



Europa-Universität Viadrina
Große Scharnstraße 59, 15230 Frankfurt (Oder)

Professor Dr. Kilian
Wegner
Juniorprofessur für
Strafrecht,
Strafprozessrecht und
Wirtschaftsstrafrecht

kwegner@europa-uni.de
www.europa-uni.de

Frankfurt (Oder), den 15. Februar 2024

**Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur besseren Bekämpfung von
Mietwucher (BT-Drucks. 20/1239)**

I. Inhalt des Gesetzentwurfs und juristischer Kontext der beabsichtigten Änderungen

1. Beabsichtigte Änderung von §§ 5, 22 des Wirtschaftsstrafgesetzes (WiStG)

Der zur Stellungnahme vorliegende Gesetzentwurf zielt im Kern auf eine Reform des in § 5 WiStG enthaltenen Ordnungswidrigkeitentatbestands der Mietpreisüberhöhung ab.

Nach dieser Vorschrift kann mit einem Bußgeld von bis zu 50.000 EUR belegt werden, wer bei der Vermietung von Wohnraum vorsätzlich oder leichtfertig eine unangemessen hohe Miete fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wenn dabei ausgenutzt wird, dass ein geringes Angebot an vergleichbarem Mietwohnraum besteht.

Durch das vorgelegte Gesetz soll § 5 WiStG **zwei Änderungen** erfahren:

- Erstens sieht der Entwurf vor, dass die Tatbestandsvoraussetzung der „Ausnutzung eines geringen Angebots vergleichbaren Wohnraums“ gestrichen wird. Stattdessen soll es künftig zur Vollendung des objektiven Tatbestandes von § 5 WiStG genügen, dass ein Wohnungsmangel überhaupt existiert und gleichzeitig eine mindestens 20 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete (bzw. über der Kostenmiete i. S. v. § 5 Abs. 2

S. 2 WiStG-E) liegende Miete verlangt oder vereinnahmt wird. Dass ein geringes Angebot an vergleichbarem Wohnraum vorliegt und dass die Miete unangemessen ist, muss der Vermieter – insofern ändern sich die subjektiven Anforderungen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage nicht – für möglich halten und billigend in Kauf nehmen bzw. leichtfertig erkennen.

- *Zweitens* soll die in § 5 Abs. 3 WiStG enthaltene Bußgeldobergrenze von 50.000 EUR auf 100.000 EUR angehoben werden.

In der folgenden Synopse sind die beabsichtigten Änderungen von § 5 WiStG durch Fettung bzw. Streichung markiert:

§ 5 Mietpreisüberhöhung

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.
- (2) Unangemessen hoch sind Entgelte, die ~~infolge der Ausnutzung bei Vorliegen~~ 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. Nicht unangemessen hoch sind Entgelte, die zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich sind, sofern sie unter Zugrundelegung der nach Satz 1 maßgeblichen Entgelte nicht in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen.
- (3) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu **fünfzigtausend einhunderttausend** Euro geahndet werden.

Neben der Änderung von § 5 WiStG beabsichtigt der vorliegende Gesetzentwurf, einen neuen § 22 WiStG-E einzufügen, in dem künftig eine Übergangsregelung zur zeitlichen Anwendbarkeit von § 5 WiStG-E enthalten sein soll. Nach dieser Übergangsregelung wäre der neu gefasste § 5 WiStG nur auf Mietverhältnisse anzuwenden, die nach dem In-Kraft-Treten des Reformgesetzes geschlossen werden.

2. Hintergrund der beabsichtigten Streichung der Tatbestandsvoraussetzung der „Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbarem Mietwohnraum“ in § 5 WiStG

Die beabsichtigte Gesetzesänderung reagiert ausweislich der Entwurfsbegründung¹ auf einen schon lange anhaltenden Streit um die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung der „Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbarem Mietwohnraum“² und den dazu vom BGH durch drei Entscheidungen aus den Jahren 2004 bis 2006 eingeschlagenen Kurs.

a) In der ersten dieser drei Entscheidungen³ hat der **VIII. Zivilsenat des BGH** die Auffassung vertreten, dass von einem „Ausnutzen“ eines geringen Angebots an Wohnraum i. S. v. § 5 WiStG nur dann die Rede sein könne, wenn zwischen der Mietvereinbarung und dem Wohnungsmangel ein **Kausalzusammenhang** dergestalt besteht, dass der Mieter den überhöhten Mietpreis zumindest auch deshalb akzeptiert hat, weil seine **Wohnungssuche erfolglos** geblieben ist und er **mangels einer Ausweichmöglichkeit** nunmehr auf den Abschluss des für ihn ungünstigen Mietvertrages angewiesen war.⁴ Dagegen fehle es an einer Kausalitätsbeziehung zwischen Wohnraummangel und der konkreten Mietvereinbarung, wenn der Mieter **unabhängig von der Lage auf dem Wohnungsmarkt** bereit ist, eine verhältnismäßig hohe Miete zu bezahlen (etwa weil er aus persönlichen Gründen nur eine bestimmte und keine vergleichbare andere Wohnung beziehen will).⁵ Dasselbe gelte, wenn der Mieter die Wohnung mietet, ohne sich zuvor über ähnliche Objekte und die Höhe der üblichen Miete erkundigt zu haben. In allen diesen Fällen bedürfe der Mieter nicht des Schutzes, den das Gesetz demjenigen Wohnungssuchenden gewähren wolle, der sich auf die unangemessen hohe Miete nur deshalb einlässt, weil er sonst auf dem unausgewogenen Wohnungsmarkt keine seinen berechtigten Erwartungen entsprechende Wohnung finden kann.

¹ BT-Drucks. 20/1239, S. 6.

² Eine Übersicht des Streitstandes vor dem Jahr 2004 liefert *Fleindl*, WuM 2013, 703, 709 m. zahlr. Nachw.

³ BGH, Versäumnisurteil vom 28. Januar 2004 – VIII ZR 190/03.

⁴ BGH, Versäumnisurteil vom 28. Januar 2004 – VIII ZR 190/03 – Amtlicher Leitsatz.

⁵ BGH, Versäumnisurteil vom 28. Januar 2004 – VIII ZR 190/03, juris Rn. 16 (auch zum Folgenden).

- b) Gut ein Jahr später hat derselbe Senat in einer weiteren Entscheidung⁶ seine Position zur Auslegung des Merkmals der „Ausnutzung“ bekräftigt und betont, dass nicht „ausgenutzt“ werde, wer trotz einer objektiv bestehenden Ausweichmöglichkeit eine vergleichsweise hohe Miete akzeptiere.⁷ Das Merkmal des „Ausnutzens“ setze – so verschärft der Senat seine Position sogar noch – ferner voraus, dass „*der Vermieter erkennt oder in Kauf nimmt, dass der Mieter sich in einer Zwangslage befindet, weil er aus nachvollziehbaren gewichtigen Gründen nicht auf eine preiswertere Wohnung ausweichen kann [Fettungen nur hier]*“.⁸ Soweit hiermit besondere subjektive Anforderungen an § 5 WiStG („erkennen“ oder „billigend in Kauf nehmen“) gestellt werden, sind diese **mit dem Wortlaut der Vorschrift** freilich **unvereinbar**. Denn in § 5 WiStG heißt es ausdrücklich, dass die Tat auch leichtfertig begangen werden kann, d. h. es muss auch nach der Auslegung des VIII. Zivilsenats genügen, dass der Vermieter die Zwangslage des Mieters aus Leichtsinn oder Gleichgültigkeit verkennt.⁹ Eines voluntativen Elements („billigend in Kauf nehmen“) bedarf es dafür ebenso wenig wie positiven Wissens („erkennen“).
- c) Die dritte zu § 5 WiStG ergangene Entscheidung des VIII. BGH-Zivilsenats beschränkt sich darauf, die Maßstäbe der 2004 getroffenen Entscheidung zu bestätigen.¹⁰ Die (*contra legem*) verschärften subjektiven Anforderungen, die erstmals in der Entscheidung aus dem Jahr 2005 Erwähnung finden, greift dieses Judikat nicht wieder auf.
- d) Nach den genannten BGH-Entscheidungen sind nicht nur die Zivilgerichte,¹¹ sondern auch die Strafgerichte auf die enge Auslegung des Merkmals der „Ausnutzung“

⁶ BGH, Urt. v. 13. April 2005 – VIII ZR 44/04.

⁷ BGH, Urt. v. 13. April 2005 – VIII ZR 44/04, juris Rn. 11.

⁸ A. a. O.; dies aufgreifend LG Berlin, Beschluss über eine Vorlage zur konkreten Normenkontrolle v. 7. Dezember 2017 – 67 S 218/18, juris Rn. 49.

⁹ So richtig umgesetzt von AG Mönchengladbach, Urt. v. 27. September 2007 – 36 C 368/06, juris Rn. 22; wie hier auch *Fleindl*, WuM 2013, 703, 710 f.

¹⁰ BGH, Urt. v. 25. Januar 2016 – VIII ZR 56/05, juris Rn. 12.

¹¹ OLG Brandenburg, Beschl. v. 15. November 2006 – 3 U 88/06, juris Rn. 19; LG Berlin, Urt. v. 2. September 2008 – 65 S 182/08, juris Rn. 3; Beschluss über eine Vorlage zur konkreten Normenkontrolle v. 7. Dezember 2017 – 67 S 218/18, juris Rn. 49; AG Hamburg, Urt. v. 12. Oktober 2007 – 46 C 120/05, juris Rn. 62; AG Hamburg-Altona, Urt. v. 9. Oktober 2017 – 316 C 206/17, juris Rn. 18; AG Köpenick, Urt. v. 15. Juli 2014 – 7 C 127/14, juris Rn. 16 f.; AG Pankow-Weißensee, Urt. v. 20. Oktober 2017 – 102 C 182/17, juris Rn. 10; AG Charlottenburg, Urt. v. 26. August 2020 – 223 C 93/19, juris Rn. 20 f.; AG Köln, Urt. v. 16. September 2021 – 221 C 227/20, juris Rn. 35 ff. (mit der sachfremden Bemerkung in Rn. 39, dass der Beklagte Mieter im Verhandlungstermin „nicht den Eindruck erweckte, dass er eine

umgeschwenkt.¹² Von den seit 2004 veröffentlichten strafgerichtlichen Urteilen zu § 5 WiStG stammen fasst alle vom AG Frankfurt a. M. und enthalten jeweils detaillierte Feststellungen zu der Frage, wie lange und wie intensiv der Mieter nach einer Wohnung gesucht hat, welche Gründe ihn zur Wohnungssuche motivierten und welche Hinweise der Vermieter auf die persönliche Lage des Mieters hatte, um so das Kausalitätsverhältnis zwischen der Wohnraummangellage und der individuellen Entscheidung des Mieters zu belegen sowie den diesbezüglichen Vorsatz bzw. die Leichtfertigkeit des Vermieters.¹³

e) Durch die nun beabsichtigte Änderung von § 5 WiStG müsste künftig nicht mehr festgestellt werden, dass der Mangel an vergleichbarem Wohnraum ursächlich dafür war, dass der Mieter – letztlich aus der Not heraus – einen bestimmten Mietzins akzeptiert hat. Genügen würden vielmehr Feststellungen zur objektiven Mangellage sowie dazu, dass die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 20 % überschritten ist und auch § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E nicht ausnahmsweise eine höhere Miete erlaubt.

II. Mögliche Einwände gegen den Gesetzentwurf und ihre Bewertung

1. Vereinbarkeit des Reformvorschages mit dem Schuldprinzip

In ihrer Stellungnahme zu dem vorliegenden Gesetzentwurf äußert die Bundesregierung Zweifel daran, ob die durch den vorliegenden Gesetzentwurf beabsichtigte Änderung von § 5

Persönlichkeit hat, die befürchten lässt, dass er sich ohne Weiteres ausnutzen lassen würde.“); wohl auch AG Hamburg, Urt. v. 16. Juni 2021 – 49 C 336/20, juris Rn. 43 f.

¹² OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 25. Juni 2009 – 2 Ss-OWi 82/09, juris Rn. 5; Beschl. v. 16. Oktober 2013 – 2 Ss-OWi 470/12, juris Rn. 22 ff.; Beschl. v. 12. Juli 2017 – 2 Ss-OWi 78/17, S. 4 (unveröffentlicht); AG Frankfurt a. M., Urt. v. 17. Februar 2021 – 941 OWi 916 Js 8654/20, juris Rn. 92; Urt. v. 13. Juni 2022 – 941 OWi 862 Js 17536/22, juris Rn. 78 (bestätigt durch OLG Frankfurt, Beschl. v. 1. November 2022 – 3 Ss-OWi 1115/22); Urt. v. 14. Juli 2022 – 940 OWi 862 Js 44556/21, juris Rn. 14.

¹³ S. etwa AG Frankfurt a. M., Urt. v. 13. Juni 2022 – 941 OWi 862 Js 17536/22, juris Rn. 15 ff. oder AG Frankfurt a. M., Urt. v. 14. Juli 2022 – 940 OWi 862 Js 44556/21, juris Rn. 2 ff. Einen den Vorsatz bzw. die Leichtfertigkeit betreffenden Aufklärungs- bzw. zumindest Darstellungsfehler mahnt OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 12. Oktober 2020 – 1 Ss-OWi 1073/20 (unveröffentlicht) an.

WiStG mit dem in der Menschenwürdegarantie und dem Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Schuldprinzip vereinbar ist.¹⁴

Dahinter steht der Gedanke, dass der Schuldgehalt eines vorsätzlichen oder leichtfertigen Verstoßes gegen eine staatliche Preisregelung nicht hoch genug sei, um die Einführung eines den Verstoß ahndenden Bußgeldtatbestands verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.¹⁵

Diese Überlegung hält einer Überprüfung an den vom Bundesverfassungsgericht zur Schaffung von Bußgeldtatbeständen entwickelten Maßstäben jedoch **nicht** stand.¹⁶ Dem Gesetzgeber steht es unter dem Gesichtspunkt des Schuldprinzips vielmehr frei, die vorgeschlagene Änderung des § 5 WiStG vorzunehmen. Um diese Auffassung zu begründen, wird im Folgenden zunächst nachgezeichnet, welche Anforderung das Bundesverfassungsgericht an die Schaffung von (Kriminal-)Strafnormen stellt (→ a)). Im zweiten Schritt wird dargelegt, inwiefern sich die für das Strafrecht geschaffenen Maßstäbe auf das Ordnungswidrigkeitenrecht übertragen werden können und was sie für hier in Rede stehende Norm des § 5 WiStG-E bedeuten (→ b)).

a) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Entscheidung des Gesetzgebers, ein bestimmtes Verhalten unter Strafe zu stellen

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Schaffung neuer Strafnormen unterscheidet zwei Aspekte: Zum einen die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten überhaupt unter Strafe gestellt werden kann („Ob“ der Strafe), und zum anderen die Frage, ob die für das kriminalisierte Verhalten in Aussicht gestellte Strafe angesichts der Schwere der Tat angemessen ist („Wie“ der Strafe).

aa) Zunächst zum „Ob“ der Kriminalisierung: Nach der Betrachtungsweise des Bundesverfassungsgerichts schränkt jedes Strafgesetzes zumindest die durch Art. 2 Abs. 1

¹⁴ BT-Drucks. 20/1239, S. 10 unter Verweis auf die in BT-Drucks. 19/16397, S. 9 enthaltene Stellungnahme, mit dem die Bundesregierung bereits in 19. Legislaturperiode einen ähnlichen Vorstoß des Bundesrates reagiert hatte.

¹⁵ So auch die Stellungnahme des Immobilienverbands Deutschland IVD e. V. vom 7. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/g73no>), S. 3 f.

¹⁶ So i. E. auch *Kudlich*, in: BeckOK-OWiG, 41. Ed. Stand: 01.01.2024, § 5 WiStG Rn. 14.2. und *Raabe*, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStrG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 12.

GG garantierte Handlungsfreiheit¹⁷ und oftmals auch noch weitere verfassungsrechtlich geschützte Freiheitspositionen (z. B. wie im Fall des § 173 StGB die sexuelle Selbstbestimmung¹⁸) ein. Das Bundesverfassungsgericht vertritt in ständiger Rechtsprechung, dass eine derartige Entscheidung des Gesetzgebers für das Strafrecht als „**ultima ratio**“ des Rechtsgüterschutzes nur verhältnismäßig ist, wenn das unter Strafe gestellte Verhalten über sein Verbotensein hinaus in **besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich**, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.¹⁹ Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialethischen Unwerturteils komme dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.²⁰

Bei der Entscheidung darüber, ob ein bestimmtes Verhalten hinreichend sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich ist, um eine Pönalisierung zu rechtfertigen, kommt dem Gesetzgeber allerdings ein **weiter Einschätzungsspielraum** zu. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts:

„*Es ist [...] grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Er ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei.*“²¹

Der damit zum Ausdruck kommenden Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts, in Kriminalisierungsentscheidungen des Gesetzgebers einzugreifen, entspricht es, dass das Bundesverfassungsgericht noch **in keinem Fall** einen Straftatbestand auf Grund eines Verstoßes gegen die vorstehend skizzierten Maßstäbe des strafrechtlichen Übermaßverbots für verfassungswidrig erklärt hat.²²

¹⁷ BVerfGE 90, 145, 171 f. – „Cannabis“.

¹⁸ BVerfGE 120, 224. 238 f. – „Inzestverbot“.

¹⁹ BVerfGE 96, 10, 25; 120, 224, 239 f.

²⁰ BVerfGE 90, 145, 172; 96, 10, 25; 120, 224, 239 f.

²¹ BVerfGE 120, 224, 240; ganz ähnlich auch schon BVerfGE 96, 10, 26.

²² Der einzige Straftatbestand, den das Bundesverfassungsgericht überhaupt je für verfassungswidrig erklärt hat, war § 217 StGB, der nach Auffassung des erkennenden Senats in unverhältnismäßiger Weise auf Recht auf selbstbestimmtes Sterben einging, s. BVerfG, Urt. v. 26. Februar 2020 – 2 BvR 2357/15 u. a.

bb) Soweit es aus der Perspektive des Verfassungsrechts grundsätzlich legitim ist, ein bestimmtes Verhalten unter Strafe zu stellen, prüft das Bundesverfassungsgericht auf zweiter Stufe, ob die Strafandrohung nach Art und Maß dem unter Strafe gestellten Verhalten angemessen ist und ob Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sind.²³ Erst diese Prüfung des „Wie“ der Pönalisierung verankert das Gericht nicht nur im Verhältnismäßigkeits-, sondern auch im Schuldprinzip (im Sinne eines Gebots schuldangemessener Strafe).²⁴ Auch insofern billigt das Gericht dem Gesetzgeber allerdings einen **weiten Gestaltungsspielraum** zu.²⁵

b) Übertragbarkeit der verfassungsrechtlichen Schranken der Strafgesetzgebung auf das Ordnungswidrigkeitenrecht und Anwendung der Maßstäbe auf den vorliegenden Gesetzentwurf

Die vorstehend umrissenen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Schaffung neuer Straftatbestände überträgt das Bundesverfassungsgericht dem Grundsatz nach auf die Situation, in der der neue Gesetzgeber neue Ordnungswidrigkeitatbestände schafft:

„Bei der Entscheidung darüber, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Rahmen für Ordnungswidrigkeiten Bußgelder angedroht und verhängt werden sollen, ist der Gesetzgeber an den für Strafandrohungen entwickelten Grundsatz des schuldangemessenen Strafens gebunden, nach welchem jede Strafe in einem gerechten Verhältnis zum Verschulden des Täters stehen muß [...]. Im Übrigen genießt er aber auch hierbei weitgehende Freiheit.“²⁶

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die **Grundrechtsbeeinträchtigung**, die durch die Schaffung von Ordnungswidrigkeiten und die Verhängung von Bußgeldern bewirkt wird, im Vergleich zur Kriminalstrafe **deutlich geringer** ist. Zwar mag die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schon lange vertretene Auffassung, wonach sich Kriminalstrafrecht und Bußgeldrecht dadurch unterscheiden, dass der mit einem Bußgeld

²³ BVerfGE 90, 145, 173; 120, 224, 241.

²⁴ BVerfGE 120, 224, 241: „Im Bereich staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen.“

²⁵ BVerfGE 90, 145, 173; 120, 224, 241.

²⁶ BVerfGE 81, 228, 237.

verbundene „*Schuldvorwurf [...] die Sphäre des Ethischen nicht erreicht*“ und „*die sittliche Persönlichkeit des Menschen überhaupt nicht berührt*“²⁷, nicht haltbar sein.²⁸ Dass die Androhung eines Bußgelds hinter der Androhung von Kriminalstrafe aber ihrer Schwere nach zurücksteht (sei es in qualitativer oder quantitativer Weise oder bei einer gemischten Betrachtung), ist gleichwohl allgemein anerkannt und kommt auch im Gesetz zum Ausdruck, das den strafrechtlich geprägten Begriff „Schuld“ im OWi-Bereich gezielt meidet und stattdessen von „Vorwerfbarkeit“ spricht (vgl. §§ 1 Abs. 1, 12 OWiG).²⁹

Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, ein Verhalten als Ordnungswidrigkeit zu erfassen, ist nach alledem daher noch größer als er bei der Pönalisierung unter kriminalstrafrechtlichen Vorzeichen ohnehin schon ist. Es muss sich um sozial missbilligtes Verhalten handeln, aber nicht – wie es für die Schaffung von Kriminalstraftatbeständen notwendig ist – um besonders sozialschädliches Tun oder Unterlassen.³⁰ Dementsprechend hat der Gesetzgeber – ohne dass dies ernsthaften verfassungsrechtlichen Anfechtungen ausgesetzt wäre – auch vergleichsweise geringfügige Regelverstöße wie z. B. das Füttern wilder Tauben³¹ oder Fehler bei der Angabe von Preisen³² als Ordnungswidrigkeit einstuft. Als ahndungswürdig akzeptiert ist seit Jahrzehnten auch der hier in Rede stehende Verstoß gegen staatliche Preisvorgaben wie ihn z. B. in § 3 WiStG als Ordnungswidrigkeit erfasst. Es steht daher offensichtlich im Ermessen des Gesetzgebers nun auch die Überschreitung bestimmter Mietpreisgrenzen in § 5 WiStG-E mit einem Bußgeldtatbestand zu bewehren. Dabei bewegt sich auch der konkret in § 5 Abs. 3 WiStG-E avisierte **Bußgeldrahmen von bis 100.000 EUR** im Rahmen des Verhältnismäßigen, da die mit der Geldbuße beabsichtigte Pflichtenmahnung bei finanziestarken Akteuren gewisse Bußgeldsummen erforderlich macht. Die bisherigen Erfahrungen mit § 5 WiStG in der geltenden bzw. früheren Fassungen lassen

²⁷ BVerfGE 9, 167, 171 – „WiStG 1954“. Für eine Zusammenstellung weiterer Entscheidungen mit dieser Stoßrichtung s. *Mitsch*, in: KK/OWiG, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn. 82 ff.

²⁸ Instruktiv *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 131 ff. und *Mitsch*, in: KK/OWiG, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn 101 ff. – jew. m. zahlr. Nachw.

²⁹ *Mitsch*, in: KK/OWiG, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn. 123.

³⁰ *Mitsch*, in: KK/OWiG, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn. 124.

³¹ Ordnungswidrigkeit z. B. nach Art. 16 Abs. 1 des bayerischen Landesstraf- und Verordnungsgesetzes i. V. m. §§ 1, 2 der Verordnung der Landeshauptstadt München über das Taubenfütterungsverbot vom 10. Oktober 1996.

³² Vgl. § 20 der Preisangabenverordnung.

erwarten, dass Ordnungsbehörden und Gerichte von dem Bußgeldrahmen im Einzelfall auf verhältnismäßige Weise Gebrauch machen werden.

2. Einwand der mangelnden Bestimmtheit von § 5 WiStG-E

Vereinzelt ist gegen die beabsichtigte Neufassung von § 5 WiStG der Einwand erhoben worden, die Norm sei mit Blick auf die Frage, wann eine Miete als unangemessen zu qualifizieren ist, zu unbestimmt und würde gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößen.³³ Diese Einwand ist nicht jedoch zutreffend. Im Einzelnen:

a) Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts zur Auslegung von Art. 103 Abs. 2 GG

Nach üblicher Lesart verpflichtet Art. 103 Abs. 2 GG den Gesetzgeber sowohl bei der Schaffung von Straftatbeständen als auch bei der Regelung von Ordnungswidrigkeiten, die Voraussetzungen der Strafbarkeit bzw. Ahndbarkeit im Gesetz so konkret zu beschreiben, dass sich **Anwendungsbereich und Tragweite** des jeweiligen Straf- oder Bußgeldtatbestands aus dem Gesetzeswortlaut ergeben oder durch Auslegung zu ermitteln sind.³⁴ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass **unkalkulierbare Sanktionsrisiken** die Ausübung der grundrechtlich verbürgten Freiheitsrechte des Einzelnen empfindlich lähmen können, weil die Bürgerinnen und Bürger aus Angst vor dem willkürlichen Zugriff der staatlichen Sanktionsgewalt wohlmöglich auch die Randbereiche ihres Freiheitsraums – also das „noch Legale“ – nicht mehr ausschöpfen können. Demzufolge soll der Bestimmtheitsgrundsatz „den Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit kalkulierbar machen“.³⁵

Vor dem Hintergrund dieser **freiheitssichernden Dimension des Art. 103 Abs. 2 GG** ist jedes Straf- oder Ordnungswidrigkeitengesetz in erster Linie daran zu messen, ob die angedrohte Sanktion für den Normadressaten in einem Maße **vorhersehbar** ist, die es dem

³³ Stellungnahme des Immobilienverbands Deutschland IVD e. V. vom 7. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/g73no>), S. 4.

³⁴ Ständige Rspr. seit BVerfGE 25, 269, 285; siehe vertiefend Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. I, 4. Aufl. 2020, § 1 Rn. 47 ff. m. zahlr. Nachw.

³⁵ Rüping, in: Bonner Kommentar GG, 118. Erg.-Lfg. 2005 (Altauflage), Art. 103 Abs. 2 Rn. 15.

Normadressaten erlaubt, sein Verhalten am Gesetz auszurichten.³⁶ Dabei fordert das Bestimmtheitsgebot aber nicht zur legislativen Präzision um jeden Preis auf, sondern lässt dem Gesetzgeber Raum, der Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte durch ein **gewisses Abstraktionsniveau** bei der Formulierung rechtlicher Normen zu begegnen.³⁷

b) Anwendung der Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts zur Auslegung von Art. 103 Abs. 2 GG auf § 5 WiStG-E

- Wendet man die vorstehend skizzierten Maßstäbe auf den zur Stellungnahme vorliegenden Gesetzentwurf an, wird deutlich, dass § 5 WiStG-E den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal der „unangemessenen Miete“ genügt.

aa) Eine Miete ist nach § 5 Abs. 2 S. 1 WiStG-E unangemessen hoch, wenn sie die üblichen Entgelte um mehr als 20 vom Hundert übersteigt, 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. Nach § 5 Abs. 2 S. 1 WiStG-E kann die Miete ausnahmsweise auf bis zu 50 vom Hundert der ortsüblichen Vergleichsmiete gesteigert werden, wenn die laufenden Aufwendungen des Vermieters dies erforderlich machen.³⁸

- Zwar stimmt der Wortlaut von § 5 Abs. 2 S. 1 WiStG-E, der die Berechnungsmethode der ortsüblichen Vergleichsmiete vorgibt, nicht wortwörtlich mit **§ 558 Abs. 2 S. 1 BGB** überein, es ist aber allgemein anerkannt, dass beide Vorschriften auf dieselbe Vergleichsmiete Bezug nehmen und auch für beide Vorschriften die in § 558a Abs. 2 BGB genannten Methoden zur

³⁶ BVerfGE 126, 170, 195; BGH NJW 2005, 374, 376; Gaede, HRRS 2004, 318, 319.

³⁷ Hassemer/Kargl, in: NK-StGB, Bd. I, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 19 f. und Pohlreich, in: Bonner Kommentar GG, 191. Erg.-Lfg. Juni 2018, Art. 103 Rn. 68 m. w. Nachw.

³⁸ Ab 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete ist das in § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E genannte „auffällige Missverhältnis“ erreicht, siehe AG Stuttgart, Urteil vom 28. April 2020 – 31 C 5490/18 Rn 19; Arzt, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 11; ; Börstighaus, in: Blank/Börstighaus/Siegmund, Miete, 7. Aufl. 2023, § 535 BGB Rn. 558; Kudlich, in: BeckOK-OWiG, 41. Ed. Stand: 01.01.2024, § 5 WiStG Rn. 13.

Ermittlung der Vergleichsmiete Anwendung finden sollen.³⁹ **Mietspiegel** können dabei als Richtwerte zur Feststellung des ortsüblichen Entgelts herangezogen werden. Sie ersetzen aber nicht eine Betrachtung des Einzelfalls, in die auch wohn- oder gebrauchswertprägende Umstände, die im Mietspiegel nicht berücksichtigt sind, einzubeziehen sind.⁴⁰ Wenn kein Mietspiegel vorhanden ist oder für die Wohnung ein Spannenzuschlag zu gewähren ist, kann ein **Sachverständigengutachten** herangezogen werden.⁴¹

- bb) Die skizzierte Bezugnahme des § 5 WiStG-E auf das System der ortsüblichen Vergleichsmiete genügt den referierten Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts zu den Bestimmtheitsanforderungen an einen Bußgeldtatbestand. Nicht nur hat das Gericht dem Vergleichsmietensystem zuletzt in seiner Entscheidung zur sog. Mietpreisbremse noch einmal bescheinigt, dass es den allgemeinen Erfordernissen der Normenklarheit entspricht.⁴² Auch mit Blick auf die im Vergleich zum Zivilrecht strengerem Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht zudem im Jahr 1995⁴³ schon **konkret zu § 5 WiStG in der Fassung vom 21. Juli 1993** (im Zuge einer konkreten Normenkontrollvorlage durch ein Amtsgericht erhobene) Bedenken gegen das Tatbestandsmerkmal des „unangemessen hohen Entgelts“ geprüft und verworfen:

„Auch die weiteren Ausführungen des Amtsgerichts lassen nicht erkennen, wie es zu einer Auslegung des § 5 WiStG kommt, die dessen Verfassungswidrigkeit begründen könnte. So ist die Behauptung des Amtsgerichts, die Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete sei nur dem Gericht, nicht jedoch dem Vermieter möglich, nicht

³⁹ Arzt, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 10; Börstighaus, in: Blank/Börstighaus/Siegmund, Miete, 7. Aufl. 2023, § 535 BGB Rn. 555; Fleindl, WuM 2013, 703, 706.

⁴⁰ AG Frankfurt a. M., Urt. v. 17. Februar 2021 – 941 OWi 916 Js 8654/20, juris Rn. 75; Urt. v. 14. Juli 2022 – 940 OWi 862 Js 44556/21, juris Rn. 13; Kudlich, in: BeckOK-OWiG, 41. Ed. Stand: 01.01.2024, § 5 WiStG Rn. 10.

⁴¹ Kudlich, in: BeckOK-OWiG, 41. Ed. Stand: 01.01.2024, § 5 WiStG Rn. 10 und Fleindl, WuM 2013, 703, 706 – jew. m. w. N.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 18. Juli 2019 – 1 BvL 1/18 u. a., Rn. 58: „Auch soweit rechtsstaatliche Grundsätze gebieten, mietpreisrechtliche Vorschriften nach Inhalt und Voraussetzungen so zu gestalten, dass Vermieter und Mieter in der Lage sind, in zumutbarer Weise die gesetzlich zulässige Miete zu ermitteln [...], ist das Abstellen auf die ortsübliche Vergleichsmiete nicht zu beanstanden. Zwar kann ihre Ermittlung die Vertragsparteien in Gemeinden, in denen kein qualifizierter Mietspiegel aufgestellt ist, vor praktische Schwierigkeiten stellen [...]. Eine den Vorgaben der Verfassung entsprechende Anwendung der Regelungen über die ortsübliche Vergleichsmiete ist gleichwohl möglich [...].“

⁴³ BVerfG, Beschl. v. 19. Juli 1995 – 2 BvL 3/95.

nachvollziehbar. Alle Erkenntnisquellen, die dem Gericht offen stehen, insbesondere die Inaugenscheinnahme der Mieträume, die Einsicht in einen Mietspiegel – falls existent – und gegebenenfalls die Beauftragung eines Sachverständigen, stehen den Mietvertragsparteien ebenfalls zur Verfügung. Daß Normadressaten nicht nur unbestimmte Rechtsbegriffe ihrer generellen Bedeutung nach auszulegen haben, sondern im Einzelfall auch konkrete Werte zu ermitteln sind, ist für das Strafrecht keine untypische Erscheinung, insbesondere bei den Vermögensdelikten (siehe z.B. den "rechtswidrigen Vermögensvorteil" des § 263 StGB). Auch bei dieser Anmerkung der Vorlage bleibt im Dunkeln, wie das Amtsgericht zu seiner Einschätzung der Verfassungswidrigkeit des § 5 WiStG kommt. Inwiefern die in § 5 Abs. 2 WiStG getroffene Bestimmung unangemessen hoher Entgelte für den Adressaten nicht verstehbar sein soll, ist ebenfalls nicht einsichtig. Auch die problemlose Feststellung des üblichen Entgelts durch das erkennende Gericht im Ausgangsverfahren spricht nicht für die vom Amtsgericht behauptete mangelnde Bestimmtheit dieses Rechtsbegriffs.⁴⁴

cc) Nicht überzeugend ist die in der Stellungnahme des Immobilienverbands Deutschland IVD e. V. zum Ausdruck kommende Meinung, wonach die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1995 auf § 5 WiStG-E nicht übertragbar sei, weil das Gesetz den Vermieter in seiner damaligen Fassung durch das nunmehr zu streichende Merkmal der „Ausnutzung“ eines Mangels an Wohnraum vor Ahndung geschützt und den eigentlich bestehenden Bestimmtheitsmangel dadurch „geheilt“ habe.⁴⁵ Der Verband verkennt hier, dass es bei der Überprüfung eines Straf- oder Bußgeldtatbestandes am Maßstab von Art. 103 Abs. 2 GG darauf ankommt, ob der Gesetzgeber die im Tatbestand verankerte Verhaltensnorm so deutlich formuliert hat, dass der Normunterworfene sein Verhalten an der Normvorgabe ausrichten kann. Es ist daher nicht möglich, einen Bestimmtheitsmangel auf der Ebene des objektiven Tatbestands durch ein subjektives Element zu „heilen“. Davon abgesehen übersieht die zitierte Stellungnahme, dass sich die subjektiven Anforderungen der Ahndbarkeit mit Blick auf das Merkmal der unangemessenen Miete auch nach der geplanten Einführung von § 5 WiStG-E nicht ändern werden. Es bleibt dabei, dass der Vermieter es für

⁴⁴ BVerfG, Beschl. v. 19. Juli 1995 – 2 BvL 3/95, juris Rn. 7.

⁴⁵ Stellungnahme des Immobilienverbands Deutschland IVD e. V. vom 7. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/g73no>), S. 4.

möglich halten und billigend in Kauf nehmen oder aber leichtfertig verkennen muss, dass die Miete 20 % bzw. (im Fall von § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E) 50 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt.⁴⁶ Die Aussage, dass bei § 5 WiStG „*das subjektive Merkmal weiter nötig [sei], um den bereits jetzt bestehenden Mangel der Regelung in seiner Unbestimmtheit des objektiven Tatbestands zu heilen*“⁴⁷, ist damit gleich unter mehreren Gesichtspunkten unhaltbar.

- **3. Vereinbarkeit von § 5 WiStG-E mit Art. 14 GG und der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit**

§ 5 WiStG-E greift zweifellos in das durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Eigentum von Wohnungseigentümern ein, die zur Vermietung ihrer Wohnung bereit sind, ebenso ein wie in die Vertragsfreiheit von Mietern und Vermietern, die sich auf eine i. S. v. § 5 WiStG-E überhöhte Miete einigen wollen. Diese Eingriffe sind allerdings durch das gesetzgeberische Ziel, die Preise auf einem Wohnungsmarkt mit Nachfrageüberhang in einem sozialverträglichen Maß zu halten, **gerechtfertigt**.⁴⁸ Es kann hierzu auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur sog. Mietpreisbremse verwiesen werden.⁴⁹ Zwar sind die in §§ 556d ff. BGB enthaltenen Regelungen zur Mietpreisbremse nicht identisch mit § 5 WiStG-E, allerdings wirken sich die Unterschiede deutlich zu Gunsten der Vermieterseite aus. So fehlen etwa in § 5 WiStG-E die in § 556d Abs. 2 BGB verankerte Beteiligung der

⁴⁶ Vor diesem Hintergrund ist es irreführend, wenn es bei Haus & Grund, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Mietwucher (online abrufbar unter <https://t1p.de/zsesu>), S. 2 heißt, dass durch Einführung von § 5 WiStG-E „*jeder Vermieter, der bisher unwissentlich mehr als 20 Prozent über der ortsüblichen Vergleichsmiete vermietet, mit der ersten Mietzahlung nach Inkrafttreten der Änderung beim Vorliegen einer Mangellage in die Ordnungswidrigkeit*“ rutsche. Denn einerseits würde der genannte Vermieter sich auch schon nach geltender Rechtslage ahndbar machen, sobald er Hinweise darauf erhält, dass ein geringes Angebot an Wohnraum vorliegen könnte, die Miete möglicherweise 120 bzw. 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete übersteigt und sein Mieter möglicherweise nur in Ermangelung an günstigeren Alternativen in der Wohnung wohnt. Andererseits bleibt es auch zukünftig bei den subjektiven Anforderungen „Vorsatz“ oder „Leichtfertigkeit“, so dass ein gutgläubiger Vermieter nicht unter den Tatbestand fällt.

⁴⁷ A. a. O.

⁴⁸ So auch Raabe, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStrG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 11.

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 18. Juli 2019 – 1 BvL 1/18 u. a., Rn. 52 ff.

Landesregierungen gem. § 556d Abs. 2 BGB sowie die Ausnahmen des §§ 556e, 556f⁵⁰ BGB, mit denen die Belastung der Vermieter verringert wird. Auf der anderen Seite liegt die von § 5 WiStG-E gezogene Preisgrenze aber **deutlich höher** als nach den §§ 556d ff. BGB. Besonders entlastend für die Vermieterseite wirkt dabei die Regelung des § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E, der eine Kostenmiete von bis zu 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete erlaubt und dabei nicht nur die Einberechnung von Fremdkapitalkosten, sondern auch von fiktiven Eigenkapitalkosten (also einem Gewinn) bezogen auf die Kosten der Herstellung oder des Erwerbs der jeweiligen Immobilie ermöglicht.⁵¹ Wenn die Mietpreisbremse verfassungskonform ist, dann gilt desselben gleichen erst recht für § 5 WiStG-E.

4. Möglicher Widerspruch zwischen § 5 WiStG-E und den zivilrechtlichen Vorschriften über die Vereinbarung und Erhöhung von Mieten

Neben § 5 WiStG enthält auch das BGB zahlreiche Vorschriften, die sich mit Preisgrenzen beim Abschluss von neuen Wohnmietverträgen (§§ 556d bis 556g BGB) befassen oder aber die Erhöhung der Miete in laufenden Wohnmietverträgen regeln (§§ 557 bis 560). Das Gebot der **Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung**⁵² verlangt, dass diese zivilrechtlichen Regelungen nicht in einem logischen Widerspruch zu § 5 WiStG-E stehen. Es darf mit anderen Worten nicht unter Androhung von Bußgeld verboten sein, was zivilrechtlich erlaubt ist.⁵³ Ein derartiger Widerspruch droht allerdings nur dort, wo eine der im BGB enthaltenen Vorschrift exakt denselben Sachverhalt wie § 5 WiStG-E erfasst und diesbezüglich eine § 5 WiStG-E widerstreitende Regelung trifft. Einen derartigen Normkonflikt gibt es jedoch bei näherer Betrachtung nicht:

1. Die Regelung des **§ 558 Abs. 1 BGB** (Mieterhöhung bis zur örtlichen Vergleichsmiete) kann von vornherein kein Verhalten erlauben, dass durch § 5 WiStG-E verboten wäre. Denn zwar ist § 5 WiStG-E nicht nur auf die erstmalige Vereinbarung

⁵⁰ Die Erweiterung des Gesetzentwurfs um eine Ausnahme nach Vorbild von § 556f S. 1 BGB sollte allerdings erwogen werden, siehe näher II. 5., S. 17 ff.

⁵¹ BGH NJW 1995, 1838 und Verweis auf BT-Drucks. 9/2284, S. 5, Arzt, in: MüKo-BGB, Bd. V, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 11; *Börstighaus*, in: Blank/Börstighaus/Siegmund, Miete, 7. Aufl. 2023, § 535 BGB Rn. 557; *Fleindl*, WuM 2013, 703, 707; *Gramlich*, Mietrecht, 15. Aufl. 2019, § 5 WiStG Rn. 11; ohne Begründung **a. A. Lampe/Lutz**, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 249. EL September 2023, § 5 WiStG Rn. 10.

⁵² Instruktiv *Rönnau*, in: LK-StGB, Bd. III, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 20 ff. m. zahlr. Nachw. **A. a. O. Rn. 21.**

überhöhter Mieten, sondern auch auf **Mieterhöhungen im laufenden Mietverhältnis** anwendbar und berührt damit den Anwendungsbereich von § 558 BGB.⁵⁴ Allerdings erlaubt § 558 BGB unter den in der Norm näher beschriebenen Kautelen eine Mieterhöhung nur bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und kann damit nie eine Miete legitimieren, die über dem von § 5 WiStG-E erlaubten Mietniveau (= 120 % der ortsüblichen Vergleichsmiete oder – nach den Grundsätzen der Kostenmiete i. S. v. § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E – höher) liegt.

- 2. Bei der Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen gem. **§ 559 BGB** ist ein Widerspruch zu § 5 WiStG-E ausgeschlossen, solange durch die Mieterhöhung die tatsächlich angefallenen Modernisierungskosten umgelegt werden. Denn § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E erlaubt es dem Vermieter in diesem Fall, die Kostenmiete selbst dann einzunehmen, wenn diese mehr als 120 % der ortsüblichen Vergleichsmiete beträgt. Nach den Regelungen des BGB bleibt die durch § 559 BGB erhöhte Miete allerdings auch bestehen, wenn die Kosten für die Modernisierung sich amortisiert haben. Es ist dann denkbar, dass eine nach § 559 BGB erlaubte Miete durch § 5 WiStG-E verboten ist.⁵⁵ Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen Normwiderspruch, da § 5 WiStG-E nur für Gebiete mit geringem Angebot an Mietwohnraum gilt und daher gegenüber § 559 BGB *lex specialis* ist.
- 3. *Lex specialis* ist § 5 WiStG auch gegenüber § 557 Abs. 1 BGB (einvernehmliche Mieterhöhung), § 557a BGB (Staffelmiete) und § 557b BGB (Indexmiete).
- 4. Ein Widerspruch zu § 560 BGB ist jedenfalls durch § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E ausgeschlossen. Wenn die gestiegenen Betriebskosten dazu führen, dass die Miete insgesamt 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete übersteigt und daher selbst den von § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E gesteckten Rahmen sprengt, wird eine Mieterhöhung angesichts des Wirtschaftlichkeitseinwands im dortigen Abs. 5 regelmäßig auch nach § 560 BGB nicht zulässig sein.

⁵⁴ AG Berlin-Mitte, Urt. v. 26. August 2020 – 223 C 93/19, juris Rn. 21; AG Berlin-Mitte, Urt. v. 6. Mai 2020 – 123 C 5146/19, juris Rn. 16; *Börstighaus*, in: Blank/Börstighaus/Siegmund, Miete, 7. Aufl. 2023, § 535 BGB Rn. 548 ff.; *Fleindl*, WuM 2013, 703, 704; *Raabe*, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStrG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 4.

⁵⁵ Mit Blick auf die Begrenzungen der modernisierungsbedingten Mieterhöhung in § 559 Abs. 3a BGB ist auch das allerdings sehr unwahrscheinlich.

5. Ökonomische Einwände gegen § 5 WiStG-E

Während die vorstehend diskutierten Einwänden juristischer Natur sind, wird der hier diskutierte § 5 WiStG-E absehbar auch ökonomischen Anfechtungen ausgesetzt sein.⁵⁶

Es handelt sich bei der vorgeschlagenen Regelung bei Lichte betrachtet um eine bundesweit in allen Gebieten mit geringem Wohnraumangebot geltende (sehr großzügig bemessene) Mietpreisobergrenze. Die Einführung solcher Preisobergrenzen in Märkten mit Nachfrageüberhang birgt prinzipiell Gefahren, da sie den Anziehungseffekt verringern kann, der von nachfragebedingten Preissteigerungen typischerweise ausgeht.⁵⁷ Denn zumindest unter Wettbewerbsbedingungen haben nachfragebedingte Preissteigerungen das Potential, neue Anbieter auf den Markt zu locken, die den Nachfrageüberhang durch zusätzliches Angebot zu beseitigen helfen. Je höher der mögliche Profit ist, desto stärker wirkt dabei der Anziehungseffekt. Staatliche Preisgrenzen können die Motivation, sich auf dem Markt als Anbieter einzubringen, dagegen hemmen und damit die Allokationseffizienz des Marktes absenken.⁵⁸

Für die hier diskutierte Preisgrenze gem. § 5 WiStG-E wird sich der beschriebene Effizienzverlust des Marktmechanismus allerdings sehr stark in Grenzen halten. Ein Preislimit von 120 % der ortsüblichen Vergleichsmiete ermöglicht für das Gros der **Bestandsimmobilien** eine profitable Bewirtschaftung. Als zu gering kann sich diese Preisgrenze allenfalls bei Bestandsobjekten erweisen, die mit **hohen Finanzierungskosten** belastet sind. In diesen Fällen profitieren die Eigentümer allerdings von der Regelung in § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E, die eine kostenbedingte Anhebung der 120-%-Grenze auf bis zu 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete erlaubt.⁵⁹ Unter die hier anrechenbaren Aufwendungen

⁵⁶ So etwa formuliert von Haus & Grund, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Mietwucher (online abrufbar unter <https://t1p.de/zsesu>), S. 1 f.

⁵⁷ Statt vieler siehe nur Mankiw/Taylor, Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl. 2021, S. 83 f.; vgl. auch Rönnau/Saathoff, ZStW 135 (2023), 24, 32 ff.

⁵⁸ Pars pro toto Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, Einl. XVII m. w. N.

⁵⁹ Die Regelung des § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E scheint dem Immobilienverbands Deutschland IVD unbekannt zu sein, der in seiner Stellungnahme zu dem hier diskutierten Gesetz (online abrufbar unter <https://t1p.de/g73no>, siehe dort S. 6) zu Unrecht behauptet, dass ein „*Bauherr, der im Vorfeld eine Kostenmiete kalkuliert [...] durch den Verlust des Merkmals des Ausnutzens nun [...] in die „Strafbarkeit“ läuft*“. Denn wie dargelegt kann eine Kostenmiete grundsätzlich nicht unter § 5 WiStG-E fallen. Etwas anderes gilt nur, wenn die

fallen nicht nur Fremdfinanzierungskosten, sondern der Eigentümer kann auch **fiktive Eigenkapitalzinsen** in marktüblicher Höhe – mit anderen Worten: eine marktübliche Rendite – einpreisen.⁶⁰

Angesichts der dramatischen Baukostenentwicklungen im Wohnungsbau ist allerdings zu gewärtigen, dass bei **Neubauprojekten** möglicherweise auch die von § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E gezogene Grenze von 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete im freifinanzierten Bereich unauskömmlich werden könnte,⁶¹ jedenfalls so lange die seit dem Jahr 2021 noch einmal außergewöhnlich stark angestiegenen Kosten sich noch nicht in einer gesonderten Baualtersklasse im Mietspiegel niedergeschlagen haben. Projekte, die auch den Rahmen von § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E sprengen, sind allerdings schon nach jetziger Rechtslage kaum seriös durchführbar, da (vom Problem, hinreichend solvente Mieter zu finden, einmal abgesehen) der Eigentümer dem unkalkulierbaren Risiko ausgesetzt ist, sich gem. § 5 WiStG in der geltenden Fassung ahndbar zu machen. Denn selbst wenn man das Merkmal des „Ausnutzens“ im Fahrwasser des BGH eng auslegt, ist der Tatbestand erfüllt, sobald der Eigentümer Hinweise darauf erhält, dass ein bestehender oder potenzieller Mieter keine billigere vergleichbare Wohnung finden kann und deshalb das teure Mietverhältnis eingeht bzw. aufrechterhält. Auf die Zufälligkeit, ob dem Vermieter entsprechende Informationen zugehen, kann eine vernünftige Projektcalculation nicht gestützt werden.

Dass § 5 WiStG-E die ohnehin schon bestehende Problemlage beim freifinanzierten Neubau noch weiter verschärft, ist daher nicht zu erwarten. Gleichwohl sollte erwogen werden, Neubauvorhaben nach dem Vorbild von § 556f S. 1 BGB **generell vom Anwendungsbereich des § 5 WiStG-E auszunehmen**, um jegliche weitere Komplikation

Kostenmiete 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete übersteigt. Ein solches Projekt wäre allerdings auch schon nach geltendem Recht einem erheblichen Risiko ausgesetzt, unter § 5 WiStG zu fallen (siehe dazu sogleich im Haupttext).

⁶⁰ Siehe oben Fn. 51.

⁶¹ Vgl. etwa den Bauforschungsbericht Nr. 86 der Arbeitsgemeinschaft für zeitgemäßes Bauen e. V. (online abrufbar unter <https://t1p.de/1pwu6>), S. 19 ff., der zu dem Ergebnis kommt, dass die aktuellen Bau- und Finanzierungskosten eine finanzierte Vermietung von Wohnraum für weniger als **17,50 EUR** monatlicher Kaltmiete pro Quadratmeter nicht zuließe. Eine solche Miete läge, selbst wenn man vom Mittelwert des Mietspiegels ausgeht, zwar zum Beispiel in Berlin unterhalb der von § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E gezogenen Grenze (bei Annahme einer Normallage und ohne Berücksichtigung von wohnwertminderten oder -erhöhenden Merkmalen). Das muss aber nicht in allen Gebieten mit einem geringen Wohnraumangebot in Deutschland so sein.

für den Neubau von vornherein auszuschließen.⁶² Anders als in § 556f S. 1 BGB sollte dafür aber kein statischer Wert gewählt werden, der alle Mietobjekte, die nach einem dann nicht mehr veränderten Stichtag (im Falle von § 556f S. 1 BGB ist das der 1. Oktober 2014) erstmals genutzt und vermietet sind, dann für alle Zeiten vom Anwendungsbereich des § 5 WiStG-E ausschließt, obwohl irgendwann angesichts zwischenzeitlich gestiegener ortsüblicher Vergleichsmieten eine auskömmliche Bewirtschaftung auch unter dem Regime von § 5 WiStG-E möglich wäre.⁶³ Stattdessen könnte eine dynamische Regelung getroffen werden, die Neubauten dann dem § 5 WiStG-E unterwirft, wenn eine bestimmte in Jahren bemessene Frist vergangen ist, nach deren Ablauf typischerweise zu erwarten ist, dass das Kostenumfeld, in dem der Neubau entstanden ist, sich in den Mietspiegeln niedergeschlagen hat. So wäre stets sichergestellt, dass alle auch nur annähernd marktgerecht kalkulierten Projekte mit § 5 WiStG-E nicht in Konflikt geraten können.

⁶² Soweit der Immobilienverbands Deutschland IVD in seiner Stellungnahme zu dem hier diskutierten Gesetz (online abrufbar unter <https://t1p.de/g73no>, siehe dort S. 6) behauptet, dass die beabsichtigte Reform von § 5 WiStG schon deshalb negative Auswirkungen auf den Neubau haben würde, weil es sich um eine erneute Änderung des Mietrechts handelt und schon dieser Umstand den Neubau hemmt, ist das nicht überzeugend. Zum einen gibt es keinen empirischen Beweis für einen solchen generellen Abschreckungseffekt von Mietrechtsreformen. Zum anderen stellt – wie vorstehend schon öfter ausgeführt – speziell die hier geplante Reform des § 5 WiStG-E rational agierende Vermieter nicht schlechter als sie nach geltendem Recht stünden. Denn schon nach der aktuellen Fassung von § 5 WiStG hängt es in angespannten Wohnungsmärkten letztlich vom Zufall ab (nämlich davon, wie lange und wie dringend der Mieter eine Wohnung braucht und was der Vermieter über diese Umstände erfährt), ob eine Miete oberhalb von 120 % bzw. 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete erlaubt oder verboten ist. Auf den bloßen Schutz durch Unkenntnis der Lage des Mieters wird vernünftigerweise aber kein Vermieter bauen, da schon ein kurzer Small-Talk im Treppenhaus („Wir sind so glücklich, dass wir endlich eine Wohnung gefunden haben!“) selbst nach Vertragsabschluss ihn bösgläubig und damit ahndbar macht. Eine wirkliche Benachteiligung entsteht durch die geplante Reform daher nur solchen Vermietern, die nach geltendem Recht eine Wohnung an einen Mieter vermieten, bei dem klar ist, dass der Mieter die Wohnung eigentlich gar nicht braucht, sie aber trotzdem deutlich über der ortsüblichen Vergleichsmiete anmietet. Solche Mieter sind allerdings vergleichsweise selten und nicht die Zielgruppe, die für die Projektierung eines Neubauvorhabens den Ausschlag geben.

⁶³ Für eine starre Regel dagegen Raabe, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStrG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 10.

III. (Weitere) Vorschläge zur Verbesserung des Gesetzentwurfes

1. Präzisierung des Gesetzeszweckes

In Begründung zu dem vorliegenden Gesetzentwurf heißt es, dass § 5 WiStG „zum einen dem Schutz vor Störungen der sozialen Marktwirtschaft, andererseits aber auch dem Schutz der Mieterinnen und Mieter vor überhöhten Mieten bei einem Ausfall der preisregulierenden Funktion des Marktes dienen“ solle.⁶⁴ Diese Formulierung auch auf den Individualschutz abstellende Formulierung ist misslich. Denn gerade mit Verweis auf den individualschützenden Charakter des § 5 WiStG begründet es die herrschende Meinung nach geltendem Recht, dass das Merkmal des „Ausnutzens“ einer Wohnraummangel eine persönliche Zwangslage des Mieters erfordert, da nur bei schutzwürdigen Individuen der Telos der Norm greife.⁶⁵

Es sollte daher klargestellt werden, dass § 5 WiStG-E – wie es im Übrigen auch schon für geltende Fassung des Gesetzes naheliegend wäre⁶⁶ – **unabhängig von der Schutzwürdigkeit des einzelnen Mieters** primär den Zweck verfolgt, auf Wohnungsmärkten mit Nachfrageüberhang sicherzustellen, dass Vermieter sich nicht einen – gemessen an dem nach Maßgabe des Vergleichsmietensystems getrimmtem Mittelwert der Marktpreise⁶⁷ – hohen und sozialpolitisch ungebührlichen Anteil am Gesamtnutzen der Vertragsbeziehung sichern.⁶⁸ Dass dadurch **mittelbar** auch ein Schutz einzelner Mieterinnen und Mieter⁶⁹ und insbesondere das mit der sog. Mietpreisbremse angestrebte Ziel erreicht wird, der Verdrängung wirtschaftlich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen aus stark nachgefragten Gebieten entgegenzuwirken, bleibt unbenommen.

⁶⁴ BT-Drucks. 20/1239, S. 6.

⁶⁵ Siehe etwa BGH, Versäumnisurteil vom 28. Januar 2004 – VIII ZR 190/03, juris Rn 16.

⁶⁶ Eingehend *Fleindl*, WuM 2013, 703, 704; zutreffend auch *Kudlich*, in: BeckOK-OWiG, 41. Ed. Stand: 01.01.2024, § 5 WiStG Rn. 1.

⁶⁷ Der Begriff „Marktpreis“ ist hier nicht streng empirisch gemeint, da Vergleichsmieten – wenn auch marktpreisorientiert – normativ geprägt sind, siehe statt vieler *Fleindl*, WuM 2013, 703, 706.

⁶⁸ Vgl. dazu schon *Wegner*, in: LK-StGB, Bd. XVI., 13. Aufl. 2023, § 291 Rn. 17.

⁶⁹ *Fleindl*, WuM 2013, 703, 704.

2. Definition des Tatbestandsmerkmals des geringen Wohnraumangebots

- a) Neben dem schon erörterten Streit um das Merkmal der „Ausnutzung“ eines geringen Angebots an vergleichbarem Wohnraum besteht eine vom Gesetzentwurf in seiner jetzigen Fassung nicht adressierte Kontoverse um die Frage, wann ein „geringes Angebot an vergleichbarem Wohnraum“ vorliegt. Hier sind zwei Aspekte zu unterscheiden:

Erstens stellt sich die Frage, wie das **Marktsegment** zuzuschneiden ist, in dem das geringe Angebot bestehen muss. Der BGH ist der Auffassung, dass hierfür in **sachlicher Hinsicht** auf den „Teilmärkt“ abzustellen ist, zu dem die Wohnung gehört, und die Mangelsituation demgemäß getrennt nach Wohnungsgruppen geprüft werden muss.⁷⁰ Der maßgebende Teilmärkt bestimme sich dabei nach den in § 5 Abs. 2 WiStG aufgeführten Merkmalen, die sich teilweise unmittelbar auf die Wohnung („Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit“), teilweise auf das Umfeld („Lage“) beziehen und in ihrer Gesamtheit für die vorhandene oder fehlende Vergleichbarkeit ausschlaggebend sind. **Räumlich** soll das ganze Stadtgebiet in den Blick genommen werden.⁷¹

Zweitens ist zu klären, wann das Wohnraumangebot „gering“ ist. Hier hat der BGH bisher offengelassen, ob eine Mangellage erst dann angenommen werden kann, wenn die Nachfrage das Angebot überschreitet, oder schon dann, wenn das Angebot die Nachfrage nicht spürbar übersteigt oder (als dritte Variante) wenn Angebot und Nachfrage sich die Waage halten.⁷² Sinnvoll wäre es, einen Mangel schon bei Unterschreiten einer Leerstandsquote von 2-3 % anzunehmen, da Mieter bei einer solchen Marktlage auf Grund

⁷⁰ BGH, Urt. v. 13 April 2005 – VIII ZR 44/04, juris Rn. 14; Urt. v. 25. Januar 2006 – VIII ZR 56/04, juris Rn. 10; dafür auch Arzt, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 13.

⁷¹ BGH, Urt. v. 13 April 2005 – VIII ZR 44/04, juris Rn. 16 ff.; LG Berlin, Urt. v. 2. September 2008 – 65 S 182/08, juris Rn. 3; AG Hamburg, Urt. v. 16. Juni 2021 – 49 C 336/20, juris Rn. 44; kritisch dazu Arzt, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 14; differenzierend Fleindl, WuM 2013, 703, 709.

⁷² BGH, Urt. v. 13 April 2005 – VIII ZR 44/04, juris Rn. 9 f. mit Tendenz zur ersten Auslegung (geringes Angebot erst, wenn die Nachfrage das Angebot übersteigt); dazu zurecht kritisch Arzt, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 15 und Fleindl, WuM 2013, 703, 707; ohne Tendenz offengelassen von BGH, Urt. v. 25. Januar 2006 VIII – ZR 56/04, juris Rn. 12.

der mit der Wohnungssuche verbundenen Aufwand und nicht selten existenziellen Sorge beginnen, notgedrungen Preisausreißer zu akzeptieren.⁷³

b) In der Praxis erzeugen die vom BGH zur Feststellung des „geringen Angebots an vergleichbarem Wohnraum“ errichteten Maßstäbe einen **erheblichen Ermittlungsaufwand** und machen die Hinzuziehung von gutachterlichem Sachverstand notwendig.⁷⁴ Für die Mieter ist es in einem zivilrechtlichen Verfahren schwer, die ihnen insofern aufgebürdete Darlegungs- und Beweislast zu schultern.⁷⁵

Die Anwendung des § 5 WiStG könnte vor diesem Hintergrund deutlich vereinfacht werden, wenn die **Betrachtung nach einzelnen Teilmarktsegmenten aufgegeben** und stattdessen – wie bei der sog. Mietpreisbremse – auf die Wohnraumversorgungslage in der Gesamtgemeinde abgestellt würde. Hierfür ist die von Raabe vorgeschlagene Änderung des vorliegenden Gesetzentwurfs⁷⁶ geeignet, wonach § 5 WiStG-E unter Übernahme des Wortlauts von § 556d Abs. 2 S. 2 BGB wie folgt lauten würde (aktueller Wortlaut in normaler durchgestrichener Schrift, Entwurfssfassung des Bundesrates in fettet durchgestrichener Schrift, Entwurfssfassung nach Raabe in roter normaler Schrift):

§ 5 Mietpreisüberhöhung

- (1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.
- (2) Unangemessen hoch sind Entgelte, die **in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt infolge der Ausnutzung bei Verliegen 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

⁷³ Vgl. Arzt, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 15 und Fleindl, WuM 2013, 703, 707.

⁷⁴ AG Frankfurt a. M., Urt. v. 14. Juli 2022 – 940 OWi 862 Js 44556/21, juris Rn. 9 lässt es insofern allerdings ausreichen, dass der Vorsitzende in der Hauptverhandlung über ein Gutachten der Stabstelle Wohnungsmarkt des Amts für Wohnungswesen Stadt Frankfurt am Main berichtet hat.

⁷⁵ Instruktiv zur Darlegungs- und Beweislast mit Blick auf das Teilmittel des „geringen Angebots“ Arzt, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 15.

⁷⁶ Raabe, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStrG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 9.

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. Nicht unangemessen hoch sind Entgelte, die zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich sind, sofern sie unter Zugrundelegung der nach Satz 1 maßgeblichen Entgelte nicht in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen. Ein Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt liegt vor, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen in einer Gemeinde oder einem Teil der Gemeinde zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend **einhunderttausend** Euro geahndet werden.

Behörden und Gerichte würden durch diese Änderung nicht vollständig von Feststellungen zur Mangellage befreit werden, könnten sich aber zumindest in Gebieten mit einer Rechtsverordnung bzw. Satzung nach §§ 556d Abs. 2 S. 1, 558 Abs. 3 S. 2 und 3, 577a Abs. 2 BGB bzw. § 172 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 BauGB im Sinne eines antizipierten Sachverständigungsgutachtens auf diese Rechtsverordnung bzw. Satzung (bzw. die zugrunde liegenden Gutachten) berufen und – wenn keine Umstände vorliegen, die ein Abweichen von den bereits vorliegenden Informationen zur Mangellage anzeigen – die mitunter kostspielige Einbeziehung von gutachterlichem Sachverständigen ersparen.

3. Streichung der Übergangsregelung in § 22 WiStG-E

Es wird aus dem vorliegenden Gesetzentwurf nicht deutlich, ob die Entwurfsverfasser bei der Schaffung der in § 22 WiStG-E enthaltenen Übergangsregelung bedacht haben, dass § 5 WiStG-E (ebenso wie der heute schon geltende § 5 WiStG) nicht nur bei der Begründung eines neuen Mietverhältnisses greift, sondern auch, wenn in einem laufenden Mietverhältnis die Miete über das erlaubte Maß erhöht wird.⁷⁷ In seiner jetzigen Fassung würde § 22 WiStG-E dafür sorgen, dass § 5 WiStG-E bei solchen exzessiven Mieterhöhungen in

⁷⁷ Siehe oben Fn. 54.

laufenden Verträgen für alle Mietverträge **nicht** greift, die vor dem In-Kraft-Treten des avisierten Gesetzes zur besseren Bekämpfung von Mietwucher geschlossen werden.

- Beispiel:** M und V schließen am 31. Mai 2024 einen wirksamen Mietvertrag. Am 1. Juni 2024 tritt § 5 WiStG n. F. in Kraft. In den folgenden fünf Jahren steigt die Miete auf Grund einer Staffelmiet-Vereinbarung auf 140 % der ortsüblichen Vergleichsmiete. Da § 22 WiStG in der Entwurfsversion anordnet, dass § 5 WiStG n. F. nur auf Mietverhältnisse anwendbar ist, die nach dem 1. Juni 2024 vereinbart wurden, fallen die auf Grund der Staffelmiet-Vereinbarung erfolgten Mieterhöhungen nicht unter § 5 WiStG n. F.

Für diese Zurückhaltung beim zeitlichen Anwendungsbereich von § 5 WiStG-E besteht verfassungsrechtlich kein Anlass. Vielmehr wäre es zulässig, § 5 WiStG-E auch in bestehenden Mietverhältnissen für anwendbar zu erklären, sofern es darum geht, dass zukünftig – also nach In-Kraft-Treten von § 5 WiStG-E – überhöhte Mieten vereinnahmt werden. Eine solche Änderung der Vorschriften über die Zulässigkeit zukünftiger Mietforderungen greift nicht in bereits abgeschlossene Sachverhalte ein (und stellt somit keine sogenannte echte Rückwirkung dar), sondern lediglich in Sachverhalte, die einen Anknüpfungspunkt in der Vergangenheit haben, aber noch nicht abgeschlossen sind (sogenannte tatbestandliche Rückanknüpfung). Für die Zulässigkeit einer solchen Rückanknüpfung im Mietrecht kann auf die Maßstäbe verwiesen werden, die der BVerfG zuletzt in seiner Entscheidung zur sog. Mietpreisbremse entfaltet hat:

- Die Eigentumsgarantie gebietet nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen. Der Gesetzgeber kann im Rahmen der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums einmal geschaffene Regelungen nachträglich verändern und fortentwickeln [...], auch wenn sich damit die Nutzungsmöglichkeiten bestehender Eigentumspositionen verschlechtern. Die Abänderung kann durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein [...]. Die Gründe, die für einen solchen Eingriff sprechen, müssen so schwerwiegend sein, dass sie Vorrang vor dem Vertrauen des Eigentümers auf den Fortbestand seiner Rechtsposition*

haben, die durch den Art. 14 I 1 GG innwohnenden Bestandsschutz gesichert wird [...].

Zwar tragen Vermieterinnen und Vermieter für die von der Miethöhenregulierung betroffenen Wohnungen hohe, häufig kreditfinanzierte Investitionskosten, die sich über Mieteinnahmen nur über einen langen Zeitraum rentieren können und insoweit auf Langfristigkeit angelegt sind [...]. Auf dem sozialpolitisch umstrittenen Gebiet des Mietrechts müssen Vermieterinnen und Vermieter aber mit häufigen Gesetzesänderungen rechnen und können nicht auf den Fortbestand einer ihnen günstigen Rechtslage vertrauen [...]. Ihr Vertrauen, mit der Wohnung höchstmögliche Mieteinkünfte erzielen zu können, wird durch die Eigentumsgarantie nicht geschützt, weil ein solches Interesse seinerseits vom grundrechtlich geschützten Eigentum nicht umfasst ist [...].⁷⁸

Nach diesen Maßstäben könnte § 22 WiStG-E ersatzlos gestrichen werden.⁷⁹ Der zeitliche Anwendungsbereich von § 5 WiStG-E würde sich dann wegen der Generalverweisung in § 2 OWiG automatisch nach § 4 OWiG richten. § 5 WiStG-E wäre demnach nur dann anwendbar, wenn der Täter das unangemessen hohe Entgelt fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, nachdem § 5 WiStG-E in Kraft getreten ist. Für früher begangene Tathandlungen würde dagegen das alte Recht gelten (vgl. § 4 Abs. 1 OWiG). Nachteilig wäre dies nur für zwei Gruppen von Vermietern:

Zum einen kann es Vermieter geben, die überhöhte Mieten von Personen vereinnahmen, die die Miete auf Grund einer persönlichen Zwangslage zahlen, wo sich der Vermieter aber entweder von Informationen über die persönliche Lage des Mieters gezielt abschirmt oder aber darauf vertraut, dass die Kausalitätsbeziehung zwischen Mietzahlung und persönlicher Zwangslage des Mieters bzw. die diesbezügliche Leichtfertigkeit des Vermieters nicht nachweisbar sein wird. Diese Gruppe ist in ihrem Vertrauen darauf, dass § 5 WiStG auch zukünftig nicht auf die von ihnen bereits geschlossenen Mietverhältnisse anwendbar ist, nicht schutzwürdig, da ihr Geschäftsmodell auf objektiv rechtswidrigen Mietverträgen aufbaut.

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 18. Juli 2019 – 1 BvL 1/18 u. a., Rn. 75 f.

⁷⁹ Dafür auch Raabe, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStrG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 11.

Zweitens kann es Vermieter geben, die Hinweise darauf haben oder sogar positiv wissen, dass ihr Mieter trotz Wohnungsmangellage seine Wohnung eigentlich nicht unbedingt braucht, sie aber trotzdem zu einem überhöhten Preis mietet. Solche Verträge sind nach geltendem Recht zulässig und man kann den Vermietern in dieser Konstellation die Schutzwürdigkeit ihres Vertrauens in den Fortbestand der geltenden Rechtslage nicht grundsätzlich absprechen. Allerdings bildet die Gruppe jener Mieter, die trotz bestehender Wohnungsmangellage keinen dringenden Wohnungsbedarf haben und zudem preisindifferent sind, in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt die absolute Minderheit, während bei einem Großteil der Mieter, die in einer solcher Situation überhöhte Mieten akzeptieren, die Ursache dafür in der Mangellage liegen wird. Es überwiegt daher das Allgemeininteresse, durch eine Anwendung von § 5 WiStG-E auch auf bestehende Mietverhältnisse diejenigen Beweis- und Durchsetzungsprobleme zu beseitigen, die durch das zu streichende Kausalitätserfordernis heute für die große Mehrzahl der Mieterinnen und Mieter verursacht werden.

IV. Fazit

Der vorliegende Gesetzentwurf ist verfassungskonform und unterliegt auch ansonsten keinen rechtlichen Bedenken.

Insbesondere ist die von der Bundesregierung ohne nähere Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgetragene Befürchtung, es verstöße gegen den **Schuldgrundsatz**, vorsätzliche oder leichtfertige Verstöße gegen staatliche Preisvorgaben mit einem Bußgeldtatbestand zu bewehren, unbegründet.⁸⁰ Die vorgeschlagene Neufassung des § 5 WiStG erfüllt ausweislich einer bereits zu einer früheren, in den maßgeblichen Punkten aber unveränderten Fassung von § 5 WiStG ergangenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch die von Art. 103 Abs. 2 GG gestellten **Bestimmtheitsanforderungen**.⁸¹ Der Gesetzentwurf ist zudem als verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung der Eigentumsnutzung mit **Art. 14 GG** vereinbar und verletzt nicht die **Vertragsfreiheit**.⁸²

⁸⁰ Siehe oben II. 1., S. 1 ff.

⁸¹ Siehe oben II. 2., S. 10 ff.

⁸² Siehe oben II. 3., S. 14 ff.

Ein Widerspruch zwischen § 5 WiStG-E einerseits und den bestehenden Regelungen zur Mietvereinbarung und Mieterhöhung im BGB andererseits besteht nicht.⁸³ Es handelt sich bei der Norm vielmehr gegenüber den **§§ 556d-560 BGB** um ein Spezialgesetz, das die besondere Konstellation regelt, in der eine Miete in einem Gebiet mit einem geringen Angebot an Mietwohnraum 20 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt, ohne dass dies durch entsprechende Gestellungskosten des Vermieters legitimiert ist. Diese Konstellation erfassen die zivilrechtlichen Vorschriften nicht und stehen damit nicht in Widerspruch zu § 5 WiStG-E.

2. Ob der Gesetzgeber den vorgelegten Entwurf verabschieden will, ist damit eine **allein unter wirtschafts- und sozialpolitischen Aspekten** zu treffende Entscheidung, die juristisch nicht vorbestimmt ist.

Für den Entwurf spricht dabei, dass der Mietüberhöhungs-Tatbestand für Behörden und Gerichte, aber auch Mieter und Vermieter künftig leichter handhabbar sein würde, da aufwändige Feststellungen zur Chronologie der Wohnungssuche des Mieters, zu den Motiven für seine Wohnungssuche und zum diesbezüglichen Kenntnisstand des Vermieters entfallen könnte. Es wird eine Ergänzung des Entwurfs vorgeschlagen, um auch Unklarheiten und bürokratischen Aufwand im Zusammenhang mit dem Begriff des „geringen Angebots an vergleichbarem“ Wohnraum zu beseitigen.⁸⁴

Während das Gesetz also dabei helfen kann, das mit § 5 WiStG beabsichtigte gesetzgeberische Ziel durchzusetzen, machtbedingte Preisspitzen auf Wohnungsmärkten mit Nachfrageüberhang abzuschneiden,⁸⁵ ändert sich durch die beabsichtigte Reform für seriös agierende Vermieter kaum etwas. Es bleibt dabei, dass die ortsübliche Miete – im Rahmen der zivilrechtlichen Möglichkeiten – stets um bis zu 20 % überschritten werden darf. Die ortsübliche Miete darf sogar um bis zu 50 % überschritten werden, wenn dies zum Ausgleich der Kosten des Vermieters notwendig ist, wobei zu den Kosten neben den Fremdkapitalkosten auch eine **marktübliche Kapitalrendite** in Gestalt eines Eigenkapitalzins gezählt werden darf. Wer auch diese Grenzen überschreiten will, hat schon

⁸³ Siehe oben II. 4., S. 15 ff.

⁸⁴ Siehe oben III. 2, S. 21 ff.

⁸⁵ Die in der Entwurfsbegründung enthaltene Formulierung des Gesetzeszwecks sollte noch nachgeschärfzt werden, siehe III. 1., S. 20 ff.

nach geltendem Recht ein Problem. Denn die meisten Mieter, die in einem Gebiet mit geringem Angebot an Wohnraum eine Miete von 20 bzw. 50 % akzeptieren, tun das in Ermangelung einer besseren Alternativen und fallen damit auch nach geltender Rechtslage unter den Tatbestand der Mieterhöhung. Wer als Vermieter solche Mietverträge schließen will, muss also sicherstellen, dass er weder vor Abschluss des Mietvertrags noch im laufenden Mietverhältnis Informationen über die persönliche Situation der Mieter erhält, da er sich sonst bösgläubig und damit nach § 5 WiStG ahndbar macht. Oder er muss darauf vertrauen, dass Beweisschwierigkeiten ihn vor einer Durchsetzung des geltenden Rechts schützen. Auf derartige Konstruktionen lassen seriöse Vermieter sich jedoch nicht ein.

Die einzigen Vermieter, die durch die beabsichtigte Reform einen beklagenswerten Nachteil erleiden, sind jene, die Mieter haben, bei denen klar ist, dass sie trotz angespannten Wohnungsmarkts ihre Wohnung eigentlich nicht unbedingt brauchen und problemlos eine Wohnung zu einem Preis von weniger als 120 bzw. 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete finden könnten, dies aber aus freien Stücken nicht wollen. Solche Mietverträge sind allerdings derart selten, dass es gut vertretbar erscheint, sie zur Beseitigung der Beweis- und Durchsetzungsschwierigkeiten, die die große Masse der Mieter bedrückt, künftig unter § 5 WiStG-E fallen zu lassen.

Da sich damit für seriös kalkulierende Vermieter durch die Reform praktisch kaum etwas ändert, wird das Gesetz auch die Markteffizienz im Wohnungsbereich nicht ernsthaft beeinträchtigen. Selbst für den – ohnehin aus zahlreichen Gründen in einer schwierigen Situation befindlichen – freifinanzierten Neubau würde das Gesetz angesichts der großzügigen Regelung über die Kostenmiete in § 5 Abs. 2 S. 2 WiStG-E wahrscheinlich keine zusätzlichen Erschwernisse bringen. Um insofern jede auch nur theoretische Beeinträchtigung sicher auszuschließen, empfiehlt es sich allerdings eine dynamische Ausnahmeklausel für Neubauten in das Gesetz aufzunehmen.⁸⁶

3. Für den Fall, dass eine Mehrheit im Deutschen Bundestag der Verabschiedung des vorliegenden Gesetzentwurfs näher treten will, wird – neben der schon erwähnten Ausnahme für Wohnungsneubau – vorgeschlagen, den Gesetzeszweck⁸⁷ sowie das

⁸⁶ Siehe dazu den Vorschlag unter III. 5., S. 19.

⁸⁷ Siehe oben III. 1., S. 20 ff.

Tatbestandsmerkmal des geringen Wohnraumangebots zu präzisieren.⁸⁸ Zudem wird empfohlen, die Übergangsregelung in § 22 WiStG-E zu streichen.⁸⁹

⁸⁸ Siehe oben III. 2., S. 21 ff.

⁸⁹ Siehe oben III. 3., S. 23 ff.