

# Mietspiegel

Probleme der Erstellung und Anwendung von Mietspiegeln aus juristischer und statistischer Sicht

von

Dr. Ulf Börstinghaus, Dipl.-Ing. Dr. Michael Clar

RiAG Ulf P. Börstinghaus, Vorsitzender des Deutschen Mietgerichtstages, ist einer der renommiertesten Mietrechtler überhaupt, u.a. Autor in Blank/Börstinghaus, Miete (Gelbe Reihe) und in Schmidt-Futterer, Mietrecht.

2. Auflage

Mietspiegel – Börstinghaus / Clar

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Miet- und Wohnrecht, Leasing, Pachtrecht



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 62462 9

kleineren Gemeinden ist i.d.R.<sup>1</sup> die Wohnungsmarktsituation weniger angespannt, was auch die Mobilität der Mieter weniger einschränkt.<sup>2</sup> Weiter hängt die Fluktuation auch vom Baualter und dem Vermieter ab. So wurde festgestellt,<sup>3</sup> dass die Fluktuation tendenziell mit abnehmendem Baualter der Wohnung zunimmt. Das bedeutet, dass die Entscheidung über das **Mischungsverhältnis** auch von der Struktur des örtlichen Wohnungsbestandes beeinflusst werden kann. Einflussfaktoren sind ferner das Alter der Mieter, da auch hier gilt, dass die Mobilität mit zunehmendem Alter abnimmt. Schließlich haben auch die Wohnfläche<sup>4</sup> und die Sozialstruktur und das Einkommen der Mieter Einfluss auf die Verweildauer. Und zuletzt beeinflusst auch die Person des Vermieters die Verweildauer in einer Wohnung. Die geringste Fluktuation haben städtische oder öffentliche Wohnungsunternehmen.<sup>5</sup> Das bedeutet, dass das Mischungsverhältnis selbst innerhalb einer Gemeinde nicht einheitlich zu sein braucht, sondern von Teilmarkt zu Teilmarkt unterschiedlich sein kann.

Die Gerichte können dies nur auf **Ermessensfehlgebrauch** und **Willkür**<sup>6</sup> überprüfen. Soweit diesbezüglich versucht wurde nachzuweisen, dass Neuvertragsmieten und Bestandsmieten zwingend gleichrangig berücksichtigt werden müssen und hierzu sogar auf die BVerfG Rechtsprechung hingewiesen wird,<sup>7</sup> ist dieser Auffassung entgegenzuhalten, dass eine solche gleichwertige Berücksichtigung auch nicht der Abbildfunktion gerecht wird, die der ortsüblichen Vergleichsmiete und einem Mietspiegel zukommt. Wenn der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 2 MHG im Jahr 1993 durch das 4. Mietrechtsänderungsgesetz den berücksichtigungsfähigen Zeitraum von damals drei auf dann vier Jahre festgelegt hat, dann bedeutet dies auch, dass der Gesetzgeber die Mieten, soweit sie sich verändert haben oder neu vereinbart wurden, in der ortsüblichen Vergleichsmiete wieder finden wollte.

Die Befürchtung, dass es anderenfalls zu einem faktischen Mietpreisstopp<sup>8</sup> kommen könnte, ist unbegründet. Eine Untersuchung<sup>9</sup> in mehreren deutschen Städten hat ergeben, dass Mietspiegel, die ja i.d.R. eine Gewichtung bereits vorgenommen haben, tendenziell **keine verzerrende Wirkung auf** örtliche Mietwohnungsmärkte ausüben, obwohl in Städten

<sup>1</sup> Ausnahmen mögen für den Einzugsbereich sehr großer Großstädte gelten.

<sup>2</sup> IfS, Auswirkungen mietrechtlicher Regelungen S. 34; a. A. Isenmann ZMR 1997, 61, 62.

<sup>3</sup> IfS, Auswirkungen mietrechtlicher Regelungen S. 33.

<sup>4</sup> Die höchste Fluktuation ist dabei bei Kleinwohnungen, da diese häufig „Einsteigerwohnungen“ sind, wohingegen die Verweildauer bei Wohnungen über 90 m<sup>2</sup> die längste ist (Quelle: IfS a. a. O.).

<sup>5</sup> IfS, Auswirkungen mietrechtlicher Regelungen S. 34; a. A. Isenmann ZMR 1997, 61, 62.

<sup>6</sup> Huber ZMR 1992, 475.

<sup>7</sup> BVerfG WuM 1992, 48; NJW 1992, 1377.

<sup>8</sup> So Voelskow ZMR 1992, 327; a. A. LG Hamburg WuM 1996, 45, 47.

<sup>9</sup> Schießl WuM 1996, 459.

ohne Mietspiegel die Mieten unter Berufung auf 3 Vergleichswohnungen sicher marktnäher erhöht werden könnten. Sowohl das derzeitige Mietenniveau als auch der Mietpreisanstieg der vergangenen Jahre lassen keine nennenswerten Unterschiede zwischen Städten mit und ohne Mietspiegel erkennen. Außerdem sind die Mieten bereits durch die Vorschrift des § 5 WiStG auch bei Neuvermietungen der Höhe nach begrenzt, so dass Begriffe wie „Mietpreisstopp“ oder ähnliche Ausdrücke für die Berechnung der ortsüblichen Vergleichsmiete rechtlich unpassend sind. Schließlich wollte der Gesetzgeber ausdrücklich keine Erhöhung der Miete bis zur Marktmiete zulassen. Es sollte als Gegenleistung zum Kündigungsausschluss in § 573 Abs. 1 BGB die Möglichkeit geschaffen werden, die Miete an die Bestandsmiete anzupassen. Wie das BVerfG jedoch entschieden hat, hat der Vermieter keinen Anspruch, dass der Gesetzgeber ihm ermöglicht, die höchstmögliche Miete zu erzielen.<sup>1</sup>

## IV. Die Üblichkeit

293

### Hinweise zur Aufstellung von Mietspiegeln

Die Praxis der Mietspiegelerstellung zeigt, dass durch die Mietspiegelwerte in der Regel nicht alle Mietunterschiede erklärt werden können. Dies ist darauf zurückzuführen, dass einerseits kaum jemals alle relevanten mietpreisbeeinflussenden Faktoren ermittelt werden können, und dass es sich andererseits bei Wohnungsmärkten um unvollkommene Märkte handelt, auf denen teilweise auch für identische Wohnungen unterschiedliche Mieten verlangt werden.

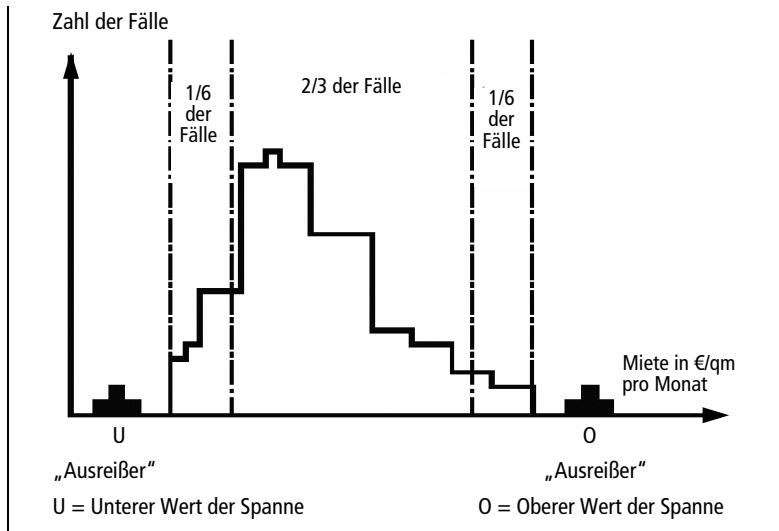
Daraus folgt, dass sowohl bei Tabellen- als auch bei Regressionsmietspiegeln Spannen ausgewiesen werden sollten. Diese Spannen müssen den jeweils niedrigsten und höchsten Wert eines Feldes so bestimmen, dass zwischen diesen Werten die „üblichen“ Mietwerte liegen. Ziel sollte eine einvernehmliche Beurteilung der Beteiligten sein. In der Praxis wird bei Tabellenmietspiegeln häufig eine 2/3-Spanne als „üblich“ angesehen, dh zwei Drittel aller beobachteten Werte liegen innerhalb der Spanne.

Die Spannenbildung wird anhand der folgenden Grafik beispielhaft für einen Tabellenmietspiegel mit einer 2/3-Spanne veranschaulicht:

- Aussonderung von extremen „Ausreißermieten“: Beim qualifizierten Mietspiegel ist auf eine statistisch fundierte Eliminierung von Ausreißern zu achten. Die Eliminierung darf nicht auf der Basis willkürlicher Festlegungen, z. B. durch den Arbeitskreis Mietspiegel, erfolgen.
- Bestimmung des unteren und oberen Wertes der Spanne durch Kappen von je 1/6 der Fälle am oberen und unteren Ende der Mietenskala.

Erst nachdem die Ausreißermieten eliminiert sind, werden bei einer 2/3-Spanne jeweils ein Sechstel der Mieten am unteren und am oberen Ende der Verteilung ausgesondert. Die ortsübliche Vergleichsmiete wird dann durch die Spanne der verbleibenden Mietwerte gebildet.

<sup>1</sup> BVerfG WuM 1987, 7.



## 1. Allgemeines

Nach der ausdrücklichen Formulierung in § 558 Abs. 2 BGB bilden nur die **üblichen** Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete. Es handelt sich bei dem Merkmal der „Üblichkeit“ um eine weitere selbständige Voraussetzung. Nachdem der maßgebliche Wohnraum ermittelt und die Vergleichbarkeit der Wohnungen nach den fünf Wohnwertmerkmalen festgestellt wurde, muss schließlich noch festgestellt werden, dass die Miete auch üblich ist. „Üblich“ sind Mieten, die für vergleichbare Wohnungen (= Wohnungen mit den im Gesetz genannten Merkmalen) in der Gemeinde bei bestehenden Mietverhältnissen **unter gewöhnlichen Umständen** tatsächlich und üblicherweise gezahlt werden.<sup>1</sup> Außer Betracht zu bleiben haben grundsätzlich solche Mieten, die wegen ungewöhnlicher oder persönlicher Verhältnisse unüblich niedrig oder hoch sind, sowie Mieten, die nicht im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zustande gekommen sind. Hierüber besteht kein wesentlicher Streit.<sup>2</sup> Die weitere Interpretation des Begriffes der „Üblichkeit“ und seine praktische Anwendung sind aber umstritten.

Es handelt sich um eine normative Tätigkeit. Aus diesen „bereinigten Rohdaten“ muss jetzt die *ortsübliche* Vergleichsmiete ermittelt werden. Nicht alle Daten, die erhoben werden letztendlich auch „üblich“. Andernfalls würde nämlich die höchste ermittelte Miete auch noch die ortsübliche Vergleichsmiete darstellen, so dass der Vermieter eine Mieterhöhung bis zum Oberwert der Spanne die Mieter erhöhen könnte, was

<sup>1</sup> BayObLG RE v. 19. 3. 1981, NJW 1981, 1219.

<sup>2</sup> Vgl. BT-Drucks. 7/5160 S. 4 Nr. 6.1 Abs. 1 Satz 2; BayObLG RE v. 19. 3. 1981, NJW 1981, 1219 m. w. N.

faktisch der Marktmiete entsprechen dürfte oder wie der BGH es formuliert, die „**Spitzenmiete**“<sup>1</sup>. Sowohl eine historische Auslegung wie auch eine teleologische Auslegung sprechen gegen dies Ergebnis. Auch der Wortlaut des Gesetzes spricht für eine andere Lösung. Es soll eine Miete gebildet werden, die sich aus verschiedenen Werten der letzten 4 Jahre zusammensetzt. Gerade die Berücksichtigung der älteren Mietwerte sollte zu einem Abstand zur Marktmiete führen.

## 2. Eliminierung von Diskriminierungsmieten

- 296** Einig ist man sich, dass theoretisch alle Mieten, die maßgeblich durch andere als die 5 Wohnwertfaktoren bestimmt wurden, zu eliminieren sind. Im Sprachgebrauch der siebziger Jahre<sup>2</sup> hatte sich hierfür der Begriff der so genannten „**Diskriminierungsmieten**“ gebildet. Damit sind Mieten gemeint, die zum Teil von besonderen Mietergruppen, wie Ausländern, Wohngemeinschaften, Studenten oder Soldaten verlangt werden. Diese Mieten dürfen nicht berücksichtigt werden. Dies ergibt sich daraus, dass die ortsübliche Vergleichsmiete bestimmt werden soll, bei diesen Mieten aber subjektive Merkmale und Eigenschaften der Mieter eine entscheidende Rolle spielen.

## 3. Eliminierung von Ausreißermieten

- 297** Ob auch die restlichen Mieten alle herangezogen werden dürfen hängt von der Qualität der Daten ab. Nicht alle dieser Mieten erfüllen das Merkmal der „Üblichkeit“. Erörtert wird, ob es darüber hinaus weitere Mieten gibt, die zu eliminieren sind. Diese werden üblicherweise als „**Ausreißermieten**“ bezeichnet<sup>3</sup>, teilweise wird auch von **Extremwertbereinigungen** gesprochen.<sup>4</sup> Normativ ist dies schwer einzuordnen, da immer im Einzelfall entschieden werden muss, ob diese „Extremwerte“ Marktgeschehen widerspiegeln oder ob es hier aus den unterschiedlichsten Gründen einer Mietvertragspartei gelungen ist, eine völlig außerhalb des gängigen Preisspektrums liegende Miete zu vereinbaren. Nur im letzten Fall würde durch die Berücksichtigung dieser Werte eine Verzerrung eintreten. Extremen Einzelfällen, die hinsichtlich der vereinbarten Miethöhe nicht repräsentativ sind, würde über eine Durchschnittsbetrachtung eine Marktbedeutung zugemessen, die ihnen in der – mit dem Kriterium der Ortüblichkeit abzubildenden – flächendeckenden Realität

<sup>1</sup> BGH NJW 2012, 1351 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 32 mit Anm. *Börstinghaus*; *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 7/2012 Anm. 2; *ders.* WuM 2012, 244; *ders.* Der Sachverständige 2012, 183; *Schach* GE 2012, 517; *Kunze* MietRB 2012, 129; *Blank* LMK 5/2012 Anm. 3; *Muth* ZMR 2012, 530; *Bühler* ZMR 2012, 531.

<sup>2</sup> Z.B. noch in der Fortschreibung der Hinweise zur Aufstellung von Mietspiegeln aus dem Jahre 1980 unter A III. 2. abgedruckt im Anhang B II.

<sup>3</sup> Insofern ist die Terminologie von *Schick*, Manipulation am Mietspiegel, GE 2008, 1065 falsch, da es ihm um die Weite der Spanne geht und nicht das, was üblicherweise bisher unter dem Begriff Ausreißermieten verstanden wurde.

<sup>4</sup> So beim Berliner Mietspiegel GE 2008, 1286.

nicht zukommt.<sup>1</sup> Die Frage, ob ein solcher Extremfall („Ausreißer“) vorliegt, kann indes nicht ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Marktes beantwortet werden.<sup>2</sup>

- Ursachen für solche Ausreißer können neben Erfassungsfehlern sein: **298**
- Der Mietvereinbarung können Umstände zu Grunde liegen, die mit den üblichen Marktverhältnissen nichts zu tun haben.<sup>3</sup> So kann zwischen Verwandten eine besonders niedrige Miete vereinbart worden sein, weil damit eine Art Unterhaltszahlung erfolgt oder weil sonst familiäre Gesichtspunkte im Vordergrund stehen. Man bezeichnet dies als sog. „**Gefälligkeitsmieten**“.
  - Auch arbeitsrechtliche Beziehungen können eine Rolle spielen, z.B. weil durch die Vereinbarung einer besonders niedrigen Miete ein verdecktes Entgelt an den Mitarbeiter, z.B. den Geschäftsführer einer GmbH, erfolgen soll.

Nach oben hin beruhen Ausreißer vor allem in Ballungszentren auch auf **preisrechtlich nicht zulässigen Mieten**. Bei einer Datenerhebung kann i.d.R. nicht zwischen preisrechtlich zulässigen und preisrechtlich unzulässigen Mieten unterschieden werden. Bei der Datenerhebung werden deshalb auch Mieten erhoben, die gegen § 5 WiStG verstoßen. Gerade die Eliminierung solcher mietpreisrechtswidrigen Mieten ist deshalb in der Praxis schwierig. Mietpreiswidrige Mieten dürfen nicht als Vergleichsmaßstab herangezogen werden.<sup>4</sup> Nichtige Rechtsgeschäfte können und dürfen nicht Maßstab für andere Rechtsgeschäfte sein.<sup>5</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob der Vermieter sein Erhöhungsverlangen mit den Werten eines Mietspiegels begründet hat oder mit drei Vergleichswohnungen.<sup>6</sup> Theoretisch müssen die **nichtigen Mietvereinbarungen** alle eliminiert werden bzw. richtigerweise auf das zulässige Maß, also 20% über der ortsüblichen Vergleichsmiete<sup>7</sup> reduziert werden. In der Praxis einer Massendatenerhebung ist es so gut wie unmöglich, eine solche Überprüfung vorzunehmen.

In der Praxis haben sich deshalb verschiedene Pauschalierungsverfahren herausgebildet: **300**

- Erstmals beim Hamburger Mietspiegel 1993 wurden vorab der obere Rand der Spanne um 2% und der untere Rand um 1% gekappt. Damit sollte gerade der Tatsache Rechnung getragen werden, dass es erhebungstechnisch nicht möglich war, unzulässig überhöhte Mieten gem.

<sup>1</sup> BGH WuM 2010, 38 = MietPrax-AK § 20 SchuldRAnpG Nr. 4.

<sup>2</sup> BGH WuM 2010, 38 = MietPrax-AK § 20 SchuldRAnpG Nr. 4.

<sup>3</sup> Für die ortsübliche Nutzungsentschädigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 NutzEV ebenso BGH WuM 2010, 38 = MietPrax-AK § 20 SchuldRAnpG Nr. 4.

<sup>4</sup> LG Heidelberg ZMR 1976, 334; ausführlich hierzu auch *Bohnert*, Ordnungswidrige Mietpreiserhöhung, S. 76.

<sup>5</sup> AG Dortmund NJW-RR, 1991, 1228; *Bohnert*, Ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung, S. 77.

<sup>6</sup> AG Lüdenscheid WuM 1996, 772; a. A. LG Berlin NZM 1998, 232, 233.

<sup>7</sup> BGH NJW 1984, 722.

- § 5 WiStG vor der Datenauswertung auszusondern. Am unteren Rand der Spanne erfolgte die geringere Kappung, um Gefälligkeitsmieten auszusondern. Die unterschiedliche Gewichtung der beiden Gruppen rechtfertigte sich nach Ansicht des LG Hamburg<sup>1</sup> daraus, dass die sog. Gefälligkeitsmieten nicht unter „Null“ sinken können, während die unzulässig überhöhten Mieten – auch wenn es sich nur um wenige handelt – das allgemeine Mietenniveau erheblich anheben. Beim Berliner Mietspiegel<sup>2</sup> wurde früher ein Vertrauensintervall von 95% gebildet: je 2,5% der erfassten Daten wurden am oberen und unteren Rand nicht berücksichtigt; im Mietspiegel 2009 wurde dieses Intervall auf jeweils 1,25% reduziert. Die Werte dürfen jedoch nicht willkürlich sein. Sie müssen auf praktischen Erfahrungen oder einer eigenen Stichprobe beruhen.
- Vereinzelt wird die Eliminierung von sog. **Ausreißermieten** auch der Art vorgenommen, dass alle Mieten die 20% ober- und unterhalb des arithmetischen Mittels der erhobenen Daten liegen eliminiert werden. Der BGH<sup>3</sup> hat dies Verfahren als eine Möglichkeit gebilligt. Zu beachten ist aber, dass eine Mietpreisüberhöhung nicht bereits dann vorliegt, wenn die Miete 20% über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt, sondern dass dies zusätzlich „durch Ausnutzung eines geringen Angebots“ geschehen sein muss.<sup>4</sup> Es liegt in den aller seltensten Fälle eine Mietpreisüberhöhung vor. Im Übrigen besteht bei diesem Verfahren durchaus die Gefahr eines Zirkelschlusses. Die Wesentlichkeitsgrenze des § 5 WiStG beginnt nämlich frühestens 20% oberhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete. Ist diese eine Bandbreite liegt die Grenze 20% oberhalb des Oberwertes der Bandbreite. Bereits die Bandbreite und erst Recht ihr Oberwert kann oberhalb des arithmetischen Mittelwertes liegen. Es werden hier also Mieten eliminiert, die preisrechtlich noch zulässig sind. Die Definition von Ausreißermieten als solche die 20% über oder unter dem Mittelwert liegen ist deshalb m.E. zu eng. Der BGH hat diese Vorgehensweise nicht als allein richtig dargestellt, er hat es nur gebilligt, aber zugleich auch den Tatrichtern einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum eingeräumt.<sup>5</sup> Entscheidend ist die Feststellung, ob es in der Gemeinde überhaupt ein geringes Angebot an Wohnungen gibt und ob es Verfahren gem. § 5 WiStG gegeben hat.

<sup>1</sup> LG Hamburg WuM 1996, 44, 45.

<sup>2</sup> GE 2008, 1286; gegen all diese Berechnungsmethoden: *Voelskow* GE 1997, 586, 589.

<sup>3</sup> BGH NJW 2012, 1351 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 32 mit Anm. *Börstinghaus*; *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 7/2012 Anm. 2; *ders.* WuM 2012, 244 *ders.* Der Sachverständige 2012, 183; *Schach* GE 2012, 517; *Kunze* MietRB 2012, 129; *Blank* LMK 5/2012 Anm. 3; *Muth* ZMR 2012, 530; *Bühler* ZMR 2012, 531.

<sup>4</sup> Hierzu ausführlich: *Börstinghaus*, Miethöhe-Handbuch, Kap. 4 Rn. 12 ff.

<sup>5</sup> BGH NJW 2012, 1351 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 32 mit Anm. *Börstinghaus*; *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 7/2012 Anm. 2; *ders.* WuM 2012, 244 *ders.* Der Sachverständige 2012, 183; *Schach* GE 2012, 517; *Kunz* MietRB 2012, 129; *Blank* LMK 5/2012 Anm. 3; *Muth* ZMR 2012, 530; *Bühler* ZMR 2012, 531.

## 4. Die Festlegung der Üblichkeit im engeren Sinn

Die ggf. um Ausreißer- und Diskriminierungsmieten bereinigten Daten müssen in einem letzten Schritt auf die „**Üblichkeit**“ hin überprüft und beschränkt werden. Auch dies ist eine normative Tätigkeit. Nicht alles, was tatsächlich vorkommt, ist auch üblich. Üblich bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, dass damit erheblich mehr als 50% der Fälle erfasst werden. „**Üblich**“ ist vom Sprachgebrauch mehr als „**mehrheitlich**“. Was gerade die Hälfte tut, kann kaum als üblich bezeichnet werden. Denn, das, was 40% tun, ist ja fast genauso üblich. Auf der anderen Seite bedeutet üblich auch nicht, dass alle es tun müssen.<sup>1</sup> Als unteren Wert kann man von ca. 60% ausgehen, es müssen aber auch nicht 90% sein. Das ist also die Spanne, innerhalb derer man die Üblichkeit festzustellen hat.

Bei der Mietspiegelerstellung ist es auf Grund der in den „**Hinweisen zur Aufstellung von Mietspiegeln**“ gemachten Vorschläge seit Jahrzehnten üblich je ein Sechstel im oberen und unteren Bereich der erhobenen Daten zu kappen. Damit bleiben ca.  $\frac{2}{3}$  aller Daten übrig. Dies Verfahren ist aber nicht unumstritten. Es führt nämlich dazu, dass vor allem die in der Regel höheren Neuvertragsmieten am oberen Ende der Datenreihe eliminiert werden.<sup>2</sup> Auch hier kann also normativ noch etwas an der Stellschraube gedreht werden, wenn die örtlichen Gegebenheiten dies erfordern. Teilweise wird auch bei Mietspiegeln mit einer variablen Spanne gearbeitet, die je nach Mietspiegelfeld unterschiedlich groß ist. So lagen die Spannen beim **Berliner Mietspiegel** früher zwischen  $\frac{2}{3}$  bis  $\frac{4}{5}$ , im Mietspiegel 2009 wurde eine Spannbreite von  $\frac{2}{3}$  bis  $\frac{3}{4}$  zugrunde gelegt.<sup>3</sup>

Soweit man im Übrigen bei der Ermittlung der Einzelvergleichsmiete vom arithmetischen Mittel und nicht vom Median ausgeht, haben die für die Spannenangabe eliminierten Mieten sehr wohl noch einen Einfluss, da **das arithmetische Mittel** aus allen bereinigten Rohdaten – also auch den ggf. am oberen und unteren Ende eliminierten Sechsteln – ermittelt wird.<sup>4</sup> Im Median werden sie demgegenüber i. d. R. fast gar nicht berücksichtigt, da dort nur entsprechend der Anzahl der Mieten nicht nach ihrer Höhe der Mittelwert ermittelt wird.

Der BGH<sup>5</sup> hat die Ermittlung der Üblichkeit über die  $\frac{2}{3}$  Spanne gebilligt, ohne sie als alleinige Möglichkeit festzuschreiben. Auch an anderer Stelle hat der 8. Zivilsenat des BGH<sup>6</sup> in der Vergangenheit die  $\frac{2}{3}$  Spanne selbst zur Definition dessen, was üblich ist herangezogen. Gem. § 554

<sup>1</sup> *Börstinghaus* in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl., § 558 BGB Rn. 132.

<sup>2</sup> *Huber* ZMR 1992, 476; *Voelskow* ZMR 1992, 327; *ders.* WuM 1993, 21; *ders.* GE 1997, 586, 589; *Bub* PiG 40, 41, 52.

<sup>3</sup> GE 2008, 1286.

<sup>4</sup> LG Hamburg WuM 1996, 45, 46; *Keller*, Zivilrechtliche Mietpreiskontrolle, S. 128.

<sup>5</sup> BGH NJW 2012, 1351 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 32 mit Anm. *Börstinghaus*; *Börstinghaus* jurisPR-BGHZivilR 7/2012 Anm. 2; *ders.* WuM 2012, 244 *ders.* Der Sachverständige 2012, 183; *Schach* GE 2012, 517; *Kunze* MietRB 2012, 129; *Blank* LMK 5/2012 Anm. 3; *Muth* ZMR 2012, 530; *Bühler* ZMR 2012, 531.

<sup>6</sup> BGH RE v. 19. 2. 1992, NJW 1992, 1386.



BGB a.F. wart die Höhe der Miete als Härtegrund bei einer Modernisierungsduldung nach der Rechtsprechung des Senats dann unerheblich, wenn der Standard der Wohnung nach Durchführung der Modernisierungsarbeit dem Standard von ca.  $\frac{2}{3}$  der Wohnungen entspricht. Dies sei mit dem „üblichen Standard“ i.S.d. § 554 BGB a.F. gemeint. Was bei der einen Norm unter „üblich“ zu verstehen ist, muss eigentlich auch bei der anderen Norm so gelten.

- 305** Ortsüblich sind mithin alle Entgelte,
- die in den Vierjahreszeitraum fallen,
  - in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde gezahlt werden,
  - nach den gesetzlichen fünf Wohnwertmerkmalen eine vergleichbare Wohnung betreffen und
  - innerhalb eines die Mehrheit dieser Entgelte umfassenden Rahmens liegen.

- 306** Das bedeutet für die praktische Umsetzung Folgendes:

Zunächst ist das richtige Mischungsverhältnis sowohl was die Verteilung auf die verschiedenen Jahrganggruppen wie auch die Verteilung auf Neuvertrags- und veränderte Bestandsmieten herzustellen.<sup>1</sup> Ziel soll es dabei sein, eine prozentuale Verteilung der zu beurteilenden Daten auf die verschiedenen Felder der obigen Matrix entsprechend dem zuvor anhand der örtlichen Verhältnisse festgelegten Maßstand zu erhalten. Das ist umso leichter, umso größer die Datenmengen sind und naturgemäß umso schwieriger umso kleiner die Menge der erhobenen Datenmenge für den entsprechenden Wohnungsteilmarkt ist. Es bietet sich an, von dem Feld mit den meisten Daten auszugehen und die Daten in den übrigen Feldern so zu vervielfachen, bis das prozentuale Verhältnis ungefähr stimmt.

**Beispiel:**<sup>2</sup>

Folgende Daten sollen für vergleichbare Wohnungen ermittelt worden sein:

	2. HJ 2005	2006	2007	2008	1. HJ. 2009
<b>Neuvermietungen</b>	5 €	5 €, 5,50 €, 5,70 €	5,50 €, 5,75 €, 5,80 €, 6,00 €	5,57 €, 5,80 €, 6,00 €, 6,20 €	5,90 €, 6,70 €
<b>Veränderte Bestandsmieten</b>	4,50 €	4,50 €, 5,50 €	5 €, 5,20 €	5,10 €, 5,30 €	5,30 €, 5,50 €

- 307** Für die Jahr 2007 und 2008 liegen jeweils 4 Daten für die **Neuvertragsmieten** vor. Das soll der Referenzwert sein. Diese 4 Werte sollen in der Gemeinde ca.12,5% der Gesamtmenge ausmachen. Bei einem unterstellten gleichen Verhältnis zwischen Neuvertrags- und Bestandsmieten müssen also die anderen Felder was die Anzahl der dort enthaltenen Daten angeht entsprechend an-

<sup>1</sup> So auch *Bühler* ZMR 2012, 531, 534.

<sup>2</sup> Aus *Börstinghaus* WuM 2012, 244.