

---

**Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler**

---

**Innsbruck 2017**

---

Gregor Christandl | Simon Laimer | Kristin Nemeth  
Florian Skarics | Daniel Tamerl | Martin Trenker  
Caroline Voithofer | Mathias Walch [Hrsg.]

# **Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht**



**Nomos**



# Marken- und Wettbewerbsrecht als Vorbilder für die Vertragsauslegung?

## Demoskopische Befragungsmethoden und ihre ungewisse Zukunft

*Hanjo Hamann\**

Zwei Arten von Herausforderungen gewärtigt das Recht. Zum einen die großen Jahrhundertprobleme, die die gesamte Rechtsordnung erschüttern: Bankeninsolvenzen, Flüchtlingskrise, Brexit. Derart außerordentliche Probleme erfordern außerordentliche Kreativität, denn Musterlösungen gibt es nicht – ja nicht einmal Vergleichsfälle, um den Erfolg von Lösungsversuchen abzuschätzen. Die andere Art von Herausforderungen wird im Schatten der großen gern übersehen: Kleine alltägliche, über die kein Journalist berichtet, die aber *allt*äglich wiederkehren und Nutzen und Ansehen der Rechtsordnung immer wieder neu auf die Probe stellen; sie erfordern weniger Kreativität als Struktur und systematische Evaluation – eine gewissermaßen „evidenzbasierte“ Jurisprudenz.<sup>1</sup> Eines dieser Probleme ist die Mietminderung.

### **A. Mietminderung und Vertragsauslegung**

Nach § 536 I BGB reduziert sich die Miete kraft Gesetzes, wenn ein „Mangel“ an der Mietsache be- oder entsteht, „der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt“ oder „mindert“. In Tausenden Fällen passiert das jedes Jahr, und die Öffentlichkeit erfährt davon überhaupt nur dann, wenn sich Mieter und Vermieter streiten, vor Gericht ziehen und das Verfahren bis zum Ende durchfechten. Das umfangreichste Nachschlage-

---

\* Ich danke Almut Pflüger und Elisabeth Füßl-Grünig für praktische Einblicke in die Rechtsdemoskopie im Rahmen einer zweiwöchigen Hospitation Ende 2017, sowie der Daimler und Benz Stiftung für die finanzielle Unterstützung eines auf der vorliegenden Studie aufbauenden Postdoktorandenprojekts (2018–2020).

<sup>1</sup> *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz. Methoden empirischer Forschung und ihr Erkenntniswert für das Recht am Beispiel des Gesellschaftsrechts (Tübingen 2014).

werk mit gut 600 Seiten verzeichnet über 1.800 Leitentscheidungen der letzten fünfzig Jahre;<sup>2</sup> allein in den letzten zehn Jahren wurden 779 einschlägige Entscheidungen veröffentlicht,<sup>3</sup> etwa hundert Mal so viele dürften ergangen sein.<sup>4</sup> Wenige Rechtsgebiete sind so allgegenwärtig und in den Rechtsfolgen so fein ausdifferenziert.

## I. Welcher Methodik folgt die Mietminderung?

Wie also entscheidet die Richterin im Streitfall, wieviel Miete für eine geminderte „Tauglichkeit zum Gebrauch“ einbehalten werden darf? Dazu meint die Kommentarliteratur: Erstens richte sich die Minderungsquote „nicht nach den Vorstellungen des Mieters, sondern nach dem gesetzlich bestimmten Maß.“<sup>5</sup> Doch welches Maß gesetzlich „bestimmt“ ist, richte sich zweitens „stets nach den Umständen des Einzelfalls“<sup>6</sup> – nämlich „Art und Umfang der Beeinträchtigung für den vertragsgemäßen Gebrauch, zeitlichem Umfang des Mangels, Jahreszeit, baulichen oder optischen Mängeln, quantitativem Anteil der vom Mangel betroffenen Räume, Ansprüchen des Mieters im Hinblick auf die vereinbarte Miethöhe“.<sup>7</sup> Alles in allem also eine flexible Praxis mit sehr beweglichen Kriterien für das hehre Streben nach Einzelfallgerechtigkeit.

Doch wie steht es um Rechtssicherheit und Prozessökonomie? Ein Beispiel: Fällt etwa in Berlin ein Fahrstuhl aus, so zeigt eine Rechtspre-

---

2 Cathrin Börstinghaus, Mietminderungstabelle (München 4. Aufl 2017, zuvor 3. Aufl 2013) Teil 2 Tab 5.

3 Suche in juris-Rechtsprechung nach Norm § 536 BGB, Zeitraum 2007–2016 (Abfrage 10.10.2017).

4 Laut amtlicher Statistik für 2015 ([www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte2100210157004.pdf](http://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte2100210157004.pdf), 38 f) haben deutsche Amtsgerichte in jenem Jahr 38.283 begründete Urteile in Wohnungs- und sonstigen Mietsachen erlassen. Für denselben Zeitraum verzeichnen juris 381 und Beck Online 393 amtsgerichtliche Entscheidungen mit dem Suchbegriff *miet\** (Abfrage 10.10.2017).

5 Blank in Blank/Börstinghaus<sup>5</sup> (2017) Rn 175.

6 Ehlert in BeckOK-BGB<sup>43</sup> (2014) § 536 Rn 89 („in erster Linie nach der Schwere des Mangels, dem Grad und der Dauer der Tauglichkeitsminderung, dem Absinken auf den Mindeststandard bzw. dessen Unterschreiten und der dadurch bewirkten Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache“).

7 Schüller in BeckOK-MietR<sup>8</sup> (2017) § 536 BGB Rn 13 m Verw auf Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht<sup>7</sup> (2013) § 536 Rn 10.

chungsauswertung,<sup>8</sup> dass der Mieter im vierten Stock seine Miete um 10 % mindern darf, der im sechsten Stock um 15 % und der im zehnten Stock um 20 %. Wohnt der Mieter allerdings im fünften Stock in Bremen, sind es nur noch 7,5 % – und dem versehentlich um 10 % mindernden Mieter fällt (vorbehaltlich § 92 II Nr 1 ZPO) ein Viertel der Prozesskosten zur Last. Bei Zuvielminderungen, die in der Summe zwei Monatsmieten erreichen, droht sogar die außerordentliche fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs nach § 543 II Nr 3 lit b BGB.<sup>9</sup> Das sind gravierende Folgen, die sich nur dann begründen lassen, wenn der mindernde Mieter sie mit ausreichend Vorausschau auch vermeiden kann.

Auf eine allgemeine Methodik jedoch lässt sich die Praxis nicht festlegen. Nur ein Gericht versuchte einst, anhand einer explizit benannten Methode „den Bewertungsvorgang möglichst zu objektivieren und durchschaubar zu machen“<sup>10</sup> – und wie singulär dieses Urteil bis heute dasteht, lässt sich daran erkennen, wie beharrlich Kommentatoren immer dieselbe (inzwischen über dreißig Jahre alte) Entscheidung zitieren, um zu belegen, dass Gerichte „teilweise“ oder zumindest „zuweilen“ eine bestimmte Methodik verwenden.<sup>11</sup> Deutlicher lässt sich der Methodenverzicht für alle übrigen Fälle kaum aussprechen.

---

8 Alle Werte aus *Börstinghaus*, Mietminderungstabelle (Fn ) Teil 2 Tab 5.

9 Vgl BGH 25.10.2006, VIII ZR 102/06, NJW 2007, 428 (Mieterverein) = [www.lexetius.de/2006,3061](http://www.lexetius.de/2006,3061); BGH 11.7.2012, VIII ZR 138/11, NJW 2012, 2882 = [www.lexetius.de/2012,3400](http://www.lexetius.de/2012,3400); dazu *Hinz*, Mietminderung auf ungeklärter Tatsachengrundlage? Oder: Rechtsrat in schwierigem Gelände, NJW 2013, 337.

10 LG Hamburg 24.5.1983, 16 S 332/82, WuM 1983, 290 mit der sog Nutzwertanalyse, die heute als sagenumwobene „Hamburger Tabelle“ im Internet kursiert; ausf Erläuterung in *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer<sup>12</sup> (2015) § 536 Rn 367, 398 m Verw auf *Kamphausen*, Verfahren zur Ermittlung von Wohnwertminderungen bei Sachmängeln iSd § 537 BGB, WuM 1982, 3; *Kamphausen*, Mietminderung und Begutachtung durch Sachverständige, ZMR 1994, 445; *Isenmann*, Kurzverfahren für die richterliche Bestimmung der Mietzinsminderung, DWW 1995, 361.

11 Vgl *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer<sup>12</sup> (2015) § 536 Rn 367 („teilweise mit Hilfe der sog Nutzwertanalyse“ – Nachweis einzig LG Hamburg), Rn 398 („Dieses Verfahren wird auch von der Rechtsprechung zur Ermittlung der Mietminderung eingesetzt.“ – Nachweis einzig LG Hamburg); *Schüller* in BeckOK-MietR<sup>8</sup> (2017) § 536 BGB Rn 13 („zuweilen auch von der Rspr [...] eingesetzt“ – Nachweis einzig LG Hamburg); ganz schlicht *Ehlert* in BeckOK-BGB<sup>43</sup> (2014) § 536 Rn 85 („s. zur Nutzwertanalyse LG Hamburg ...“).

## II. Selbstdisziplinierung der Praxis durch Tabellen?

Doch die Praxis wäre nicht die Praxis, wenn sie nicht das kreativ-unvorhersehbare Element durch Gerichtsübung und Leitlinien einzudämmen wüsste. Das hehre Bekenntnis zu den Umständen des Einzelfalls wird also umgehend in handhabbare Typisierungen umgemünzt, die in tabellarischer Zusammenstellung ganz neue Rechtsautorität entfalten. Denn so sehr sich Tabellen ganz allgemein „in einem dogmatischen Niemandsland“ bewegen und „zivilprozessual gesprochen ‚Erfahrungswerte‘“ darstellen, so unleugbar ist die faktische Sogwirkung ihrer „Anleitungsrationalität“.<sup>12</sup> Wohl auch deshalb begnügt sich die Kommentarliteratur damit, die Gerichtspraxis nüchtern zu beobachten und lapidar festzustellen: „Die Praxis greift zur Bestimmung idR auf Tabellen zurück“.<sup>13</sup> Hinterfragt wird diese Praxis nie – und so sorglos wie manche Kommentatoren das in der Praxis verwendete Tabellenwerk zitieren,<sup>14</sup> fordern sie geradezu die Frage heraus, ob sie es überhaupt je selbst gesehen haben.

Die tabellarische Typisierung erzeugt jedenfalls ein mitunter erstaunliches Maß an Konsistenz, sogar über Jahre hinweg: Blickt man etwa auf die bisher veröffentlichten Entscheidungen zu defekten Klingel- und Gegensprechanlagen,<sup>15</sup> sind sich die Berliner Gerichte (die drei Viertel dieser Entscheidungen verantworten) bei der angemessenen Minderungsquote seit 1980 bis heute weitgehend einig: Um 3–5 % reduziert sich die Miete; nur zwei Entscheidungen befürworteten weniger. Auch in Aachen, Dessau und Potsdam kommt man auf 5 %, nur Rostock schert mit 10 % etwas aus.

---

12 Otto, Vom „Zwickauer Schlüssel“ zur „Düsseldorfer Tabelle“: Tabellen als Beispiele richterlicher Rechtsfortbildung, in Effer-Uhe ua (Hg) Richterliche Rechtsfortbildung und kodifiziertes Richterrecht. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler Bd 25 (Stuttgart 2016) 203 (204, 207).

13 Scheuch/Ebert in Schulze-NK<sup>9</sup> (2017) § 536 Rn 22; Ehlert in BeckOK-BGB<sup>43</sup> (2014) § 536 Rn 85: „Im Streitfall orientiert sich die Praxis zur Bestimmung der Höhe der Minderungsquote an prozentualen Schätzungen oder Tabellen“; Eisen Schmid in Schmidt-Futterer<sup>12</sup> (2015) § 536 Rn 365: „Die Praxis arbeitet bei Festlegung der Höhe der Minderung regelmäßig mit prozentualen Schätzungen und Mietminderungstabellen“; Oestmann in HKK (2013) § 536 Rn 56: „Für die Berechnung wurden Tabellen üblich“.

14 Das in Fn 2 zitierte Buch wird bspw zitiert als „Börstinghaus, Mietminderung, 3. Aufl. 2013“ (Scheuch/Ebert in Schulze-NK<sup>9</sup> (2017) § 536 Rn 22) oder „Börstinghaus/Cathrin, Mietminderungstabelle, 2. Aufl. 2013“ (Schüller in BeckOK-MietR<sup>8</sup> (2017) § 536 BGB Rn 13).

15 Folgende Zahlen nach Börstinghaus, Mietminderungstabelle (Fn ) Teil 2 Tab 5.

Doch blickt man näher auf die *relativen* Unterschiede, so stellt man fest, dass beispielsweise zwischen der in Berlin 2006 ausgeurteilten Quote (3%)<sup>16</sup> und der in Rostock acht Jahre zuvor befürworteten (10%)<sup>17</sup> immerhin eine Differenz von über 200 % klafft. Man fragt sich, welche Umstände des Einzelfalls wohl solche Schwankungen rechtfertigen – findet sie aber ebenso wenig in den Urteilsgründen des Rostocker Amtsgerichts wie in jenen des Berliner Landgerichts.

Die Praxis lässt sich also durch tabellarisierte Präjudizien leiten, die zwar ihre eigene Einzelfallabhängigkeit vor sich hertragen, aber die im Einzelfall relevanten Umstände kaum je mitteilen. Jede Stimme im Chor der über 500 bundesweit verteilten Richter, die heute Mietsachen entscheiden,<sup>18</sup> muss sich also auf nur teilweise tradierte Urteilsapokryphen verlassen – oder auf die eigene Intuition und das sprichwörtliche Wertungsgefühl. Dass die Kantaten dieses Chors mitunter Missklänge produzieren, dürfte niemanden überraschen: „Es handelt sich um reines Richterrecht mit einer mannigfaltigen Kasuistik“,<sup>19</sup> „sehr zeitgebunden und schwer berechenbar“.<sup>20</sup> Die Wissenschaft kann zur Unterstützung dieser Praxis wenig beitragen, wenn nicht zuerst eine überzeugende dogmatische Verortung ihres zentralen Rechtsbehelfs gelingt.

### III. Mietminderung als Frage nach Verkehrsauffassungen

Die Mietminderung ist – das wird der Bundesgerichtshof nicht müde zu betonen – „Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips und hat daher die Aufgabe, die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leis-

---

16 LG Berlin 14.9.2006, 62 S 90/06, GE 2006, 1407 = BeckRS 2010, 7839.

17 AG Rostock 30.9.1998, 41 C 183/98, WuM 1999, 64 – Volltext nur online unter [www.vermieter-ratgeber.de/mietrechtsurteile/mietminderung-0](http://www.vermieter-ratgeber.de/mietrechtsurteile/mietminderung-0).

18 Daten der amtlichen Statistik (Nachweis Fn 4): 280.163 erledigte Wohnungs- und sonstige Mietsachen bei Amtsgerichten im Jahr 2015, geteilt durch 585,7 pro Richter erledigte Verfahren ([www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Geschaeftsentwicklung\\_Zivilsachen.pdf](http://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Geschaeftsentwicklung_Zivilsachen.pdf)) ergibt  $\geq 478,33$  Richter für Mietsachen (schon unter der recht unrealistischen Annahme einer thematisch vollkommen spezialisierten Richterschaft).

19 Schüller in BeckOK-MietR<sup>8</sup> (2017) § 536 BGB Rn 13.

20 Oestmann in HKK (2013) § 536 Rn 56.

tungen sicherzustellen“.<sup>21</sup> In der Logik der Vertragsanpassung heißt das also, dass die Mietminderung nach Auftreten eines Mangels den Vertragsinhalt herstellt, den die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, „wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten“ (§ 313 I BGB). Rechtsökonomisch formuliert unterstellt der BGH einen im freien Leistungsaustausch ermittelten Gleichgewichtspreis, der am Schnittpunkt der Nutzenfunktionen von Mieter und Vermieter entsteht und sich durch späteres Abschreiten der Nutzenfunktion des Mieters so anpassen lässt, dass der neue Preis von der Nutzenfunktion des Vermieters gleichsam ablesbar wird. Man mag zwar fragen, inwieweit dieses vertragsliberale Verständnis überzeugen kann, wenn zugleich weitreichende Versuche staatlicher Preislenkung im Raum stehen – immerhin lautet der häufigste Satz des BGB: „Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam“;<sup>22</sup> und auch die Diskussionen um Bestellerprinzip und Mietpreisbremse wecken Zweifel am einwandfreien Funktionieren der Preisfindung am Mietmarkt. Für eine eingehendere rechtsökonomische Untersuchung ist hier kein Raum, deshalb geht die folgende Darstellung gleichwohl von der herrschenden Äquivalenzlogik aus.

Diese Logik macht den Mieternutzen – wie auch das Gewährleistungsrecht, das dem Leitbild des „verständigen Durchschnittsmieters“ folgt<sup>23</sup> – an der „objektiven Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch“ fest.<sup>24</sup> Und was wiederum „zum vertragmäßigen Gebrauch zählt, ergibt sich aus dem Mietvertrag, der Art des Mietobjekts und der *Verkehrssitte*“.<sup>25</sup> Damit stoßen wir auf einen schuldrechtlichen Schlüsselbegriff:

„Systematisch stellen sich damit in erster Linie Fragen der Vertragsauslegung einschließlich der ergänzenden Vertragsauslegung. [...] Die Rspr versucht,

---

21 BGH 23.4.2008, XII ZR 62/06, BGHZ 176, 191 = [www.lexetius.de/2008,1622](http://www.lexetius.de/2008,1622) m Verw auf BGH 6.4.2005, XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1, 6 = [www.lexetius.de/2005,661](http://www.lexetius.de/2005,661); seither noch BGH 10.3.2010, VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 = [www.lexetius.de/2010,647](http://www.lexetius.de/2010,647); BGH 15.12.2010, XII ZR 132/09, NJW 2011, 514 = [www.lexetius.de/2010,5249](http://www.lexetius.de/2010,5249); wortgleich *Emmerich* in Staudinger (2014) § 536 Rn 52.

22 *Hamann*, Juristische Kuriositäten – Ein Spaziergang durch den Paragrafendschun- gel, NJW 2009, 727 (729).

23 *Blank* in *Blank/Börstinghaus*<sup>5</sup> (2017) Rn 6.

24 *Ehlert* in *BeckOK-BGB*<sup>43</sup> (2014) § 536 Rn 85.

25 *Scheuch/Ebert* in *Schulze-NK*<sup>9</sup> (2017) § 536 Rn 8, 9 (Hervorhebung nur hier).

durch Bezugnahme auf die ‚Verkehrssitte‘ gem § 157 den Vertragsinhalt zu objektivieren.<sup>26</sup>

Wenn also die Rechtsprechung den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand („Tauglichkeit“ i.S.v. § 536 I BGB) „durch Auslegung [...] nach der Verkehrssitte bestimmt“,<sup>27</sup> so kann für Beeinträchtigungen dieses Zustands, die ja durch Minderungsquoten monetarisiert werden, kaum etwas anderes gelten. Soweit also – wie wohl meist – der Vertrag für konkrete mangelbedingte Tauglichkeitseinschränkungen keine Regelungen vorsieht, reduziert sich die Minderungsquote auf einen quantifizierten Ausdruck der in der Mietwirtschaft herrschenden Verkehrssitten im Sinne des § 157 BGB.

Damit ist die Brücke geschlagen, um die Mietminderung als besonderen Beispielfall eines viel allgemeineren und traditionsreichen Methodenproblems zu erkennen: Wie sind Verkehrssitten im Rahmen der Auslegung schuldrechtlicher Verträge zu ermitteln?

## B. Vertragsauslegung und Verkehrssitte

Die gerade gestellte Frage beantwortet die Mietrechtsliteratur unterschiedlich. Während einige meinen: „Die Bemessung der Höhe der Minderung ist [...] reine Rechtsanwendung. Diese ist dem Richter vorbehalten und muss idR durch richterliche Schätzung erfolgen. Die Beiziehung eines Sachverständigen ist unzulässig“,<sup>28</sup> erklären andere mit der großen Mehr-

---

26 *Teichmann* in Jauernig<sup>16</sup> (2015) § 536 Rn 15; ähnl Rn 4 („Die Rspr hat jedoch schon bisher zutr unter Berufung auf die Verkehrssitte (§ 157) und den Verwendungszweck faktisch die Parteiautonomie insofern eingeschränkt, als sie zB Wohnungen mit gesundheitsgefährdenden Einrichtungen stets als nicht vertragsgemäß behandelt hat“) mwN.

27 *Ehlert* in BeckOK-BGB<sup>43</sup> (2014) § 536 Rn 26 m Verw auf BGH 19.12.2012, VIII ZR 152/12, NJW 2013, 680 Rn 8; BGH 23.9.2009, VIII ZR 300/08, NJW 2010, 1133 Rn 11; BGH 10.5.2006, XII ZR 23/04, NJW-RR 2006, 1158 Rn 10; *Eisen Schmid* in Schmidt-Futterer<sup>12</sup> (2015) § 535 Rn 21, 56, 228, 232, 285; *Oestmann* in HKK (2013) § 536 Rn 43.

28 *Blank* in Blank/Börstinghaus<sup>5</sup> (2017) Rn 239 unter (zweifelhafter) Berufung auf OLG Zweibrücken 3.12.2015, 6 U 40/14, juris Rn 52 f – online unter landesrecht.rlp.de; *Emmerich* in Staudinger (2014) § 536 Rn 57: „welche Miete [...] noch angemessen ist [...] ist) eine Rechtsfrage, die nicht dem Beweis zugänglich ist, auch nicht durch die Einholung von Sachverständigengutachten; Gegenstand der Beweiserhebung können nur die tatsächlichen Voraussetzungen der Minderung



heit der Rechtsprechung: „Den Umfang der Minderung hat vielmehr das Gericht – ggf mit Hilfe von Sachverständigen – zu klären“,<sup>29</sup> also „unter Beiziehung eines Sachverständigen zur Ermittlung der Tatsachengrundlage, unter Würdigung aller Umstände Umfang und Auswirkungen der Mängel zur Feststellung der Höhe der Mietminderung zu bewerten.“<sup>30</sup>

Bisher fehlte es der letztgenannten Ansicht zwar an einer überzeugenden dogmatischen Herleitung,<sup>31</sup> doch ergibt sie sich bei Deutung der Mietminderung als Ermittlung einer Verkehrssitte zwanglos aus § 157 BGB. Denn seit einem Rechtsstreit über mietvertragliche Nutzungsbefugnisse nimmt der BGH im Anschluss an das Reichsgericht an: „Ob eine Verkehrssitte besteht, gehört dem Gebiet der tatrichterlichen Feststellung an“.<sup>32</sup> Folglich sei die Verkehrssitte – und mit ihr der Umfang mietvertraglicher Befugnisse – gerade das Gegenteil von „reiner Rechtsanwendung“:

---

sein [...] (anders KG NJW-RR 2000, 513)“; indessen scheinen die Differenzen zur vermeintlichen Gegenmeinung minimal – vgl KG 15.2.1999, 25 W 6893/98, NJW-RR 2000, 513: „Die Feststellung der Höhe der Mietminderung ist keine bloße Rechtsfrage. Das Maß der Beeinträchtigung durch einen Mangel der Mietsache zu ermitteln, ist zwar Aufgabe des Gerichts. Dieses darf hierzu aber gegebenenfalls einen Sachverständigen heranziehen“.

- 29 *Hüblein* in *MüKo*<sup>7</sup> (2016) § 536 Rn 45 m Verw auf BVerfG 29.5.2007, 1 BvR 624/03, NJW 2007, 3 118 (3120: „Liegt der behauptete Mangel vor, so ist, gegebenenfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen, der Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung zu klären. Daraus folgt sodann ohne Weiteres das Maß, in dem der Mietzins gemindert ist“); BGH 27.2.1991, XII ZR 47/90, NJW-RR 1991, 779 (780); BGH 11.6.1997, XII ZR 254/95, NJWE-MietR 1997, 202; *Heintzmann* in *Soergel*<sup>13</sup> (2007) § 536 Rn 32: „Den Umfang der berechtigten Minderung hat das Gericht von Amts wegen, gegebenenfalls durch Einholung eines Gutachtens, zu klären“.
- 30 *Ehlert* in *BeckOK-BGB*<sup>43</sup> (2014) § 536 Rn 85; ebenso *Eisenschmid* in *Schmidt-Futterer*<sup>12</sup> (2015) § 536 Rn 365: „Gegebenenfalls hat sich der Richter der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen und muss dann auf der Grundlage aller Feststellungen im Rahmen einer Gesamtschau [...] die Höhe der Minderung im Einzelfall feststellen.“; *Emmerich* in *Staudinger* (2014) § 536 Rn 52, 57, 77, 78.
- 31 Die in der vorigen Fn zitierten Autoren berufen sich alle auf § 287 ZPO, dagegen *Oestmann* in *HKK* (2013) § 536 Rn 56: Dies verstoße „klar gegen die im Prozeßrecht einhellige Auslegung von § 287 ZPO, denn die geminderte Gebrauchstauglichkeit ist gar kein Schaden“. Denkbar wäre immerhin eine Analogie zu § 441 III 2 BGB, die aber in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht thematisiert wird.
- 32 BGH 12.12.1953, VI ZR 242/52, LM § 157 BGB Nr 1 = [www.jurion.de/document/fullview/0:3613766](http://www.jurion.de/document/fullview/0:3613766); zust *M Wolf* in *Soergel*<sup>13</sup> (1999) § 157 Rn 77 mwN; *Singer* in *Staudinger* (2017) § 133 Rn 66; *Looschelders* in *AnwKomm*<sup>3</sup> (2016) § 133 Rn 59 f („kein normatives Kriterium“) und 101 (Verkehrssitte als „Tatfrage“).

Sie „stellt keine Rechtsnorm dar“ sondern „ist vielmehr die den Verkehr beherrschende tatsächliche Übung“.<sup>33</sup>

Verkehrssitten, so lässt sich also mit *Singer* formulieren, „gelten“ nur deshalb im Rechtssinne, „weil §§ 157 BGB und 346 HGB dies bestimmen [...] Vom Gewohnheitsrecht unterscheidet sich die Verkehrssitte gerade darin, dass diese nicht als Rechtsnorm zu qualifizieren ist“.<sup>34</sup> Der Grundsatz *iura novit curia* gilt für sie nicht; ein für das Bestehen einer Verkehrssitte beantragter Sachverständigenbeweis *muss* damit nach § 286 ZPO erhoben werden, wenn das Gericht sich nicht „nach pflichtgemäßem Ermessen eine als Überzeugung genügende eigene Sachkunde beimisst“.<sup>35</sup>

Die letztgenannte Einschränkung öffnet der tatrichterlichen Praxis freilich eine Hintertür: Sie weicht vielfach auf die Behauptung eigener Sachkunde aus (wobei „in den meisten Fällen allerdings sogar auf diese Erklärung verzichtet wird“<sup>36</sup>), um dem gefürchteten Sachverständigen zu entgehen. Das nimmt zwar kaum Wunder angesichts einer durch die Zumutung regelmäßiger empirischer Rückkopplung strukturell überforderten und in der Ressourcenausstattung darauf keineswegs eingestellten Rechtspraxis. Aus dem Blickwinkel der Methodenehrlichkeit verdient es aber gleichwohl Kritik:

„Es handelt sich lediglich um Mutmaßungen über die Verkehrsauffassung, die aber als feststehende Tatsachen präsentiert werden. [...] Welchen Sinn und Zweck hat es dann aber überhaupt, auf eine im Dunkeln liegende Verkehrsauffassung Bezug zu nehmen und einfach so zu tun, als kenne man ihren Inhalt? [...] In den – weit überwiegenden – Fällen, in denen niemand systematisch ermittelt, wie diese Verkehrsauffassung tatsächlich aussieht, errichten sie damit im Grunde genommen Potemkinsche Dörfer. [...] Auch wenn es ungewiss sein mag, ob sich konsequente und kostenmäßig vertretbare Antworten überhaupt finden lassen, muss in einer Disziplin, die sich als Wissenschaft be-

---

33 RG 16.10.1903, Rep VII 228/03, RGZ 55, 375 (377) m Verw auf RG 1.11.1901, Rep II. 230/01, RGZ 49, 157 (162: „Verkehrssitte, d.h. eine den Geschäftsverkehr beherrschende tatsächliche Übung“); beide zust zit von BGH (vorige Fn), zu diesem wiederum schon *Hamann/Hoefl*, Die empirische Herangehensweise im Zivilrecht: Lebensnähe und Methodenehrlichkeit für die juristische Analytik?, AcP 217 (2017) 311 (328 Fn 87).

34 *Singer* in Staudinger (2017) § 133 Rn 67.

35 BGH 12.12.1953, VI ZR 242/52, insoweit nur online ([www.jurion.de/document/fullview/0:3613766](http://www.jurion.de/document/fullview/0:3613766)).

36 *Müller*, Mutmaßungen über die Verkehrsauffassung, JR 1992, 8 (9).

greift, wenigstens danach gesucht werden. Ein bloßes Verstecken der Problematik hinter dem Begriff ‚Verkehrsauffassung‘ genügt nicht.“<sup>37</sup>

Damit lässt sich feststellen: „Das ‚Bestehen einer ‚Verkehrssitte‘ im Rahmen der Auslegung nach § 157 BGB unterliegt der tatrichterlichen Feststellung und macht genau genommen empirische Forschung ‚unverzichtbar‘,“<sup>38</sup> denn „welche Auffassungen mit welcher Quote im Verkehr vorhanden sind, kann niemand ‚aus eigener Sachkunde‘ feststellen. Wer wirklich wissen will, wie die maßgeblichen Verkehrskreise denken, der muß diese auch tatsächlich (be-)fragen. Das Instrument hierzu ist demoskopische Ermittlung in Form der Befragung eines repräsentativen Querschnitts dieser Verkehrskreise.“<sup>39</sup> Und damit stehen wir nun schon mit einem Bein im Gewerblichen Rechtsschutz.

## C. Verkehrssitte und Rechtsdemoskopie

Der Gewerbliche Rechtsschutz gilt als „Vorreiter für Demoskopie in der Rechtspraxis“<sup>40</sup> (I.). In seinem Gefolge hat sich aber auch die allgemeine Vertragsauslegungsmethodik solchen Methoden zugewandt (II.), so dass auch ihr Einsatz im Mietrecht (III.) denkbar erscheint.

### I. Demoskopie im Gewerblichen Rechtsschutz

Repräsentative Befragungen werden als ein „im Wettbewerbs- und Markenrecht übliches“<sup>41</sup> und in den letzten Jahrzehnten sogar „als das verläss-

---

37 Müller, JR 1992, 8 (9, 10, 12) mwN, zB in Fn 16; zuvor schon Müller, Demoskopie und Verkehrsauffassung im Wettbewerbsrecht, insbesondere im Rahmen des § 3 UWG, WRP 1989, 783 (784).

38 Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz (Fn 1) 35 mwN (darunter die eben zitierte BGH-Entscheidung).

39 Müller, JR 1992, 8 (11), und weiter: Deren „sorgfältige und korrekte Durchführung vorausgesetzt, [kann] kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass es sich [.] um die bestverfügbare Methode handelt. Niemandem ist bisher etwas besseres eingefallen.“

40 Müller, JR 1992, 8 (11).

41 Brehmeier-Metz in Erbs/Kohlhaas<sup>194</sup> (2013) § 25 WeinG Rn 6 [3]; Ruess in MK-LauterkeitsR<sup>2</sup> (2014) § 5 UWG Rn 266 („Beweismittel im Sinne der §§ 402 ff. ZPO“) m Verw auf BGH 29.6.1966, I b ZR 99/64, GRUR 1967, 100 (102): „Sachverständigenbeweis“.

lichste Beweismittel angesehen.“<sup>42</sup> Nach dem Zweiten Weltkrieg hatten sich das Warenzeichen- und Lauterkeitsrecht beiderseits des Atlantiks parallel dahin entwickelt, dass schon in den frühen 1960er Jahren sowohl in den USA<sup>43</sup> als auch in Deutschland die demoskopische Methodik „nahezu einhellig bejaht“ wurde.<sup>44</sup> Später geriet sie hierzulande vor allem unter dem Eindruck des europäischen Verbraucherleitbilds in die Kritik,<sup>45</sup> das eher als Ebenbild richterlicher Selbstwahrnehmung denn als Abbild der gesellschaftlichen Mehrheitsverhältnisse geformt wurde und dementsprechend die Entscheidungserheblichkeit demoskopischer Umfragen (gezielt oder nicht) in Frage stellte. Auch die Gutachtenschlacht im jahrelangen Gerichtsstreit um die Farbmarke „Rot“ der Sparkassen hat der Demoskopie jüngst einen Bärendienst erwiesen.<sup>46</sup>

- 
- 42 *Grabrucker*, Demoskopische Umfragen zur Verkehrsdurchsetzung in der deutschen Rechtsprechung, GRUR-Prax 2016, 93; *Ruess* in MK-LauterkeitsR<sup>2</sup> (2014) § 5 UWG Rn 266: „ungeachtet aller Schwierigkeiten und Kosten [...] als bestverfügbares Mittel zur Ermittlung der tatsächlichen Verkehrsauffassung anzusehen“; ebenso schon *Tetzner*, Demoskopische Gutachten als Beweismittel, JZ 1965, 125 (125, 126): „*unenbehliches* Hilfsmittel auch im Prozeß [...] dieses grundsätzlich so wertvolle Beweismittel [...] teilt seine Unvollkommenheit mit vielen anderen Beweismitteln, nicht zuletzt mit dem Zeugenbeweis“.
- 43 Dazu ausf *Vida*, Die Konsumentenumfrage in der Warenzeichenrechtsprechung der USA, GRUR Int 1989, 267; jüngst *Ben-Shahar/Strahilevitz*, Interpreting Contracts via Surveys and Experiments, NYU Law Review 92 (2017) 1753, abrufbar unter [www.nyulawreview.org](http://www.nyulawreview.org).
- 44 *Sauberschwarz*, Gutachten von Markt- und Meinungsforschungsinstituten als Beweismittel im Wettbewerbs- und Warenzeichenprozess (Tübingen 1969) 10; BGH 13.7.1962, I ZR 43/61, GRUR 1963, 270, 273 (Bärenfang): „Die Meinungsbefragung ist, wie der erkennende Senat wiederholt ausgesprochen hat, ein zulässiges und vielfach auch geeignetes Beweismittel“; auf skeptische Gegenstimmen verweist aber schon *Tetzner*, JZ 1965, 125 (126).
- 45 Bspw *Scherer*, Normative Bestimmung von Verwechslungs- und Irreführungsgefahr im Wettbewerbsrecht, GRUR 2000, 273; *Westermann*, Bekämpfung irreführender Werbung ohne demoskopische Gutachten, GRUR 2002, 403; frühere Nachw in *Becker*, Das demoskopische Gutachten als zivilprozessuales Beweismittel (Frankfurt 2002) 27 ff; neuer *Ruess* in MKLauterkeitsR<sup>2</sup> (2014) § 5 UWG Rn 266: „Noch nicht näher geklärt ist die Frage, ob und wie das von dem EuGH der Irreführungsgefahr zugrunde gelegte Verbraucherleitbild Einfluss auf die Form und den Inhalt der durchzuführenden Befragung nehmen könnte.“
- 46 Reaktion etwa von *Lerach*, Demoskopie im Markenrecht, GRUR-Prax 2017, 137; versachlichend *Pflüger*, Richterliche Erfahrungssätze und rechtsdemoskopische Erfahrungen, in Büscher ua (Hg) Marktkommunikation zwischen geistigem Eigen-

Dabei war schon immer ziemlich unklar, welchem Trend die Demoskopie im Gewerblichen Rechtsschutz eigentlich folgt. Zur selben Zeit, da die einen spekulierten, dass Demoskopie „voraussichtlich in nicht allzu ferner Zeit ebenso selbstverständlich sein“ werde „wie die Verwendung von Gutachten technischer oder medizinischer Sachverständiger“,<sup>47</sup> stellten andere durch Aktenanalysen fest, dass in 3.000 Wettbewerbsprozessen nur „in 14 Fällen Meinungsumfragen als Beweismittel angeführt“ und nur in drei Fällen „schließlich durch Beweisbeschluss des Gerichts angefordert“ wurden.<sup>48</sup> Diese kontroversen Wahrnehmungen ziehen sich durch die Geschichte der Rechtsdemoskopie<sup>49</sup> und noch heute sprechen die einen vom „gelegentlichen Einsatz der Demoskopie im Wettbewerbsrecht [...], der jedoch keine große praktische Bedeutung hat“,<sup>50</sup> während andere feststellen: „Alle Sachverständigen der vier größten in Deutschland auf dem Gebiet der Rechtsdemoskopie tätigen Institute verzeichnen seit Jahren einen stetigen Anstieg der Beauftragung, sei es im Wettbewerbsrecht, sei es im Markenrecht.“<sup>51</sup> Es wäre eine eigene wissenssoziologische Untersuchung wert, wie diese widersprüchlichen Wahrnehmungen entstehen, ob infolge allgemeiner menschlicher Reaktionsmuster im Angesicht innovativer Technologien,<sup>52</sup> oder vielmehr aufgrund der sozialen Rollen und Motivationslagen der jeweiligen Autoren: Wissenschaftler, Parteianwälte, Richter und gewerbliche Demoskopisten.

---

tum und Verbraucherschutz. Festschrift für Karl-Heinz Fezer (München 2016) 102 ff; *Grabrucker*, GRUR-Prax 2016, 93.

- 47 *Benda/Kreuzer*, JZ 1972, 497 (499), und programmatisch 498: „Auf diese Weise kehrt man mit den Methoden der modernen empirischen Sozialforschung sogar in etwa zur Konzeption des Gesetzgebers der Jahrhundertwende zurück, für den die Verweisung auf außerrechtliche Wertmaßstäbe keinen Freibrief, sondern Bindung an feststehende Standards bedeutete – während der Zerfall der Evidenz dieser Standards dem Richter mehr und mehr Spielraum für eigene Wertungen gab.“
- 48 So *Pflüger* in *Gloy/Loschelder/Erdmann*<sup>4</sup> (2010) § 42 Rn 4 über *Kur*, Beweislast und Beweisführung im Wettbewerbsprozess (Köln 1981) 104 ff, 109, die Gerichtsakten von 1972–74 untersucht hatte.
- 49 Vgl *Becker*, Gutachten (Fn 45) 8 Fn 77 und umgebender Text.
- 50 *Oechsler* in *Staudinger* (2017) § 826 Rn 29.
- 51 *Pflüger* in *Gloy/Loschelder/Erdmann*<sup>4</sup> (2010) § 42 Rn 3, aber in Rn 4 auch mit dem Hinweis: „an der uneinheitlichen Beauftragungspraxis durch die verschiedenen Gerichte hat sich bis heute (2009) kaum etwas geändert. Dies mag nicht zuletzt auch damit zusammenhängen, dass bestimmte Gerichte bevorzugt angerufen werden, andere dagegen kaum oder gar nicht.“
- 52 Vgl die Zusammenstellung und Audio-Aufbereitung bei [www.pessimists.co](http://www.pessimists.co).

Wie immer die Bewegungskurve der Rechtsdemoskopie auch aussehen mag, jedenfalls finden sich im Gewerblichen Rechtsschutz inzwischen zahlreiche Entscheidungen, die solche Methoden einsetzen und dafür methodologische Kriterien entwickeln. Ein auch nur cursorischer Überblick über die bisherigen „Anwendungsgebiete demoskopischer Gutachten in der zivilprozessualen Praxis“, wie er andernorts kundig und umfassend erstattet wurde,<sup>53</sup> erübrigt sich an dieser Stelle – es genügen die Stichworte *Irreführungseignung* (§ 5 I UWG, § 8 II Nr 2 und §§ 126 ff MarkenG, § 8 II Nr 4 MarkenG, § 18 II 1 HGB, § 25 I, II Nr 2 WeinG), *Unterscheidungskraft* (§§ 8 II Nr 1, 9 I Nr 3, 10 I MarkenG), *Verkehrsdurchsetzung* (§ 8 III MarkenG), *Bekanntheit* (§ 14 II Nr 3 MarkenG) und *Verwechslungsgefahr* (§§ 9 I Nr 2, 10 I, 14 II Nr 2, 15 II MarkenG).

## II. Vertragsauslegung durch Repräsentativbefragung?

Außerhalb des Gewerblichen Rechtsschutzes hat das Zivilrecht von der Demoskopie bisher kaum Kenntnis genommen – sieht man einmal vom bereits erwähnten § 18 HGB ab, der sachlich zum Lauterkeitsrecht zählt, und vom mitunter warenzeichennah gebrauchten § 12 BGB.<sup>54</sup> Schon diese Ausnahmen zeigen aber, dass allgemeine Zivilrechtsvorschriften *funktional* durchaus ähnlich wirken können wie die schon bisher demoskopieerprobten Rechtsgebiete. So überrascht es vielleicht nicht, wenn Vertreter einer funktionaleren Rechtsanalytik neuerdings vorschlagen, „Vertragsauslegung durch Umfragen und Experimente“ zu ermöglichen:

„Vertragsklauseln sind ein Mittel, mit dem Parteien einander Versprechen kommunizieren. Ein anderes Kommunikationsmittel ist vorvertragliches ‚Marketing‘ – die Erklärungen einer Partei gegenüber potentiellen Vertragspartnern durch Werbung, Markenprägung und verschiedene Behauptungen und Offenlegungen. Um die Bedeutung solcher Kommunikation und der dadurch vermittelten Verkehrserwartungen zu ermitteln, vertrauen Gerichte schon lange auf Demoskopie. [...] Wenn sie eine verlässliche Methode darstellt, um informelle Erklärungen in der Anbahnungsphase zu verstehen, war-

---

53 *Becker*, Gutachten (Fn 45) 17–78.

54 Vgl zum Namensschutz im Fall „Uwe“ (Seeler): BGH 27.01.1983, I ZR 160/80, NJW 1983, 1184 = [www.jurion.de/urteile/bgh/1983-01-27/i-zr-160\\_80](http://www.jurion.de/urteile/bgh/1983-01-27/i-zr-160_80), dazu *Becker*, Gutachten (Fn 45) 70, auch zur umgekehrten (Abwehr-)Konstellation im Fall „Johanniter-Bier“: BGH 24.10.1990, XII ZR 112/89, NJW-RR 1991, 934 = [www.jurion.de/urteile/bgh/1990-10-24/xii-zr-112\\_89](http://www.jurion.de/urteile/bgh/1990-10-24/xii-zr-112_89).

um sollte sie dann nicht ebenso aufschlussreich sein, um die Bedeutung ausformulierter Vertragskautele zu erfassen?<sup>55</sup>

Für diese funktionale Äquivalenz von Vertragstexten mit Warenzeichen und Werbung finden sich auch gesetzliche Anhaltspunkte. So wird beispielsweise die vom Käufer erwartbare Beschaffenheit einer Kaufsache, soweit sie nicht im Vertrag vereinbart wurde, nach § 434 I 3 BGB auch durch „öffentliche Äußerungen des Verkäufers [...] insbesondere in der Werbung“ bestimmt. Daher wäre es in der Tat merkwürdig, wenn ein und dieselbe Werbeäußerung zwar mittels Demoskopie auf ihr Irreführungspotential (§ 5 I UWG) untersucht werden könnte, aber ihr Bedeutungsgehalt im daraufhin zustande gekommenen Kaufvertrag gänzlich ohne demoskopische Unterstützung bestimmt werden müsste.

In Bezug auf die Verkehrssitte iSv. § 157 BGB, die der BGH ja von vornherein als „tatsächliche Übung“ auffasst, ist der Einsatz demoskopischer Methoden auch kein ganz neuer Vorschlag. Schon vor über dreißig Jahren entwickelte *Andreas Heldrich* in seinem Passauer Zivilrechtslehrerreferat die Position, das Bestehen einer solchen Verkehrssitte setze

„jedenfalls die faktische Übung in einer sozialen Gruppe voraus, zB an einem bestimmten Ort oder in einer bestimmten Branche. Ob für den Verkehrskreis, welchem die Beteiligten angehören, eine Verkehrssitte besteht, ist also eine tatsächliche Frage. Bei ihrer Beantwortung ist die Heranziehung der empirischen Sozialforschung in Zweifelsfällen m.E. unverzichtbar. Hier dürfte sich in der Tat ein wichtiges Arbeitsgebiet für Repräsentativumfragen ergeben.“<sup>56</sup>

Gleiches muss dann natürlich für die Ermittlung der Sitten spezieller Verkehrskreise gelten – wie die „Handelsbräuche“ der Kaufleute (§ 346

---

55 *Ben-Shahar/Strahilevitz*, NYU Law Review 92 (2017) 1767: “Contractual terms are one way in which parties communicate their promises. Another channel of communication is precontractual ‘marketing’ – the representations that a party makes to its potential contractual counterparts through advertising, branding, and various statements and disclosures. In adjudicating the meaning of these communications and the expectations they convey to their recipients, courts have long been relying on surveys. [...] S. 1768] If the survey method is a reliable method to elicit the meaning of the informal marketing-phase messages, why isn’t it equally instructive for deciphering the meaning of drafted contractual terms?”

56 *Heldrich*, Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 186 (1986) 74 (91 f); für Österreich ebenso *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (Wien 2. Aufl 1991) 93 f: „das Instrumentarium der empirischen Sozialwissenschaften [...] müßte die Ergebnisse exakter und besser nachprüfbar liefern [...] bei der Feststellung einer Verkehrssitte sowie eines Handelsbrauches“ (in Fn 226 mwN zum „Beweis durch Demoskopie im österreichischen Zivilprozess“).

HGB)<sup>57</sup> oder die „allgemein“ unter Techniksachverständigen „anerkannten Regeln“<sup>58</sup> – sowie für den Rückgriff auf Verkehrsanschauungen, etwa in § 97 I 2 BGB<sup>59</sup> oder § 119 II und § 151 S 1 BGB.<sup>60</sup>

### III. Mietrechtliche Demoskopie?

Schließen wir nun den Kreis zum Eingangsbeispiel, zur Mietminderung. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der Mietminderung (zumindest auch) um eine Monetarisierung von Verkehrssitten. Wie ebenfalls erwähnt, stammt auch der vielzitierte Präzedenzfall des BGH von 1953, der das Bestehen von Verkehrssitten als Tatfrage qualifizierte, aus einem Mietrechtsstreit. Es liegt also durchaus nahe, auch die Mietminderung einer demoskopischen Unterstützung zuzuführen. Zumal die repräsentative Befragung für Zwecke der Mietpreisbildung längst gesetzliche Anerkennung erfahren hat: Im Zuge der Mietrechtsreform 2001 wurde in § 558d BGB der sog. qualifizierte Mietspiegel eingeführt, der nach Absatz I der Vorschrift „nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellt“ werden muss.<sup>61</sup> Damit war gemeint,

„dass ein qualifizierter Mietspiegel nur dann vorliegt, wenn er [...] ein realistisches Abbild des Wohnungsmarktes liefert. Dies kann nur durch Ziehung

---

57 BGH 28.11.1963, Ia ZR 8/63, BGHZ 40, 332 (333 f) = [www.jurion.de/urteile/bgh/1963-11-28/ia-zr-8\\_63#rz45](http://www.jurion.de/urteile/bgh/1963-11-28/ia-zr-8_63#rz45): „Die Feststellung etwa eines Handelsbrauchs, dh einer Verkehrssitte des Handels [...] ist dagegen tatsächlicher Natur und infolgedessen dem Revisionsgericht entzogen“; st Rspr seit BGH 14.11.1951, II ZR 41/51 = [www.jurion.de/urteile/bgh/1951-11-14/ii-zr-41\\_51#rz13](http://www.jurion.de/urteile/bgh/1951-11-14/ii-zr-41_51#rz13); BGH 28.05.1956, II ZR 314/55 = [www.jurion.de/urteile/bgh/1956-05-28/ii-zr-314\\_55](http://www.jurion.de/urteile/bgh/1956-05-28/ii-zr-314_55) (Ls); für Demoskopie daher *Schweizer/Quitt*, Rechtstatsachenermittlung durch Befragen Bd I (Köln 1985) 65 ff; zust *Heldrich*, AcP 186 (1986) 74 (93) m Verw auch auf *Wagner*, Zur Feststellung eines Handelsbrauches, NJW 1969, 1282 (1284).

58 Zu diesem „Ausdruck einer auf Sachverstand und Beteiligtsein beruhenden, also qualifizierten Verkehrsanschauung“ näher *Becker*, Gutachten (Fn 45) 77 f mwN.

59 Dazu *Ring* in NK-BGB<sup>3</sup> (2016) § 97 Rn 48: „Die Beweiserhebung über die Verkehrsanschauung bedarf grundsätzlich der Einholung eines Sachverständigengutachtens in Gestalt einer demoskopischen Umfrage.“; zust. *Mössner* in BeckOGK (1.5.2017) § 97 BGB Rn 89.1 Fn 417.

60 *Heldrich*, AcP 186 (1986) 74 (88): „die Durchführung einer Umfrage durch ein Meinungsforschungsinstitut“ komme in Betracht „etwa bei der Beurteilung des Vorliegens einer verkehrswesentlichen Eigenschaft i.S.v. § 119 II BGB“; zu § 151 ebd 91.

61 Ausf dazu *Becker*, Gutachten (Fn 45) 74 f.



einer repräsentativen Zufallsstichprobe – möglichst durch eine Primärerhebung – aus der Grundgesamtheit erfolgen. [...] Wegen der an den qualifizierten Mietspiegel geknüpften Rechtsfolgen muss die Anwendung anerkannter wissenschaftlicher Methoden dokumentiert und damit nachvollziehbar und überprüfbar sein.“<sup>62</sup>

Diese gesetzgeberische Wertung wurde ausdrücklich gegen Widerspruch aus der Länderkammer verteidigt, die vorgeschlagen hatte, auch plural ausgehandelte Mietspiegel als qualifizierte zu behandeln.<sup>63</sup> Die Anwendung und der Erkenntniswert repräsentativer Befragungen ist also dem Mietrecht nicht fremd, und betrifft mit Mietspiegeln auch ausgerechnet den Bereich der „Richtigkeit und Aktualität“ von „Angaben zur ortsüblichen Vergleichsmiete“,<sup>64</sup> also eine Frage der mietvertraglichen Preisbildung. Daher ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch Fragen der *Mietminderung* einer demoskopischen Methodik zugänglich sein sollten.

#### D. Praktische Einwände und Perspektiven

*Das mag in der Theorie richtig sein...*<sup>65</sup> doch wie steht es um die praktische Durchführbarkeit? Denn viele der bisher kursierenden grundsätzlichen Einwände gegen die Beweiseignung demoskopischer Methoden dürf-

---

62 Bundesregierung, Begr zum Mietrechtsreformgesetz-Entwurf, BT-Drs 14/4553 v 9.11.2000, 57; ebenso Bundesrat, StN zum Mietrechtsreformgesetz-Entwurf, BT-Drs 14/4553 v 9.11.2000, 82: „Dies bedeutet, dass eine repräsentative Zufallsstichprobe möglichst durch eine Primärerhebung aus der Grundgesamtheit gezogen werden muss.“

63 Bundesregierung, Gegenäußerung zur BRat-StN zum Mietrechtsreformgesetz-Entwurf, BT-Drs 14/4553 v 9.11.2000, 100: Der Mietspiegel müsse „in jedem Fall nach wissenschaftlich anerkannten Methoden erstellt sein, die sicherstellen, dass er ein realistisches Abbild des Wohnungsmarktes liefert. Dies kann nur auf der Basis einer repräsentativen Stichprobe erfolgen. Die einvernehmliche Feststellung eines Mietspiegels von Gemeinde und den Interessenvertretern, wie es der Bundesrat in seiner Alternative bb) vorschlägt, kann dies nicht gewährleisten, da die Datenbestände der Verbände nur von ihren Mitgliedern gewonnen werden und deshalb nicht repräsentativ sind. [...] Dies ist aus Sicht der Bundesregierung aus rechtsstaatlichen Gründen unerlässlich. Die Bundesregierung lehnt diese Alternative daher ab.“

64 Bundesregierung, Gegenäußerung zur BRat-StN zum Mietrechtsreformgesetz-Entwurf, BT-Drs 14/4553 v 9.11.2000, 100.

65 Buchtitel von *Jestaedt* (Tübingen 2006) – Untertitel „Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis“.

ten ihre „wirklichen Gründe“ eher im Bereich der praktischen Umsetzbarkeit haben.<sup>66</sup> Diese Gründe sind es letztlich, die bisher „ein breiteres Umsichgreifen demoskopischer Verfahren in der ‚normalen‘ zivilrechtlichen Praxis nicht wahrscheinlich“ erscheinen ließen.<sup>67</sup> Insbesondere drei praktische Einwände finden sich wieder und wieder:

Zunächst natürlich Unterschiede im Problembewusstsein und der methodischen Offenheit der verschiedenen Rechtsgebiete. So sind die Parteien im Gewerblichen Rechtsschutz

„auf Grund ihrer geschäftlichen Erfahrung ohnehin an Marktforschungsstudien gewöhnt. Sie stehen derartigen Befragungen deshalb in der Regel aufgeschlossener gegenüber als die Parteien eines gewöhnlichen Zivilprozesses. Vor allem aber scheinen die Gerichte [...] im Gewerblichen Rechtsschutz] ihre eigene Sachkunde traditionsgemäß selbst dann in Zweifel zu ziehen, wenn die beteiligten Richter an sich persönlich ebenfalls zu den betroffenen Verkehrskreisen gehören. Das gleiche ‚Problembewußtsein‘ hat sich bei der Anwendung verwandter zivilrechtlicher Rechtsbegriffe wie Verkehrswesentlichkeit einer Eigenschaft oder Erheblichkeit eines Fehlers nach der Verkehrsanschauung noch nicht eingestellt.“<sup>68</sup>

Dieser Einwand freilich stellt *aus sich heraus* kein Hindernis dar. Die berüchtigte „normative Kraft“ des Faktischen bedarf ja – in der für die Verwirkung entwickelten Terminologie – neben dem Zeitmoment stets auch eines Umstandsmoments, das ein Vertrauen auf die bisherige Praxis als normativ berechtigt erscheinen lässt. Tradition allein bindet nicht, wenn sie schon nach der Rechtsprechung von 1901 (Fn 33) rechtsfehlerhaft erscheinen musste.

Ein solches Umstandsmoment wird, zweitens, meist im schieren Aufwand der Demoskopie gesehen:<sup>69</sup> „Der damit verbundene Zeit- und Kostenaufwand [...] könnte sich für den wirtschaftlich Schwächeren geradezu

---

66 So für das Lebensmittelrecht ausdr *Streinz*, Werbung für Lebensmittel – Verhältnis Lebensmittel- und Wettbewerbsrecht, GRUR 1996, 16 (21 f); vgl auch *Leible* in *Streinz/Kraus*<sup>31</sup> (2010) Rn 544 f; *Müller*, Demoskopie in der Zitadelle des Strafrechts? Das Merkmal der ‚Irreführung‘ in § 4 UWG und § 17 I 5 b LMBG, GRUR 1986, 420.

67 *Heldrich*, AcP 186 (1986) 74 (90).

68 *Heldrich*, AcP 186 (1986) 74 (90).

69 *Heldrich*, AcP 186 (1986) 74 (89): „Die durchschnittlichen Kosten einer solchen Repräsentativumfrage dürften sich auf mindestens 20 000,- DM belaufen.“; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*<sup>35</sup> (2017) § 12 UWG Rn 2.76: „ein ungewöhnlich aufwändiges Verfahren [...], das regelmäßig hohe Kosten verursacht (etwa von 15.000 € aufwärts; Teplitzky/Schwippert Kap. 47 Rn 16)“.

als eine Rechtswegsperre neuer Art auswirken.“<sup>70</sup> Dagegen ist jedoch zu bedenken, dass Internet und neue Medien inzwischen ganz neue Verbraucher-Beteiligungsformen ermöglichen, darunter auch zeit- und kostengünstige Befragungsstudien.<sup>71</sup> Diese Studien scheinen zumindest im Gewerblichen Rechtsschutz gleichwertige Ergebnisse zu liefern wie die bisher praktizierte Demoskopie,<sup>72</sup> wobei für vertragsrechtliche Fragen wie die Mietminderung natürlich noch einschlägige Vergleichsstudien fehlen. Jedenfalls dürfte das Kostenargument aber in den als Musterprozessen oder von mietwirtschaftlichen Verbänden betriebenen Massenfällen ebenso wenig als Gegenargument durchschlagen wie für wissenschaftliche Pionier- und Begleitstudien.

Drittens schließlich findet sich bisweilen – und vermehrt nach der Gutachtenschlacht zum Sparkassen-Rot (so bei Fn 46) – der Einwand, dass Demoskopie „wegen der Schwierigkeit richtiger Fragestellungen in besonderem Maße der Gefahr des Misslingens ausgesetzt ist“.<sup>73</sup> Schon dieser Einwand zeigt freilich, dass sich Demoskopie immerhin an ihrem „Gelingen“ messen lässt, was für die richterliche Innenschau kaum vorstellbar erscheint. Die öffentlich und transparent diskutierbaren Annahmen eines Gutachtens sind gerade seine wesentliche Stärke in puncto Diskursrationalität und Methodenehrlichkeit.<sup>74</sup>

---

70 *Heldrich*, AcP 186 (1986) 74 (90) m Verw auf *Heldrich*, Das trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts, JuS 1974, 281 (287); *Hopt*, Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 1975, 341 (348); ähnlich *Becker*, Gutachten (Fn 45) 9: „es gelte zu verhindern, daß die *Drohung* mit der demoskopischen Umfrage zur *Einschüchterung* der finanziell schwächeren Partei benutzt werde“.

71 *Ben-Shahar/Strahilevitz*, NYU Law Review 92 (2017) 1782: “surveys are practical and inexpensive”; ebd 1805: “Survey interpretation is becoming increasingly cheap.”; ebd 1806: “Online surveys are quicker, less expensive, and can reach a population of consumers that is demographically representative and nationally dispersed”.

72 So *Ben-Shahar/Strahilevitz*, NYU Law Review 92 (2017) 1806 vor Fn 187 mwN.

73 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*<sup>35</sup> (2017) § 12 UWG Rn 2.76 mit Beispielen aus der Rspr.

74 Zu diesem Grundanliegen der Rechtsempirie vgl schon den Titel von *Hamann/Hoefl*, AcP 217 (2017) 311 – oben Fn 33; zuvor schon *Hamann*, Der „Sprachgebrauch“ im Waffenarsenal der Jurisprudenz. Die Rechtspraxis im Spiegel der quantitativ-empirischen Sprachforschung, in Vogel (Hg) Zugänge zur Rechtssemantik. Interdisziplinäre Ansätze im Zeitalter neuer Medien (Berlin 2015) 184 (203).

Zu den schon bisher diskutierten allgemeinen Einwänden gegen demoskopische Methoden treten für den Bereich der Mietminderung noch besondere und bisher wenig beleuchtete Herausforderungen. Dazu zählen etwa mögliche Verzerrungen durch die soziale Erwünschtheit bestimmter Antworten, für die sich Abhilfe in den Sozialwissenschaften finden lassen könnte,<sup>75</sup> sowie die von den Wirtschaftswissenschaften erkannten Probleme einer expliziten Valutierung nicht marktgängiger Wirtschaftsgüter, für die dort ebenfalls neue methodische Ansätze entwickelt wurden und werden. Damit betreten wir indessen vollends interdisziplinäres Neuland, was einer weiteren Ausarbeitung in künftigen Untersuchungen vorbehalten bleiben muss.

## **E. Fazit in Thesen**

1. Zumindest soweit mietvertragliche Abreden fehlen, wirft eine Mietminderung Fragen nach dem Bestehen und Inhalt von Verkehrssitten iSd § 157 BGB auf.
2. Verkehrssitten sind gem. § 157 BGB nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich empirisch zu ermitteln, also etwa durch Demoskopie.
3. Die vom Marken- und Wettbewerbsrecht längst anerkannte Beweiseignung der Demoskopie lässt sich nach den impliziten Wertungen der § 434 I 3 und § 558d BGB auf das Vertrags- und insbesondere Mietpreisrecht übertragen.
4. Bisherige Einwände gegen den Einsatz demoskopischer Methoden im Zivilrecht sind vor allem praktischer Art. Zu untersuchen bleibt, welche Berechtigung diese Bedenken im Zeitalter von Internet und digitalen Medien noch haben.
5. Es bedarf darüber hinaus einer interdisziplinären Methodeninnovation mit Anleihen in den Sozial- und Wirtschaftswissenschaften, um das Erkenntnispotential der Demoskopie im Zivilrecht abzuschätzen und praktisch zu realisieren.

---

75 Dazu *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz (Fn 1) 183.