

Aktuelle Probleme des Mietspiegelrechts

I. Die Ausgangslage

Mietspiegel sind ein Kind des Vergleichsmietensystems. Nach Auslaufen der nachkriegsbedingten Mietpreisbeschränkungen¹ stritt man darüber, ob Wohnungen wie jedes andere Wirtschaftsgut behandelt werden sollten und deshalb den marktwirtschaftlichen Kräften überlassen werden sollten², oder ob hier eine Regulierung geboten war.³ Im Zusammenhang mit dem Verbot der⁴ Änderungskündigung wurde aus verfassungsrechtlichen Gründen⁵ den Vermietern ein Anspruch auf die damals nur umgangssprachlich so genannte ortsübliche Vergleichsmiete eingeräumt.⁶ Der Gesetzgeber ging damals davon aus, dass es sich nur um eine Übergangsregelung handelte. *Derleder*⁷ sprach von einem „Experiment“. Die Regelung sollte nämlich ursprünglich nur ca. 2 Jahre gelten und am 31.12.1974 wieder außer Kraft treten.⁸ Erst 1974 hat der Gesetzgeber als Konsequenz auf die Kritik an diesem Gesetz durch das 2. Wohnraumkündigungsschutzgesetz vom 18.12.1974⁹ Mietspiegel eingeführt. Es wurde damals die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des Begriffs der ortsüblichen Vergleichsmiete die Gerichte vor eine „nahezu unlösbare Aufgabe“ gestellt hatte.¹⁰ Es wurde vermutet, dass sich die „Vorschrift zu einer Quelle immerwährender Streitigkeiten entwickeln“¹¹ würde. Ferner wurden ernstliche Bedenken gegen die Ermittelbarkeit der ortsüblichen Entgelte geäußert.¹² Die Bezeichnung „Mietspiegel“ gab es damals noch nicht. Es hieß damals nur, dass zur Begründung „auf eine Übersicht über die üblichen Entgelte, die in der Gemeinde“ für vergleichbaren Wohnraum „Bezug genommen werden darf“, „soweit die Übersicht von der Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und Mieter gemeinsam erstellt oder anerkannt worden ist“. Daran hat sich auch durch die nächste Reform durch das „Gesetz zur Änderung des Wohnungsmodernisierungsgesetzes“ vom 27.6.1978¹³ nichts geändert. Erst durch das Gesetz zur Erhöhung des Angebots von Mietwohnungen vom 20.12.1982¹⁴ wurde in einem Klammerzusatz hinter der unverändert weiter bestehenden Definition des Begründungsmittels der Begriff „Mietspiegel“ eingeführt. Nach dem neuen § 2 Abs. 5 MHG sollten¹⁵ Gemeinden

¹ Blank in FS Börstinghaus (2020) S. 9.

² Zur Kritik an dieser „verhängnisvollen Entscheidung“ des Gesetzgebers Blank in FS Börstinghaus (2020) S. 9 (13).

³ Derleder FS Blank (2006) S. 673 (674); Lammel FS Blank (2006) S. 713, 741.

⁴ Durch § 1 Abs. 4 des „Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum“ vom 25.11.1971 (BGBl. I S. 1839).

⁵ Herrlein NJW 2017, 711 (716); Weitemeyer NZM 2000, 313 (315).

⁶ BGH NZM 2007, 639.

⁷ Derleder FS Blank (2006) S. 673, 674.

⁸ Nach Rupp DWW 1979, 279, 280 wurde diese Befristung zunächst auch von allen am Wohnungswesen interessierten Parteien ernst genommen, da die Regelung der seinerzeitigen Wirtschaftsauffassung der Marktwirtschaft widersprach.

⁹ BGBl. I 1974, 3603.

¹⁰ Löwe NJW 1972, 2017 (2020).

¹¹ Löwe NJW 1972, 2017 (2020).

¹² Roquette ZMR 1972, 138; Klein NJW 1973, 974 (975).

¹³ BGBl. I 1978, 878.

¹⁴ BGBl. I 1982, 1912.

¹⁵ Zur Bedeutung dieser Sollvorschrift Ostermann in Börstinghaus/Ostermann NZM 2021, 825.

bei entsprechendem Bedürfnis Mietspiegel erstellen und die Bundesregierung wurde ermächtigt, Vorschriften über den näheren Inhalt und das Verfahren zur Aufstellung von Mietspiegeln zu erlassen, was aber erstmals 2022 geschah.

Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll der Begründungszwang die Möglichkeit zu einer außergerichtlichen Einigung bei einem Mieterhöhungsverlangen fördern und die Vermeidung überflüssiger Zustimmungsklagen bewirken.¹⁶ Das bedeutet, dass Mietspiegel originär nur als Begründungsmittel für das außergerichtliche Verfahren gedacht waren. Von Rechts wegen stellt er also nur ein formelles Begründungsmittel für das Mieterhöhungsverlangen der Vermieter dar. Dies ist seine einzige ihm vom Gesetz beilegte Funktion. Mietspiegel waren – und sind – keine prozessualen Beweismittel.¹⁷ Trotzdem wurden Mietspiegel schon bald von den Gerichten zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Zustimmungsprozess herangezogen. Die dogmatischen Begründungen waren sehr unterschiedlich¹⁸ und hängen dogmatisch stark vom grundsätzlichen Verständnis des Begriffes der ortsüblichen Vergleichsmiete ab. Es handelt sich bei der ortsüblichen Vergleichsmiete um eine „marktorientierte¹⁹ modifizierte Durchschnittsmiete²⁰“, die empirische und normative Elemente aufweist²¹, was von heutigen Protagonisten leider häufig übersehen wird. *Blank*²² hat deshalb schon von mehr als 20 Jahren richtigerweise geschrieben, dass ein statistisch richtiger Mietspiegel juristisch falsch sein kann.

Im Rahmen der letzten großen Mietrechtsreform²³ hat der Gesetzgeber die Entscheidungspraxis der Instanzgerichte zum Anlass genommen zwischen verschiedenen Mietspiegeln zu differenzieren. Geschaffen wurde der „qualifizierte Mietspiegel“ als besondere Ausprägung von Mietspiegeln. Ihm soll im Zustimmungsprozess eine Vermutungswirkung dahingehend zukommen, dass die in ihm angegebenen Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben. Damit ist der qualifizierte Mietspiegel zwar immer noch kein Beweismittel im Prozess²⁴, aber eine Beweislastnorm.²⁵ Beweislastnormen sind eine Art Hilfsmittel, die materielle oder prozessuale Rechtssätze ergänzen, um in Zweifelsfällen eine gerichtliche Entscheidung zu ermöglichen.²⁶ Die Regelung ist auf den ersten Blick einfach und praktikabel aber, wie sich inzwischen deutlich gezeigt hat, teilweise

¹⁶ Zur Befriedungsfunktion der Begründung von Vergleichsmietenerhöhungen: Sternel FS Börstinghaus, 2020, 410; demgegenüber vermutet Loyal AcP 214, 746 (783), dass durch die komplizierte Regelung Mieterhöhungen schon durch die Gestaltung des Verfahrens erschwert werden sollten.

¹⁷ Börstinghaus FS Hannemann (2023), 1 (2).

¹⁸ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht 16. Aufl., BGB § 558b Rn. 110.

¹⁹ Bünemeyer/Hebecker/Werling ZMR 2016, 96 (97); Herlitz in Herlitz/Saxinger Kap 4 Rn. 342.

²⁰ BGH NJW 2005, 2074; Herlitz in Herlitz/Saxinger Kap 4 Rn. 328.

²¹ Blank FS Börstinghaus (2020), 9 (14); BeckOGK/Fleindl § 558 BGB Rn. 18.

²² Blank PiG 62 (2002), 17, 27.

²³ Artz NJW 2015, 1573.

²⁴ Rips WuM 2002, 415 (419); Wetekamp NZM 2003, 184 (185).

²⁵ Blank PiG 62 (2002), 17 (25); Börstinghaus/Clar NZM 2014, 889.

²⁶ Prütting in Baumgärtel/Laumen/Prütting HdB d. Beweislast 5. Aufl., 2023, Bd. 1 Kap. 11 Rn. 16.

konfliktträchtig²⁷ und wenig hilfreich, insbesondere wenn man die Rechtslage mit der Praxis der Gerichte vor Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes vergleicht.²⁸

Wie die COVID-19 Pandemie bestehende Probleme wie durch ein Brennglas verdeutlicht und vor allem verschärft hat, vor allem im Bereich Digitalisierung, Bildung und Familienpolitik, so hat dann ein zweites Gesetzgebungsprojekt die Probleme mit Mietspiegeln massiv verdeutlicht und vergrößert.²⁹ Durch das „Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung – Mietrechtsnovellierungsgesetz“³⁰ wurden in der Bundesrepublik erstmals Regelungen in das BGB³¹ eingefügt, die die Höhe der zulässigen Miete bei Neuabschluss eines Wohnraummietvertrages beschränken.³² Es wurde eine neue Phase der Mietbegrenzung eröffnet, die teilweise an frühere Wohnraumbewirtschaftungsvorschriften³³ erinnert. Nach *Schuldt*³⁴ hat der Gesetzgeber mit der Einführung der sog. Mietpreisbremse „die mietpreisrechtliche Büchse der Pandora“ geöffnet, da er damit die Mietpreise politisch zur Disposition gestellt habe. Die Einführung der sog. Mietpreisbremse hat die Probleme bei der Anwendung qualifizierter Mietspiegel im Prozess deshalb verschärft, weil nunmehr die ortsübliche Vergleichsmiete nicht nur für Bestandsmietenerhöhungen, sondern plötzlich auch für Neuvertragsmieten bedeutsam ist. Dadurch wurde die Akzeptanz der Regelungen verringert.³⁵ Die in gut 50 Jahren erlangte Akzeptanz des Vergleichsmietensystems beruhte auf einem Kompromiss: Die Vermieter nahmen die Beschränkung der Erhöhung der Miete im Bestand deshalb hin, weil sie bei der Neuvermietung keinerlei Beschränkungen unterfielen und hier noch ein Markt existierte. Hier konnten sie evtl. eine Miete durchsetzen, die dann lange Zeit unverändert blieb. Letzteres war dann letztendlich wiederum im Interesse der Mieter. Da nunmehr Mietpreisvereinbarungen oberhalb der Grenzen der §§ 556d ff auch dann teilunwirksam sind, wenn weder Vermieter noch Mieter die exakte Grenze kennen, ist der Vermieter nach *Flatow*³⁶ in einer schwierigeren Situation. Deshalb wird seither über die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete viel stärker gekämpft. Und dazu gehört dann eben auch das Messgerät für die ortsübliche Vergleichsmiete, nämlich den Mietspiegel, zu beschädigen. Da der BGH³⁷ die Beweislast für die Einhaltung der anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze dem Mieter auferlegt hatte, war dies vor allem für -kostenunempfindliche-

²⁷ BGH NJW 2013, 775; NJW 2014, 292; AG Mainz BeckRS 2013, 11862; Beuermann GE 2013, 150; Blümmel GE 2013, 151; Börstinghaus LMK 2/2013 Anm. 3; jurisPR-BGHZivilR 4/2013 Anm. 4; jurisPR-BGHZivilR 2/2014 Anm. 2; Clar WuM 2013, 233; Theesfeld jurisPR-MietR 2/2014 Anm. 2; Zeimes, Die Reform des Mietrechts, 2001, 186; Blank PiG 62 (2002), 17 (25).

²⁸ Weitemeyer NZM 2000, 313 (315) hält die Vermutungswirkung für bedenklich und sieht einen Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG; außerdem fehle den Mietspiegelerstellern die demokratische Legitimation.

²⁹ So schon Börstinghaus FS Hannemann (2023), 1.

³⁰ BGBl. 2015 I 610; Börstinghaus NJW 2015, 1553; Gustorff Mietpreisbremse und Bestellerprinzip, 2019; Schuldt, Mietpreisbremse, 2017; Winkler, Die Regulierung von Bestandsbauten in angespannten Wohnungsmärkten, 2022.

³¹ Zu den vielfältigen mietpreisbegrenzenden Vorschriften in der Vergangenheit Herrlein NZM 2016, 1; Börstinghaus WuM 2018, 610.

³² Eine kritische Bestandsaufnahme der Regelungen liefert Abramenco ZRP 2018, 34.

³³ Hierzu Kerner, Wohnraumzwangswirtschaft in Deutschland, 1996; Lutz, Der Mieterschutz der Nachkriegszeit, 1998; Hügemann Die Geschichte des öffentlichen und privaten Mietpreisrechts vom Ersten Weltkrieg bis zum Gesetz zur Regelung der Miethöhe, 1974.

³⁴ Schuldt FS Börstinghaus, 2020, 369 (378).

³⁵ So schon Börstinghaus FS Hannemann (2023), 1.

³⁶ so Flatow PiG 110 (2021), 69 (70).

³⁷ BGH NJW 2013, 775; NJW 2014, 292.

kapitalmarktorientierte Großvermieter ein willkommenes Druckmittel, Mieter zur Zustimmung zu drängen.

Richtig problematisch ist die Regelung während ihrer 20 jährigen Existenz bei gerade einmal fünf qualifizierten Mietspiegeln geworden.³⁸ Da dies zumindest auf Grund der beiden BGH-Entscheidungen zum Berliner Mietspiegel³⁹ und der folgenden LG Berlin Entscheidung⁴⁰ mit größerem medialen Interesse verbunden war, hatte die Politik das Thema erstmals vor 10 Jahren im Koalitionsvertrag 2013 aufgegriffen. 2016 hat das damalige BMJV einen ersten Referentenentwurf für eine „Verordnung über den Inhalt und das Verfahren zur Aufstellung und zur Anpassung von Mietspiegeln sowie zur Konkretisierung der Grundsätze für qualifizierte Mietspiegel“ zusammen mit dem Entwurf eines „Gesetzes zur weiteren Novellierung mietrechtlicher Vorschriften“ (2. MietNovG) in die interne Abstimmung der Ministerien gegeben. Die Regelungen waren äußerst ausdifferenziert, sehr kompliziert und wenig bis kaum praxistauglich. Ein Einvernehmen zwischen den Ministerien konnte damals nicht hergestellt werden, so dass in der 18. Legislaturperiode gesetzgeberisch nichts auf den Weg gebracht wurde.⁴¹ Deshalb wurde das Thema in die Koalitionsvereinbarung 2017 erneut aufgenommen. Im Februar 2020 legte das BMJV einen neuen Entwurf für ein Gesetz zur Reform des Mietspiegelrechtes und einer Mietspiegelverordnung vor. Auch diesmal war der Widerstand groß. Aufgrund der Stellungnahmen aus der Praxis wurde dann ein nochmals erheblich abgespeckter Entwurf des Mietspiegelgesetzes und der MietspiegelVO in die parlamentarische Beratung eingebracht.⁴² Der nur mit dem Mietspiegelreformgesetz befasste Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat weitere Änderungen am Entwurf vorgenommen.⁴³ Die Mietspiegelverordnung war nie Gegenstand einer parlamentarischen Beratung oder gar Anhörung der Praxis.

II. Die neuen Vorschriften

1. Kein eigenes Mietspiegelgesetz

Im Jahre 1981 gab es einmal den Versuch, ein Mietspiegelgesetz zu verabschieden.⁴⁴ Danach sollten Gemeinden mit mehr als 100 000 Einwohnern verpflichtet werden, Mietspiegel zu erstellen. Bei kleineren Gemeinden sollte dies auf Antrag der Interessenverbände geschehen. Dem vom Bundestag verabschiedeten Gesetz stimmte der Bundesrat jedoch nicht zu. Das Vermittlungsverfahren konnte wegen der Auflösung des Bundestages nicht zu Ende geführt werden. Es ist deshalb nie in Kraft getreten. Bei der aktuellen Reform hat man davon Abstand genommen ein separates Gesetz zu erlassen. Stattdessen wurden die Änderungen direkt im BGB vorgenommen inklusive der Pflicht zur Erstellung von Mietspiegel in § 558c Abs. 4 S. 2 BGB. Nur die Übergangsvorschrift wurde gesondert in Art. 229 § 62 EGBGB aufgenommen. Technische Regelungen wurden in eine Mietspiegelverordnung ausgelagert.

2. Änderungen des BGB

a) Die neue Zuständigkeit und das Vollzugsdefizit

³⁸ Sebastian, „Mietspiegelreform mit Pferdefuß“, FAZ.NET (aktualisiert 1.10.2020).

³⁹ BGH NZM 2013, 138; NZM 2014, 24.

⁴⁰ LG Berlin NJW 2015, 3252.

⁴¹ Zur Geschichte dieses Verfahrens Börstinghaus NZM 2019, 841.

⁴² BR-Drs. 766/20 und BR-Drs. 22/21.

⁴³ Beschlussempfehlung BT-Drs. 19/3093 und Bericht BT-Drs. 19/31106.

⁴⁴ BT-Drucks. 9/745; abgedruckt bei Börstinghaus/Clar, MsV Teil 5 Anhang II.

Seit Einführung von Mietspiegeln bis Mitte 2022 war auf kommunaler Seite „die Gemeinde“ sowohl nach dem MHG als auch nach § 558c BGB a.F. zuständig. Diese Gemeindezuständigkeit war vor der Föderalismusreform 2006⁴⁵ geschaffen worden. Seither dürfen gem. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG den Gemeinden und Gemeindeverbänden keine Aufgaben mehr durch Bundesgesetz übertragen werden. Zwar gilt altes Bundesrecht, dass vor der Zuständigkeitsänderung erlassen wurde aufgrund der Übergangsregelung in Art. 125a Abs. 1 GG fort, jedoch war die Bundesregierung sich nicht sicher, ob sie sich nach den sonstigen Änderungen durch das Mietspiegelreformgesetz noch innerhalb dieser verfassungsrechtlichen Grenzen bewegen würde.⁴⁶ Deshalb hat man die genaue Zuständigkeitsbestimmung auf die Länder übertragen. Erforderlich ist seit 1.7.2022 eine landesgesetzliche Regelung. Obwohl die Länder hierfür von der Verabschiedung des Mietspiegelreformgesetzes bis zu seinem Inkrafttreten gut ein Jahr Zeit hatten, haben sich einige Länder damit schwer getan.⁴⁷ Rechtzeitig geschaffen hatten es Bayern⁴⁸, Berlin⁴⁹, Bremen⁵⁰, Hamburg⁵¹, Hessen⁵², Nordrhein-Westfalen⁵³ und Rheinland-Pfalz⁵⁴. Die nördlichen Bundesländer Schleswig-Holstein⁵⁵, Mecklenburg-Vorpommern⁵⁶ und Niedersachsen⁵⁷ haben den Termin um wenige Tage bzw. Wochen verpasst, Baden-Württemberg⁵⁸ um vier Monate, der Freistaat Sachsen⁵⁹

⁴⁵ BGBl I S. 2034.

⁴⁶ BT-Drs. 19/26918, 17.

⁴⁷ Eine vollständige Liste der landesgesetzlichen Regelungen (ohne Thüringen, Sachsen-Anhalt und Saarland) befindet sich bei Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558 c – d Rn. 25a; Klöppel PiG 112 (2023) S. 163 (166) hat die Situation als „unerfreulich“ bezeichnet.

⁴⁸ Zuständigkeitsverordnung (ZustV) vom 16. Juni 2015 idF vom 31.5.2022, GVBl 2015, 184

⁴⁹ Gesetz über die Zuständigkeiten in der Allgemeinen Berliner Verwaltung (Allgemeines Zuständigkeitsgesetz - AZG), GVBl. 1996, 302, 472 geändert durch Gesetz vom 12.05.2022, GVBl. S. 191.

⁵⁰ Bekanntmachung über die zuständigen Behörden gemäß §§ 558c Absatz 4 und 558d Absatz 1 BGB (Zuständigkeiten Mietspiegel) vom 26. April 2022, Brem.ABl. 2022, 241

⁵¹ Anordnung über Zuständigkeiten im Wohnungswesen vom 1. April 2008 in der Fassung vom 4.10.2022, Amtl. Anz. 2022, S. 1497.

⁵² Gesetz über die Zuständigkeit für die Erstellung und Anerkennung von Mietspiegeln vom 22. Februar 2022, GVBl. 2022, 122.

⁵³ Verordnung über die Zuständigkeit für die Erstellung und Anerkennung von Mietspiegeln im Land Nordrhein-Westfalen (Mietspiegel-Zuständigkeits-Verordnung- MsZVO) vom 26. April 2022, GV. NRW. 2022, 723.

⁵⁴ Landesverordnung über die Zuständigkeit für die Erstellung von Mietspiegeln und Anerkennung von qualifizierten Mietspiegeln vom 29. Juni 2022, GVBl. 2022, 247.

⁵⁵ Gesetz zur Bestimmung der Zuständigkeit für die Erstellung von Mietspiegeln (Mietspiegelzuständigkeitsgesetz- MspZustG) vom 6. Juli 2022, GVOBl. 2022, 703

⁵⁶ MsZV M-V – Mietspiegelzuständigkeitsverordnung Landesverordnung zur Bestimmung der für Mietspiegel zuständigen Behörden- Mecklenburg-Vorpommern- Vom 9. September 2022, GVOBl. 2022 S. 511.

⁵⁷ Allgemeine Zuständigkeitsverordnung für die Gemeinden und Landkreise zur Ausführung von Bundesrecht (AllgZustVO-Kom), vom 14. Dezember 2004, zuletzt geändert durch VO vom 16.12.2022 (§ 4 Ziff. 12) ab 24.12.2022, Nds. GVBl. 2022, S. 343.

⁵⁸ Gesetz über die Zuständigkeit für Mietspiegel (Mietspiegelzuständigkeitsgesetz – Mietspiegel-ZuG) vom 18. Oktober 2022, GBl v. 21.10.22 Seite 519.

⁵⁹ Sächsisches Mietspiegel-Zuständigkeitsgesetz vom 15. Dezember 2022 SächsGVBl. S. 766.

um ein halbes Jahr⁶⁰, das Saarland⁶¹ und Sachsen-Anhalt⁶² um ein Jahr. Thüringen⁶³ hat erst 15 Monate nach Inkrafttreten der Änderung es für notwendig empfunden, eine Regelung zu treffen. Durchweg werden wegen der größeren Ortsnähe⁶⁴ die Gemeinden beauftragt, teilweise sind enthalten Regelungen über den Belastungsausgleich, also welche Kosten das Land den Gemeinden erstattet, wenn diese einen Mietspiegel erstellen.

(aa) verspätete Regelung

Ein Mietspiegel, egal ob einfach oder qualifiziert, ist unwirksam, wenn die Gemeinde zum Zeitpunkt der Erstellung – noch – nicht zuständig war.⁶⁵ Dabei stellt sich die Frage, wann die entsprechende Gemeindezuständigkeit spätestens vorgelegen haben muss. Man wird verschiedene Zeitpunkt unterscheiden müssen:

- (1) Erhebungsstichtag
- (2) Anerkennung als qualifizierter Mietspiegel
- (3) Veröffentlichung
- (4) Verwendung als Begründungsmittel

Hat die Gemeinde vor Begründung ihrer Zuständigkeit -interne- Vorbereitungsmaßnahmen vorgenommen, wie zB eine Stichprobe gezogen, führt dies nicht zur Nichtigkeit eines späteren Mietspiegels, wenn die Gemeinde dann später zuständig war. Jedoch ist die Datenerhebung durch eine Gemeinde, die landesgesetzlich (noch) gar nicht zuständig war unter zwei Gesichtspunkten problematisch. Zum einen besteht keine Auskunftspflicht gem. Art 238 § 2 EGBGB.⁶⁶ Danach sind Eigentümer und Mieter von Wohnraum verpflichtet, der nach Landesrecht zuständigen Behörde auf Verlangen bestimmte Auskünfte zu erteilen. Die Auskunftspflicht besteht grds. gegenüber der nach Landesrecht zuständigen Behörde. Solange diese nicht bestimmt ist, besteht keine Auskunftspflicht.⁶⁷ Keinesfalls sind die Gemeinden automatisch zuständig. Selbst wenn die Gemeinde, wie in einigen Bundesländern, später rückwirkend ab 1.7.2022 durch Landesgesetz für zuständig erklärt wurde, kann kein Bußgeld gegen den auskunftspflichtigen Mieter/Vermieter festgesetzt werden. Das ergibt sich aus § 3 OWiG. Eine Handlung kann danach nämlich als Ordnungswidrigkeit nur geahndet werden, wenn die Möglichkeit der Ahndung gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Deshalb ist auch die Anerkennung des Mietspiegels als qualifiziert durch das zuständige Organ der Gemeinde unwirksam, wenn die Gemeinde zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht zuständig war.

Fraglich ist, ob unter rechtlichen Gesichtspunkten Bedenken gegen die Qualifizierung eines Mietspiegels besteht, wenn dieser mit einer Befragung ohne Auskunftspflicht durchgeführt

⁶⁰ Lindner NZM 3/2023 NZM- info S. V nennt den Zeitraum „luftleeren Raum“ oder „Vakuum“.

⁶¹ Gesetz über die Zuständigkeit nach dem Mietspiegelreformgesetz vom 21.6.2023, Amtsbl. I S. 765.

⁶² MietspiegelZuG LSA- Mietspiegelzuständigkeitsgesetz Sachsen-Anhalt- Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Zuständigkeit für Mietspiegel, vom 5.7.2023, GVBl. LSA Nr. 14 vom 11.07.2023 S. 364.

⁶³ Thüringer Verordnung zur Bestimmung der für die Erstellung oder Anerkennung von Mietspiegeln nach Landesrecht zuständigen Behörden (Thüringer Mietspiegelzuständigkeitsverordnung- ThürMietspZustVO) vom 26. September 2023, GVBl. 2023, 275.

⁶⁴ Klöppel PiG 112 (2023) S. 163 (166).

⁶⁵ Abramenko MDR 2022, 65 (66); etwas vorsichtiger: BeckOGK/Fleindl § 558c. Rn. 9; ohne Hinweis auf Konsequenzen BeckOK/Theesfeld-Betten § 558c Rn. 4.

⁶⁶ Lindner NZM 3/2023 NZM- info S. V; Börstinghaus/Clar/Börstinghaus MsV EGBGB Art 238 § 4 Rn. 4.

⁶⁷ Börstinghaus/Clar/Börstinghaus MsV EGBGB Art 238 § 4 Rn. 4.

wurde. Dafür sprechen gewichtige Argumente.⁶⁸ Es war ein zentrales Anliegen der ganzen Reform des Mietspiegelrechts die Datengrundlage der Mietspiegel massiv zu erhöhen.⁶⁹ Deshalb dürfte ein Mietspiegel, der ohne den Einsatz der Auskunftspflicht erstellt wurde, nicht dem historischen Willen des Gesetzgebers und dem Sinn und Zweck der Reform entsprechen.

Hinzu kommen gewichtige Argumente der Empirik. Es besteht ohne die Bestimmung einer zuständigen Behörde nur eine stark reduzierte Möglichkeit an die notwendigen Daten von Mietern und Vermieter zu kommen aber auch gem. Art 238 § 1 EGBGB Daten anderer Behörden zu erheben und zu verarbeiten. Es spricht viel dafür, dass solche selbst verursachten qualitativen Mängel bei der Datenbeschaffung gegen die Einhaltung der wissenschaftlichen Grundsätze sprechen. Zu den Qualitätskriterien der empirischen Sozialforschung gehören ganz allgemein die Begriffe der Gültigkeit, der Zuverlässigkeit und der Repräsentativität.⁷⁰ Unter Zuverlässigkeit ist zu verstehen, dass bei einer Wiederholung der Erhebung dasselbe Ergebnis herauskommen muss.⁷¹ Wenn es aber mit Auskunftspflicht und Verarbeitung von Behördendaten zu einem besseren Ergebnis führen würde, als erfolgt, ist das ein erhebliches Manko bei der Wissenschaftlichkeit. Das gilt insbesondere bei niedrigen Rücklaufquoten bezüglich der verschickten Fragebögen.⁷² Eine geringe Rücklaufquote gefährdete darüber hinaus durch selektives Antwortverhalten die Repräsentativität der Stichprobe und damit die Qualität der Mietspiegelwerte.

(bb) rückwirkende Regelung

Einige der „Nachzügler“ haben in der entsprechende Zuständigkeitsregelung ein rückwirkendes Inkrafttreten bestimmt. Das gilt zB für die Zuständigkeitsbestimmung im Saarland⁷³, die im Juni 2023 im Gesetzblatt stand, aber „mit Wirkung ab 1.7.2022“ in Kraft getreten sein soll und Baden-Württemberg⁷⁴, dessen Verordnung von Mitte Oktober 2022 doch ab 1.7.2022 in Kraft getreten sein soll. Sachsen und Thüringen haben auf eine solche Rückwirkung verzichtet. Erfolgte Datenerhebung und/oder Veröffentlichung vor Begründung der Zuständigkeit „heilt“ die Rückwirkung die Unwirksamkeit nicht. Dies ergibt sich daraus, dass die Reform, wie dargestellt, eine bußgeldbewehrte Auskunftspflicht zur Erhöhung der Datenqualität enthält. Diese konnte aber nicht rückwirkend in Kraft gesetzt werden. Es würde sich um eine echte Rückwirkung handeln. Meines Erachtens ist es unzulässig die Rückwirkung jetzt in einen unzulässigen Teil hinsichtlich der Auskunftspflicht, und einen zulässigen Teil hinsichtlich der Erstellungszuständigkeit aufzuteilen. Wenn überhaupt, dann hat die Rückwirkung allenfalls Bedeutung für sog. „Alt-Mietspiegel“, also

⁶⁸ So zB. der Sächsischen Datenschutzbeauftragte in einem Schreiben vom 9.12.2022 Az: 3-2003/17/78.

⁶⁹ BR-Drs 22/21 S. 2: „Zur Erhöhung der Rückläufe aus den Befragungen und zur Vermeidung von durch selektives Antwortverhalten verursachten Verzerrungen wird eine **Auskunftspflicht eingeführt**: Vermieter und Mieter von Wohnraum werden verpflichtet, zur Erstellung eines qualifizierten Mietspiegels Auskunft über ihr Mietverhältnis und über die Merkmale der Wohnung zu erteilen“ und Seite 24: „Zur Verbesserung der Qualität und der Aussagekraft von Mietspiegeln sowie zur Verbesserung ihrer Akzeptanz bei Vermietern und Mietern ist die Einführung einer Auskunftspflicht vor diesem Hintergrund **erforderlich und angemessen**.“

⁷⁰ Börstinghaus/Clar/Börstinghaus MsV § 6 Rn. 6.

⁷¹ Börstinghaus/Clar/Börstinghaus MsV § 6 Rn. 17.

⁷² Börstinghaus/Clar/Börstinghaus MsV EGBGB Art 238 § 2 Rn. 1.

⁷³ Gesetz über die Zuständigkeit nach dem Mietspiegelreformgesetz vom 21.6.2023, Amtsbl. I S. 765.

⁷⁴ Gesetz über die Zuständigkeit für Mietspiegel (Mietspiegelzuständigkeitsgesetz – Mietspiegel-ZuG) vom 18. Oktober 2022, GBl v. 21.10.22 Seite 519.

solche, die vor dem 1.7.2022 erstellt wurden und bei denen keine der beiden Zweijahresfrist des § 558d Abs. 2 BGB am 1.7.2022 abgelaufen waren, Diese hätten ab 1.7.2022 auch ihre Grundlage verloren, weil sie von keiner nach Landesrecht zuständigen Behörde erstellt wurden. Durch die Rückwirkung könnte dieses Manko behoben sein. Die Gemeinde könnte aber den zuvor schon erstellten Mietspiegel nochmals anerkennen. Jedoch können durch eine solche Vorgehensweise die Bedenken gegen die Einhaltung der wissenschaftlichen Grundsätze nicht zerstreut werden, da zum Zeitpunkt der Befragung eben – noch – keine Zuständigkeit bestand, so dass keine bußgeldbewehrte Auskunftspflicht bestand und Auskünfte von anderen Behörden aus datenschutzrechtlichen Gründen auch nicht eingeholt werden durften.

b) Notwendigkeit einer Kommunalsetzung

Immer dann, wenn der Mietspiegelstellung eine Datenerhebung zu Grunde liegt, spielen auch datenschutzrechtliche Fragestellungen eine Rolle. Das bedeutet, dass die Vorschriften der Datenschutzgesetze und vor allem der jeweiligen Landesstatistikgesetze eingehalten werden müssen. Die Datenerhebung und deren Analyse in einem Mietspiegel stellt grds. eine kommunale Statistik dar.⁷⁵ Beim Statistikrecht handelt es sich um besonderes Datenschutzrecht, das den allgemeinen datenschutzrechtlichen Regelungen vorgeht.⁷⁶ Die Landesstatistikgesetze verlangen idR, dass Kommunalstatistiken nur auf Grund einer gesetzlichen Grundlage, also idR einer Satzung, erstellt werden dürfen, zB § 8 Abs. 1 S. 2 1. HS Sächsisches Statistikgesetz. Diese Satzung muss dann die Erhebungsmerkmale, die Hilfsmerkmale,⁷⁷ die Art und Weise der Erhebung, den Berichtszeitpunkt (=Mietspiegelstichtag) und den Kreis der zu Befragenden (Mieter und/oder Vermieter) festlegen. Ferner ist in einer solchen Satzung zu bestimmen, ob die Erhebung mit oder ohne Auskunftspflicht erfolgen soll. Die Landesstatistikgesetze der Länder beinhalten hierzu unterschiedliche Regelungen.⁷⁸ Soweit im Rahmen der Mietspiegelerstellung jedoch nur die in Art. 238 § 2 Abs. 2 aufgeführten Merkmale abgefragt werden, ist eine Kommunalsetzung zur Begründung der Auskunftspflicht nicht erforderlich. Sie ergibt sich spezialgesetzlich aus dem höherrangigen Bundesrecht. Eine Kommunalsetzung ist aber immer dann erforderlich, wenn weitergehende Merkmale abgefragt werden sollen.

c) Der Begriff des qualifizierten Mietspiegels

Eine Definition des Begriffs des qualifizierten Mietspiegels befindet sich nur in § 558d Abs. 1 BGB. Danach ist ein qualifizierter Mietspiegel ein Mietspiegel, der nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt und von der nach Landesrecht zuständigen Behörde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter anerkannt worden ist. Es muss sich also zunächst überhaupt um einen Mietspiegel handeln. Das wiederum ist in § 558c BGB definiert. Es handelt danach um eine Übersicht über die ortsübliche Vergleichsmiete, soweit die Übersicht von der nach Landesrecht zuständigen Behörde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter gemeinsam erstellt oder anerkannt worden ist.

Zusammengefasst heißt dies,

⁷⁵ VG München ZD 2019, 47, teilweise abgeändert durch BayVGH NZM 2019, 862.

⁷⁶ VG München ZD 2019, 47, teilweise abgeändert durch BayVGH NZM 2019, 862.

⁷⁷ Hilfsmerkmale sind Angaben, die der technischen Durchführung der Statistik dienen.

⁷⁸ Börstinghaus/Clar/ Börstinghaus MsV EGBGB Art. 238 § 2 Rn. 24; zB z.B. 13 Abs. 2 HessLStatG oder § 6 Abs. 3 SächsStatG.

ein qualifizierter Mietspiegel ist eine Übersicht über die ortsübliche Vergleichsmiete für das Gebiet einer Gemeinde oder mehrerer Gemeinden oder für Teile von Gemeinden, soweit diese Übersicht nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt und von der nach Landesrecht zuständigen Behörde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter anerkannt worden ist.

Nichts anderes steht in der Mietspiegelverordnung! In der Mietspiegelverordnung wird nur die Vermutungsregel des § 558d Abs. 1 S. 2 BGB wiederholt und konkretisiert. Nach § 558d Abs. 1 S. 2 BGB wird nämlich vermutet, dass ein Mietspiegel, der den Anforderungen, die eine nach § 558c Abs. 5 erlassene Rechtsverordnung an qualifizierte Mietspiegel stellt, entspricht nach wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wurde. Die MsV wiederholt dies noch einmal in § 6 Abs. 2 BGB etwas konkreter. Er beschränkt die Vermutungsgrundlage auf Beachtung der in den §§ 7 bis 21 MsV geregelten Anforderungen bei der Erstellung. Es handelt sich aber um keine Definition dessen, was ein Mietspiegel ist, sondern nur um eine Beweislastregel.

Gesetzliche Vermutungen werden unterschieden in gesetzliche Tatsachenvermutungen⁷⁹ und gesetzliche Rechtsvermutungen.⁸⁰ Daneben gibt es in der Gerichtspraxis noch die besonders wichtigen tatsächlichen Vermutungen⁸¹, auf die sich der Anscheinsbeweis stützt. Da der Gesetzgeber hier eine gesetzliche Vermutung in § 558d Abs. 1 S. 2 BGB angeordnet hat, kommen nur die ersten beiden Möglichkeiten in Betracht. Diese beiden werden nach dem Gegenstand der Vermutung unterschieden.⁸² Ob es sich bei der Vermutung in § 558d Abs. 1 S. 2 BGB um eine Tatsachenvermutung oder um eine Rechtsvermutung handelt, ergibt sich ausdrücklich aus der Vorschrift selbst nicht. Bei der Tatsachenvermutung wird aus dem Vorliegen eines tatbestandsfremden Umstands⁸³ auf das gesetzliche Tatbestandsmerkmal geschlossen. Bei der Rechtsvermutung wird unmittelbar auf das Bestehen eines Rechts geschlossen.⁸⁴ Es ist schon mehr als misslich, dass der Gesetzgeber als Grundlage für eine gesetzliche Vermutung nicht an einen einzelnen Umstand anknüpft, sondern an die Erfüllung der Voraussetzungen einer umfangreichen Verordnung. Deshalb ist die Einordnung, ebenso wie die Einordnung der Vermutung des § 558 Abs. 3 BGB⁸⁵, leider nicht so eindeutig. Die Vermutung enthält Teile von beiden Vermutungen. Zum Teil handelt es sich deshalb um eine gesetzliche Vermutung einer Tatsache. Nach § 292 S. 1 ZPO liegt eine gesetzliche Vermutung vor, wenn das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung aufstellt. Die Einhaltung der tatsächlichen Vorgaben der MsV ist eine solche Tatsache. Daneben sind aber auch rechtliche Bewertungen und Einordnungen vorzunehmen, die eine rechtliche Vermutung darstellen. Soweit es sich um eine Tatsache handelt, kann über ihr Vorliegen auch nach den Beweisregeln der ZPO Beweis erhoben werden. Da derjenige, der sich auf die Vermutungsfolge beruft, die Vermutungsgrundlage darlegen und beweisen muss, wird dies

⁷⁹ ZB in §§ 938, 1117 Abs. 3, 1253 Abs. 2, 1591 Abs. 2, 2009, 2255 S. 2 BGB, § 437 Abs. 1, § 440 Abs. 2 ZPO; Baumgärtel/Laumen/Prütting Beweislast-HdB/Laumen, 5. Aufl., 2023, Bd. 1 Kap. 19.

⁸⁰ ZB in §§ 891, 921, 1006, 1138, 1155, 1227, 1248, 1362, 1964 Abs. 2, §§ 2365, 2368 Abs. 3 BGB; Baumgärtel/Laumen/Prütting Beweislast-HdB/Laumen, 5. Aufl., 2023 Bd. 1 Kap. 12 Rn. 16ff.

⁸¹ Dazu ausf. Baumgärtel/Laumen/Prütting Beweislast-HdB/Laumen, 5. Aufl., 2023, Bd. 1 Kap. 19.

⁸² Prütting/Gehrlein/Laumen, ZPO, 15. Aufl. 2023, § 292 Rn. 3.

⁸³ Prütting/Gehrlein/Laumen, ZPO, 15. Aufl. 2023, § 292 Rn. 3.

⁸⁴ Prütting/Gehrlein/Laumen, ZPO, 15. Aufl. 2023, § 292 Rn. 3.

⁸⁵ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Rn 127; Börstinghaus/Clar NZM 2014, 889 (898).

regelmäßig der Mieter sein.⁸⁶ Soweit es sich bei der Vermutungsgrundlage um eine Tatsache handelt, kann über die Einhaltung der MsV ein Sachverständigengutachten eingeholt werden. Soweit dabei Rechtsfragen zu entscheiden sind, ist dies Aufgabe der Gerichte und nicht der Sachverständigen.

d) Die Bedeutung der neuen Vermutungsregelungen

Aber unabhängig davon, ob es sich um eine Tatsachen- oder Rechtsvermutung handelt, kann diese gem. § 292 ZPO widerlegt werden⁸⁷, es muss also der volle Beweis darüber erbracht werden, dass die vermutete Tatsache unwahr ist oder der vermutete Rechtszustand nicht besteht.⁸⁸ Dahin kommt man aber erst, wenn der Mieter die Einhaltung der Vermutungsgrundlage bewiesen hat, also die Einhaltung der Vorgaben der MsV. Ob das dann tatsächlich zu der vom Gesetzgeber⁸⁹ gewollten Umkehr der Beweislast führt, erscheint fraglich, zumindest ist die Antwort in der Praxis eher theoretischer Natur, da ja schon auf Kosten des Mieters ein Gutachten über die Methodik des Mietspiegels eingeholt wurde. Etwas anderes kann aber dann gelten, weil die Tatsachen unstrittig sind, und es nur um die rechtliche Anwendung der Vorschriften der MsV geht.

Nicht übersehen werden darf aber, dass es sich nur um eine Vermutung handelt und der Umkehrschluss, keine Einhaltung der Vorgaben der MsV bedeutet zwingend Nichteinhaltung der anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze der Mietspiegelerstellung, unzulässig ist. Das ergibt sich auch nicht aus § 6 Abs. 2 MsV. Auch Mietspiegel, die nicht alle Vorgaben der MsV einhalten, können qualifizierte Mietspiegel sein und ihnen kann die Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB zukommen.

Hilfreicher ist die zweite Vermutung in § 558d Abs. 1 Satz 3 BGB. Danach wird die Einhaltung der wissenschaftlichen Grundsätze immer dann widerleglich vermutet, wenn der Mietspiegel sowohl von der nach Landrecht zuständigen Behörde wie auch von jeweils einem Interessenverband auf Mieter- und Vermieterseite als qualifizierter Mietspiegel anerkannt wurde. Damit hat der Gesetzgeber eine Regelung aufgegriffen, die bereits während der Mietrechtsreform 2001 im sog. Vereinfachungsentwurf⁹⁰ vorgeschlagen worden war. Damals sollte nach § 560c Abs. 6 BGB-E die Vermutungswirkung dann eintreten, wenn der Mietspiegel entweder nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden war oder von der Gemeinde und von den Interessenvertretern der Vermieter und Mieter gemeinsam erstellt oder anerkannt worden ist. Eine solche Vermutungswirkung konnte also auch von nicht wissenschaftlich erstellten Mietspiegeln ausgehen. Bereits der damalige Referentenentwurf⁹¹ hat diese Möglichkeit in § 558d Abs. 3 BGB-E wieder aufgegeben. Die jetzt neu geschaffene Vermutungsregel des § 558d Abs. 1 S. 3 BGB ist eine Mischform. Es wird nur vermutet, dass der Mietspiegel nach den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt wurde. Der formale Akt der dreifachen Anerkennung ersetzt die Einhaltung der eigentlich erforderlichen Methodik, zumindest bis zum Beweis des

⁸⁶ BGH NJW 2014, 292 NZM 2013, 138; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Rn 129.

⁸⁷ Zu den verschiedenen Fallkonstellationen Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Rn 132a; Englmann ZMR 2022, 597.

⁸⁸ Baumgärtel/Laumen/Prütting Beweislast-HdB/Laumen, 5. Aufl., 2023, Bd. 1 Kap. 19 Rn. 16.

⁸⁹ BT-Drs. 19/26918, 25.

⁹⁰ Textvorschlag des Bund-Länder-Arbeitskreises „Mietrechtsvereinfachung, veröffentlicht als „Bericht zur Neugliederung und Vereinfachung des Mietrechts“, Bundesanzeiger Verlag 1997.

⁹¹ NZM 2000, 415.

Gegenteils.⁹² Die Vermutungswirkung hinsichtlich der ortsüblichen Vergleichsmiete folgt nach Abs. 3 nur aus der Qualifikation.

Die neue Vermutung ist bedeutsam, wenn die Qualifikation des Mietspiegels im Prozess angegriffen wird. In diesem Fall muss der sich regelmäßig auf den qualifizierten Mietspiegel berufende Mieter als Vermutungsgrundlage nur die diesbezügliche Anerkennung der mindestens drei Beteiligten darlegen und bei substantiiertem Bestreiten der Gegenseite auch beweisen. Im Zweifel wird sich die entsprechende Anerkennung aus dem Mietspiegeltext oder zumindest aus der Dokumentation ergeben. Es genügt, wenn ein nicht ganz unbedeutender Interessenverband auf jeder Seite beteiligt ist.⁹³ Eine solche Anerkennung durch alle drei Seiten bildet ein hinreichendes Indiz dafür, dass der Mietspiegel den methodischen und inhaltlichen Anforderungen des § 558d Abs. 1 BGB entspricht. Daran knüpft das Gesetz deshalb die Vermutungswirkung an.

3. Die neue Mietspiegelverordnung

a) Keine Definition des Begriffs „der anerkannten wissenschaftliche Grundsätze“

Wie oben schon festgestellt, definiert allein § 558d Abs. 1 BGB, was ein qualifizierter Mietspiegel ist. Weder wird in der Mietspiegelverordnung der Begriff des qualifizierten Mietspiegels definiert noch werden die „anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze“ der Mietspiegelerstellung abschließend festgelegt. Gegenstand der Verordnung sind nach § 1 MsV der Inhalt und das Verfahren zur Erstellung und Anpassung von Mietspiegeln iSd § 558c Abs.1 BGB. Dabei betrifft die Verordnung sowohl qualifizierte Mietspiegel als auch einfache Mietspiegel. Ihre Bedeutung beruht vor allem auf der Vermutungswirkung des § 558d Abs. 1 S. 2 BGB. Dabei geht es nicht unmittelbar um den Begriff des qualifizierten Mietspiegels, sondern um dessen Voraussetzung, nämlich die Einhaltung der anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze. Die Verordnung wiederholt und konkretisiert die Vermutungsgrundlage für die Vermutungsfolge, wann diese Grundsätze als erfüllt gelten sollen. Nach § 6 Abs. 2 BGB soll dies der Fall sein, wenn die in den §§ 7 bis 21 MsV aufgeführten Anforderungen erfüllt sind. Das bedeutet aber auch, dass die MsV selbst auch keine Definition des Begriffs der „anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze“ enthält, sondern nur einen „vermuteten sicheren Weg“.⁹⁴ Das ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck der Verordnung und einer historischen Auslegung. Die Verordnung sollte Beweisschwierigkeiten des alten Rechts beseitigen. Sie legt fest, wann „auf jeden Fall“ davon ausgegangen werden kann, dass die anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze eingehalten wurden.⁹⁵ Ob dies auch bei einer Unterschreitung bezüglich einzelner Punkte der Fall ist, kann und will mE die Verordnung trotz des missverständlichen Wortlauts des § 6 Abs.2 MsV gar nicht regeln.

b) Der Methodenstreit

Die anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze der Mietspiegelerstellung betreffen gem. § 6 Abs. 1 MsV alle Phasen der Mietspiegelerstellung. Dazu zählt auch die Datenauswertung.⁹⁶ Über die statistische Methode zur Erstellung eines Mietspiegels wurde in der Vergangenheit

⁹² So Brüning NZM 2022, 323 (324).

⁹³ OLG Hamm NJW-RR 1991, 209; AG Bitterfeld-Wolfen WuM 2013, 45.

⁹⁴ So Brüning NZM 2022, 323 (325).

⁹⁵ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, § 558 c- d Anhang 1 § 6 Rn. 8.

⁹⁶ Börstinghaus/Clar/Clar MsV § 6 Rn. 2.

äußerst kontrovers diskutiert.⁹⁷ In den letzten Jahren war die Diskussion vor allem durch einzelne große kapitalmarktorientierte Wohnungsunternehmen und einzelne Betriebswirtschaftler und Mietspiegelersteller wieder neu entfacht worden.⁹⁸ Es wird dabei allein die Regressionsmethode als modern und die Tabellenmethode als veraltet bezeichnet.⁹⁹ Es wurde sogar vor diesem Hintergrund ein Vergabestreitverfahren vor dem KG wegen der Auftragsvergabe für die Erstellung des Berliner Mietspiegels geführt.¹⁰⁰ Ansonsten mussten sich Gerichte in der Vergangenheit vor allem in den Gemeinden, in denen die Mietspiegel nach der Regressionsmethode aufgestellt worden waren, mit diesem Statistikerstreit befassen.¹⁰¹ Während die eine Seite sich fragt, ob Mietspiegel neben der seit Jahrzehnten angewandten Tabellenmethode auch nach der Regressionsmethode erstellt werden können, vertritt die andere Seite die Auffassung, der Tabellenmietspiegel sei nicht mehr „State of the Art“. Soweit wiederum von anderer Seite Vorbehalte¹⁰² gegen den Beweiswert von Mietspiegeln bestehen, die nach der Regressionsmethode erstellt worden sind, richten sich diese aber nicht grds. gegen die Methode als solche, sondern gegen die Umsetzung im konkreten Fall.¹⁰³ Sowohl die Tabellen- wie auch die Regressionsmethode sind gleichberechtigte anerkannte Methoden der Statistik.¹⁰⁴ Beide Methoden zur Erstellung von Mietspiegeln basieren auf Modellen, die einen Schluss von Stichprobendaten auf die Gesamtheit aller Daten ermöglichen soll.¹⁰⁵ Der Gesetz- aber auch der Ordnungsgeber hat in Kenntnis des Streits über die Auswertungsmethode sich auf keine der Methoden festgelegt.¹⁰⁶ § 7 Abs. 1 MsV ordnet ausdrücklich an, dass beide Methoden oder auch eine Kombination der Methoden bei der Erstellung qualifizierter Mietspiegel zulässig sind. Alle zusätzlichen Anforderungen¹⁰⁷ an Tabellenmietspiegel sind deshalb rechtsgrundlos.

c) Problem der „außergesetzlichen Merkmale“ gem. § 2 Abs. 2 MSV

Der Gesetzgeber geht in § 558 Abs. 2 BGB wie selbstverständlich davon aus, dass die Höhe der Miete anhand der fünf aufgezählten Wohnwertmerkmale erklärt werden kann. Das ist

⁹⁷ Schmidt/Emmert WuM 2000, 285 (286); Voelskow WuM 1993, 21; ZMR 1992, 326; Aigner/Oberhofer/Schmidt WuM 1993, 10; 1993, 16; Oberhofer/Schmidt WuM 1993, 585; Krämer WuM 1992, 175; Gaede/Kredler WuM 1992, 578; Alles WuM 1988, 241; Isenmann ZMR 1993, 446; Blinkert/Höfflin WuM 1994, 589; Schließl WuM 1995, 18; Clar WuM 1992, 662; Klein/Martin WuM 1994, 513.

⁹⁸ Leutner WuM 2019, 128 mit Hinweisen auf Quellen in Fn. 1.

⁹⁹ Zur Recht **aA** Leutner WuM 2019, 128.

¹⁰⁰ KG NZM 2023, 550.

¹⁰¹ LG München WuM 2002, 547; NJWE-MietR 1997, 123 mkritAnm Blank WuM 1997, 178: die VB gegen das Urteil wurden nicht zur Entscheidung angenommen BVerfG WuM 1997, 202; LG Frankfurt a. M. NJW-RR 1993, 277; LG München NJW-RR 1993, 1427; LG Kiel HmbGE 1994, 235; LG Freiburg NJWE-MietR 1996, 51; OLG Karlsruhe NJW 1997, 3388.

¹⁰² Nach Krämer WuM 1992, 172, 174 soll jeder per Regressionsmethode erstellte Mietspiegel bis zum Beweis des Gegenteils als statistisch unzulässig anzusehen sein; in „Prämissen und Handlungsempfehlungen zur Reform des Mietspiegelrechts – Gutachterstudie“ S. 15 empfiehlt er „Regressionsmietspiegel nur dann zuzulassen, wenn der Ersteller nachweislich etwas von Regressionsanalyse versteht“.

¹⁰³ LG Bochum DWW 2007, 298 mAnm Börstinghaus.

¹⁰⁴ So auch die Begr. für das Mietrechtsreformgesetz BR-Drs. 439/00; Leutner WuM 2019, 128; Rips WuM 2002, 415 (417); Bub PiG 40 (1993), 41 (54).

¹⁰⁵ Ein umfassender Methodenvergleich befindet sich bei Börstinghaus/Clar Mietspiegel Rn. 650.

¹⁰⁶ BeckOK/Theesfeld-Betten § 558d Rn. 7.

¹⁰⁷ Die Handreichungen zur Erstellung von Mietspiegel 2024 akzeptiert diese Gleichrangigkeit nur vordergründig. Sie meint aber zusätzlich vorschreiben zu müssen, dass eine Modellvalidierung auf Basis der erhobenen Daten empirisch zu überprüfen sei, was wiederum eine Regressionsanalyse voraussetzt. Das ist falsch.

bindend, auch wenn Empiriker dies durchaus anders sehen.¹⁰⁸ Die Mietspiegelverordnung meint, dass die Höhe der Einzelvergleichsmiete auch durch Merkmale bestimmt und danach festzulegen ist, die nicht den fünf Wohnwertmerkmalen des § 558 Abs. 2 BGB entsprechen. Sie spricht insofern von „außergesetzlichen Merkmalen“. Es handelt sich um eine ganz neue Begrifflichkeit im Mietspiegelrecht¹⁰⁹, die, wenn man sie ernst nimmt, auch zu einer Veränderung der ortsüblichen Vergleichsmiete, zumindest der Höhe der Einzelvergleichsmiete führt. Nach § 2 Abs. 2 MsV handelt es sich dabei um Merkmale in Bezug auf die Wohnung oder das Mietverhältnis, die in § 558 Absatz 2 BGB nicht genannt sind, aber dennoch für die Mietpreisbildung relevant sind oder im Erstellungsstadium des Mietspiegels relevant sein können. In der Verordnungsbegründung¹¹⁰ heißt es hierzu, dass es sich um solche Merkmale handelt, die ebenfalls für die Mietpreisbildung relevant sind oder sein können, aber von Gesetzes wegen bei der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete nicht zu beachten sind. Dabei soll es sich nicht unbedingt um Merkmale der Wohnung selbst handeln, sondern um Merkmale, die lediglich einen Bezug zur Wohnung oder auf das Mietverhältnis haben. Die Verordnungsbegründung¹¹¹ zählt dann als Beispiele tatsächlich die Art des Vermieters (Groß-/Kleinvermieter), die Art des Mieters (etwa abhängig von dessen sozialer Situation), ein besonderes Näheverhältnis zwischen Vermieter und Mieter (beispielsweise aufgrund von Verwandtschaft, Freundschaft, eines Beschäftigungsverhältnisses oder eines Zusammenwohnens in demselben Gebäude) oder die Wohndauer auf. Ehrlicherweise weist die Begründung zumindest darauf hin, dass das Vorliegen eines außergesetzlichen Merkmals keine relevante Größe bei der Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete beziehungsweise bei der Einordnung einer bestimmten Wohnung in den Mietspiegel sein darf. Trotzdem soll die Berücksichtigung solcher außergesetzlicher Merkmale sehr sinnvoll sein, beispielsweise bei der Plausibilitätsprüfung, der Ausreißerbereinigung (§ 12 Abs. 2 MsV) oder im Regressionsmodell zur Vermeidung von Verzerrungen (§ 14 Abs. 1 S 2 MsV). Wenn gesicherte Erkenntnisse über die statistische Ausprägung wesentlicher außergesetzlicher Merkmale und über ihre Anteile an der Erhebungsgrundgesamtheit vorliegen, so soll die Bruttostichprobe gem. § 9 Abs. 3 MsV darauf überprüft werden, ob Wohnungen mit solchen statistischen Ausprägungen entsprechend ihrem Anteil an der Erhebungsgrundgesamtheit vertreten sind.¹¹² Außerdem ist es nach § 9 Abs. 2 MsV gestattet, die Bruttostichprobe ua nach außergesetzlichen Merkmalen proportional oder disproportional zu schichten.¹¹³ Schließlich können außergesetzliche Merkmale gem. § 14 Abs. 1 MsV insbesondere zur Wahl des Regressionsmodells und bei der Bemessung von Spannen¹¹⁴ nach § 16 Abs. 3 MsV und der Eliminierung der Ausreißermieten¹¹⁵ gem. § 12 Abs. 2 S. 3 MsV herangezogen werden.

¹⁰⁸ Börstinghaus/Clar NZM 2014, 889 (892).

¹⁰⁹ Börstinghaus/Clar/Clar MsV § 2 Rn. 5.

¹¹⁰ BR-Drs. 766/20 S. 20.

¹¹¹ BR-Drs. 766/20 S. 20.

¹¹² Börstinghaus/Clar/Clar MsV § 9 Rn. 3.

¹¹³ Börstinghaus/Clar/Clar MsV § 9 Rn. 7.

¹¹⁴ Börstinghaus/Clar/Clar MsV § 16 Rn. 3.

¹¹⁵ Börstinghaus/Clar/Clar MsV § 12 Rn. 17.

Ohne Not wird hier eine Tür aufgemacht, die in die falsche Richtung führt.¹¹⁶ Von Empirikern wird schon darauf hingewiesen, dass die neue Regelung einen sehr großen Spielraum lasse.¹¹⁷ Die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete darf nach § 558 Abs. 2 BGB nur nach objektiven Kriterien an Hand der fünf Wohnwertmerkmalen erfolgen.¹¹⁸ Die Aufzählung ist für die Feststellung der Vergleichbarkeit von Wohnraum zu berücksichtigenden Wohnwertmerkmale in § 558 Abs. 2 BGB abschließend.¹¹⁹ Gerade die Berücksichtigung der Person des Vermieters ist problematisch, da das Verhalten der verschiedenen Anbieter auf Vermieterseite¹²⁰ große Bedeutung haben kann.¹²¹ Es gibt keine ortsübliche Vergleichsmiete für Privatvermieter oder institutionelle Anbieter. Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gerade gebildet aus allen Mieten, die zum Zeitpunkt des Zugangs in der Gemeinde gezahlt werden. Dabei sind wirklich alle Mieten zu berücksichtigen.¹²² Deshalb müssen auch die Mieten berücksichtigt werden, die aus sozialpolitischen Gründen von einem städtischen Wohnungsunternehmen besonders niedrig vereinbart werden.¹²³ Deshalb fließen auch die Mieten ehemals preisgebundener Wohnungen, die erstmals unter den Anwendungsbereich der §§ 558 ff BGB fallen, in die Ermittlung ein, wenn sie in den letzten sechs Jahren¹²⁴ verändert wurden.¹²⁵

Ebenso unerheblich sind alle Merkmale, die mit der Person des Mieters zu tun haben.¹²⁶ Hierzu zählen selbstverständlich alle in Art. 3 GG aufgezählten sowie alle weiteren persönlichen Unterscheidungsmerkmale von Menschen wie Geschlecht, Nationalität, Alter, Religion, Hautfarbe usw.¹²⁷ Auch der Beruf des Mieters ist ein unzulässiger subjektiver Faktor.¹²⁸ Deshalb gibt es weder für Studenten¹²⁹ noch für Beamte einen Sondermarkt. Auch die Art und Weise, wie die Menschen zusammenleben, also als verheiratetes Paar, als nichteheliche Lebensgemeinschaft oder als Wohngemeinschaft¹³⁰ darf bei der Feststellung der

¹¹⁶ zB Kauermann, Die Berücksichtigung von außergesetzlichen Merkmalen bei der Mietspiegelerstellung – Kausalität versus Vorhersage, AStA Wirtschafts- und Sozialstatistisches Archiv 2023, herunterladbar <https://doi.org/10.1007/s11943-023-00321-1>; eher unkritisch BeckOK MietR/Theesfeld-Betten MsV § 2 Rn. 4.

¹¹⁷ Kauermann/Windmann, Die Berücksichtigung von außergesetzlichen Merkmalen bei der Mietspiegelerstellung – Kausalität versus Vorhersage, AStA Wirtschafts- und Sozialstatistisches Archiv, 2023, herunterladbar unter <https://doi.org/10.1007/s11943-023-00321-1>.

¹¹⁸ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, § 558 BGB Rn. 49.

¹¹⁹ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, § 558 BGB Rn. 90.

¹²⁰ Zu den möglichen verschiedenen Differenzierungen bei der Definition von Teilmärkten: Gustorff Mietpreisbremse und Bestellerprinzip (2020) S. 282 ff; Winkler Die Regulierung von Bestandsbauten in angespannten Wohnungsmärkten (2022) S. 68 ff.

¹²¹ Flatow PiG 110 (2021), 69 (73); auch BGH NJW-RR 2010, 812 (zu § 5 Abs. 1 NutzEV).

¹²² Börstinghaus in FS Eisenschmid, Beilage zur WuM 7/2016, S. 25 (18).

¹²³ Börstinghaus in FS Eisenschmid, Beilage zur WuM 7/2016, S. 25 (18).

¹²⁴ Erhöhungen der Kostenmiete bleiben hier aber außer Betracht, da es sich gerade um eine Miete handelt, die durch Gesetz festgelegt worden ist: MüKoBGB/Artz § 558 Rn. 35; Both WuM 1998, 703 (705); Both DWW 1999, 137 (141).

¹²⁵ Flatow PiG 110 (2021), 69 (71); Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, § 558 BGB Rn. 122.

¹²⁶ LG Hamburg WuM 2016, 434; Flatow PiG 110 (2021), 69 (73).

¹²⁷ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, § 558 BGB Rn. 96.

¹²⁸ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, § 558 BGB Rn. 96.

¹²⁹ LG Aachen MDR 1983, 492; AG Dortmund NJW-RR 1991, 1228.

¹³⁰ OLG Hamm WuM 1983, 108; Blank in FS Börstinghaus (2020) S. 9 (14) zum Freiburger Mietspiegel.

ortsüblichen Vergleichsmiete keine Rolle spielen. Das Gleiche gilt für die Nähe zur Arbeitsstelle und zur Schule der Kinder.¹³¹

Die MsV erlaubt die Berücksichtigung dieser unzulässigen Kriterien quasi als Indiz¹³² aber auch im Zusammenhang mit der Spanneneinordnung und der Ausreißerbereinigung. Es wird vertreten, dass die Verordnung insofern „viel Spielraum“ lasse.¹³³ Vordergründig bedeutet dies, dass ein Mietspiegel, der die ortsübliche Vergleichsmiete unter Berücksichtigung solcher außergesetzlichen Merkmale ausweist, zwar der Mietspiegelverordnung entspricht, aber die ausgewiesenen Werte nicht dem § 558 Abs. 2 BGB, da unzulässige subjektive Merkmale zumindest mittelbar eingeflossen sind.¹³⁴

d) Qualifizierung auch bei Verstoß gegen die Mietspiegelverordnung?

Die Mietspiegelverordnung enthält keine Definition eines qualifizierten Mietspiegels. Nach § 558d Abs. 1 BGB liegt ein qualifizierter Mietspiegel dann vor, wenn er nach den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden ist und zusätzlich bestimmte Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt. Das Merkmal der „anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze“ gehört zum problematischsten Punkt der Erstellung qualifizierter Mietspiegel¹³⁵, der in der Vergangenheit auch vereinzelt¹³⁶ zum Streit über die Frage geführt hat, ob ein Mietspiegel qualifiziert ist oder nicht. Sowohl § 558d BGB wie auch die MsV gehen wie selbstverständlich davon aus, dass es solche anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze der Mietspiegelerstellung gibt.¹³⁷ Das ist in der Vergangenheit durchaus angezweifelt worden.¹³⁸ Deshalb hatte das vormalige BMJV den Begriff im Entwurf des Mietspiegelreformgesetzes eigentlich abschaffen wollen. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat sich aber dagegen ausgesprochen, weil er befürchtete, dass dies als Signal für die Absenkung der Anforderungen verstanden werden könnte. So ist der Begriff im Gesetz geblieben. Man hat nur in § 558d Abs. 1 S. 2 und 3 BGB zwei neue Vermutungen eingeführt, wann diese Grundsätze als eingehalten gelten.¹³⁹ § 6 Abs. 2 S. 2 MsV konkretisiert dies dahingehend, dass bei einem Mietspiegel, der die Vorgaben der §§ 7 – 21 MsV einhält, vermutet wird, dass er anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen entspricht. Auch das ist keine Definition.¹⁴⁰ Allenfalls umgedreht könnte „ein Schuh daraus werden“. Nach § 6 Abs. 2 S. 2 MsV wird wiederum nicht vermutet, sondern zwingend angeordnet, dass bei Nichteinhaltung der §§ 7 – 21 MsV nur ein einfacher Mietspiegel vorliegt. Anders als in § 6 Abs. 2 S. 1 MsV für die Qualifizierung wird dies nicht nur vermutet, sondern vermeintlich zwingend angeordnet. Damit wollte der Verordnungsgeber im Prinzip nur sicherstellen, dass auch bei

¹³¹ Dröge/Gebele/Zehnter Mietpreisbewertung-HdB S. 242.

¹³² Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, § 558 c- d Anhang 1 § 14 Rn. 4.

¹³³ Kauermann/Windmann, Die Berücksichtigung von außergesetzlichen Merkmalen bei der Mietspiegelerstellung – Kausalität versus Vorhersage, AStA Wirtschafts- und Sozialstatistisches Archiv 2023, herunterladbar <https://doi.org/10.1007/s11943-023-00321-1>.

¹³⁴ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, § 558 c- d Rn. 132.

¹³⁵ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Anhang 1 MsV § 6 Rn. 3.

¹³⁶ BGH NZM 2013, 138; BGH NZM 2014, 24.

¹³⁷ Zu den grundsätzlichen Anforderungen an das Vorliegen wissenschaftlicher Grundsätze: Börstinghaus/Clar/Clar, MsV § 6 Rn. 7 ff.

¹³⁸ Börstinghaus/Börstinghaus NZM 2003, 377 (381); Sternel ZMR 2001, 937 (941); V. Emmerich JuS 2000, 1051 (1053); und Bruns/Paschedag/Kauermann ZMR 2016, 669 (672) bezweifeln, dass es solche Grundsätze gibt; zweifelnd auch MüKoBGB/Artz § 558d Rn. 2; kein Verständnis für diese Auffassung haben unter Hinweis auf § 15 ImmoWertV Stelter/Finger DS 2013, 95.

¹³⁹ Dazu Englmann ZMR 2022, 597.

¹⁴⁰ Bruns/Paschedag/Kauermann ZMR 2016, 669 (672) halten die Formulierung im Gesetz für „mutig“.

Nichteinhaltung bestimmter Vorgaben der MsV ein solcher Mietspiegel sowohl als vorprozessuales Begründungsmittel wie auch als Indiz im Zustimmungsprozess verwendet werden kann. Durch die Formulierung „soweit“ in der Norm kommt aber zum Ausdruck, dass keine Gesamtnichtigkeit der Qualifikation eintritt, sondern die Qualifikation nur insoweit entfällt, als die Vorgaben an die Verordnung nicht eingehalten wurden.¹⁴¹ Das bedeutet, dass die Qualifikation auch nur für einzelne Felder/Wohnungsteilmärkte entfallen kann, zB. weil die Mindestfeldbesetzung nicht erreicht wurde.

Wenn der Wegfall der Qualifikation uneingeschränkt für alle Abweichungen von der MsV gelten würde, dann dürfte es nicht schwierig sein, die missliebige Qualifikation eines Mietspiegels zu torpedieren. Meines Erachtens ist es aber mehr als fraglich, ob aus § 6 Abs. 2 S. 2 MsV zwingen gefolgert werden kann, dass jeder Mietspiegel, der nicht alle Vorgaben der MsV einhält, kein qualifizierter Mietspiegel, sondern nur ein einfacher Mietspiegel ist. Das beginnt schon damit, dass sich nur aus § 558d Abs. 1 S. 1 BGB ergibt, was ein qualifizierter Mietspiegel ist. Danach handelt es sich um einen Mietspiegel, der nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt worden ist und als solcher anerkannt worden ist. Maßgeblich ist also allein der Begriff der anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze.¹⁴² Auch die MsV enthält hierfür keine Definition, sondern nur einen „vermuteten sicheren Weg“¹⁴³ um die Qualifikation festzustellen. Im Übrigen handelt es sich bei der Verordnung um nachrangiges Recht. § 558d Abs. 1 S. 1 BGB geht auf jeden Fall vor. Es ist deshalb durchaus zulässig und möglich die Einhaltung der anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze auch bei Nichteinhaltung einer Vorgabe aus der MsV anzunehmen.¹⁴⁴ Die MsV will nur Beweisschwierigkeiten des alten Rechts beseitigen und geht bei Einhaltung der Vorschriften „auf jeden Fall“ davon aus, dass die anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze eingehalten wurden.¹⁴⁵ Ob bei Unterschreitung an einzelnen Punkten nicht doch noch von deren Einhaltung ausgegangen werden kann, kann die Verordnung wegen des Vorrangs des BGB gar nicht regeln. Die Verordnung gibt Mindeststandards vor, bei deren Einhaltung „auf jeden Fall“ die anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze eingehalten wurden und deshalb eine Vermutungswirkung gerechtfertigt ist. Die Mindeststandards dürfen bei Berücksichtigung der MsV als Vermutungsgrundlage nicht unterschritten werden. Etwas anderes gilt jedoch, wenn es sich um Soll- oder Regelfallvorschriften handelt. In diesem Fall darf die jeweilige Vorgabe in begründeten Ausnahmefällen unterschritten werden.¹⁴⁶

(aa) Verstoß gegen Dokumentationspflichten

§ 20 Abs. 2 MsV enthält die Generalklausel für die durch die MsV vorgeschriebene umfangreiche Dokumentationspflicht. Sie wird ergänzt durch die speziellen Dokumentationspflichten, die in § 20 Abs. 4 MsV überflüssigerweise noch einmal enumerativ aufgezählt werden. Die Generalklausel verlangt in die Dokumentation alle Erläuterungen aufzunehmen, die notwendig sind, um das Verfahren und die Bewertungen, die zu den Angaben im qualifizierten Mietspiegel, auch in der fortgeschriebenen Form, geführt haben, nachzuvollziehen und zu prüfen. Erforderlich ist hierbei nur eine „Darlegung“. Die

¹⁴¹ BeckOK MietR/Theesfeld-Betten MsV § 6 Rn. 6.

¹⁴² Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Rn. 76.

¹⁴³ So Brüning NZM 2022, 323 (325).

¹⁴⁴ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Rn. 47.

¹⁴⁵ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Rn. 8.

¹⁴⁶ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Anhang 1 MsV § 1 Rn. 2.

Dokumentation muss eine vollständige Nachberechnung der Ergebnisse nicht ermöglichen.¹⁴⁷ Und hier beginnt ein sprachliches Problem. Neben der Generalklausel gibt es noch unzählige spezielle Dokumentationspflichten, die in § 20 Abs. 4 MsV noch einmal aufgezählt werden, deren genauer Inhalt sich aber aus den jeweiligen Spezialvorschriften ergibt. Diese Regelungen gehen der Generalklausel in § 20 Abs. 2 MsV vor.¹⁴⁸ Die jeweiligen Vorschriften enthalten weitergehende und vor allem konkretere Vorgaben, die die Dokumentation eines qualifizierten Mietspiegels für die einzelnen Phasen der Mietspiegelerstellung erfüllen muss. Leider hat der Verordnungsgeber ganz unterschiedliche Begriffe gebraucht.¹⁴⁹

Unterschiedliche Anforderungen an die Dokumentationspflicht bei qualifizierten Mietspiegeln						
	Nur Darlegung erforderlich	Nachvollziehbare Darstellung erforderlich	Nachweis erforderlich	Erläuterung erforderlich	Nachvollziehbare Erläuterung	Begründung
§ 8 Datengrundlagen	X					
§ 9 Bruttostichprobe		X				
§ 10 Nettostichprobe	X					
§ 11 Stichprobenumfang			X			
§ 12 Datenaufbereitung	X			X		
§ 13 Datenauswertung Tabellenanalyse	X					
§ 14 Datenauswertung Regressionsanalyse	x			X		
§ 15 Darstellung Tabellenanalyse	x			x		
§ 16 Darstellung Regressionsanalyse	X			X		
§ 19 Wohnlage					X	
§ 23 Anpassung Stichprobe	X					X
§ 20 Generalklausel	x					

¹⁴⁷ BR-Drs 766/20 S. 45.

¹⁴⁸ Börstinghaus/Clar/Clar MsV § 20 Rn. 19.

¹⁴⁹ Nachfolgende Tabelle entstammt: Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Anhang 1 MsV § 20 Rn. 8.

Die Begriffe verlangen unterschiedliche Angaben in der Dokumentation.¹⁵⁰ Über die Frage, was der Unterschied zwischen einer bloßen „Darlegung“ und einer „nachvollziehbaren Darstellung“ oder einer „Erläuterung“ oder einer „nachvollziehbaren Erläuterung“ ist, kann man wahrlich lange streiten. Soll hier wirklich ein mit viel Aufwand erstellter Mietspiegel plötzlich die Qualifikation verlieren, nur weil ein Gericht meint, dass die Angaben nicht nachvollziehbar, sondern nur einfach erläuternd sind? Hier ist die absolute Rechtsfolge des § 6 Abs. 2 S. 2 MsV mE falsch. Bei der Dokumentationspflicht handelt es sich um eine reine Ordnungsvorschrift.¹⁵¹ Ein Verstoß hiergegen lässt die Qualifikation nicht generell entfallen. Wenn hier eine einzelne Angabe wegen einer unterschiedlichen Auslegung der Verordnung nicht so präzise dokumentiert, wie nach anderer Auslegung erwartet wurde, dann ändert dies an der Qualifikation des Mietspiegels nicht automatisch etwas. Die anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze der Mietspiegelerstellung verlangten immer nur bestimmte Mindestangaben bei der Dokumentation.

Ob diese wirklich so weit gehen, wie die MsV jetzt vorgibt, ist fraglich. Der Vereinfachungsentwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Mietrechtsvereinfachung“ hatte die Dokumentation der Mietspiegelerstellung und der Fortschreibung in § 560c Abs. 4 Satz 2 BGB-VereinfE zwingend angeordnet. Danach sollte „das Verfahren der Mietspiegelerstellung in wesentlichen Punkten aufgezeichnet werden“. Alle folgenden Entwürfe im Rahmen der letzten großen¹⁵² Mietrechtsreform haben im Gesetzestext eine Dokumentation nicht mehr zwingend gefordert, jedoch in den jeweiligen Begründungen darauf hingewiesen, dass eine Dokumentation zu den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen gehört.¹⁵³ Insgesamt waren die Vorgaben aber weit weniger konkret als in der MsV nun vorgegeben.¹⁵⁴ Auch die Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln aus dem Jahr 2002, zuletzt in 3. Auflage im Sommer 2020 veröffentlicht¹⁵⁵, machten nur sehr allgemein gehaltene Ausführungen, was die Dokumentation alles enthalten muss.¹⁵⁶

(bb) Verstoß gegen Veröffentlichungspflicht

Ähnliches gilt auch für einen Verstoß gegen die Veröffentlichungspflicht. Nach § 21 Abs. 1 MsV sind der qualifizierte Mietspiegel und seine Dokumentation zwingend kostenfrei im Internet zu veröffentlichen. Unterbleibt dies, würde bei wortgetreuer Auslegung des § 6 Abs. 2 S. 2 MsV dieser Mietspiegel nur als einfacher Mietspiegel gelten. Auch das ist nicht richtig. Auch hier handelt es sich um eine reine Ordnungsvorschrift.¹⁵⁷ Ein Verstoß hat keine Auswirkungen auf eine ansonsten vorliegende Qualifikation. Das gilt sowohl, wenn weder der Mietspiegel noch die Dokumentation kostenlos veröffentlicht werden als auch bei nur

¹⁵⁰ Nachfolgende Tabelle entstammt: Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Anhang 1 MsV § 20 Rn. 8.

¹⁵¹ BeckOK MietR/Theesfeld-Betten MsV § 6 Rn. 6.

¹⁵² Artz NJW 2015, 1573.

¹⁵³ Zu den unterschiedlichen Gesetzesvorschlägen und den jeweiligen Begründungen Börstinghaus/Eisenschmid, Arbeitskommentar Neues Mietrecht, 2001, BGB § 558c.

¹⁵⁴ Zum Inhalt der Mietspiegeldokumentation auch Missal, „Bestandsaufnahme, Probleme und Reform der Mietspiegeldokumentation“ in: Woeckener (Hrsg.) Beiträge zur Reform des qualifizierten Mietspiegels, Seite 154 (168 ff).

¹⁵⁵ Abrufbar unter:
<https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/veroeffentlichungen/sonderveroeffentlichungen/2014/HinweiseErstellungMietspiegel-neu.html> .

¹⁵⁶ Dazu Börstinghaus/Clar/Börstinghaus, Mietspiegel – Erstellung und Anwendung, 2. Aufl. 2013, Rn. 388 ff.

¹⁵⁷ BeckOK MietR/Theesfeld-Betten MsV § 6 Rn. 6.

fehlender kostenlosen Veröffentlichung der Dokumentation. Der im Übrigen vorliegenden Einhaltung der sonstigen Vorgaben der MsV kommt allenfalls keine Vermutungswirkung gem. § 558d Abs. 1 S. 2 MsV zu. Wird die Dokumentation nachträglich veröffentlicht, tritt die Vermutungswirkung ab diesem Zeitpunkt in Kraft.¹⁵⁸ Er kann dann auch für zurückliegende Zeiträume angewandt werden.¹⁵⁹

(cc) Verstoß gegen Veröffentlichungsfrist

Die gleichen Grundsätze gelten bei einem Verstoß gegen die Veröffentlichungspflicht des § 21 Abs. 2 MsV. Danach soll die Veröffentlichung des qualifizierten Mietspiegels binnen einer Frist von neun Monaten nach dem Stichtag, auf den sich die Erhebung bezieht, erfolgen. Anders als bei der Dokumentations – und der Veröffentlichungspflicht handelt es sich hier nur um eine Sollvorschrift. Das bedeutet, die Nichteinhaltung dieser Frist führt schon nach dem Norminhalt nicht zwingend dazu, dass die Vermutungswirkung des ansonsten qualifizierten Mietspiegels entfällt. Hier gilt die vorherige Argumentation erst recht. Es kann sogar die Vermutungswirkung bestehen bleiben.

e) Die Definition der Wohnwertmerkmale

Die Mietspiegelverordnung hat eine sehr lange Vorgeschichte¹⁶⁰ in deren Verlauf der Inhalt immer weniger detailliert und kleinteiliger wurde, was auch zu begrüßen ist. Aber so einige „Altlasten“ blieben dann doch im Verordnungstext. So enthält die Verordnung drei Paragraphen, die sich mit den Wohnwertmerkmalen des § 558 Abs. 2 BGB beschäftigen. In § 17 MsV geht es um das Merkmal „Art“, in § 18 MsV um die Merkmale Größe, Beschaffenheit und Ausstattung und § 19 MsV beschäftigt sich mit dem problematischen Merkmal der „Lage“. Dabei sind die §§ 17, 18 MsV eher unproblematisch, da sie eher Selbstverständlichkeiten enthalten wie zB in § 18 S. 1 MsV *„Im qualifizierten Mietspiegel soll dargestellt werden, welche Auswirkung die Größe, sowie die Beschaffenheit und die Ausstattung der Wohnung, einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit, auf die Höhe der Miete pro Quadratmeter hat.“* Man möchte fragen, was denn sonst soll im Mietspiegel stehen, das ist doch seine Aufgabe.

Problematischer ist demgegenüber § 19 MsV mit seinen Vorgaben zum Wohnwertmerkmal „Lage,“. Hier werden nämlich Festlegungen getroffen, die unter Umständen nicht den gesetzlichen Vorgaben aus § 558 Abs. 2 BGB zum Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete entsprechen. So heißt es in § 19 Abs. 2 S. 2 MsV das zur Ermittlung der Wohnlage gegebenenfalls auch *weitere Bewertungsmaßstäbe wie Bodenrichtwerte oder Kriterien der allgemeinen Beliebtheit bestimmter Wohngegenden* berücksichtigt werden dürfen.

Fraglich ist meines Erachtens schon, ob diese Vorgaben von der Ermächtigungsgrundlage des § 558c Abs. 5 BGB gedeckt sind. Danach wird die Bundesregierung nämlich nur ermächtigt, *„durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Vorschriften zu erlassen über den näheren Inhalt von Mietspiegeln und das Verfahren zu deren Erstellung und Anpassung einschließlich Dokumentation und Veröffentlichung.“* Sinn und Zweck der Mietspiegelverordnung war es, Regelungen über die Erstellung von Mietspiegeln aufzustellen, § 19 Abs. 2 MsV enthält aber eine Regelung, die die materielle Bedeutung des Wohnwertmerkmals „Lage,“ definiert. Ob das von der Ermächtigungsgrundlage tatsächlich

¹⁵⁸ BR-Drs. 766/20 S. 46.

¹⁵⁹ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl., 2023, BGB § 558c-d Anhang 1 MsV § 21 Rn. 9.

¹⁶⁰ Dazu Börstinghaus NZM 2020, 965.

noch gedeckt wird, ist zumindest zweifelhaft. Den Inhalt des Begriffs „ortsübliche Vergleichsmiete“ kann nur der Gesetzgeber und nicht der Verordnungsgeber festlegen.

Im Übrigen sind die Vorgaben in § 19 MsV zumindest teilweise materiell auch nicht richtig. Im Ausgangspunkt noch richtig ist dabei die Überlegung, dass das Merkmal „Lage“ in der Praxis häufig zu den umstrittensten Wohnwertmerkmalen des § 558 Abs. 2 BGB gehört, da Wohnlagen regelmäßig nur durch eine kombinierte Bewertung von Einzelmerkmalen ermittelt werden und darüber hinaus zumeist auch von nicht objektivierbaren Kriterien beeinflusst werden.¹⁶¹ Jedoch ist der Lagefaktor allein nach objektiven Kriterien zu bestimmen, auf die subjektiven Bedürfnisse des konkreten Mieters kommt es nicht an. Es muss dazu ermittelt werden, was eine gute Lage in der Gemeinde ausmacht. Dabei darf man aber nicht dem Zirkelschluss erliegen, wonach da eine besonders gute Wohnlage sei, wo die höchsten Mieten gezahlt werden.¹⁶² Die Lage bestimmt die Miete und nicht umgedreht die Miethöhe die Lage!

Rechtlich allein richtiger Anknüpfungspunkt ist nur die Legaldefinition in § 558 Abs. 2 BGB. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers soll die Lage der Wohnung wertbildend sein.¹⁶³ § 19 Abs. 2 MsV enthält Vorgaben, nach denen gängige Verfahren zur Ermittlung möglicher Wohnlagen zu verwenden sind. Auch für die Lageeinteilung sind anerkannte wissenschaftliche Grundsätze gem. § 558d Abs. 1 BGB einzuhalten.¹⁶⁴ Verwendet werden können alle geeignete multivariate Verfahren (zum Beispiel Cluster- oder Diskriminanzanalysen) oder Regressionsanalysen. Insofern sind die Kriterien in § 19 Abs. 2 S. 2 MsV richtig, wonach zur Ermittlung von Wohnlagen untersucht werden soll, inwiefern sich durch Beschreibung mittels vor Ort feststellbarer Faktoren wie insbesondere Bebauungs- und Verkehrsdichte, Zentralität, Infrastruktur, Begrünung oder vergleichbarer Kriterien verschiedene Wohnlagen einteilen lassen.

Für den Fall, dass solche harten Standortfaktoren nicht vollumfänglich ausreichen, z.B. weil es in der Gemeinde Viertel gibt, die besonders beliebt und deshalb besonders teuer sind, obwohl sie gegenüber preislich günstigeren Stadtvierteln keine besonderen objektiven Lagevorteile aufweisen, sollen nach § 19 Abs. 2 S. 2 MsV Bodenrichtwerte¹⁶⁵ Indizwirkung für den Einfluss solcher sogenannter weicher Standortfaktoren haben. Wie der BGH¹⁶⁶ kurz vor Erlass der MsV bereits entschieden hat, lässt die Entwicklung der Grundstückspreise keine verlässlichen Rückschlüsse auf die ortsübliche Vergleichsmiete zu. Auch im Rahmen der Festsetzung der Zweitwohnungssteuer ist zur Bemessung eine Schätzung der üblichen Miete allein aufgrund des Bodenwertes des Grundstücks nicht zulässig.¹⁶⁷ Zulässig ist die Verwendung des Bodenrichtwerts und insbesondere seine Veränderung allenfalls als Indiz zur Abgrenzung von anderen weichen Standortfaktoren, die nicht lagebedingt sind, etwa bei steigenden Preisen (unter Umständen sogar in schlechten Lagen), die einer hohen Mieterfluktuation geschuldet sind. Es ist nämlich ein häufig vorkommendes Phänomen, dass

¹⁶¹ BR-Drs. 766/20 S. 41; Promann, Die Berücksichtigung des Wohnwertmerkmals Lage in den Mietspiegeln der deutschen Großstädte, Diss, Stuttgart 2012; zu vermeintlich methodischen Fehlern bei der Wohnlagendefinition: Kauermann/Thomschke/Braun, Scheinargumente bei Mietspiegeldebatte – Was definiert „moderne Mietspiegel“? empirica paper Nr. 236, 2016, Seite 5.

¹⁶² Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Auf. 2023, BGB § 558 Rn. 95.

¹⁶³ Promann, Die Berücksichtigung des Wohnwertmerkmals Lage in den Mietspiegeln der deutschen Großstädte, 2012, 45ff.; Bünnemeyer/Hebecker/Werling ZMR 2016, 96.

¹⁶⁴ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Auf. 2023, BGB § 558 c-d Anhang 1 MsV § 19 Rn. 5.

¹⁶⁵ So auch schon LG München I ZMR 2014, 364 (365).

¹⁶⁶ BGH NZM 2019, 813 Rn. 20.

¹⁶⁷ BVerwG NVwZ-RR 2021, 99 mAnm. Brandt jurisPR-SteuerR 1/2022 Anm. 2.

in schlechten Lagen oder auch bei schlechten Ausstattungen oder Beschaffenheiten eine höhere Miete als in mittleren Lagen gezahlt wird. Dies liegt schlicht daran, dass hier das unzulässige Merkmal der Wohndauer mit einfließt.¹⁶⁸ So können die Mieten in schlechteren Wohnlagen ua auch deshalb höher sein als in besseren Wohnlagen, weil die Fluktuation in diesen Wohnungen höher ist.¹⁶⁹ Die durchschnittliche Mietzeit wird in diesem Wohnungsteilmarkt häufig nicht erreicht. Jeder Mieterwechsel ermöglicht dem Vermieter aber leichter die Miete zu erhöhen, als es bei bestehendem Mietvertrag möglich gewesen wäre. Auf diese Weise fließt in das Wohnwertmerkmal versteckt das rechtliche unerhebliche¹⁷⁰, weil subjektive, Wohnwertmerkmal „Wohndauer“ mit ein.¹⁷¹ Es stellt sich dann die Frage, ob der empirisch richtig ermittelte Wert normativ zu korrigieren ist.

Das bedeutet aber, dass der Bodenrichtwert nicht als Ausgangspunkt für die Lageeinordnung verwandt werden darf, sondern nur als Hilfstatsache zur Eliminierung anderer unzulässiger Kriterien. Zweifelhaft ist deshalb die Wohnlagen Definition im Mietspiegel München 2023. Sie erfolgt „zunächst unter Berücksichtigung der Bodenrichtwert,“¹⁷² Ob das wirklich dem Verständnis der ortsüblichen Vergleichsmiete des BGH insofern entspricht, ist fraglich.

Noch problematischer ist aber das in § 19 Abs. 2 S. 2 MsV angesprochene Kriterium der allgemeinen Beliebtheit bestimmter Wohngegenden. Problematisch ist die Berücksichtigung des Image eines Quartiers zur Einordnung einer bestimmten Lage, vor allem dann, wenn es mit den objektiven Gegebenheiten nicht übereinstimmend. Ist die Miete in objektiv schlechten oder nur durchschnittlichen Lagen sehr hoch, weil der Stadtteil bei den Trendsettern beliebt ist, macht das allein das Quartier aber noch nicht zu einer guten Lage.¹⁷³ Auch hier geht der Mietspiegel München 2023 einen anderen – bedenklichen – Weg. Dort gibt es eine durchschnittliche (hellblaue) Lageklasse und eine zentrale durchschnittliche (dunkelblaue) Lage. Letztere wird definiert als „zentrale Gebiete, die die Kriterien der durchschnittlichen Lage erfüllen und für die im Rahmen der statistischen Analyse der Daten höhere Mietpreise identifiziert wurden“. Es spricht einiges dafür, dass beide Lageklassen zusammenzuführen sind, da die Zentralität nicht das einzige Abgrenzungskriterium zu sein scheint.

Das Image kann allenfalls ein Faktor sein, der bei der Lagebeurteilung einfließt. Häufig enthält die Argumentation hier aber einen Zirkelschluss: Die Lage ist nicht deshalb gut, weil die Mieten hoch sind; vielmehr soll die Miete hoch sein, weil die Lage gut ist. Umso mehr man das Image einer Lage berücksichtigt („In-Szene“), umso mehr nähert sich die ortsübliche Vergleichsmiete der Marktmiete.¹⁷⁴ Weiter spricht gegen die Berücksichtigung des Images einer Lage, dass dies oft nur für bestimmte Bevölkerungsgruppen eine Bedeutung hat (junge Singles, Künstler). Man nähert sich hier deshalb sehr stark einem subjektiven Merkmal in der Person des Mieters und nicht einem objektiven Kriterium, das mit der Lage zu tun hat.

4. Handlungsempfehlungen zur Erstellung von Mietspiegeln

¹⁶⁸ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Auf. 2023, BGB § 558 Rn. 93.

¹⁶⁹ So auch LG Freiburg NJWE-MietR 1996, 51.

¹⁷⁰ AA AG Berlin-Charlottenburg BeckRS 2015, 06288.

¹⁷¹ Nach Bub/Treier MietR-HdB/Schultz Kap. III A Rn. 1418 dürfen schlechtere Lagen/Ausstattungen wegen der höheren Fluktuation nicht besser „bewertet“ werden.

¹⁷² Herunterladbar <https://2023.mietspiegel-muenchen.de>.

¹⁷³ Börstinghaus NZM 2020, 965, 972.

¹⁷⁴ Börstinghaus/Clar/Börstinghaus MsV § 19 Rn. 11.

Vor Inkrafttreten dieser MsV gab es lediglich diverse unverbindliche Hinweise zur Aufstellung von Mietspiegeln. Hintergrund dieser Hinweise ist ein Beschluss des Deutschen Bundestages im Zusammenhang mit der Verabschiedung des Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetzes im Oktober 1974. Darin wurde die Bundesregierung gebeten „baldmöglichst mit den Ländern und den kommunalen Spitzenverbänden Verhandlungen mit dem Ziel aufzunehmen festzustellen, ob und inwieweit eine vermehrte Aufstellung von Mietspiegeln durch die Gemeinden ermöglicht werden kann und sodann über das Ergebnis der Beratung zu berichten“.¹⁷⁵ Daraufhin wurde beim Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau ein Arbeitskreis „Mietspiegel“ gebildet. Der Arbeitskreis hat auf der Grundlage bereits vorliegender Mietspiegel sowie der bis zu diesem Zeitpunkt gesammelten Erfahrungen rechtlich unverbindliche Hinweise für die Aufstellung von Mietspiegeln erarbeitet. Diese wurden erstmals im Jahre 1976¹⁷⁶ veröffentlicht. In der Folgezeit tauchten aber weitere Fragen¹⁷⁷ auf, die in den Hinweisen aus dem Jahre 1976 nicht angesprochen waren. So war strittig, ob und in welchem Umfang die Mieten länger bestehender Mietverhältnisse in die Mietspiegel eingehen sollten. Auch die Einbeziehung von Wohnraum in schlechten Wohnlagen, für die von bestimmten Bevölkerungsgruppen höhere als sonst übliche Entgelte gezahlt wurden, führte zu Problemen. Schließlich stellt sich die Frage nach der Einordnung von Ein- und Zweifamilienhäusern, da für diese Objekte häufig keine Informationen über vergleichbare Objekte zur Verfügung stehen. Im Jahre 1980 wurden deshalb diese Hinweise vom Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau in Zusammenarbeit mit dem „Arbeitskreis Mietspiegel“ vervollständigt und fortgeschrieben.¹⁷⁸ Im Jahr 1997 wurden vom Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau unter wissenschaftlicher Beratung zweier Forschungsinstitute, die kommerziell Mietspiegel erstellen, völlig neue Hinweise zur Aufstellung von Mietspiegeln¹⁷⁹ herausgegeben. Diese Hinweise gingen auch erstmals auf die Besonderheiten in den neuen Ländern ein, die durch das Auslaufen des Mietenüberleitungsgesetzes entstanden waren. Der Freistaat Sachsen hatte damals ebenfalls für die erstmalige Aufstellung von Mietspiegeln nach dem Beitritt eine eigene „Arbeitshilfe zur Erstellung von Mietspiegeln in Sachsen“ herausgegeben.¹⁸⁰

Nach In-Kraft-Treten des Mietrechtsreformgesetzes im Herbst 2001 hat das Bundesamt für Bauwesen in Bonn im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen eine neue Broschüre mit Hinweisen zur Erstellung von Mietspiegeln im Jahr 2002 veröffentlicht.¹⁸¹ Die noch aktuellen Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln wurden vom Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) im Sommer 2020 als aktualisierte 3. Auflage der Ausgabe aus dem Jahr 2002 veröffentlicht.¹⁸² Es handelt sich bei all diesen Hinweisen aber weder um gesetzliche Regelungen noch um eine Verwaltungsvorschrift. Die Hinweise sollen

¹⁷⁵ BR-Drucks. 7/2629.

¹⁷⁶ Abgedruckt Börstinghaus/Clar MsV, Teil 5 Anhang III Nr. 1.

¹⁷⁷ BT-Drs. 8/2610 Seite 19.

¹⁷⁸ Abgedruckt Börstinghaus/Clar, Mietspiegel – Erstellung und Anwendung, 2. Aufl. 2013 Anhang B II .

¹⁷⁹ Abgedruckt Börstinghaus/Clar MsV, Teil 5 Anhang III Nr. 2.

¹⁸⁰ Abgedruckt Börstinghaus/Clar, Mietspiegel – Erstellung und Anwendung, 1. Aufl. 1997 Seite 370.

¹⁸¹ Abgedruckt Börstinghaus/Clar MsV, Teil 5 Anhang III Nr. 3.

¹⁸² Abrufbar unter:

<https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/veroeffentlichungen/sonderveroeffentlichungen/2014/HinweiseErstellungMietspiegel-neu.html> .

nur eine Orientierungshilfe¹⁸³ bieten, ohne in irgendeiner Form rechtlich verbindlich zu sein. In der Folgezeit ist versucht worden, diese Hinweise, insbesondere was die Erstellung von sog. ökologischen Mietspiegeln angeht, fortzuschreiben.¹⁸⁴

Schon seit 2022 will das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen auch wieder bei der Mietspiegeldiskussion mitreden, da die Mietspiegelverordnung ja vom BMJ erarbeitet wurde.¹⁸⁵ Deshalb hat man neue Hinweise in Auftrag gegeben, die jetzt in einer noch nicht mit Umschlag und Ministerbild versehenen Version als „Handlungsempfehlungen zur Erstellung von Mietspiegeln“ vorliegen. Ob der Text wirklich für Gemeinden und andere Mietspiegelersteller eine Handreichung ist, darf ernsthaft bezweifelt werden. Er ist von den führenden Protagonisten der „Regressionszene“ erstellt worden. Dementsprechend wird vor allem die Regressionsmethode umfassend dargestellt. Es klingt immer wieder an, dass die Verfasser nur diese Methode für wissenschaftlich halten und dies der Tabellenmethode absprechen. Der gesamte Text ist hochwissenschaftlich und setzt massives Interesse an statistischen Fragestellungen voraus. Es ist zu befürchten, dass er Nichtstatistiker eher abschreckt als sie zur Mietspiegelerstellung zu motivieren. Das entspricht aber der schon lange von dort verbreiteten Auffassung, dass es eines staatlich geprüften Mietspiegelerstellers bedarf. So wurde schon in der Stellungnahme der gif-Mietspiegelkommission vom 30. Oktober 2020¹⁸⁶ beklagt, dass die anerkannten wissenschaftlichen Grundsätze den Mietspiegelerstellern „nicht immer in der notwendigen Breite und Tiefe [...] bekannt“ sind. Gefordert wurde eine Überprüfung der fachlichen Eignung der Personen, die Mietspiegel erstellen dürfen. Mit diesen Forderungen konnte man sich im Justizministerium weder bei der Novellierung der BGB Vorschriften noch bei Abfassung der Mietspiegelverordnung durchsetzen. Vielmehr wurden die Anforderungen der Mietspiegelverordnung von Entwurf zu Entwurf immer weiter herabgesetzt. Umso ärgerlicher ist jetzt der Versuch durch die Hintertür einer rechtlich völlig unverbindlichen, aber wahrscheinlich mit Ministerinnen Vorwort verbreiteten Broschüre die Gemeinden zu verunsichern. Es dürfte eher der Versuch sein, eigene Vorstellungen zu verschriftlichen, um unter Bezugnahme auf diese Handlungsempfehlungen Argumente gegen die Wissenschaftlichkeit anderer Mietspiegel an der Hand zu haben. Es ist schon fraglich, ob die Verfasser vom richtigen Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete als empirisch-normativer Größe ausgehen. Dafür spricht zB, mit wie wenig juristischer (Kommentar-)Literatur man auskommt. Im unveröffentlichten Entwurf vom 29.8.2023 wurde noch der einzige Kommentar zum Mietspiegelreformgesetz und zur MietspiegelVO¹⁸⁷ im Literaturverzeichnis erwähnt; in der wohl finalen Fassung fehlt diese Fundstelle plötzlich. Die Veröffentlichungen von Mietrechtler¹⁸⁸ zu dem Thema werden ebenso wenig zur Kenntnis genommen, wie die die

¹⁸³ So die Formulierung im Vorwort des Ministers.

¹⁸⁴ dazu Börstinghaus WuM 2009, 631.

¹⁸⁵ Beteiligt war aber wegen der datenschutzrechtlichen Fragestellungen des Bundesinnenministerium.

¹⁸⁶ Herunterladbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Mietspiegel.html?nn=17134 (abgefragt am 3.3.2024).

¹⁸⁷ Börstinghaus/Clar MsV 2023, in der gif-Stellungnahme wurden die Vorgängerwerke und die Kommentierung des Verfassers im Schmidt-Futterer noch als „Standardquelle“ bezeichnet.

¹⁸⁸ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Abramenko, Das Mietspiegelreformgesetz (MsRG), MDR 2022, 65; Artz, Ökomietspiegel – Zukunftsinstrument, WImmoT 2006, 123; BeckOGK/Fleindl § 558d; Blank, Die ortsübliche Vergleichsmiete als Instrument zur Regulierung der Mietpreise, FS Börstinghaus (2020) S. 9; Blank, Die Anpassung älterer Mietspiegel, ZMR 1994, 137; Blank, Energetische Beschaffenheit als Kriterium der ortsüblichen Vergleichsmiete, WuM 2011, 195; Blank, Mietspiegel und Mietdatenbank, PiG 62, 17; Börstinghaus, Das neue Mietspiegelrecht; NJW 2022 14; Börstinghaus, 50 Jahre ortsübliche

maßlichen Kommentare zum BGB. Es werden ganz überwiegend statistische Werke aufgeführt. Rechtsfragen scheint es für die Verfasser eher nicht zu geben. Dafür spricht auch, dass die Handlungsempfehlung die Dokumentations- und Begründungspflichten aus der Mietspiegelverordnung sehr einseitig in Richtung auf die alleinige Zulässigkeit einer statistisch-mathematischen Begründung verschiebt. Das ist falsch und soll wahrscheinlich allein dem Ziel dienen, durch ein Anheben der wissenschaftlichen Standards nur statistisch-mathematische Begründungen zuzulassen. Erstaunlich ist, dass das Bauministerium das so mitmacht, da es das Ziel, in möglichst vielen Gemeinden allseits akzeptierte Mietspiegel zur Verfügung zu stellen, konterkariert. Ein Mietspiegel ist dann gut, wenn er in der Gemeinde akzeptiert wird und zur Befriedung beiträgt. Ob er mathematisch bis auf die letzte Stelle hinter dem Komma richtig ist oder nicht, ist dabei eher zweitrangig. Es gibt so viele Stellschrauben, wie falsche Wohnungsgrößen oder die fehlende Eliminierung mietpreiswidriger Mieten, dass unterschiedliche Methoden dagegen kaum eine Rolle spielen.

III. Das Problem der mietpreiswidrigen Mieten

Der Mietspiegel ist eine Übersicht, über die ortsübliche Vergleichsmiete. Das bedeutet, dass die ausgewiesenen Mieten den Vorgaben des § 558 Abs. 2 BGB an die ortsübliche Vergleichsmiete entsprechen müssen. Der Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ist durchaus schillernd.¹⁸⁹ Bei dem Begriff der ortsüblichen Vergleichsmiete handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.¹⁹⁰ Gebildet wird die ortsübliche Vergleichsmiete aus dem Durchschnitt aller Mieten¹⁹¹ für vergleichbaren Wohnraum, die zum Zeitpunkt des Zugangs¹⁹² des Erhöhungsverlangens gezahlt werden. Es handelt sich um eine empirisch-normative Größe¹⁹³, was neuerdings immer häufiger -bewusst?- übersehen wird. Natürlich muss eine empirische Datenerhebung stattfinden, das allein reicht aber nicht. Es muss auch noch eine normative Bewertung stattfinden.¹⁹⁴ Deshalb kann ein statistisch richtiger

Vergleichsmiete, NZM 2022, 14; Börstinghaus, Die Reform des Mietspiegelrechts, MietRB 2021, 363; Börstinghaus, Die Neuregelungen durch das Mietspiegelreformgesetz; ZAP F. 4 S. 1999; Börstinghaus, Das Berliner Mietspiegel-Quiz, NJW 2015, 3200; Börstinghaus, Der qualifizierte Mietspiegel, NZM 2000, 1087; Börstinghaus, Mietspiegel als reversible Rechtsnorm, jurisPR-MietR 14/2011 Anm. 1; Börstinghaus, Mietspiegel und Beweislast, NZM 2002, 273; Börstinghaus, U./Börstinghaus, C., Qualifizierte Mietspiegel in der Praxis, NZM 2003, 377; Börstinghaus/Ostermann, Mietspiegel: Neue Impulse durch eine gesetzliche Erstellungspflicht NZM 2021, 825; Brüning, Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle qualifizierter Mietspiegel NZM 2003, 921; Brüning, Erstellung von Mietspiegeln im Angesicht der Mietspiegelreform, NZM 2022, 323; Bruns, Qualifizierte Mietspiegel auf dem Prüfstand der Wissenschaftlichkeit, AnwZert MietR 14/2017 Anm. 2; Bub, Gesetzliche Vorgaben für den Mietspiegel, PiG 40, 41; Bub, Mietspiegel – Anforderungen, gesetzliche Regelungen, praktische Anwendungen aus der Sicht der Rechtsprechung, PiG 49, 157; Englmann, Anwendung von Mietspiegeln nach neuem Recht; ZMR 2022, 597; Hartmann, Der einfache Mietspiegel – ein wichtiges Instrument!, jM 2019, 356; Hartmann, Der Mietspiegel- ein Überblick über ein wichtiges Instrument zur Mietenregulierung, jM 2020, 7; Schach, Qualifizierter Mietspiegel- Vermutungswirkung auf dem Prüfstand, MietRB 2016, 18; Wetekamp, Mietspiegel als gerichtliches Erkenntnismittel, NZM 2003, 184.

¹⁸⁹ Stelter GE 2009, 921 spricht von einem „Kunstprodukt“; Blank FS Börstinghaus (2020) S. 9 (14); Blank ZMR 2013, 170; Staudinger/V. Emmerich BGB § 558 Rn. 22 spricht von einem „theoretischen Konstrukt“ dessen Berechnung Theorie und Praxis „mit einer Fülle ungelöster Probleme konfrontiert“.

¹⁹⁰ Staudinger/V. Emmerich BGB § 558 Rn. 22.

¹⁹¹ Zur Berechnung BGH NZM 2012, 339; Börstinghaus WuM 2012, 244; DS 2012, 183; Blank LMK 5/2012 Anm. 3; ZMR 2013, 170; Muth ZMR 2012, 530; Bühler ZMR 2012, 531.

¹⁹² BGH NZM 2021, 650; NZM 2021, 655; NZM 2017, 321 mAnm Fleindl NZM 2017, 325; NZM 2006, 101; BayOblLG WuM 1992, 677; LG Berlin GE 2010, 61; AG Berlin-Mitte WuM 2020, 358.

¹⁹³ Blank FS Börstinghaus (2020) S. 9, 14; Blank ZMR 2013, 170.

¹⁹⁴ Blank FS Börstinghaus (2020) S. 9, 15; BeckOGK/Fleindl § 558d Rn. 3..

Mietspiegel juristisch falsch sein.¹⁹⁵ *Blank*¹⁹⁶ formuliert insofern: „Dem Vergleichsmietenbegriff liegt die Vorstellung zugrunde, dass es einen „gerechten“ Mietpreis gibt und dass dieser durch den Markt bestimmt wird. Der Markt ist aber nicht gerecht, sondern „sozial blind“.“ Für bessere Wohnungen soll demnach eine höhere Miete und für schlechtere Wohnungen eine niedrigere Miete ausgewiesen werden. Es ist deshalb eine normative Aufgabe, die gesetzlichen Vorgaben aus § 558 Abs. 2 BGB mit den tatsächlichen Marktgegebenheiten in Einklang zu bringen. Schon deshalb muss der Begriff der ortsüblichen Miete um eine normative Komponente erweitert werden. *Blank*¹⁹⁷ nennt den empirischen Teil Basis und das Normative den Überbau.¹⁹⁸

Im hier interessierenden Zusammenhang ist ein riesiges Problem die Eliminierung mietpreiswidriger Mieten. Bei einer Datenerhebung kann nicht zwischen preisrechtlich zulässigen und unzulässigen Mieten unterschieden werden. Das bedeutet, bei der Datenerhebung wurden immer schon Mieten erhoben, die zwar gezahlt werden, aber nicht geschuldet werden. Das müsste normativ bereinigt werden. Bis 2015 waren dies allenfalls Mieten, die gegen § 5 WiStG verstießen. Gerade die Eliminierung solcher mietpreisrechtswidrigen Mieten ist in der Praxis unmöglich, da ja auch noch ein Ausnutzen eines geringen Angebots festgestellt werden muss. Auf Grund der restriktiven Rspr. des BGH¹⁹⁹ zu § 5 WiStG sind solche Mietpreisüberhöhungen nach § 5 WiStG in den letzten Jahren kaum festgestellt worden. Neuerdings bemüht sich insbesondere die Stadt Frankfurt/M. wieder intensiv solche Mieten aufzudecken und als Ordnungswidrigkeit zu verfolgen. denkbar. In der Vergangenheit wurde bei der Mietspiegelerstellung mit pauschalierten Abzügen diesem Phänomen bzgl. § 5 WiStG zu begegnen versucht.²⁰⁰ Das LG Hamburg unter Vorsitz von Prof. Dr. Sternel hat am oberen Rand der Spanne 2 % und am unteren Rand 1 % der Daten gekappt.²⁰¹ Die unterschiedliche Gewichtung der beiden Gruppen rechtfertigte sich nach Ansicht des LG Hamburg daraus, dass die sog. Gefälligkeitsmieten nicht unter „Null“ sinken können, während die unzulässig überhöhten Mieten – auch wenn es sich nur um wenige handelt – das allgemeine Mietenniveau erheblich anheben. Beim Berliner Mietspiegel wurde früher ein Vertrauensintervall von 95 % gebildet: je 2,5 % der erfassten Daten wurden am oberen und unteren Rand nicht berücksichtigt. Später wurde dies auf jeweils 1,25 % reduziert. Schon früh²⁰² wurden gegen alle diese Berechnungsmethoden Bedenken erhoben, die heute zu Recht auch von den reinen Empirikern²⁰³ kritisch gesehen werden. Die Extremwertbereinigung bleibe bei solchen Mietspiegeln „problematisch“. Es handelt sich aber dogmatisch um kein Problem der Extremwertbereinigung, sondern um die normative Komponente des Begriffs der ortsüblichen Vergleichsmiete. Diese bisher veröffentlichte Rechtsprechung stammt noch aus der Zeit, als es das Rechtsinstitut des

¹⁹⁵ Blank PiG 62 (2002), 17 (27).

¹⁹⁶ Blank FS Börstinghaus (2020) S. 9, 14.

¹⁹⁷ Blank FS Börstinghaus (2020) S. 9, 15.

¹⁹⁸ Blank FS Börstinghaus (2020) S. 9, 18 hat deshalb durchaus Bedenken gegen Regressionsmietspiegel, wenn sie nur die empirische Basis berücksichtigen, ohne dem Rechtsanwender einen Wertungsspielraum zuzubilligen; zu dem deshalb erforderlichen Konfidenzintervall LG München I WuM 2000, 361.

¹⁹⁹ BGH NJW 2005, 2156; NJW 2004, 1740.

²⁰⁰ Börstinghaus/Clar Mietspiegel/Clar Rn. 719.

²⁰¹ LG Hamburg WuM 1996, 44 (45).

²⁰² Voelskow GE 1997, 586 (589)

²⁰³ Nach Kauermann/Windmann, „Mietspiegel heute – zwischen Realität und statistischen Möglichkeiten“, stellt die Eliminierung besonders hoher Mieten in Tabellenmietspiegeln „keine statistisch fundierte Methodik“ dar; Bedenken auch bei Klöppel PiG 112 (2023) S. 163 (171).

qualifizierten Mietspiegels nicht gab. Ob diese Vorgehensweise den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen iSd § 558d BGB entspricht, erscheint zumindest fraglich.²⁰⁴

Heutzutage ist das Problem zumindest in den Gemeinden, in denen eine Beschränkung der Wiedervermietungsmiete gilt, um ein Vielfaches höher. Die Regelungen über die sog. Mietpreisbremse sind kompliziert. Es gibt zeitlich drei Regelungsregime und materiell einen Grundtatbestand und vier Ausnahmen. Ein Verstoß gegen die Normen muss den Mietvertragsparteien gar nicht bewusst sein, da sie bereits die genaue Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete nicht kennen. Trotzdem kann eine mehr als 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegende Miete teilweise unwirksam sein, muss es aber wegen der vielen Ausnahmen nicht. Eine Rüge des Mieters gem. § 556g BGB ist hierfür gar nicht erforderlich.²⁰⁵ Die veröffentlichten Zahlen für Berlin und München sind erschreckend. Nach Klöppel²⁰⁶ sollen in München möglicherweise bis zu rd. 40% der erfassten Wiedervermietungs- bis Neuvertragsmieten ohne Neubau zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses mehr als 10% oberhalb der jeweiligen ortsüblichen Vergleichsmiete gelegen haben, zahlreiche Mieten dabei sogar mehr als 20% und vereinzelt sogar 50% darüber. Nach einer nicht repräsentativen Studie des Berliner Mietervereins²⁰⁷ hätten 98% der überprüften Mietverträge eine mehr als 10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegende Miete ausgewiesen, davon 12,3% mehr als 100%, 36,9% mehr als 50% und 27,3% von mehr als 20%. Beide Untersuchungen berücksichtigen naturgemäß nicht, dass auch in angespannten Wohnungsmärkten Neuvertragsmieten mehr als 10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete aus den unterschiedlichsten Gründen wirksam sein können. Das gilt zB für alle vereinbarten Mieterhöhungen im Bestand nach Modernisierungsmaßnahmen, aber auch nach einer Zustimmung gem. §§ 558 ff BGB, selbst wenn die verlangte Miete oberhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt.²⁰⁸ Auch alle Ausnahmen nach § 556e und f BGB bleiben bei einem Blick nur auf die prozentuale Überschreitung außer Betracht, wobei sogar noch eine Vorvormiete maßgeblich sein kann.²⁰⁹ Die bisher vorliegenden – teilweise von Verbänden in Auftrag gegebenen Untersuchungen²¹⁰ berücksichtigen diese Ausnahmen nicht und sind für den hiesigen Zweck ungeeignet.

Wie mit dem Problem empirisch und normativ richtig umzugehen ist, weiß zurzeit Niemand. Klöppel²¹¹ weist darauf hin, dass ein intensivere Auseinandersetzung mit systematischen Versuchen zur Identifikation unzulässiger Mieten „gerechtfertigt erscheint“. Pauschale Lösungen, wie die Eliminierung aller Mieten die 20 % ober- und unterhalb des arithmetischen Mittels der erhobenen Daten liegen, dürften den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen kaum entsprechen, auch wenn der BGH²¹² dies Vorgehensweise bei einem gerichtlichen Sachverständigengutachten als eine denkbare Möglichkeit gebilligt hat. Diese Grenze ist selbst bei Verstößen gegen § 5 WiStG nicht zwingend und bei der Mietpreisbremse völlig

²⁰⁴ Klöppel PiG 112 (2023) S. 163 (172).

²⁰⁵ Lützenkirchen MietR/Abrahamenko BGB § 556g Rn. 63; falsch daher die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/4672, 27: „Der Mieter kann demnach ab der nach wie vor erforderlichen Rüge gemäß § 556g Absatz 2 BGB die Zahlung nicht geschuldeter Miete verweigern [...]“

²⁰⁶ Klöppel PiG 112 (2023) S. 163 (172).

²⁰⁷ Leiß MM 6/2023 S. 19.

²⁰⁸ BGH NZM 2022, 954.

²⁰⁹ BGH NZM 2023, 762.

²¹⁰ ZB von Bodelschwingh WImmoT 2016, 43.

²¹¹ Klöppel PiG 112 (2023) S. 163 (172).

²¹² BGH NJW 2012, 1351.

willkürlich. Im Übrigen besteht bei diesem Verfahren durchaus die Gefahr eines Zirkelschlusses. Die Wesentlichkeitsgrenze des § 5 WiStG beginnt nämlich frühestens 20 % oberhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete. Ist diese eine Bandbreite, liegt die Grenze 20 % oberhalb des Oberwertes der Bandbreite. Bereits die Bandbreite und erst recht ihr Oberwert kann oberhalb des arithmetischen Mittelwertes liegen. Es werden hier also Mieten eliminiert, die preisrechtlich noch zulässig sind.²¹³

Der BGH hat zugleich in der Entscheidung den Tatrichtern einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum eingeräumt.²¹⁴ Da die Rechtsprechung mE akzeptieren muss, dass man mit vertretbarem Aufwand keine Einzelprüfung der Mieten leisten kann, muss eine möglichst wirklichkeitsnahe Pauschalierung gefunden werden.²¹⁵ Ich könnte mir vorstellen, dass aus den erhobenen Daten eine -kleine- Stichprobe aus den mehr als 10% über der ortsübliche Vergleichsmiete liegenden Mieten, ggf. noch differenziert nach prozentualen Stufen der Überschreitung, gezogen wird und diese auf die Mietpreiswidrigkeit überprüft wird. So könnte man vielleicht eine Prozentzahl der Mieten ermitteln, die zu eliminieren sind.²¹⁶

IV. Die Fortschreibung von Mietspiegel

Anders als einfache Mietspiegel müssen qualifizierte Mietspiegel zwingend im Abstand von zwei Jahren fortgeschrieben werden, um weiter als qualifizierte Mietspiegel zu gelten.²¹⁷ Die Fortschreibung darf nur einmal erfolgen, dann muss zwingend wieder eine Neuaufstellung erfolgen. Es kann aber auch nach zwei Jahren eine Neuaufstellung erfolgen. Entscheidend für die Unterscheidung zwischen einer Fortschreibung und einer Neuaufstellung ist dabei nicht die Bezeichnung durch den Mietspiegelersteller, sondern der materielle Inhalt, also die Frage, ob ein früherer Mietspiegel mittels Stichprobe oder Index angepasst („fortgeschrieben“) wurde, oder ob eine Neuerhebung aller Primärdaten erfolgte.²¹⁸

1. Die verschiedenen Möglichkeiten

Der Anpassung kann entweder die Entwicklung des vom Statistischen Bundesamt ermittelten „Verbraucherpreisindex (VPI)“ oder eine Stichprobe zu Grunde gelegt werden. Das Gesetz, § 558d Abs. 2 S. 2 BGB und die MsV, §§ 22, 23 MsV, lassen beide Möglichkeiten der Fortschreibung gleichberechtigt nebeneinander zu. Die Vorschriften über die Fortschreibung sind dabei sowohl im BGB wie auch in der Verordnung im Vergleich zu den präzisen Vorgaben der Neuaufstellung erstaunlich ungenau.

2. Die Indexfortschreibung

a) Der maßgebliche Index

²¹³ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Auf. 2023, BGB § 558 Rn. 131.

²¹⁴ BGH NJW 2012, 1351.

²¹⁵ Der BGH NZM 2019, 469 gestattet zB solche wissenschaftlichen tabellarische Bewertungsmethoden (zB. Einfluss der Wohnfläche auf die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete), wenn sie zeitnah erhoben und örtlich plausibel erscheinen.

²¹⁶ Bedenken aber wohl schon bei Klöppel PiG 112 (2023) S. 163 (171).

²¹⁷ MüKoBGB/Artz § 558d Rn. 5.

²¹⁸ So Jakob WuM 2022, 114, 115 zum Berliner Mietspiegel 2021; aA Beuermann GE 2021, 679.

Für die Fortschreibung mittels Index darf nur der VPI benutzt werden. Unzulässig ist jede Verwendung eines regionalen Indexes oder die Verwendung des Mietenindexes.²¹⁹ Diese Art der Fortschreibung hat weniger etwas damit zu tun, dass der Mietspiegel den tatsächlich gezahlten Mieten angepasst wird, sondern bewirkt letztendlich nur, wie eine Indexmiete, eine Geldwertsicherung. Sie stellt eine Konzession an die eingeschränkten finanziellen Möglichkeiten der Gemeinden²²⁰ dar und wird von ihnen auch überwiegend genutzt.

Sie ist deshalb problematisch, da bei diesem Verfahren zum einen ein Index benutzt wird, auf dessen Entwicklung die Höhe der Wohnungsmieten nur zu ca. 21 % Einfluss hat²²¹, weil Mieten nur mit dieser Quote in das Wägungsschema einfließen. Außerdem wird der Index über alle Mietspiegelfelder hinweg ohne Differenzierung angewandt, obwohl sich Mieten regelmäßig in den verschiedenen Wohnungsteilmärkten sehr unterschiedlich entwickeln. Nachgewiesenermaßen haben sich die Mieten in den letzten Jahren anders entwickelt als der Verbraucherpreisindex.²²²

Und deshalb ist die Verwendung des VPI in letzter Zeit sehr problematisch.²²³ Auch wenn der Mietspiegelerstellung weiß, dass die örtliche Mietenentwicklung hinter den Werten des VPI zurückgeblieben ist, muss er den -höheren- VPI verwenden.²²⁴ Da der Gesetzgeber dieses Verfahren aber einmal zugelassen hat, ist ein so fortgeschriebener Mietspiegel trotz der Bedenken weiterhin ein qualifizierter Mietspiegel. Eine andere Frage ist die, ob die Werte eines so fortgeschriebener Mietspiegels leichter gem. § 292 ZPO zu widerlegen sind als die eines neuen oder mittels Stichprobe fortgeschriebenen qualifizierten Mietspiegels.²²⁵ Dies ist bei einer größeren Diskrepanz zwischen der Entwicklung des VPI und der Mietentwicklung anzunehmen.²²⁶ Den Gemeinden steht es aber frei, den ihrerseits für richtig gehaltenen Mietenindex zu verwenden. Die Konsequenz ist, dass es sich nicht um einen qualifizierten Mietspiegel handelt. Er kann aber, da er ja auf einem qualifizierten Mietspiegel beruht, als Neuaufstellung eines einfachen Mietspiegels verstanden werden, dem im Prozess dann Indizwirkung zukommt.²²⁷

b) Änderung des Basisjahres

Problematisch war in den letzten Monaten die Frage, welche Auswirkungen die Umstellung des Basisjahres durch das Statistische Bundesamt von 2015 auf 2020 hat. Mit der Veröffentlichung der Indexreihe Basisjahr 2020 wurde die Indexreihe Basisjahr 2015 unwirksam. Die prozentuale Steigerung hat sich durch die Umbasierung aber verändert, sie fiel geringer aus. Hier stellt sich die Frage, welche Auswirkungen es hat, wenn die Fortschreibung des qualifizierten Mietspiegels noch nach der Indexentwicklung des alten Basisjahres erfolgte. Dann ist der ausgewiesene Wert zu hoch. Grundsätzlich sind bei zwischenzeitlichen Umbasierungen durch das Statistische Bundesamt immer die neuesten

²¹⁹ Blank PiG 62 (2002), 17 (21); im Vereinfachungsentwurf der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Mietrechtsvereinfachung war noch die Fortschreibung mit der Entwicklung von Wohnraummierten vorgesehen.

²²⁰ Blank PiG 62 (2002), 17 (21).

²²¹ Schmidt WuM 2009, 23 Fn. 5.

²²² Schmidt WuM 2009, 23 (25).

²²³ Börstinghaus FS Hannemann (2023), 1.

²²⁴ Der Bundesrat hat die Bundesregierung aufgefordert, die Fortschreibung auch anhand eines anderen Indexes ohne Einbeziehung der übrigen Verbraucherpreise zu erlauben: BR-Drs. 571/22.

²²⁵ Dafür Blank PiG 62 (2002), 17 (29).

²²⁶ Für den umgekehrten Fall: AG Siegburg BeckRS 2022, 26800.

²²⁷ LG Berlin WuM 2022, 418.

Indexreihen und deren Werte auch für die Vergangenheit zu verwenden.²²⁸ Hier stellt sich die Frage nach dem maßgeblichen Stichtag. Denkbar sind hier drei Zeitpunkte:

- (a) Es kommt auf die Werte der zum Stichtag der Fortschreibung geltenden Indexreihe an.
- (b) Es kommt auf den Index aufgrund des Basisjahres zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Fortschreibung an. Bei nachträglicher Änderung der Indexreihe zwischen Stichtag und Veröffentlichung in Folge der Umbasierung entfällt die Qualifizierung, der Mietspiegel kann aber als einfacher Mietspiegel verwendet werden.
- (c) Schließlich könnte der mit altem Index fortgeschriebene Mietspiegel weiterhin qualifiziert sein, aber es besteht eine erleichterte Möglichkeit der Widerlegung.

Nach hier vertretener Auffassung ist die Lösung c) zu bevorzugen. Die Fortschreibung mit Index aufgrund alten Basisjahres war ja bis zur Veröffentlichung des Index aufgrund neuen Basisjahres allein möglich und rechtlich zulässig. Der nachträgliche Wegfall des Index kann allenfalls dazu führen, dass derjenige, gegen den die Vermutungswirkung des § 558d Abs. 3 BGB streitet, die Richtigkeit der Werte widerlegen kann. Da die Unterschiede zwischen den beiden Indexreihen aber nur marginal sind, dürfte das allein deshalb kaum gelingen.

2. Die Fortschreibung aufgrund einer Stichprobe

Die Fortschreibung mittels Stichprobe erfordert eine sehr viel kleinere Stichprobe als bei einer Neuaufstellung.²²⁹ § 23 Abs. 1 MsV erlaubt die Verwendung vereinfachender Annahmen. Die Vorschriften über die Erstellung von Mietspiegeln in den §§ 7–21 MsV sind dabei entsprechend anzuwenden. Die Fortschreibung erfolgt bei diesem Verfahren auch nicht real, sondern ebenfalls prozentual. Es wird anhand der Stichprobe ermittelt, wie sich die Mieten in den einzelnen Teilmärkten entwickelt haben. Die so ermittelten prozentualen Veränderungen werden dann auf den Mietspiegel umgerechnet. Dies Verfahren ermöglicht die Ermittlung von unterschiedlichen Indices für die einzelnen Mietspiegelfelder.

Seit 1.7.2022 ist es gem. Art. 238 § 3 Abs. 2 EGBGB zulässig, die Daten der Stichprobe aus der Ersterstellung inklusive den Hilfsmerkmalen „Lage der Wohnung“ und „Anschrift von Vermieter und Mieter“ nach der Neuaufstellung bis zur Fortschreibung zu speichern, um daraus ggf. die kleinere Stichprobe für die Fortschreibung zu ziehen. Früher war dies datenschutzrechtlich nur dann zulässig, wenn der befragte Vermieter oder Mieter dem zugestimmt hatte. Nicht übersehen werden darf, dass bei dieser Vorgehensweise Stichprobenfehler auch für die Fortschreibung fortgeschrieben werden, dh selbst bei einer sehr hohen Ausschöpfungsquote der kleinen Stichprobe, die Ergebnisse nicht besser werden, wenn die erste Stichprobe schon nicht richtig gezogen worden ist.

Ein weiteres Problem in der Praxis ist, dass bei fortgeschriebenen Mietspiegeln häufig auch die letzte Baualtersklasse „fortgeschrieben“ wird, dh bei der Neuaufstellung endete der Mietspiegel mit der Baualtersklasse „2010 – 2020“, im fortgeschriebenen Mietspiegel heißt es aber 2010-2022“. Das ist nach den anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen nicht vereinbar, da bezüglich dieses Wohnungsbestandes gar keine Daten vorgelegen haben, die fortgeschrieben werden konnten. Die Voraussetzungen einer Neuaufstellung nach den §§ 7 –

²²⁸ BGH NZM 2013, 148.

²²⁹ AG Bitterfeld WuM 2013, 45.

20 MsV liegen nicht vor. Zumindest für diese Baualtersklasse entfällt die Qualifizierung des Mietspiegels.

V. Ausblick

Trotz der zahlreichen – überflüssigen – Probleme, die uns der qualifizierte Mietspiegel macht, bin ich ein Fan von Mietspiegeln. Sie haben regelmäßig eine große Befriedungsfunktion in der Gemeinde. Das setzt aber voraus, dass die Politik nicht meint, mit dem Mietspiegel Politik machen zu wollen. Der Mietspiegel soll etwas widerspiegeln. Da wo es Probleme mit Mietspiegeln gibt, hat die Politik versucht mittels des Mietspiegels Mietenregulierung zu betreiben. Dafür sind Mietspiegel nicht geschaffen worden. Die Gerichte haben bis 2001 verantwortungsbewusst mit dem Instrument arbeiten können. Erst der untaugliche Versuch, diese Rechtsprechung zu kodifizieren hat neue Player auf den Plan gerufen, die die rechtlichen Grundlagen mE nicht richtig umsetzen und aus der Mietspiegelerstellung eine Wissenschaft machen wollen, die zum einen eher abschreckt und zum anderen das ganze Produkt immer wieder diskreditiert. Weniger ist auch hier mehr. „I have a dream“ sagte Martin Luther King 1963. Ich habe die klitzekleine Hoffnung, dass manche Gemeinden wieder versuchen einen konsensual mit den Verbänden erstellten Mietspiegel auf die Reihe zu bekommen. Man muss nicht immer auf die Gerichte schielen. Der allergrößte Teil der Mieterhöhungsverfahren wird außergerichtlich erledigt. Kein Fußballtrainer lässt nur Elfmeterschießen üben, nur weil es irgendwann einmal dazu kommen kann. Das Spiel dauert vorher 90 oder auch mal 120 Minuten.