhaben sollte, bitte ich Sie, diesen Brief als „offenen Brief“ zu verstehen, den zu veröffentlichen ich mir ausdrücklich vorbehalten möchte (daher auch die Fußnoten; ich bitte mir deshalb auch nachzusehen, wenn ich an wenigen Stellen Selbstverständlichkeiten wiederhole).

I. Vorbemerkung:

Aufgrund der etwas „rigide“ anmutenden 10 %-igen Begrenzung der Neuvermietungsrenten für Bestandsimmobilien und dem damit einhergehenden stark lenkungspolitischen Charakter des Gesetzesentwurfs wurde der Gesetzesentwurf im Vorfeld bereits recht stark kritisiert; auch ist über ihn heftig debattiert worden.

Um dieser Heftigkeit etwas ihre „Spitze“ zu nehmen, soll nochmals darauf hingewiesen werden, dass sich Befürworter wie Kritiker darüber einig sind, dass es in erster Linie nicht um eine Symptom-, sondern um eine Ursachenbekämpfung geht, dass also das Hauptaugenmerk der Politik darauf gerichtet werden soll, neuen Wohnraum zu schaffen, und dass der Referentenentwurf ohnehin viele Ausnahmen enthält. So wird gerade auch in der Begründung des Referentenentwurfs ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Dämpfung der Neuvermietungsrenten keinen zusätzlichen Wohnraum schaffe und „deshalb nur ein Element einer umfassenden Bau- und Wohnungspolitik sein (*zu erg.: kann*), um sozial unerwünschten Preisentwicklungen zu begegnen“, und dass zu einem entsprechenden Maßnahmenbündel „insbesondere auch die Wiederbelebung des sozialen Wohnungsbaus, eine aktive Liegenschaftspolitik sowie die Unterstützung privater Wohnungsbautätigkeit“ gehören würden. Insofern muss man sich vor Augen führen, dass dieser „dirigistische“ Eingriff der Politik aufgrund des in der Begründung des Referentenentwurfs zu Recht festgestellten Prozesses der „Gentrifizierung“¹, die „Mietpreisbremse“ als dringende, aber von vornherein nur *vorübergehende* „Notmaßnahme“ erforderlich geworden ist.

Die deutsche „Mittel-“ und „Oberschicht“ mag mit ihren politischen Mehrheiten durchsetzen, dass der frei finanzierte Wohnungsmarkt zum Zwecke höherer Renditen immer stärker den Kräften der „freien Marktwirtschaft“ ausgesetzt wird. Davon, dass Krankenschwestern/Krankenpfleger, KindererzieherInnen, Angestellte der Müllabfuhr, VerkäuferInnen etc. aus den Ballungszentren verdrängt werden, sind am Ende jedoch alle jeweils dort lebenden Bürger betroffen.

¹ vgl. die „Begründung“ des Referentenentwurfs, Ziff. A. I. 1. a) auf Seite 10 unten

Insofern ist das Mietrechtsnovellierungsgesetz m. E. aufgrund von *Versäumnissen der Politik* (aber auch teilweise der *Rechtsprechung*, s. u.) in den vergangenen Jahren notwendig geworden; und zwar insbesondere,

- weil der soziale Wohnungsbau „zurückgefahren“ wurde,
- die private Bauwirtschaft zu wenig gefördert wurde,
- Wohnungen kommunaler und sonstiger öffentlicher Träger an private Investoren (oft ohne genügende Absicherung der Mieter) verkauft wurden,
- Gesetze zu unklar gefasst und von der Rechtsprechung im Ergebnis zu eng oder zu weit ausgelegt wurden, etc.

Der Referentenentwurf ist somit ein wenig zu vergleichen mit dem ebenfalls Versäumnisse der Politik ausgleichenden Gesetz zur Verstaatlichung der „Hypo Real Estate“.

Für umso wichtiger halte ich es, dass – wie es inzwischen ja beabsichtigt ist - *zeitgleich* mit der Verabschiedung des Mietrechtsnovellierungsgesetzes bzw. zumindest der jeweiligen Landesverordnungen entsprechende Fördermaßnahmen verabschiedet werden und damit auch nur der Anschein vermieden wird, die Verabschiedung des Mietrechtsnovellierungsgesetzes könne als Rechtfertigung dafür dienen, diese „eigentlich“ vordringlichen Maßnahmen weiter hinauszuzögern. Ergänzend kann ich nur auf die m.E. zutreffende, aktuelle Analyse von Prof. Derleder² verweisen.

II. Zur „ortsüblichen Vergleichsmiete“, zum „Vergleichsmietensystem“ überhaupt und zu dessen „Alternativlosigkeit“:

So sehr der Referentenentwurf nach meiner Ansicht „rechtshandwerklich“ gut gemacht ist, so sehr leidet er darunter, dass er als Ausgangsbasis den Begriff der **„ortsüblichen Vergleichsmiete“** gewählt hat und wählen musste, ohne diesbezüglich sowie an anderen Stellen überfällige Präzisierungen mitzuregeln. Schnell hat auch die Öffentlichkeit erkannt, dass diese „ortsübliche Vergleichsmiete“ ein (naturgemäß!) sehr unklarer, unpräziser Begriff ist.

Der Referentenentwurf ist daher und aus sonstigen Gründen unbedingt im Zusammenhang mit weiteren Zielvorgaben des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD zu sehen, die – nach meiner Information - wohl erst Gegenstand eines weiteren Gesetzes sein sollen, auf die ich dennoch am Ende meines Schreibens kurz eingehen möchte, zumal dieses weitere Gesetz schon wegen seines weitgehend gemeinsamen Regelungsgegenstandes (Miethöhe!) unbedingt zusammen bzw. spätestens zeitgleich mit dem Mietrechtsnovellierungsgesetz verabschiedet werden sollte.

² vgl. NZM 2014, 58 ff.

Es ist eine Errungenschaft des deutschen Rechts- und Sozialstaates, dass er mit § 1 Abs. 4 des „Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum“ vom 25.11.1971 die für „gewöhnliche Dauerschuldverhältnisse“ vorgesehene Möglichkeit einer **Änderungskündigung** zum Zwecke der Mieterhöhung (also einer Kündigung, die mit dem Angebot des Vermieters verbunden ist, das Mietverhältnis zu einer höheren, von ihm künftig gewollten Miete fortzuführen), abgeschafft und als Kompensation dazu die Möglichkeit eingeführt hat, bei bestehenden Mietverhältnissen die Miete **bis zur „ortsüblichen Vergleichsmiete“** anzuheben.

Die (noch näher zu durchleuchtenden) Schwierigkeiten bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete haben sodann dazu geführt, dass den Mietparteien bei Abschluss eines neuen Mietvertrages die Möglichkeit eingeräumt wurde, für (zuerst begrenzte, durch spätere Gesetze: unbegrenzte) Zeit eine **Staffelmietvereinbarung** abzuschließen.

Dies wurde dann noch dahingehend erweitert, dass eine **Indexmietvereinbarung** zugelassen wurde, die sich am heutigen Verbraucherpreisindex orientiert. Damit ging der Gesetzgeber sogar weiter als bei Geschäftsraummietverhältnissen, bei denen Letzteres auf Grund des Preisklauselgesetzes nur dann möglich ist, wenn der Mietpartei zumindest die Option auf eine 10-jährige Mindestlaufzeit verbindlich eingeräumt wird.

So sehr es verständlich ist, dass von Vermieterseite bei neuen Mietverträgen Staffel- oder Indexmietvereinbarungen grundsätzlich präferiert werden, so sehr bleibt es dabei, dass das Vergleichsmietensystem das „Herzstück“ des Miethöherechts ist und bleiben muss:

- Bei *Staffelmietverträgen* können die Mietvertragsparteien eventuell noch für einige Jahre im Voraus absehen, welche Erhöhungen in etwa der allgemeinen wirtschaftlichen zukünftigen Entwicklung entsprechen werden. Für die Zeit danach ist es praktisch unmöglich, irgendwelche Prognosen zu machen (schon allein angesichts der Unwägbarkeiten aufgrund der erfolgten und eventuell wieder zu erwartenden Wirtschafts-, Banken-, Euro- und sonstigen Krisen).
- Für *Indexmietvereinbarungen* gilt Ähnliches: hier lässt sich für einen längeren Zeitraum nicht absehen, inwieweit sich derjenige Teilbereich der Lebenshaltungskosten, der durch Mieten und die mit ihnen in Verbindung stehenden „Immobilienkosten“ (Finanzierungskosten, Baukosten, etc.) einerseits verglichen mit der Gesamtheit der allgemeinen Lebenshaltungskosten andererseits entwickeln werden. Die Entwicklung kann zeitweise relativ gleichlaufend sein, sie kann jedoch auch (u. U. gewaltig) auseinanderlaufen, und zwar sowohl zu Gunsten der Vermieter, als auch zu Gunsten der Mieter.

Zudem stellt es eine im Ausmaß für sie nicht abschätzbare (zum Schutz des Mieters jedoch sicherlich sinnvolle) Einschränkung dar, dass während der Dauer der Indexmietvereinbarungen Mieterhöhungen wegen Modernisierungen grundsätzlich ausgeschlossen bleiben.

Deshalb bleibt es unabdingbar, dass sich Mieterhöhungen an dem orientieren müssen, was für eine mit der betroffenen Wohnung vergleichbare Wohnung üblicherweise in der Gemeinde gezahlt wird, so sehr dies auch im Einzelfall schwierig zu bestimmen ist. Vor allem hat der Gesetzgeber für jedes einzelne Mietverhältnis in Deutschland (und sei die Gemeinde noch so klein) sicherzustellen, dass eine Bestimmung der Mieterhöhung nötigenfalls durch die Gerichte in irgendwie adäquater Weise möglich ist. Da die allgemeinen Kosten zumindest seit Ende des 2. Weltkrieges in allen Lebensbereichen stetig gestiegen sind und wahrscheinlich weiter steigen werden, wäre es geradezu „unerträglich“, wenn die Vermieter mit einer angemessenen Mieterhöhung ausgeschlossen wären, andererseits jedoch hinnehmen müssten, dass ein Wohnraummietverhältnis aufgrund des gesetzlichen Wohnraumkündigungsschutzes (eventuell jahrzehntelang und über Generationen hinweg) nicht bzw. nur bei Vorlage des sog. (relativ eng umgrenzten) „berechtigten Interesses“ kündigen lässt.

III. Zu den Gründen für die Schwierigkeit, die ortsübliche Miete einigermaßen genau und „gerecht“ zu ermitteln:

Es kann als allgemein gesichert in Rechtsprechung und Literatur die allgemeine Erkenntnis zu Grunde gelegt werden, dass sich – statistisch neutral vom Ergebnis betrachtet – eine Schwankungsbreite bzgl. der ortsüblichen Vergleichsmiete daraus ergibt, dass

- die Menschen (vor allem in Ballungszentren aber auch andernorts) aus den unterschiedlichsten subjektiven Gründen bzw. „Zwängen“ heraus bereit bzw. „notgedrungen bereit“ sind, für Wohnungen mit gleichen Eigenschaften/Merkmalen unterschiedliche, teils sogar erheblich unterschiedliche Mieten zu zahlen;³
- würde man die üblichen Vergleichsmieten „erschöpfend“ erfassen wollen, so müsste jeder einzelne Haushalt einer Gemeinde befragt und jegliche Änderung des einzelnen Mietverhältnisses, die sich auf das Mietpreisgefüge im weitesten Sinne auswirkt, ebenfalls erfasst werden. Erst dann könnte man von einer sog. „Vollerhebung“ sprechen. Dass dies nicht finanzierbar und auch nicht praktisch umsetzbar wäre, liegt auf der Hand. Dies bedingt von vornherein, dass man auf eine Stichprobe angewiesen ist und weitergehend bedingt dies das, was die Statistiker als den sog. „Stichprobenfehler“ bezeichnen, zu dem noch sog. Messfehler hinzukommen.

³ vgl. hierzu schon einige Beispiele bei *Blank* in: WuM 1997, 178, 179 sowie Beispiele bei *Bühler* in NZM 2011, 729ff., zustimmend: *Milger* in PiG, Bd. 92, München 2012, S. 198 ff.

Während sich dies bei Regressionsmietspiegeln in den verbleibenden Spannen niederschlägt, wohnt bei Tabellenmietspiegeln den ausgewiesenen Spannenwerten als zusätzliche Ungenauigkeit inne. Die Ersteller des Münchener Mietspiegels sprechen insofern vom „*Prognose- und Schätzfehler des Regressionsmodells*“⁴;

- die einzelnen objektiven Eigenschaften/Merkmale einer Wohnung sind insgesamt derartig vielfältig, dass der Gesetzgeber von vornherein eine Auswahl treffen musste [aktuell ist dies im § 558 II BGB mit den Merkmalen „Art, Größe, (energetische) Ausstattung sowie Beschaffenheit und Lage“ geschehen], aber auch die bei der Erstellung von Mietspiegeln notwendigen Befragungen wie auch die für die Erstellung von Gutachten notwendigen Erhebungen können bestimmte Merkmale, die sich nicht als eindeutig „signifikant“ zeigen, nicht bzw. nur begrenzt erfassen, berücksichtigen und wiedergeben;

- eine weitere Ursache dieser Schwankungsbreite ergibt sich aus den zu verschiedenen Zeiten vorgenommenen Bestandsmietänderungen und Neuvertragsabschlüssen: schon im Hinblick auf den stetigen Anstieg der allgemeinen Lebenshaltungskosten sind die in aktuellerer Zeit vereinbarten/geänderten Mieten höher als die, bei dies weiter zurückliegt.

Dem Statistiker reicht die Feststellung dieses Phänomens, für die Politiker – und im Prozess: für die Rechtsanwälte und Richter - muss es jedoch um die Frage gehen, wie man mit diesen „Schwankungsbreiten“ umgeht. Klar ist jedenfalls, dass es erhebungstechnisch unmöglich wäre, diese mannigfaltigen *subjektiven Gründe* herauszufinden und (nach welcher quantifizierbaren Methode auch?) zu „neutralisieren“, ebenso die erhebungstechnisch bedingten „Ungenauigkeiten“ zu eliminieren.

Klar ist damit weiterhin, dass die in der „Mietwirklichkeit“ wiedergefundene „ortsübliche Vergleichsmiete“ kein „centgenauer Punktwert“ ist, der auf die zu untersuchende Wohnung anzuwenden sein könnte, sondern ein „Spektrum“ (grafisch wurde dies mal als „Punkt“ versus „Strecke“ ausgedrückt), das zusätzliche Regeln erforderlich macht, wie sich daraus ein centgenauer Punktwert für die jeweils in Rede stehende Wohnung konkret ermitteln lässt.

IV. Zu den gesetzlichen Vorgaben, um für jede beliebige Wohnung eine „centgenaue“ ortsübliche Vergleichsmiete zu finden:

1. Die Rechtslage bis zum 31.08.2001:

Durch das I. Wohnraumkündigungsschutzgesetz (I. WKSchG) vom 25.11.1971 wurde § 2 MHG zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete eingeführt, der in seinem (hier interessierenden) Auszug wörtlich wie folgt lautete:

⁴vgl. Dokumentationsbroschüre München 2013 unter „3.2. Spannen“, dort unter Ziff. 4; vgl. auch z. B. Börstinghaus in: Schmidt-Futterer/Blank: Mietrecht, 11. Aufl. 2013, Rn. 48 zu § 558 BGB

„§ 2 MHG

(1) der Vermieter kann die Zustimmung zu einer Erhöhung des Mietzinses verlangen, wenn.....

2. Der verlangte Mietzins die üblichen Entgelte nicht übersteigt, die in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für nicht preisgebundenen Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhung nach § 4 abgesehen, geändert worden sind und.....“

*Blank*⁵ hat nachvollziehbar dargelegt, dass sich im Gesetzgebungsverfahren zum I. WKSchG vom 25.11.1971 kein Hinweis auf die Struktur der ortsüblichen Vergleichsmiete finden würde, auch sei von einer „Mietpreisspanne“ in den Gesetzesmaterialien nicht die Rede; ebenso würde die Durchsicht der juristischen Stellungnahmen zu diesem Gesetz zeigen, dass die für die Preisbildung maßgeblichen Prozesse und Einflussfaktoren unbekannt gewesen seien. Vielmehr sei der Gesetzgeber offenkundig von dem harmonischen Modell eines „ausgeglichene[n] und friedlichen Marktes“ ausgegangen und offenbar der Meinung gewesen, dass die Mietpreise ausschließlich durch die Qualität der jeweiligen Wohnung bestimmt würden. Erst eine Untersuchung des Mannheimer Wohnungsmarktes durch *Bachmann, Ipsen* und *Kutz-Solowjew* (Gutachten zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmieten in Mannheim, 1973), hätten gezeigt, dass die Mieten nur zu einem geringen Teil durch die gesetzlichen Qualitätskriterien, überwiegend aber durch andere Faktoren bestimmt würden.

2. Zur rein wortlautmäßigen Auslegung des § 2 MHG a. F.

So nachvollziehbar dieser Befund ist, dass der Gesetzgeber mit dem Begriff der „üblichen Entgelte“ die Erfassung subjektiver oder sonst komplett von der Qualität der jeweiligen Wohnung losgelöster Kriterien nicht miteinbeziehen wollte, so nachvollziehbar ist allerdings auch, dass in dem von *Blank* kritisierten, unter dem Vorsitz des damaligen VorsRiLG Thomma ergangenen Urteil des Landgerichts München I vom 16.10.1996⁶ der **reine Wortlaut (!)** des oben zitierten Auszugs des § 2 MHG so zu verstehen ist, dass auch noch der „**oberste Eckwert**“ einer empirisch gefundenen Mietpreisspanne die ausschöpfbare, „gerade noch ortsüblichen Vergleichsmiete“ darstellen würde.

⁵in seiner *Anmerkung* zum Urteil des LG München I vom 16.10.1996, abgedruckt in WuM 1997, 178 ff.

⁶veröffentlicht in: WuM 1996, 709

Dies liegt an dem Begriff der „**doppelten Verneinung**“ mit den Worten: „**nicht übersteigt**“, wie an folgendem „plastischen Bild“ klar werden soll:

Wenn über einer Wiese ein Nebelfeld liegt und ein Vogel von einem anderen Vogel verlangt, dass Letzterer ihm in diesem Nebel bis zu der Flughöhe folgt, die das Nebelfeld „nicht übersteigt“, so ist auch klar, dass dies der höchste Punkt des Nebelfeldes, also quasi derjenige Punkt ist, in dem der Nebel in die darüberliegende, „nebelfreie“ Zone übergeht.

Unklar bleibt allerdings auch dann noch, was in diesem Zusammenhang mit dem Begriff „üblich“ gemeint sein könnte (hierzu weiter unten).

3. Die Rechtslage seit dem 01.09.2001:

a.

Die Politik nahm sich dieses Problems im Zuge des Mietrechtsreformgesetzes von 2001 an. Die „rot-grüne“ Bundesregierung integrierte mit ihrem Entwurf das MHG in das BGB und formulierte den ehemaligen § 2 MHG bezüglich des hier interessierenden Auszuges, wie folgt:

„§ 558

Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete

(1) Der Vermieter kann die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete.....

(2) Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage..... vereinbart oder,, geändert worden sind.....“⁷

In ihrer Begründung führte sie aus⁸, dass es sich bei § 558 um die „zentrale Vorschrift“ im Rahmen des Vergleichsmietensystems handeln würde, der die Voraussetzungen für eine Mieterhöhung regeln würde und dem § 2 MHG nachgebildet sei. In Absatz 2 würde sich die Definition der ortsüblichen Vergleichsmiete anschließen, die „in der Sache unverändert“ aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 MHG übernommen worden sei.

Gleichzeitig führte sie den sog. „qualifizierten Mietspiegel“ ein, um damit das „bewährte Vergleichsmietenverfahren“ zu stärken.⁹

⁷BT-Drucksache 14/4553, S.12, li. Sp. Mitte

⁸vgl. ebenda, S. 53, re. Sp. unten, S. 54, li. Sp. oben sowie Mitte

⁹vgl. ebenda, S. 2 oben

b.

Der - damals „schwarz-gelb“ dominierte - Bundesrat schlug in seiner Stellungnahme¹⁰ zu diesem Gesetzentwurf vor, als Text für § 558 BGB den Text von § 2 MHG unverändert zu übernehmen und führte zur Begründung aus, dass die Definition der ortsüblichen Vergleichsmiete schon in der bisherigen Fassung zahlreiche Probleme aufgeworfen habe. Weiter heißt es dort:

„Die wenig präzise Definition des § 2 Abs. 1 Nr. 2 MHG, die bisher aufgrund der Worte 'nicht übersteigt' als Obergrenze zu verstehen war, gleitet künftig vollkommen ins Unverbindliche ab, da die ortsübliche Vergleichsmiete nun gebildet werden soll aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art vereinbart worden sind. Offenbar soll den Gerichten künftig nahe gelegt werden, ihrer Entscheidung einen Mittelwert zu Grunde zu legen. Dies dürfte verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

Die ortsübliche Vergleichsmiete soll sich an den auf dem Markt regelmäßig erzielbaren Mieten orientieren, was auch den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes entspricht (vgl.).

Die bisherige Rechtslage, die sich nach Auffassung der Bundesregierung bewährt hat, sollte daher beibehalten werden.“

Diese Argumentation ist in sich *widersprüchlich* bzw. in mehrfacher Ansicht „*schief*“:

aa.

Wenn die Definition der ortsüblichen Vergleichsmiete schon in der bisherigen Fassung „zahlreiche Probleme“ aufgeworfen hat und wenig präzise war (was beides korrekt ist), so hätte die Initiative der Bundesregierung, die Definition zu präzisieren und die bisherigen Probleme möglichst zu eliminieren, auch vom Bundesrat eigentlich grundsätzlich begrüßt werden müssen.

bb.

Wenn es tatsächlich so ist, dass (wie oben hinsichtlich der wortlautmäßigen Definition bereits ausgeführt) aufgrund der Worte „nicht übersteigt“ bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete von der Obergrenze der Spannbreite auszugehen ist, so würde die „Nahlegung“ des „Mittelwerts“ *die eine* präzise Verortung („Oberwert“) durch *eine andere* („Mittelwert“) ersetzen, von einem „Abgleiten ins Unverbindliche“ könnte folglich nicht einmal ansatzweise auszugehen sein.

Ehrlicher und korrekter wäre es daher gewesen, zu begründen, warum der Bundesrat die „Obergrenze“ festschreiben will und was ihn am „Mittelwert“ tatsächlich stört.

¹⁰vgl. ebenda, S. 87, re. Sp. unten/ S.88, li. Sp. oben und Mitte

Dann hätte man sachgerecht argumentieren und nötigenfalls den – ohnehin angerufenen – Vermittlungsausschuss auch diesbezüglich vermitteln lassen können.

CC.

Zu Unrecht beruft sich der Bundesrat im Übrigen auf das Bundesverfassungsgericht: Zwar ist es richtig, dass sich die ortsübliche Vergleichsmiete laut Bundesverfassungsgericht an den auf dem Markt regelmäßig erzielbaren Mieten „**orientieren**“ soll, was aber auch heißt, dass sie mit diesen nicht identisch sein muss. Dieser „Marktorientierung“ wurde jedoch bereits durch § 2 MHG Rechnung getragen, indem nicht nur die Bestandsmieten, sondern auch die **Neuvermietungsmieten** - und zudem beides lediglich auf die letzten **vier Jahre beschränkt** - mit zu berücksichtigen sind.

Klarzustellen ist ganz im Gegenteil, dass das Bundesverfassungsgericht in zwei Entscheidungen dem Wohnraummietrecht als einer Unterform des „**Eigentumsgrundrechts**“ Verfassungsrang gemäß Art. 14 Grundgesetz eingeräumt hat¹¹

Im Übrigen hat es dargelegt, dass das „Grundeigentums“-Recht einerseits und das „Wohnraummietrecht“ andererseits als eigentumsähnliche Rechte im Einzelfall gegeneinander abzuwägen seien.

Dementsprechend würde es sogar eher verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen, wenn stets der absolute Oberwert einer Spannbreite zuzuerkennen wäre. Denn bei kontinuierlich steigenden Mieten – wie sie in Ballungszentren wie z.B. München regelmäßig vorkommen – würde dies die im Zweifel höheren Neuvermietungspreise in der Bewertung einseitig bevorzugen und damit gegen das Sozialstaatsprinzip und die grundgesetzlich ebenso verankerte Sozialbindung des Eigentums verstoßen.

C.

Man möchte nun annehmen, dass die damalige „rot-grüne“ Bundesregierung hierzu präzise und klar Stellung genommen hätte – weit gefehlt:

In ihrer Gegenäußerung¹² äußerte sie sich wie folgt:

„Die Bundesregierung vermag dem Vorschlag nicht zu folgen. Die Formulierung des Regierungsentwurfs ist sprachlich verständlicher und leichter lesbar. Mit ihr ist entgegen der Auffassung des Bundesrates keine Änderung der Rechtslage verbunden. Es ist auch nicht zutreffend, dass die Formulierung nahelegt, dass Gerichte zukünftig ihrer Entscheidung einen Mittelwert zu Grunde legen sollen. Wie sich aus der Vorschrift des § 558a Abs. 4 Satz 1 BGB ergibt, kann die ortsübliche Vergleichsmiete weiterhin in Spannen angegeben werden.“

¹¹ vgl. BVerfGE 89, 1 = NJW 1993, 2035, bestätigt in: NZM 2000, 539 und NZM 2004, 186

¹² vgl. ebenda, S. 100, li. Sp. unten

Hierzu im Einzelnen:

aa.

Mit der Aussage, dass die Formulierung des Regierungsentwurfs „sprachlich verständlicher“ und „leichter lesbar“ sei, wird die Problematik verharmlost und werden die aufgezeigten inhaltlichen Widersprüche schlichtweg negiert.

bb.

Wie sah denn nach Ansicht der damaligen Bundesregierung die damalige Rechtslage aus?

Sollte (streng nach Wortlaut, *Thomma* und dem obigen Zitat des Bundesrats) durch die Worte „nicht übersteigt“ der Oberwert der Mietpreisspanne indiziert oder sollte (entsprechend der von *Blank* u. a. vertretenen, oben zitierten Meinung) der maßgebliche Wert anderweitig (und wenn ja: wie und warum nicht doch über den Mittelwert?) gefunden werden? Wenn den Gerichten künftig nicht der „Mittelwert“ nahegelegt werden sollte, was sollte ihnen – zumindest bei nicht mehr nach objektiven Merkmalen „verkleinerbaren“ Schwankungsbreiten - ansonsten nahegelegt werden?

cc.

Der Hinweis auf die Vorschrift des § 558a Abs. 4 Satz 1 BGB geht schließlich am Thema völlig vorbei: auch der Bundesrat hatte nicht in Frage gestellt, dass die ortsübliche Vergleichsmiete (vom Vermieter) in Spannen *angegeben* werden könne. Dies war und ist unstrittig und löst nicht das Problem: der Zahlung einer „Spanne“ kann der Mieter genau so wenig freiwillig zustimmen, wie er zur Zahlung einer solchen „Spanne“ verurteilt werden kann. Das eigentliche Problem besteht vielmehr darin, **wie innerhalb der Spanne** der centgenaue Punktwert ermittelt werden soll, für den Rechtsprechung und Literatur in der Folgezeit den nachvollziehbaren Begriff der „Einzelvergleichsmiete“ entwickelt haben. Der Lösung dieser Problematik ist die damalige Bundesregierung mit ihrem Gesetzesentwurf und dieser „ausweichenden“ Gegenäußerung jedenfalls fast überhaupt nicht nähergekommen. Klare Kommunikation scheint offenbar nicht nur unter „Normalsterblichen“ ein Problem zu sein! Aber das könnte nun ja eventuell anders sein, nachdem SPD und CDU/CSU nicht in Opposition, sondern in gemeinsamer Regierungsverantwortung stehen.

d.

Dadurch, dass der § 558 BGB in der von der Regierung vorgeschlagenen Form Gesetz wurde, wurde die Chance für eine klare Präzisierung und Rechtssicherheit vertan. Lediglich 2 minimale Einzelergebnisse können festgehalten werden:

aa.

Indem die alte Formulierung, die die Begriffe: „nicht übersteigt“ enthielt, vollständig durch eine neue Formulierung ersetzt wurde, wurde jedenfalls einer Auslegung vollständig der Boden entzogen, die sich an diesem Wortlaut orientiert und aus diesem abgeleitet hatte, dass dem Vermieter stets der „Oberwert“ der Spanne zusteht.

bb.

Auch wenn durch den Plural („übliche Entgelte“) die Existenz einer Mietspanne in der Mietwirklichkeit akzeptiert wurde, so ließ das neu eingeführte Begriffspaar „**wird gebildet**“ den Rückschluss zu, dass der Gesetzgeber (nämlich letztlich der Bundestag, der das Gesetz mit diesem Wortlaut verabschiedet hat) die „unveränderte Rechtslage“ im Sinne der zitierten „Blank“-schen Auffassung verstanden hat; soll heißen, dass er diesen Wortlaut dahingehend verstanden wissen wollte, dass die Ermittlung der ortsüblichen Einzelvergleichsmiete ein auch **normativer** Prozess ist, so dass **nicht** die Gesamtheit der „üblichen Entgelte“ (incl. ihr Oberwert!) als „Selbstbedienungsladen“ für Vermieter zur freien Auswahl steht.

Alle weiteren bedeutsamen Einzelfragen sind allerdings leider offen geblieben.

V. Weitere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich der Ermittlung der ortsüblichen „Einzelvergleichsmiete“:

So nimmt es denn auch nicht Wunder, dass die ersehnte „Befriedung“ in diesem Punkt ausblieb und ganz im Gegenteil weitere begriffliche Missverständnisse, unterschiedliche Auslegungen, unvollständig ausgetragene Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur – im Zweifel auf den Rücken der Mieter – bis heute zu Unklarheiten und offenen Fragen führten.

Am „bemerkenswertesten“ ist dabei, dass nicht einmal der erstgenannte „Minimalkonsens“ vollständig eingetreten ist, dass nicht automatisch der „Oberwert“ der Spanne zuzuerkennen ist und die Worte: „nicht übersteigt“ ein für alle Mal aus dem juristischen Sprachschgebrauch zu eliminieren sind. Im Gegenteil: beide Begriffe haben sich in Rechtsprechung und Literatur bis heute „vehement“ gehalten, sie finden sich sogar noch in jüngsten Beweisbeschlüssen z. B. des Amtsgerichts München wieder. Jeder Einzelne mag für sich entscheiden, ob dies aus seiner Sicht an Missverständnissen, an Bequemlichkeit oder am konservativen Festhalten „ewig Gestriger“ an einer (bewusst?) einseitig vermieterefreundlichen Praxis liegen mag.

1. Teleologische Auslegung des § 558 BGB:

Es versteht sich von selbst, dass neben der rein „**wortlautmäßigen**“ Auslegung regelmäßig auch eine sog. **teleologische Auslegung** (also eine an „Sinn und Zweck der Vorschrift orientierte“) in Betracht kommen kann. Insofern führte *Börstinghaus* selbst – wie schon hinsichtlich der Regelung des § 2 MHG – auch nach Einführung des § 558 BGB durch das Mietrechtsreformgesetz 2001 und trotz dessen dargestellten Wortlautänderung hinsichtlich seiner Begründung, warum der Vermieter durchaus berechtigt sein soll, an die obere Grenze der natürlichen Streubreite erzielbarer Mieten bei einem Mieterhöhungsverlangen zu gehen und auch bis zu diesem Oberwert einen Anspruch auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung zu haben, Folgendes aus:

„Dieses Begriffsverständnis wird gestützt durch eine **teleologische Auslegung**. § 558 Abs. 1 BGB soll dem Vermieter als Ausgleich für das **Verbot der Änderungskündigung** eine Anpassung an die allgemeine Mietentwicklung ermöglichen. Dabei soll sich die ortsübliche Vergleichsmiete an den auf dem Markt regelmäßig erzielbaren Mieten orientieren.“¹³

Als weiteres Argument brachte er dort im Übrigen an, dass auch in § 558a Abs. 4 S.1 BGB dieser Gedanke hinreichend zum Ausdruck käme, dass ein Mieterhöhungsverlangen den gesetzlichen Vorgaben genüge, wenn die vom Vermieter verlangte Miete „innerhalb der Spanne liegt“ (wenn denn der Mietspiegel eben eine solche ausweist).

Was dieses zweitgenannte Argument anbelangt, so werden hier zwei Dinge verwechselt: § 558a BGB bestimmt eindeutig nur die „formellen Voraussetzungen“ des Mieterhöhungsverlangens; er sagt also lediglich etwas darüber aus, was der Vermieter in sein Verlangen „hineinschreiben“ darf, aber nicht darüber, was ihm dann auch tatsächlich vom Gericht zuzusprechen ist. Ganz im Gegenteil muss im Umkehrschluss gefolgert werden, dass es für die tatsächliche, exakte Ermittlung der ortsüblichen Einzelvergleichsmiete gerade **nicht** reicht, wenn die Miete irgendwo innerhalb der Spanne liegt, sondern sie ganz konkret ermittelt werden muss, ansonsten wäre dieser Zusatz nicht (bzw. zumindest: nicht nur) in § 558a BGB, sondern (zumindest auch) in § 558 BGB hineingeschrieben worden.

Aber auch das erstgenannte Argument „verfängt“ nach meiner Auffassung nicht:

¹³*Börstinghaus* in: *Schmidt-Futterer/Blank*: Mietrecht, 8. Aufl. 2003, Rn. 58 zu § 588 BGB, so auch noch heute, vgl. die – aktuelle - 11. Aufl. 2013, Rn. 48 zu § 558 BGB

Dem Verbot der Änderungskündigung wird nämlich bereits dadurch genügend Rechnung getragen, dass für die zu ermittelnde Einzelvergleichsmiete lediglich die üblichen Entgelte der letzten 4 Jahre heranzuziehen sind, und dass dabei auch die Neuvermietungspreise zu berücksichtigen sind. Dies erscheint als ausreichend, ja sogar großzügig. Dass dieses Argument ein weiteres Mal dafür „herhalten“ soll, die Ausschöpfung des Rahmens bis zum Oberwert zu legitimieren, ist nicht nachvollziehbar, ja sogar ganz im Gegenteil abzulehnen.

2. Erläuterung anhand eines Beispiels:

Dies soll an folgendem Beispiel erläutert werden, das *Börstinghaus* bereits in seiner Kommentierung Standardkommentar von *Schmidt-Futterer/Blank* zu § 2 MHG a. F., dann jedoch auch (inhaltlich trotz der Wortlautänderung von § 558 BGB unverändert) in all seinen Kommentierungen der Folgejahre immer wieder wie folgt ausführt:¹⁴

„**Beispiel:** In einer Gemeinde gibt es 20 nach Vorgaben des § 558 BGB vergleichbare Wohnungen. Alle Mietverhältnisse wurden in den letzten 4 Jahren neu vereinbart, und zwar bei 10 Wohnungen mit 5,00 €/m² und bei 10 Wohnungen mit 6,00 €/m².“

Börstinghaus behauptet nun, da hier keine Miete „unüblich“ und auch sonst keine Gewichtung vorzunehmen seien, habe der Vermieter hinsichtlich der sich ihm darstellenden Spanne von € 5,00/m² u. Mt. bis € 6,00/m² u. Mt. einen Anspruch auf den **Oberwert** von € 6,00/m² u. Mt..

Dem ist aus meiner Sicht vehement zu widersprechen! - Wohlgermerkt: der Beispielsfall weist folgende Besonderheiten auf, die in der Realität zwar äußerst selten (bzw. praktisch nie) vorkommen dürften, dafür jedoch die abschließend dargestellte übrig bleibende Frage anschaulich in den Fokus stellen:

a.

Da es nur 20 Wohnungen in der Gemeinde gibt, handelt es sich um eine Vollerhebung, so dass Stichproben- und Messfehler ausscheiden.

b.

Dass die Wohnungen allesamt „nach den Vorgaben des § 558 BGB“ vergleichbar sein sollen, bedeutet also, dass es hinsichtlich der Wohnungsmerkmale Größe, Lage, Ausstattung etc. keine Merkmalsunterschiede gibt, die Zu- und/oder Abschläge aus objektiven Gründen rechtfertigen könnten.

¹⁴ *Börstinghaus* a.a. O., 7. Aufl. 1999, Rn. 44 zu § 2 MHG a.F. (mit DM-Beträgen), 8. Aufl. 2003, Rn. 54 zu § 558 BGB, 9. Aufl. 2007, Rn. 48 zu § 558 BGB, 10. Aufl. 2011, Rn. 48 zu § 558 BGB und – aktuell – 11. Aufl., Rn. 48 zu § 558 BGB

c.

Da nur die beiden Werte von € 5,00/m² u. Mt. und € 6,00/m² u. Mt. vorkommen, gibt es weder „Ausreißer“ noch „Extremwerte“, die die Ermittlung erschweren könnten.

d.

Soweit hinsichtlich des Zeitpunktes des Abschlusses der Mietverhältnisse der gesamte gesetzlich zulässige Zeitrahmen (4 Jahre) unterstellt wird, soll dies zu Gunsten der Gegenauffassung von *Börstinghaus* für den Moment sogar noch durch eine weitere Annahme dahingehend eingeschränkt werden, dass alle 20 Mietverhältnisse in etwa demselben Monat bzw. Quartal abgeschlossen wurden.

Was also einzig übrig bleibt, ist die Tatsache, dass es auf Seiten der einzelnen Mieter/Vermieter die bereits oben unter Ziff. III., 1. Spiegelstrich völlig unterschiedliche, persönliche, subjektive Gründe dafür gab, warum 10 mal **€ 5,00/m² u. Mt.** und 10 mal **€ 6,00/m² u. Mt.** vereinbart wurden. Würde man tatsächlich einem (quasi 21.) Vermieter dieser Gemeinde im Rahmen einer Vergleichsmieterhöhung zubilligen, diesen Oberwert (unter dem „Deckmantel“ des „noch Üblichen“) durchzusetzen, so würde man ihm „unbesehen“ sämtliche subjektiven Gründe, die für die Vereinbarung der höheren Miete (€ 6,00/m² u. Mt.) in den 10 Mietverhältnissen gegeben waren, zugute kommen lassen und sämtliche subjektiven Gründe, die für die Vereinbarung der niedrigeren Miete (€ 5,00/m² u. Mt.) entscheidend waren, zu seinen Gunsten quasi „unter den Tisch fallen lassen“.

Nach der von mir bereits in der Fachliteratur vertretenen Auffassung¹⁵ - auf die *Börstinghaus* bisher an keiner Stelle eingeht – ist es schon wegen der verfassungsmäßigen Gleichrangigkeit zwischen Eigentum und Wohnraummietrecht und der gesetzgeberisch richtigen Grundentscheidung, subjektive Aspekte außer Betracht zu lassen, eine Selbstverständlichkeit, dass der normative Ermittlungsakt – natürlich **nach** vorheriger möglichst erschöpfender Berücksichtigung möglichst aller positiven und negativen objektiven Wohnungsmerkmale - zur „goldenen Mitte“, also zum **Mittelwert von € 5,50/m² u. Mt.** führen muss.

Würde man in dem oben genannten Beispiel mit *Börstinghaus* zu dem Ergebnis kommen, dass der Oberwert (€ 6,00/m² u. Mt.) zuzusprechen sei, so würde man also den Vermieter, der sich im Rahmen eines Erhöhungsverlangens auf diese Vergleichsmietwerte bezieht, davon profitieren lassen, dass in einigen der 10 Vertragsschlüsse zu € 6,00/m² u. Mt. – um ein paar mögliche Beispiele zu nennen –

¹⁵ vgl. *Bühler*: Spannen und Bandbreiten in Mietspiegeln und Mietwertgutachten in: NZM 2011, 729 ff. – zu einem grundlegenden Problem der Vergleichsmieterhöhung am Beispiel von München

- ein Vermieter seine Wohnung lange Zeit leer stehen ließ, um möglichst eine hohe Rendite zu erzielen und bei Abschluss des Mietvertrages besonders zäh verhandelt hat,
- ein Mieter aufgrund seines guten Einkommens in der Lage war, eine höhere Miete zu bezahlen und sich dafür lieber eine längere Suche erspart hat,
- ein Mieter eine besondere Vorliebe für einen bestimmten Wohnungstyp hatte,
- die hohe Miete als Risiko-Ausgleich für eine negative Selbstauskunft verlangt wurde,
- ein Mieter bereit war, die Wohnung zu € 6,00/m² u. Mt. anzumieten, weil sie in der Nähe zu seinem Arbeitsplatz liegt,
- die Wohnung an einen Ausländer vermietet wurde, etc.

Es ist kein Grund ersichtlich, warum ein Vermieter einseitig von diesen Vorteilen des Einzelfalls nur deshalb profitieren soll, weil ihm eine Änderungskündigung verboten ist.

Wenn hier der fiktive 21. Vermieter eine der oben genannten 20 Wohnungen hätte vermieten müssen, hätte er dann nicht genau so „Pech“ haben können wie diejenigen 10 Vermieter, die zum Preis von € 5,00/m² u. Mt. vermietet haben? Wenn er sich z. B. auf die ortsüblichen Mieten im Zusammenhang mit der Erhöhung einer Miete berufen will, so hat er im Gegenzug zu einem Zuspruch des nach meiner Auffassung richtigen Wertes von € 5,50/m² u. Mt. den Vorteil, keinen Leerstand zu riskieren, keinen Aufwand mit der Suche eines Mieters zu haben, kein Risiko zu haben, einen finanziell schwächeren Mieter als denjenigen zu finden, den er bereits hat, etc. Dies alles wären zudem seine Nachteile bzw. Risiken, wenn ihm die Änderungskündigung nicht verwehrt wäre, der Mieter aber diese Kündigung annehmen und ausziehen würde. Diese erspart er sich bei einer einfachen Vergleichsmieterhöhung.

3. Bestätigung meiner Auffassung durch Beispielserweiterung

Die Gründe für die Richtigkeit meiner Auffassung erklären sich noch deutlicher, wenn man beim vorgenannten Beispiel von *Börstinghaus* meine einschränkende Annahme gemäß vorstehender Ziff. 2. d. weglässt, d. h. die Zeitkomponente hineinbringt, aus Gründen der Übersichtlichkeit die Zahl von 20 auf 40 verdoppelt, und zu den Neuvermietungen noch Bestandsmietänderungen dazunimmt und beispielsweise unterstellt, dass es sich bei den Mieten zu € 6,00/m² u. Mt. in 15 Fällen um die Neuvermietungen der letzten 3 Jahre und in weiteren 5 Fällen um die Erhöhung von Bestandsmieten im letzten Jahr gehandelt hat, dass also € 5,00/m² u. Mt. lediglich auf die verbleibenden 5 Neuvermietungen im ersten der 4 Jahre und auf die 15 Bestandsmietenänderungen in den ersten 3 Jahren entfallen (= grobes „Szenario“ stetig steigender Mieten z. B. in Ballungszentren).

Auch in diesem Fall wäre es laut des Wortlaut des § 2 MHG a. F. und der Auffassung von *Börstinghaus* im Ergebnis so, dass der Oberwert bei € 6,00/m² u. Mt. liegen würde und als solcher zuzusprechen wäre. Dies würde also im Ergebnis dazu führen, dass letztlich die Neuvermietungen der letzten 3 Jahre und die Bestandsmietänderungen des letzten Jahres einseitig die ortsübliche Einzelvergleichsmiete mit € 6,00/m² u. Mt. bestimmen würde, die Neuvermietungspreise des ersten der 4 Jahre und die Bestandsmietänderungen in den ersten 3 Jahren würden völlig unberücksichtigt bleiben. Dies würde jedoch im Ergebnis dem eindeutigen Wortlaut von § 558 Abs. 2 S. 1 BGB zuwiderlaufen, der so zu verstehen ist, dass auch tatsächlich als die „üblichen Entgelte“ **aller 4 Jahre** in einem ausgewogenen, „natürlichen“ Verhältnis (nach richtiger Meinung: entsprechend der tatsächlichen Verteilung auf dem Wohnungsmietmarkt) die Neuvertragsmieten gegenüber den Bestandsmieten berücksichtigt werden. Es würde im Übrigen die nach *Börstinghaus* eigener Darstellung „**marktorientierte modifizierte Durchschnittsmiete**“¹⁶ in eine (nahezu) reine **Marktmiete** (ohne Durchschnitt) umgewandelt werden.

4. Rechtsprechung und Literatur zu Ober- und Mittelwert in den Jahren nach 2001:

In der auf die Mietrechtsreform vor 2001 folgende Jahren ging in Rechtsprechung und Literatur dementsprechend vieles „durcheinander“.

a.

Börstinghaus blieb von vornherein bei seiner Auffassung, dass die nach dem obigen Beispiel anhand von 20 Mietwohnungen ermittelte „Spanne“ als „konkret ortsübliche Vergleichsmiete für eine Wohnung“ zu verstehen sei¹⁷. Soweit in einem Mietspiegelfeld eines Tabellenmietspiegels eine Spanne ausgewiesen sei, würde dies „in der Regel“ – so auch noch seine aktuelle Meinung – etwas Anderes, nämlich einen „äußeren Rahmen von vielen Einzelspannen“ darstellen¹⁸. Er legte rechnerisch dar, dass für die im Gesetz vorgesehenen 5 Wohnwertmerkmale selbst bei geringer Differenzierung derartig viele Anzahlen von Tabellenfeldern möglich wären, dass diese bei einer Datenerhebung kaum ermittelbar wären. Hieraus würde „zwingend“ folgen, dass der Vermieter „nicht in jedem Fall“ einen Anspruch auf die **Obergrenze der Spanne** des Mietfeldes habe. Weiter führt er dort aus, dass „ohne weitere Begründung“ dem Vermieter überwiegend nur der Mittelwert der Mietspiegelspanne zuerkannt werden würde. Ob er dies für richtig hält, bzw. wie seine Begründung für ein abweichendes Ergebnis aussehen würde, führt er nicht aus.

¹⁶ vgl. a. a. O. (= Fn.12), 11. Aufl. 2013, Rn. 44 zu § 558 BGB m. H. a. *Both* und BGH NJW 2005, 2074

¹⁷ vgl. a. a. O. (= Fn.12), 8. Aufl. 2003, Rn. 145 zu § 558 BGB

¹⁸ vgl. a. a. O. (= Fn.12), 11. Aufl. 2013, Rn. 137 zu § 558 BGB

b.aa.

Der für das Wohnraummietrecht ausschließlich zuständige *VIII. Zivilsenat* des BGH hat mit der „erfrischenden Logik“ gesunden Menschenverstands folgende Begründung dafür gefunden, dass und warum bei den Spannen eines Tabellenmietspiegels grundsätzlich vom Mittelwert auszugehen und Abweichungen hiervon nach oben oder unten nur durch Zu- und Abschläge vorgenommen werden können, die durch objektive Eigenschaften/Merkmale der jeweils in Rede stehenden Wohnung begründet seien (des Urteils vom 20.04.2005)¹⁹:

„Diese kann schon deshalb nicht in jedem Fall mit dem höchsten Wert der Mietspiegelspanne übereinstimmen, weil die Ausweisung von Mietzinsspannen im Mietpiegel sonst jegliche Funktion verlieren würde (vgl.)“

Eine weitere, rechtsdogmatische Begründung bringt der BGH allerdings leider nicht.

bb.

Weiter führt er dort den Begriff der „**Einzelvergleichsmiete**“ ein und macht Ausführungen dazu, wie diese hinsichtlich der merkmalsbedingten Abweichungen bei Mietspiegeln ermittelt werden könne. Ausführungen hinsichtlich derjenigen Spannenanteile (nach oben und unten), die durch die sogenannte „Streubreite“ (und damit letztlich durch die dargestellten subjektiven Elemente der Mietvertragsparteien, Zufälle) die zeitliche Erfassung von 4 Jahren etc.) bedingt sind, geht er weder dort, noch in einem seiner weiteren, zu Spannen in Mietspiegeln ergangenen Rechtsprechungen näher ein.

c.

In einem Urteil vom 04.05.2011²⁰ hat er sodann diese Rechtsprechung auf die Spannen in qualifizierten Regressionsmietspiegeln ausgeweitet und (anlässlich einer Beurteilung des Mietspiegels von Regensburg) seine Kernaussage übernommen, dass auch für diese Mietpiegel mit Zu- und Abschlägen im Spannenbereich lediglich anhand von objektiven Merkmalen der zu untersuchenden Wohnung abgewichen werden könne und solle. Immerhin hat dies zu der zu begrüßenden Konsequenz geführt, dass der Mietpiegelersteller für München im Mietpiegel 2013 nur noch sog. „begründete Spannenzu- und –abschläge“ zuließ und den in früheren Mietspiegeln enthaltenen „freien Spannenanteil“ nicht mehr im Mietpiegel ausgewiesen hat.²¹

¹⁹ NZM 2005, 498

²⁰ NZM 2011, 511

²¹ vgl. hierzu die Dokumentationsbroschüre für München 2013, a. a. O. (= Fn. 3), Kap. 3.2.4. „Anmerkung zur Änderung der Spannen“, S. 61

d.

Davon – zumindest auf den 1. Blick - abweichend hat der *VIII. Zivilsenat* des BGH in seinen Urteilen, die zu der Mietwertermittlung über Sachverständigengutachten ergangen sind, zugelassen, dass hinsichtlich der „Bandbreiten“, die aufgrund der vorgenannten „Streubreite“ verbleiben, der Vermieter den jeweiligen Oberwert dieser Bandbreite verlangen darf und die Gerichte diese Oberwerte zuzusprechen hätten²². Als einzige Begründung ist diesen Urteilen zu entnehmen, dass auch dieser jeweilige Oberwert „noch ortsüblich“ sei, da ja auch noch der Oberwert Teil dieser „üblichen Entgelte“ sei. Was sich hinter diesen „üblichen Entgelten“ allerdings verbirgt, weshalb es überhaupt zur Bildung dieser Bandbreiten komme, und ob der Zuspruch des oberen Werts auch nach dem Sinn und Zweck des neu eingeführten § 558 BGB korrekt sei, wurde in diesen Urteilen nicht einmal angesprochen. Ich habe sodann in meinem bereits zitierten Aufsatz (vgl. Fn. 15) mit den Gründen, die ich im Wesentlichen oben dargelegt, diese beiden Urteile kritisiert.

e.

Es passierte dann 2 Dinge, die zu erwarten waren, die sich (meist „still und leise“) in sicherlich unzähligen Fällen bei Mieterhöhungen durchgesetzt und somit teilweise zu einem zu starken Anstieg der Mieten beigetragen haben dürfte:

aa.

Die Oberwerte der in Gutachten ausgewiesenen Bandbreiten wurde mit denen von Spannen in Mietspiegeln gleichgesetzt und z. B. in München – vorwiegend durch Zuspruch des hälftigen, „freien“ oberen Spannenzuschlags zugesprochen.

bb.

Ein Sachverständiger und ihm folgend ein Amts- und Landgericht (in diesem Fall zufällig in Karlsruhe) schöpfte tatsächlich diese Bandbreite in vollem Umfang aus, sprach – um in dem obigen Beispiel von *Börstinghaus* zu bleiben – den Wert von € 6,00/m² u. Mt. zu.

Auf die hiergegen eingelegte Revision setzte sich der *VIII. Zivilsenat* des BGH dann (erstmal) mit der Struktur dieser Bandbreite in einem monatelangen Entscheidungsfindungsprozess (zumindest ansatzweise) auseinander und kam in einem Urteil vom 29.02.2012 zu dem Ergebnis, dass der Begriff der „**üblichen Entgelte**“ eben gerade auch diese Einschränkung auf die „**Üblichkeit**“ enthalte, d. h. nicht das gesamte Spektrum an Mieten zwangsläufig zu erfassen sei.

²² vgl. die Urteile des BGH vom 06.07.2005, NZM 2005, 660 und vom 21.10.2009, NZM 2010, 122

Insofern griff der *VIII. Zivilsenat* auf einen Maßstab zurück, der in Rechtsprechung und Literatur schon seit einiger Zeit etabliert ist: die Beschränkung auf eine sog. „2/3-Spanne“²³. Das heißt, um die „Üblichkeit“ zu ermitteln, werden von der gesamten Bandbreite der vorkommenden Mieten am oberen und unteren Ende jeweils 1/6 „gekappt“, so dass der verbleibende „2/3-Bereich“ diese „üblichen Entgelte“ wiedergibt.

f.

Frau RiBGH *Dr. Karin Milger*, die Mitglied des *VIII. Zivilsenats* des BGH ist und an der Entscheidung mitbeteiligt war, nahm in ihrer schriftlichen Ausarbeitung ihres auf den 31. Mietrechtstagen des Evangelischen Siedlungswerks gehaltenen Vortrags 2012²⁴ weiter zu dieser Problematik und in diesem Zusammenhang auch zu meinem vorgenannten Aufsatz wie folgt Stellung:

Das von mir aufgezeigte Problem der „reinen Marktstreuung“ sei in der Tat bisher noch nicht Gegenstand irgendeiner BGH-Entscheidung gewesen, so dass die bisherige BGH-Rechtsprechung nicht so zu verstehen sei, dass der Vermieter eine vom Sachverständigen angegebene Bandbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete ausnutzen dürfe. Wörtlich heißt es dort weiter:

„Endgültige Klarheit dürfte in diesem Punkt allerdings erst dann zur Erlangung sein, wenn der Senat über einen Fall zu entscheiden hat, in dem es auf die von Bühler angesprochenen Fragen der Bewertung der ‚reinen Marktstreuung‘ und des ‚Fehlers der Standardabweichung‘ entscheidend ankommt. Es kann daher an dieser Stelle nur die persönliche Auffassung der Verfasserin zu diesen Fragen wiedergegeben werden, die dahin geht, dass weder der ‚Fehler der Standardabweichung‘, noch die sich aus der ‚reinen Marktstreuung‘ ergebende Bandbreite einseitig zugunsten des Vermieters zu berücksichtigen ist.“

Nach meiner Auffassung hätten zwar schon die drei genannten, vom BGH entschiedenen Fälle und der dort aufgetauchte Begriff des „Oberwerts“ Anlass geben können (und wohl auch müssen), diese Oberwertfixierung endlich entsprechend zu hinterfragen und aufzugeben.

²³ vgl. hierzu z. B. *Börstinghaus*, a. a. O., Rn. 132 zu § 558 m. w. N.

²⁴ veröffentlicht in: *Partner im Gespräch (PiG)*, Band 92, München 2012, S. 198 ff.

VI. Bitten / Vorschläge bzgl. der Korrektur / Ergänzung des Mietrechtsnovellierungsgesetzes:

1. Ergänzung von § 558 Abs.2 BGB:

Ungeachtet dessen, möchte ich Sie, sehr geehrter Herr Minister, bitten, im Interesse der von dieser „Oberwertfixierung“ einseitig benachteiligten Mieter nicht abzuwarten, bis irgendwann vielleicht einmal ein Fall wieder zum BGH kommt, in dem es auf die genannten beiden Begriffe ankommt, und dann immer noch unklar bleibt, wie der *VIII. Zivilsenat* dann diese Frage entscheiden wird.

Vielmehr möchte ich Sie bitten, bereits jetzt in das Mietrechtsnovellierungsgesetz im Rahmen des Begriffs der „ortsüblichen Vergleichsmiete“ gem. § 558 BGB klarstellend festzulegen, dass bei derartigen Bandbreiten grundsätzlich vom Durchschnitts- oder Mittelwert auszugehen ist.

Dies könnte m.E. durch Einfügung eines zweiten Satzes in Absatz 2 des § 558 BGB mit folgender Formulierung geschehen:

„Dabei ist bei Spannen und/oder Bandbreiten, die zurgrunde gelegte Mietspiegel und/oder Sachverständigengutachten enthalten, der jeweilige Mittel- oder Durchschnittswert heranzuziehen, der sich nach Berücksichtigung der in Satz 1 genannten Wohnungsmerkmale aus der reinen Marktstreuung, der zeitlichen Unterschiede und sonstigen, erhebungstechnisch bedingten Gründen ergibt.“

2. Korrektur hinsichtlich der Höhe der Kappungsgrenze bei gleichzeitiger Aufhebung/alternativ Ausdehnung des 4-Jahreszeitraums:

a.

Während also hinsichtlich Vergleichsmieterhöhungen aus den dargestellten Gründen auch die „teleologische Auslegung“ meiner Auffassung nach zwingend zu dem vorgenannten Ergebnis führen muss, ist dies hinsichtlich der vom geplanten Mietrechtsnovellierungsgesetz geregelten „Neuvermietungsmieten“ möglicherweise anders zu beurteilen:

Soweit in diesen Fällen die aufgezeigten „subjektiven Gründe“ dazu führen, dass sich höhere Neuvermietungsmieten erzielen lassen, spricht kaum etwas dagegen, dass und warum der einzelne Vermieter nicht in den „Genuss dieser Umstände“ kommen soll.

Ihm soll durch die Begrenzung auf die im Referententwurf vorgeschlagenen 10 % ja – zu Recht - nur vorübergehend die Möglichkeit genommen werden, zu stark aus der allgemeinen Wohnungsknappheit in Ballungszentren zu profitieren, was ja durchaus sinnvoll ist.

Aber „Geschick“ bei der Suche eines Mieters und der Verhandlung mit diesem, Risikofreudigkeit hinsichtlich der Vermietung an einen weniger solventen Mieter, sonstige „glückliche Umstände oder Zufälle“ dürften ihm sehr wohl zugute kommen.

b.

Nun könnte man auf die Idee kommen, ausnahmsweise für die Berechnung der im Mietrechtsnovellierungsgesetz festzulegenden Kappungsgrenze als Bezugsgröße nicht den für Mieterhöhungen vorgeschlagenen „Durchschnitts- bzw. Mittelwert“, sondern – der bisherigen Praxis entsprechend – den Oberwert der Bandbreite heranzuziehen.

Hiergegen sprechen jedoch folgende bedeutsamen Gründe:

- Damit würde es zwei verschiedene Begriffe der „ortsüblichen Vergleichsmiete“ geben, sodass „Verwirrungen“ oder Verwechslungen vorprogrammiert sind;
- Vor allem aber – und dies ist mein Haupteinwand – ist es erhebungstechnisch so gut wie ausgeschlossen, die „Streubreite“, die sich aufgrund von Wohnungsmerkmalen ergibt, von derjenigen „Streubreite“ klar abzugrenzen, die sich aufgrund der „reinen Marktstreuung“ und aus erhebungstechnischen Gründen ergibt. Der Mietspiegelersteller für München hatte dies hinsichtlich der den derzeitigen Mietspiegel 2013 vorangegangenen Mietspiegel durch Ausweisung sog. **„begründeter Spannenanteile“** einerseits und **„freier Spannenanteile“** andererseits versucht. Er führt diesbezüglich in seiner Dokumentationsbroschüre zum Mietspiegel 2013 (Fn. 3) Folgendes aus:

„Im Rahmen der Datenanalyse im Mietspiegel für München 2013 konnte die Marktstreuung nicht quantifiziert werden. Unter der Berücksichtigung der aktuellen BGH-Rechtsprechung ist bei einem Abweichen von der durchschnittlichen ortsüblichen Vergleichsmiete in jedem Fall eine Begründung erforderlich. Deshalb werden im Mietspiegel für München 2013 neben der durchschnittlichen ortsüblichen Vergleichsmiete im Rahmen der Anwendung der 2/3-Spannen als Orientierungshilfe nur noch begründete/Abweichungen ausgewiesen.“

Hier kam also dem Münchener Mietspiegelersteller die BGH-Entscheidung zum „Regensburger-Fall“ (s. Fn. 20) zugute, die nur noch begründete Abweichungen zulässt.

c.

Auch Sachverständigengutachten helfen hier nicht weiter:

Gerade die Bandbreite, die bei Gutachten (nach Merkmalsbereinigung) übrig bleibt, gibt die sogenannte „reine Marktstreuung“ und die aus dem Vier-Jahres-Zeitraum resultierenden Zeitunterschiede wieder. Zwar fallen sie kleiner aus als z.B. die Spannen in einem Tabellenmietspiegel.

Dafür weisen sie gegenüber Mietspiegeln die Mängel auf, die allgemein in der Literatur und Rechtsprechung bekannt sind und den Gesetzgeber – vor allem im Rahmen des Mietrechtsformgesetzes 2001 – dazu bewogen haben, die Mietspiegelerstellung zu fördern und den qualifizierten Mietspiegel einzuführen. Vor allem aber spricht das auch vom BGH bereits in Zusammenhang mit der Bejahung von „Orientierungshilfen“ angeführte Argument dagegen, dass die regelmäßig anfallenden Gutachterkosten nicht im Verhältnis zu den sich aus der Bandbreite maximal ergebenden Werten stehen. Dabei scheidet insbesondere nach den Erfahrungen mit den Münchener Mietspiegeln die Möglichkeit aus, einen Sachverständigen lediglich mit der Ausschöpfung einer Spanne eines Mietspiegels durch merkmalsbedingt begründete Abweichungen zu beauftragen. Die Münchener Sachverständigen berufen sich nämlich z. B. regelmäßig darauf, dass sie ihre Gutachten nur anhand ihrer eigenen Daten erstellen und auch nur auf dieser Grundlage merkmalsbedingte, begründete Zu- oder Abschläge vornehmen können.

Dies bedeutet, dass sie jeweils ein Vollgutachten erstellen müssen und nicht einmal bestimmte Ergebnisse der Mietspiegelberechnung als Ausgangsbasis nehmen können.

d.

Es erscheint mir daher wesentlich sinnvoller, einheitlich vom besagten „Mittelwert“ auszugehen und im Gesetz eine etwas höhere Kappungsgrenze zu verankern. Wenn sich die große Koalition (was ja offenbar von der SPD beabsichtigt ist) darauf einigen könnte, den Vier-Jahreszeitraum entweder ganz aufzuheben und alle auf dem Markt existierenden Bestandsmieten zu Grunde zu legen, oder den Vier-Jahreszeitraum zumindest auf z. B. zehn Jahre auszudehnen, so halte ich es im Gegenzug für vertretbar, anstelle einer **10 %-igen** eine **15 %-ige Kappungsgrenze** vorläufig festzuschreiben.. Dies hätte auch den Vorteil, dass es bei den Bürgerinnen und

Bürgern nicht zu Verwechslungen mit der in Ballungsgebieten für Mieterhöhungen bereits existierende Kappungsgrenze von 15 % für Erhöhungen innerhalb von drei Jahren kommen könnte. Außerdem dürfte sich dadurch die ansonsten zu erwartende erhebliche Mehrbelastung der Gerichte vermeiden lassen. Es könnte somit dann auch bei einem einheitlichen Vergleichsmietbegriff für Erhöhung wie für weiter Neuvermietung bleiben.

3. Beschränkung der Anwendung der Kappungsgrenze für Neuvermietungen auf Gemeinden mit Mietspiegel und die von den Mietspiegeln erfassten Wohnungstypen:

Eine weitere ergänzende Regelung sollte m. E. unbedingt noch in das Gesetz mit aufgenommen werden:

Sowohl Vermieter als auch Mieter brauchen eine gewisse Verlässlichkeit, Vorhersehbarkeit und Transparenz: so kann es weder angehen, dass sich ein Vermieter wegen Unsicherheiten bezüglich der Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete (gezwungenermaßen) auf eine Miethöhe beschränken, die deutlich unter der Kappungsgrenze liegt; noch kann es angehen, dass sich ein Mieter auf die nach seiner Meinung zu hoch liegende Miete in der Hoffnung einlässt, diese später angreifen zu können, dann aber dieser Angriff daran scheitert, dass auch er die ortsübliche Vergleichsmiete falsch eingeschätzt hat. Es muss daher für alle Vertragsparteien von vornherein die Möglichkeit bestehen, im Vorfeld des Vertragsabschlusses die ortsübliche Vergleichsmiete einigermaßen verlässlich bestimmen zu können. Dies aber ist nur möglich, wenn für die **betroffene Gemeinde ein qualifizierter oder einfacher Mietspiegel existiert** und dieser auch für den in Rede stehenden Wohnungstyp gilt. Zwar werden schon wegen der Größe der Ballungszentren, die in der vorgesehenen Rechtsverordnung bestimmt werden können, in aller Regel jeweils Mietspiegel für die in ihnen liegenden Gemeinden existieren. Da jedoch zum Einen Mietspiegel innerhalb des für die Verordnung avisierten 5-Jahres-Gültigkeitszeitraums entfallen können, oder ausnahmsweise in dem ausgewiesenen Ballungszentrum doch eine Gemeinde liegt, für die kein Mietspiegel gilt, sollte dies ausdrücklich im Gesetz vorgesehen werden.

Auch was den **Wohnungstyp** anbelangt, so ist zum Beispiel der Mietspiegel für München 2013 nicht unmittelbar anwendbar für „Wohnungen im Untergeschoß“, private Untermietverhältnisse, „mobilierten Wohnraum“, Einzelzimmer, Einfamilienhäuser, Doppelhaushälften etc.. Da auch hier gelten muss, dass sich jede Mietvertragspartei einigermaßen verlässlich über die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete vorher informieren kann, sollte auch dieser Wohnraum vom

Anwendungsgebiet des entsprechenden Mietrechtsnovellierungsgesetzes ausgenommen werden.

4. Zeitgleiche Umsetzung weiterer Ziele laut Koalitionsvertrag:

Wie oben (unter Ziff. III.) vorgesehen, ist der Referentenentwurf m.E. unbedingt im Zusammenhang mit den weiteren Zielvorgaben des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD zu sehen.

Diese sollen hier bereits kurz wie folgt erwähnt werden:

a) „Künftig sollen nur noch höchstens 10% - längstens bis zur Amortisation der Modernisierungskosten – einer Modernisierung auf die Mieter umgelegt werden dürfen“.

Auch wenn dieser Ansatz grundsätzlich als richtig erscheint, so dürfte er – dies hat sich bereits in der Fachdiskussion auf den Mietrechtstagen des Evangelischen Siedlungswerks (ESWi) Anfang des Monats herausgestellt - sehr schwer umzusetzen sein, da die Modernisierungsmieterhöhung ja nach 3 Jahren in die übrige Miete übergeht und sich später wohl nur schwer wieder „herausrechnen“ lässt, von dem Problem, die vermierterseitigen Finanzierungskosten adäquat mitzuberücksichtigen, mal ganz abgesehen.

b) „Durch eine Anpassung der Härtefallklausel im Mietrecht (§ 559 Abs. 4 BGB) werden wir einen wirksamen Schutz der Mieter vor finanzieller Überforderung bei Sanierungen gewährleisten.“

Dazu wird es in der Tat noch sehr viel zu sagen geben.

c) „Wir werden für alle Rechtsgebiete klarstellen, dass nur die tatsächliche Wohn- bzw. Nutzfläche Grundlage für Rechtsansprüche z. B. für die Höhe der Miete, für Mieterhöhungen sowie die umlagefähigen Heiz- und Betriebskosten sein kann.“

d) „Wir sorgen dafür, dass im Mietspiegel die ortsübliche Vergleichsmiete auf eine breitere Basis gestellt und realitätsnäher dargestellt wird.“²⁵

²⁵ vgl. f. alle Ziffn. lit a) bis lit. b): „Deutschlands Zukunft gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, Ziff. 4.2. „Lebensqualität in der Stadt und auf dem Land“, Kapitel „gutes und bezahlbares Wohnen“, Unterkapitel „zahlbare Mieten“, S. 115 unten, wenngleich auch ohne die hier vorgenommene Nummerierung

Die zeitgleiche Umsetzung zumindest dieser beiden letzten (m. E. völlig richtigen) Forderungen sollte unbedingt Voraussetzung für die Verabschiedung des Mietrechtsnovellierungsgesetzes sein.

Mit freundlichen Grüßen

Andreas Bühler
Rechtsanwalt