

Rechtsanwalt Benjamin Raabe: Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStrG – Mietpreisüberhöhung (BT-Drucks. 20/1239)

Die Mieten steigen gerade in den Ballungsgebieten exorbitant. Menschen mit normalem Einkommen können sich eine die Neuamietung kaum mehr leisten. Die Angebotsmieten übersteigen die Bestandsmieten in den angespannten Wohnungsmärkten zum Teil um ein Mehrfaches. Durchschnittlich geben Mietende schon jetzt 30 % ihres Einkommens für Mieten aus, die Belastbarkeitsgrenze ist für den Durchschnittshaushalt schon jetzt erreicht. Viele geben aber auch 40 % und mehr fürs Wohnen aus.

Dies betrifft nicht die gesamte Republik, sondern nur bestimmte besonders nachgefragte Regionen, insbesondere Ballungszentren, ein Teil der Großstädte und Universitätsstädte. Hier übersteigt die Nachfrage an Wohnraum das Angebot oft erheblich. Der Neubau kommt nur langsam hinterher und kann die Lücke auf verschiedensten Gründen kurz – und mittelfristig – nicht lösen. Für diese sogenannten angespannten Wohnungsmärkte bedarf es daher eines stärkeren Schutzes dieses Marktes vor überhöhten Preisen. Nur so ist es möglich, dass Menschen mit durchschnittlichen Einkommen Wohnungen finden und behalten können.

Der Schutz der Mietenden wird im deutschen Recht über das Verbot der Änderungskündigung, einer Reglementierung der Mieterhöhungen im Bestand und – seit knapp einem Jahrzehnt – der Miethöhe bei Wiedervermietung in angespannten Wohnungsmärkten geregelt.

Neben der zivilrechtlichen Reglementierung der Miethöhe können die Vermieter*innen grundsätzlich über ein Bußgeld oder eine Strafe sanktioniert werden, die unter Ausnutzung der angespannten Wohnungsmarktlage überhöhte Miete fordern. Hier kann der Staat eingreifen, Bußgelder oder Strafen verhängen, da die Vermietenden gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften verstoßen. Geregelt ist dies in § 5 WiStG und in § 291 StGB. Dieses Nebeneinander zwischen dem zivilrechtlichen Schutz der Mietenden und der öffentlich – rechtlichen System des Preisschutzes hat Jahrzehnte gut funktioniert bis der BGH in mehreren Entscheidungen in den 2000er Jahren die Anforderungen für die Mietenden, aber auch für die Verfolgungsbehörden soweit angehoben hat, dass es seit 20 Jahren kaum mehr Verfahren zur Mietpreisüberhöhung gibt.

Der Vorschlag des Bundesrats, § 5 WiStG zu reaktivieren begrüße ich ausdrücklich. Es geht hier darum, eine Praxis, die sich in der Vergangenheit gut bewährt hat, zu reaktivieren.

A. Mietpreisüberhöhung nach § 5 WiStG, Idee und Umsetzung ohne die BGH-Entscheidungen

Tatsächlich hatte sich § 5 WiStG in der Vergangenheit als mietpreisregulierendes Instrument bewährt. Es hat die mietrechtlichen Normen sinnvoll ergänzt. Im Folgenden stelle ich den Zweck, die Funktionsweise und die praktische Auswirkung der Norm dar.

1. Normzweck des § 5 WiStG

Aber was ist die Idee des § 5 WiStG, was bezweckt diese Vorschrift?

§ 5 WiStG verbietet das Fordern, Entgegennehmen und sich Versprechenlassen von Entgelten, die die üblichen Entgelte um mehr als 20 % übersteigen, vorausgesetzt, dies geschieht unter Ausnutzung des geringen Angebotes an vergleichbaren Wohnraum. § 5 WStG schützt die Wohnungsmarktordnung im allgemeinen Interesse vor Ausreißern auf dem Mietpreissektor (Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. III 46). Vermietende sollen hier zu marktkonformen Verhalten gezwungen werden (Fleindl WuM 2013, 703, 704).

Es geht vor allem auch um Sicherung des fairen Wettbewerbs im Interesse der Allgemeinheit, und vor allem auch im Interesse der redlichen Wettbewerbsteilnehmer. Wer sich für Wettbewerb einsetzt, muss auch dafür sorgen, dass Regeln eingehalten werden. Der redliche Vermieter, der sich rechtstreu wenigstens an die 20%-Grenze hält, muss vom Glauben abfallen, wenn sein Mitbewerber die Grenze überschreitet und niemand das beanstandet.

Allen soll es möglich sein, bezahlbar zu wohnen. Zudem dämpft er auf Dauer auch das Preisniveau. Denn auch überhöhte Mieten finden Eingang in die Berechnung der Vergleichsmieten und sorgen damit indirekt für Preissteigerungen. Steigerungen der Vergleichsmieten ziehen Mieterhöhungen nach sich. Fließen überhöhte Mieten in die Berechnung ein, treibt dies die Mieten stärker in die Höhe.

Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit ist die Regelung nur auf die Fälle beschränkt, in denen der Wohnungsmarkt angespannt ist, also die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum zu angemessenen Bedingungen nicht mehr gewährleistet ist. Nur für diese Wohnungsmärkte ist der Schutz erforderlich, aber auch geboten.

Bei entspannten Wohnungsmärkten würde kein Vermieter eine Wohnung zu einem überhöhten Preis anbieten, da er diese nicht vermietet bekäme. Warum sollte dies dann bei angespannten Wohnungsmärkten möglich sein, zumal die steigenden Mieten einen Großteil der potentiellen Mieter ausschließt und der Wohnungsmarkt dann nur noch für einen kleinen Teil der Bevölkerung offensteht. Es ist daher wichtig, dafür zu sorgen, dass solche Überhöhungen die absolute Ausnahme bleiben.

Die Vorschrift dient aber auch dem Schutz des Mieters bei Ausfall der preisregulierenden Funktion des Marktes (Fleindl aaO. mit Verweis auf BGH WuM 2004, 294 u.a.). Die Vorschrift schützt Mietende vor überhöhten Mieten bei Anmietung und vor Mietzinsüberhöhungen im laufenden Mietverhältnis.

2. Geschichte der Mietzinsbegrenzung für Wohnungen

Vorschriften zum Verbot unangemessene hohe Entgelte für Mietwohnungen zu fordern, gibt es schon seit 100 Jahren. Strafrechtlich erfasst wurde es mit § 4 Preistreiber VO 1923 und § 49 a MSChG 1926 (Lammel NZM 1999, 989). Wer sich einen unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse unangemessenen Mietzins versprechen ließ, ihn forderte oder annahm, wurde mit Geldstrafe oder Gefängnis bestraft; bei fahrlässiger Begehung war die Gefängnisstrafe auf ein Jahr begrenzt. Auch nach dem zweiten Weltkrieg war die Mietpreisüberhöhung verboten. Seither ist es im Wirtschaftsstrafgesetzbuch geregelt und zwar nicht mehr als Strafstraf, sondern als Ordnungswidrigkeit (neben dem inzwischen in § 291 StGB geregelten Wucherstrafatbestand). Um der Durchsetzung der Norm zu einer breiteren Wirksamkeit zu verhelfen, wurde 1971 im neuen § 2b WiStG die „Mangellage“ durch die Ausnutzung „eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen“ ersetzt und 1993 in dem jetzt geltenden § 5 WiStG das „unangemessen hohe Entgelt“ dahingehend definiert, dass es sich hierbei um eine die Vergleichsmiete um 20 % übersteigende Zahlung handeln muss; die

Möglichkeit, Kosten des Vermieters bei der Bemessung der zulässigen Miete zu berücksichtigen, wurde 1982 explizit eingeführt, um sie 1993 wieder wesentlich einzuschränken (Lammel aaO.). Seit 1971 orientiert sich die Definition der Entgelte an den Regelungen zur Vergleichsmieten, zunächst an denen des Miethöhegesetztes., seit 2001 an § 558 BGB. § 5 WiStG flankiert die Regelungen zur Miethöhe. Bis zur Einführung der Mietpreisbremse konnte nur über § 5 WiStG die Wiedervermietungsmiete begrenzt werden.

3. Sanktionierung der Mietpreisüberhöhung

Aktuell ist die Mietpreisüberhöhung bußgeld- und strafbewehrt.

a. Mietwucher

§ 291 StGB bestimmt, dass Mietwucher bestraft wird. Wenn die Miete in einem auffälligen Missverhältnis zur Gegenleistung steht – in der Regel bei Überschreitung der ortsüblichen Miete um mehr als 50 % – und der Vermieter hieran nicht schuldlos ist, macht er sich strafbar. Er muss die „Schwächesituation“ des Mieters ausnutzen (Herrlein /Muchow NZM 2021, 58, 60). Diese findet der Vermietende vor. Für das Vorliegen einer Zwangslage, die das Tatopfer zur Anmietung veranlasst hat, genügt eine ernste persönliche oder wirtschaftliche Bedrängnis, die für sich genommen aber nicht existenzbedrohlich sein muss (Herrlein u.a. aaO., mwN). § 291 StGB sieht für den Täter eine Freiheitsstrafe bis drei Jahre oder Geldstrafe vor.

b. Mietpreisüberhöhung § 5 WiStG

Daneben gibt es die Vorschrift des § 5 WiStrG. Sie bestimmt, dass die Vereinbarung über eine Miethöhe, die 20 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt, dann unwirksam ist, wenn der Vermieter hierbei das geringe Wohnungsangebot und damit die Zwangslage der Mieter ausnutzt. Im Gegensatz zum Mietwucher hebt das Wirtschaftsstrafgesetz auf die Knappeitssituation am Wohnungsmarkt ab (u.a. Bohner, Ordnungswidrige Mietpreisüberhöhung, 2. Aufl. S. 7). Diese für angespannte Wohnungsmärkte angewandte Regelung konnte zumindest zum Teil überhöhte Mieten einfangen, bis der BGH durch mehrere Entscheidungen dieser Praxis ein Ende bereitete. Seither ist dieses Regelungsinstrument faktisch „tot“.

Mit dieser Rechtsprechung gleicht der § 5 WiStrG immer stärker dem Wuchertatbestand des § 291 StGB und führt letztlich dessen Schattendasein.

4. § 5 WiStG und Mietrecht

§ 5 WiStG ist ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB. Der Mieter schuldet den Teil des Mietzinses nicht, der gegen die Vorschrift verstößt. Hat er in Unkenntnis der Norm oder unter Vorbehalt gezahlt, kann er den Mietzins zurückverlangen. § 5 WiStG ergänzt als gesetzliches Verbot die mietrechtlichen Vorschriften des BGB.

§ 5 WiStG unterscheidet sich von den zivilrechtlichen Vorschriften, insbesondere von den §§ 557 ff BGB (Mieterhöhungen) und § 556 d ff (Mietpreisbremse) dadurch, dass sie über das konkrete Mietverhältnis hinaus das Verhalten des die Wohnraummangellage ausnutzenden Vermieters selbst sanktioniert und bei angespannten Wohnungsmärkten Preise begrenzt. Sie ermöglicht einen staatlichen Eingriff in den sich nicht mehr selbst regulierenden Wohnungsmarkt. Der Eingriff kann dafür sorgen, dass durch die Preisbegrenzung Wohnungen auch für breitere Bevölkerungskreise bezahlbar sind und bleiben.

§ 5 WiStG ergänzt die zivilrechtlichen Regelungen mit dem nötigen Abstand zu ihnen. Eine Überschreitung der Wiedervermietungsmiete um mehr als 10 und weniger als 20 % führt nur zu einem Rückforderungs- oder Absenkungsanspruch des Mieters. Erst bei einer größeren Missachtung und einer Überschreitung von über 20 % folgt eine staatliche Sanktion in Form eines Bußgeldes. § 5 WiStG durchbricht das Vermieter – Mieter Dilemma. Der Eingriff ist nicht von Rechtshandlungen (Rüge) des Mieters abhängig. Der Staat kann von Amts wegen tätig werden.

§ 5 WiStG gilt auch für Bestandsmietverhältnisse. Keine Rolle wird § 5 WiStG bei der Grundmietenerhöhung nach § 558 BGB wegen des 20-prozentigen Abstandes zur Vergleichsmiete spielen. Nach § 558 BGB können Vermietende die Zustimmung zu einer Mieterhöhung eben nur bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen. Begrenzende Wirkung hätte er allerdings bei der Index- und Staffelmiete. Gerade die Indexmiete führt in Zeiten der Inflation zu exorbitant hohen Mieten. Hier tut eine Begrenzung not. Die notwendige Begrenzung könnte § 5 WiStG auch für die Modernisierungsmieterhöhung relevant sein. Im Hinblick auf die Deckelung der Mieterhöhungsmöglichkeit gem. § 559 Abs. 3a BGB auf 2 bzw. 3 € pro Quadratmeter bei einer Modernisierung dürfte ein Verstoß gegen § 5 WiStG eher selten anzunehmen sein, es sei denn, dass bereits die Ausgangsmiete überhöht war.

5. Regelung des § 5 WiStG im Einzelnen

Nun zu der aktuellen Regelung: Ordnungswidrig handelt gem. § 5 Abs. 1 WiStG, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Unangemessen hoch sind Entgelte, die infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die üblichen Entgelte um mehr als 20 vom Hundert übersteigen, die in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für die Vermietung von Räumen vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage oder damit verbundene Nebenleistungen in den letzten sechs Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen der Betriebskosten abgesehen, geändert worden sind.

a. Entgelte

Ein Verstoß gegen § 5 WiStG liegt dann vor, wenn die Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 % übersteigen und der Vermieter hierbei das geringe Angebot an vergleichbarem Räumen ausnutzt.

„Obwohl sich der Wortlaut von § 5 Abs. 2 S. 1 WiStG und § 558 Abs. 2 BGB nicht deckt, ist sowohl hinsichtlich des Begriffs der ortsüblichen Miete auf die dort definierte Vergleichsmiete zu verweisen, als auch dieselbe Methode der Ermittlung (§ 558a Abs. 2 BGB, insbesondere Mietspiegel und Sachverständigengutachten) anzuwenden. Für eine unterschiedliche Ermittlung der ortsüblichen Miete besteht kein sachlicher Grund. Auch hier, parallel zu § 558 BGB, wurde mit Wirkung zum 1.1.2020 der Betrachtungszeitraum von vier auf *sechs Jahre* verlängert. Es sind die auch bei § 558 Abs. 2 BGB zu berücksichtigenden Zuschläge vorzunehmen. Dem qualifizierten Mietspiegel aus § 558d BGB kommt jedoch nicht die auf das Mieterhöhungsrecht beschränkte Vermutungswirkung zu“ (Müko Artz § 5 WiStG Rz. 10).

b. Ausnahme: Entgelte zur Deckung der laufenden Aufwendungen

Ein Verstoß gegen § 5 WiStG liegt trotz Überhöhung dann nicht vor, wenn die Entgelte zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich sind, § 5 Abs. 2 Satz 2 WiStG, sofern sie unter Zugrundelegung der nach Satz 1 maßgeblichen Entgelte nicht in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen. Damit wird dem verfassungsrechtlichem Schutz des Rechtes des Eigentümers aus Art. 14 GG Rechnung getragen. Bei der Bestimmung der laufenden Aufwendungen sind die §§ 8 ff. WoBindG iVm §§ 18 ff. II. BV mit einzubeziehen. Die Berücksichtigung dieses – dem Vergleichsmietensystem fremden – Kostenelements wird dadurch begründet, „dass eine Überschreitung der Wesentlichkeitsgrenze die Sanktion des § 5 WiStG so lange nicht auslöst, als das Entgelt zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich ist“. Ein Vermieter, der aus den Erträgen keinen Gewinn erzielt, soll „nicht dem Odium ausgesetzt werden, möglicherweise eine Ordnungswidrigkeit zu begehen“ (MüKo Artz § 5 WiStG Rz. 11).

Die bei den laufenden Aufwendungen zu berücksichtigenden Eigenkapitalkosten sind nicht nach dem Verkehrswert von Grundstück und Gebäude zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages, sondern im Fall der Herstellungskosten und im Fall des entgeltlichen Erwerbs des Wohnraums durch den Vermieter nach den Erwerbskosten zu berechnen (BGH Urteil vom 09.03.1995, NJW 1995, 1838). Auch hiervon gibt es eine Ausnahme nämlich dann, wenn die laufenden Aufwendungen unangemessen hoch sind, die ortsübliche Vergleichsmiete um 50 % übersteigen (Fleindl, WuM 2013, 703, 707, MüKo Artz § 5 WiStG Rz. 11).

c. Ausnutzen eines geringen Wohnungsangebotes

Das Fordern, sich Versprechen lassen und annehmen der unangemessen hohen Entgelte ist für sich allein nicht verboten. Es ist nur dann verboten, wenn hierbei das geringe Wohnungsangebot ausgenutzt wird. Lange wurde dies so verstanden, dass in Gebieten mit Wohnungsknappheit, geringer Leerstandsquote, starkem Auseinanderklaffen von Angebots – und Bestandsmieten § 5 WiStG „galt“. Insbesondere im Geltungsbereich einer Zweckentfremdungsverbotsverordnung, vor 2006 noch auf Grundlage des bundesrechtlichen Zweckentfremdungsgesetzes erlassen, galt als Indiz für das geringe Wohnungsangebot (u.a. LG Berlin GE 1998, 1089). Solange die Wohnungsmärkte als angespannt galten, war es faktisch verboten, Mieten zu verlangen, die die Entgelte um mehr als 20 % überstiegen.

6. Umsetzung des § 5 WiStG

Die Norm hat sowohl öffentlich-rechtliche als auch zivilrechtliche Folgen

a. Bußgeldverfahren

Der Verstoß gegen § 5 WiStG kann ein Bußgeld nach sich ziehen, zudem kann der Mehrerlös zugunsten des Staates oder des Geschädigten eingezogen werden.

Der Verstoß gegen § 5 WiStG ist bußgeldbewehrt. Die nach Landesrecht zuständige Stelle kann ein Bußgeld bis aktuell 50.000 € festsetzen. Die Reform schlägt eine Erhöhung auf bis zu 100.000 € vor. Dies ist zu begrüßen. Im Ordnungswidrigkeitenverfahren gilt das Opportunitätsprinzip. Der Verstoß kann, aber muss nicht verfolgt werden. Die Entscheidung steht im Ermessen der Verwaltungsbehörde.

Täter ist der Vermietende. Gem. § 9 OWiG wären die vertretungsberechtigten Organ einer juristischen Person, die vertretungsberechtigten Gesellschafter oder die gesetzlichen Vertreter

mögliche Täter. Voraussetzung einer Ahndung ist Vorsatz oder Leichtfertigkeit des Täters. Leichtfertigkeit entspricht im Wesentlichen der groben Fahrlässigkeit. Der Täter muss mit hoher Wahrscheinlichkeit die drohende Tatbestandsverwirklichung in besonders grober Achtlosigkeit nicht bedacht und insoweit dasjenige außer Achtgelassen haben, was jedermann hätte einleuchten müssen (Fleindl WuM 2013, 703, 709). Eine Beteiligung an der Tat, z.B. durch einen Makler oder einen Hausverwalter, ist möglich (§ 14 OWiG). Dies allerdings nur, wenn ein doppelter Vorsatz bei dem Tatbeteiligten vorliegt. Der Mittäter muss von dem Verstoß wissen und auch, dass sein Handeln dazu beträgt (BGH NJW 1983, 2272).

Gem. § 8 WiStG ordnet die zuständige Behörde an, dass der Mehrerlös an das Land abzuführen ist. Die Anordnung steht dann im Ermessen der Behörde, wenn die rechtswidrige Tat nicht schulhaft begangen oder die Tat aus anderen Gründen nicht geahndet werden kann. Im Falle einer unbilligen Härte für den Betroffenen kann von der Abführung abgesehen oder diese beschränkt werden. Gem. § 9 WiStG kann der Mehrerlös auch direkt an den Geschädigten abgeführt werden, wenn der Anspruch des Geschädigten gegen den Betroffenen begründet erscheint.

b. Zivilrechtliches Verfahren

Da § 5 WiStG ein Verbotsgegesetz im Sinne des § 134 BGB ist, kann der Teil der Miete seitens der Mieter zurückverlangt werden, der gegen das Gesetz verstößt. Anspruchsgrundlage wäre § 812 BGB. Für die Darlegung reicht der Verstoß gegen den objektiven Tatbestand der Norm (Fleindl WuM 2013, 703, 710 mWN.). Davon abgesehen muss der geschädigte Mietende sowohl das Ausnutzen des geringen Angebots als auch die unangemessen hohen Entgelte darlegen und beweisen. Daneben begrenzt § 5 WiStG allerdings auch die Staffel- und Indexmieterhöhung, sowie die Mieterhöhung nach § 559 BGB. Übersteigt eine Staffel die Wesentlichkeitsgrenze nach § 5 WiStG, schuldet der Mietende einen Mietzins nur bis zu dieser Grenze. Eine Klage des Vermietenden auf den die Wesentlichkeitsgrenze überschreitenden Mietzins würde abgewiesen. Alternativ könnten die Mietenden auch eine Klage auf Feststellung der höchstzulässigen Miete erheben.

7. Praxis des § 5 WiStG

Bis zu den Entscheidungen des BGH in den Jahren 2004 und 2005 spielte die Vorschrift zur Miethöhenbegrenzung durchaus eine wichtige Rolle. In meiner Berliner Praxis Anfang der 90er Jahre war es üblich, mutmaßlich überhöhte Mieten von den Bezirksämtern überprüfen zu lassen. Diese stellten die Vergleichsmieten und die Überhöhungen fest und führten gestützt auf § 9 WiStG die überhöhten Mieten an die Mieter ab. Nur in besonderen Fällen wurde darüber hinaus ein Bußgeld verhängt. Diese Praxis änderte sich für Neuverträge ab dem 01.09.1995. Ab diesem Zeitpunkt gingen die Mietberufungskammern nicht mehr ohne weiteres von einer Mangellage in der Stadt aus (LG Berlin GE 2002, 191). Tatsächlich entspannte sich die Wohnungsmarktlage im der zweiten Hälfte der 90er Jahre in der Stadt. Dies stellte dann das OVG Berlin mit Entscheidung vom 13.06.2002 im Hinblick auf das damals gültige Zweckentfremdungsvebot fest (GE 2002, 1128). Mietpreisüberprüfungsverfahren nach § 5 WiStG gibt es in Berlin seither nicht. Zwar hat sich der Wohnungsmarkt in den letzten 20 Jahren komplett gedreht, so dass das Instrument nunmehr wieder hätte wirken können, wenn nicht wirken müssen. Aber seit 2005 ist die Vorschrift quasi ohne praktische Relevanz. Dies ist der Rechtsprechung des BGH aus diesen Jahren geschuldet.

B. BGH-Entscheidungen 2004 und 2005

Die beschriebene Praxis wurde durch mehrere BGH Entscheidungen beendet. Für die Erarbeitung von Reformvorschlägen ist es unerlässlich, sich die Entscheidungen näher anzusehen.

§ 5 WiStG verbietet das Fordern, sich Versprechenlassen oder Annehmen von unangemessen hohen Entgelten für die Vermietung von Räumen zum Wohnen. Gem. Abs. 2 des § 5 WiStG sind Entgelte unangemessen, die infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die üblichen Entgelte übersteigen. Hier stellten sich gleich mehrere Fragen, die der BGH jeweils zu Lasten er Mieter entschieden hat.

1. Geringes Angebot an vergleichbarem Wohnraum

Hier geht der BGH davon aus, dass ein geringes Angebot erst dann angenommen werden könne, wenn ein Nachfrageüberhang besteht, also sich die Menge der Wohnungen verknapp habe (BGH Entscheidung vom 13.04.2005, NJW 2005, 2156). Maßgeblich sei die Situation auf den jeweiligen Wohnungsteilmärkten, ob ein geringes Angebot vorliege, sei für die in Betracht kommende Wohnungsgruppe festzustellen. „Für eine Wohnung mit weit überdurchschnittlicher Qualität stellt deshalb der Umstand, dass sie in einem Ballungsgebiet und für die betreffende Gemeinde ein Zweckentfremdungsverbot besteht, kein hinreichend aussagekräftiges Anzeichen für das Vorliegen einer Mangelsituation dar“ (BGH, Entscheidung vom 25.01.2006, NJW-RR 2006, 591). Bei der Beantwortung der Frage, ob der Vermieter ein geringes Angebot an vergleichbaren Räumen ausgenutzt hat, sei auf das gesamte Gebiet der Gemeinde und nicht lediglich auf den Stadtteil abzustellen, in dem sich die Mietwohnung befindet. Das Tatbestandsmerkmal des „geringen Angebots“ sei deshalb nicht erfüllt, wenn der Wohnungsmarkt für vergleichbare Wohnungen nur in dem betreffenden Stadtteil angespannt, im übrigen Stadtgebiet aber entspannt sei (BGH Entscheidung vom 13.04.2005, WuM 2005, 471). Dies ist insofern problematisch, dass in Großstädten nicht nur die City und außerhalb dieser liegende Gebiete bestehen, sondern Stadtteile viele Kilometer voneinander entfernt sind. Die Fahrwege zur Arbeit können sich beim Umzug an den Stadtrand schnell mal um eine dreiviertel Stunde verlängern.

Gäbe es zwar wenige sanierte mittelgroße Altbauwohnungen im Stadtzentrum, greife § 5 WiStG dann nicht ein, wenn es solche ausreichend in den Außenbezirken gibt, so der BGH. Es gibt hiernach keinen Anspruch auf Wohnungen in der Nähe. Ein Schul- oder Kitawechsel ist hinzunehmen (kritisch hierzu Fleindl aaO. Seite 709). Die Mieter, die sich auf § 5 WiStG berufen wollen, müssen zum Wohnungsangebot zur Zeit des Vertragsschlusses vortragen und zwar teilmarktbezogen.

2. Das Ausnutzen des geringen Wohnungsangebots

Das Merkmal des „Ausnutzens“ war lange umstritten. Vielfach wurde angenommen, dass es hier darauf ankam, dass sich der Vermieter die Mangellage auf dem Wohnungsmarkt zu Nutze gemacht hat, um eine möglichst hohe Miete zu verlangen, ohne dass es auf die konkreten Verhältnisse des konkreten Mieters ankomme (u.a. Sternal, Mietrecht aktuell III Rz. 50 mwN). Demgegenüber kommt es für den BGH auch auf die individuelle Situation des Mieters an, zwischen Mangellage auf dem Wohnungsmarkt und Verhalten des Mieters müsse eine Kausalität bestehen (BGH Entscheidung vom 28.01.2004, NJW 2004, 1740). Das Tatbestandsmerkmal der „Ausnutzung eines geringen Angebots“ (§ 5 Abs. 2 WiStG) sei nur erfüllt, wenn die Mangellage auf dem Wohnungsmarkt für die Vereinbarung der Miete im Einzelfall ursächlich war. Dazu müsse der Mieter darlegen und gegebenenfalls beweisen,

welche Bemühungen bei der Wohnungssuche er bisher unternommen hat, weshalb diese erfolglos geblieben sind und dass er mangels einer Ausweichmöglichkeit nunmehr auf den Abschluss des für ihn ungünstigen Mietvertrages angewiesen war (BGH aaO.). „Angesichts der Vielgestaltigkeit der denkbaren Motivlage des Mieters für den Vertragsschluss muss sich das Merkmal der ‚Ausnutzung‘ auch auf seine Person beziehen; wer die geforderte Miete ohne weiteres oder aus besonderen persönlichen Gründen zu zahlen bereit ist, wer mithin eine objektiv bestehende Ausweichmöglichkeit nicht wahrnimmt, wird nicht ‚ausgenutzt‘“ (BGH aaO.). In der Entscheidung vom 13.04.2005 (NJW 2005, 2156) geht der BGH sogar noch weiter: Ausnutzen bedeutet nach seinem Wortsinn das bewusste Zunutze machen einer für den anderen Teil ungünstigen Lage, dazu gehöre mindestens, dass der Vermieter erkennt oder in Kauf nimmt, dass der Mieter sich in einer Zwangslage befindet, weil er aus nachvollziehbar gewichtigen Gründen nicht auf eine preiswertere Wohnung ausweichen kann.

Der Mieter muss also nicht nur seine komplette Wohnungssuche darlegen und gegebenenfalls beweisen. Er muss darlegen, warum die Suche nach für ihn bezahlbaren Wohnraum erfolglos verlaufen ist und aus welchem Grunde er dann doch den Mietvertrag abgeschlossen hat, dessen Miethöhe er nun rügt. Darüber hinaus soll er auch noch darlegen, dass dies alles dem Vermieter hätte bekannt sein müssen und letzterer dies auch noch zumindest leichtfertig ausnutzte. Die Beweisschwierigkeiten fangen schon bei der „Wohnungssuche“ an. Nicht immer stehen hierfür Zeugen zur Verfügung, zumal man nicht damit rechnet, dass dies später einmal relevant werden könnte. Mag dies in Ausnahmefällen noch gelingen, wird die Klage spätestens daran scheitern, dass der Vermieter bestreitet, von der Wohnungssuche und der verzweifelten Lagen des Mieters etwas gewusst zu haben. Das ist der Grund, weshalb es seit Mitte der 2000er Jahre nur noch ganz vereinzelt diesbezügliche Verfahren gibt.

Eine Einflussnahme staatlicherseits auf die Mietzinsgestaltung gibt es seither faktisch nicht mehr. Zwar ergingen die vorgenannten BGH-Entscheidungen nur in zivilrechtlichen Streitigkeiten. Die Strafjustiz hat sich – soweit ersichtlich – der BGH-Entscheidung angeschlossen (OLG Frankfurt 2 Ss Owi 82/09).

Mit dieser Rechtsprechung ist der eigentlich sinnvollen und notwendigen Regelung die Grundlage entzogen worden.

C. Lösung durch Reform des § 5 WiStG

Aus diesem Grunde muss § 5 WiStG so reformiert werden, dass er wieder wirken kann, wie er dies noch bis in die 2000er Jahre tat. § 5 WiStG sollte wieder in den angespannten Wohnungsmärkten gelten, in denen bereits andere mieterschützende Vorschriften gelten. Die Reform des § 5 WiStG muss sich allerdings auch in das zivilrechtliche Normgefüge zur Miethöhe einfügen. Diese sollen ergänzt, aber deren Regelungsgehalt grundsätzlich erhalten bleiben.

1. Streichung Ausnutzen

Vor diesem Hintergrund sollte § 5 WiStG durch die Streichung des Tatbestandsmerkmals „Ausnutzen“ reaktiviert werden. An diesem Tatbestandsmerkmal macht der BGH seine restriktive Rechtsprechung fest. Die Streichung des Tatbestandsmerkmals des Ausnutzens hat zur Folge, dass es für den Verstoß gegen § 5 WiStG ausreicht, dass das geforderte Entgelt die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 % übersteigt.

2. Geringes Wohnungsangebot

Der BGH hat jedoch nicht nur im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens Hürden aufgestellt. Gleiches gilt für das geringe Angebot an Räumen. Hier wird dem Mieter – einem Verbraucher – ebenfalls eine hohe Darlegungs- und Beweislast auferlegt, sollte er seine Ansprüche vor dem Zivilgericht durchsetzen wollen. Er muss beweisen, dass die Nachfrage an Wohnungen in dem von ihm präferiertem Marktsegment das Angebot im gesamten Stadtgebiet übersteigt. Hier müsste das Gesetz ebenfalls geändert werden. Das System „Mietpreisüberhöhung“ sollte die anderen zivilrechtlichen Instrumente ergänzen. Aktuell gibt es in angespannten Wohnungsmärkten für drei Bereichen die Möglichkeit, Regelungen zum Mieterschutz zu verschärfen:

- Bei der Wiedervermietungsmiete über die Mietpreisbremse (§ 556 d Abs. 2 BGB)
- Bei der Grundmietenerhöhung über die Absenkung der Kappungsgrenze (§ 558 Abs. 3 Satz 2 BGB)
- Bei der Umwandlung durch Verlängerung der Kündigungssperrfrist (§ 577 Abs. 2 BGB)

Hier kann jeweils die Landesregierung eine entsprechende Verordnung erlassen, mit der die Regelung in Kraft gesetzt wird. Voraussetzung ist jeweils, dass die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist. Im Falle der Mietpreisbremse haben die Landesregierungen dies anhand von den gesetzlich genannten Kriterien (§ 556 d Abs. 2 Satz 3 BGB) zu begründen. Wenn es eine entsprechende Untersuchung über die Mangellage bereits gibt und die Mangellage existiert, sollte § 5 WiStG hier ebenfalls gelten. Da allerdings das Inkraftsetzen der Verordnung vom Willen der jeweiligen Landesregierung abhängt, sollte die in den drei Regelungskonzepten enthaltene Definition der Wohnungsmangellage auch in § 5 WiStG aufgenommen werden, allerdings ohne eine Verordnungsermächtigung. Damit ist die Wohnungsmangellage nicht von dem Willen des Landesgesetzgebers abhängig. Gibt es eine VO nach §§ 556 d, 558 Abs. 3 Satz 2 oder 577 Abs. 2 BGB, kann von einer Mangellage ausgegangen werden. Gibt es diese Verordnung nicht, müsste Bußgeldstelle oder die Mietenden die Mangellage nachwiesen. Aus diesem Grunde schlage ich vor, die Definition, die sich im BGB an den oben genannten Normen findet und die erstmalig im Rahmen des öffentlich – rechtlichen Zweckentfremdungsgesetzes 1974 verwandt wurde, hier auch zu nutzen und die Verbotsnorm dahingehend zu modifizieren, dass es verboten ist, in Gebieten mit einem angespannten Wohnungsmarkt eine Miete zu fordern, sich versprechen zu lassen oder anzunehmen, die die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 % überschreitet.

§ 5 Abs. 2 Satz 1 WiStG würde ich wie folgt neu fassen und um einem Satz mit der Definition der angespannten Wohnungsmärkte ergänzen. Der aktuelle Satz 2 würde dann zum Satz 3.

Unangemessen hoch sind Entgelte, die in einem Gebieten mit angespannten Wohnungsmarkt infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die üblichen Entgelte um mehr als 20 vom Hundert übersteigen, die in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für die Vermietung von Räumen vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage oder damit verbundene Nebenleistungen in den letzten sechs Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen der Betriebskosten abgesehen, geändert worden sind. Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten liegen vor, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen in einer Gemeinde oder einem Teil der Gemeinde zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist.

3. Verhältnis zur Mietpreisbremse

Bei einer Reaktivierung des § 5 WiStG ist im Gegensatz zu der Zeit vor 2004/2005 und den Entscheidungen des BGH die Geltung der Mietpreisbremse zu beachten.

Grundsätzlich besteht hier keine Kollision. Eine Überschreitung der Wiedervermietungsmiete um 10 % kann zivilrechtlich über die Mietpreisbremse gelöst werden. Eine Überschreitung von dann 20 % würde eine Ordnungswidrigkeitenverfahren nach sich ziehen können.

Kollisionen könnte es allerdings mit den Ausnahmen und Einschränkungen geben.

a. **Neubau** ab Oktober 2014 Erstbezug: Hierfür gilt die Mietpreisbremse nicht. § 5 WiStG zieht die Grenze einer Überhöhung allerdings bei einer Überschreitung von mehr als 20 %. Da die ortsübliche Vergleichsmiete nach Baujahren ausdifferenziert ist, bildet sie auch die deutlichen höheren Mieten bei neueren Wohnungen ab. Bei überdurchschnittlich höheren Mieten sorgt § 5 Abs. 2 Satz 2 WiStG dafür, dass wirtschaftlich gerechtfertigte hohe Mieten erlaubt bleiben. Wohnungen, die im Jahre 2014 neu errichtet wurden, können zudem nicht mehr recht als Neubauten bezeichnet werden. Um tatsächlichen Neubau nicht zu behindern, würde ich die ab dem 01.01.2024 erstmalig genutzten und vermieteten Wohnungen ausnehmen und dies als weitere Ausnahme mit aufnehmen. Dies kann als weiterer, dann wohl letzter Satz in Abs. 2 geschehen oder als eigenständiger Absatz (3):

Abs 1 und 2 gelten nicht, wenn die Wohnung nach dem 01.01.2024 erstmalig genutzt und vermietet wird.

b. Anderes dürfte für die **Modernisierungsausnahme** und Einschränkung gelten. Hier ist der Vermieter einerseits über die durch die Modernisierung erhöhte Vergleichsmiete und andererseits dadurch geschützt, dass dann kein Bußgeld verhängt werden kann, wenn die Entgelte zur Deckung der notwendigen Aufwendungen auf die Wohnung erforderlich waren.

c. Bezuglich der **Vormiete** bedarf es ebenfalls keiner besonderen Regelung. Die Regelung des § 556 e Abs. 1 BGB bezweckte vor allem den Schutz der bei Inkrafttreten der Mietpreisbremse zulässigen höheren Mieten. Diese dürften – zumindest in den relevanten Mietpreisbremsegebieten – durch die Steigerung der Vergleichsmiete nach knapp 10 Jahren eingeholt sein.

4. Mieterhöhungen

Hier bedarf keiner besonderen Anpassung, da es bereits vor 2005 die Konkurrenz zwischen § 5 WiStG und den Mieterhöhungen nach §§ 557 ff BGB, bzw. nach §§ 2 ff MHG bestand.

- a. **Grundmietenerhöhungen** stünden in keiner Konkurrenz zu § 5 WiStG.
- b. **Index- und Staffelmieten** können auch oberhalb der ortsüblichen Vergleichsmieten abgeschlossen werden. Gerade in angespannten Wohnungsmärkten kann dies aber dafür sorgen, dass die Vergleichsmieten weit überschritten werden. Hierfür ist § 5 WiStG ein wichtiges Korrektiv, siehe hierzu auch MüKo § 557a Rz. 10.
- c. **Modernisierungsmieterhöhungen** müssen sich ebenfalls an § 5 WiStG messen lassen, MüKo Artz § 5 Rz. 7. Die Mieterhöhung wird entsprechend begrenzt.

5. Übergangsregelung

Der Bundesrat schlägt vor, dass § 5 WiStG in der reformierten Fassung nur für die Neuverträge gelten soll. Um einen effektiven Schutz vor Mietpreisüberhöhungen zu gewähren, bedarf es keiner Übergangsregelung. Die Regelung sollte ab Inkrafttreten gelten, natürlich nur für die Handlungen, die nach Inkrafttreten des Gesetzes begangen werde.

D. Verfassungsrecht

Die Regelungen sind verfassungsgemäß:

1. Kein Verstoß gegen Art. 14 GG

Die Regelung verstößt nicht gegen materielles Verfassungrecht, insbesondere nicht gegen Art. 14 GG.

Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG bestimmt aber ausdrücklich: „Inhalt und Grenzen des Eigentums werden durch Gesetz bestimmt“. Und Art. 14 Abs. 2 GG ordnet an: „Eigentum verpflichtet. Der Gebrauch des Eigentums soll zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen.“ Das Spannungsverhältnis zwischen dem Eigentumsschutz und der Gemeinwohlverpflichtung ist noch in der zeitgebundenen Abwägung gesellschaftlicher Verhältnisse und politischen Entscheidung des Gesetzgebers übertragen (Tietzsch WuM 2020, 121, 125). Je mehr Personen auf die Nutzung des Eigentums angewiesen sind, desto höher ist Allgemeinwohlverpflichtung. Dies gilt insbesondere für das Wohnen. Der Gesetzgeber bestimmt hier Inhalt und Schranken. Er ist nicht darauf beschränkt, über das Mietrecht die Belange einzelner Mieter zu schützen. Er kann sich vielmehr auch auf das darüber hinausgehende gesellschaftspolitische Interesse an einer durchmischten Wohnbevölkerung in innerstädtischen Stadtvierteln berufen, und auch die Wohnungssuchenden genießen entsprechenden verfassungsrechtlichen Schutz (BVerfG v. 18.7.2019 (Fn. 52), Rn. 72, 82.; Tietz aaO. Seite 126). Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre bei einer Reaktivierung des § 5 WiStG nicht verletzt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf eine Eigentumsbeschränkung nicht zu dauerhafter Unterdeckung, einem Substanzverlust für den Eigentümer führen und auch nicht stärkere Beschränkungen auferlegen als erforderlich (BVerfGE 71, 230 (250); 91, 294 (310); BVerfG v. 3.4.1990 – 1 BvR 268/90 u.a. –, WuM 1992, 48 = NJW 1992, 1377 (1378)). Dies wäre hier nicht der Fall, da dem Vermieter eine Miete bleibt, die die Vergleichsmiete mit bis zu 20 % übersteigt. Sollen die Bewirtschaftungskosten hoch sein, schützt die Ausnahme in § 5 Abs. 2 letzter Satz WiStG davor, dass die Eigentum nur mit Verlust betrieben werden kann. Er würde eine kostendeckende Mieter erhalten. Ein Verstoß gegen Art. 14 GG läge also nicht vor.

2. Kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot, wenn § 5 WiStG für die nach Inkrafttreten der Regelung erklärten Mieterhöhungen gilt

Es liegt auch kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot. Tatsächlich greift die Reform des § 5 WiStG dann in die Rechtsposition der Vermietenden ein, wenn sie die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Reform Mietverhältnis hinsichtlich etwaiger Mieterhöhungen an § 5 WiStG messen lässt. Die Erwartung des Vermieters, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Regelungen würden jedenfalls im Großen und Ganzen unverändert bleiben, ist abzuwegen gegen das durch die Sanktionierung der Mietpreisüberhöhung verfolgte sozialpolitische Ziel, die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen zu gewährleisten. Bei dieser Güterabwägung ist dem Anliegen des Mieterschutzes wegen seiner überragenden Bedeutung für das allgemeine Wohl

grundsätzlich der Vorzug zu geben (vgl. BGH, RE v. 15.11.2000 - VIII ARZ 2/00, NJW 2001, 1421 [= WuM 2001, 74] Tz. 35; LG Berlin, Wum 2016, 278). Gerade im Bereich des Wohnraummietrechts müssen Vermietende mit Änderung der Rechtslage rechnen. Im Hinblick darauf, dass den Vermietenden immerhin ein Mietzins verbleibt, der die Vergleichsmiete um bis zu 20 % übersteigt, überwiegen die öffentlichen Interessen an einem funktionsfähigem Wohnungsmarkt, die Eigentumsinteressen des einzelnen Vermieters.

3. Verstößt die Streichung des TB Merkmals Ausnutzen gegen den Schuldgrundsatz?

In der Stellungnahme der Bundesregierung wird angeführt, dass die geplante Änderung gegen den „Schuldgrundsatz“ verstöße.

Dieser Einwand ist nicht zutreffend. In § 5 Abs. 1 WiStG heißt es: Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundenen Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. In Absatz 2 folgt dann die Definition, was unter unangemessen hohen Entgelten zu verstehen ist. Schon im Grundtatbestand ist bestimmt, dass nur die vorsätzliche oder leichtfertige Begehung eine Sanktion nach sich ziehen kann. Die Schuld bezieht sich natürlich auch auf Absatz 2 Satz 1, der das Tatbestandsmerkmal „unangemessen hohe Entgelte“ lediglich definiert.

Im Übrigen dürfte der Schuldgrundsatz bei der mit einer Geldbuße bedachten Ordnungswidrigkeit kaum berührt sein. § 5 WiStG belegt den Verstoß mit einer Geldbuße und nicht mit einer Strafe. Strafe und strafähnliche Sanktionen setzen das Bestehen von Schuld voraus. Dies ist eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, gestützt auf Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs 1 GG sowie das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG. Die Kriminalstrafe beschreibt „sozialethisches Unwerturteil“. Demgegenüber wird im Rahmen einer Ordnungswidrigkeit bloßer Ungehorsam gegen Ordnungsrecht geahndet; es geht um Vorwerbarkeit statt Schuld. Eine Sanktionierung erfolgt allein mit Geldbußen. Eine Freiheitsstrafe ist nicht möglich. Verstöße können, müssen aber nicht verfolgt werden. Es gilt das Opportunitäts- statt Legalitätsprinzip. Die Reform des § 5 WiStG verstößt somit nicht gegen das Schuldprinzip.