

Die Sachverständigengutachten zur ortsüblichen Vergleichsmiete in den Verfahren BGH, Urteil vom 24.04.2019 – VIII ZR 62/18¹ und BGH, Urteil vom 24.04.2019 – VIII ZR 82/18²

Ein Kommentar vom Praktiker für Praktiker zu den in den Gutachten verwendeten „indirekten Vergleichswertverfahren mit Einzelvergleich“ (gekürzte Fassung).

Der Autor ist Geschäftsführer des Mietervereins in Görlitz und zugelassen als Prozessagent für Miet- und Pachtsachen. Da es in Görlitz seit dem Jahr 2000 keine Mietspiegelfortschreibung gibt, kann die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete in Gerichtsverfahren nur durch die Einholung von Sachverständigengutachten erfolgen. Durch seine Tätigkeit als Prozessbevollmächtigter für die Mieter und in Zusammenarbeit mit Anwaltskanzleien befinden sich in der Hand des Autors einige Dutzend Sachverständigengutachten zur ortsüblichen Vergleichsmiete. Bei einer derart hohen Anzahl von Gutachten in einer Hand sollte es daher gelingen, ständig die aktuelle ortsübliche Vergleichsmiete vor Ort bestimmen zu können. Dies misslang bisher. Auch ermittelten Gutachter für völlig identische Wohnungen zum gleichen Zeitpunkt unterschiedliche ortsübliche Vergleichsmieten – was gar nicht passieren dürfte. Deshalb schließt sich der Autor zunächst voll und ganz dem Zitat von Börstinghaus/ Blank³ an, dass „ein Sachverständigengutachten über die ortsübliche Vergleichsmiete nur in den seltensten Fällen die Genauigkeit einer Sonnenuhr, meistens sogar nur einer Sonnenuhr bei wolkenverhangenem Himmel“ erreiche.

Der nachfolgende Beitrag soll helfen, einige Wolken beiseite zu schieben und einige Umstände zu erhellen. Die in der Überschrift benannten Entscheidungen des BGH wird der Autor im Folgenden zwecks Übersichtlichkeit als Fall 1 und Fall 2 bezeichnen.

I. Einleitung

Fall 1 und Fall 2 stellen etwas ganz Besonderes und wohl ein einmaliges Geschehen im Hinblick auf die Sachverständigengutachten als auch den Prozessverlauf dar.

Die beiden Wohnungen aus Fall 1 und Fall 2 befinden sich beide im gleichen Haus. Beide Mieter erhielten zum gleichen Zeitpunkt eine Mieterhöhung. Beide Mieter erklärten nur eine Teilzustimmung und der Vermieter erhob deshalb gegen beide Mieter die Zustimmungsklage vor dem Amtsgericht Görlitz. Das Gericht beauftragte den Sachverständigen, für beide Wohnungen die ortsübliche Vergleichsmiete zu ermitteln. Der Sachverständige vergab in beiden Gutachten 184 von 243 möglichen Punkten. Der Sachverständige bewertete also beide Wohnungen als absolut gleichwertig. Aufgrund der unstrittigen Gleichwertigkeit der Wohnungen im selben Haus für welche auch gleichzeitig die Miete erhöht werden sollte, war eine gleich hohe Miete zu erwarten. Aber nein: Der Sachverständige ermittelte trotz gleicher Punktzahl zwei unterschiedliche ortsübliche Vergleichsmieten für die Wohnungen, nämlich im Fall 1 5,70 EUR/m² und im Fall 2 5,83 EUR/m².

Dieses Ergebnis widersprach der Regel, dass die ortsübliche Vergleichsmiete für eine vergleichbare Wohnung immer gleich ist^{3a}

Das Berufungsgericht verband die beiden Verfahren zu einer einheitlichen Verhandlung, hörte sich das Vorbringen der beklagten Mieter zwar an, übergang in seinen Urteilen aber die angegriffene Tatsache, dass nun zwei unterschiedliche ortsübliche Vergleichsmieten in Görlitz für zwei völlig gleichwertige Wohnungen zum gleichen Zeitpunkt per Urteil sanktioniert wurden. Obwohl beide Beklagte bis zum Berufungsurteil identische Schriftsätze einreichten, war das Urteil des Bundesgerichtshofes in Fall 1 (ohne die im Internet hinzugefügten Leitsätze) 22 Seiten und im Fall 2 nur 10 Seiten lang.

II. Mögliche Arten von Gutachten zur ortsüblichen Vergleichsmiete

1. Die Methoden der Bewertung

a) Durch die Sachverständigen werden in den Gutachten unterschiedliche Begriffe für gleichartige Bewertungsmethoden, aber auch gleiche Begriffe für unterschiedliche Bewertungsmethoden verwendet. Deshalb sollte man sich von den verwendeten Bezeichnungen nicht Irre führen lassen.

Hinsichtlich der Bewertungsmethoden taucht oft der Begriff *Vergleichswertverfahren* auf. Ganz überwiegend ist damit das *indirekte Vergleichswertverfahren* gemeint. Das *indirekte Vergleichswertverfahren* ist nur für den Sachverständigen von Vorteil. Für die Prozessvertreter und das Gericht besteht von vornherein nicht die Möglichkeit, die Ortsüblichkeit der verwendeten Mieten sowie die Vorgehensweise des Sachverständigen zu überprüfen. Wird der Sachverständige dann zu seinem Punktesystem befragt, so verschanzt er sich hinter dem Vorwand, dass dies sein Geschäftsgeheimnis sei oder empirischen (nicht statistischen) Beobachtungen entspreche. Analog geht es weiter mit der Anonymisierung der Daten, zumal wenn nur die Straße ohne Hausnummer angegeben und mitgeteilt wird, dass sich in dem Gebäude 10 oder 11 Wohnungen befinden und dann wird eine Miete genannt. Ein Sachverständiger hatte seine Erkenntnisquellen aufgezählt. Nach Aufzählung von 12 Erkenntnisquellen benannte er 10 Mieten⁴. Toll. Um Zweifel zu beseitigen, verbleibt dann nur die kostenpflichtige Befragung des Sachverständigen im Verfahren. Überwiegend lautet dann die Antwort, dass der Sachverständige sich gegenüber den Datenquellen zur Verschwiegenheit verpflichten musste. Dies ist schlichtweg ungläubhaft, denn die Mietpreise waren zuvor in Zeitungsinseraten oder Aushängen im Schaufenster der Hausverwaltung bereits veröffentlicht.

b) In noch keinem Gerichtsverfahren hat der Autor erlebt, dass das Gericht dem Sachverständigen vorgab, nach welcher Bewertungsmethode er das Gutachten erstellen solle. Hier könnte sich die Richterschaft im eigenen Interesse die Arbeit etwas erleichtern und den Parteien und ihren Prozessvertretern mehr Durchsicht gewähren, indem sie dem Sachverständigen gleich vorgibt: „*Ein Gutachten im direkten Vergleichswertverfahren mit Einordnung der zu bewertenden Wohnung in die vorgefundenen Mieten zu erstellen*“.

c) Die Vorgabe, welche Gutachtensart verwendet werden soll, obliegt allein dem Tatrichter. Im Revisionsverfahren kann der BGH nur eine eingeschränkte Überprüfung dahingehend vornehmen, ob das Berufungsurteil insoweit gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht⁵. Die in Fall 1 angewandte Gutachtensart bezeichnete der BGH als wissenschaftliche Bewertungsmethode. Das verwendete „*indirekten*

Vergleichswertverfahren mit Einzelvergleich“ hat aber aus Sicht des Autors nichts Wissenschaftliches an sich. Vielmehr wird dem unbescholtenen Betrachter etwas vorgegaukelt. Nach Meinung des BGH diene die Anpassung der Mieten der Vergleichswohnungen mittels des verwendeten Punktesystems lediglich dazu, nicht zu vermeidende Unterschiede zwischen den Vergleichswohnungen und der Wohnung der Beklagten auszugleichen und einen Vergleich anhand der jeweiligen Wohnwertmerkmale zu ermöglichen⁶. Jedenfalls in diesem Fall ist die Aussage des BGH schlichtweg falsch. Dazu weiter unten.

2. Erfahrungen des Autors mit verschiedenen Bewertungssystemen

- a) Ein Sachverständiger hatte für eine Wohnung in Görlitz Weinhübel gleich mehrere Bewertungsverfahren in seinem Gutachten verwendet. Er hatte eine Durchschnittsmiete aus Mietverträgen von 4,56 EUR/ m², eine Durchschnittsmiete durch das direkte Vergleichswertverfahren von 4,57 EUR/ m² und nach dem *indirekten Vergleichswertverfahren* von 3,69 EUR/ m² ermittelte. Die Abweichung beim *indirekten Vergleichswertverfahren* betrachtete der Sachverständige als so erheblich, dass er diesen Wert im Gutachten ausdrücklich ausschloss und bei der abschließenden Bildung des arithmetischen Mittels unberücksichtigt ließ⁷.

Die Durchschnittsmiete aus Mietverträgen von Vergleichsmieten ermittelte der Sachverständige durch Befragung des Mietervereins und der Vermieter. Vom Mieterverein wurden 18 Mieten zwischen 3,80 EUR/ m² und 4,58 EUR/ m² (Durchschnitt: 4,20 EUR/ m²) genannt. Von den Vermietern wurden Mieten zwischen 4,64 EUR/ m² und 5,33 EUR/ m² (Durchschnitt: 4,90 EUR/ m²) benannt. Nun wird verständlich, warum der Sachverständige den per *indirektem Vergleichswertverfahren* ermittelten Wert von 3,69 EUR/ m² ausschloss. Denn dieser befand sich sogar unterhalb der niedrigsten benannten Mieten, also außerhalb der Spanne der tatsächlich gezahlten Mieten. Dieses so extrem von der Realität abweichende Ergebnis zeigt mit aller Deutlichkeit das Krankheitsbild des *indirekten Vergleichswertverfahrens*: Es ist nicht in der Lage, die ortsübliche Vergleichsmiete darzustellen. Selbst nahe an der ortsüblichen Vergleichsmiete liegende Ergebnisse sind regelmäßig rein zufälliger Natur. Das Ergebnis kann gleichwohl durch den Sachverständigen gezielt gesteuert werden. Dazu weiter unten.

- b) Der Sachverständige aus Fall 1 und Fall 2 wurde erstmals im Jahre 2008 vom Amtsgericht Görlitz wegen einer Mieterhöhung ab dem 01.11.2006 zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete beauftragt. Er wendete damals das *direkte Vergleichswertverfahren* an⁸. Auf Nachfrage erhielt er von sechs Hausverwaltungen und Großvermietern sowie dem Mieterverein 750 Vergleichswohnungen, wovon insgesamt 681 verwertet wurden. Die mitgeteilten Daten zu den Wohnungen betrafen auch die Angabe von Straße, Hausnummer und Geschoss. Die benannten Mieten stellte der Sachverständige als Diagramm dar. Aus diesem Diagramm ermittelte der Sachverständige sodann die ortsübliche Vergleichsmiete. Merke: Aufgrund der Darstellung der tatsächlich gezahlten Mieten als Diagramm und der Einordnung der zu bewertenden Wohnung in dieses Diagramm wird es in der Regel niemals passieren, dass „angepasste Mieten“ (wie im *indirekten Vergleichswertverfahren*) ermittelt werden, welche außerhalb der Spanne der tatsächlich gezahlten Mieten liegen. Dieses Gutachten fand große Anerkennung.

- c) Etwa zeitgleich zu Fall 1 und Fall 2 hatte derselbe Sachverständige im Januar 2015 in einem anderen Verfahren ebenfalls unter Anwendung des *indirekten Vergleichswertverfahrens* unter Vergabe von 206 von 243 erreichbaren Punkten eine ortsübliche Vergleichsmiete von 4,52 EUR/ m² errechnet. Kurz darauf im ersten Ergänzungsgutachten vergab er für die gleiche Wohnung 199,8 Punkte und ermittelte eine ortsübliche Vergleichsmiete von 4,24 EUR/ m². Im zweiten Ergänzungsgutachten vergab der Gutachter für diese Wohnung nur noch 162,8 Punkte ermittelte aber eine ortsübliche Vergleichsmiete von 4,51 EUR/ m².⁹

Logisch erscheint dem unbescholtenen Betrachter noch das Ergebnis des ersten Ergänzungsgutachtens in welchem die ortsübliche Vergleichsmiete etwas sank (auf 4,24 EUR/ m²) nachdem die Punktezahl von 206 auf 199,8 sank. Nach dem weiteren Absinken auf 162,8 Punkte hätte auch die ortsübliche Vergleichsmiete für diese Wohnung sinken müssen. Dies geschah unlogischerweise nicht. Vielmehr stieg diese von 4,24 EUR/ m² auf 4,51 EUR/ m² und erreichte damit fast die ursprünglichen 4,52 EUR/ m² des Ausgangsgutachtens bei der Vergabe von 206 Punkten. Damit tritt deutlich zu Tage, dass das Ergebnis bei dieser Gutachtenart ausschließlich vom Sachverständigen abhängt. Dazu weiter unten.

- d) Ein Sachverständiger gab zu einer Wohnung in Löbau an, dass er die Vergleichsmietmethode und die Mietspiegelmethode im Gutachten angewendet habe. Sodann erklärte er, dass ihm aus seiner Sachverständigentätigkeit Mieten aus der Regionallage bekannt sind und die Mieten wurden bei Recherchen und Abfragen von in der Region ansässigen Maklern, Hausverwaltern und Wohnungsunternehmen sowie aus der eigenen Sachverständigentätigkeit und durch die Parteien ermittelt. Viel später erfährt man, dass aufgrund des geringen Stichprobenumfangs (n = 4) Merkmalsabweichungen erheblichen Einfluss auf die gesuchte Vergleichsmiete haben. Mit dieser Formulierung brachte er zum Ausdruck, dass er lediglich vier Vergleichsmieten (zwei vom Mieterverein und zwei von der klagenden Hausverwaltung) für das Gutachten verarbeitet hatte. Dieses Gutachten wurde vom Gericht nicht verwertet¹⁰.

- e) Ein anderer Sachverständiger führte aus, dass das Erfordernis hinreichend übereinstimmender Wohnwertmerkmale zwischen Vergleichs- und Bewertungsobjekt gewöhnlich über Vergleichspreisanpassungen zu erfüllen versucht wird. Der überwiegende Teil der Vergleichswohnungen bekam einen Zuschlag von 20 %, weil sich diese Wohnungen im Unterschied zum Bewertungsobjekt in Wohn- und Geschäftsgebäuden befinden. Die damit verbundenen negativen Auswirkungen im Vergleich zu reinen Wohngebäuden (z. B. Geräuschbeeinträchtigungen durch Warenanlieferungen, Gewerbeausübung etc.) müssten berücksichtigt werden. Im Ergebnis wurden die Vergleichsmieten umgerechnet und aus den tatsächlich gezahlten Mieten von 4,11 bis 5,50 EUR/ m² wurde die Spanne der angepassten Mieten von 4,36 bis 5,60 EUR/ m² ¹¹. Hier lagen die angepassten Mieten überraschenderweise höher als die tatsächlich gezahlten Mieten. Auch hier handelte es sich um das *indirekte Vergleichswertverfahren* wie oben unter c). Während dort die angepassten Mieten niedriger waren als die gezahlten, ergaben sich hier höhere Mieten. In Fall 1 und Fall 2 überstiegen die angepassten Mieten um rund 20 % die tatsächlich gezahlten Mieten. Merke: Derartige unlogische Abweichungen können nur beim *indirekten*

Vergleichswertverfahren aber niemals beim *direkten Vergleichswertverfahren* vorkommen. Dazu weiter unten.

- f) Der Sachverständige aus Fall 1 und Fall 2 war schon zuvor im Jahr 2010 durch das Amtsgericht Görlitz beauftragt worden, die ortsüblichen Vergleichsmieten für diese beiden Wohnungen zu ermitteln. Während der Sachverständige im Jahre 2008 mit dem *direkten Vergleichswertverfahren* (siehe oben unter b)) arbeitete, wandte er ab 2010 überraschend das *indirekte Vergleichswertverfahren* an, gab die Vergleichswohnungen nur noch anonym mit Straßennamen an, verwendete keine Bestandsmieterhöhungen, weil solche angeblich in den vorangegangenen Jahren nicht stattgefunden hätten und ermittelte für die Wohnung aus Fall 1 eine ortsübliche Vergleichsmiete von 5,30 EUR/ m² unter Vergabe von 215 Wertungspunkten und für die Wohnung aus Fall 2 5,43 EUR/ m² bei Vergabe von 211 Wertungspunkten (von jeweils 243 erreichbaren Punkten)¹². Widersprüchlich und unlogisch war schon hier die höhere ortsübliche Vergleichsmiete für die Wohnung Fall 2 obwohl weniger Wertungspunkte als für die Wohnung Fall 1 vergeben wurden. Auch hier zeigte sich die Krankheit des *indirekten Vergleichswertverfahrens*.
- g) In den Berufungsverfahren zu Fall 1 und Fall 2 betonte der Sachverständige (im zweiten Ergänzungsgutachten), er habe in den vergangenen 10 Jahren eine Erhöhung der Wohnungsmieten in Görlitz nicht feststellen können¹³ und bewertete bei gleichgebliebenem Punktesystem nunmehr die Wohnung in Fall 1 mit 184 Punkten und gab die ortsübliche Vergleichsmiete mit 5,70 EUR/ m² an und im Fall 2 vergab er ebenfalls 184 Punkte und ermittelte aber eine ortsübliche Vergleichsmiete von 5,83 / m². In der Befragung vor dem Berufungsgericht konnte der Sachverständige diese Diskrepanz nicht erklären. Ungeklärt blieb ebenfalls, warum die ortsübliche Vergleichsmiete in Fall 1 von 5,30 EUR/ m² auf 5,70 EUR/ m² und in Fall 2 von 5,43 EUR/ m² auf 5,83 EUR/ m² gestiegen war, obwohl er in den vergangenen 10 Jahren eine Erhöhung der Wohnungsmieten in Görlitz nicht habe feststellen können.
- h) Zeitgleich zu Fall 1 und Fall 2 wurde der Autor von einer Görlitzer Anwaltskanzlei gebeten in einem Gerichtsverfahren Hilfestellung zu leisten, in welchem derselbe Sachverständige ebenfalls ein Gutachten zur ortsüblichen Vergleichsmiete erstellt hatte. Dieses Gutachten wird der Autor nachfolgend wegen mehrerer Übereinstimmungen als Fall 3 bezeichnen¹⁴. Der Rechtsanwalt hatte die Vermutung geäußert, dass der Sachverständige die geforderte 20 % Mieterhöhung bereits in das Gutachten eingearbeitet hat. Dieser Gedanke erschien dem Autor damals absurd. Aus heutiger Sicht hatte der Rechtsanwalt wohl Recht mit seiner Vermutung. Dazu weiter unten.

III. Die Mieten im freifinanzierten Wohnungsbau in den Jahren 2011 bis 2014 in Görlitz

Damit die nachfolgenden Angriffe gegen die mittels *indirektem Vergleichswertverfahren* erstellten Gutachten in den Fällen 1 bis 3 besser verständlich und der Fehler des BGH zu den „fiktiven“ Mieten (Fall 1 Rn. 40 und 42) aufgezeigt werden kann, ist ein Blick auf die sich in den Gerichtsakten wiederfindenden Mietdaten unverzichtbar.

Während es 1989 noch über 8.000 Wohnungssuchende in Görlitz gab, standen rund 10 Jahre später schon 8.000 Wohnungen leer. Dieser Leerstand wirkte sich dahingehend aus, dass „Ausreißermieten“ schlichtweg nicht durchsetzbar waren. Der Mietspiegel aus dem Jahr 2000 (Erfassungszeitraum 1999) wies für vollmodernisierte Wohnungen eine Spanne von 3,70 bis 5,35 EUR/ m² aus.

Für die ortsübliche Vergleichsmiete in Fall 1 und Fall 2 dürfen nur Mieten aus dem Vierjahreszeitraum 2011 bis 2014 herangezogen werden und der Sachverständige selbst führte in seinem zweiten Ergänzungsgutachten aus, er habe in den vergangenen 10 Jahren eine Erhöhung der Wohnungsmieten in Görlitz nicht feststellen können.¹⁵ In dem Gutachten für Fall 1 hatte der Sachverständige 20 Mieten mit einer Spannweite von 3,51 EUR/ m² bis 6,52 EUR/ m² benannt. Das arithmetische Mittel betrug 4,80 EUR/ m². In Fall 2 hatte der Sachverständige 16 Vergleichsmieten mit einer Spanne von 3,51 EUR/ m² bis 6,52 EUR/ m² benannt. Das arithmetische Mittel betrug 4,78 EUR/ m².

Der Autor benannte dem Sachverständigen während der Verfahren Fall 1 und 2 zunächst 12 Bestandmieterhöhungen mit einer Spanne von 3,26 bis 4,66 EUR/ m² und 20 Neuvertragsmieten mit einer Spanne von 2,58 bis 4,61 EUR/ m² (GA 188).

Der Sachverständige hatte in seinem zweiten Ergänzungsgutachten Miethöhen aus dem Internet zwischen 3,88 EUR/ m² und 5,00 EUR/ m² benannt (GA 208).

Die Beklagte machte geltend, dass ein Großvermieter im Jahr 2014 für rund 800 modernisierte Wohnungen die Miete gleichmäßig auf 3,82 EUR/ m² angehoben hatte.

Der F+B-WOHN-INDEX 2015 mit dem Datenstand für III. und IV. Quartal 2014 weist bei 506 deutschen Städten auf, dass Görlitz auf Platz 504 bzw. Platz 506 lag. Es wurde eine Marktmiete von 4,30 EUR/ m² mit einer Spanne von 3,40 EUR bis 5,50 EUR/ m² ermittelt¹⁶.

Zusammenfassend betrug die Spanne der in den Gerichtsakten benannten Mieten in Görlitz in den Jahren 2011 bis 2014 je nach Modernisierungsgrad von 2,58 EUR/ m² bis 6,52 EUR/ m². Das arithmetische Mittel lag bei ca. 4,80 EUR/ m².

IV. Die angepassten Mieten im *indirekten Vergleichswertverfahren*

1. Einleitung

Zunächst hatte der Autor im Fall 1 unter Verwendung der vom Sachverständigen benannten tatsächlich gezahlten Mieten die Rechenschritte anhand der Vorgaben des BGH in seiner Entscheidung vom 29.02.2012¹⁷ ab Rn. 19 vorgenommen und hatte auf diesem Wege eine Spanne von 4,00 EUR bis 5,10 EUR/ m² ermittelt (GA 114). Diese Spanne passt in das Bild der tatsächlich gezahlten Mieten. Im Fall 2 hatte der Autor auf gleichem Wege eine Spanne von 4,30 EUR bis 5,09 EUR/ m² ermittelt (GA 101).

Außerdem hatte der Autor aus den örtlichen Wochenzeitungen von November und Dezember 2015 die Angebote vom Wohnungsmarkt vorgelegt, welche für Wohnungen mit Bad und Balkon eine Spanne von 3,35 EUR/ m² bis 5,73 EUR/ m² auswiesen.

2. Offensichtliche Abweichungen

a) Zu den vorgenannten und den unter III. genannten Mieten passen die vom Sachverständigen in den Fällen 1 bis 3 angepassten Mieten nicht. Denn der Sachverständige passte die tatsächlich gezahlten Mieten u. a. auf 8,78 EUR/ m² und 9,41 EUR/ m² an. Aus diesen angepassten Mieten bildete der Sachverständige direkt das arithmetische Mittel und von diesem leitete der Sachverständige im Fall 1 die Spanne von 4,47 EUR/ m² bis 6,93 EUR/ m², im Fall 2 von 4,58 EUR/ m² bis 7,08 EUR/ m² und im Fall 3 von 5,00 EUR/ m² bis 6,86 EUR/ m² ab.

Merke: Die vom Sachverständigen durch „Anpassung“ ermittelten Spannen für die ortsübliche Vergleichsmiete in den Fällen 1 bis 3 überschreiten in jedem Fall zum einen die vom Sachverständigen selbst herangezogenen teuersten Mieten und zum anderen auch die von den Parteien benannten als auch die vom Sachverständigen im Internet gefundenen teuersten Mieten.

Denklogisch können weder die angepassten Mieten noch die daraus ermittelten Spannen die tatsächlich in Görlitz vorhandene ortsübliche Vergleichsmiete darstellen, weil beide Spannenoberwerte die Oberwerte der tatsächlich in Görlitz gezahlten bzw. vereinbarten Mieten und auch der höchsten Angebotsmieten überschreiten. Deshalb ist die Meinung des BGH falsch, dass die angepassten Mieten die tatsächlich gezahlten Mieten darstellen würden und die Anpassung nur der Einordnung der zu bewertenden Wohnung diene. Damit weicht der BGH auch von der Meinung des Sachverständigen ab, welcher im zweiten Ergänzungsgutachten auf Seite 4 zu den angepassten Miethöhen wörtlich erklärte: „*Dass es sich dabei nicht um tatsächlich gezahlte Miethöhen handelt, liegt auf der Hand.*“

b) Insofern befindet sich der BGH hinsichtlich des Begriffes der „Entgelte“ des § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB in seiner Entscheidung vom 24.04.2019 zu Fall 1 im Widerspruch zu seiner Entscheidung vom 29.02.2012. Denn dort hatte er vorgegeben, wie zunächst die in der Gemeinde übliche Miete (Rn. 23) zu ermitteln und **innerhalb** deren Spanne dann die Einzelvergleichsmiete zu bestimmen ist (Hervorhebung durch den Autor). Die Einzelvergleichsmiete wird sodann als „konkrete“ ortsübliche Vergleichsmiete in der Regel durch Einstufung der Wohnung **innerhalb der Spanne** aufgrund zusätzlicher qualitativer Kriterien näher bestimmt werden können (Rn. 28).

Damit gleich Klarheit herrscht: Der Autor stimmt dem vom BGH in seiner Entscheidung vom 29.02.2012 vorgezeigten Weg zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete voll und ganz zu. Denn wenn die dort vorgegebenen Schritte eingehalten werden, kann es überhaupt nicht zu einer Überschreitung der Spanne der tatsächlich gezahlten bzw. vereinbarten Mieten kommen! Denn solche „angepassten Mieten“ wie sie durch den Sachverständigen in den Fällen 1 bis 3 mit 8,78 EUR/ m², 9,41 EUR/ m², 7,22 EUR/ m², 7,28 EUR/ m² usw. verwendet wurden, stellen nicht die oben unter III.) dargestellten Mieten in Görlitz dar und können schon deshalb nicht als „üblich“ angesehen werden, schlichtweg deshalb, weil solche Mieten von keinem Wohnraummieter in Görlitz gezahlt werden. Deshalb sind es – entgegen der Meinung des BGH – nur fiktive Mieten und nicht die „üblichen Entgelte“.

c) Der Autor gesteht ein, dass er mit den ersten Gutachten im *indirekten Vergleichswertverfahren* wenig anfangen konnte. Selbst der Sachverständige im oben unter II. 2. a) geschilderten Fall war über das Ergebnis erschrocken und strich dieses Bewertungsverfahren in seiner Gesamtbewertung, weil ihm das Ergebnis zu absurd war. Während im dortigen Fall das Ergebnis weit unter den tatsächlich gezahlten Mieten lag und der Rechtsanwalt in Fall 3 eine Erhöhung

um 20 % vermutete, schienen diese Erkenntnisse noch rein zufällig zu sein. Des Rätsels Lösung war zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Sicht.

In dem unter II. 2. c) geschilderten Verfahren hatte der Autor als Öffentlichkeit an den mündlichen Verhandlungen teilgenommen. Der Vermieteranwalt machte durch seine Fragestellungen jedenfalls deutlich, dass ihm die vom Sachverständigen ermittelte ortsübliche Vergleichsmiete zu gering erschien, sie hätte wohl höher ausfallen müssen. Aufgrund der weiteren Diskussion zwischen den Parteien wurde der Sachverständige vom Gericht beauftragt, sein bisheriges Gutachten zu ergänzen. Er ergänzte dieses aber nicht, sondern fertigte das erste Ergänzungsgutachten, in welchem er die vom Vermieteranwalt gerügte niedrige Miete noch weiter herabsetzte. In der nächsten mündlichen Verhandlung war es nun an der Mieteranwältin zu verdeutlichen, dass die nunmehrige ortsübliche Vergleichsmiete noch nicht niedrig genug sei u. a. sollen auch für den Balkon viel zu viel Punkte vergeben worden sein. Daraufhin erteilte das Gericht dem Sachverständigen den Auftrag, sein Gutachten zu ergänzen. Der Sachverständige ergänzte aber wiederum nicht sein Gutachten, sondern fertigte mit dem zweiten Ergänzungsgutachten wiederum ein komplett neues Gutachten. Er senkte zwar aufgrund der Beanstandungen der Mieteranwältin den Punktwert der zu bewertenden Wohnung. Aber er errechnete trotzdem wieder die hohe ursprüngliche Vergleichsmiete. Dieses Erlebnis in Verbindung mit den Ergänzungsgutachten zu Fall 1 bis 3 brachte nun die Erleuchtung. Viele Wolken am Himmel waren verschwunden. Interessanterweise verhielten sich die Gutachten dann aber doch nicht wie eine Sonnenuhr, welche jedenfalls bei wolkenlosem Himmel üblicherweise genau geht.

d) Bei einem Sachverständigen ohne ausreichend große Datenbank und ohne besondere Absicht bei der Erstellung eines Gutachtens nach dem *indirekten Vergleichswertsystem* kann die vom Gutachter ermittelte ortsübliche Vergleichsmiete zu niedrig aber auch zu hoch sein. Das Ergebnis ist immer rein zufällig. Ob das Gutachten tatsächlich die ortsübliche Vergleichsmiete im Sinne des § 558 Abs. 2 BGB darstellt, weiß niemand, auch der Sachverständige nicht.

e) Der Sachverständige mit einer hinreichend großen Datensammlung ermittelt auch nicht die ortsübliche Vergleichsmiete, sondern errechnet etwas, was er dann als ortsübliche Vergleichsmiete verkauft. Dabei hat er einen „vollen“ Gestaltungsspielraum. Da er nicht die tatsächlich gezahlten Mieten verwendet, sondern nur die angepassten Mieten, gestaltet er das Ergebnis seines Gutachtens aktiv. Ob er dabei (mehr oder weniger) zufällig die ortsübliche Vergleichsmiete ermittelt hat, wird er uns nicht verraten. Regelmäßig kann er dies auch nicht. Denn entgegen einer weit verbreiteten Meinung ist diese Bewertungsmethode viel zu empfindlich und 20 Vergleichswohnungen sind eine viel zu geringe Anzahl. Deutlich wird dies in Fall 1. Der BGH hatte beanstandet, dass die Vergleichswohnung Nummer 7 außerhalb des Vierjahreszeitraumes liegt. Wird diese Vergleichswohnung richtigerweise aus dem ursprünglichen arithmetischen Mittel von 5,70 EUR/ m² entfernt, so ergibt sich ein arithmetisches Mittel von 5,53 EUR/ m². Das heißt: Wenn die Entfernung nur einer einzigen Vergleichswohnung zu einer derartig gravierenden Änderung des Ergebnisses führt, kann die Anzahl von 20 Vergleichswohnungen und/ oder deren Auswahl nicht repräsentativ sein. Gleichzeitig wird deutlich, wie der Sachverständige durch Hinzufügen oder Entfernen ausgesuchter Mieten das Ergebnis steuern kann bzw. steuert. Damit disqualifiziert sich das *indirekte Vergleichswertverfahren* aber selbst, denn die ortsübliche Vergleichsmiete soll durch den Sachverständigen ermittelt werden und stellt keinen Wert dar, welcher dem Belieben des Sachverständigen unterliegt.

f) In den Verfahren 4 C 501/18 und 4 C 478/18 vor dem Amtsgericht Görlitz hatte der Sachverständige tatsächlich gezahlte/ vereinbarte Miethöhen mit einem arithmetischen Mittel von 4,10 EUR/ m² ermittelt. Nach Anpassung der Mieten (weil überwiegend höherwertige Wohnungen verwendet wurden) sank der arithmetische Mittelwert auf 3,83 EUR/ m². Das Gericht beauftragte den Sachverständigen, die Gutachten mit Bestandsmietenänderungen zu ergänzen. Der Sachverständige fügte nun drei Wohnungen hinzu. Auch diese Wohnungen waren höherwertig, weshalb das arithmetische Mittel auf 3,72 EUR/ m² sank. Dem Autor war aber bekannt, dass dieser Vermieter rund 150 Modernisierungsmieterhöhungen erklärt hatte. Diese Mieten arbeitete der Autor in das Gutachten ein und aufgrund der Vielzahl der Bestandsmietenänderungen mit höherwertigen Wohnungen sank das arithmetische Mittel auf 3,04 EUR/ m². Nachdem der Autor auch noch den Wertansatz der zu bewertenden Wohnungen aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten korrigiert hatte, sank der arithmetische Mittelwert auf 2,60 EUR/ m². Der nunmehr errechnete arithmetische Mittelwert unterbietet selbst die niedrigste tatsächlich gezahlte Miete aus dem Gutachten.

V. Wie funktioniert das *indirekte Vergleichswertverfahren*?

Einleitend muss gesagt werden: Sinnbildlich bleibt bei jedem Gutachten im *indirekten Vergleichswertverfahren* der Himmel „wolkenverhangen“. Das liegt daran, dass man sich gar nicht unter einem Himmel befindet, sondern in einem geschlossenen Raum an dessen Decke etwas ist, was wie Wolken aussieht. Man kann diese wolkenähnlichen Dinge wegnehmen, wird sich aber weiterhin im geschlossenen Raum befinden. Es gibt hier nur einen Lichtblick: Man muss diesen Raum verlassen und irgendeine Art des *direkten Vergleichswertverfahrens* wählen. Zum Verständnis: Bei einer Bandbreite mit gezahlten Mieten von 5,00 EUR/ m² bzw. 6,00 EUR/ m² für identische Wohnungen ist nicht der arithmetische Mittelwert die ortsübliche Vergleichsmiete, sondern der Oberwert von 6,00 EUR/ m².¹⁸ Hätte Börstinghaus argumentiert, die Bandbreite reiche bis 6,50 EUR/ m² und der Vermieter hat einen Anspruch auf 6,50 EUR/ m², so hätten nicht nur Fachleute, sondern auch Laien den Kopf geschüttelt und sich gewundert. Denn ein solches Ergebnis verstößt schlichtweg gegen Denkgesetze bzw. Erfahrungssätze. Eben dies geschah aber bei den Gutachten in den Fällen 1 bis 3 und blieb vom BGH unbeachtet, obwohl die Revisionen in Fall 1 und 2 darauf hinwiesen.

1. Es gibt grundsätzlich zwei Bewertungssysteme: Zum einen werden die Zu- oder Abschläge für vor- oder nachteilige Abweichungen der Vergleichswohnungen mittels Prozentzahlen ausgedrückt. Auf dieses System wird nachfolgend nicht weiter eingegangen – hierzu liegen dem Autor kaum Gutachten vor. Zum anderen erfolgt die Vergabe einer maximalen Punktezahl, welche in den vorliegenden Gutachten zwischen 95 und 243 schwankt. Die Unterschiede sind im Endeffekt nur marginal. Schwirley zeigt an einem Beispiel auf, dass die Frage nach dem richtigen Mischungsverhältnis zwischen Neuvertragsmieten und Bestandsmieterhöhungen erheblich bedeutsamer sein kann, als „die von Sachverständigen und Parteien heiß diskutierte Frage, wie hoch die Badezimmerverfließung in der zu begutachtenden Wohnung zu bewerten ist“. Das Mischungsverhältnis hat sich nach den örtlichen Gegebenheiten zu richten¹⁹. Dies setzt Marktkenntnisse des Sachverständigen regelmäßig voraus.

Fragt man bei den Sachverständigen nach, warum das *indirekte Vergleichswertverfahren* und nicht das *direkte Vergleichswertverfahren* Anwendung fand, so erhält man zur Antwort, dass in der Praxis sehr oft völlig gleichwertige Wohnungen zu sehr unterschiedlichen Mieten vermietet werden. Ebenso werden Wohnungen mit abweichenden Ausstattungsstandards zu nahezu

gleichen Mietpreisen vermietet. Deshalb müsse man durch Punktevergabe die Vergleichswohnungen an die zu bewertende Wohnung annähern.

Hier zeigt sich das Kernübel des *indirekten Vergleichswertverfahrens*: Richtigerweise müsste die zu bewertende Wohnung in die Spanne der tatsächlich gezahlten bzw. vereinbarten Mieten eingeordnet werden. Stattdessen wird mittels Punktesystem die Miete der Vergleichswohnungen nach dem unterschiedlichen Willen der unterschiedlichen Sachverständigen umgerechnet/angepasst (eigentlich: verfälscht) und auf diesem Wege tatsächlich nicht gezahlte und auch nicht vereinbarte Mieten ermittelt. Schon deshalb sind diese „angepassten Mieten“ grundsätzlich nicht in der Lage, die ortsübliche Vergleichsmiete darzustellen. Denn nach dem Willen des Gesetzgebers wird die ortsübliche Vergleichsmiete aus den üblichen Entgelten gebildet, welche in den letzten vier Jahren **vereinbart** oder **geändert** worden sind (§ 558 Abs. 2 BGB). Von „angepassten Mieten“ ist im Gesetz keine Rede.

2. Gleichzeitig stellt sich die Frage, wie der Sachverständige aus Fall 1 bis 3 ein Punktesystem speziell für Görlitz schaffen konnte. Der Sachverständige bestätigte, dass die Vermieter sich mangels Kenntnis nicht an sein Punktesystem bei der Mietpreiskalkulation halten. Bei den herangezogenen Vergleichswohnungen wurden auch nicht die Mieter befragt, wie viel Punkte sie selbst für ihre Wohnung betreffs Ausstattung, Lage usw. geben würden. Auch sind keine Bestandsmietenänderungen berücksichtigt worden mangels Verfügbarkeit. Junge Eltern suchen z. B. eine neue Wohnung, weil sie nunmehr ein Kinderzimmer benötigen. Viele Mieter suchen eine Wohnung nahe am Arbeitsplatz um den täglichen Anfahrtsweg zu kürzen und einige Mieter haben sich eine Wohnung in der Nähe ihrer Eltern gesucht, um diese besser pflegen zu können. Aufgrund dieser primären Gründe wird dann zunächst geprüft, ob sich die geforderte Miete im finanziell machbaren Rahmen hält. Sodann wird geprüft, ob in der angebotenen Wohnung z. B. eine Wand als Stellfläche für die große Anbauwand vorhanden ist. Der vom Vermieter vorgegebene Mietpreis ist regelmäßig kein Diskussionspunkt. In all diesen Fällen wird das Punktesystem des Sachverständigen zum Fantasiegebilde. Nicht aus den Augen gelassen werden darf außerdem bei Bestandsmietenänderungen, dass ein Großteil auf Modernisierungsmieterhöhungen fällt. Dies ist dem Sachverständigen bekannt (siehe oben unter II. 2. b. zum *direkten Vergleichswertverfahren*). Für Außenwanddämmungen in Görlitz sind dem Autor Mieterhöhungen von 1,50 EUR/ qm bekannt durch welche dann ein neuer Nettomietpreis von 5,00 EUR/ qm erreicht wurde. Die Außenwanddämmung besorgte in diesen Fällen 33 % der gezahlten Miete. Der Sachverständige vergab hingegen in den Fällen 1 bis 3 für die Außenwanddämmung 4 Punkte mehr als für eine einfache Fassade. Bei 243 Gesamtpunkten lag die Vergabe bei 1,6 %. Die Punktevergabe liegt mithin fern von der Realität. Ähnlich sieht die Punktevergabe in anderen Gutachten aus. Die Ursache liegt zum einen darin, dass Bestandsmieterhöhungen wie z. B. Modernisierungsmieterhöhungen den Sachverständigen regelmäßig nicht zur Kenntnis gelangen. Andererseits hat noch kein Gutachter konkret bekanntgegeben, nach welcher wissenschaftlichen Methode er sein Punktesystem erarbeitet hat. Mithin kann auch nicht bestätigt werden, dass überhaupt eine wissenschaftliche Methode hierfür angewendet wurde. Ein anonymisiertes Gutachten verhindert die Überprüfung der sogenannten Wissenschaftlichkeit derartiger Gutachten. Der Autor könnte noch weitere Unstimmigkeiten derartiger Punktesysteme aufzählen – dies würde aber den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen. Für die Gutachten aus Fall 1 und Fall 2, welche vom BGH als wissenschaftlich erstellt angesehen wurden, ergibt sich aber folgende grundsätzliche Frage: Wie soll ein Gutachten wissenschaftlichen Grundsätzen genügen, wenn dem Sachverständigen ausschließlich Neuvertragsmieten zur Verfügung standen und er in den letzten 10 Jahren keine

Bestandsmieterhöhungen feststellen konnte? Dieser Gutachter könnte mit seinem Punktesystem allenfalls die Marktmiete ermitteln, auf welche der Vermieter aber keinen Anspruch hat^{19a}.

3. In den Fällen 1 und 2 vergab der Sachverständige im ersten Schritt für die zu bewertenden Wohnungen identische 184 Punkte.

Im zweiten Schritt erhielten die vom Sachverständigen ausgewählten Vergleichswohnungen ihre Punkte.

Im dritten Schritt wurden für die Vergleichswohnungen die vergebenen Punkte in die „angepassten Miethöhen“ umgerechnet (Anpassung).

Im vierten Schritt wurden die angepassten Mieten addiert.

Im fünften Schritt wurde die Summe der angepassten Mieten durch die Anzahl der Vergleichswohnungen dividiert und das arithmetische Mittel dargestellt.

Im sechsten Schritt wurde das arithmetische Mittel als „der Mittelwert der Vergleichsmiete“ bezeichnet.

In einem siebenten (aber irreleitenden) Schritt wurde noch die mathematische Standardabweichung mit einer Formel behandelt, welche nichts mit den Vergleichsmieten zu tun hat – das Ergebnis wurde dann als Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete ausgewiesen.

Diese Formel wird ganz überwiegend von den Sachverständigen verwendet und wird teilweise auf ein Urteil des LG München I zurückgeführt. Auch im dortigen Fall hatte der Sachverständige zunächst das arithmetische Mittel der Vergleichsmieten errechnet und anschließend eine Bandbreite durch den sogenannten „Vertrauensbereich oder Konfidenzintervall“ ermittelt. Das dortige Gericht sah dadurch die Bandbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete als nachgewiesen an.²⁰ Diese Rechtsmeinung dürfte aber veraltet sein. Zum einen ist die Herleitung der Bandbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete mittels Standardformel aus dem arithmetischen Mittel der Mieten der Vergleichswohnungen rein theoretischer Natur und das Ergebnis nicht durch Vergleichsmieten belegt/ abgedeckt. Seit der Entscheidung des BGH vom 29.02.2012²¹ dürfte klar sein, wie die Bandbreite der ortsüblichen Vergleichsmiete durch das Gericht mit Unterstützung des Sachverständigen zu ermitteln ist.

4. Zur Vorgehensweise bei der Anpassung erläuterte der Sachverständige: Wenn die jeweilige Vergleichswohnung geringer bewertete Eigenschaften hat, als die zu bewertende Wohnung, so steigt die angepasste Miethöhe. Wenn die Eigenschaften einer Vergleichswohnung besser sind, als die der zu bewertenden Wohnung, wird die angepasste Miethöhe umso kleiner²². Als Grund führte er an, dass üblicherweise für am Mietmarkt geringere Eigenschaften eine niedrigere Miete gezahlt wird. Deshalb muss die angepasste Miete der Vergleichswohnung niedriger liegen, wenn diese eine bessere Beschaffenheit hat, als die zu bewertende Wohnung, um eine Vergleichbarkeit zu erreichen. Ebenso liegt die angepasste Miethöhe der Vergleichswohnung höher, wenn die Vergleichswohnung eine geringere Punktzahl als die zu bewertende Wohnung erhält, um eine Vergleichbarkeit zu erreichen.

Die Formel und Berechnung lautete im Gutachten des Fall 1 für die Vergleichswohnung Nr. 7: Ausgangsmiete 6,42 EUR/ m² dividiert durch den Wertansatz (134,5 Punkte) multipliziert mit dem Wertansatz der zu beurteilenden Wohnung (184 Punkte) ergibt eine angepasste Miethöhe von 8,78 EUR/ m².

Mit anderen Worten: Eine Wohnung, welche zwar zu einem für Görlitzer Verhältnisse recht hohen Mietpreis von 6,42 EUR/ m² vermietet wurde, aber eine billigere Ausstattung als die Wohnung im Rechtsstreit hat, wurde auf 8,78 EUR/ m² hochgerechnet und diese (in Görlitz gar nicht erzielbare) Miete floss direkt in das arithmetische Mittel der ortsüblichen Vergleichsmiete des Gutachtens ein (klarstellender Hinweis: Die Sachverständigen bezeichnen derartige hochgerechnete Mieten als *angepasste* Mieten, der Autor als *verfälschte* Mieten, die Revision in Fall 1 als *fiktive* Mieten und der BGH in Fall 1 Rn. 40 als *tatsächlich gezahlte* Mieten).

Hätte der Sachverständige eine der ihm vom Autor benannten Bestandsmietenänderungen auf 3,82 EUR/ m² verwendet, wäre ein ganz anderes Ergebnis zustande gekommen. Es handelt sich um Wohnungen mit besserer Ausstattung, als die in Fall 1 zu bewertende Wohnung. Diese Wohnungen waren zuvor modernisiert worden. Der Autor vergab gemäß der Punkteliste aus dem Gutachten für diese Wohnung 212 von 243 erreichbaren Punkten. Es wird wie folgt gerechnet: 3,82 EUR/ m² dividiert durch 212 Punkte multipliziert mit 184 Punkten = 3,32 EUR/ m². Damit erhält man für eine vollmodernisierte Wohnung ein Ergebnis, welches weit unter den in III. genannten Durchschnittsmieten von Görlitz liegt (vgl. II 2. a).

Diese Beispiele zeigen auf, dass die Anpassung der Mieten von Vergleichswohnungen im *indirekten Vergleichswertverfahren* nichts, aber auch gar nichts mit den üblichen Entgelten des § 558 Abs. 2 BGB zu tun hat. Die nach oben über die Mieten des Görlitzer Wohnungsmarktes hinauschießenden „angepassten Mieten“ hatte die Revision im Fall 1 mittels eines Diagramms dargestellt. In diesem wurden die tatsächlichen und die angepassten Mieten der Fälle 1 bis 3 farbig gegenübergestellt. Auffällig wurde, dass in allen drei Fällen der arithmetische Mittelwert rund 20 % über dem arithmetischen Mittelwert der angepassten Mieten der tatsächlich gezahlten Mieten lag. Damit wurde zunächst optisch die Vermutung des Rechtsanwalts aus Fall 3 (siehe oben unter II. 2.h) bestätigt, dass der Sachverständige die 20 % gewünschte Mieterhöhung wohl schon in das Gutachten eingebaut habe. Durch die optische Darstellung trat nun zu Tage, dass auch in den Fällen 1 und 2 eine 20 %ige Mieterhöhung eingebaut war. Auch die völlig abwegige Spitzenmiete mit 9,41 EUR/ m² wurde dargestellt und angegriffen. Warum der BGH diesen Vortrag der Revision völlig unberücksichtigt ließ, hat er uns leider nicht mitgeteilt.

5. Nun stellt sich sofort die Frage, wie ein Sachverständiger 20 % Mieterhöhung in ein Gutachten einbauen kann.

Zunächst ist der Aufbau einer Datensammlung notwendig. Dabei wird der Sachverständige zuvor Überlegungen anstellen, was mit dem Datenmaterial durchgeführt werden soll und welches Ergebnis man erreichen will. Wenn es Ziel ist, für eine zu bewertende Wohnung eine ortsübliche Vergleichsmiete bestimmen zu können, so werden Informationen benötigt, die zur Bewertung der Vergleichsobjekte erforderlich sind. Dazu setzt die Aufnahme einer Wohnung in die Datensammlung in der Regel die persönliche Besichtigung voraus.²³ Nach der Besichtigung erfolgt die Punktevergabe. Damit stehen dem Sachverständigen sofort abrufbar die gezahlten Mieten sowie die Punktezahlen für eine Anzahl von Vergleichswohnungen zur Verfügung. Daraus resultiert die Meinung der Sachverständigen, dass sie Vergleichswohnungen vergleichbar gemacht haben. Wie weit die Sachverständigen dabei von der Realität entfernt sind, zeigt Schwirley an anderer Stelle auf: Nach seiner Meinung zeigt die Bewertungsrealität, dass Abweichungen der vertraglich vereinbarten Mieten von marktüblichen Mieten die Regel darstellen.²⁴ Besteht die Datensammlung nur aus Neuvertragsmieten wird damit eine angepasste Marktmiete dargestellt. Darauf hat der Vermieter aber keinen Anspruch, vielmehr hat der

Tatrichter auf ein angemessenes Verhältnis von Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen zu achten²⁵.

Will der Sachverständige mit seinem Punktesystem erreichen, dass er eine 20 %ige Mieterhöhung in das Gutachten einbaut, so muss er entsprechend der oben dargestellten Wirkung viele Mieten von Vergleichswohnungen mit geringer bepunkteten Eigenschaften als die zu beurteilende Wohnung verwenden. Das wurde überprüft: Im Fall 1 hatte er 18 Vergleichswohnungen mit niedrigerer Punktzahl und nur 2 Wohnungen mit höherer Punktzahl gewählt. Im Fall 2 hatte er 13 Vergleichswohnungen mit niedrigerer und 3 Vergleichswohnungen mit höherer Punktezahl gewählt. In Fall 3 hatte er 16 Wohnungen mit einer niedrigeren und 2 Wohnungen mit einer höheren Punktzahl ausgewählt. Automatisch erzielt das arithmetische Mittel der angepassten Mieten einen höheren Wert als das arithmetische Mittel der tatsächlich gezahlten Mieten. In den hier überprüften drei Fällen wurde ersichtlich durch die spezielle Auswahl der Vergleichswohnungen die 20 %ige Mieterhöhung bereits eingebaut.

In dem unter II. 2. c) benannten Verfahren hatte der Sachverständige im ersten Ergänzungsgutachten 9 Vergleichswohnungen mit einer höheren und eine mit einer niedrigeren Punktezahl herangezogen. Richtigerweise sank daher die Miete. Im zweiten Ergänzungsgutachten hatte er 20 Vergleichswohnungen mit einer niedrigeren und 3 Wohnungen mit einer höheren Punktezahl herangezogen und folglich stieg die Miete wieder.

Damit wird deutlich: Beim *indirekten Vergleichswertverfahren* gestaltet der Sachverständige bei bewusster Wohnungsauswahl zielsicher das von ihm gewünschte Ergebnis hinsichtlich der Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete. Das Ergebnis richtet sich ausschließlich nach seiner Auswahl der Vergleichswohnungen, welche bisher in keinem Fall unter Mitwirkung oder Aufsicht des Tatrichters stattfand. In keinem der vorliegenden Gutachten wurden ausgesonderte Wohnungen benannt. Dem Tatrichter ist es gar nicht möglich, zu überprüfen, ob überhaupt ausgesonderte Wohnungen vorhanden waren um ggfls. beim Sachverständigen nachzufragen, warum die eine oder andere Wohnung ausgesondert wurde. Gleichfalls ist es dem Tatrichter somit verwehrt zu erkennen, ob evtl. ausgesonderte Wohnungen vergleichbarer mit der zu bewertenden Wohnung seien. Die Tatrichter werden mithin vom zweitwichtigsten Schritt zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete ausgeschlossen. Gleiches passiert den Parteien und deren Anwälten. Auch diese erhalten keine Information darüber, ob der Sachverständige ein Auswahlverfahren durchgeführt hat und wenn ja, nach welchen Kriterien dieses stattfand. Betrachtet man diesen Punkt der Gutachtenerstellung genauer, so wird deutlich, dass der wichtigste Schritt, nämlich die Ermittlung der **Ortsüblichkeit** der Vergleichsmieten, schlichtweg übergangen wurde. Dieser Fehler betrifft 95 % der dem Autor vorliegenden Gutachten. Derartig fehlerhafte Gutachten sind nicht in der Lage, die ortsübliche Vergleichsmiete darzustellen. Dazu weiter unten.

Da alle Sachverständigen behaupten, dass keine vergleichbaren Wohnungen zur Verfügung standen und deshalb die Anpassung vorgenommen werden müsse, wird die Anpassung in den mündlichen Verhandlungen zu einzelnen Punkten durch die Richter zwar befragt aber das Verfahren selbst und die Bepunktung letztendlich nicht in Frage gestellt. Schließlich bejaht auch der BGH grundsätzlich eine Bewertung mittels Zu- oder Abschlägen. Aber: Wird diese Anpassung nicht **innerhalb** einer sich aus tatsächlich gezahlten Mieten ergebenden Spanne angesetzt, sind die Ergebnisse immer willkürlich. Denkbar wäre dann auch folgende Konstellation: So könnte man aus den Gutachten Fall 1 bis 2 die vorhandenen tatsächlichen

Mieten mit einem Schnitt von 6,30 EUR und den vorhandenen 140 bzw. 150 Bewertungspunkten nehmen. Verwendet man die gleiche Anzahl von höher und niedriger bewerteten Vergleichswohnungen, so erhält man für die zu bewertenden Mieterwohnungen mit 184 Punkten ein arithmetisches Mittel der Vergleichswohnungen von 8,00 EUR/ m², welches dann die ortsübliche Vergleichsmiete für Görlitz (wunschgemäß im Sinne des Vermieters) wäre. Wie aufgezeigt, liegt ein solches Ergebnis mittels einer derartigen Bewertungsmethode im real durchführbaren Bereich, das Ergebnis widerspricht aber den in Görlitz üblicherweise gezahlten bzw. vereinbarten Mieten. In Gemeinden mit durchschnittlich höheren Mieten würde bei gleicher Punktebewertung eine tatsächlich gezahlte Durchschnittsmiete von 8,50 EUR/ m² auf 10,80 EUR/ m² angehoben und bei einer durchschnittlich gezahlten Miete von 10,00 EUR/ m² würde das Ergebnis im Gutachten 12,70 EUR/ m² lauten.

Die ortsübliche Vergleichsmiete wird aber mangels Feststellung der Üblichkeit der Mieten als auch mangels der Repräsentativität der Vergleichsmieten, der willkürlichen Auswahl durch den Sachverständigen und der durch Anpassung vorgenommenen Verfälschungen der tatsächlich gezahlten bzw. vereinbarten Mieten in der Regel nicht ermittelt werden.

Der Autor hat während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer des örtlichen Mietervereins weit über 1.000 Wohnungsbesichtigungen durchgeführt. Dies erlaubt ihm die Wohnungen in das Punktesystem des Sachverständigen der Fälle 1 bis 3 einzuordnen und er könnte problemlos durch die „Anpassung“ der tatsächlich gezahlten Mieten von Vergleichswohnungen und der Methodik des *indirekten Vergleichswertverfahrens* auch eine ortsübliche Vergleichsmiete von rund 10,00 EUR/ m² für Görlitz darstellen. Ein solches Gutachten entspricht identisch der Methodik des Gutachtens aus Fall 1 und wäre aus Sicht des BGH wohl ebenfalls „wissenschaftlich“ obwohl es absoluter Unfug wäre.

6. Sobald der arithmetische Mittelwert nach obiger Methode errechnet wurde, wird üblicherweise zunächst die Standartabweichung ermittelt.²⁶ Ausgehend von der Standartabweichung wird der mittlere Fehler der Standartabweichung/ der mittlere Fehler des arithmetischen Mittels ermittelt. Dies führte im Fall 1 dazu, dass die ursprüngliche Spanne der angepassten Mieten (3,87 EUR bis 8,78 EUR/ m²) umgerechnet und die Vergleichsmiete als Spanne von 4,47 EUR/ m² bis 6,93 EUR/ m² dargestellt wurde. Die Klägerin wünschte eine Verurteilung der Beklagten möglichst in Richtung des Oberwertes dieser Spanne. Dem trat der BGH entgegen, weil diese Spanne zu groß sei, er habe es schon früher nicht gebilligt, dass bei einer Bandbreite von 6,05 EUR/ m² bis 8,00 EUR/ m² der Oberwert für die ortsübliche Vergleichsmiete zugrunde gelegt wurde. Also errechnete der Sachverständige im 3. Ergänzungsgutachten noch einmal die Standartabweichung und den Standartfehler und um zu ermitteln, wie gut dem errechneten Mittelwert und der Standartabweichung vertraut werden könne, wurde zusätzlich das Konfidenzintervall berechnet. Aus dem unteren und dem oberen Wert erstellte er nun die neue Spanne für die Vergleichsmiete mit 5,18 EUR/ m² bis 6,32 EUR/ m². Mithin hatte der Sachverständige die ursprünglich ausgewiesene Spanne im Interesse des klagenden Vermieters mehr als halbiert. Toll. Wahrscheinlich würde der BGH auch diese Neuberechnung als wissenschaftlich bezeichnen – weil die Berechnung so aussieht. Allerdings wird die Standartabweichung in keinem einzigen Gutachten mittels Bestandsmietenänderungen oder Neuvermietungsmiten abgedeckt oder daran festgemacht. Die standardisierte Abweichungsberechnung stammt jedenfalls nicht aus dem Bereich der Wohnungsmieten. Denn dann dürfte diese Formel nicht einheitlich sein, sondern müsste für jede Gemeinde ganz speziell ermittelt. Anderenfalls – so ist der jetzige Stand – befinden sich die Sachverständigen ständig im

Widerspruch zu ihrer eigenen Feststellung, dass sehr oft für hochwertige Wohnungen niedrige Mieten und für minderwertige Wohnungen hohe Mieten gezahlt werden. Um eine Standardabweichung überhaupt feststellen zu können, müsste erst einmal bei Neuvertragsmieten analysiert werden, in welchem Umfang Abweichungen nach oben oder unten erfolgen. Sodann müssten alle Bestandsmietenänderungen analog analysiert und sodann ins Verhältnis zu den Neuvertragsmieten gesetzt werden und selbst dann lässt sich noch keine Standardabweichung für die ortsübliche Vergleichsmiete ermitteln, weil diese nur selten ein punktgenauer Wert ist, vielmehr wird sich diese üblicherweise als eine Bandbreite darstellen. Da immer nur die Mietänderungen der letzten vier Jahre einbezogen werden dürfen und auch müssen, kann die Standardabweichung im folgenden Jahr schon wieder eine andere sein. Hier wird offensichtlich, dass eine sogenannte Standardabweichung völlig fehl am Platz ist, weil es im Wohnungsmarkt keine standardisierten Abweichungen bzw. Vereinbarungen gibt. Vielmehr scheinen die Sachverständigen und die Tatrichter immer noch nicht erkannt zu haben, dass es auf die **Üblichkeit** der gezahlten Mieten ankommt. Da diese in jeder Gemeinde anders ist, ist für eine standardisierte Standardabweichungsformel kein Raum.

VI. Die Anonymisierung der Vergleichswohnungen

1. Einführung

Soweit die Sachverständigen für Görlitz per *direktem Vergleichswertverfahren* die ortsübliche Vergleichsmiete ermittelten, wurden nicht nur Vermieter befragt, sondern auch der Mieterverein. In den Gutachten konnte man anhand der Straßennamen nebst Hausnummer und Etage gut erkennen, ob von allen Befragten Daten verwertet wurden. So gab es die Erkenntnis, dass die Genossenschaften bei gleichem Modernisierungsumfang die Mieten rund 0,50 EUR/ m² niedriger hielten als das Kommunale Wohnungsunternehmen, welches der größte Vermieter vor Ort war und jährlich Abführungen an die Stadtkasse leistete. Hingegen sind die Genossenschaften wirtschaftlich lediglich ihren Mitgliedern verpflichtet. Bereits daraus resultiert eine unterschiedliche Preisphilosophie. Werden hier Daten nur eines dieser Vermieter verwendet, so scheidet bereits die korrekte Ermittlung der Ortsüblichkeit der Mieten. Gleiches gilt, wenn der Mieterverein nicht ebenfalls befragt wird. Denn Vermieter neigen dazu, bei Befragung nur ihre teuersten Mieten anzugeben. Dies ist aus Sicht des Autors verständlich, schließlich sind sie Unternehmer.

2. Interessanterweise werden nur Gutachten im *indirekten Vergleichswertverfahren* durch die Sachverständigen anonym gefertigt. Darin versichern alle Sachverständigen, dass eine Offenlegung der genauen Lage der Wohnungen aus Datenschutzgründen nicht möglich sei, dies greife in die Angaben zur privaten Lebensführung von Mietern ein. So hatte der Sachverständige auch bereits in den Gutachten für die Wohnungen aus Fall 1 und Fall 2 im Jahr 2010 (II. 2. f)) argumentiert. Um dieses stetige Argument ad absurdum zu führen, hatte der Autor dem Sachverständigen erstinstanzlich nicht nur die vom BGH erwähnte Liste mit der nicht unerheblichen Anzahl von Bestandsmieterhöhungen zugesandt, sondern darin auch alle Mieter mit Namen und Anschrift benannt und Telefonnummern angegeben und den Sachverständigen darauf hingewiesen, dass alle mit Telefonnummer benannten Mieter bereit sind, ihn in die Wohnung hinein zu lassen und er ganz offiziell die Daten der Wohnung auch in seinen Gutachten verarbeiten darf. Aber wiederum argumentierte der Sachverständige, dass er aus Datenschutzgründen die verwendeten Wohnungen nicht näher bezeichnen darf.

Diese Argumentation ist unglaublich. Denn zum einen kann der Sachverständige die Mieter fragen, ob er die Adresse nebst Mietpreis im Gutachten verwenden darf²⁷. Da in Görlitz die meisten Wohnungen über Inserate und Aushänge bei den Hausverwaltungen mit Preisangabe angeboten und vermietet werden, betrachten die Mieter diese Angaben nicht unter dem Aspekt des Datenschutzes. Auch steht der Name der Mieter am Klingelschild und Name sowie Straße und Hausnummer stehen mit der Festnetznummer im örtlichen Telefonbuch. Es existieren also insoweit keine schützenswerten Daten. Zum anderen hat der Autor bereits weit mehr als 1.000 Wohnungen in Görlitz und Umgebung besichtigt und erfragt bei dieser Gelegenheit auch gleich, ob die jeweilige Wohnung in die Mietdatensammlung des Mietervereins und an den Sachverständigen weitergegeben werden darf. Bei dieser großen Anzahl von Anfragen hat der Autor nicht eine einzige ablehnende Antwort erhalten! Hingegen argumentieren alle Sachverständige mit *indirektem Vergleichswertverfahren*, dass sie aus Datenschutzgründen die Wohnungen nicht näher bezeichnen dürfen. Was wollen uns die Gutachter also wirklich verschweigen?

3. Wird z. B. eine Wohnung in der Zittauer Straße in Görlitz anonym angegeben und lediglich informiert, dass sich die Wohnung in einem Mehrfamilienhaus befindet, so gibt es verschiedene Möglichkeiten. Die Zittauer Straße erstreckt sich fast vom Bahnhof bis zum Stadtausgang im Süden über rund 2 km. Auf dieser Straße befinden sich Miethäuser aus der Gründerzeit, aus der Ziegelblockbauweise der 50iger Jahre und Betonblockbauten der 70iger Jahre des vorigen Jahrhunderts, welche sich in unterschiedlicher Vermieterhand befinden und damit auch einer unterschiedlichen Preisgestaltung unterliegen. Deshalb hatten die Beklagten in Fall 1 und Fall 2 die Anonymität bereits erstinstanzlich gerügt und im Berufungsverfahren ihre Rüge weiterverfolgt. Denn wenigstens die Angabe der Hausnummer ist notwendig um möglichst den Vermieter zu ermitteln (die Großvermieter haben sehr oft ihre Namen als Reklame an der Stirnseite eines Wohnblockes stehen). Denn aus hiesiger und sachverständiger Sicht ist wegen der unterschiedlichen Mietpreisgestaltung durch die Vermieter zwecks Erreichen der Repräsentativität der Vergleichsmieten und der Ermittlung der Ortsüblichkeit auch ein Querschnitt der unterschiedlichen Vermieter möglichst im marktanteiligen Bereich einzuhalten²⁸. Ohne Angabe der Hausnummer ist ein diesbezüglicher Versuch zum Scheitern verurteilt.

Wenn dann der BGH meint, dass auch die Revision auf Grundlage des Sachverständigengutachtens in die Lage versetzt wurde, sich eingehend mit dem Befund des Sachverständigen auseinander zu setzen, ohne durch die Unkenntnis der Hausnummern und der Lage im Geschoss in ihrer Beurteilung beeinträchtigt zu sein (Rn. 39 in Fall 1), ist dies schlichtweg unrichtig und zeigt lediglich auf, dass sich der BGH nur unvollständig über den Akteninhalt informiert hat. Vielmehr konnten die Beklagten in Fall 1 und Fall 2 keinerlei Angriffe gegen das Punktesystem bzw. die bepunkteten Vergleichswohnungen führen, weil sie mangels Angabe der Hausnummer nicht einmal wussten, ob die Vergleichswohnungen überhaupt existieren, geschweige denn Angriffe gegen die Repräsentativität und die richtige Auswahl der Wohnungen erheben.

4. Hinsichtlich der übrigen Gutachter, welche mit dem *indirekten Vergleichswertverfahren* arbeiten, ist zunächst anzumerken, dass diese in der überwiegenden Anzahl nicht aus Görlitz stammen, sondern auch aus Dresden oder Leipzig. Hier vermutet der Autor schlichtweg, dass es diesen Sachverständigen an den nötigen Daten sowohl im Hinblick auf Quantität als auch

Qualität fehlt. Wann wollen sie die Vergleichswohnungen besichtigt haben, wenn zum Besichtigungstermin weder das Gericht noch die Parteien geladen wurden? Das beste Beispiel ist der oben unter II. 2. d) benannte Fall, in welchem dem Sachverständigen insgesamt nur vier Vergleichsmieten zur Verfügung standen. Sofort entsteht doch die Frage: Wo wollen die anderen Sachverständigen ihre Daten herbekommen haben, wenn durch alle Vermieter die Auskunft verweigert wurde?

Zur Beantwortung dieser Frage kann man z. B. in das dritte Ergänzungsgutachten zu Fall 1 schauen. Nach der Kritik des BGH, dass im Gutachten keine Bestandsmieterhöhungen einbezogen wurden, obwohl die Beklagte eine nicht unerhebliche Anzahl benannt hatte, befragte der Sachverständige Görlitzer Hausverwaltungen und einen Großvermieter. Letzterer antwortete: „Wir sind grundsätzlich gern bereit, Sie bei der Erstellung eines Mietgutachtens, nach unseren Möglichkeiten, zu unterstützen. Zu Ihrer speziellen Anfrage von Vergleichswohnungen, bei denen Bestandsmieten erhöht wurden, können wir Ihnen jedoch nicht helfen, da in diesem Zeitraum keine derartigen Mieterhöhungen im Bestand durchgeführt wurden“. Dies war der Anlass für den Sachverständigen sich nachträglich vor Gericht zu rechtfertigen, dass er keine Bestandsmieterhöhungen habe feststellen können.

Allerdings lagen dem Mieterverein für diesen Zeitraum von diesem Großvermieter Mieterhöhungen von verschiedenen Objekten in umfangreicher Anzahl vor und einige davon hatte der Autor in seinem Schreiben an den Sachverständigen auch unter Angabe von Straße, Hausnummer, Namen und Telefonnummer der Mieter benannt. Verständnis für die Antwort des Vermieters kann man dann haben, wenn man sich vor Augen hält, wie viel Arbeit er gehabt hätte ohne dass dafür dem Unternehmen ein Gewinn zufließt. Denn es hätten Mitarbeiter befragt werden müssen und insgesamt wären viele Stunden Arbeitszeit notwendig gewesen. Schon unter unternehmerischen Gesichtspunkten – denn die Vermieter erhalten keine Rückantwort dahingehend, zu welchem Ergebnis die von ihnen gelieferten Daten führen – besteht kein Anlass, welcher für die zur Verfügungstellung von Daten spricht. Mithin besteht ein echter Bedarf an der Offenlegung der Daten für die Vergleichsobjekte und ggfls. auch der dazugehörenden Quellen in den Gutachten um anschließend eine zielgerichtete Befragung des Sachverständigen den Prozessparteien zu ermöglichen.

Gleiches gilt für das Gericht. Mit dem Argument des BGH, dass der Sachverständige schließlich vereidigt usw. sei, sollte man sich nicht zufriedengeben. Denn sind die Befundtatsachen bestritten und das Gericht folgt ohne nähere Prüfung einem Sachverständigengutachten, wird nicht nur den Parteien auf diese Weise die Möglichkeit abgeschnitten, an einer Überprüfung mitzuwirken, sondern wird die Möglichkeit genommen, die Tauglichkeit des Gutachtens zur Streitentscheidung zu erschüttern. Das führt im Ergebnis dazu, dass nicht der Richter unter Beteiligung der Parteien, sondern der Sachverständige die tatsächlichen Urteilsgrundlagen feststellt. Zur Nachprüfung eines Sachverständigengutachtens kann die Kenntnis der einzelnen tatsächlichen Umstände, die der Sachverständige selbst erhoben und seinem Gutachten zugrunde gelegt hat unentbehrlich sein. In einem solchen Fall ist die Offenlegung dieser Tatsachen aus rechtsstaatlichen Gründen regelmäßig geboten. Ist der Sachverständige dazu nicht bereit, darf sein Gutachten nicht verwendet werden. Allein der Umstand, dass Dritte eine Bekanntgabe von Tatsachen aus ihrer Privatsphäre nicht wünschen und der Sachverständige sich daran gebunden fühlt, ist freilich kein ausreichender Grund dafür, das Urteil auf ein solches Gutachten zu stützen.

VII. Die ausschließliche Befragung von Vermietern zu Vergleichsmieten

1. Der BGH hatte sich in seiner Entscheidung vom 21.10.2009³⁰ gegen die Meinung der dortigen Beklagten gestellt und meinte, es bestehen keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass die Vermieter ein Interesse daran haben könnten, das allgemeine Mietniveau anzuheben und deshalb geneigt seien, bei der Befragung durch den Sachverständigen billigen Wohnraum zu verschweigen und nur besonders teure Wohnungen anzugeben. Dazu ein Blick in die Gerichtsakte: Die dortige Klägerin war und ist das größte Wohnungsunternehmen in Görlitz. Mangels eigener Datensammlung erfragte die Sachverständige von der Klägerin und einem anderen Vermieter die verwendeten Vergleichsmieten. Der Mieterverein wurde nicht befragt. Die Beklagte machte geltend, dass auf ihrer Straße bei unsanierten Wohnungen eine Grundmiete von 3,12 EUR/ m² geleistet wird und nur dann, wenn neue Fenster und neue Wohnungseingangstüren eingebaut wurden, wurden Preise von 3,48 EUR/ m² verlangt. Nach Erhalt der Vergleichsmieten von der Klägerin beanstandete die Sachverständige die übermittelten Daten und bat die Klägerin um Klärung. Eine Antwort erfolgte nicht.

Vergleicht man nun die 19 verwerteten Wohnungen, so standen der Sachverständigen nur vier Wohnungen mit einem unsanierten Zustand analog der Beklagtenwohnung zur Verfügung und für diese wurden Mietpreise von 3,82 EUR/ m² bis 4,05 EUR/ m² benannt. Das heißt: Durch die befragte Klägerin wurden ausschließlich Wohnungen mit erheblich höheren Mieten benannt, als die Beklagten für vergleichbare Wohnungen vorgetragen hatten. Hätte der BGH sich tatsächlich mit dem Akteninhalt beschäftigt, so wäre für seine obige Meinung kein Raum gewesen. Schon dieser Fall zeigt auf, dass die Ortsüblichkeit von Vergleichsmieten nicht ausschließlich durch Vermieterbefragung ermittelt werden kann und darf.

2. Noch deutlicher wird die Tatsache, dass Vermieter bei Befragung durch die Sachverständigen geneigt sind, ihre teuersten Mieten zu benennen in dem oben unter II. 2. a) benannten Verfahren. Für den dortigen Haustyp in Görlitz Weinhübel gab es damals nur zwei Vermieter. Ausweislich der Adressenliste wurden beide Vermieter befragt. Die niedrigste der von den Vermietern benannten Mieten lagen bei 4,64 EUR/ m². Hingegen hatte der Mieterverein auch Mieten von 3,80 EUR/ m² benannt. Da sich die vom Mieterverein benannten Mieten ausschließlich aus Verträgen mit den beiden Vermietern ergaben, mussten also die Vermieter diese niedrigen Mieten selbst kennen. Sie hatten also nachweisbar billigen Wohnraum verschwiegen. Diese Tatsache, dass die Vermieter immer wieder ihre billigsten Mieten verschweigen und dies jedenfalls bei anonymisierten Gutachten auch nicht kontrollierbar ist, muss zu der neutralen Erkenntnis führen, dass Mieter und Vermieter gleichberechtigt zu befragen sind. Beide sind Marktteilnehmer mit unterschiedlichen Interessen. Mithin darf eine Gruppe durch die Gerichte (diese sind die Auftraggeber der Gutachten) nicht bevorzugt werden. Anderenfalls ist hier ein Verstoß gegen Artikel 3 GG zu sehen. Man stelle sich umgedreht mal ein Gutachten vor, in welchem nur Mietervereine zur ortsüblichen Vergleichsmiete befragt wurden. Das würde ein Geschrei ergeben. Um eine Überprüfung den Parteien zu ermöglichen und ggfls. die Tauglichkeit des Gutachtens zur Streitentscheidung zu erschüttern, sind die Befundtatsachen zu benennen. Ein anonymisiertes Gutachten ist dazu nicht geeignet.

3. Auch aus dem großen unter II. 2. b) benannten Gutachten ist ersichtlich, dass vom örtlichen Mieterverein durchschnittlich niedrigere Mieten benannt wurden als durch die Vermieter. Den Mietervereinen sind die höchsten Mieten regelmäßig unbekannt. Dies liegt in der Natur der Sache: Die Vermieter kennen alle Mieten. Sie kennen sowohl ihre niedrigsten als auch ihre

höchsten Mieten. Nennen die Vermieter nicht die niedrigsten Mieten, so haben sie diese verschwiegen. Mietervereine erhalten die Informationen überwiegend nur durch ratsuchende Mieter. Eine große Anzahl Mieter hatte sich aus bestimmten Gründen eine billige Wohnung gesucht und nach dem ersten Jahr schon die erste Mieterhöhung erhalten. Diese Mieter wünschen sich Hilfe. Hingegen erhalten Mieter mit sehr hoch abgeschlossenen Mieten nicht gleich eine Mieterhöhung. Von diesen Mieten erhalten Mietervereine nur ausnahmsweise oder gar keine Kenntnis.

4. Im Jahr 2004 erhöhte ein Vermieter für zwei gleichartige und gleichgroße Wohnungen in einem Wohnblock die Mieten. Durch den unterschiedlichen Lauf der Verfahren wurden unterschiedliche Gutachter beauftragt. Der eine Gutachter befragte nicht nur die Vermieter, sondern auch den Mieterverein und ermittelte eine ortsübliche Vergleichsmiete von 4,45 EUR/ m² (siehe oben unter II. 2. a)). Die Gutachterin für die Nachbarwohnung befragte ausschließlich Vermieter und errechnete ein arithmetisches Mittel von 4,54 EUR/ m² (AG Görlitz 2 C 0699/04). Auch wenn der Unterschied nur gering erscheint, so ist er doch zum Nachteil der Mieter vorhanden, obwohl die nebeneinanderliegenden Wohnungen (im Wohnblock) identisch hinsichtlich der Merkmale waren.

5. Abschließend zu diesen Beispielen wird noch einmal auf die Daten von Vergleichswohnungen in Fall 1 verwiesen. Der Autor hatte dem Sachverständigen Bestandsmieterhöhungen mit einer Spanne von 3,26 EUR/ m² bis 4,66 EUR/ m² sowie Neuvertragsmieten mit einer Spanne von 2,58 EUR/ m² bis 4,46 EUR/ m² mitgeteilt.³¹ Der Sachverständige verwendete ausschließlich von Hausverwaltungen benannte Neuvertragsmieten mit einer Spanne von 3,51 EUR/ m² bis 6,52 EUR/ m². Auch hier zeigt sich, dass durch die Hausverwaltungen die billigsten Mieten verschwiegen wurden. Für die oben zitierte Meinung des BGH ist daher kein Raum, sie ist auch lebensfremd. Der Vermieter wird nicht seine niedrigsten Mieten dem Sachverständigen benennen um dann dadurch den Rechtsstreit zu verlieren. Wirtschaftlich denkende Vermieter wollen die Miete erhöhen, also werden bereits im Mieterhöhungsschreiben möglichst die teuersten Mieten benannt. Das ist legitim. Wenn derselbe Vermieter im Rechtsstreit durch den Sachverständigen zu Vergleichsmieten befragt wird, wird er sich nicht in Gefahr begeben und das Unterliegen in seinem Rechtsstreit riskieren. Auch dies ist aus diversen Gründen verständlich. Demgemäß hat der Sachverständige auch die örtliche Mietervertretung um Auskunft zu ersuchen. Nur so wird überhaupt die Möglichkeit geschaffen, dass vom Sachverständigen die **üblicherweise** gezahlten Mieten festgestellt werden können.

6. Eigentlich sollten die obigen Ausführungen überflüssig sein. Im Ergebnis der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Mietrechtsreform ab 01.09.2001 in welcher das ehemalige MHG in das BGB integriert wurde, wurde eine neue Vorschrift mit zentraler Bedeutung geschaffen: „Ist ein Mietspiegel nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt oder von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter gemeinsam erstellt worden...“.³² Der Gesetzgeber übernahm diese Regelung in den § 558 c Abs. 1 BGB. Die Gemeinde als öffentliche Einrichtung wird als neutrale Person angesehen als erste Alternative und in der zweiten Alternative sollen die Mietspiegel von Vermietern und Mietern gemeinsam erstellt oder anerkannt worden sein. Gerade das Wissen und der Sachverstand der benannten Interessenvertreter erzeugt ein relativ neutrales Produkt und verbürgt aufgrund der erreichbaren Datenmenge die notwendige Repräsentativität der Daten, wie sie durch einen Sachverständigen (als Einzelperson) logischerweise nie erreicht werden kann. Die Qualität eines Sachverständigengutachtens zur ortsüblichen Vergleichsmiete hinkt daher der Qualität eines

Mietspiegels hinterher. Ist kein Mietspiegel in der Gemeinde vorhanden, so sollten die Instanzgerichte nicht locker lassen bei der Befragung der Sachverständigen zu den Informationsquellen. Denn bei ausschließlicher Vermieterbefragung durch die Sachverständigen könnte man durchaus eine einseitige Bevorzugung einer der beiden am Mietmarkt beteiligten Interessengruppen sehen.

VIII. Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige sind – anders als der Vermieter – von Berufs wegen zur Objektivität verpflichtet.³³

Diesem Ausspruch des BGH kann man verschiedene Deutungen unterstellen. Aber man sollte sich als Parteivertreter oder Richter nicht dazu verleiten lassen, aufgrund der Verpflichtung zur Objektivität alles, was die Sachverständigen tun und äußern, für bare Münze hinzunehmen. Auch Gutachter sind nur Menschen. Nachfolgend Beispiele als Beleg dafür, dass alle Angaben in den Gutachten überprüfbar sein müssen:

1. Wie oben unter IV. 4. ausgeführt, hatte der Sachverständige in Fall 1 und 2 nach der Zurückweisung durch den BGH an das Berufungsgericht mehrere Vermieter um Auskunft gebeten. Alle Vermieter antworteten sinngemäß, dass keine Bestandsmietenänderungen stattgefunden haben. Dies teilte der Sachverständige im 3. Ergänzungsgutachten dem Gericht mit und betrachtete seine Suche als gescheitert. Nun muss man wissen, dass die vom Autor dem Sachverständigen mitgeteilten Bestandsmietenänderungen³⁴ stellvertretend für rund 1000 in den vier heranzuziehenden Jahren standen. So hatte ein Vermieter an die Wohnungen von drei Wohnblöcken jeweils Balkone angebaut. Von dieser Vielzahl hatte der Autor lediglich eine Mieterhöhung benannt. Der weiter oben zitierte Großvermieter hatte eine Vielzahl seiner Wohnblöcke von sechs Etagen auf drei Etagen reduziert und anschließend mit einer Vollwärmedämmung versehen und die Kosten von letzterer als Modernisierungsmieterhöhung auf die verbliebenen Mieter umgelegt. Auch hier hatte der Autor nur eine Vergleichsmiete angegeben. Warum konnten sich die Vermieter nicht an solche umfangreichen Maßnahmen und die Mieterhöhungen erinnern? Denn § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB schließt lediglich Betriebskostenerhöhungen aus. Mithin gehören auch Modernisierungsmieterhöhungen (§ 559 Abs. 1 BGB) mit zu den zu berücksichtigenden Bestandsmietenänderungen.³⁵ Es stellte sich heraus, dass der Sachverständige, als er nach Bestandsmieterhöhungen des betreffenden Zeitraumes anfragte, seine Frage wie folgt formuliert hatte: *„Mieterhöhungen aufgrund von Modernisierungen und Verbesserungen sind damit nicht gemeint.“* – Damit dürfte sich der Sachverständige vom Leitbild der Objektivität erheblich entfernt haben. Gleichzeitig tritt offen zu Tage, dass Gutachten, welche zur Grundlage einer Gerichtsentscheidung gemacht werden sollen, in allen Bereichen sowohl vom Gericht als auch den Parteien überprüfbar sein müssen. Der Glaube an die jederzeit vorhandene Objektivität des Sachverständigen ist ein Irrglaube.

2. Vom Landgericht Görlitz wurde ein Gutachten zur ortsüblichen Vergleichsmiete in Weißwasser eingeholt.³⁶ Der Sachverständige aus dem Land Brandenburg besorgte sich von einigen Vermietern Mieten und kam mittels eines Diagramms zur Erkenntnis, dass die Urstichprobe eine signifikante Abhängigkeit des Mietzinses vom Merkmal Bahnhofsentfernung in km vermuten lässt. Der Autor ging den Angaben vor Ort nach und kam zur Erkenntnis, dass die benannten Hausnummern aus genau sieben Wohnblöcken stammen. Alle Wohnungen in den Wohnblöcken wurden nach der Wende durch den Vermieter modernisiert. In einem Wohnblock,

welcher dem Bahnhof am nächsten liegt, hatte der Vermieter vor Beginn der Baumaßnahmen individuelle Modernisierungsvereinbarungen mit den Mietern abgeschlossen, aus welchen sich die neuen Mieten ergaben. Da viele Mieter nicht den vollen Modernisierungsumfang wünschten, wurden sie von einigen Maßnahmen ausgenommen und dementsprechend fielen die Mieterhöhungsvereinbarungen geringer aus. Die vom Sachverständigen mit Hilfe des Stadtplanes festgestellte Nähe zum Bahnhof hatte also mit der Höhe des geringeren Mietzinses absolut nichts zu tun. Die Objektivität des Sachverständigen basierte hier auf SCHEIN und nicht auf SEIN.

3. Historisch bedingt hat jede mittlere und größere Stadt im Osten Deutschlands ihr eigenes Wohnungsbauunternehmen (Ausnahme: wenn z. B. wie in Dresden dieses Unternehmen komplett verkauft wurde). Oft sind dies die größten Vermieter vor Ort. An zweiter Stelle kommen die Genossenschaften und manchmal auch die Treuhandanstalt bzw. deren Nachfolger. Im dritten Ergänzungsgutachten zu Fall 1 und Fall 2 hatte der Sachverständige erstmals die befragten Hausverwaltungen namentlich benannt. Es handelte sich nur um einen Bruchteil der in Görlitz tätigen Hausverwaltungen. Die drei Genossenschaften oder die TAG wurden nicht befragt. Damit erreichte der Sachverständige rund 20 % der Vermieter. Dann darf man aber auch unterstellen, dass die verwendeten Vergleichsmieten nicht repräsentativ für die Gemeinde sind. Hier gilt es auch zu bedenken, dass es „teure“ und „preiswerte“ Vermieter gibt ²⁸. Günstige Wohnungen werden oft durch die Vermieter selbst weitervermietet und erscheinen in den „Mietspiegeln“ des RDM nicht. Die von Maklern benannten Neuvertragsmieten beinhalten auch nicht die Wohnungen von Genossenschaften. Soll bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete auch der Anteil der Vermieter am Wohnungsmarktgeschehen berücksichtigt werden, so ist den Parteien als auch dem Gericht eine Überprüfung schon nicht möglich, wenn es an der Angabe der Hausnummer mangelt.

4. Objektiv kann nur eine Befragung sein, mit welcher nicht nur Vermietern sondern auch Mietern die Gelegenheit gegeben wird, Vergleichsmieten zu nennen. Denn üblicherweise sind die Datenbanken der Sachverständigen völlig unzureichend, wenn es um Vergleichsmieten geht. Wenn z. B. ein Mieter eine Mieterhöhung erhält (Bestandsmietenänderung), so wendet er sich nicht an einen Sachverständigen sondern an seinen Rechtsanwalt oder er geht zum Mieterverein. Auch kommt kein Vermieter auf den Gedanken einen Sachverständigen zu befragen, wenn er nach einer Modernisierung die Miete erhöht. Die Umlage von 11 % bzw. 8 % der Baukosten auf die Jahresmiete ist ein Rechenvorgang zu welchem kein Sachverständiger benötigt wird. Gleiches gilt für die Vereinbarungen von Staffelmieten in Mietverträgen usw. Aber auch die Herbeischaffung von Neuvertragsmieten gestaltet sich für den Sachverständigen nicht unbedingt einfach. Wenn 50 oder 100 Wohnungssuchende als Warteschlange vor einer angebotenen Wohnung stehen, wird sich der Sachverständige nicht in die Warteschlange einreihen. Im Ergebnis war der aus dem Land Brandenburg herbeigeholte Sachverständige für Löbau schon von Beginn an nicht objektiv. Denn zunächst wurde er vom Gericht befragt, ob er sich im Stande sieht, ein Sachverständigengutachten für die ortsübliche Vergleichsmiete in Löbau für den benannten Wohnungstyp zu erstellen. Die Frage bejahte er, wohlwissend, dass er gar keine Datenbank für Vergleichsmieten in Löbau besaß.

5. Der Sachverständige in Fall 1 und Fall 2 hatte auch Neumieten aus dem Jahr 2006 verwendet. In Fall 1 rügte der BGH dies als unzulässig. In Fall 2 schwieg er dazu. Also entfernte der Sachverständige nach der Zurückweisung an das Berufungsgericht in seinem dritten

Ergänzungsgutachten in Fall 1 die Miete aus dem Jahr 2006 aber im Fall 2 entfernte er diese unzulässige Miete nicht.

6. Am 03.12.2020 wurde der Sachverständige zu den Vergleichsmieten in seinen Gutachten befragt. Er erklärte, dass er keine Mieterhöhungen aufgrund von Modernisierungen berücksichtigt habe. Denn der Vermieter könne die dafür investierten Kosten teilweise wieder gegenüber den Mietern geltend machen. Er findet, dass dies ein großer Unterschied ist zum allgemeinen Mietniveau. Aus seiner Sicht gibt es keinen Vergleichsmaßstab zwischen den Mieterhöhungen nach Modernisierung und Mieterhöhungen aufgrund der Veränderung des Mietmarktes. Man vergleiche quasi Äpfel mit Birnen. Nach Staffelmieten oder nach Indexmieterhöhungen habe er schon gar nicht gefragt bei den Hausverwaltungen³⁷. Beachtet man, dass zuvor dem Sachverständigen aus seinem Gutachten der Text des § 558 Abs. 2 S. 1 BGB vorgelesen wurde, wonach lediglich Betriebskostenerhöhungen ausscheiden, so muss man ernsthaft um die Objektivität des Sachverständigen besorgt sein, denn reine Rechtsunkenntnis dürfte hier wohl ausscheiden.

7. Aus den oben unter VII.) benannten Gründen dürfte Sachverständigen, welche ihre Mietdaten ausschließlich aus Vermieterbefragungen ziehen, ebenfalls die Objektivität abzuspochen sein.

8. Auch Richter sind vereidigt und von Berufs wegen zur Objektivität verpflichtet. Für diesen Personenkreis hat der BGH entschieden: *„Mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums ist es Pflicht des Rechtsanwalts, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken*³⁸. Wenn die Messlatte für die Tätigkeit der Rechtsanwälte gegenüber Richtern so hoch angelegt wird, so darf sie gegenüber Sachverständigen nicht niedriger gehängt werden. Ein Sachverständiger mag zwar laut BGH zu mehr Objektivität als ein Vermieter verpflichtet sein, dies allein stellt aber keine Gewähr für die ordnungsgemäße Datenerhebung dar.

IX. Einige teils ungeklärte Fragen sowie der Versuch einiger Antworten

Der Autor war der erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte in den Fällen 1 und 2 für die Mieter und war auch der Schriftsteller für die Schriftsätze in den Berufungsverfahren. Deshalb war das Vorbringen in beiden Instanzen identisch. Kernpunkt der Rechtsverteidigung war das Urteil des BGH vom 29.02.2012³⁹.

Der Antrag der Beklagten vor dem Berufungsgericht auf Zulassung der Revision wurde vordergründig auf den unhaltbaren Zustand gestützt, dass für zwei gleichwertige Wohnungen zwei unterschiedliche ortsübliche Vergleichsmieten durch den Sachverständigen ermittelt wurden und durch ihn die Vorgaben des BGH aus dem Urteil vom 29.02.2012 unbeachtet blieben. Weder im Tatbestand noch in den Entscheidungsgründen ging das Berufungsgericht darauf ein. Das Berufungsgericht war aber an der Meinung des BGH zu den vorliegenden Gutachten interessiert und ließ deshalb die Revision uneingeschränkt zu. Leider blieb eine Vielzahl von Rechtsfragen unbeantwortet.

In Fall 1 wurde die Revision durch den verklagten Mieter und in Fall 2 durch den klagenden Vermieter eingelegt. Dies ist einer der Gründe, warum das BGH-Urteil in Fall 1 22 Seiten und

im Fall 2 nur 10 Seiten lang ausfiel. Denn durch die Revision in Fall 1 wurden mehr Rechtsfragen angesprochen als durch die Revision zu Fall 2.

Die Revision in Fall 1 machte geltend, dass der Sachverständige im Parallelverfahren (VIII ZR 82/18 = Fall 2) zu einer unterschiedlichen ortsüblichen Vergleichsmiete gelangte, obwohl beide Wohnungen in demselben Haus zum gleichen Zeitpunkt mit denselben 184 Punkten bewertet worden seien. Auf diese Rüge ging der BGH nicht ein.

Die Revision in Fall 1 machte geltend, dass es dem Gutachten an der Ermittlung der **Ortsüblichkeit** der Vergleichsmieten entsprechend den Vorgaben des BGH aus seinem Urteil vom 29.02.2012 mangelt. Eine Miete kann nur dann als üblich angesehen werden, wenn sie innerhalb einer Spanne liegt, welche zumindest die überwiegende Mehrheit der Vergleichsmieten umfasst. Dieses breite Mittelfeld gilt es zu ermitteln als ortsübliche Vergleichsmiete, innerhalb deren Spanne die Einzelvergleichsmiete danach zu bestimmen ist. Daran mangelte es dem Gutachten in Fall 1. Der BGH ging auf diesen Angriff nicht ein.

In Fall 1 rügte die Revision, dass im Gutachten keine Bestandsmietenänderungen berücksichtigt seien. In Fall 2 rügte die Revision diesen Umstand nicht. Der BGH durfte aber aufgrund der diesbezüglichen Gegenrüge der Beklagten das Berufungsurteil aufheben. – Hier kann man aus der Formulierung des BGH entnehmen, dass er eigenständig die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens nicht aufgreifen durfte, weil die Revision hierzu nichts geltend machte. Dies bedeutet aber im Umkehrschluss, dass die Fehlerhaftigkeit des Gutachtens ohne die Gegenrüge der Beklagten Bestand gehabt hätte.

Die Revision in Fall 1 hatte vorgetragen, dass die Beklagte unter Verwendung der tatsächlich gezahlten Mieten aus dem Gutachten unter Beachtung der vom BGH benannten Schritte zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch den Tatrichter⁴⁰ eine ortsübliche Spanne von 4,27 EUR – 4,83 EUR/ m² ermittelte. Damit zeigte die Revision den Verstoß gegen die Denk- und Erfahrungssätze auf⁴¹. Darauf ging der BGH nicht ein.

Die Revision in Fall 1 hatte umfangreich das Berufungsurteil angegriffen, weil die Anpassung der Vergleichsmieten jeglicher Logik entbehrte und damit auch gegen die Denkgesetze verstieß. Dies betraf u. a. auch den Oberwert der angepassten Mieten mit 9,41 EUR/ m². Der BGH umging diese grundsätzliche Frage, weil zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete unterschiedliche wissenschaftliche Bewertungsmethoden in Betracht kommen und die Wahl einer bestimmten Bewertungsmethode generell dem Tatrichter vorbehalten bleibt und im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar ist, nämlich darauf, ob das Berufungsurteil insoweit gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt.

In Fall 1 hat der BGH mehrfach darauf hingewiesen, dass das Gutachten nicht in jeder Hinsicht den gesetzlichen Vorgaben des § 558 Abs. 2 S. 1 BGB gerecht wird. Allerdings meint er zum Punktesystem, dieses hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise als geeignete Grundlage seiner Beurteilung angesehen. Schließlich diene das verwendete Punktesystem lediglich dazu, nicht zu vermeidende Unterschiede zwischen den Vergleichswohnungen und der Wohnung der Beklagten auszugleichen⁴². Betonung dürfte hier auf dem Wort „revisionsrechtlich“ liegen. Das heißt: In tatsächlicher Hinsicht kann das Punktesystem in den Tatsacheninstanzen durchaus angegriffen werden. Denn eines dürfte klar sein: Der Sachverständige, welcher über keinerlei Bestandsmietenerhöhungen verfügt und

deshalb sein Punktesystem ausschließlich mittels Neuvertragsmieten entwickelt hat, kann nur ein Punktesystem für die „Marktmiete“ entwickelt haben (auf die der Vermieter keinen Anspruch hat). Mangels Datenlage kann man dieses Punktesystem daher nur als willkürlich ansehen. Mit derartigen Fehlern haben sich daher die Tatsacheninstanzen intensiv zu befassen. Zur Verdeutlichung: Halten sich die Vermieter mangels Kenntnis nicht an die Punktevorgabe des Sachverständigen und lässt dieser in seine statistische Auswertung zur Ermittlung von Punkten keine Bestandsmietenänderungen einfließen, so stellen derartige Punktesysteme schlichtweg nur eine Spekulation dar nach dem Motto: Der Richter weiß es auch nicht besser, also hat er mir zu glauben, was ich als Sachverständiger da geschrieben habe.

Weit verbreitet ist die Meinung, dass der BGH sich tatsächlich mit einer Akte und einem Gutachten beschäftigt. Wer aber intensiv die Entscheidungen des BGH bis zum Ende liest, wird immer wieder auf die Formulierung stoßen: Weitere Angriffe macht die Revision nicht geltend. Diese Äußerung lässt zunächst die Vermutung zu, dass bei weiteren Angriffen im Ergebnis eine andere Entscheidung möglich gewesen wäre. Vergleicht man nun die §§ 545, 546 und 551 (3) und insbesondere § 559 ZPO, so wird deutlich, dass die Überprüfung durch den BGH nur eingeschränkt erfolgen kann. Zwecks Vereinheitlichung der Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Nr. 2. ZPO) wäre eine intensivere Beschäftigung des BGH mit den durch die Revision in Fall 1 aufgeworfenen Fragen wünschenswert gewesen. Vielleicht war es auch Leichtsinn des Autors, einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zuzustimmen. Möglicherweise hätten in der mündlichen Verhandlung noch einzelne Rechtsfragen angesprochen werden können.

X. Zusammenfassung

Das *indirekte Vergleichswertverfahren* oder andere/ ähnliche Varianten des *indirekten Vergleichswertverfahrens* können nicht die ortsübliche Vergleichsmiete widerspiegeln. Welche Methodik der Sachverständige verwenden soll/ darf, entscheidet der Tatrichter.

In politischen Gemeinden ohne Mietspiegel müssen wenigstens 50 % der Vergleichsmieten herangezogen werden⁴³. Nur so kann die Ortsüblichkeit ermittelt werden. Ohne Ermittlung der Ortsüblichkeit kann weder der Richter entscheiden, noch können die Parteien das Gutachten angreifen oder für gut befinden. Zwar wird von Börstinghaus und Schwirley sowie einigen Sachverständigen die Meinung vertreten, dass man auch mit einer geringen Anzahl von Vergleichsmieten die ortsübliche Vergleichsmiete ermitteln könne – es komme nur auf die richtige Auswahl der Wohnungen an. Diese Meinung kann nicht richtig sein. Denn woher will man wissen, dass die getroffene Auswahl richtig ist, wenn es unstreitig üblich ist, dass für unterschiedlich zu bewertende Wohnungen gleichhohe Mietpreise oder für höherwertige Wohnungen niedrigere Mietpreise gezahlt werden, als für geringer ausgestattete Wohnungen? Nur dann, wenn schon bekannt ist, wie hoch die ortsübliche Vergleichsmiete für die zu bewertende Wohnung ist, ist eine geringe Anzahl von Vergleichswohnungen mit den bereits zutreffenden Mieten ausreichend. Da die Beteiligten i. d. R. die genaue Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete noch gar nicht kennen (weshalb der Gesetzgeber dem Vermieter in § 558 a Abs. 2 BGB eine Vielzahl von Begründungsmitteln für die Mieterhöhung zur Verfügung stellte), kann nur über eine repräsentative Anzahl von Wohnungen die Ortsüblichkeit ermittelt werden.

Nur wenn die Ortsüblichkeit der Vergleichsmieten ordnungsgemäß ermittelt wurde, wird der Tatrichter in die Lage versetzt, auf ein angemessenes Verhältnis von Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen zu achten⁴⁴.

Das breite Mittelfeld ist der Bereich der ortsüblichen Vergleichsmiete, innerhalb deren Spanne die Einzelvergleichsmiete zu bestimmen ist⁴⁵.

Sobald die Bandbreite festgestellt werden kann, ist die Einzelmiete zu ermitteln. Hierzu muss die zu beurteilende Wohnung mittels Zu- oder Abschlägen in die Spanne der vorhandenen tatsächlich gezahlten/ vereinbarten Mieten eingeordnet werden. Hierbei ist das Augenmerk darauf zu richten, dass die zu beurteilende Wohnung in die Spanne eingeordnet wird und nicht die Mieten der Vergleichswohnungen verändert/ angepasst o. ä. werden, weil anderenfalls durch die Anpassung nicht mehr die tatsächlich gezahlten/ vereinbarten Mieten in Ansatz gebracht werden, sondern fiktiv ermittelte und hier die tatsächliche Möglichkeit der Manipulation durch den Sachverständigen (egal ob bewusst oder unbewusst) besteht.

Es ist Sorge dafür zu tragen, dass nicht nur Mieten der teuersten Vermieter verwendet werden. Das Verhältnis der Mietenzahl sollte dem Verhältnis der durch die jeweiligen Vermieter vermieteten Wohnungen entsprechen. Unbedingt sind auch die Mieter oder Mietervereine zu befragen und deren Mieten entsprechend dem vorgenannten Anteil einzubeziehen, weil Vermieter (nachgewiesenermaßen) geneigt sind, nur ihre teuersten Mieten anzugeben.

Bei der Ermittlung der Einzelvergleichsmiete muss ein breites Spektrum von Vergleichswohnungen aus der Gemeinde berücksichtigt werden. Denn Grundlage der ortsüblichen Vergleichsmiete ist das Mietniveau in der Gemeinde. Deshalb können auch Objekte herangezogen werden, die nach Ausstattung, Art, Größe und Lage nur ungefähr vergleichbar sind⁴⁶.

Aus heutiger Sicht des Autors ist jede Art eines *direkten Vergleichswertverfahrens* (z. B. als Diagramm) geeignet, den Gerichten als auch den Parteien und ihren Vertretern nachvollziehbar die Arbeit des Sachverständigen vor Augen zu führen und verständlich zu machen.

Die Punktesysteme der Sachverständigen dürfen kritisch hinterfragt werden.

1 WuM 2019, 324

2 unveröffentlicht

3 WuM 2012, 246 linke Spalte

3a Börstinghaus WuM 2012, 245 linke Spalte

4 AG Görlitz, 1 C 642/04

5 BGH Fall 1 Leitsatz a)

6 BGH Fall 1 Rn. 40 bis 42

7 LG Görlitz 2 S 110/05

8 AG Görlitz 4 C 66/07

9 AG Görlitz 4 C 276/14

10 AG Zittau Zweigstelle Löbau Z 13 C 64/11

11 AG Weißwasser 3 C 93/14

12 AG Görlitz 5 C 433/09 und 4 C 276/09

13 Fall 1 Rn. 51

14 AG Görlitz 290/14, LG Görlitz 2 S 30/17

15 Fall 1 Rn. 51

16 Schwirley Die Bewertung von Wohnraummiets, 3. Aufl., Bundesanzeiger Verlag Seite 185

17 BGH Urteil vom 29.02.2012 – VIII ZR 346/10 = WuM 2012, 281 Rn. 28

18 Börstinghaus in Schmidt-Futterer, Mietrecht 14. Aufl., § 558 Rn. 48

19 Schwirley a. a. O. Seite 247

19a BGH 29.02.2012 a. a. O. Rn. 13

20 LG München I, Urteil vom 17.05.2000 – 14 S 11.068/98 = WuM 200, 361

21 BGH 29.02.2012 a. a. O.

22 ebenso Schwirley a. a. O. Seite 252

- 23 Schwirley a. a. O. Seite 239
- 24 Schwirley a. a. O. Seite 547
- 25 BGH 29.02.2012 a. a. O. Rn. 31
- 26 Schwirley a. a. O. Seite 259
- 27 Walterscheid WuM 1995, 83 unter 4.2.3.1
- 28 ebenso Schwirley a. a. O. Seite 250; Walterscheid, typische Fehler in einem Vergleichsmietzinsgutachten 1999 Rn. 15, 16
- 29 BVerfGE 91, 176, 184 = WuM 1994, 661
- 30 BGH 21.10.2009 – VIII ZR 30/09 = WuM 2009, 746 Rn. 13
- 31 BGH Fall 1 Rn. 52
- 32 Rips WuM 1997, 11, 13
- 33 BGH Fall 1 Rn. 37
- 34 BGH Fall 1 Rn. 52
- 35 ebenso Börstinghaus in Schmidt-Futterer Mietrecht 14. Aufl. § 558 BGB Rn. 102
- 36 LG Görlitz 2 S 172/18
- 37 Protokoll der mündlichen Verhandlung AG Görlitz Az.: 4 C 478/18 und 4 C 501/18
- 38 BGH 18.12.2008 – IX ZR 179/07 = WuM 2009, 134, 135 m.w.N.
- 39 BGH 29.02.2012 = WuM 2012, 281
- 40 BGH 29.02.2012 a. a. O.
- 41 Fall 1 Rn. 31
- 42 Fall 1 Rn. 42
- 43 BGH 29.02.2012 a. a. O. Rn. 23
- 44 BGH 29.02.2012 a. a. O. Rn. 31
- 45 BGH 29.02.2012 a. a. O. Rn. 23
- 46 BGH Urteil vom 03.07.2013 – VIII ZR 267/12 Rn. 30, 31; BGH WuM 2013, 551 Rn. 21, 22