

Neueröffnung des Konkurrenzbetriebes, schlüssig darzulegen. Es empfiehlt sich deshalb für den Mieter, den zukünftigen Mietzins zu mindern, da der Anspruch auf Mietminderung nicht voraussetzt, dass eine tatsächliche Umsatzeinbuße eingetreten ist. ◀

b) Erhebung einer Unterlassungsklage

Weiterhin besteht für den Mieter die Möglichkeit, eine Unterlassungsklage gegen den Vermieter zu erheben, wobei diese auch als vorbeugende Unterlassungsklage zulässig ist, sofern es noch nicht zu einer Überlassung der Räumlichkeiten an den neuen Mieter gekommen ist.³⁶ Darüber hinaus kann der Konkurrenzschutzanspruch vom Mieter gegen den Vermieter mittels einer einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden.³⁷ Diese Variante wird für den Konkurrenzschutz suchenden Mieter die effektivere Möglichkeit des Vorgehens gegen den Vermieter darstellen, da im Einzelfall schnelles Handeln geboten sein kann. Hat der Dritte sein Geschäft aber bereits eröffnet, kann es nicht mehr um die Verhinderung gehen, sondern nur noch um die Verpflichtung des Vermieters, auf den Dritten einzuwirken, dass dieser seinen Konkurrenzbetrieb einstellt. Damit dürfte es sich um die Hauptsache selbst handeln, die im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens nicht durchgesetzt werden kann.³⁸

8. Fazit

Hinsichtlich des Konkurrenzschutzes in einem Einkaufszentrum bestehen nach hiesiger Ansicht in erster Linie bezüglich des räumlichen Geltungsbereiches Unterschiede, welche darin bestehen, dass auf Grund der räumlichen Gegebenheiten der Konkurrenzschutz restriktiv zu handhaben ist. Im Übrigen ist die Rechtsprechung hierzu von Einzelfallentscheidungen geprägt. Es erscheint sowohl für den Vermieter als auch für den Mieter innerhalb eines Einkaufszentrums fast unabdingbar, klare und eindeutige Regelungen zum Konkurrenzschutz zu treffen. Zwar kann im Regelfall auch von einem vertragsimmanenten Konkurrenzschutz ausgegangen werden, allerdings wird der Umfang des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes anhand einer Einzelfallbewertung durch Auslegung des mutmaßlichen Parteiwillens und der äußeren Umstände zu beurteilen sein. Die insofern vorhandene Rechtsunsicherheit für Vermieter und Mieter sollte deshalb durch eine eindeutige Konkurrenzschutzklausel im Mietvertrag beseitigt werden, welche hinreichende Klarheit schaffen kann.

36 BGH, Urt. v. 14.12.1988 – VIII ZR 31/88, MDR 1989, 444 = ZMR 1989, 148; *Jendrik/Ricker*, NZM 2000, 229 f.

37 KG, Beschl. v. 21.1.2008 – 8 W 85/07, GuT 2008, 111; OLG Hamm, Beschl. v. 9.1.1990, NJW-RR 1990, 1236; *Jendrik/Ricker*, NZM 2000, 229.

38 *Bieber*, MietRB 2005, 179.

Verfahren

■ Sachverständigengutachten zur Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete

von Rechtsanwältin Dr. Catharina Kunze/Rechtsanwalt Dr. Rainer Tietzsch, Berlin

Für das außergerichtliche Sachverständigengutachten über die Vergleichsmiete als Begründungsmittel für ein Mieterhöhungsverlangen dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden. Das im Prozess über die Begründetheit des Mieterhöhungsverlangens zu erstellende Sachverständigengutachten muss dagegen alle Anforderungen an ein prozessuales Beweismittel erfüllen. Dazu gehört die Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit für die Prozessparteien und das Gericht. Die identifizierbare Benennung der für das Gutachten herangezogenen Wohnungen ist jedenfalls dann erforderlich, wenn eine Partei die korrekte Auswahl oder Auswertung substantiiert bestreitet.

I. Vorgerichtliches Gutachten

Zu den formellen Anforderungen an ein Mieterhöhungsverlangen gem. § 558 BGB gehört, dass es mit einem der in § 558a Abs. 2 BGB genannten Begründungsmittel (andere lässt das Gesetz zwar zu, sie spielen aber in der Praxis keine Rolle) zu begründen ist, was u.a. durch ein mit Gründen versehenes Gutachten eines (i.S.d. § 36 Abs. 1

GewO) öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen geschehen kann.

Ist dieses vorprozessual vom Vermieter eingeholte und seinem Zustimmungsverlangen zugrunde gelegte Gutachten nicht ausreichend begründet, führt das zur Unwirksamkeit des Erhöhungsverlangens, und eine darauf gestützte Zustimmungsklage ist als unzulässig abzuweisen.

Welchen Anforderungen ein solches Parteigutachten genügen muss, ist längere Zeit umstritten gewesen, aber von der Rechtsprechung in mehreren Rechtsentscheiden der 1980er Jahre klar herausgearbeitet worden. Das **OLG Oldenburg**¹ hat erstmals die Frage entschieden, ob der Sachverständige bestimmte Wohnungen identifizierbar benennen muss, und hat sie verneint mit der Begründung, das Gesetz kenne auch die Begründungsmöglichkeit mit drei Vergleichswohnungen, und da beide Möglichkeiten alternativ zur Wahl stünden, müsse der Sachverständige eben nicht die Wohnungen, auf die er sich bezieht, ebenso

1 OLG Oldenburg, Beschl. v. 19.12.1980 – 5 UH 13/80, WM 1981, 150.

Verfahren

konkret angeben wie der Vermieter. Dem hat das **OLG Frankfurt**² zugestimmt und hinzugefügt, es bedürfe auch keiner Beschreibung der Vergleichswohnungen nach ungefähre Lage, Größe, Ausstattung und Mietzins; mit der vom Gesetz vorgeschriebenen Begründung des Gutachtens könne nur bezweckt sein, dass das Gutachten „mit hinreichender Überzeugungskraft erkennen lassen muss, dass der Sachverständige ordentlich und gründlich gearbeitet und seinen spezifischen Sachverstand richtig angewendet hat“. Es handele sich schließlich um ein bloßes Parteigutachten, dessen Richtigkeit der Mieter im Prozess noch bestreiten könne, es solle noch keinen Beweis erbringen, sondern lediglich einen Rechtsstreit zulässig machen.

Das **OLG Celle**³ hat für den Sonderfall, dass der Sachverständige eine genügende Zahl anderer Wohnungen von nahezu gleicher Art, Größe, Ausstattung und Beschaffenheit innerhalb derselben Mietwohnanlage besichtigt hat, darauf verzichtet, dass auch die betroffene Wohnung vom Sachverständiger zu besichtigen sei.

Weitergehend hat das **OLG Karlsruhe**⁴ unter Hinweis darauf, dass die Frage der Anforderungen an die Begründung eines solchen Gutachtens sehr unterschiedlich beurteilt würden, folgendes entschieden: Ein dem Mieterhöhungsverlangen beigefügtes Sachverständigengutachten, das hinsichtlich der Höhe der ortsüblichen Miete keine Vergleichsobjekte angibt, sondern lediglich ausführt, der Sachverständiger kenne aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit vergleichbare Wohnungen in ausreichender Zahl aus dem maßgeblichen örtlichen Bereich, sei noch in ausreichendem Maße mit Gründen versehen, wenn anschließend die ermittelte Preisspanne für Wohnungen entsprechender Größe und vergleichbaren Wohnwerts mitgeteilt und sodann dargelegt werde, wie die zu beurteilende Wohnung innerhalb des genannten Preisbereichs einzuordnen ist. Dies ergebe sich auch aus der Funktion des Gutachtens; darauf, ob die Begründung in der Sache haltbar sei, komme es nicht an, denn der Vermieter habe im vorprozessualen Stadium den erhobenen Anspruch weder zu beweisen noch glaubhaft zu machen, sondern dem Mieter lediglich Hinweise (als Entscheidungshilfe) zu geben.

Der Sachverständige hatte im Wesentlichen ausgeführt:

„Aufgrund meiner beruflichen Tätigkeit sind mir neben den Mietpreisen privater Vermieter insbesondere auch

die Mietpreise von Großvermietern vergleichbarer Wohnungen (Wohnung in guter Ausführung und Ausstattung) in mehr als ausreichender Zahl aus dem Großraum H./M bekannt.

Für Wohnungen mit gutem Wohnwert liegen die Mietpreise im Bereich H./O./S. bei Wohnflächen von 40 bis 80 qm zwischen 5,10 und 6,60 DM/qm monatlich. Gewogener Mittelwert 5,75 DM/qm monatlich ... – jeweils ohne Nebenkosten –. Die obigen Bandbreiten spiegeln insbesondere die Mieten wieder, wie sie 1980/1981 bei Mieterwechsel erzielt wurden.“

Demgegenüber hat dasselbe Gericht⁵ abgegrenzt, wenn das Gutachten keine konkreten Vergleichsobjekte anführe, sei es jedenfalls dann nicht hinreichend begründet, wenn nicht wenigstens zu erkennen sei, dass dem Sachverständigen Vergleichswohnungen auf dem örtlichen Wohnungsmarkt in ausreichender Zahl und deren Mietpreisgestaltung bekannt sind und dass er die zu beurteilende Wohnung in vergleichender Abwägung in das Mietpreisgefüge der Vergleichswohnungen eingeordnet hat.

Der Sachverständiger hatte hier im Wesentlichen ausgeführt:

„Auf der Grundlage der von mir im vorstehenden mitgeteilten Fakten und damit unter Beachtung der gesetzlichen Bewertungskriterien sowie aufgrund meiner Berufserfahrung und Kenntnis des örtlichen und regionalen Wohnungsmarktes, die auf der Beobachtung anderer Mietobjekte und der marktmäßigen Preisgestaltung und den Angeboten durch die Presse beruht, bin ich der Ansicht, dass die der Marktlage angemessene ortsübliche und vergleichbare Miete ohne Nebenkosten für die Wohnung Erdgeschoss 5,50 DM/qm/Monat und für das dazugehörige Untergeschoss-Zimmer 3,60 DM/qm/Monat betragen.“

Das **BVerfG**⁶ hat es für die Zulässigkeit der Klage auf Zustimmung zur Mieterhöhung ausreichen lassen, dass im Sachverständigengutachten zur Begründung des Zustimmungsverlangens eine Aussage über die tatsächliche ortsübliche Vergleichsmiete getroffen und die zu beurteilende Wohnung in das örtliche Mietpreisgefüge eingeordnet wird.

Schließlich hat das **BayObLG**⁷ festgestellt, dass der Sachverständige nicht über unmittelbare eigene Kenntnisse eines repräsentativen Querschnitts der Mieten in der Gemeinde verfügen muss, in der die Wohnung liegt. Das Gutachten sei im Prozess nur Teil des bestrittenen Parteivortrags des Vermieters. Die gesetzliche Vorgabe sei schließlich nur, dass das Gutachten mit Gründen versehen sein und der Sachverständige (nicht speziell für die Mietzinsbewertung⁸) öffentlich bestellt und vereidigt sein müsse.

Die – deutlich anspruchsvolleren – **Hinweise des Bundesjustizministeriums** für die Erstellung eines Sachverständigengutachtens zur Begründung des Mieterhöhungsverlangens nach § 2 Abs. 2 MHG⁹ weisen den damaligen Streitstand zur Frage, ob Vergleichsobjekte genannt werden müssen, im Einzelnen nach und schlagen vor, der Sachverständige solle sich nach der Rechtsprechung im zuständigen Gerichtsbezirk erkundigen und danach sein Gutachten entsprechend abfassen.

2 OLG Frankfurt, Beschl. v. 5.10.1981 – REMiet 2/81, WM 1981, 273.

3 OLG Celle, Beschl. v. 27.4.1982 – 2 UH 2/81, MDR 1982, 672 = WM 1982, 180.

4 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.7.1982 – 3 REMiet 2/82, WM 1982, 269.

5 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.12.1982 – 9 REMiet 2/82, WM 1983, 133; ähnlich LG Aachen, Urt. v. 27.5.1987 – 7 S 22/87, WM 1987, 356.

6 BVerfG, Beschl. v. 14.5.1986 – 1 BvR 494/85, MDR 1986, 821 = WM 1986, 237.

7 BayObLG, RE v. 23.7.1987 – REMiet 2/87, MDR 1987, 1027 = ZMR 1987, 426.

8 BGH, Beschl. v. 21.4.1982 – VIII ARZ 2/82, MDR 1982, 748 = WM 1982, 177.

9 WM 1980, 189; abgedruckt auch bei Langenberg, ZMR 1980, 161, und Schmidt-Futterer, 9. Aufl., nach § 558a BGB.

II. Gerichtliches Gutachten

Ist das vorprozessuale Gutachten als Begründung ausreichend, stimmt der Mieter aber dennoch dem Erhöhungsverlangen nicht zu und erhebt der Vermieter Zustimmungsklage, ist vom Gericht materiell-rechtlich zu überprüfen, ob die konkret geltend gemachte Mieterhöhung tatsächlich berechtigt ist. Darauf, ob das vorprozessuale Gutachten inhaltlich richtig war, kommt es dann nicht mehr an. Es ist nunmehr die ortsübliche Vergleichsmiete (Einzelvergleichsmiete) i.S.d. § 558 Abs. 2 BGB festzustellen. Dies erfordert die Ermittlung der tatsächlich und üblicherweise gezahlten Mieten für vergleichbare Wohnungen, um danach feststellen zu können, ob die verlangte Miete die ortsübliche Miete übersteigt, ihr entspricht oder darunter liegt.

1. Heranziehung eines qualifizierten Mietspiegels

Dies kann prozessual, soweit ein einschlägiger qualifizierter Mietspiegel vorliegt, durch dessen Heranziehung geschehen, und zwar im Wege richterlicher Schätzung gem. § 287 ZPO – nach Ansicht des BGH¹⁰ zumindest dann, wenn zur Einordnung der Wohnung in die Mietspiegelspannen eines qualifizierten Mietspiegels eine Orientierungshilfe als Schätzgrundlage zur Verfügung steht. In diesem Falle braucht das Gericht den Sachverhalt nicht gem. § 286 ZPO durch Einholung eines Sachverständigengutachtens vollständig aufzuklären. Der BGH¹¹ begründet dies damit, dass die Voraussetzungen des § 287 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2 ZPO vorliegen. Ein Sachverständiger müsste im Rahmen der Gutachtenerstellung nach Besichtigung der zu begutachtenden Wohnung die ortsübliche Vergleichsmiete durch eine ausreichend große, repräsentative Stichprobe vergleichbarer Wohnungen ermitteln, und ein derartiger Aufwand wäre jedenfalls bei Vorliegen eines qualifizierten Mietspiegels mit Spanneneinordnung nicht gerechtfertigt. Die gerichtliche Verwendung eines geeigneten Mietspiegels ohne Heranziehung eines Sachverständigen sei auch verfassungsrechtlich unbedenklich; der Vorzug von ordnungsgemäß aufgestellten Mietspiegeln bestehe gerade darin, dass sie in der Regel auf einer erheblich breiteren Tatsachenbasis beruhen, als sie ein gerichtlich bestellter Sachverständiger mit einem Zeit- und Kostenaufwand ermitteln könnte, der zum Streitwert des gerichtlichen Verfahrens in einem noch angemessenen Verhältnis stünde.

Beraterhinweis: Aus praktischen Gründen ist dies zu begrüßen. Ob die – von den Verbänden ausgehandelten – Orientierungsmerkmale für die Spanneneinordnung in jedem Punkt die reale Marktlage abbilden, bleibt fraglich; allerdings ist in diesem Bereich auch manche Sachverständigenbewertung nicht mehr wirklich nachvollziehbar. ◀

2. Bestimmung anhand einfacher Mietspiegel

Bisher nicht höchstrichterlich entschieden ist die Frage, wie zu verfahren ist, wenn lediglich ein einfacher Mietspiegel vorliegt, oder ein qualifizierter Mietspiegel ohne Orientierungshilfe vorliegt. In der Instanzrechtsprechung entspricht es gefestigter Ansicht, dass das Gericht die ortsübliche Vergleichsmiete unmittelbar anhand ordnungs-

gemäß erstellter Mietspiegel bestimmen kann. Zwar sind solche Mietspiegel keine Strengbeweismittel i.S.d. ZPO, das Gericht kann sich aber die erforderliche Sachkunde aus einem solchen Mietspiegel verschaffen und dann ohne weitere Einschaltung eines Gutachters auf dieser Grundlage entscheiden.¹²

3. Anforderungen an Gutachten

a) Geeignetheit und wirtschaftliche Vertretbarkeit

Fehlt es an einem Mietspiegel, oder ist er nicht einschlägig (Ein-Familienhäuser, sog. Ausreißerwohnungen), muss Beweis durch Sachverständigengutachten gem. § 286 ZPO erhoben werden, weil dem Gericht das eigene Fachwissen fehlt, um die ortsübliche Vergleichsmiete feststellen zu können.

Beraterhinweis: Nach § 144 Abs. 1 ZPO kann das Gericht von Amts wegen ohne entsprechenden Beweisantritt das Gutachten einholen. ◀

Einen anderen Ansatz vertritt LG Hanau:¹³ Es hält den örtlichen Mietspiegel als zivilprozessuales Beweismittel für ungeeignet und Sachverständigengutachten für wirtschaftlich nicht mehr vertretbar, so dass die Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO zwingend sei. Dies ist aus praktischen Gründen erwägenswert, die Schätzung ist dann aber in jedem Falle Aufgabe des Gerichts.¹⁴

b) Anschluss- oder Anknüpfungstatsachen

Ein für die Begründetheit des Mieterhöhungsverlangens einzuholendes Gutachten unterliegt anderen und höheren Anforderungen als das vorprozessuale Parteigutachten.¹⁵ Bei denjenigen Stimmen in der Fachliteratur, die die notwendige Unterscheidung zwischen beiden Arten von Gutachten treffen, ist dies Konsens.¹⁶ Die gesamte zu vorprozessualen Gutachten ergangene Rechtsprechung kann

10 BGH, Urt. v. 20.4.2005 – VIII ZR 110/04, MDR 2005, 976 = NJW 2005, 2074 = WM 2005, 394.

11 BGH, s. Fn. 10.

12 LG Lübeck, Urt. v. 29.2.2000 – 6 S 90/99 m.w.N., WM 2001, 82; AG Dortmund, Urt. v. 15.2.2005 – 125 C 12622/04, WM 2005, 254.

13 LG Hanau, Urt. v. 14.5.1996 – 2 S 312/93, WM 1996, 773.

14 Abzulehnen ist die Verfahrensweise LG Aachen, Urt. v. 2.8.2007 – 6 S 101/07, MietRB 2008, 133, das die bloße Anwendung eines örtlichen Mietspiegels durch den Sachverständigen ausreichen ließ.

15 Deutlich etwa OLG Frankfurt, Beschl. v. 5.10.1981 – 20 RE-Miet 2/81, MDR 1982, 147 = WM 1981, 273; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.7.1982 – 3 REMiet 2/82, WM 1982, 269; Bay-ObLG, Beschl. v. 17.12.1984 – RE-Miet 9/83, WM 1985, 53; RE v. 23.7.1987 – REMiet 2/87, MDR 1987, 1027 = ZMR 1987, 426.

16 Lammell, 3. Aufl., § 558a Rz. 32; Kossmann, 6. Aufl., § 152 Rz. 9; Schmidt-Futterer, 9. Aufl., § 558a BGB Rz. 85; Emmerich/Sonnenschein, 9. Aufl., § 558a Rz. 25. Die Differenzierung fehlt bei Isenmann, ZMR 1984, 38 und 1985, 42 sowie DWW 1995, 68; Olivet, ZMR 1979, 129, meint, die Anforderungen an ein Gutachten seien bei beiden Gutachtentypen „im Grunde die gleichen“, kritisch dazu Langenberg, ZMR 1980, 161, 162 Fn. 5. Vergl. dazu auch Walterscheidt, Vortrag vor dem Kölner Anwaltverein, 1995, Skripten Heft 78, der auch Fehlerquellen einzelner Bewertungsaspekte und ihrer Gewichtung und Auswertung diskutiert.

Verfahren

nicht auf die Probleme des gerichtlichen Sachverständigen übertragen werden. Zu beachten ist, dass auch die Verwendung der Rechtsprechungsätze in der Fachliteratur häufig nicht ausreichend danach unterscheidet, um welche Art von Gutachten es sich in der betreffenden Entscheidung gehandelt hat.

Die Anforderungen an das gerichtliche Gutachten zur Vergleichsmiete lassen sich allerdings nur allgemein umschreiben: Das Gutachten muss die ihm gestellte Aufgabe, die Ermittlung bestimmter Unterlagen oder Grundlagen durch Folgerungen aus bestimmten vorgegebenen Tatsachen, rational nachvollziehbar so lösen, dass das Gutachten überzeugt.¹⁷

Zivilprozessual wird unterschieden zwischen den sog. Anschluss- oder Anknüpfungstatsachen und den sog. Befundtatsachen. Die Feststellung der Anschluss- oder Anknüpfungstatsachen ist Aufgabe des Gerichts selbst, § 404a Abs. 3 ZPO. Inhalt eines gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachtens können und dürfen grundsätzlich nur die auf Grund besonderen – dem Gericht fehlenden – Fachwissens des Sachverständigen getroffenen Wertungen, Schlussfolgerungen und Hypothesen sein, die der Sachverständige auf der Grundlage ihm vorgegebener Tatsachen zu treffen hat.¹⁸

Beispiel

Der Beweisbeschluss gibt vor, dass die vorhandene Einbauküche aus rechtlicher Sicht mieter eigen ist und deswegen bei der Mietermittlung außer Betracht zu bleiben hat.

Beraterhinweis: Auf die Formulierung des Beweisbeschlusses ist deswegen zu achten und ggf. Einfluss zu nehmen, um einer gelegentlich anzutreffenden gerichtlichen Neigung entgegenzuwirken, sämtliche für die Ermittlung der Miethöhe erforderlichen Erkenntnisse unbeschrieben in das Wissen des Sachverständigen zu stellen. ◀

c) Befundtatsachen

Muss sich der Sachverständige, zur Erstattung seines Gutachtens Kenntnisse verschaffen, die nicht den zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern die anzuwendende Sachkunde selbst betreffen, gehört die Erhebung dieser sog. Befundtatsachen zu seinem Auftrag.¹⁹ Im Gutachten muss der Sachverständige nachvollziehbar darlegen, wie er die betreffenden Erkenntnisse erlangt hat.

Bei einem Vergleichsmietgutachten bedeutet das grundsätzlich, dass die Vergleichsobjekte zu bezeichnen sind.²⁰ Das Gutachten muss zwangsläufig einen Vergleich der Miete der zu begutachtenden Wohnung mit der von anderen Wohnungen enthalten; damit der Mietvergleich nachgeprüft werden kann, müssen bestimmte Vergleichsobjekte angegeben werden.²¹ Befundtatsachen sind die von dem Gutachter ermittelten Vergleichsmieten der Umgebung des zu bewertenden Objekts.²²

Hier setzt die Kontroverse an, wie genau der Sachverständige bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete die von ihm herangezogenen Befundtatsachen mitteilen muss, also die Einzelheiten über die von ihm herangezogenen Vergleichswohnungen.

Beispiel

Muss der Sachverständige in seinem Gutachten die Vergleichswohnungen identifizierbar bezeichnen („Mozartstraße 7, 3. OG links“), oder reicht die Straßenangabe oder sogar die ungefähre Angabe („Komponistenviertel“)?

In einer ersten Entscheidung hierzu hatte das BVerfG²³ unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH²⁴ ein landgerichtliches Urteil aufgehoben, mit dem ein Gutachten über die Vergleichsmiete verwertet wurde, obwohl der Sachverständige nicht bereit war, die Vergleichswohnungen in nachprüfbarer Weise zu kennzeichnen. Die Befundtatsachen dieses Gutachtens waren streitig, das Gericht war dem Gutachten dennoch ohne nähere Prüfung dieser Tatsachen gefolgt. Diese Verfahrensweise führt nach Auffassung des BVerfG im Ergebnis dazu, dass nicht der Richter unter Beteiligung der Parteien, sondern der Sachverständige die tatsächlichen Urteilsgrundlagen feststellt.

Allerdings hat das BVerfG deutlich gemacht, dass es eine Frage des Einzelfalls ist, ob und inwieweit die Beteiligten die Kenntnis der Befundtatsachen für eine kritische Würdigung des Gutachtens tatsächlich benötigen. Ebenso wenig lasse sich das Maß generell festlegen, in dem Tatsachen offengelegt werden müssen, damit ein Gutachten im Prozess verwertet werden darf. Abstriche am Offenlegungsanspruch der Parteien könnten bei generell geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen gerechtfertigt sein, wobei allein der Umstand, dass Dritte eine Bekanntgabe von Tatsachen aus ihrer Privatsphäre nicht wünschen und der Sachverständige sich daran gebunden fühlt, kein ausreichender Grund dafür sein könne, das Urteil auf ein solches Gutachten zu stützen. Auf eine Offenlegung von Mietpreis und Adressen der Vergleichswohnungen könne danach in aller Regel nicht verzichtet werden. Soweit eine vollständige Offenlegung aus anerkanntswerten Gründen unterbleibe und auf Verwertung des Gutachtens dennoch nicht verzichtet werden könne, müsse das Gericht sich etwa durch Befragung des Sachverständigen versuchen zu vergewissern, in welcher Weise der Sachverständige seine Daten erhoben habe.

Diese Vorgaben hat das Gericht dann²⁵ dahin relativiert, dass der Mieter seine Zweifel an der vom Sachverständigen ermittelten ortsüblichen Miete substantiieren müsse.

Beraterhinweis: Es müssen danach also vergleichbare Wohnungen mit deutlich niedrigerem Mietzins gefunden

17 Schopp, ZMR 1977, 257; zustimmend Wullkopf, WM 1985, 3 (7).

18 Zöller, 26. Aufl., § 402 Rz. 5.

19 Zöller, 26. Aufl., § 402 Rz. 5d.

20 Zöller, 26. Aufl., § 402 Rz. 5d.

21 Schopp, ZMR 1977, 257.

22 Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl., S. 377.

23 BVerfG, Beschl. v. 11.10.1994 – 1 BvR 1398/93, WM 1994, 661; bestätigt mit BVerfG, Beschl. v. 7.4.1997 – 1 BvR 587/95, WM 1997, 318 und mit BVerfG, Beschl. v. 16.7.1997 – 1 BvR 860/97, WM 1998, 13.

24 BGH, Urt. v. 2.2.1977 – VIII ZR 155/75, NJW 1977, 801 – Schiedsgutachten Tankstellenpacht; Urt. v. 15.4.1994 – V ZR 286/92, MDR 1994, 941 = NJW 1994, 2899 – Kaufpreisbestimmung Lebensmittelmarkt durch Verkehrswertgutachten.

25 BVerfG, Beschl. v. 16.10.1996 – 1 BvR 1544/96, WM 1996, 749.

und benannt werden. Ggf. ist daran zu denken, mieterseits ein Gutachten einzuholen.²⁶ ◀

Nur wenn der Beweiswert des Gutachtens erschüttert sei und auch durch Befragung des Sachverständigen keine Klarheit gewonnen werden könne, könne es erforderlich sein, die Offenlegung der Vergleichswohnungen zu verlangen.²⁷

Danach hat es das BVerfG²⁸ unter Bezugnahme auf die vorgenannte Rechtsprechung abgelehnt, sich weiter mit der Problematik zu befassen; die Frage der Offenlegung von Vergleichswohnungen in Gutachten über die ortsübliche Miete sei in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung geklärt.

In der Fachliteratur sind es vor allem Sachverständige, die sich mehr oder minder vehement gegen die Anforderung sperren, Einzelheiten zu ihren Vergleichsobjekten mitzuteilen.²⁹ Dies wird eher vage mit Datenschutzerwägungen begründet, zuweilen konkreter damit, man könne künftig dann keine Daten mehr erhalten, wenn man seinen Informanten keine Anonymität zusichern könne. Ob das zutrifft, ist heftig umstritten,³⁰ kann aber auch nicht maßgeblich sein. Allein die Tatsache, dass Dritte eine Bekanntgabe von Umständen aus ihrer Privatsphäre nicht wünschen, ist kein ausreichender Grund, die mangelnde Nachvollziehbarkeit eines Gutachtens zu akzeptieren und ein Urteil auf ein solches Gutachten zu stützen. Die Frage, wie genau der Sachverständige seine Befundtatsachen darstellen muss, ist fallbezogen zu beantworten; eine Art anonymisierter Offenlegung kann dann ausreichen, wenn keine Einwände erhoben werden.³¹

Aus Sicht des Sachverständigen empfiehlt es sich dringend, vor Erstattung des Gutachtens mit dem Gericht abzuklären, ob ggf. die vollständige Offenlegung der Vergleichswohnungen gefordert werden wird. Er riskiert, dass sein Gutachten für unverwertbar gehalten wird mit der misslichen Folge, dass seine Vergütung gem. § 4 JVEG auf Null festgesetzt wird, er also erhaltene Vorschüsse zurückzahlen muss.³²

In der Praxis gibt es nur wenige Gerichte im Bundesgebiet, die grundsätzlich eine vollständige Offenlegung fordern. In der Regel wird es als ausreichend angesehen, wenn der Sachverständige die Lage der Vergleichsobjekte dahingehend konkretisiert, dass er die Adresse in Form des Straßennamens, ohne Angabe der Hausnummer, angibt. In vielen Bundesländern lehnen Sachverständige Aufträge ab, wenn im Vorhinein gefordert wird, dass die Vergleichsobjekte vollständig offengelegt werden müssen.³³ Diese Fälle treten nur selten ein, da dem Sachverständigen zumeist seine nachgewiesene Sachkunde auch zugestanden wird.³⁴

Wird allerdings von einer Seite gegen die Richtigkeit der Auswahl der Vergleichsobjekte substantiiert vorgetragen, ist dem ebenso nachzugehen wie substantiierten Einwänden gegen andere wesentliche Aspekte des Gutachtens. Je nach Lage des Einzelfalles ist dann die Darstellung der Mietpreise und der Adressen notwendig.³⁵

4. Richterliche Bewertung

Nach Vorliegen des Gutachtens ist es Sache des Gerichts, gem. § 286 Abs. 1 ZPO unter Berücksichtigung des ge-

samten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach seiner freien Überzeugung zu entscheiden, ob die Klagebehauptung, die verlangte Miete übersteige nicht die ortsübliche Vergleichsmiete, für wahr oder nicht wahr zu erachten ist.³⁶ Das verlangt insbesondere eine kritische Würdigung des Ergebnisses des Sachverständigen. Der Gutachter ist herangezogen worden, um das Gericht in die Lage zu versetzen, eigenverantwortlich die ihm obliegende richterliche Entscheidung zu treffen. „Der Richter, der ein Gutachten erhält, muss bei seiner vorzunehmenden Beurteilung des Gutachtens aber immer berücksichtigen, dass dieses – jedenfalls in der gutachterlichen Aussage – i.d.R. aus Werturteilen dieses konkreten Sachverständigen besteht; denn legt ein Sachverständiger eine gutachterliche Untersuchung vor, und stellt er seine Ergebnisse dar, bringt er insoweit nichts anderes als seine persönliche fachliche Auffassung. Bedient sich das Gericht also der Hilfe von Sachverständigen, muss es schon deshalb auf der Grundlage der Angaben dieser Sachverständigen eine eigene, nun richterliche Bewertung auch dieser sachverständigen Äußerungen vornehmen, darf also das Ergebnis dieses Sachverständigen nicht einfach übernehmen.“³⁷

26 So im Falle BVerfG, Beschl. v. 7.4.1997 – 1 BvR 587/95, WM 1997, 381, wo es um die Nichtigkeit eines Gewerbe- und Wohnungsmietvertrags wegen überhöhter Miete ging.

27 BVerfG, Beschl. v. 16.10.1996 – 1 BvR 1544/96, WM 1996, 749.

28 BVerfG, Beschl. v. 7.10.2000 – 1 BvR 2646/95.

29 Vgl. etwa *Ißenmann*, ZMR 1984, 38; ZMR 1985, 42.

30 Vgl. dazu etwa *Walterscheidt*, WM 1995, 83 (85) einerseits, *Reinecke*, WM 1993, 101 (104) andererseits.

31 *Ulrich*, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl., S. 217. Siehe dazu auch *Jansen*, GE 2005, 1046.

32 So etwa AG Nauen, Beschl. v. 23.6.2008 – 10 C 429/04; vgl. auch LG Mönchengladbach, Beschl. v. 2.7.1998 – 5 T 175/98, ZMR 1998, 706.

33 Vgl. hierzu LG München, Urt. v. 23.5.1996 – 12 S 5599/94, WM 1996, 422, wonach eine dortige Umfrage des Gerichts ergeben hat, dass sich kein Sachverständiger fand, der bereit war, Vergleichsobjekte unter Offenlegung von Befundtatsachen in dem vom Verfassungsgericht geforderten Umfang bekannt zu geben.

34 Diese Hinweise sowie eine kritische Durchsicht des Aufsatzes verdanken wir dem Sachverständigen für Mieten für Grundstücke und Gebäude Herrn Dipl.-Geol. *Björn Jansen*, Berlin, der eine telefonische Umfrage durchgeführt hat und in jedem Bundesland, wo es entsprechende Sachverständige gibt, mit einem Gutachter gesprochen hat, um die bundesweit gängige Praxis zu ermitteln.

35 *Ulrich*, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl., S. 218; *Schopp*, ZMR 1977, 257; zustimmend *Wullkopf*, WM 1985, 3 (7).

36 Vgl. KG, Beschl. v. 6.6.1991 – 8 REMiet 323/91, WM 1991, 425.

37 *Ulrich*, Der gerichtliche Sachverständige, 12. Aufl., S. 373.