

ABG FRANKFURT HOLDING GmbH // Postfach 16 01 53 // 60064 Frankfurt am Main

Stadt Frankfurt am Main
Der Magistrat
Büro Bürgermeister Olaf Cunitz
Postfach
60275 Frankfurt am Main

Geschäftsführung

Auskunft erteilt:
Frank Junker

Durchwahl Fon:
069 2608-275

Durchwahl Fax:
069 2608-277

E-Mail:
f.junker@abg-fh.de

Ihre Zeichen / Ihre Nachricht vom:

Unsere Zeichen / Unsere Nachricht vom:

J / Ler

Frankfurt am Main
18.02.2016

Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vom 28.01.2016, § 6732
Antrag der SPD-Fraktion vom 28.01.2016, NR 1385
Geheimniskrämerei der ABG beenden – Stellungnahme von Freshfields zum Mietpreis-
stopp veröffentlichen
Ihr Schreiben vom 08.02.2016

Sehr geehrter Herr Bürgermeister Cunitz,

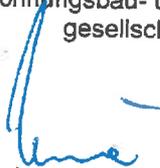
in Erledigung Ihres o. g. Schreibens und in Ausführung des Beschlusses der Stadtverordnetenversammlung vom 28.01.2016 übersenden wir Ihnen anliegend das Gutachten des Anwaltsbüros Freshfields Bruckhaus Deringer vom 08.08.2015 zur Frage des Mietspiegels der Stadt Frankfurt am Main im Zusammenhang mit symbolischen Mieterhöhungen.

Wir haben diesem Gutachten beigefügt den entscheidungserheblichen Aufsatz des Richters am Amtsgericht Ulf P. Börstinghaus „Der qualifizierte Mietpiegel – Die Geschichte einer Verschlimmbesserung“ in der juristischen Fachzeitschrift NZM 2000, Seite 1087 ff.

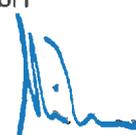
Wir haben keinerlei Bedenken, wenn Sie sowohl das Rechtsgutachten als auch den beigefügten Aufsatz in der juristischen Fachliteratur der Stadtverordnetenversammlung in geeigneter Form zur Kenntnis geben.

Mit freundlichen Grüßen

ABG FRANKFURT HOLDING
Wohnungsbau- und Beteiligungsgesellschaft mbH



Junker



Hübner

Anlagen
Gutachten, Aufsatz



18.09.2015

ABG FRANKFURT HOLDING Wohnungsbau- und
Beteiligungsgesellschaft mbH
Herrn Frank Junker
Niddastraße 107
60329 Frankfurt

Frankfurt am Main
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Bockenheimer Anlage 44
60322 Frankfurt am Main
T +49 69 27 30 80 (Zentrale)
+49 69 27 30 81 58 (Durchwahl)
F +49 69 23 26 64
E friedrich.heilmann@freshfields.com
www.freshfields.com

Dok. Nr.
DAC19142075

Unser Zeichen
166351-0001 FWH-ts

8. September 2015

Mietspiegel der Stadt Frankfurt am Main

Sehr geehrter Herr Junker,

Sie baten um eine rechtliche Stellungnahme zu der Frage, ob der Oberbürgermeister der Stadt Frankfurt am Main Sie als Geschäftsführer der ABG FRANKFURT HOLDING Wohnungsbau- und Beteiligungsgesellschaft mbH („ABG FRANKFURT HOLDING“) in seiner Eigenschaft als Vertreter des Mehrheitsgesellschafters der ABG FRANKFURT HOLDING bzw. als deren Aufsichtsratsvorsitzender anweisen kann, Mieterhöhungen in einem symbolischen Umfang von wenigen Euro pro Wohnung durchzuführen, um hierüber Einfluss auf die Höhe der im Mietspiegel der Stadt Frankfurt am Main abzubildenden Mietsteigerungen im frei finanzierten Wohnungsbau zu nehmen. Wir haben uns in unserer nachfolgenden Stellungnahme der Einfachheit halber auf die ABG FRANKFURT HOLDING beschränkt. Soweit Tochtergesellschaften der ABG FRANKFURT HOLDING gleichfalls Wohnungen vermieten und deren Geschäfte von Ihnen als Geschäftsführer gleichermaßen geführt werden und ggf., wie im Einzelfall auch über Beherrschungsverträge ein direkter Durchgriff gesichert ist, haben die nachstehend getroffenen rechtlichen Feststellungen in gleicher Weise Bedeutung.

I. Zusammenfassung des Prüfungsergebnisses

1. Symbolische Mieterhöhungen wären bei der Erstellung des (qualifizierten) Mietspiegels der Stadt Frankfurt am Main nicht zu berücksichtigen.
2. Die Geschäftsführung der ABG FRANKFURT HOLDING unterliegt dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung der ABG FRANKFURT HOLDING. Eine auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses der ABG FRANKFURT HOLDING getroffene Weisung an die Geschäftsführung, symbolische Mieterhöhungen zum Zwecke der Einflussnahme auf den Mietspiegel vorzunehmen, wäre von dieser deshalb auszuführen.
3. Bloße Empfehlungen oder Anregungen des Oberbürgermeisters der Stadt Frankfurt am Main ohne zugrundeliegenden Gesellschafterbeschluss der ABG FRANKFURT HOLDING sind für die Geschäftsführung aber nicht verbindlich.
4. Kein Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung haben auch der Aufsichtsratsvorsitzende und der Aufsichtsrat der ABG FRANKFURT HOLDING. Der Aufsichtsrat könnte lediglich die Durchführung von Mieterhöhungen an seine Zustimmung binden.

II. Rechtliche Würdigung

1. Ein Mietspiegel ist nach der Legaldefinition in § 558 c BGB eine Übersicht über die ortsübliche Vergleichsmiete, soweit die Übersicht von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter gemeinsam erstellt oder anerkannt worden ist. Wird der Mietspiegel "nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen" erstellt und von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter anerkannt, handelt es sich um einen qualifizierten Mietspiegel (§ 558 d BGB), der nicht nur – wie der einfache Mietspiegel – im Abstand von zwei Jahren der Marktentwicklung anzupassen, sondern nach vier Jahren auch neu zu erstellen ist.

Ein Mietspiegel dient zur Begründung eines Mieterhöhungsverlangens des Vermieters bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und hat deshalb naturgemäß die Mieten der Wohnungen, die im Geltungsbereich des Mietspiegels zu seiner Erstellung herangezogen werden, zutreffend abzubilden. Gemäß § 558 Abs. 2 BGB dürfen zur Erhebung des Mietspiegels nur Wohnungen berücksichtigt werden, bei denen die Miete in den letzten vier Jahren neu vereinbart oder geändert wurde.

Von Rechts wegen hat der Mietspiegel zwar keinen verbindlichen Charakter.¹ Es handelt sich lediglich um eine amtliche Auskunft² über die Miethöhe der von ihm erfassten Wohnungen innerhalb eines bestimmten räumlichen Geltungsbereiches, über die sich ein Gericht bei der Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete auch hinwegsetzen kann, wenngleich bei einem qualifizierten Mietspiegel (widerlegbar) auch im Gerichtsverfahren vermutet wird, dass die darin aufgeführten Mietpreisspannen

¹ Vgl. BVerwG, NJW 1996, S. 2046; Börstinghaus, Der qualifizierte Mietspiegel – Die Geschichte einer „Verschlimmbesserung“, NZM 2000, S. 1090.

² So auch im Vorwort des Mietspiegels 2014 der Stadt Frankfurt am Main (Amt für Wohnungswesen), S. 4.

zutreffend sind³. In der Vielzahl der Fälle werden sich Vermieter bei ihrer Entscheidung, ob sie Mieterhöhungen durchführen, aber von den Vorgaben des Mietspiegels leiten lassen und sich auf diese berufen - und Mieter auf ortsübliche Vergleichsmieten des Mietspiegels gestützte Mieterhöhungsverlangen des Vermieters (leichter) akzeptieren.⁴ Die Bindungskraft des Mietspiegels für diese Entscheidungen der Mietvertragsparteien sollte deshalb nicht unterschätzt werden. Auch ein Gericht kann und wird seiner Entscheidung im Mieterhöhungsverfahren die Werte eines Mietspiegels zugrunde legen, sofern es keine Zweifel an der Richtigkeit der in ihm niedergelegten Vergleichsmieten hegt. Sollte in Frankfurt am Main wie in anderen Städten mit angespanntem Wohnungsmarkt die Mietpreisbremse Geltung erlangen, wird der Mietspiegel zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete, die grundsätzlich bei der Wiedervermietung von Bestandswohnungen höchstens um 10 Prozent überschritten werden darf, gleichfalls herangezogen werden. Im Übrigen kann der Mietspiegel - unabhängig von der Geltung der Mietpreisbremse - auch sonst beim Neuabschluss von Mietverträgen und bei einvernehmlichen, d.h. vertraglich vereinbarten Änderungen der Miethöhe als Orientierungshilfe dienen und im Rahmen der Prüfung von Mietpreisüberhöhungen gemäß § 5 WiStG und Mietwucher gemäß § 291 StGB sowie bei der Berechnung der Höhe der Fehlbelegungsabgabe Bedeutung erlangen⁵.

2. Der von dem Magistrat der Stadt Frankfurt am Main (Amt für Wohnungswesen) herausgegebene Mietspiegel für das Jahr 2014 ist ein sogenannter qualifizierter Mietspiegel. Er wurde "nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen" erstellt. Wie in dem vorangestellten Grußwort des Bürgermeisters - Dezernent für Planen und Bauen, Herrn Olaf Cunitz, ausgeführt, soll er "mithilfe der gesammelten Daten das Mietpreisniveau so wie es in Frankfurt ist abbilden. Er ist kein Instrument um Mieten politisch festzulegen und seine Erstellung erfolgt nach bundesgesetzlichen Vorgaben." Er soll die Grundlage für die Ermittlung der ortsüblichen Miete "für fast alle frei finanzierten Wohnungen in Frankfurt am Main" bilden und damit Informationen liefern, "ob eine Mieterhöhung zulässig oder unzulässig ist".

Die vorstehend unter 1. dargestellten Funktionen des Mietspiegels schließen es aus, solchen Wohnraum bei der Erstellung eines Mietspiegels zu berücksichtigen, dessen Mieten nur zu dem Zweck um einen symbolischen Betrag erhöht wurden, um Eingang in den Mietspiegel zu finden. Solche symbolischen Mieterhöhungen spiegeln nicht die realen Marktbedingungen wider, sondern verfolgen ausschließlich die Zielsetzung, die im Mietspiegel ausgewiesenen Mieterhöhungen für bestimmte Mietwohnungen zu verwässern, d. h. zu reduzieren, um damit den Umfang zulässiger Mieterhöhungen im frei finanzierten Wohnungsbereich für vergleichbare Mietwohnungen möglichst gering zu halten. Zur Verfolgung dieser politischen Zielsetzung darf das Instrument des

³ Vgl. Blank/Börstinghaus (-Börstinghaus), *Miete*, 4. Auflage 2014, § 558d BGB, Rn. 18 ff.

⁴ Vgl. Börstinghaus, *Der qualifizierte Mietspiegel – Die Geschichte einer „Verschlimmbesserung“*, NZM 2000, S. 1089.

⁵ So ausdrücklich in den Hinweisen zur Erstellung von Mietspiegeln des Bundesinstitutes für Bau-, Stadt- und Raumforschung im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung, 2. Auflage 2014, S. 8, 10; zu diesen und weiteren Funktionen des Mietspiegels siehe auch Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 12. Auflage 2015, §§ 558 c, 558 d Rn. 10 ff. sowie BVerwG, NJW 1996, S. 2046, 2047

Mietspiegels nicht eingesetzt werden.⁶ Dies gilt umso mehr, wenn der Mietspiegel – wie der der Stadt Frankfurt am Main – als qualifizierter Mietspiegel "nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen" erstellt wird und insbesondere auf repräsentativen Daten beruhen muß.⁷

3. Die Geschäftsführung der ABG FRANKFURT HOLDING unterliegt nach dem Gesellschaftsvertrag der ABG FRANKFURT HOLDING vom 06.02.2007 den Weisungen der Gesellschafterversammlung (§ 5 Abs. 3). Ein Gesellschafterbeschluss darüber, die Geschäftsführung der ABG FRANKFURT HOLDING anzuweisen, (lediglich) symbolische Mieterhöhungen durchzuführen, liegt unseres Wissens derzeit nicht vor. Es stellt sich aber die Frage, ob die Geschäftsführung an einen solchen Beschluss gebunden wäre, wenn er denn gefasst würde.

Weisungen der Gesellschafterversammlung entfalten grundsätzlich Bindungskraft für die Geschäftsführung⁸, sofern sie nicht die Vornahme strafbaren Handelns zum Gegenstand haben oder aus sonstigen Gründen nichtig sind⁹. Nichtig wäre ein solcher Gesellschafterbeschluss indessen nur, wenn er "durch seinem Inhalt Vorschriften verletzt, die ... im öffentlichen Interesse gegeben sind" (§ 241 Nr. 3 AktG entspr.) oder "durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt" (§ 241 Nr. 4 AktG entspr.).

Eine Weisung, (lediglich) symbolische Mieterhöhungen durchzuführen, entspräche diesen strengen Anforderungen an die Nichtigkeit indessen noch nicht. Denn der Verstoß gegen im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften ergibt sich aus der bloßen Weisung, symbolische Mieterhöhungen vorzunehmen - aus deren Inhalt an sich - noch nicht. Erst der damit verfolgte Zweck (die unzulässige Einflussnahme auf den Mietspiegel) ist zu beanstanden. Die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses muss sich aber aus dessen Inhalt selbst ergeben, nicht aus dem damit verfolgten Zweck.¹⁰

Auch ein Verstoß gegen die guten Sitten, der den Gesellschafterbeschluss nichtig machen würde, wäre nicht festzustellen. Nach allgemeiner Auffassung kann hiervon - wie bei einem Verstoß gegen im öffentliche Interesse liegende Vorschriften - nur

⁶ Vgl. Börstinghaus, Der qualifizierte Mietspiegel – Die Geschichte einer „Verschlimmbesserung“, NZM 2000, S. 1089; nach den Hinweisen zur Erstellung von Mietspiegeln des Bundesinstitutes für Bau-, Stadt- und Raumforschung im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung, 2. Auflage 2014 (S. 14) soll Wohnraum, der zwar nicht vom Anwendungsbereich des Mieterhöhungsverfahrens nach §§ 558 ff. BGB ausgenommen ist, bei dem die Vertragsgestaltung jedoch vom Üblichen abweicht und deshalb keinen geeigneten Vergleichsmaßstab für einen Mietspiegel darstellt, für die Erstellung eines Mietspiegels nicht herangezogen werden.

⁷ Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln des Bundesinstitutes für Bau-, Stadt- und Raumforschung im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung, 2. Auflage 2014, S. 23 ("Dieses Erfordernis schließt zudem das Aushandeln von Mietspiegelwerten für qualifizierte Mietspiegel aus. Die wissenschaftlich anerkannten Grundsätze stehen auch bei einer Beteiligung eines Arbeitskreises Mietspiegel nicht zur Disposition.")

⁸ Baumbach/Hueck (-Zöllner/Noack), GmbHG, 20. Auflage 2013, § 37 Rn. 20.

⁹ Baumbach/Hueck (-Zöllner/Noack), GmbHG, 20. Auflage 2013, § 37 Rn. 22, § 43 Rn. 34 f.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage 2012, § 37 Rn. 22; BGH GmbH-Rdsch. 1974 S. 131,132.

¹⁰ Baumbach/Hueck (-Zöllner), GmbHG, 20. Auflage 2013, Anh. § 47, Rn. 51.

ausgegangen werden, wenn der Inhalt des Gesellschafterbeschlusses "für sich allein genommen", nicht aber - wie hier - sein Zweck gegen die guten Sitten verstößt.¹¹

Die Heranziehung des Zwecks einer solchen Weisung, den Mietspiegel zu verzerren, um die örtliche Vergleichsmiete niedrig zu halten, könnte einen solchen Beschluss gemäß § 243 Abs. 1 AktG entspr. aber anfechtbar machen. Denn ausgehend von den oben beschriebenen Funktionen eines Mietspiegels und deren erheblichen Folgen für den weiten Kreis der Personen, die damit in Berührung kommen, ist es nicht sachlich zu begründen, das politische Interesse an der Mietpreisbegrenzung mittels Verzerrung der im Mietspiegel aufgezeigten Vergleichsmieten durchzusetzen. Das wäre mit den Bestimmungen der §§ 558 Abs. 2, 558 c und 558 d BGB nicht vereinbar. Die Befolgung einer auf die Durchführung symbolischer Mieterhöhungen im vorstehend beschriebenen Sinne gerichteten Weisung an die Geschäftsführung zöge wirtschaftliche Nachteile nicht nur für die ABG FRANKFURT HOLDING selbst und ihre Gesellschafter - in dem Maße, in dem die Mieterhöhung hinter dem gesetzlich und mietvertraglich Zulässigem zurück bliebe - nach sich. Auch wenn solchermaßen durchgeführte Mieterhöhungen bei der Erarbeitung des Mietspiegels nicht berücksichtigt werden dürften, bestünde gleichwohl die Gefahr, dass sie versehentlich - unter objektivem Verstoß gegen die gemäß § 558 b BGB zu beachtenden "wissenschaftlichen Grundsätze" - Eingang in den (qualifizierten) Mietspiegel finden - was durch die Weisung ja auch beabsichtigt wäre. Der durch die damit bewirkte Verwässerung des im Mietspiegel abgebildeten Mietniveaus drohende Kollateralschaden insbesondere für die Vermieter, die ihre Entscheidung zur Stellung eines Mieterhöhungsverlangens von den Feststellungen des Mietspiegels abhängig machen, ginge damit weit über den bloßen Schaden bei der ABG FRANKFURT HOLDING hinaus.

Erginge danach ein Beschluss der Gesellschafterversammlung, mit dem die Geschäftsführung der ABG FRANKFURT HOLDING angewiesen würde, nur symbolische Mieterhöhungen durchzuführen, hätte die Geschäftsführung nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen die Erfolgswahrscheinlichkeit der Anfechtung zu prüfen¹² und danach zu entscheiden, ob sie die anfechtbare Weisung vor deren Unanfechtbarkeit umsetzt. Da indessen weder die Geschäftsführung noch der Aufsichtsrat selbst anfechtungsberechtigt sind¹³, hinge diese Entscheidung davon ab, ob mit der Anfechtung des Beschlusses durch den Minderheitsgesellschafter zu rechnen wäre, was bei einem einstimmig gefassten Gesellschafterbeschluss naturgemäß schon ausschiede. Wäre eine Anfechtung mithin nicht zu erwarten, hätte die Geschäftsführung ihn auch umzusetzen.¹⁴

¹¹ Baumbach/Hueck (-Zöllner), GmbHG, 20. Auflage 2013, Anh. § 47, Rn. 55; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage 2012, Anh. zu § 47 Rn. 20.

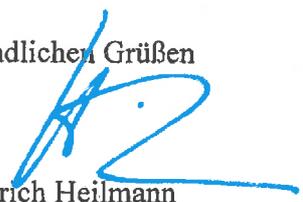
¹² Baumbach/Hueck (-Zöllner/Noack), GmbHG, 20. Auflage 2013, 37 Rn. 23; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage 2012, § 37 Rn. 22.

¹³ Anfechtungsberechtigt wären nur die Geschäftsführer als Einzelpersonen und die Aufsichtsratsmitglieder, wenn sie durch die Umsetzung eines Gesellschafterbeschlusses sich schadensersatzpflichtig oder strafbar machen würden. Dies ist hier nicht der Fall. Vgl. Priester/Mayer (-Marsch-Barner/Diekmann), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Auflage 2012, § 40 Rn. 66; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage 2012, Anh. zu § 47 Rn. 73 f.; Baumbach/Hueck (-Zöllner), GmbHG, 20. Auflage 2013, Anh. § 47 Rn. 140 ff.

¹⁴ Vgl. Priester/Mayer (-Marsch-Barner/Diekmann), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Auflage 2012, § 44 Rn. 73.

Das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung findet, wie gesagt, nur bei nichtigen Weisungen seine Schranke. Bloße rechtswidrige oder rechtsgefährdende Weisungen der Gesellschafterversammlung befreien die Geschäftsführung von ihrer Befolgungspflicht nicht, wohl aber von ihrer eventuellen haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit. Weisungen eines Mehrheitsgesellschafters ohne zugrunde liegenden Gesellschafterbeschluss stellen hiervon aber nicht frei. Sie sind für die Geschäftsführung nicht bindend.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. Friedrich Heilmann

Minderung vorliegen. Hiervon ist auszugehen, wenn die Mängelanzeige (§ 545 I BGB) unstreitig ist oder vom Mieter mit den Mitteln des Urkundenprozesses nachgewiesen werden kann.

3. Gegen die hier vertretene Einschränkung verfahrensrechtlicher Regelungen aus Gründen des materiellen Rechts wird eingewandt, der Mieterschutz habe vor allem die Funktion, „dem Mieter die Wohnung als Lebensmittelpunkt zu erhalten“; diese Funktion werde durch den Urkundenprozess nicht tangiert²². Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber den Wohnungsmieter in den verschiedensten Bereichen²³, darunter auch im Bereich des Gewährleistungsrechts, für schutzbedürftig erachtet; gerade deshalb sind wichtige Bereiche dieses Rechtsgebietes bei der Wohnungsmiete unabdingbar²⁴. Die Frage, ob die Vorschrift des § 537 BGB zum „sozialen Mietrecht“ gehört oder nicht²⁵, bedarf dabei keiner Diskussion. Der Begriff des „sozialen Mietrechts“ ist kein Gesetzesbegriff, sondern diente in der Vergangenheit zur Beschreibung eines Bestandsschutzes, dessen Kernstück die so genannte „Sozialklausel“ (§§ 556 a BGB) war. Irgendwelche Folgerungen können aus diesem Begriff nicht abgeleitet werden.

Die Diskussion um die Zulässigkeit des Urkundenprozesses zur Beitreibung von Mietrückständen wird bereits seit einiger Zeit geführt, ohne dass der Gesetzgeber in der Sache tätig geworden ist. Hieraus wird gefolgert, dass die uneingeschränkte Zulässigkeit des Urkundenprozesses den Intentionen des Gesetzgebers entspreche²⁶. Dieses Argument überzeugt nicht. Die Untätigkeit des Gesetzgebers

kann die verschiedensten Gründe haben. Es ist denkbar, dass der Meinungsstreit vom Gesetzgeber bislang nicht beachtet wurde. Ebenso ist es möglich, dass der Gesetzgeber das Problem zwar gesehen, aber wegen der bisher geringen praktischen Bedeutung nicht für regelungsbedürftig erachtet hat oder dass er die Frage der Zulässigkeit des Urkundenprozesses zur Beitreibung rückständiger Mietzinsen der Rechtsprechung überlassen wollte.

III. Ergebnis

Der Vermieter kann rückständigen Mietzins im Urkundenprozess geltend machen. Diese nach dem Verfahrensrecht generell gegebene Möglichkeit besteht jedoch nicht, wenn hierdurch die durch das materielle Recht geschützten Interessen der beklagten Partei beeinträchtigt werden. Hiervon ist auszugehen, wenn der vom Vermieter eingeklagte Mietrückstand auf einer Mietzinskürzung beruht, die der Mieter nach vorangegangener Mängelanzeige vorgenommen hat. Gleiches gilt für eine Klage des Mieters auf Rückzahlung der Kautions nach Beendigung des Mietverhältnisses.

22) So Michalski, ZMR 1996, 637 (638); Börstinghaus, NZM 1998, 89 (90).

23) Vgl. nur §§ 547 a III, 549 II 3, 550 a, 552 a BGB.

24) S. §§ 53 III, 543 S. 2 BGB.

25) So Maltz, MDR 1997, 899 (900); Börstinghaus, NZM 1998, 89 (91).

26) Fischer, in: Bub/Trauer (o. Fußn. 6), VIII Rdnr. 41; Michalski, ZMR 1996, 637 (638); Börstinghaus, NZM 1998, 89 (91); Heim, ZMR 1999, 372 (374).

Richter am AG Ulf P. Börstinghaus, Dortmund

Der qualifizierte Mietspiegel*

Die Geschichte einer „Verschlimmbesserung“

I. Vorbemerkung

Sternel hat sich schon sehr früh¹ mit der Aufstellung und Anwendung von gemeindlichen Mietspiegeln beschäftigt und dabei ebenso wie in seiner Spruchrichtertätigkeit² Mietspiegel als effektives und vor allem streitschlichtendes Instrument im Rahmen der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete verstanden. Er hat nicht nur in seiner Heimatstadt Hamburg, sondern auch an seiner neuen wissenschaftlichen Wirkungsstätte Leipzig engagiert an der Erstellung von Mietspiegeln im Arbeitskreis Mietspiegel mitgearbeitet. Die Bundesregierung beabsichtigt nun, im Mietrechtsreformgesetz erstmals seit Jahrzehnten für die Praxis nicht unerhebliche Änderungen bei den Regelungen über Mietspiegel einzuführen. Der folgende Beitrag stellt die Neuregelung dar und geht auf die praktischen Konsequenzen dieser Regelung ein³.

II. Geschichte und Funktion des Mietspiegels

Das Vergleichsmietenverfahren ist heute ohne Mietspiegel zumindest in größeren Gemeinden kaum vorstellbar, obwohl dies nicht zwingend ist. Das Verfahren war zunächst als Übergangsrecht durch das 1. Wohnraumkündigungsschutzgesetz⁴ eingeführt worden. In dieser frühen Phase hatte der Gesetzgeber Mietspiegel noch nicht vorgesehen. Entsprechende Anträge des Landes Schleswig-Holstein scheiterten im Rechtsausschuss des

Deutschen Bundestages. Erst durch das 2. Wohnraumkündigungsschutzgesetz⁵ wurde auf Grund der zweijährigen Erfahrung mit dem 1. WKSchG der Mietspiegel als Begründungsmittel eingeführt. Die gesetzlichen Vorgaben hierfür sind und waren aber immer sehr unbestimmt und auslegungsbedürftig. Der Versuch ein Mietspiegelgesetz⁶ zu schaffen scheiterte wegen der vorzeitigen Auflösung des Deutschen Bundestages 1981. Eine Rechtsverordnung zur Mietspiegelerstellung gem. § 2 V 4 MHRG ist ebenfalls nie erlassen worden. Die Folge dieser offenen Rechtslage ist, dass es im Bereich der Mietspiegel eine große Artenvielfalt gibt. Jeder Mietspiegel misst geringfügig etwas anderes. Mieten sind bundesweit über die jeweiligen Mietspiegel nicht ohne weiteres exakt miteinander zu vergleichen⁷.

* Der Autor ist Richter am AG Dortmund. Er hat zusammen mit dem Soziologen Dr. Michael Clar die Monographie „Börstinghaus/Clar, Mietspiegel – Erstellung und Anwendung“, 1997, verfasst.

1) Sternel, Hamburger Mietenspiegel, Text, Erläuterungen, Arbeitsweise, 1977.

2) Z. B. LG Hamburg, WuM 1995, 543.

3) S. hierzu auch die krit. Stellungnahme des Verf. in NZM 2000, 583 (591 f.).

4) BGBl I 1971, 1839.

5) BGBl I 1974, 3603.

6) BT-Dr 9/745.

7) Den Versuch, eine Vergleichsarbeit herzustellen und eine Rangliste der Gemeinden nach Miethöhe aufzustellen, unternimmt F+B, Mieten in Deutschland 2000 – Der F+B Mietspiegelindex.

Trotzdem sind Mietspiegel heute wichtiger denn je. Über Bedeutung und Sinn richtiger Mietspiegel kann man heute vernünftigerweise nicht streiten⁸. Beide Mietvertragsparteien haben an ihnen ein Interesse. Insofern hat *Leutner*⁹ in seinem Aufsatz „Wem nützen Mietspiegel“ nachgewiesen, dass beide Mietvertragsparteien von Mietspiegeln profitieren:

- Mietspiegel verbessern die Transparenz auf den Wohnungsmärkten. Sie haben den Vorteil der Objektivität¹⁰ in einem Markt, der stark von Vorurteilen auf Grund fehlender Transparenz gekennzeichnet ist.
- Sie dienen Mietern als Orientierung, um die ortsübliche Miete einschätzen zu können. Sie haben Einfluss auf die Neuvertragsmieten und helfen unangemessene Mieterhöhungen abzuwehren.
- Aber auch Vermieter haben Vorteile durch Mietspiegel. Mietspiegel versachlichen die Diskussion über die Mithöhe und sind in Massenverfahren, wie sie die jährlichen Mieterhöhungswellen ja darstellen, heute kaum wegzudenken. In Großstädten werden ca. 2/3 der Mieterhöhungsverlangen heute mit Mietspiegelwerten begründet¹¹. Sie ersparen Vermieter vor allem auch Kosten¹², die ansonsten u. U. bei der Beschaffung der Daten über die ortsübliche Vergleichsmiete anfallen würden.

Über die originäre Aufgabe als Begründungsmittel im Mieterhöhungsverfahren hinaus haben Mietspiegel inzwischen aber auch weitere Funktionen, und zwar sowohl rechtlicher wie auch wohnungswirtschaftlicher Art¹³:

- Beweismittel im Mieterhöhungsprozess
- Beweismittel in Rückforderungsprozessen wegen Mietpreisüberhöhung
- Beweismittel in Bußgeld- und Strafverfahren wegen Mietpreisüberhöhung
- Anwendung im öffentlichen Recht
 - Wohngeldrecht
 - Fehlbelegungsabgabe
 - im Rahmen der Sozialhilfe
 - sowie für die Berechnung von Ausgleichszahlungen bei Zweckentfremdung
- im Steuerrecht zur Berechnung von Nutzungswerten
- im Familienrecht zur Unterhaltsberechnung.

Mietspiegel erfüllen hier seit Jahren Funktionen, für die sie eigentlich zunächst gar nicht erfunden worden waren. Dabei ist häufig selbst der schlechteste Mietspiegel besser als gar keiner. Die Qualität des Mietspiegels hängt dabei nicht unbedingt davon ab, ob er mit hohem oder geringem finanziellen Aufwand erstellt wurde, wie die Diskussionen über den Münchener¹⁴ oder Frankfurter¹⁵ Mietspiegel in der Vergangenheit deutlich bewiesen haben. Seine Qualität hängt vor allem von seiner Akzeptanz ab. Gerade vermeintlich wissenschaftlich erstellte Mietspiegel haben in der Vergangenheit Akzeptanzprobleme¹⁶ gehabt. Trotzdem sieht das Mietrechtsreformgesetz jetzt vor, diese Form von Mietspiegeln zu privilegieren¹⁷. Die nachfolgenden Untersuchungen zeigen aber, dass dies aus Sicht der Praxis nicht notwendig und eher kontraproduktiv ist.

III. Die Entwicklung des Gesetzesvorschlages

Die Geschichte der qualifizierten Mietspiegel beginnt mit dem Vereinfachungsentwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe *Mietrechtsvereinfachung*¹⁸.

§ 560 c VI BGB-Vereinf. Ist ein Mietspiegel nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt *oder* von der Gemeinde und den Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter gemeinsam erstellt oder anerkannt worden und ist die Vorschrift des Abs. 3 eingehalten (qualifizierter Mietspiegel), so wird vermutet, dass die darin bezeichneten Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben. (Hervorhebung d. Verf.)

Es waren also verschiedene Möglichkeiten vorgesehen den Mietspiegel zu qualifizieren, nämlich entweder die Erstellung nach anerkannten wissenschaftlichen Grund-

sätzen *oder* eine Erstellung, die nicht wissenschaftlich war, wenn der Mietspiegel von der Gemeinde und den Interessenverbänden erstellt oder anerkannt worden war. Nicht unter den Begriff des qualifizierten Mietspiegels fielen also regelmäßig nur die ohne Mitwirkung der Gemeinden von Verbänden erstellten Mietspiegel, da die ausschließlich von der Gemeinde erstellten Mietspiegel fast ausschließlich solche sind, die auf einer Primärdatenerhebung beruhen. Aber gerade die Verbändemietspiegel haben in der Wirklichkeit eine besonders große Akzeptanz! Im Referentenentwurf zum Mietrechtsreformgesetz¹⁹ heißt es dann zum qualifizierten Mietspiegel

§ 558 d RefE. (1) Ein qualifizierter Mietspiegel ist ein Mietspiegel, der nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt und von der Gemeinde anerkannt worden ist. (Hervorhebung d. Verf.)

Die Verbände hätten also an einem solchen Mietspiegel nicht beteiligt werden müssen. Da Verbände regelmäßig wegen der damit verbundenen erheblichen Kosten keine nach den so genannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellte Mietspiegel herausgeben, wären nur bestimmte gemeindliche Mietspiegel privilegiert gewesen. Gerade diesen Mietspiegeln fehlte aber in der Vergangenheit wegen der fehlenden Beteiligung der späteren Mietspiegelanwender die erforderliche Akzeptanz. Gerade diese Mietspiegel waren häufig Instrumente der Gemeinde zur Mietenregulierung und stießen deshalb auf massiven Widerstand. Der vorliegende Kabinettsentwurf vom 19. 7. 2000²⁰ enthält deshalb jetzt die dritte Definition davon, wann ein Mietspiegel qualifiziert sein soll.

§ 559 d RegE. (1) Ein qualifizierter Mietspiegel ist ein Mietspiegel, der nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt und von der Gemeinde und von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter anerkannt worden ist. (Hervorhebung durch Verf.)

Also nicht mehr alternative Voraussetzungen, sondern jetzt nur noch kumulative Verknüpfungen. Der Mietspiegel muss wissenschaftlich erstellt und von den Gemeinden und den Interessenverbänden anerkannt worden sein. Ein solcher Mietspiegel hat dann sowohl die Richtigkeits- als auch die Akzeptanzvermutung auf seiner Seite. Lediglich für die Übergangszeit hat es alleine die Gemeinde in der Hand, den Mietspiegel „zu qualifizieren“.

Art. 229 § 3 EGBGB RegE. (4) War der Mietspiegel vor diesem Zeitpunkt (*Datum des In-Kraft-Tretens des MietRefG*) bereits veröffentlicht worden, so ist es ausreichend, wenn die Gemeinde ihn später öffentlich als qualifizierten Mietspiegel bezeichnet hat.

8) *Börstinghaus/Clar*, Mietspiegel, 1997, Rdnr. 64.

9) *WuM* 1992, 658.

10) *Oberhofer/Schmidt*, *WuM* 1993, 10.

11) *Leutner*, *WuM* 1992, 658.

12) *Oberhofer/Schmidt*, *WuM* 1993, 10.

13) S. die ausf. Darstellung m. Nachw. bei *Börstinghaus/Clar* (o. Fußn. 8), Rdnrn. 67 ff.

14) *LG München I*, *NJWE-MietR* 1997, 123 = *WuM* 1996, 709 m. abl. Anm. *Blank*, *WuM* 1997, 178; *BVerwGE* 100, 262 = *NJW* 1996, 2046 = *NJWE-MietR* 1996, 173 L; *VGH München*, *ZMR* 1994, 81.

15) *LG Frankfurt a. M.*, *NJW-RR* 1991, 1417; *AG Frankfurt a. M.*, *NJW-RR* 1989, 12; *DWW* 1991, 54.

16) Z. B. auch der Dortmunder Mietspiegel; dazu *OLG Hamm*, *NJW-RR* 1991, 59; *LG Dortmund*, *DWW* 1990, 307; *AG Dortmund*, *DWW* 1989, 26; 1989, 332.

17) Dazu auch *Schmidt/Emmert*, *WuM* 2000, 285.

18) Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Mietrechtsvereinfachung“, Bericht zur Neugliederung u. Vereinfachung des Mietrechts, Dezember 1996.

19) Abgedr. in *NZM* 2000, 415 (kurz: RefE); dazu *Löwe*, *NZM* 2000, 577; *Börstinghaus*, *NZM* 2000, 583; *Emmerich*, *DWW* 2000, 143; *Ritter*, *NZM* 2000, 737; *Achenbach*, *NZM* 2000, 741; *Roth*, *NZM* 2000, 743; *Derleder*, *ZRP* 2000, 243.

20) *NZM* 2000, 802 (Text im Vergleich zum RefE).

IV. Die Tatbestandsvoraussetzungen

Für die originäre Erstellung eines qualifizierten Mietspiegels sind deshalb drei Tatbestandsvoraussetzungen einzuhalten:

- (1) Erstellung nach wissenschaftlich anerkannten Grundsätzen,
- (2) Anerkennung durch die Gemeinde und
- (3) Anerkennung durch Interessenverband der Vermieter und der Mieter.

Allein die Bezeichnung als „qualifizierter Mietspiegel“ auf dem gedruckten Text reicht mit Sicherheit nicht.

1. Die anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze

Erste Voraussetzung für die Qualifizierung des Mietspiegels ist die Einhaltung der wissenschaftlichen Grundsätze der Mietspiegelerstellung. Was sind nun diese Grundsätze? Wo sind sie niedergelegt? Um es gleich vorwegzunehmen, es gibt weder eine DIN-Norm noch eine TA-Mietspiegel oder gar eine gesetzliche Regelung. Die Gesetzesbegründung im Mietrechtsreformgesetz hält sich ebenfalls zurück, auch wenn sie zumindest klarstellt, dass die Methode gewährleisten muss, dass der qualifizierte Mietspiegel ein realistisches Abbild des Wohnungsmarkts liefert. Es heißt dann weiter:

Dies kann nur durch Ziehung einer repräsentativen Zufallsstichprobe – möglichst durch eine Primärerhebung – aus der Grundgesamtheit erfolgen. Das Gesetz verzichtet auf eine Entscheidung zu Gunsten einer bestimmten Erstellungsmethode, da es mehrere von der Wissenschaft anerkannte Methoden gibt (Tabellen- oder Regressionsmethode). Wegen der an den qualifizierten Mietspiegel geknüpften Rechtsfolgen muss die Anwendung anerkannter wissenschaftlicher Methoden dokumentiert und damit nachvollziehbar und überprüfbar sein.

Das Erfordernis der wissenschaftlichen Erstellung schließt damit alle Formen des Aushandelns von Mietspiegeln aus. Unter den Begriff der ausgehandelten Mietspiegel lässt sich ein breites Spektrum von Mietspiegeln subsumieren²¹. Zum Teil wurde hierfür der Begriff der „manipulierten“²² oder auch „verhandelten Mietspiegel“²³ gebraucht. Die Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln des Bundesbauministeriums²⁴ haben hierfür neuerdings den Begriff der „einernehmlich festgestellten Mietspiegel“ geschaffen. Die Datengrundlage dieser einernehmlich festgestellten Mietspiegel ist äußerst unterschiedlich:

- Teilweise werden die Mietspiegel auf Grund vorhandener Sekundärdaten erstellt.
- Teilweise beruhen sie auf einer nicht den Grundsätzen der Repräsentativität genügenden Datenerhebung, z.B. auch Mitgliederbefragungen.
- In Extremfällen wurden solche Mietspiegel auch ohne Datenmaterial auf Grund der Kenntnisse der Verbandsvertreter ähnlich einem Tarifvertrag ausgehandelt. In juristischen Kategorien gedacht handelt es um einen „Mietspiegelvertrag“²⁵, aber nicht um eine Übersicht über tatsächlich gezahlte Entgelte.
- Schließlich sind in manchen Kommunen die Mietspiegel auch zum Gegenstand politischer Verhandlungen geworden. Es soll regelrecht „Mietspiegelpolitik“ gemacht werden²⁶.

Dieser Mangel eines Mietspiegels kann sich durchaus auch nur auf einzelne Mietspiegelfelder beziehen. Damit ist aber zunächst nur eine Negativauswahl getroffen. Als positives Kriterium bleibt eine empirische Datenerhebung. Dazu müssen die Regeln der Gültigkeit, Zuverlässigkeit und Repräsentativität eingehalten sein. Es würde den Umfang dieses Beitrags sprengen, diese Voraussetzungen hier sämtlich darzustellen²⁷. Eine besondere Bedeutung haben die Merkmale der Zuverlässigkeit und der Repräsentativität. Unter Zuverlässigkeit ist zu verstehen, dass bei

einer Wiederholung der Erhebung dasselbe Ergebnis herauskommen muss²⁸. Hier spielt z. B. eine Rolle, ob die Datenerhebung per Telefoninterview, durch schriftlichen Fragebogen oder per persönlicher Befragung erfolgte. Von ganz entscheidender Bedeutung ist aber die Repräsentativität der Daten. Dies ist bei einer Vollerhebung der Fall. Da diese aber nicht zu finanzieren ist, begnügen sich alle Erhebungen mit Stichproben. Es kommt also auf die Repräsentativität der Stichprobe an. Diese ist dann gegeben, wenn alle Teilmärkte darin genau in dem Verhältnis enthalten sind wie in der Grundgesamtheit.

Und genau hier beginnt in der Praxis die Schwierigkeit. Je umfangreicher die Stichprobe gewählt ist, je größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie der Grundgesamtheit entspricht. Dies gilt zumindest für Zufallsstichproben. Aber die Größe dieser so genannten Bruttostichprobe ist allein nicht entscheidend, maßgeblich ist die so genannte Ergebnisstichprobe der mietspiegelrelevanten Fälle. Damit sind die Daten gemeint, die tatsächlich erhoben werden konnten und auch relevant sind.

So gibt es Ausfälle aus den unterschiedlichsten Gründen, z. B. weil die Adresse falsch war, aber auch weil der Mieter/Vermieter die Mitwirkung verweigert hat. Schließlich sind Daten falsch erfasst worden oder die Mieten sind nicht in den letzten vier Jahren vereinbart worden.

Um den Ansprüchen der Repräsentativität zu genügen, müssen sich die Abweichungen zwischen Brutto- und Nettostichprobe in bestimmten Grenzen halten. – Gerade die Frage der Repräsentativität wird in Zukunft ein wahrscheinlich häufiger Angriffspunkt gegen qualifizierte Mietspiegel sein. Schon in der Vergangenheit gab es hier Probleme²⁹.

Damit sind aber nur die Probleme einer wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden Datenerhebung angeschnitten. Auch auf der juristischen Ebene gibt es unzählige ungeklärte Streitfragen. Die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete setzt nämlich zahlreiche normative, d. h. wertende Entscheidungen voraus³⁰. Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ist ein unbestimmter Rechtsbegriff³¹. So muss z. B. entschieden werden, welche Wohnungen überhaupt zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete herangezogen werden dürfen.

Strittig ist dies beispielhaft³² bei den ehemaligen preisgebundenen Wohnungen, bei Zeitmietverträgen, Staffelmietvereinbarungen, Werkmietwohnungen oder Wohnungen in Gebieten mit Sa-

21) Sydow, Einige grundsätzliche Bemerkungen zu den „ausgehandelten Mietspiegeln“, Wohnungswirtschaftliche Informationen (wi) 1996, 263.

22) Barthelmess, WKSchG/MHRG, 5. Aufl., § 2 MHRG Rdnr. 82 (zu g).

23) So die Terminologie von GEWOS z. B. in BBU, Leitfaden zum Vergleichsmietensystem, S. 20; Arbeitshilfe zur Erstellung von Mietspiegeln in Sachsen, 3.1.

24) Abgedr. bei Börstinghaus/Clar (o. Fußn. 8), Rdnr. 913.

25) Kofner, Zeitschr. f. Wohnungspolitik 1996, 397 (401 Fußn. 7) spricht von einer „Art Tarifabkommen“.

26) Dies wird bereits von Eekhoff, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 137, 62 (70) beklagt. Ein Bsp. ist die Reaktion des Neuköllner Bezirksamts auf den Berliner Mietspiegel 1996. Im Bezirksamt war man mit der Eingruppierung des Stadteils als mittlere Wohnlage nicht einverstanden und forderte vom Berliner Senat „sozialpolitisch gegenzusteuern. Der Berliner Mietspiegel dürfe nicht nur rein rechnerisch aufgestellt werden, sondern müsse auch ‚soziale Aspekte‘ berücksichtigen“. (zit. nach GE 1996, 688).

27) Dazu umf. Börstinghaus/Clar (o. Fußn. 8), Rdnrn. 607 ff.

28) Börstinghaus/Clar (o. Fußn. 8), Rdnr. 616.

29) So im Verfahren AG Tiergarten 8 C 402/93 (unveroff.); Schlitten/Üblig, WuM 1997, 308 (die Verfasser haben in dem vorgenannten Verfahren ein Gutachten erstellt und dieses als Grundlage für den Aufsatz genommen).

30) Hinkelmann, Die ortsübliche Miete, 1999.

31) Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, MietR, 7. Aufl. (1999), § 2 MHRG Rdnr. 40.

32) Eine Aufzählung des problematischen Wohnungsbestands findet sich bei Börstinghaus/Clar (o. Fußn. 8), Rdnr. 234.

nierungssatzung oder bei Mietverhältnissen mit Bekannten oder Verwandten. Heftig umstritten ist schließlich die Frage der Gewichtung von Neuvertrags- und Bestandsmieten. Dabei gehen die Vorschläge von 50:50 bis 67:33%³³. Richtigerweise dürfte eine Verteilung nach dem tatsächlichen Verhältnis des Vorkommens am Markt zu wählen sein.

Und dann kommt das weite Feld der Datenauswertung. Tabelle oder Regression heißen hier die Schlagworte. Auch wenn die kommerziellen Mietspiegelersteller sich schon freuen³⁴, dass die Regressionsmethode gleichberechtigt neben der üblichen Tabellenmethode in der Begründung genannt wird, sind damit die Probleme dieser heute immer noch eher seltenen Methode nicht vom Tisch. Die Regressionsmethode selbst ist nicht das Problem. Es handelt sich um eine anerkannte wissenschaftliche Methode.

Ihre Umsetzung im Einzelfall ist das Problem, da sie auf einem komplexen statistischen Modell beruht, für das einige bedeutsame Annahmen gemacht werden müssen³⁵. Gerade deshalb sind einige der nach der Regressionsmethode erstellten Mietspiegel in der Vergangenheit von Gerichten nicht akzeptiert worden. In Zukunft werden hier wegen der weitreichenden Folgen eines qualifizierten Mietspiegels sicher noch mehr Entscheidungen zu erwarten sein.

2. Die Anerkennung des Mietspiegels

Die Erstellung eines Mietspiegels ist ein faktischer Vorgang. Ein Mietspiegel ist weder ein Verwaltungsakt³⁶ noch eine Allgemeinverfügung. Er ist auch keine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift³⁷. Der Mietspiegel stellt lediglich eine statistisch aufbereitete Sammlung von Vergleichsmieten dar. Deshalb ist es bisher nicht erforderlich, dass ein von der Gemeinde erstellter Mietspiegel vom Kommunalparlament verabschiedet wird³⁸. Ein solcher Beschluss ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung. Dies betrifft aber nur die Variante „Erstellung“ des Mietspiegels. Der qualifizierte Mietspiegel muss darüber hinaus aber noch von der Gemeinde anerkannt werden. Die Anerkennung ist eine Willenserklärung, die vom zuständigen Organ der Gemeinde abgegeben wird. Ob dazu ein Ratsbeschluss erforderlich ist, ist eine Frage des Kommunalrechts. Abgrenzungskriterium dürfte sein, ob es sich um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelt. Dies dürfte zu verneinen sein. Der politischen Einflussnahme ist damit wieder Tür und Tor geöffnet³⁹.

Anerkannt ist der Mietspiegel durch einen Interessenverband, wenn dieser seine Zustimmung erteilt hat. Auch dies ist eine Willenserklärung, die von einem vertretungsberechtigten Organ abgegeben werden muss. Eine Form ist dafür nicht vorgeschrieben.

3. Zwischenergebnis

Die Frage, ob ein qualifizierter Mietspiegel vorliegt oder nicht, setzt umfangreiche Feststellungen und vor allem die Entscheidung schwierigster juristischer und empirischer Streitfragen voraus. Bisher mussten diese Fragen nur selten beantwortet werden. Die Gerichte haben die Mietspiegel im Rahmen der freien Beweiswürdigung herangezogen. In Zukunft müssen die Voraussetzungen – zumindest inzidenter – in jedem Verfahren geprüft werden, wenn in der Gemeinde ein qualifizierter Mietspiegel existiert, da die Rechtsfolgen eben andere sind; u. U. hängt davon nämlich die Zulässigkeit der Klage ab. Zuvor müssen die Mietvertragsparteien entscheiden, ob sie „ihren Mietspiegel“ als qualifiziert betrachten oder nicht, weil von der Beantwortung dieser Frage der Umfang des Erhöhungsverlangens und damit u. U. dessen Wirksamkeit abhängt.

V. Konsequenzen für die Mietspiegelerstellung

Welche Konsequenzen hat die Gesetzesänderung für die Praxis der Mietspiegelerstellung? Zunächst muss jede Gemeinde entscheiden, ob sie einen qualifizierten oder einen einfachen Mietspiegel erstellen will. Das ist zunächst eine Kostenfrage, da die Erhebung von Primärdaten sehr kostspielig ist. Es ist zu erwarten, dass die Gemeinden, die Mietspiegel erstellen wollen, eher einen qualifizierten Mietspiegel aufstellen wollen und nicht einen „zweiklassigen“ Mietspiegel gem. § 558 c RegE. Da die Aufstellung eines qualifizierten Mietspiegels mit erheblichen Kosten verbunden ist, könnte dies einzelne Gemeinden veranlassen, vor der Entscheidung zu stehen, einen qualifizierten Mietspiegel aufzustellen oder gar keinen Mietspiegel. Dies wäre für alle Beteiligten, also sowohl für Vermieter wie Mieter, aber auch für die Gerichte misslich. Selbst der schlechteste Mietspiegel ist besser als gar kein Mietspiegel.

Damit der Mietspiegel später auch als qualifizierter Mietspiegel anerkannt wird, muss seine Erstellung dokumentiert werden. Diese sinnvolle Tätigkeit verursacht zusätzlichen (auch finanziellen) Aufwand. Auch dies könnte Gemeinden abhalten, solche Mietspiegel aufzustellen. Schließlich darf nicht übersehen werden, dass bisher verwaltungsgerichtliche Klagen gegen Mietspiegel im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen wurden, dass es Aufgabe der Zivilgerichte sei, die Richtigkeit der Mietspiegel zu überprüfen⁴⁰. Es heißt hierzu wörtlich in der einschlägigen Entscheidung des BVerwG:

„Da der Mietspiegel kein Beweismittel i. S. der ZPO ist und das Gesetz auch keine Vermutung i. S. des § 292 ZPO aufstellt, dass ein Mietspiegel die ortsübliche Vergleichsmiete tatsächlich wiedergibt, befindet allein der Tatrichter darüber, ob und in welcher Weise er das in einem veröffentlichten Mietspiegel enthaltene Zahlenmaterial heranzieht“.

Wenn qualifizierte Mietspiegel aber eine Vermutungswirkung haben, die von einer Partei erst widerlegt werden muss, dann ist diese Argumentationskette des BVerwG mit Sicherheit nicht zu halten und die Verwaltungsgerichte werden Klagen gegen Mietspiegel, insbesondere qualifizierte Mietspiegel, für zulässig erachten⁴¹, was mit Sicherheit wiederum zur Folge haben wird, dass die Gemeinden solche qualifizierten Mietspiegel nur eingeschränkt aufstellen. Es ist auch den Mietvertragsparteien nicht damit gedient, erst nach fünf oder mehr Jahren von den Verwaltungsgerichten zu erfahren, ob der Mietspiegel nun gültig ist oder nicht.

Wenn der qualifizierte Mietspiegel eine Vermutungswirkung hat, dann kann wohl auch einem noch so querulatorischen Interessenverband nicht mehr die Teilnahme am Arbeitskreis Mietspiegel verwehrt werden, was bisher von den Verwaltungsgerichten wegen der fehlenden Bindungs-

33) Eine tabellarische Darstellung der verschiedenen Auffassungen bei Börstinghaus/Clar (o. Fußn. 8), Rdnr. 265.

34) Schmidt/Emmert, WuM 2000, 285 (286).

35) Börstinghaus/Clar (o. Fußn. 8), Rdnrn. 703 ff.

36) BVerwGE 100, 262 = NJW 1996, 2046 = NJWE-MietR 1996, 173 L m. Anm. Storr, ZMR 1996, 453, u. Schönlaue, DVP 1996, 172.

37) BVerwGE 100, 262 = NJW 1996, 2046 = NJWE-MietR 1996, 173 L; VGH München, ZMR 1994, 81 (84); Sternel, MietR aktuell, 3. Aufl. (1996), Rdnr. 608; a. A. Huber, ZMR 1992, 469.

38) LG Essen, NJW-RR 1996, 1416 = NJWE-MietR 1997, 5 L = WuM 1996, 558.

39) Enmerich, DWW 2000, 143 (145) spricht von der „Schreckensvision kommunaler Mietpreiskommissare“.

40) BVerwGE 100, 262 = NJW 1996, 2046 = NJWE-MietR 1996, 173 L.

41) So auch Löwe, NZM 2000, 577 (583).

wirkung von Mietspiegeln im Zivilprozess bejaht wurde⁴². Auch die Einsichtnahme in die Fragebögen etc. kann dann wohl nicht mehr verwehrt werden⁴³. Man mag dies begrüßen, man darf aber nicht verkennen, dass die Mietspiegelerstellung den Gemeinden Arbeit macht und sie Geld kostet, ohne dass sie unmittelbar wirtschaftlich etwas davon haben. Hauptnutznießer sind die Vermieter, insbesondere die Großvermieter. Zusätzlichen Ärger und Aufwand kann die Gemeinden veranlassen, sich eher „aus dem Geschäft der Mietspiegelerstellung“ zurückzuziehen. Dies wird insbesondere eintreten, wenn die Verwaltungsgerichte wie heute schon bei Abgabensatzungen extrem hohe formelle und materielle Anforderungen an die Mietspiegel stellen sollten. Warum sollen Gemeinden sich das noch antun wollen. Weniger wäre hier m. E. wirklich mehr.

Zuletzt kann die Gemeinde, die mit viel Aufwand einen wissenschaftlichen Grundsätzen entsprechenden Mietspiegel erstellt hat, gar nicht sicher sein, dass beide Interessenverbände am Ende wirklich zustimmen, was nach dem derzeitigen Vorschlag aber erforderlich ist. Diese Fälle sind gar nicht so selten. So sind z. B. in Berlin und in Dortmund gemeindliche Mietspiegel veröffentlicht worden, denen jeweils die Zustimmung eines Interessenverbandes fehlte.

Solange diese zusätzlichen Schwierigkeiten nur dazu führen, dass die Gemeinden statt eines qualifizierten Mietspiegels einen einfachen Mietspiegel aufstellen, ändert sich an der Rechtslage insofern nichts. Nur jeder Mietspiegel, der wegen dieser Probleme erst gar nicht aufgestellt wird, ist eine Verschlechterung im Vergleich zur heutigen Situation.

VI. Konsequenzen für das Mieterhöhungsverfahren

Die Einführung von qualifizierten Mietspiegeln hat auch für das Mieterhöhungsverfahren Konsequenzen. Auch diese haben sich im Laufe der Entwürfe immer wieder geändert.

§ 560 a BGB-VereinFE. Enthält eine qualifizierter Mietspiegel Angaben für die Wohnungen, so kann nur auf diesen Mietspiegel Bezug genommen werden⁴⁴.

Das hätte zwingend eine Mietpreisbegrenzung zur Folge gehabt, da kein Gericht die Richtigkeit des Mietspiegels hätte überprüfen können. Ein Mieterhöhungsverlangen, das über den Wert des Mietspiegels gelegen hätte, wäre unzulässig gewesen, so dass es auf die materielle Berechtigung gar nicht angekommen wäre. Deshalb wäre diese Regelung mit Sicherheit verfassungswidrig gewesen⁴⁴. Um dem Verdikt des BVerfG zu entgehen wurde dann in § 558 a RefE folgende Formulierung gewählt:

§ 558 a RefE. (3) Enthält ein qualifizierter Mietspiegel (§ 558 d Abs. 1), bei dem die Vorschrift des § 558 d Abs. 2 eingehalten ist, Angaben für die Wohnung, so ist *jedenfalls* hierauf Bezug zu nehmen. (Hervorhebung d. Verf.)

Der Mietspiegel als Prozessprovokateur? Oder wie sonst soll ein Mieter ein Erhöhungsverlangen verstehen dürfen, in dem der Vermieter z. B. einen Betrag von 10 DM/m² verlangt, aber zugleich darauf hinweisen muss, dass nach dem qualifizierten Mietspiegel nur 9 DM/m² zu zahlen sind. Hier hätte man den Vermieter auch gleich ermächtigen können, ohne Mieterhöhungsverlangen direkt zu klagen. Während nach empirischen Untersuchungen des Instituts für Stadtforschung und Strukturpolitik GmbH⁴⁵ nur ca 2 – 3% aller Mieterhöhungsverlangen zu einem Prozess führen, wäre hier die Quote wahrscheinlich 20 bis 30mal höher. Ein wahrer Beitrag zur Prozessvermeidung!

Aber das ist natürlich nicht gewollt. Politisch gewollt ist, den Vermieter von Mieterhöhungsverlangen, die über die Werte eines qualifizierten Mietspiegels hinausgehen abzuhalten, auf der anderen Seite aber im (sicher stattfindenden) Verfassungsbeschwerdeverfahren argumentieren zu können, er hätte ja – bei Widerlegung der Vermutungswirkung – mehr verlangen können. M. E. ist diese Argumentation zu durchsichtig, um auch dieser Regelung den Verdacht der Verfassungswidrigkeit zu nehmen. Auch die jetzt in § 558 a RegE gewählte Formulierung ändert daran m. E. nichts.

§ 558 a RegE. (3) Enthält ein qualifizierter Mietspiegel (§ 558 d Abs. 1), bei dem die Vorschrift des § 558 d Abs. 2 eingehalten ist, Angaben für die Wohnung, so hat der Vermieter in seinem Mieterhöhungsverlangen diese Angaben auch dann mitzuteilen, wenn er die Mieterhöhung auf ein anderes Begründungsmittel nach Absatz 2 stützt.

Das ist verglichen mit der Formulierung im RefE nur eine sprachliche und keine inhaltliche Änderung. Darauf aufmerksam zu machen ist, dass der Vermieter selbst dann auf den qualifizierten Mietspiegel hinweisen muss, wenn er dessen Werte gar nicht überschreitet.

VII. Konsequenzen für das gerichtliche Verfahren

Im gerichtlichen Verfahren sollen qualifizierte Mietspiegel eine widerlegliche Vermutungswirkung für ihre Richtigkeit haben. Mir ist nicht klar, ob die Entwurfsverfasser sich der Konsequenzen dieser Formulierung bewusst sind⁴⁶.

Die Vermutungswirkung gilt nur für das Mieterhöhungsverfahren. Mietspiegel spielen heute jedenfalls in der gerichtlichen Praxis eine mindestens genauso große – wenn nicht gar viel größere – Rolle bei den zivilrechtlichen Rückforderungsprozessen wegen vermeintlich überzahlter Miete gem. § 5 WiStrG. Hier gilt die Vermutungswirkung nicht⁴⁷, so dass die Gerichte hier Mietspiegel im Rahmen freier Beweiswürdigung einsetzen werden. Warum der Mietspiegel hier unterschiedlich bewertet wird, ist auch für die Prozessparteien nicht nachvollziehbar. Das Gleiche gilt für die Anwendung des Mietspiegels z. B. im fehlbelegungsrechtlichen Begrenzungsverfahren.

Aber auch im Mieterhöhungsverfahren bedeutet eine Vermutungswirkung nicht ohne weiteres eine Erleichterung. Wer sich auf eine gesetzliche Vermutung beruft, muss die Vermutungsvoraussetzungen darlegen. Derjenige, zu dessen Gunsten die Vermutung streitet, muss also darlegen, dass der Mietspiegel nach wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden ist. Das kann er kaum, außer die Gerichte lassen die pauschale Behauptung, dass dem so ist, ausreichen. Dann aber hat sich im Vergleich zu heute eigentlich nichts geändert. Hat der Vermieter in seinem mit drei Vergleichswohnungen begründeten Erhöhungsverlangen auf die Werte des Mietspiegels nicht hin-

42) VG Gelsenkirchen, NZM 1999, 381.

43) VG Gelsenkirchen, NZM 1999, 381.

44) So auch Hinkelmann (o. Fußn. 30), S. 156; Beuermann, GE 2000, 935 (936) hält diese Regelung für konsequenter, ohne auf die verfassungsrechtliche Problematik einzugehen.

45) IFS, Auswirkungen mietrechtlicher Regelungen auf die Mietentwicklung u. die Wohnungsversorgung, Dezember 1996. Diese Untersuchung lag der Bund-Ländergruppe Mietrechtsvereinfachung nicht vor, so dass der Vorschlag, qualifizierte Mietspiegel einzuführen, ohne diesen empirischen Hintergrund gemacht wurde. Ein Vorschlag, der einmal gemacht wurde, ist anscheinend schwer wieder zurückzunehmen.

46) Beuermann, GE 2000, 935 (936) vertritt die Auffassung, dass sich in Berlin an der Prozessführung nichts ändert.

47) Das kritisiert auch Beuermann, GE 2000, 935 (936), der auf die unterschiedliche Rechtsprechung der verschiedenen Kammern des LG Berlin hierzu hinweist.

gewiesen, wird der Mieter u.U. behaupten, das Erhöhungsverlangen sei unwirksam, weil der Vermieter nicht zusätzlich auf die Mietspiegelwerte hingewiesen habe, da dieser doch qualifiziert sei. Neben der Frage, wer jetzt eigentlich die Beweislast hat (muss der Vermieter die negative Tatsache *es gibt keinen qualifizierten Mietspiegel in der Gemeinde* beweisen, da dies Zulässigkeitsvoraussetzung für die Klage ist?), muss sich das Gericht mit formellen Problemen herumschlagen, statt durch Anwendung seiner Erfahrung, des Mietspiegels, einer Ortsbesichtigung oder in Ausnahmefällen eines Sachverständigengutachtens den wirklichen Streit der Parteien, nämlich wie hoch die zukünftige Miete ist, entscheiden zu können. Solche Verfahren dauern mit Sicherheit erheblich länger als bisher, da die Frage, ob die wissenschaftlichen Grundsätze der Mietspiegelerstellung eingehalten wurden, in der Bundesrepublik ohne Hilfe eines Sachverständigen wahrscheinlich nur von einer Hand voll Richter beurteilt werden kann, so dass langwierige Beweisaufnahmen erforderlich sind. Ein diesbezügliches Verfahren vor dem AG *Tiergarten* hat nach meiner Kenntnis mehr als fünf Jahre gedauert.

Zu einer weiteren Frage äußert sich die Begründung zum Mietrechtsreformgesetz auch nicht: Wenn das Gesetz für den qualifizierten Mietspiegel eine Vermutungswirkung kodifiziert, bedeutet dies nicht im Umkehrschluss, dass die unzähligen Mietspiegel, die den Anforderungen des § 558 d GE nicht genügen, in Zukunft von den Gerichten nicht mehr zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete herangezogen werden dürfen? Dann wäre die Neuregelung erst Recht kontraproduktiv.

VIII. Praxistaugliche Alternative

Mieterhöhungsverfahren sind in der Masse nicht besonders streitträchtig. Dies gilt zumindest für das Gerichtsverfahren. Mehr als 97% aller Erhöhungsverlangen werden außergerichtlich erledigt. In den 2-3% verbleibender Fälle haben die Gerichte schon heute Mietspiegel als Quasibeweismittel berücksichtigt⁴⁸. Strittig ist dabei die dogmatische Einordnung des Mietspiegels als Beweismittel⁴⁹.

Um dies Problem zu lösen und auch die Gerichte, die sich bisher mit der Anwendung von Mietspiegeln schwer getan haben, zu veranlassen sich eines Mietspiegels zu bedienen, wäre m.E. eine Ergänzung der ZPO sinnvoll. Dadurch würde die Bedeutung von Mietspiegeln auf alle Zivilprozesse gleichmäßig ausgedehnt. Auf der anderen Seite bliebe es dem Gericht überlassen, wie es die Qualität eines Mietspiegels bewertet und welche Angaben es hierzu für erforderlich hält. So könnte in den Vorschriften über die Beweisaufnahme bestimmt werden, dass das Gericht

auch einen örtlichen Mietspiegel zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete heranziehen kann, wenn seine Erstellung in einer dem Gericht vorliegenden Dokumentation nachvollzogen werden kann⁵⁰.

Außerdem würde es den Mietspiegelerstellern und den Gerichten helfen, wenn die Bundesregierung von ihrer Ermächtigungsbasis Gebrauch machte und eine Rechtsverordnung zur Mietspiegelerstellung erlasse. Dann würde ein Standard existieren, an dem die Gerichte die Mietspiegel messen könnten.

IX. Schlussbemerkung

Alle Bemühungen, die Aufstellung von Mietspiegeln zu erleichtern und zu forcieren, sind zu unterstützen. Mietspiegel sind enorm wichtig. Die deutsche Unart alles zu überperfektionieren steht dem aber häufig entgegen. Es gibt kaum Urteile, die sich negativ zu Mietspiegeln äußern. Und wenn das wirklich der Fall ist, dann geht es gerade um die vermeintlich wissenschaftlichen Mietspiegel, bei denen ohne auf die Akzeptanz der Nutzer zu achten aus politischen Gründen häufig realitätsferne Mieten ausgewiesen werden oder irgendwer „mit dem Kopf durch die Wand“ wollte. Diese wenigen Fälle aus den vergangenen zehn Jahren zum Anlass zu nehmen, für alle das Verfahren zu verkomplizieren bedeutet mit Kanonen auf Spatzen schießen, zumal diejenigen Gerichte, die Mietspiegel wegen vermeintlicher Fehler nicht angewandt haben, dies auch nach der Neuregelung nicht tun würden. Es steht zu befürchten, dass die Einführung von qualifizierten Mietspiegeln eher gegenteilige Folgen hat. Der Versuch etwas zu verbessern mit der Folge, es doch eher zu verschlechtern, wird im Juristendeutsch als *Verschlimmbesserung* bezeichnet. Der qualifizierte Mietspiegel ist m.E. ohne jede Not eine solche Verschlimmbesserung. Die Verfahren werden in der Masse nicht einfacher oder schneller zu erledigen sein. In Einzelfällen wird eher das Gegenteil der Fall sein. Guter Wille und politische Vorgabe genügen allein nicht, das Mietrecht wirklich zu vereinfachen. Es bleibt der fade Nachgeschmack, dass hier über ein formales Instrument mit Hilfe der Gerichte eine Tabellenmiete eingeführt werden soll⁵¹.

48) Zuletzt z.B. AG *Dresden*, NZM 2000, 460; eine tabellarische Darstellung hierzu findet sich bei *Börstinghaus*, in: *Schmidt-Futterer* (o. Fußn. 31), § 2 MHRG Rdnr. 578; so im Übrigen auch *Beuernmann*, GE 2000, 935 (936).

49) Dazu *Börstinghaus*, in: *Schmidt-Futterer* (o. Fußn. 31), § 2 MHRG Rdnr. 570.

50) *Börstinghaus*, WuM 1997, 415.

51) So auch *Emmerich*, DWW 2000, 143 (145).

Rechtsanwalt Professor Dr. Wolf-Rüdiger Bub, München

Das vertragliche Vorkaufsrecht des Mieters*

I. Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Wohnraummieters

Seit Einfügung von § 570 b BGB durch das 4. MietRÄndG im Jahr 1993 steht dem Mieter bei Umwandlung der von ihm angemieteten Wohnung in eine Eigentumswohnung ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu. Die Einfügung dieser Norm in das Mietrecht nach dem Vorbild von § 2 b WoBindG war – neben der Ausdehnung der Kündigungsfrist wegen Eigenbedarfs bzw. berechtigter Interessen i. S. von § 564 b II BGB bei umgewandelten Eigentumswohnungen von fünf auf zehn Jahre in Ballungsgebieten (Art. 14 InvWoBauLG) – Reaktion des Gesetzge-

bers auf den Beschluss des *Gemeinsamen Senats* der obersten Bundesgerichte vom 30. 6. 1992¹, der nach unterschiedlicher Rechtsprechung und kontroverser Erörterung in der Literatur² die Praxis der Bauordnungsbehörden, zur Verhinderung der Umwandlung von Miet- in Eigen-

* Der Autor ist namensgebender Partner der Partnerschaftsgesellschaft *Bub, Gauweiler & Partner*, München, und Honorarprofessor an der Universität Potsdam.

1) NJW 1992, 3290.

2) S. u. a. *Bub*, in: *Festschr. f. Barmann u. Weitnauer*, 1990, S. 69; *Deckert*, WE 1990, 75; *Schmidt*, DNotZ 1990, 251; *Pause*, NJW 1992, 671.