

Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle qualifizierter Mietspiegel*

Privatdozent Dr. Christoph Brüning, Ruhr-Universität Bochum

I. Einleitung

II. Der qualifizierte Mietspiegel als Gegenstand einer Normenkontrolle

1. Mietspiegel als Verwaltungsvorschrift?
2. Mietspiegel als Rechtssatz eigener Art?

III. Die Rechtsnatur des Streits um einen qualifizierten Mietspiegel

1. Das „alte“ Mietspiegel-Urteil des BVerwG
2. Die „neue“ Rechtslage
 - a) Mietspiegelerstellung als hoheitliche Aufgabenwahrnehmung Privater?
 - aa) Interessenvertreter der Vermieter und Mieter als Beliehene?
 - bb) Rückschluss aus den Rechtswirkungen eines qualifizierten Mietspiegels?
 - cc) Bedenken gegen den gesetzlichen Bezug auf private Standards
 - b) Hoheitliches oder privatrechtsgestaltendes Verwaltungshandeln der Kommune?
 - aa) Die Funktion des gemeindlichen Anerkenntnisses eines Mietspiegels
 - bb) Der privatrechtliche Regelungszusammenhang
 - cc) Zum Vergleich: Die Tätigkeit der Gutachterausschüsse
 - c) Das gemeindliche Anerkenntnis als öffentlich-rechtlicher Streitgegenstand?
 - aa) Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch den Mietspiegel
 - bb) Rechtsschutzbedürfnis des Vermieters
 - cc) Grenzen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes

IV. Fazit

I. Einleitung

Die deutsche Rechtsordnung ist zweigeteilt, und konsequenterweise ist auch der Rechtsweg grundsätzlich aufgespalten. Die Grenzlinie zwischen den Rechtsgebieten ist gut befestigt und ihr Verlauf seit Jahrtausenden Forschungsgegenstand¹. Entsprechend der Souveränität der Rechtsgenossen existiert je eine eigene Kultur. Zwar gibt es Grenzübergänge, man denke an Verwaltungshandeln in Privatrechtsformen oder die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Bürgerlichen Recht, doch wird jeder Grenzverkehr mit Argwohn beobachtet. So hat sich jeder Rechtschaffene eingerichtet. Bisweilen aber werden aus der Tiefe der Rechtsordnung Funde gehoben, deren Natur der Aufklärung bedarf. Scheinen sie vor allem Arbeit zu verursachen, ist jede Seite geneigt, sie hinüberschieben; versprechen sie einen Schatz zu bergen, reklamiert man sie für sich. Jeweils führen Wissenschaftler gelassen das große Wort, müssen sie auch manchmal erst von den Gerichten zum Forum getragen werden. Jüngst vergrub der Gesetzgeber im Niemandsland den sog. qualifizierten

* Es handelt sich um das mit Anmerkungen versehene Manuskript des Vortrags, den Verf. auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2003 in Dortmund gehalten hat.

¹ vgl. den Satz der römischen Juristen *Ulpian* (170-228 n.Chr.): *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*; zitiert nach *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 3 Rn.15.

Mietspiegel. Rasch sprang der Funke divergierender Gerichtsentscheidungen auf die Wissenschaft über und entzündete dort eine Diskussion um den Rechtsschutz gegen diese Form des Mietspiegels. Hieran will ich mich heute als Öffentlich-Rechtler beteiligen, was ich bitte nicht als Wilderei in fremden Revieren, sondern als Schlichtungsversuch in einer Grenzstreitigkeit anzusehen bitte.

II. Der qualifizierte Mietspiegel als Gegenstand einer Normenkontrolle

§ 558a II Nr.3 BGB nennt diejenige Begründungsmöglichkeit für ein Mieterhöhungsverlangen, von der in der Praxis wohl am häufigsten Gebrauch gemacht wird: den Bezug auf einen Mietspiegel². Während § 558c BGB den sog. einfachen Mietspiegel in bekannter und bewährter Manier regelt, schafft § 558d BGB ein neues Rechtsinstitut. Nun soll es hier nicht um Sinn und Unsinn dieses Instruments oder die rechtstatsächlichen Voraussetzungen dafür gehen, einen Mietspiegel zum „qualifizierten“ zu adeln. Das Thema ist der Frontalangriff auf den qualifizierten Mietspiegel selbst, und zwar auf dem Verwaltungsrechtsweg. Der Klageantrag könnte beispielsweise lauten „festzustellen, dass der Mietspiegel 2002 der Stadt D keinen qualifizierten Mietspiegel im Sinne des § 558d BGB, sondern nur einen einfachen Mietspiegel im Sinne des § 558c BGB darstellt“, oder „den Mietspiegel der Stadt D als qualifizierten Mietspiegel im Sinne des § 558d BGB für ungültig zu erklären“³.

Die Idee, die hinter einem verwaltungsprozessualen Angriff auf einen Mietspiegel steht, ist die der Normenkontrolle im Sinne des § 47 I Nr.2 VwGO: Über die Gültigkeit des Mietspiegels soll ein für allemal und inter omnes entschieden werden. Der Grund dafür liegt in der Beweisfunktion des qualifizierten Mietspiegels im Prozess auf Zustimmung zur verlangten Mieterhöhung: Nach der Regel des § 558d III BGB wird vorbehaltlich der Einhaltung der Vorschrift des Abs.2 vermutet, „dass die im qualifizierten Mietspiegel bezeichneten Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben“.

1. Mietspiegel als Verwaltungsvorschrift?

Nach § 47 I Nr.2 VwGO entscheidet das OVG über die Gültigkeit „von anderen im Rang unter dem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, sofern das Landesrecht dies bestimmt“. In Nordrhein-Westfalen fehlt es bereits an einer landesgesetzlichen Kontrollöffnung. Wo sie besteht, muss es sich beim Antragsgegenstand um (öffentlich-rechtliche) Rechtsvorschriften, das heißt: abstrakt-generelle Regelungen mit Außenwirkung, handeln. Die Statthaftigkeit der Normenkontrolle ist nicht an den Begriff der Rechtsverordnung oder der Satzung gebunden. Diese sind die häufigsten, aber nicht die einzigen Gegenstände der Normenkontrolle. So gilt § 47 VwGO auch für Normen besonderer Art, die Rechtswirkung entfalten, ohne dass ihre exakte Rechtsnatur geklärt ist⁴. Den Rechtsatzkategorien des öffentlichen Rechts ließe sich der qualifizierte Mietspiegel deshalb unter Umständen auch zuordnen, wenn man ihn als Verwaltungsvorschrift auffassen könnte. Im Zusammenhang des § 47 I Nr.2 VwGO stellt sich die bedeutsame Frage, ob es sich um eine norminterpretierende oder eine normkonkretisierende bzw. normergänzende Verwaltungsvorschrift handelt⁵. Insofern ist entscheidend, dass der abstrakt-generelle Hoheitsakt für sich den Anspruch auf Verbindlichkeit erhebt. Eine sich selbst erkennbar keine Verbindlichkeit beilegende Maßnahme setzt selbst

² zur Bedeutung von Mietspiegeln s. *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.18ff.; zu den Motiven für die Einführung des qualifizierten Mietspiegels auch *Rips*, WuM 2002, S.415f.

³ vgl. die Anträge der Klagen zum VG Minden - 392/02M08 -, und zum VG Schwerin; ähnlich auch schon die Klageanträge in BVerwG, NJW 1996, S.2046.

⁴ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 1998, § 19 Rn.19.

⁵ s. *Ziekow*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, Loseblatt-Ausgabe Stand 12/2001, § 47 Rn.119; ferner BVerwG, DVBl. 1994, S.430.

kein Recht und kann kaum eine Vielzahl von Streitigkeiten hervorrufen⁶.

Zu den Essentialia einer Verwaltungsvorschrift gehört, dass sie „durchweg an nachgeordnete Behörden oder Bedienstete adressiert“ ist, die kraft Geschäftsleitungs- und/oder Organisationsgewalt der vorgesetzten Stelle an diese Rechtssätze gebunden sind⁷. Ungeachtet der Differenzierung zwischen norminterpretierenden und normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften fehlt in Bezug auf einen Mietspiegel bereits der Adressat einer Innenwirkung. Es gibt kein Verwaltungsrechtsverhältnis, das durch den Mietspiegel näher ausgestaltet wird⁸. Vielmehr wirkt der Mietspiegel ausschließlich in das private Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter hinein. Die gegebenenfalls an den Mietspiegel gebundenen Gerichte stehen gleichermaßen außerhalb der Verwaltungshierarchie. Abstrakt-generelle Regelwerke, die nicht primär oder überhaupt keine Innenwirkung für den Bereich der Exekutive besitzen, können aber nicht als Verwaltungsvorschriften qualifiziert werden⁹.

2. Mietspiegel als Rechtssatz eigener Art?

Nun ist es nicht ausgeschlossen, dass es neben Rechtsverordnung, Satzung und Verwaltungsvorschrift eine „vierte Kategorie“ öffentlich-rechtlicher Rechtssätze gibt und der Mietspiegel hinzugehört. Im rechtstheoretischen Sinne ist Rechtssatz der geschriebene oder ungeschriebene Ausdruck jeder auf das äußere Verhalten von Menschen bezüglichen abstrakten und generellen Anordnung (Norm), die mit dem Anspruch auftritt, verbindlich zu sein. Rechtssätze sind ferner die mit derartigen Anordnungen zusammenhängenden definitorischen oder sie sonstwie ergänzenden Sätze¹⁰.

Zwar enthält ein (qualifizierter) Mietspiegel abstrakt-generelle Angaben. Auch entfaltet er durch § 558d III BGB i.V.m. § 292 ZPO einer Rechtsnorm vergleichbare Außenwirkung; sie wird durch die Mitteilungsverpflichtung des Vermieters gegenüber dem Mieter nach § 558a III BGB sogar erzwungen¹¹: Enthält ein qualifizierter Mietspiegel Angaben für eine bestimmte Wohnung, deren Miete der Vermieter im gesetzlichen Mieterhöhungsverfahren erhöhen will, so hat der Vermieter diese Angaben in seinem Mieterhöhungsverlangen auch dann mitzuteilen, wenn er die Mieterhöhung auf ein anderes Begründungsmittel stützt¹². Infolgedessen ist ein qualifizierter Mietspiegel zwar nicht rechtlich bedeutungslos, sondern als Element der rechtlichen Beurteilung im Rahmen anderer Vorschriften von erheblicher Tragweite. Aus sich selbst heraus entfalten die Werte aber keine rechtlichen Wirkungen. Dies geschieht vielmehr immer nur durch Vermittlung bestimmter

⁶ Ziekow, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, Loseblatt-Ausgabe Stand 12/2001, § 47 Rn.98; BVerwG, NVwZ 1988, S.1119 (1120); 1991, S.262 (263).

⁷ *Ossenbühl*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 6 Rn.43.

⁸ Die Erwägungen des BVerwG, NJW 1996, S.2046 (2047f.), ob es sich beim einfachen Mietspiegel um eine gutachtliche, norminterpretierende oder normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift handelt, verbieten sich also.

⁹ *Huber*, ZMR 1992, S.449 (470), sieht Mietspiegel dennoch ausdrücklich als normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften an. Dabei verkennt er, dass die beispielhaft genannten Verwaltungsvorschriften aus dem Umweltrecht - im Gegensatz zu Mietspiegeln - jedenfalls auch unmittelbare Steuerungswirkung in einem Genehmigungsverfahren entfalten (ebd., S.471f.) und die gesetzliche Bezugnahme auf einen Mietspiegel nicht gleichbedeutend mit Innenwirkung einer Verwaltungsvorschrift ist (ebd., S.474).

¹⁰ *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 24 Rn.16.

¹¹ *Mersson*, ZMR 2002, S.806 (809), der daraus ableitet, die Außenwirkung eines qualifizierten Mietspiegels sei sogar größer als die der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 558ff. BGB selber.

¹² Fehlt diese Mitteilung, ist das Mieterhöhungsverlangen formell unwirksam, LG München I, NJW 2002, S.2885.

Tatbestandsmerkmale in anderen Normen, für deren Anwendung die Darstellungen des Mietspiegels als Tatsachen eine Rolle spielen. Verbindlichkeit zeitigt ein qualifizierter Mietspiegel eben nur über § 558d III BGB¹³.

Mangels eigenständiger Bindungswirkung stellt der Mietspiegel - qualifiziert oder nicht - keinen Rechtssatz dar, sondern eine statistisch aufbereitete Sammlung von Vergleichsmieten, und enthält dabei auch Elemente eines Sachverständigengutachtens in Gestalt der Bewertung von Tatsachen. Der Mietspiegel entspricht einer Auskunft, die neben der zusammenfassenden Mitteilung von Einzel-tatsachen auch gutachterliche Äußerungen beinhaltet¹⁴. Vom Gesetzgeber hätte ohne weiteres vorgesehen werden können, zumindest den kommunalen Mietspiegel als Rechtsverordnung oder Satzung auszugestalten¹⁵. Möglich wäre es auch gewesen vorzusehen, dass für den Fall voneinander abweichender Entscheidungen über die Anwendbarkeit eines Mietspiegels ein Rechtsentscheid des OLG herbeigeführt werden kann. Dass diese Optionen nicht genutzt worden sind, zeigt, dass die Überprüfung des Mietspiegels nur im Wege der Inzidentprüfung zulässig sein soll.

III. Die Rechtsnatur des Streits um einen qualifizierten Mietspiegel

Die Tatsache, dass ein qualifizierter Mietspiegel nicht die Eigenschaft eines Rechtssatzes aufweist, bedeutet zunächst nur, dass eine prinzipale Normenkontrolle nicht in Betracht kommt. Die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges durch die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO bewirkt nämlich, dass Rechtsschutz gegen hoheitliche Handlungen oder Unterlassungen grundsätzlich unabhängig von der Rechtsform des Handelns gewährleistet ist. Insbesondere die Qualifizierung einer Maßnahme als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 BVwVfG wirkt nicht mehr rechtsschutzeröffnend, sondern nur noch klageartbestimmend¹⁶. Diese Absage an das traditionelle Enumerationsprinzip, das für den Zugang zum BVerfG nach wie vor gilt (vgl. § 13 BVerfGG), entspricht dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes gegen Rechtsverletzungen der öffentlichen Gewalt aus Art.19 IV GG¹⁷. Daraus folgt, dass eine Klage nur wegen der Wahl einer unstatthaften Klageart nicht als unzulässig zurückgewiesen werden darf. Wählt der Kläger die falsche Klageart, so hat das Gericht zunächst durch Auslegung und gegebenenfalls durch Umdeutung, zumindest jedoch durch einen konkreten Hinweis nach § 86 III VwGO auf die statthafte Klageart hinzuwir-

¹³ Unschärf hinsichtlich der Rechtsform *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.10: „Auf Grund der Rechtsfolgen, die die Qualifizierung hat, kommt dem Akt schon Rechtssetzungscharakter zu. Dies gilt auch für die nachträgliche Qualifizierung alter Mietspiegel. Möglich ist aber, dass der qualifizierte Mietspiegel in diesem Fall von den Interessenverbänden anerkannt worden ist.“ - Was bedeutet „schon Rechtssetzungscharakter“? Welche Rolle spielt dafür die alternative Möglichkeit der Anerkennung durch private Interessenverbände?

Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. 2002, § 558d Rn.42f., leitet den Charakter als „Akt der Rechtssetzung“ auch aus der besonderen Überleitungsvorschrift des Art.229 § 3 V 1 EGBGB her, wonach nur und allein die Gemeinde einen bereits erstellten Mietspiegel zu einem qualifizierten erheben kann.

¹⁴ i.d.S. *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.16; ähnlich schon BVerwG, NJW 1996, S.2046 (2047); BayVG, ZMR 1994, S.81 (84f.).

¹⁵ *Storr*, ZMR 1996, S.453 (455), und *Haber*, NZM 2001, S.305 (315), plädieren daher für die Einfügung eines § 47 I Nr.3 VwGO, um die Überprüfung des Mietspiegels durch eine abstrakte Normenkontrolle zu ermöglichen.

¹⁶ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 9 Rn.38; *Stern*, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 8. Aufl. 2000, Rn.71. Dass der Verwaltungsakt seit Inkrafttreten der VwGO im Jahre 1960 seine spezifische Rechtsschutzfunktion verloren hat, ist heute - nach einigem Hin und Her - auch in der Rechtsprechung anerkannt, vgl. BVerwGE 60, 144 (148f.); 77, 268 (274f.).

¹⁷ vgl. BVerfGE 22, 106 (110); 58, 1 (40); *Huber*, JZ 1996, S.893 (894).

ken¹⁸.

1. Das „alte“ Mietspiegel-Urteil des BVerwG

Vergegenwärtigt man sich, dass die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs lediglich einen öffentlich-rechtlichen Streitgegenstand und die Zulässigkeit der Klage vor allem die Geltendmachung einer Rechtsverletzung des Klägers voraussetzt, so scheint das Urteil des BVerwG zum Mietspiegel nach alter Rechtslage einen Rückfall in die Zeiten des Enumerationsprinzips darzustellen, weil es Rechtsschutz grundsätzlich nur nach Maßgabe der in der VwGO enthaltenen Klagearten gewähren will¹⁹. Darin liegt eine verfassungswidrige Umkehrung des Ranges von Art.19 IV GG und des einfachen Gesetzgebers: Wenn die Verfassung lückenlosen Rechtsschutz in Verwaltungsrechtssachen gebietet²⁰, kann das Gesetz nur noch die Art und Weise des Rechtsschutzes regeln, nicht aber die Gewährung vom Vorhandensein einer entsprechenden Klageart abhängig machen. Die Anfechtungsklage gegen den städtischen Mietspiegel mag also mangels Regelungswirkung des Mietspiegels, dem damit die Qualität eines Verwaltungsakts fehlt, unstatthaft sein; Rechtsschutz ist dann jedoch im Wege der allgemeinen Gestaltungsklage, wenn man sie anerkennt, ansonsten mittels Leistungsklage auf Abänderung, jedenfalls aber über die Feststellungsklage zu gewähren²¹.

Auf einem ganz anderen Blatt steht, dass die konkrete Klageart unter Umständen nicht statthaft ist oder dem Kläger die Klagebefugnis fehlen kann. Hier liegt der Ansatz, mit dem das BVerwG zum Ergebnis gelangen musste. Auf den systematisch der Zulässigkeit der Klage vorangehenden Prüfungspunkt, ob überhaupt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, konnte das BVerwG wegen § 17a V GVG nicht mehr ausdrücklich eingehen. In der Sache kreisen die Erwägungen des BVerwG indes um diese Frage: Im Zusammenhang mit der Prüfung eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses hat das BVerwG das Fehlen einer öffentlich-rechtlichen Norm konstatiert: „Ob die ortsüblichen Vergleichsmieten richtig ermittelt wurden, ist keine dem öffentlichen Recht zuzuordnende Frage. Das Gesetz zur Regelung der Miethöhe enthält nicht öffentlichrechtliche Mietpreisvorschriften. Es regelt in Ergänzung des privaten Mietrechts die zivilrechtlichen Befugnisse des Vermieters zur Mieterhöhung“²². Die in Richtung auf die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete an einen kommunalen Mietspiegel zu stellenden Anforderungen ergäben sich folglich ausschließlich aus dessen zivilrechtlicher Zweckbestimmung und Funktion im Rechtsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter²³. Mit Ausnahme des § 558c IV 1 BGB regeln die §§ 557ff. BGB ausschließlich die Rechtsverhältnisse zwischen Privatrechtssubjekten und sind somit Teil des Privatrechts²⁴. Dass diese Argumentation des BVerwG unter falscher Bezeichnung firmiert, schadet ja bekanntlich nicht. In der aktuellen Diskussion gilt es, den Fokus unmittelbar hierauf zu richten.

¹⁸ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 1998, § 13 Rn.1f.; *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2000, Rn.171.

¹⁹ s. BVerwG, NJW 1996, S.2046: „Rechtsschutz wird aber nur nach Maßgabe der in der VwGO selbst bezeichneten oder aufgrund der Verweisung in § 173 VwGO auf die ZPO statthaften Klagearten und sonstigen Rechtsbehelfe gewährt“.

²⁰ *Stern*, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 8. Aufl. 2000, Rn.68.

²¹ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 1998, § 13 Rn.4.

²² BVerwG, NJW 1996, S.2046.

²³ BVerwG, NJW 1996, S.2046.

²⁴ so zu § 2 V MHG BayVG, ZMR 1994, S.81 (83), im Anschluss an *Schmidt-Futterer/Blank*, Wohnraumschutzgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 1988, Erl. zu § 2 MHG, C 156, der wegen des öffentlich-rechtlichen Charakters des § 2 V MHG von einer dem ansonsten privatrechtlichen MHG sachfremden Regelung spricht.

2. Die „neue“ Rechtslage

Voraussetzung für die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges ist gemäß § 40 I 1 VwGO eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Sie liegt vor, wenn sich der Streitgegenstand als unmittelbare Folge des öffentlichen Rechts darstellt²⁵. Maßgebend ist die wahre Natur des im Sachvortrag des Klägers behaupteten Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird²⁶. Geklärt werden muss mithin, ob die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind²⁷.

a) Mietspiegelerstellung als hoheitliche Aufgabenwahrnehmung Privater?

§ 558d I BGB lässt das Anerkenntnis sowohl der Interessenvertreter der Vermieter und der Mieter gemeinsam als auch der Gemeinde je für sich für das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels ausreichen, vorausgesetzt, der Mietspiegel ist zudem nach wissenschaftlich anerkannten Grundsätzen erstellt worden. Wenn das öffentliche Recht der Inbegriff derjenigen Rechtssätze ist, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt der Staat oder ein anderer Träger öffentlicher Gewalt ausschließlich²⁸ beziehungsweise als solcher, das heißt in seiner Eigenschaft als Hoheitsträger ist²⁹, dann begegnet es Bedenken, § 558d BGB als öffentlich-rechtliche Vorschrift einzuordnen: Zum einen berechtigt die Norm nicht nur den Staat, sondern gleichrangig private Vereinigungen; zum anderen liegt der Sinn der Ermächtigung der Gemeinden ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs eines Mietrechtsreformgesetzes weniger in der Hoheitsgewalt der Gemeinden als vielmehr darin begründet, dass dadurch sichergestellt werden soll, dass ein qualifizierter Mietspiegel von der Praxis akzeptiert wird³⁰.

Spricht prima facie damit alles gegen die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, so nimmt es wunder, dass die zivilrechtliche Literatur überwiegend von einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle eines qualifizierten Mietspiegels ausgeht³¹. Begründungen dafür sind allerdings rar, und das nicht ohne Grund.

aa) Interessenvertreter der Vermieter und Mieter als Beliehene?

Immerhin sollen die Gemeinden nach § 558c IV 1 BGB Mietspiegel erstellen, so dass insoweit von einer kommunalen Aufgabe gesprochen werden kann. Da die Norm ausschließlich die Gemeinden in Bezug nimmt, ist sie dem öffentlichen Recht zuzuordnen³². Jedoch fehlt es an einer zwingenden Mitwirkung der Gemeinde an der Erstellung ebenso wie an der Anerkennung eines von Seiten der Interessenvertreter erstellten Mietspiegels. Während der Regierungsentwurf noch das Anerkenntnis

²⁵ BVerwGE 38, 1 (4f.).

²⁶ GmS-OGB, NJW 1986; S.2359; BVerwG, NJW 1994, S.2909.

²⁷ Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl. 2000, § 5 Rn.21.

²⁸ Wolff, AöR 76 (1950/51), S.205 (207ff.).

²⁹ Bachof, in: FG BVerwG, 1976, S.1 (9ff.); Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 22 Rn.27; Stern, Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 8. Aufl. 2000, Rn.74; Ehlers, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 2 Rn.26ff.

³⁰ BT-Drucks. 14/4553, S.57; a.A. ohne Begründung Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.15.

³¹ Weidenkaff, in: Palandt, BGB, Kommentar, 62. Aufl. 2003, § 558d Rn.7; Meresson, ZMR 2002, S.806 (809): „uneingeschränkte verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit“; Hinz, NZM 2001, S.264 (269); Börstinghaus, NZM 2000, S.583 (592); Löwe, NZM 2000, S.577 (583); wohl auch Emmerich, NZM 2001, S.777 (780); Gather, DWW 2001, S.192 (194).

³² Lammel, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. 2002, § 558c Rn.24; Storr, ZMR 1996, S.453 (454); BayVGH, ZMR 1994, S.81 (83): „Aufgabe der Daseinsvorsorge“.

sowohl der Gemeinde als auch der Interessenvertreter von Vermietern und Mietern vorsah, ist diese Voraussetzung zugunsten einer Alternativität in den Beratungen im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages geändert worden³³. Ein qualifizierter Mietspiegel kann folglich auch ohne Mitwirkung eines Verwaltungsträgers wirksam zustande kommen³⁴.

Erstellt und/oder anerkennt die Gemeinde den Mietspiegel nicht, kann ein Streit um seine Gültigkeit wegen der handelnden Privatrechtssubjekte grundsätzlich keinen öffentlich-rechtlichen Charakter haben. Etwas anderes könnte ausnahmsweise dann anzunehmen sein, wenn die Interessenvertreter von Vermietern und Mietern durch § 558d BGB mit hoheitlicher Gewalt beliehen worden wären³⁵. Beliehene sind Privatpersonen, die mit der hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut sind³⁶, das heißt befugt sind, Staatsaufgaben in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts selbständig wahrzunehmen³⁷. Die Beleihung muss - als Übertragung von Hoheitsrechten - durch Gesetz oder auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erfolgen. Sie begründet ein öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis zwischen dem beleihenden Verwaltungsträger und dem Beliehenen, das durch das zugrunde liegende Gesetz und den konkreten Beleihungsakt näher bestimmt wird. Der Beliehene ist zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Verwaltungsaufgaben berechtigt und verpflichtet, hat eventuell finanzielle Erstattungsansprüche und unterliegt der Aufsicht des Beleihenden³⁸.

Man kann vorliegend bereits zweifeln, ob die gesetzliche Bezugnahme auf die Interessenvertreter der Vermieter und Mieter hinreichend bestimmt ist, um Grundlage einer rechtmäßigen Beleihung sein zu können, oder ob es hierfür nicht eines konkreten Beleihungsakts bedürfte. Ausschlaggebendes Kriterium für eine Beleihung ist jedenfalls die Berechtigung zum Einsatz des von Rechts wegen ausschließlich dem Staat vorbehaltenen öffentlich-rechtlichen Instrumentariums³⁹. Ohne diese gesetzlich übertragenen Befugnisse handelt es sich schon tatbestandlich nicht um eine Beleihung; staatliches Interesse an einer bestimmten Betätigung privater Personen macht diese Betätigung noch nicht zu einer staatlichen⁴⁰.

Für sich betrachtet, ist die Erstellung eines Mietspiegels indes kein der Staatsgewalt vorbehaltenes Handeln; vielmehr ist es ohne weiteres zulässig, aufgrund privater Initiative einen Mietspiegel zu erstellen. Ob staatliche und private Mietspiegel einen unterschiedlichen Beweiswert haben, ist eine nachrangige Frage, die gegebenenfalls die Gerichte zu entscheiden haben. In diesem Sinne knüpft das Gesetz an die bestehende Rechtspraxis an. Es nimmt die Interessenvertreter insoweit auch nicht weiter in die Pflicht, sondern überlässt die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe ihrem Ermes-

³³ zur Entwicklung des Gesetzesvorschlags *Börstinghaus*, NZM 2000, S.1087 (1088f.), und *ders.*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.62ff.

³⁴ Nach alter Rechtslage sollte dann, wenn es in einer Stadt mehrere Mietervereine gibt, von denen einer den Mietspiegel anerkennt, der andere aber nicht, sogar die Zustimmung des einen ausreichen, OLG Hamm, ZMR 1991, S.22 (23f.). *Mersson*, ZMR 2002, S.806 (807), fragt mit Recht, ob diese Rechtsprechung ohne weiteres auf den qualifizierten Mietspiegel wegen der daran anknüpfenden besonderen Rechtsfolgen übertragen werden könne.

³⁵ so ohne Begründung *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. 2002, § 558d Rn.22.

³⁶ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 23 Rn.56.

³⁷ *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 54 Rn.24.

³⁸ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 23 Rn.58.

³⁹ *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 54 Rn.24; instruktiv B-VerwG, NJW 1981, S.2482ff.

⁴⁰ *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 54 Rn.27.

sen. Statt dessen statuiert der Gesetzgeber für einen qualifizierten Mietspiegel weitere Rechtsfolgen. Eine Beleihung könnte daher nur dann anzunehmen sein, wenn diese Rechtswirkungen zwingend einen Hoheitsakt voraussetzen, wenn ein qualifizierter Mietspiegel also öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein muss, um Grundlage der Vermutung des § 558d III BGB sein zu können.

bb) Rückschluss aus den Rechtswirkungen eines qualifizierten Mietspiegels?

Nach der alten Rechtslage stellte der Mietspiegel nur ein formelles Begründungsmittel für Mieterhöhungsverlangen dar, das weder exklusiv war, noch im Prozess das Gericht band. Vielmehr hatte es die vom Vermieter gewählte Begründung wie den gesamten Parteivortrag nach § 286 I ZPO frei zu würdigen. Insbesondere musste das Zivilgericht die Eignung eines kommunalen Mietspiegels sowohl zur Begründung des Mieterhöhungsverlangens als auch zum Nachweis der ortsüblichen Vergleichsmiete beurteilen. Da der Mietspiegel kein Beweismittel im Sinne der ZPO war und das Gesetz auch keine Vermutung im Sinne des § 292 ZPO aufstellte, dass ein Mietspiegel die ortsübliche Vergleichsmiete tatsächlich wiedergibt, war allein der Tatrichter zur Feststellung berufen, ob und wie er den kommunalen Mietspiegel als Hilfsmittel bei seiner Überzeugungsbildung zu der ihm materiell-rechtlich aufgegebenen vergleichenden Bewertung heranzieht⁴¹.

Unverändert kann das nunmehr für den einfachen Mietspiegel gelten. Der Beweiswert des qualifizierten Mietspiegels ist durch § 558d III BGB erhöht worden: Während bislang die Zivilgerichte den unbestimmten Gesetzesbegriff der ortsüblichen Vergleichsmiete ausfüllten, ist diese Aufgabe auf die Gemeinden sowie die privaten Interessenvertreter von Vermietern und Mietern delegiert, indem dem von ihnen anerkannten Mietspiegel - vorbehaltlich weiterer Voraussetzungen - Bindungswirkung auch für das Gericht verliehen wird. Allein aus dieser gesetzlichen Vermutung wird überwiegend auf die verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit und das heißt die öffentlich-rechtliche Rechtsform des Mietspiegels geschlossen⁴².

Diese Argumentation, die einfach den Umkehrschluss aus dem „alten“ Mietspiegel-Urteil des BVerwG zieht, übersieht, dass es dem BVerwG in Wahrheit darum ging, die Klage als unzulässig abzuweisen, weil es den Rechtsstreit als zivilrechtlich klassifizierte. Da ihm dieser Weg aber prozessrechtlich verbaut war, musste es auf Umwegen zum Ziel gelangen, und eines dieser Hilfsmittel stellte die Relevanz des einfachen Mietspiegels im Zivilprozess dar. Selbst wenn der gesteigerte Beweiswert des qualifizierten Mietspiegels nicht mehr zuließe, ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis abzulehnen, wäre damit für die Frage seiner Rechtsnatur nicht gewonnen.

Dagegen, dass eine gesetzliche Vermutung an einen öffentlich-rechtlichen Umstand anknüpfen muss, sprechen bereits die anderen Anwendungsfälle des § 292 ZPO. Es ist dem Gesetzgeber vorbehalten zu entscheiden, aus welcher tatbestandsfremden Ausgangstatsache auf das Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals geschlossen wird⁴³. An anderer Stelle - selbst in eindeutig öffentlich-rechtlichen Regelungszusammenhängen - bedient sich das Gesetz sogar privater Standardsetzungen zur unwiderleglichen Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe. So ermächtigt etwa § 7 V BImSchG ausdrücklich zum Verweis „auf jedermann zugängliche Bekanntmachungen sachverständ-

⁴¹ BVerwG, NJW 1996, S.2046f.

⁴² *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.17, postuliert ohne weitere Begründung, dass der qualifizierte Mietspiegel anders zu beurteilen sei und deshalb einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliege; ebenso *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. 2002, § 558d Rn.35.

⁴³ zur Frage, ob § 558d III BGB eine gesetzliche Tatsachen- oder Rechtsvermutung darstellt, *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.106.

diger Stellen“ und nimmt § 35h I StVZO Bezug auf DIN-Normen. Im übrigen ist es keineswegs ungewöhnlich, zur Konkretisierung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs auf private Regelwerke zurückzugreifen⁴⁴. So hat der BGH zur Heranziehung von DIN-Normen ausgeführt, dass es sich dabei zwar nicht um mit Drittwirkung versehene Normen im Sinne hoheitlicher Rechtssetzung, sondern um auf freiwillige Anwendung ausgerichtete Empfehlungen des „DIN Deutschen Instituts für Normung e.V.“ handle; sie spiegelten jedoch den Stand der für die betroffenen Kreise geltenden anerkannten Regeln der Technik wieder und seien somit zur Bestimmung des nach der Verkehrsauffassung zur Sicherheit Gebotenen in besonderer Weise geeignet⁴⁵.

Die Wirkung eines qualifizierten Mietspiegels bedingt also nicht die Notwendigkeit hoheitlichen Tätigwerdens der Interessenvertreter der Vermieter und Mieter bei der Mietspiegelerstellung bzw. Anerkennung. Aus der gesetzlichen Vermutung gemäß § 558d III BGB kann nicht auf die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur des Mietspiegels geschlossen werden⁴⁶. Folglich fehlt es insoweit an einer Beleihung; Zulässigkeitsfragen können daher dahinstehen. Wenn die Gemeinde am Zustandekommen des qualifizierten Mietspiegels nicht mitwirkt, besitzt dieser mithin nur privatrechtlichen Charakter.

cc) Bedenken gegen den gesetzlichen Bezug auf private Standards

Falls ein qualifizierter Mietspiegel allein durch die Interessenvertreter der Vermieter und Mieter erstellt wird, liegt ein (privatrechtlicher) „Akt der Rechtssetzung“ vor⁴⁷. Dadurch werden die - nicht zuletzt verfassungsrechtlich aufgeladenen - Fragen um eine Privatisierung der Legislativfunktion aufgeworfen. Zwar ist die private Standardsetzung seit längerem aus dem Umwelt- und Technikrecht, seit kurzem auch aus dem Bilanzrecht (§ 342 HGB) bekannt. Die besondere demokratische Verantwortung, die das Grundgesetz dem unmittelbar volkslegitimierten Gesetzgeber zwingend und unaufgebbar auferlegt, fordert jedoch zum einen eine Steuerung des Privatgremiums durch materiell-rechtliche Vorgaben. Zum anderen lassen sich als Elemente der prozeduralen Steuerung die Sorge des Gesetzgebers für die Besetzung des Gremiums, für das von diesem anzuwendende Verfahren, für die Finanzierung seiner Arbeit sowie für die rechtliche Überprüfung und Anerkennung der Gremientätigkeit ausmachen⁴⁸. In jeder Hinsicht erweist sich die gesetzliche Regelung des qualifizierten Mietspiegels als problematisch⁴⁹.

Der Anspruch des Vermieters auf die ortsübliche Vergleichsmiete stellt sich als vermögenswertes Recht im Sinne des Art. 14 I 1 GG dar, die Regelungen zur Mieterhöhung, die der Gesetzgeber im Interesse der Mieter geschaffen hat, bilden insoweit Inhalts- und Schrankenbestimmungen. Soweit der Gesetzgeber die Konkretisierung des (grundrechtlichen) Ausgleichs zwischen Mietern und Vermietern am Maßstab der ortsüblichen Vergleichsmiete nicht allein den Gerichten überlassen hat, sondern auch Gemeinden und private Vereine zur Mitwirkung an den verfahrensrechtlichen Kaute-

⁴⁴ so etwa zur Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs gemäß § 276 I 2 BGB: DIN-Normen (BGHZ 103, 338 [341f.]; 139, 16 [19f.]; OLG Karlsruhe, VersR 1984, S.1174 [1175]), Richtlinien des Spitzenverbandes der Banken (OLG Köln, NJW 1990, S.2261 [2262]) oder Sportregeln (BGHZ 58, 40 [43f.]).

⁴⁵ BGHZ 103, 338 (241f.); BGH, VersR 1987, S.783 (784); 1980, S.380 (382).

⁴⁶ so aber *Storr*, ZMR 1996, S.453 (454).

⁴⁷ *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. 2002, § 558d Rn.20, spricht insoweit von einer „Rechtsvereinbarung, aus der für eine Vielzahl von Fällen für Dritte Rechtswirkungen erwachsen“.

⁴⁸ instruktiv *Hommelhoff/Schwab*, in: FS Kruse, 2001, S.693 (699ff.), am Beispiel der „Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung“ im Sinne des § 243 I HGB.

⁴⁹ Diese Bedenken deutet *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. 2002, § 558d Rn.36, an, ohne sie auszuräumen.

len eines Mieterhöhungsverlangens berufen hat, muss gewährleistet sein, dass der Anspruch des Vermieters auf Durchsetzung der gesetzlich zulässigen Miete nicht weiter verkürzt oder erschwert wird. Es ist daher sicherzustellen, dass bei der Aufstellung eines Mietspiegels nicht die gesetzlich als Trennlinie zwischen den kollidierenden (Grund-)Rechtsinteressen fungierende ortsübliche Vergleichsmiete verfehlt wird⁵⁰. Darüber hinaus vermag ein Mietspiegel Bedeutung im Rahmen eines Bußgeldverfahrens nach § 5 WiStrG zu entfalten, wodurch Grundrechte des Vermieters aus Art. 2 I und 103 II GG beeinträchtigt werden können. Folglich ist auch insofern von Gesetzes wegen dafür Sorge zu tragen, dass Mietspiegel innerhalb des durch das Gesetz eingeräumten Gestaltungsspielraums durch dieselben grundrechtlichen Direktiven geprägt werden, wie sie für das Gesetz selbst maßgeblich sind⁵¹.

Während die Gemeinde unmittelbar grundrechtsgebunden ist, bedarf die kongruente Bindung Privater der näheren gesetzlichen Ausgestaltung⁵². Das betrifft einerseits Vorgaben für die anzuwendenden Standards und andererseits bezüglich der privaten Mietspiegelersteller. Dagegen fehlen über die §§ 558c und 558d BGB hinausgehende Verfahrensregelungen. Eine Mietspiegelverordnung aufgrund der Rechtsgrundlage des § 558c V BGB ist bislang nicht erlassen worden. Einzig existieren rechtlich unverbindliche „Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln“, die das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen im Sommer 2002 veröffentlicht hat. „Die Broschüre kann nur eine Orientierungshilfe bieten“, heißt es zutreffend im Vorwort⁵³. Über die Tatsache hinaus, dass der private Rechtsakt in Gestalt eines Mietspiegels nicht von einem demokratisch legitimierten Organ erarbeitet oder jedenfalls erlassen wird, handelt es sich um eine - grundsätzlich unzulässige - dynamische Verweisung, weil sein Inhalt jederzeit geändert werden kann und nach § 558d II BGB sogar turnusgemäß angepasst werden muss, wenn die Vermutungsregel des § 558d III BGB anwendbar bleiben soll⁵⁴.

Diesen verfassungsrechtlichen Einwänden hinsichtlich der Einbeziehung Privater in die staatliche Rechtssetzungsbefugnis kann man sich nicht durch eine Unterscheidung zwischen gemeindlichen Mietspiegeln einerseits und privaten Mietspiegeln andererseits entziehen, weil sie das Gesetz nicht vorsieht. Vielmehr kommt beiden Typen dieselbe Wirkung zu⁵⁵. Ob die Bedenken schon durch den Hinweis auf die gesetzliche Ausgestaltung als widerlegbare Vermutung entkräftet werden, muss einer Klärung an anderer Stelle vorbehalten bleiben.

b) Hoheitliches oder privatrechtsgestaltendes Verwaltungshandeln der Kommune?

Nun besteht ja die Hoffnung, dass die Gemeinden die Aufgabe aus § 558c IV 1 BGB wahrnehmen und - wenn schon denn schon - qualifizierte Mietspiegel schaffen. Allerdings ist daran zu erinnern, dass aus der Aufgabenzuweisung aufgrund der sog. Wahlfreiheit der Verwaltung nichts für die

⁵⁰ *Huber*, JZ 1996, S.893 (896f.), zum kommunalen Mietspiegel, durch den die Gemeinde nicht zur eigenständigen grundrechtlichen Kollisionslösung ermächtigt werde; s. auch *ders.*, ZMR 1992, S.449 (473), allgemein zu normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften.

⁵¹ s. *Huber*, JZ 1996, S.893 (897).

⁵² *Huber*, ZMR 1992, S.449 (476f.), thematisiert immerhin den sog. Grundrechtsschutz durch Verfahren.

⁵³ Vorwort des Bundesministers, Hinweise, S.2.

⁵⁴ zur Verweisung auf Regeln privater Verbände s. BVerfGE 64, 208 (214ff.); 78, 32 (35ff.); *Staats*, ZRP 1978, S.59ff.; dagegen *Karpen*, ZRP 1978, S.151; *Backherms*, ZRP 1978, S.261ff.; instruktiv *Jarass*, NJW 1987, S.1225ff.

⁵⁵ Das ignoriert *Huber*, ZMR 1992, S.449 (474), weil es „unerträglich wäre, wenn private Interessenverbände über die Tatbestandsvoraussetzungen einer Strafnorm (...) entscheiden könnten“.

Rechtsform der Aufgabenwahrnehmung folgt. Sodann gilt es zwischen der Erstellung eines Mietspiegels und der Anerkennung als qualifiziert zu unterscheiden: Ersteres ist ein faktischer Vorgang, letzterers eine Willenserklärung.

aa) Die Funktion des gemeindliches Anerkennnisses eines Mietspiegels

Insoweit die Gemeinde ihre Aufgabe aus § 558c IV 1 BGB wahrnimmt und ein Wille, in privatrechtlicher Handlungsform tätig zu werden, nicht erkennbar in Erscheinung tritt, begründet die Stellung der Gemeinde als Inhaber hoheitlicher Gewalt die Vermutung für eine Aufgabenerfüllung mit den besonderen Mitteln des öffentlichen Rechts⁵⁶. In diesem Sinne lässt sich das Tätigwerden der Gemeinde zur Erstellung eines Mietspiegels⁵⁷ ebenso dem schlicht hoheitlichen Verwaltungshandeln zuordnen wie seine Anerkennung als qualifiziert⁵⁸. Ob die Willenserklärung der Form eines „mietspiegelanererkennenden“ Ratsbeschlusses bedarf oder vom Bürgermeister als „Geschäft der laufenden Verwaltung“ abgegeben werden kann, richtet sich nach der kommunalrechtlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gemeindeorganen und hängt vom Einzelfall ab⁵⁹.

Allerdings ersetzt das Anerkenntnis des Mietspiegels als qualifiziert nicht die Feststellung über die Modalitäten seiner Erstellung, sondern bildet gemäß § 558d I BGB nur eine zusätzliche Voraussetzung für einen qualifizierten Mietspiegel⁶⁰. Die Tatbestandsvoraussetzung der Anerkennung ist eine Folge der in den ursprünglichen Gesetzentwürfen noch vorgesehenen Qualifizierungsmöglichkeit von Mietspiegeln, die nicht nach wissenschaftlicher anerkannten Grundsätzen erstellt worden sind⁶¹. Nach geltender Rechtslage muss trotz Anerkenntnis des Mietspiegels durch die Gemeinde und/oder die Interessenverbände gegebenenfalls, das heißt bei Einwänden gegen den Mietspiegel, in einem gerichtlichen Verfahren die Einhaltung der wissenschaftlich anerkannten Grundsätze festgestellt werden⁶². Da danach die gemeindliche Willenserklärung nicht allein die Wirkungen eines qualifizierten Mietspiegels auslöst, fehlt ihr der Regelungsgehalt. Es handelt sich nicht um einen feststellenden Verwaltungsakt in der Form einer Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S.2 VwVfG⁶³.

⁵⁶ vgl. *Erichsen*, DVBl. 1986, S.1203.

⁵⁷ VG Gelsenkirchen, NZM 1999, S.381.

⁵⁸ BVerwG, NJW 1996, S.2046, spricht von „schlicht-verwaltender Tätigkeit“.

⁵⁹ Da es sich nicht um einen hoheitlichen Rechtssetzungsakt handelt, ist von daher auch kein Ratsbeschluss erforderlich, a.A. *Lammel*, Wohnraummietrecht, 2. Aufl. 2002, § 558d Rn.20; *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.29 u. 93; *Rips*, WuM 2002, S.415 (418).

⁶⁰ *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.91. Derjenige, der sich auf das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels beruft, muss nach den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast dessen Voraussetzungen beweisen, bevor er sich auf die Vermutung des § 558d III BGB berufen kann. Es gibt keine Vermutung für das Vorliegen der in § 558d I u. II BGB genannten Voraussetzungen, so *Mersson*, ZMR 2002, S.806 (808); instruktiv *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.107ff.

⁶¹ *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.90, der anmerkt, dass das Argument höherer Akzeptanz durch die Normierung der alternativen anstelle der ursprünglich vorgesehenen kumulativen Anerkennung an Schlagkraft verloren habe. Nunmehr sei statt dessen der politischen Einflussnahme „Tür und Tor geöffnet“ worden; ebenso *ders.*, NZM 2000, S.583 (592). Das befürchtet auch *Emmerich*, NZM 2001, S.777 (780), und *ders.*, DWW 2000, S.143 (145): „Die Schreckensvision kommunaler Mietpreiskommissare ist hier wirklich nicht mehr fern“.

⁶² Derjenige, der sich auf das Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels beruft, muss nach den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast dessen Voraussetzungen beweisen, bevor er sich auf die Vermutung des § 558d III BGB berufen kann. Es gibt keine Vermutung für das Vorliegen der in § 558d I u. II BGB genannten Voraussetzungen, so *Mersson*, ZMR 2002, S.806 (808); instruktiv *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.107ff.

⁶³ BayVG, ZMR 1994, S.81 (83); *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.16.

Scheitert damit eine Zuordnung zum öffentlichen Recht anhand der Form des Verwaltungshandelns, kommt es auf den sachlichen Kontext an, in dem die schlichte Willenserklärung der Gemeinde steht.

bb) Der privatrechtliche Regelungszusammenhang

Dafür, Mietspiegel stets als zivilrechtliches Institut anzusehen, sprechen die vom Gesetz gleichberechtigt nebeneinander gestellten Möglichkeiten seiner Anerkennung als qualifiziert und das Fehlen einer Kollisionsnorm: Einerseits kann Streit um einen ausschließlich privat anerkannten Mietspiegel mangels Beleihung nur privatrechtlichen Charakter haben. Andererseits ist die Anerkennung sowohl durch die Gemeinde als auch die Interessenvertreter gemeinsam möglich und anzustreben⁶⁴. Welche Rechtsnatur soll der Mietspiegel dann aber haben? Und welche Rechtsnatur kommt ihm zu, wenn ein unzuständiges Organ der Gemeinde die Willenserklärung abgegeben hat oder das Anerkenntnis aus anderen Gründen rechtswidrig und damit unwirksam ist? Soll dann eine unter Umständen zunächst unterstellte öffentlich-rechtliche Streitigkeit in das Bürgerliche Recht zurückfallen? Was hat schließlich in Fällen zu geschehen, in denen die Gemeinde und die Interessenvertreter zwei widerstreitende Mietspiegel erstellen. Nach dem gesetzlichen Wortlaut sind beide Mietspiegel wirksam, ein Vorrang des gemeindlichen Mietspiegels vor anderen ist nicht begründbar⁶⁵. Auflösen lassen sich diese Ungereimtheiten und Widersprüche nur, wenn das gemeindliche Anerkenntnis ebenfalls privatrechtsgestaltend wirkt. Wie der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt belegt, kann auch auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Aufgabenzuweisung und sogar in der Form des Verwaltungsakts eine privatrechtliche Rechtsfolge herbeigeführt werden⁶⁶.

Schließlich spricht das Gesetz in § 558c IV 2 BGB noch von einer „Veröffentlichung“ der Mietspiegel. Im Gegensatz zur alten Rechtslage ist nicht mehr von „Bekanntmachung“ die Rede. Damit war indes schon früher keine Verkündung wie bei einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung bzw. Allgemeinverfügung gemeint. Möglich ist die Veröffentlichung sowohl im Amtsblatt der Gemeinde als „natürlich auch“ durch entsprechende Abdrucke in der Tagespresse oder in Fachzeitschriften oder sogar im Internet⁶⁷. Nicht zuletzt weil die Veröffentlichung ausweislich des Wortlauts keine Wirksamkeitsvoraussetzung ist („soll“) und in unterschiedlicher Form erfolgen kann, bietet auch sie keinen Anhaltspunkt für eine hoheitliche Aufgabenwahrnehmung.

cc) Zum Vergleich: Die Tätigkeit der Gutachterausschüsse

Gutachterausschüsse haben die Aufgaben aus § 193 BauGB, das heißt, sie erstatten Gutachten über den Verkehrswert von Grundstücken und ermitteln Bodenrichtwerte. § 193 IV BauGB bestimmt explizit, dass Gutachten grundsätzlich keine bindende Wirkung haben. Dass sie keine anfechtbaren Verwaltungsakte sind, folgt indirekt aus § 217 BauGB, der die Gutachten der Gutachterausschüsse nicht als Verwaltungsakte, die durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei den Kammern für Baulandsachen anfechtbar sind, nennt. Das Gesetz wollte keine direkte gerichtliche Kontrolle der Gutachten begründen⁶⁸. Sie sind der Sache nach als Sachverständigenbeweis im Sinne der §§ 402ff.

⁶⁴ so *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.94.

⁶⁵ *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.26; s. auch die Glosse von *ders.*, NZM 1999, S.113f.

⁶⁶ dazu *Erichsen*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 12 Rn.20f.

⁶⁷ *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 558d Rn.38.

⁶⁸ *Dietrich*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Hrsg.), BauGB, Loseblatt-Kommentar Stand 8/2002, § 193 Rn.131.

ZPO anzusehen⁶⁹. Ebenso unverbindlich sind die von den Gutachterausschüssen ermittelten Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB. Ihrer Funktion nach stellen sie in erster Linie Orientierungshilfen für die am Grundstücksmarkt Beteiligten dar⁷⁰.

Kann damit für die Gutachten eine ähnliche Aufgabe wie bei Mietspiegeln konstatiert werden, so ist die rechtliche Ausgestaltung des Wirkungsbereichs der Gutachterausschüsse im BauGB grundverschieden: So wird der Gutachterausschuss auf Antrag tätig und erhebt Gebühren. Er kann die Befragung von Sachverständigen und anderen Personen anordnen. Zu der von ihm zu führenden und auszuwertenden Kaufpreissammlung müssen alle beurkundenden Stellen Vertragsabschriften übersenden. Gerichte und Behörden haben Rechts- und Amtshilfe zu leisten⁷¹. Aus dieser Normierung der Aufgaben, Rechte und Pflichten der Gutachterausschüsse folgt, dass sie öffentlich-rechtliche Institutionen sind⁷², im Rahmen des öffentlichen Baurechts hoheitlich tätig werden und damit als Behörde im Sinne des § 1 IV BVwVfG zu beurteilen sind⁷³. Dass es insbesondere Rechts- und Amtshilfe im privaten Bereich nicht gibt, unterstreicht den hoheitlichen Charakter der Tätigkeit der Gutachterausschüsse. Insoweit unterscheidet sich die Wertermittlung durch Gutachterausschüsse von der Wertermittlung privater Sachverständiger - obwohl beide nach den gleichen Methoden arbeiten und von der Sache her in der amtlichen und privaten Wertermittlung kein Unterschied liegt⁷⁴.

c) Das gemeindliche Anerkenntnis als öffentlich-rechtlicher Streitgegenstand?

Der qualifizierte Mietspiegel im Sinne des § 558d BGB ist ausschließlich privatrechtlich zu beurteilen und die Überprüfung damit den ordentlichen Gerichten überantwortet. Sie erstreckt sich grundsätzlich auch auf die Rechtmäßigkeit der zum Zustandekommen des qualifizierten Mietspiegels beitragenden gemeindlichen Handlungen und Erklärungen. Den Maßstab bilden die einschlägigen privatrechtlichen Regeln, gegebenenfalls im Sinne des Verwaltungsprivatrechts öffentlich-rechtlich überformt⁷⁵. Trennt man allerdings strikt zwischen dem Verwaltungshandeln und dem hierdurch hervorgerufenen Erfolg, so lässt sich das Anerkenntnis der Gemeinde als selbständiger, und zwar öffentlich-rechtlicher Streitgegenstand identifizieren: Die Verwaltungshandlung, die auf die Gestaltung eines nach Privatrecht zu beurteilenden Rechtsverhältnisses gerichtet ist, ist immer an die Anforderungen des öffentlichen Rechts gebunden; der Erfolg richtet sich demgegenüber allein nach den Maßstäben des Bürgerlichen Rechts⁷⁶. Auf den qualifizierten Mietspiegel gewendet heißt das: Mag der Mietspiegel selbst auch privatrechtlicher Natur sein, die Willenserklärung des Verwaltungsträgers Gemeinde hat öffentlich-rechtlichen Charakter. Doch wäre eine solche Klage überhaupt zulässig?

aa) Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch den Mietspiegel

⁶⁹ vgl. BGHZ 62, 93 (95).

⁷⁰ *Dietrich*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB, Loseblatt-Kommentar Stand 8/2002*, § 193 Rn.105.

⁷¹ so BGH, NVwZ 1982, S.395 (396), zu §§ 136ff. BBauG.

⁷² KG, NJW 1971, S.1848.

⁷³ *Stich*, in: *Schlichter/Stich* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum BauGB*, 2. Aufl. 1995, § 192 Rn.9; *Krautzberger*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, *BauGB, Kommentar*, 7. Aufl. 1999, § 192 Rn.1; *Kleiber*, in: *Kleiber/Simon/Weyers*, *Verkehrswertermittlung von Grundstücken*, 3. Aufl. 1998, Teil IV, § 192 BauGB Rn.2f.

⁷⁴ *Dietrich*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger* (Hrsg.), *BauGB, Loseblatt-Kommentar Stand 8/2002*, § 192 Rn.16.

⁷⁵ dazu *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. 2000, § 3 Rn.9.

⁷⁶ *Röhl*, *VerwArch.* 86 (1995), S.531 (535f.).

Unabhängig vom Streit um die Reichweite von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage und der verbleibenden Bedeutung der übrigen Klagearten schließt § 40 I 1 VwGO einen *numerus clausus* der Klagearten also aus. Vielmehr muss für jede hoheitliche Handlung, die in subjektive öffentliche Rechte eingreift, eine statthafte Klageart zur Verfügung stehen⁷⁷. Obzwar der Kreis der Klagearten keineswegs abgeschlossen ist und der Gesetzgeber andere und neue Klagearten vorsehen kann, relativiert sich die Offenheit des Systems der verwaltungsprozessualen Klagearten allerdings bei genauerer Betrachtung: In den meisten Fällen lassen sich die als „Klage *sui generis*“ bezeichneten Klagen letztlich einem der herkömmlichen Typen, das heißt der Gestaltungs-, Leistungs- oder Feststellungsklage, zuordnen⁷⁸. Mag hier also dahinstehen, ob Leistungs- oder Feststellungsklage; entscheidend für die Zulässigkeit sind so oder so die Möglichkeit einer Rechtsverletzung beim Vermieter sowie sein Rechtsschutzbedürfnis.

Für die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage ist die Möglichkeit einer Rechtsverletzung durch den qualifizierten Mietspiegel analog § 42 II VwGO erforderlich⁷⁹. Das BVerwG hat die Klagebefugnis im Falle des einfachen Mietspiegels abgelehnt, weil die Eröffnung eines vorbeugenden und zusätzlichen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nur angenommen werden könne, wenn eine deutliche Willensäußerung des Gesetzgebers in Richtung auf eine Zweigleisigkeit der Rechtsverfolgung vorliege. Zwar dienten die Vorschriften über die Aufstellung, Veröffentlichung und Verwendbarkeit von Mietspiegeln der Erleichterung von Mieterhöhungsverlangen und entfalten insoweit unter Umständen faktisch eine gewisse Schutzfunktion zugunsten des Vermieters. Seine subjektiven Rechte könne der Betroffene jedoch in dem wegen des privaten Rechtsverhältnisses vor den ordentlichen Gerichten zu führenden Prozess angemessen verteidigen⁸⁰.

Ungeachtet der Überzeugungskraft dieser Begründung, betrifft sie systematisch doch wohl nicht die Klagebefugnis, sondern das Feststellungs- bzw. Rechtsschutzinteresse des Vermieters an der isolierten Prüfung der Anerkennung des Mietspiegels⁸¹. Der Vermieter kann sich auf Art. 14 I 1 GG berufen, der als vermögenswertes Recht auch das Recht auf angemessene Mieterhöhung bis zur tatsächlichen Vergleichsmiete umfasst⁸². Für die Möglichkeit einer Verletzung dieses subjektiv öffentlichen (Grund-)Rechts ist relevant, dass der Mietspiegel generell-abstrakte Angaben enthält, ohne selbst Rechtssatz und damit einer abstrakten Normenkontrolle zugänglich zu sein. Die Eingriffe in Rechte des Vermieters erfolgen also nicht unmittelbar durch den Mietspiegel. Vielmehr kann sich die Erstellung eines Mietspiegels in allen Mietverhältnissen auswirken. Der betroffene Personen-

⁷⁷ *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 1998, § 13 Rn.3.

⁷⁸ *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, Loseblatt-Ausgabe Stand 12/2001, § 42 Rn.12.

⁷⁹ Bei der Feststellungsklage ist § 42 II VwGO analog anzuwenden; gegen das Erfordernis der Klagebefugnis bei der Feststellungsklage *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, Loseblatt-Ausgabe Stand 12/2001, § 43 Rn.72. Ungeachtet dessen wird bei der Frage nach einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis bereits das Bestehen subjektiver Rechte beantwortet, s. *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, Loseblatt-Ausgabe Stand 12/2001, § 43 Rn.9. Der Sache nach liegt darin ein Vorgriff auf Elemente der Klagebefugnis, so dass *Huber*, JZ 1996, S.893 (894f. Fn.15), insofern mit Recht fragt, ob der Statthafteigkeits insoweit überhaupt eigenständige Bedeutung zukommt.

Das Rechtsschutzbedürfnis hat bei der Feststellungsklage nur noch subsidiäre Bedeutung, weil es sowohl in der Subsidiaritätsklausel (*Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 1998, § 18 Rn.8) als auch im Feststellungsinteresse (BVerwG, DÖV 1992, S.265; DVBl. 2001, S.393 [394]; *Ehlers*, NVwZ 1990, S.105 [111]) eine spezielle Ausgestaltung erfahren hat.

⁸⁰ BVerwG, NJW 1996, S.2046 (2048).

⁸¹ i.d.S. auch *Storr*, ZMR 1996, S.453 (455).

⁸² BVerfGE 37, 132 (148); 49, 244 (249f.); 53, 352 (358f.).

kreis ist gegenüber der Allgemeinheit nicht sachlich abgrenzbar, da grundsätzlich jeder als Mieter oder Vermieter jetzt oder in einem zukünftigen Mietverhältnis von der Erstellung eines Mietspiegels betroffen sein kann⁸³. Deshalb könnte die Verdichtung der Rechtsbeziehungen durch das Anerkenntnis des Mietspiegels als qualifiziert noch nicht die Merkmale des Einzelfalles aufweisen.

Dabei wird übersehen, dass die einem faktischen Grundrechtseingriff typische Dreieckskonstellation vorliegt: Nicht unmittelbar durch die Verwaltungshandlung, sondern erst durch ein davon beeinflusstes Verhalten Dritter, regelmäßig der Mieter, werden die vermögenswerten Rechte des Vermieters auf die ortsübliche Vergleichsmiete beeinträchtigt. Das ist zum einen der Fall, wenn der Mieter im Vertrauen auf die Richtigkeit des Mietspiegels einem Mieterhöhungsverlangen nicht zustimmt und so den Vermieter dem Risiko eines Prozesses aussetzt. Zum anderen hat die fehlerhafte Ausweisung der ortsüblichen Vergleichsmieten im Mietspiegel zur Folge, dass sich auch der Vermieter selbst an den zu niedrigen Werten mehr oder weniger orientieren muss, will er die Gefahr vermeiden, einem Bußgeldverfahren nach § 5 WiStG ausgesetzt zu werden⁸⁴. Nicht zuletzt aufgrund der (zwingenden) Mitteilungspflicht aus § 558a III BGB und (widerleglichen) Vermutung des § 558d III BGB wird die Orientierung an den Werten des Mietspiegels im privaten Rechtsverkehr faktisch erzwungen. Dieser Erfolg ist dem Mietspiegelersteller nach den für mittelbar faktische Grundrechtseingriffe entwickelten Kriterien der Finalität und Intensität zuzurechnen⁸⁵. Da die Vermieterrechte auch vor mittelbar faktischen Beeinträchtigungen, wie sie durch die fehlerhafte Aufstellung eines Mietspiegels statuiert werden, schützen, ist der Vermieter klagebefugt⁸⁶.

bb) Rechtsschutzbedürfnis des Vermieters

Nach alter Rechtslage betraf die Frage, ob ein kommunaler Mietspiegel die ortsübliche Vergleichsmiete zutreffend wiedergibt oder ob andere Beweismittel zur Beurteilung der Begründetheit eines Mieterhöhungsverlangens herangezogen werden müssen, die tatrichterliche Überzeugungsbildung. Eine rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Feststellung der Ungültigkeit eines kommunalen Mietspiegels oder eine Verurteilung der Gemeinde, einen von ihr aufgestellten und veröffentlichten Mietspiegel für kraftlos zu erklären, konnte danach die Zivilgerichte nicht daran hindern, in einem Rechtsstreit über ein Mieterhöhungsverlangen das in dem für ungültig oder kraftlos erklärten Mietspiegel enthaltene Zahlenmaterial gleichwohl als Hilfsmittel zur Überzeugungsbildung über die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete zu verwerten. Denn die materielle Rechtskraft, die auch die Gerichte bindet, erstreckt sich bei einem Feststellungsurteil nicht auf die Mieter, die an dem Verwaltungsrechtsstreit nicht beteiligt waren (§ 121 VwGO). Ohne die Einbindung der Mieter und der Zivilgerichte in die Rechtskraftwirkung verfehlte deshalb ein verwaltungsgerichtliches Urteil von vornherein das Rechtsschutzziel des klagenden Vermieters, den Mietspiegel gewissermaßen ein für allemal aus der Welt zu schaffen. Auch das Gegenmittel der Beiladung erweist sich insoweit als untauglich, als es nur die zu ermittelnden derzeitigen Mieter von Wohnungen des auf die Kraftlosklärung des Mietspiegels klagenden Vermieters erreichte⁸⁷.

⁸³ vgl. BayVGH, ZMR 1994, S.81 (83f.).

⁸⁴ Huber, JZ 1996, S.893 (897).

⁸⁵ Storr, ZMR 1996, S.453 (454f.); Huber, JZ 1996, S.893 (895).

⁸⁶ so schon für die alte Rechtslage ausführlich Storr, ZMR 1996, S.453 (454f.); Huber, JZ 1996, S.893 (898f.); anders noch BayVGH, ZMR 1994, S.81 (84), weil die Zivilgerichte nicht an die Feststellungen des Mietspiegels gebunden seien.

⁸⁷ so BVerwG, NJW 1996, S.2046 (2048f.).

Nach neuer Rechtslage tritt im Rechtsstreit über ein Mieterhöhungsverlangen an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung die Anwendung des bindenden Rechtssatzes aus § 558d III BGB. Voraussetzung ist die gerichtliche Feststellung, dass ein qualifizierter Mietspiegel vorliegt. Sie wird allerdings nicht dadurch entbehrlich, dass ein Verwaltungsgericht den qualifizierten Mietspiegel bereits verworfen hat. Vielmehr sind die tatbestandsfremden Tatsachen der Erstellung des Mietspiegels nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen sowie die Anerkennung durch die Gemeinde oder von Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter im Zivilprozess aufs Neue zu prüfen. Weder hat der Gesetzgeber eine Quasi-Normenkontrolle für den qualifizierten Mietspiegel eingeführt, noch hat er eine Erstreckung der Bindungswirkung eines Feststellungsurteils angeordnet. Da das Feststellungsurteil im Verwaltungsprozess des Vermieters gegen die Gemeinde ohne Beiladung des Mieters also gar keine Bindungswirkung für die zivilrechtliche Leistungsklage des Vermieters gegen den Mieter auf Zustimmung zur Mieterhöhung entfaltet, scheint der Vermieter auch kein schutzwürdiges Interesse an einer solchen Klage zu besitzen.

Dagegen streitet, dass die Inzidentkontrolle des Mietspiegels im Mieterhöhungsprozess zu spät kommt, um die dargestellten mittelbaren Beeinträchtigungen durch einen qualifizierten Mietspiegel abzuwehren⁸⁸. Darüber hinaus ist die Prüfung des qualifizierten Mietspiegels im Zivilprozess des Vermieters gegen einen Mieter auf Zustimmung zur Mieterhöhung durch das konkrete Mietverhältnis, genauer: die vermietete Wohnung begrenzt, wohingegen der Vermieter im Verwaltungsgerichtsstreit um die kommunale Anerkennung eines seiner Ansicht nach fehlerhaften Mietspiegels mit allen seinen Wohnungen argumentieren kann. Auch wenn ein obsiegendes Urteil des Verwaltungsgericht nicht ohne weiteres im Mietrechtsstreit bindet, ist die verwaltungsgerichtliche Klage schließlich nicht nutzlos und überflüssig, weil von einem beklagten Verwaltungsträger angesichts der verfassungsmäßig verankerten Bindung an Recht und Gesetz die Respektierung von Gerichtsurteilen auch ohne dahinterstehenden Vollstreckungsdruck zu erwarten ist⁸⁹.

cc) Grenzen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes

Kann danach eine verwaltungsgerichtliche Klage gegen das Anerkenntnis der Kommune zulässig sein, so ist entscheidend, worauf sich die Anerkennung eines Mietspiegels als qualifiziert bezieht, weil hiervon der Umfang der verwaltungsgerichtlichen Prüfung abhängt: Anerkannt werden kann das Verfahren der Erstellung und/oder die Richtigkeit der Werte des Mietspiegels. Da letztere den Gesetzesbegriff der ortsüblichen Vergleichsmiete unmittelbar ausfüllen, gehören die entsprechenden Darstellungen im Mietspiegel zum Gegenstand des Anerkenntnisses. Da zudem das Verfahren der Wertermittlung nicht von vornherein bestimmt ist, jedoch das Ergebnis maßgeblich beeinflusst, erstreckt sich die Anerkennung des Mietspiegels als qualifiziert auch auf die Verfahrenswahl. Ist sie fehlerfrei erfolgt und das Verfahren ordnungsgemäß angewendet worden, können Angriffe auf die konkreten Wertangaben keinen Erfolg haben. Schließlich ist zu bedenken, dass der Rechtsschutz des Vermieters durch die Beeinträchtigung seiner eigenen Rechtspositionen durch das von der Gemeinde veröffentlichte Zahlenmaterial begrenzt wird. Ein Abwehranspruch des von einem kommunalen Mietspiegel betroffenen Vermieters kann sich folglich ohnehin nicht gegen den Mietspiegel

⁸⁸ *Huber*, JZ 1996, S.893 (897), der daraus folgert, Art.19 IV GG verlange eine prinzipiale (verwaltungs-)gerichtliche Normenkontrolle.

⁸⁹ BVerwGE 36, 179 (182), macht deshalb in den Fällen einer Feststellungsklage gegen einen Verwaltungsträger von der Subsidiarität eine Ausnahme zu machen; dagegen aber mit Recht *Sodan*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, Loseblatt-Ausgabe Stand 12/2001, § 43 Rn.121.

insgesamt, sondern nur gegen einzelne in ihm enthaltene, gerade für Mietwohnungen des klagenden Vermieters bedeutsame, unzutreffende Angaben richten⁹⁰.

Im Ergebnis wird dadurch die den Zivilgerichten im Einzelfall obliegende Kontrolle qualifizierter Mietspiegel auf ihre Eignung als Begründungsmittel für ein Mieterhöhungsverlangen sowie zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete teilweise auf die Verwaltungsgerichte verlagert. Für die Annahme einer derartigen Kompetenzverschiebung zwischen den gleichwertigen Gerichtsbarkeiten durch Einräumung klagefähiger subjektiv-öffentlicher Rechte erkannte das BVerwG seinerzeit kein Bedürfnis⁹¹. Es verkannte insoweit die Reichweite des Art.14 I 1 GG, die nicht durch die staatliche Funktionsordnung, sondern die Rechtsstellung des Vermieters bestimmt wird. Rechtstat-sächlich folgt eine Einschränkung des zweigleisigen Rechtsschutzes daraus, dass der streitgegenständliche Mietspiegel nicht zugleich auch von den Interessenvertretern der Vermieter und Mieter anerkannt worden sein darf, weil deren gemeinsame Anerkennung gleichermaßen als Qualifizierungsakt ausreichte und dann die Kassation der gemeindlichen Willenserklärung zu kurz griffe.

IV. Fazit

Damit bin ich am Ende! Den qualifizierten Mietspiegel übergebe ich als privatrechtliches Institut den Zivilgerichten. Was öffentlich-rechtlich zurückbleibt, ist zum einen der Verdacht, dass die privatisierte Rechtssetzung mangels eingehender gesetzlicher Regelungen verfassungswidrig ist. Mit diesem Argument könnte der Ball eines Tages wieder über den Zaun in das öffentlich-rechtliche Feld gespielt werden, nämlich zum BVerfG. Zum anderen werden sich auch die Verwaltungsgerichte mit qualifizierten Mietspiegeln auseinandersetzen müssen, wenn es stimmt, dass eine mit Rechtsbindungswillen vorgenommene Äußerung der Gemeinde, die den Tatbestand einer privatrechtlichen Willenserklärung erfüllen soll, gleichwohl öffentlich-rechtlicher Natur ist. Ob der qualifizierte Mietspiegel nun ein Schatz ist, muss offen bleiben, eine Fundgrube ist er allemal.

⁹⁰ so schon BVerwG, NJW 1996, S.2046 (2049), unter Bezug auf § 2 MHRG.

⁹¹ BVerwG, NJW 1996, S.2046 (2049).