

# Reformperspektiven für das Verbot der Mietpreisüberhöhung nach § 5 Wirtschaftsstrafgesetzbuch

– Gutachten im Auftrag des Deutschen Mieterbundes –

*von Professor Dr. Kilian Wegner*

## I. Einführung und gutachterliche Fragestellung

Der *Verf.* ist vom Deutschen Mieterbund e. V., vertreten durch den Präsidenten Lukas Siebenkotten, mit der Erstellung eines rechtswissenschaftlichen Gutachtens zu den Reformperspektiven des § 5 WiStG beauftragt worden. Das Gutachten soll aufzeigen, wie ein effektives Verbot der Mietpreisüberhöhung gestaltet sein kann und welche gesetzlichen Vorschriften dazu erforderlich sind. Um diesem Auftrag gerecht zu werden, geht das Gutachten die folgenden Schritte:

Zunächst wird die **historische Genese des § 5 WiStG** nachvollzogen (→ II., S. 1 ff.) und erörtert, aus welchen Gründen der Bundesrat in den vergangenen Jahren bereits zweimal eine **Änderung der Norm** angeregt hat (→ III., S. 7 ff.).

Sodann werden die gegen die Reformvorschläge des Bundesrats vorgebrachten **Einwände** präsentiert, auf ihre Stichhaltigkeit überprüft (→ IV., S. 12 ff.) und mit den möglichen **Vorzügen** der Reformidee abgewogen (→ V., S. 29).

Unter → VI. (S. 30 ff.) finden sich einige **Vorschläge für Modifikationen und Ergänzungen** des Reformvorhabens des Bundesrats, die bislang nicht im Fokus der Diskussion standen.

Im darauffolgenden Abschnitt → VII. (S. 37 ff.) wird erörtert, inwieweit ein gangbarer Weg auch darin liegen könnte, § 5 WiStG vollständig aufzuheben und durch **zivilrechtliche Vorschriften** zu ersetzen.

Unter → VIII. (S. 44) wird der Vollständigkeit halber der **Umgang mit Erlösen** thematisiert, die durch das Vereinnahmen überhöhter Miete erzielt werden.

Der Abschnitt → IX. (S. 44 ff.) enthält schließlich eine **Zusammenfassung** der wichtigsten Untersuchungsergebnisse.

## II. Historische Entwicklung des § 5 WiStG

### 1. Normgenese

Ein Vorläufer des heutigen § 5 WiStG ist erstmals zum **30. Dezember 1962** durch das „Gesetz zur Änderung des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954“<sup>1</sup> als **§ 2a Abs. 1 Nr. 2 WiStG a. F.** eingeführt worden. Die damalige Vorschrift lautete wörtlich:

#### § 2a Preisüberhöhung

(1) Eine Zuwiderhandlung, die nach den Vorschriften dieses Gesetzes geahndet wird, begeht, wer vorsätzlich Entgelte, die infolge einer Beschränkung des Wettbewerbs oder infolge der Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung oder einer Mangellage unangemessen sind,

1. in befugter oder unbefugter Betätigung in einem Beruf oder Gewerbe für Gegenstände oder Leistungen des lebenswichtigen Bedarfs fordert, verspricht, vereinbart, annimmt oder gewährt oder

2. für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene Nebenleistungen oder für das Vermitteln einer solchen Vermietung fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.

[...]

Der Gesetzgeber sah diese Regelung als **sozial- und wirtschaftspolitisches Korrektiv** dafür an, dass durch das „Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht“ vom 23. Juni 1960<sup>2</sup> eine grundsätzliche Entscheidung für **Einbeziehung von Mieten in die Marktwirtschaft** und die schrittweise Freigabe der bisher staatlich vorgegebenen Mietpreise gefallen war.<sup>3</sup> Er war dabei der Ansicht, dass die im neuen § 2a Abs. 1 Nr. 2 WiStG-1962 beschriebenen Mietpreisüberhöhungen

---

<sup>1</sup> BGBl. I 1962, S. 761.

<sup>2</sup> BGBl. I 1960, S. 389.

<sup>3</sup> BT-Drucks. 4/573, S. 3.

eigentlich schon unter den Tatbestand der Preisüberhöhung nach § 2a WiStG in der seit dem 30. Dezember 1956 geltenden Fassung<sup>4</sup> fallen. Allerdings bestand Unsicherheit, ob die Praxis das in der Gesetzesfassung von 1956 enthaltene Erfordernis, wonach das überhöhte Entgelt „in einem Beruf oder Gewerbe“ gefordert, versprochen, angenommen oder gewährt werden muss, auch bei der Vermietung von Wohnraum bejahen würde.<sup>5</sup> Insofern hatte die gesonderte Erwähnung der Wohnraumvermietung und -vermittlung in § 2a Abs. 1 Nr. 2 WiStG-1962 klarstellenden Charakter.

Knapp zehn Jahre später entschied sich die sozial-liberale Koalition, den bisherigen § 2a Abs. 1 Nr. 2 WiStG-1962 zum **5. November 1971**<sup>6</sup> nicht nur formell getrennt vom allgemeinen Tatbestand der Preisüberhöhung in einen gesonderten § 2b WiStG auszukoppeln, sondern ihn auch inhaltlich an die Besonderheiten der Wohnraumvermietung anzupassen und mit dem folgenden Wortlaut zu versehen:

### **§ 2b 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. Unangemessen hoch sind Entgelte, die infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die üblichen Entgelte, die in der Gemeinde oder in vergleichbaren Gemeinden für die Vermietung von Räumen vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage oder damit verbundene Nebenleistungen gezahlt werden, nicht unwesentlich übersteigen.

---

<sup>4</sup> Gesetz zur Änderung des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954 vom 21. Dezember 1962, BGBl. I 1956, S. 924.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 4/573, S. 3: „Ob Mietpreisüberhöhungen mit der geltenden Fassung des § 2a des Wirtschaftsstrafgesetzes immer wirksam begegnet werden kann, ist zweifelhaft. Zwar scheint weder die Feststellung, daß einer der drei in § 2 a Abs. 1 genannten Verursachungsfaktoren vorliegt, noch die Auslegung des Begriffs „unangemessen hohes Entgelt“ nennenswerte Schwierigkeiten zu bereiten. Wohl aber dürfte man in der Praxis nicht selten Bedenken tragen, das in § 2 a Abs. 1 geforderte Merkmal „Betätigung in einem Beruf oder Gewerbe“ als erfüllt anzusehen.“

<sup>6</sup> Art. 8 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4. November 1971, BGBl. I, S. 1745.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Deutsche Mark geahndet werden.

Anders als zuvor § 2a Abs. 1 Nr. 2 WiStG-1962 sollte es nach der Neufassung nicht mehr darauf ankommen, „*ob die unangemessene Höhe die Folge der Ausnutzung einer Mangellage ist, oder, anders ausgedrückt, ob das Entgelt unangemessen hoch ist, weil eine Mangellage ausgenutzt worden ist.*“<sup>7</sup> Maßgebend für die Änderung sei, dass die „Ausnutzung einer Mangellage“, die das zuvor geltende Recht forderte, „*im Einzelfall häufig nicht erkannt oder auf Grund irriger Vorstellungen verneint*“ worden sei.<sup>8</sup> Es ging dem Gesetzgeber mit anderen Worten also darum, dass die Anforderungen an das Merkmal der Wohnraum Mangellage in der Praxis mitunter zu eng ausgelegt worden ist, was durch das weiter gefasste Merkmal „geringes Angebot“ zu korrigieren war.

Die 1971 beschlossene Fassung des § 2b WiStG ist mit Wirkung zum 1. Januar 1975<sup>9</sup> ohne inhaltliche Änderungen in **§ 5 WiStG a. F.** verschoben worden. Kurz darauf hat der Gesetzgeber die in § 2b WiStG-1971 erstmals auftauchende Figur der ortsüblichen Vergleichsmiete auch in das zivilrechtliche **Miethöhegesetz** aus dem Jahr 1974 übernommen.<sup>10</sup>

Bei der **Neuerkündung des WiStG zum 12. Juni 1975**<sup>11</sup> blieb § 5 WiStG inhaltlich<sup>12</sup> unangetastet.<sup>13</sup>

Die nächste inhaltliche Änderung erfuhr § 5 WiStG mit Wirkung zum **1. Januar 1983** durch das „Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen“

<sup>7</sup> BT-Drucks. 6/1549, S. 11.

<sup>8</sup> A. a. O.

<sup>9</sup> Art. 149 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch (EGStGB) vom 2. März 1974, BGBl. I, S. 469.

<sup>10</sup> Art. 3 des Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 18. Dezember 1974, BGBl. I, S. 3603

<sup>11</sup> Neufassung des Gesetzes zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts vom 3. Juni 1975, BGBl. I, S. 1313, dort § 2 Abs. 1 Nr. 2.

<sup>12</sup> Die einzige im Zuge der Neuerkündung im Jahr 1975 vorgenommene Änderung betraf § 5 Abs. 2 WiStG a. F., wo es ab dem 12. Juni 1975 „von bis zu fünfzigtausend Deutsche Mark“ statt wie zuvor „bis zu fünfzigtausend Deutsche Mark“ hieß. Die Aussage der Norm hat sich dadurch nicht geändert.

<sup>13</sup> Soweit in der Literatur zuweilen behauptet wird, dass der Tatbestand der Mietpreisüberhöhung erst im Rahmen der Neuerkündung des WiStG im Jahr 1975 in das Gesetz eingefügt wurde (so etwa Herrlein, NZM 2016, 1, 7; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestag – WD 7 – 30000 – 063/21, S. 11), ist das also falsch.

vom 20. Dezember 1982.<sup>14</sup> Durch diesen Reformakt wurde durch eine Änderung von § 5 Abs. 1 S. 2 WiStG-1975 zum einen die **Berechnungsweise** der für die Überhöhung maßgeblichen Vergleichsmiete verändert (u. a. durch Verkürzung des Betrachtungszeitraums auf drei Jahre, der parallel auch im Miethöhegesetz vollzogen wurde).<sup>15</sup> Zum anderen wurde durch einen neuen § 5 Abs. 1 S. 3 WiStG ein **Kostenmieten-Element** eingeführt, das es Vermietern bei entsprechender Kostenlast erlaubt, die nach dem bisher allein gültigen Vergleichsmieten-Maßstab zulässige Miete zu überschreiten.<sup>16</sup> Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien wollte die – nach dem nur wenige Monate zuvor erfolgten Bruch der sozial-liberalen Koalition – neue Bundestagsmehrheit der Fraktionen der CDU/CSU und der FDP das Mietpreisrecht durch diese Maßnahmen liberalisieren.<sup>17</sup>

Die nächste Änderung erfuhr § 5 WiStG zum **1. September 1993** durch das „Vierte Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften“<sup>18</sup> Bei diesem Reformakt wurde der Betrachtungszeitraum bei der ortsüblichen Vergleichsmiete wieder von drei auf vier Jahre verlängert und zudem erstmals die auch heute noch in § 5 Abs. 2 S. 1 WiStG befindliche 120-%-Schwelle explizit in das Gesetz aufgenommen,<sup>19</sup> die

---

<sup>14</sup> BGBl. I, S. 1912.

<sup>15</sup> § 5 Abs. 1 S. 2 WiStG-1982 lautete: „Unangemessen hoch sind Entgelte, die infolge der Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbaren Räumen die üblichen Entgelte nicht unwesentlich 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 drei Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen der Betriebskosten abgesehen, geändert worden sind.“

<sup>16</sup> Der neue Abs. 1 S. 3 WiStG-1982 hatte dabei folgenden Wortlaut: „Nicht unangemessen hoch sind Entgelte, die zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich sind, sofern sie unter Zugrundelegung der nach Satz 2 maßgeblichen Entgelte nicht in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen.“

<sup>17</sup> BT-Drucks. 9/2079 *passim*.

<sup>18</sup> Gesetz vom 21. Juli 1993, BGBl. I, S. 1257.

<sup>19</sup> Im Gesamten lautete § 5 WiStG-1993 wie folgt:

„§ 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 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 vier 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

1. unter Zugrundelegung der nach Satz 1 maßgeblichen Entgelt nicht in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen und

zuvor in der Rechtsprechung entwickelt worden war.<sup>20</sup> Das „Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts“ vom **19. Juni 2001**<sup>21</sup> näherte die Vorschrift dann noch stärker der heute geltenden Fassung an.<sup>22</sup> Danach gab es nur noch **zwei Änderungen**: Im Jahr 2001 wurde der Bußgeldrahmen an die Einführung des EUR angepasst<sup>23</sup> und im Jahr 2019 hat der Gesetzgeber (parallel zu einer entsprechenden Änderung in § 558 Abs. 2 BGB) den Betrachtungszeitraum für die ortsübliche Vergleichsmiete mit Wirkung zum 1. Januar 2020 von vier auf sechs Jahre erhöht.<sup>24</sup>

## 2. Heute geltende Fassung

Die nunmehr seit dem 1. Januar 2020 unverändert geltende Fassung von § 5 WiStG lautet:

### § 5 Mietpreisüberhöhung

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder leichtfertig für die Vermietung von Räumen zum Wohnen oder damit verbundene

---

2. für Räume entrichtet werden,

a) die nach dem 1. Januar 1991 fertiggestellt wurden oder

b) für die das Entgelt vor dem 1. September 1993 über der in Satz 1 bezeichneten Grenze liegen durfte.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu einhunderttausend Deutsche Mark geahndet werden.“

<sup>20</sup> Vgl. etwa OLG Stuttgart, Rechtsentscheid vom 7. Juli 1982 – 8 REMiet 1/81, RES § 5 WiStG Nr. 1; OLG Hamburg, Rechtsentscheid vom 15. November 1982 – 4 U 181/81, RES § 5 WiStG Nr. 4.

<sup>21</sup> BGBl. I, S. 1149.

<sup>22</sup> Der ab dem 1. September 2001 geltende Wortlaut von § 5 WiStG war wie folgt:

„§ 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 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 vier 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 einhunderttausend Deutsche Mark geahndet werden.“

<sup>23</sup> Gesetz vom 13. Dezember 2001, BGBl. I, S. 3574, mit Blick auf § 5 WiStG in Kraft getreten am 1. Januar 2002.

<sup>24</sup> Gesetz vom 21. Dezember 2019, BGBl. I, S. 2911.

Nebenleistungen unangemessen hohe Entgelte fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.

(2) 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. 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 Euro geahndet werden.

### III. Bisher diskutierte Reformvorstöße zur Änderung des § 5 WiStG und ihr dogmatischer Kontext

#### 1. Vorschläge des Bundesrats zur Änderung von §§ 5, 22 WiStG

Mit zwei der Sache nach identischen Gesetzentwürfen aus den Jahren 2019<sup>25</sup> und 2022<sup>26</sup> hat der Bundesrat eine Reform des § 5 WiStG angeregt. Konkret soll die Vorschrift **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

---

<sup>25</sup> BT-Drucks. 19/16397.

<sup>26</sup> BT-Drucks. 20/1239.

S. 2 WiStG-E) liegende Mierte verlangt oder vereinnahmt wird. Dass ein geringes Angebot an vergleichbarem Wohnraum vorliegt und dass die Mierte 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 verkennen.

- *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 auf Basis der Bundesrats-Initiative von 2022 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 Vorschlag des Bundesrats in beiden Versionen, 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 vom Bundesrat beabsichtigte Gesetzesänderung reagiert ausweislich der Entwurfsbegründung<sup>27</sup> auf einen schon lange anhaltenden Streit um die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung der „Ausnutzung eines geringen Angebots an vergleichbarem Mietwohnraum“<sup>28</sup> und den dazu vom BGH durch drei Entscheidungen aus den Jahren 2004 bis 2006 eingeschlagenen Kurs.

a) In der ersten dieser drei Entscheidungen<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> Dagegen fehle es an einer Kausalitätsbeziehung zwischen Wohnungsmangel 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

---

<sup>27</sup> BT-Drucks. 20/1239, S. 6.

<sup>28</sup> Eine Übersicht des Streitstandes vor dem Jahr 2004 liefert *Fleindl*, WuM 2013, 703, 709 m. zahlr. Nachw.

<sup>29</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 28. Januar 2004 – VIII ZR 190/03.

<sup>30</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 28. Januar 2004 – VIII ZR 190/03 – Amtlicher Leitsatz.

vergleichbare andere Wohnung beziehen will).<sup>31</sup> 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.

b) Gut ein Jahr später hat derselbe Senat in einer weiteren Entscheidung<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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]*“.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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

---

<sup>31</sup> BGH, Versäumnisurteil vom 28. Januar 2004 – VIII ZR 190/03, juris Rn. 16 (auch zum Folgenden).

<sup>32</sup> BGH, Urteil vom 13. April 2005 – VIII ZR 44/04.

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 13. April 2005 – VIII ZR 44/04, juris Rn. 11.

<sup>34</sup> A. a. O.; dies aufgreifend LG Berlin, Beschluss über eine Vorlage zur konkreten Normenkontrolle vom 7. Dezember 2017 – 67 S 218/18, juris Rn. 49 und RefE BMJV vom 8. Mai. 2019 (online abrufbar unter <https://t1p.de/anf4>), S. 13.

<sup>35</sup> So richtig umgesetzt von AG Mönchengladbach, Urteil vom 27. September 2007 – 36 C 368/06, juris Rn. 22; wie hier auch *Fleindl*, WuM 2013, 703, 710 f. und *Zieschang*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Hdb Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2024, VI 1 Rn. 54, 70.

Entscheidung zu bestätigen.<sup>36</sup> 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,<sup>37</sup> sondern auch die Strafgerichte auf die enge Auslegung des Merkmals der „Ausnutzung“ umgeschwenkt.<sup>38</sup> Von den seit 2004 veröffentlichten strafgerichtlichen Urteilen zu § 5 WiStG stammen fast alle vom AG Frankfurt a. M. und enthalten jeweils detailreiche 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 Wohnraumangelage und der individuellen Entscheidung des Mieters zu belegen sowie den diesbezüglichen Vorsatz bzw. die Leichtfertigkeit des Vermieters.<sup>39</sup>

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

---

<sup>36</sup> BGH, Urteil vom 25. Januar 2016 – VIII ZR 56/05, juris Rn. 12.

<sup>37</sup> OLG Brandenburg, Beschluss vom 15. November 2006 – 3 U 88/06, juris Rn. 19; LG Berlin, Urteil vom 2. September 2008 – 65 S 182/08, juris Rn. 3; Beschluss über eine Vorlage zur konkreten Normenkontrolle vom 7. Dezember 2017 – 67 S 218/18, juris Rn. 49; AG Hamburg, Urteil vom 12. Oktober 2007 – 46 C 120/05, juris Rn. 62; AG Hamburg-Altona, Urteil vom 9. Oktober 2017 – 316 C 206/17, juris Rn. 18; AG Köpenick, Urteil vom 15. Juli 2014 – 7 C 127/14, juris Rn. 16 f.; AG Pankow-Weißensee, Urteil vom 20. Oktober 2017 – 102 C 182/17, juris Rn. 10; AG Charlottenburg, Urteil vom 26. August 2020 – 223 C 93/19, juris Rn. 20 f.; AG Köln, Urteil vom 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 Persönlichkeit hat, die befürchten lässt, dass er sich ohne Weiteres ausnutzen lassen würde.“); wohl auch AG Hamburg, Urteil vom 16. Juni 2021 – 49 C 336/20, juris Rn. 43 f.

<sup>38</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25. Juni 2009 – 2 Ss-OWi 82/09, juris Rn. 5; Beschluss vom 16. Oktober 2013 – 2 Ss-OWi 470/12, juris Rn. 22 ff.; Beschluss vom 12. Juli 2017 – 2 Ss-OWi 78/17, S. 4 (unveröffentlicht); AG Frankfurt a. M., Urteil vom 17. Februar 2021 – 941 OWi 916 Js 8654/20, juris Rn. 92; Urteil vom 13. Juni 2022 – 941 OWi 862 Js 17536/22, juris Rn. 78 (bestätigt durch OLG Frankfurt, Beschluss vom 1. November 2022 – 3 Ss-OWi 1115/22); Urteil vom 14. Juli 2022 – 940 OWi 862 Js 44556/21, juris Rn. 14.

<sup>39</sup> S. etwa AG Frankfurt a. M., Urteil vom 13. Juni 2022 – 941 OWi 862 Js 17536/22, juris Rn. 15 ff. oder AG Frankfurt a. M., Urteil vom 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., Beschluss vom 12. Oktober 2020 – 1 Ss-OWi 1073/20 (unveröffentlicht) an.

bestimmten Mietzins akzeptiert hat. Genügen würden mit Blick auf den objektiven Tatbestand 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. Subjektiv muss dem Vermieter Vorsatz oder Leichtfertigkeit hinsichtlich der objektiven Tatumstände nachweisbar sein.

#### IV. Einwände gegen die vorliegenden Vorschläge zur Reform des § 5 WiStG und ihre Bewertung

##### 1. Veränderung des Wesensgehalts von § 5 WiStG

In der am 19. Februar 2024 durchgeführten Sachverständigenanhörung zur Bundesratsinitiative aus dem Jahr 2022 („Entwurf eines Gesetzes zur besseren Bekämpfung von Mietwucher vom 30. März 2022“) wurde das Argument vorgebracht, dass es mit dem Wesensgehalt von § 5 WiStG unvereinbar sei, die individuelle Zwangslage des Mieters als Tatbestandsvoraussetzung aus der Norm zu streichen.<sup>40</sup> Es ist zunächst festzuhalten, dass es sich dabei um ein **rein ästhetisches Argument** ohne verfassungsrechtliche Dignität handelt, da der Gesetzgeber frei darin ist, den Wesensgehalt von Bußgeldvorschriften jederzeit zu verändern. Davon abgesehen ist das Argument aber auch **in der Sache falsch**, denn die beabsichtigte Änderung würde dem historischen Charakter des § 5 WiStG als Norm zur Bekämpfung von **Sozialwucher** gerade besser entsprechen als die vom BGH etablierte Auslegung, die § 5 WiStG in die Nähe des **Individualwuchers** rückt, wie er nach herrschender Ansicht traditionell von § 291 StGB erfasst wird.<sup>41</sup> **Ziel von Preisüberhöhungstatbeständen** wie § 5 WiStG ist es, auf Märkten mit Nachfrageüberhang zu verhindern, dass die Anbieter

---

<sup>40</sup> Vgl. etwa die Stellungnahme des Sachverständigen Dr. Schede, nachvollziehbar anhand der Video-Aufzeichnung der Anhörung (online abrufbar unter <https://t1p.de/8i4f6>) ab Minute 24:15: „Das Kernelement des Wuchers liegt in europäischer Rechtstradition darin, dass eine Zwangslage des Wucheropfers [...] ausgenutzt wird“. Ganz ähnlich heißt es in der zum hier erörterten Gesetzentwurf ergangenen Stellungnahme des ZIA vom 16. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/dd08k>), S. 5: „Gerade diese Ausnutzung einer Zwangslage begründet nach der bundesrepublikanischen Rechtstradition den Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens und dient zur Rechtfertigung daran geknüpfter Sanktionen.“

<sup>41</sup> Zur tradierten Differenzierung von Sozial- und Individualwucher s. Wegner, in: LK-StGB, Bd. XVI, 13. Aufl. 2023, § 291 Rn. 20 m. w. N.

ihren Profit zu Lasten der Nachfrage maximieren.<sup>42</sup> Um diesem Gesetzzweck zum Durchbruch zu verhelfen, ging der historische Gesetzgeber zwar von einem **Kausalverhältnis** zwischen geringem Wohnungsangebot und Preisausreißern aus.<sup>43</sup> Die Vorstellung, dass der Kausalitätszusammenhang die Gestalt einer **persönlichen Zwangslage des Mieters** annehmen müsste, lag dem Gesetzgeber aber fern. Ganz im Gegenteil: Als der Gesetzgeber den Ordnungswidrigkeitentatbestand der Mietpreisüberhöhung im Jahr 1971 erstmals als gesonderten Tatbestand (= § 2b WiStG a. F.) schuf, führte er zugleich den **Straftatbestand des § 302f StGB** als individualwucherisches Pendant zu § 2b WiStG a. F. ein. Bei diesem Tatbestand, der später in § 291 StGB aufgegangen ist, verlangte das Gesetz ausdrücklich die **Ausnutzung einer Zwangslage** des Mieters, da dadurch nach der gesetzgeberischen Vorstellung aus einer bloßen Mietpreisüberhöhung kriminalstrafwürdiges Unrecht wurde.

Zu behaupten, dass auch die Mietpreisüberhöhung traditionell eine Zwangslage auf Seiten des Mieters voraussetzt, geht nach alledem an den historischen Gegebenheiten vorbei.

## 2. Vereinbarkeit des Reformvorschlages mit dem Schuldprinzip

In ihren Stellungnahmen zu den im Abschnitt III. vorgestellten Reformvorschlägen des Bundesrates äußerte die Bundesregierung Zweifel daran, ob die durch den Bundesrat beabsichtigte Änderung von § 5 WiStG mit dem in der Menschenwürdegarantie und dem Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Schuldprinzip vereinbar ist.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> S. die zu § 2a WiStG-1956 (zum historischen Konnex dieser Vorschrift zu § 5 WiStG näher unter III. 1., S. 2 ff.) verfasste Gesetzesbegründung in BT-Drucks 2/2136, S. 4: „Die Preisbildung nach den Grundsätzen einer sozialen Marktwirtschaft kann auch dadurch beeinträchtigt werden, daß die in Frage kommenden Gegenstände oder Leistungen nicht in einem für die Bedarfsdeckung der Bevölkerung ausreichenden Umfange zur Verfügung stehen, da unter solchen Umständen der Preis sich danach zu bilden pflegt, was der einzelne auf die Gegenstände oder Leistungen angewiesene Abnehmer äußerstenfalls aufbringen kann.“

<sup>43</sup> BT-Drucks. 6/1549, S. 11 spricht im Kontext von § 2b WiStG-1971, der im Kern dem heutigen § 5 WiStG entsprach, insofern vom geringen Wohnungsangebot als einem „Verursachungsfaktor“ überhöhter Mieten.

<sup>44</sup> BT-Drucks. 20/1239, S. 10 und BT-Drucks. 19/16397, S. 9.

Begründet werden diese Zweifel mit dem Gedanken, dass der Unrechtsgehalt eines vorsätzlichen oder leichtfertigen Verstoßes gegen eine staatliche Preisregelung nicht hoch genug sei, um die Einführung eines den Verstoß ahndenden Bußgeldtatbestands verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.<sup>45</sup>

Diese Überlegung hält einer Überprüfung an den vom Bundesverfassungsgericht zur Schaffung von Bußgeldtatbeständen entwickelten Maßstäben jedoch **nicht** stand.<sup>46</sup> 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

---

<sup>45</sup> So auch die zu BT-Drucks- 20/1239 abgegebene Stellungnahme des Immobilienverbands Deutschland IVD e. V. vom 7. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/g73no>), S. 3 f. sowie die entsprechende Stellungnahme des GdW (online abrufbar unter <https://t1p.de/vjlp9>), S. 5 f. und des ZIA vom 16. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/dd08k>), S. 7.

<sup>46</sup> So i. E. auch *Kudlich*, in: BeckOK-OWiG, 41. Ed. Stand: 01.01.2024, § 5 WiStG Rn. 14.2. und *Raabe*, Stellungnahme zu BT-Drucks- 20/1239 (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 12.

Abs. 1 GG garantierte Handlungsfreiheit<sup>47</sup> und oftmals auch noch weitere verfassungsrechtlich geschützte Freiheitspositionen (z. B. wie im Fall des § 173 StGB die sexuelle Selbstbestimmung<sup>48</sup>) 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 Verboten-Sein hinaus in **besonderer Weise sozialschädlich** und **für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich**, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.<sup>49</sup> Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils komme dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.<sup>50</sup>

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.“<sup>51</sup>*

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

---

<sup>47</sup> BVerfGE 90, 145, 171 f. – „Cannabis“.

<sup>48</sup> BVerfGE 120, 224, 238 f. – „Inzestverbot“.

<sup>49</sup> BVerfGE 96, 10, 25; 120, 224, 239 f.

<sup>50</sup> BVerfGE 90, 145, 172; 96, 10, 25; 120, 224, 239 f.

<sup>51</sup> BVerfGE 120, 224, 240; ganz ähnlich auch schon BVerfGE 96, 10, 26.

skizzierten Maßstäbe des strafrechtlichen Übermaßverbots für verfassungswidrig erklärt hat.<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup> Erst diese Prüfung des „Wie“ der Pönalisierung verankert das Gericht nicht nur im Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern auch im Schuldprinzip (im Sinne eines Gebots schuldangemessener Strafe).<sup>54</sup> Auch insofern billigt das Gericht dem Gesetzgeber allerdings einen **weiten Gestaltungsspielraum** zu.<sup>55</sup>

#### **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 Gesetzgeber neue Ordnungswidrigkeitentatbestände 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.“<sup>56</sup>*

---

<sup>52</sup> Der einzige Straftatbestand, den das Bundesverfassungsgericht überhaupt je für verfassungswidrig erklärt hat, war § 217 StGB, der nach Auffassung des erkennenden Senats in unverhältnismäßiger Weise in das Recht auf selbstbestimmtes Sterben eingriff, s. BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2357/15 u. a.

<sup>53</sup> BVerfGE 90, 145, 173; 120, 224, 241.

<sup>54</sup> 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.“

<sup>55</sup> BVerfGE 90, 145, 173; 120, 224, 241.

<sup>56</sup> BVerfGE 81, 228, 237.

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 verbundene „*Schuldvorwurf [...] die Sphäre des Ethischen nicht erreicht*“ und „*die sittliche Persönlichkeit des Menschen überhaupt nicht berührt*“<sup>57</sup>, nicht haltbar sein.<sup>58</sup> 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).<sup>59</sup>

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 Kriminalstrafatbeständen notwendig ist – um besonders sozialschädliches Tun oder Unterlassen.<sup>60</sup> Dementsprechend hat der Gesetzgeber – ohne dass dies ernsthaften verfassungsrechtlichen Anfechtungen ausgesetzt wäre – auch vergleichsweise geringfügige Regelverstöße wie z. B. das Füttern wilder Tauben<sup>61</sup> oder Fehler bei der Angabe von Preisen<sup>62</sup> als Ordnungswidrigkeit eingestuft. Als ahndungswürdig akzeptiert ist seit Jahrzehnten auch der hier in Rede stehende **Verstoß gegen staatliche Preisvorgaben**, wie ihn z. B. in § 3

---

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> Instrukтив *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.

<sup>59</sup> *Mitsch*, in: KK/OWiG, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn. 123.

<sup>60</sup> *Mitsch*, in: KK/OWiG, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn. 124.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> Vgl. § 20 der Preisangabenverordnung.

WiStG als Ordnungswidrigkeit erfasst. Es steht daher offensichtlich im Ermessen des Gesetzgebers nun die Überschreitung bestimmter Mietpreisgrenzen mit § 5 WiStG in der vom Bundesrat vorgeschlagenen Fassung ebenfalls mit einem Bußgeldtatbestand zu bewehren.

Dabei bewegt sich auch der vom Bundesrat 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 finanzstarken Akteuren gewisse Bußgeldsummen erforderlich macht. Die bisherigen Erfahrungen mit § 5 WiStG in der geltenden bzw. früheren Fassungen lassen erwarten, dass Ordnungsbehörden und Gerichte von dem Bußgeldrahmen im Einzelfall auf verhältnismäßige Weise Gebrauch machen werden.

### 3. Einwand der mangelnden Normbestimmtheit

Vereinzelt ist gegen die vom Bundesrat 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 verstoßen.<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass **unkalkulierbare Sanktionsrisiken** die Ausübung der

---

<sup>63</sup> Stellungnahme des Immobilienverbands Deutschland IVD e. V. vom 7. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/g73no>), S. 4 und Stellungnahme des ZIA vom 16. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/dd08k>), S. 7 f.

<sup>64</sup> 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.

grundrechtlich verbürgten Freiheitsrechte des Einzelnen empfindlich lähmen können, weil die Bürgerinnen und Bürger aus Angst vor dem willkürlichen Zugriff der staatlichen Sanktionsgewalt womöglich auch die Randbereiche ihres Freiheitsraums – also das „noch Legale“ – nicht mehr ausschöpfen können. Demzufolge soll der Bestimmtheitsgrundsatz „den Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit kalkulierbar machen“.<sup>65</sup>

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 Normadressaten erlaubt, sein Verhalten am Gesetz auszurichten.<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup>

#### **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

---

<sup>65</sup> *Rüping*, in: Bonner Kommentar GG, 118. Erg.-Lfg. 2005 (Altauflage), Art. 103 Abs. 2 Rn. 15.

<sup>66</sup> BVerfGE 126, 170, 195; BGH NJW 2005, 374, 376; *Gaede*, HRRS 2004, 318, 319.

<sup>67</sup> *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB, Bd. I, 4. Aufl. 2013, § 1 Rn. 19 f. und *Pobereich*, in: Bonner Kommentar GG, 191. Erg.-Lfg. Juni 2018, Art. 103 Rn. 68 m. w. Nachw.

Vergleichsmiete gesteigert werden, wenn die laufenden Aufwendungen des Vermieters dies erforderlich machen.<sup>68</sup>

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 Ermittlung der Vergleichsmiete Anwendung finden sollen.<sup>69</sup> **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.<sup>70</sup> Wenn kein Mietspiegel vorhanden oder für die Wohnung ein Spannenzuschlag zu gewähren ist, kann ein **Sachverständigengutachten** herangezogen werden.<sup>71</sup>

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.<sup>72</sup> Auch mit Blick

---

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> *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.

<sup>70</sup> AG Frankfurt a. M., Urteil vom 17. Februar 2021 – 941 OWi 916 Js 8654/20, juris Rn. 75; Urteil vom 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.

<sup>71</sup> *Kudlich*, in: BeckOK-OWiG, 41. Ed. Stand: 01.01.2024, § 5 WiStG Rn. 10 und *Fleindl*, WuM 2013, 703, 706 – jew. m. w. N.

<sup>72</sup> BVerfG, Beschluss vom 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

auf die im Vergleich zum Zivilrecht strengeren Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG hat das Bundesverfassungsgericht zudem im Jahr 1995<sup>73</sup> 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 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.“<sup>74</sup>*

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

---

*ist, vor praktische Schwierigkeiten stellen [...]. Eine den Vorgaben der Verfassung entsprechende Anwendung der Regelungen über die ortsübliche Vergleichsmiete ist gleichwohl möglich [...].“*

<sup>73</sup> BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 1995 – 2 BvL 3/95.

<sup>74</sup> BVerfG, Beschluss vom 19. Juli 1995 – 2 BvL 3/95, juris Rn. 7.

zu streichende Merkmal der „Ausnutzung“ eines Mangels an Wohnraum vor Ahndung geschützt und den eigentlich bestehenden Bestimmtheitsmangel dadurch „geheilt“ habe.<sup>75</sup> 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 Normunterworfenen 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 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.<sup>76</sup> Die Aussage, dass bei § 5 WiStG – über das allgemeine Vorsatz- bzw. Leichtfertigkeitserfordernis hinaus – *„das subjektive Merkmal weiter nötig [sei], um den bereits jetzt bestehenden Mangel der Regelung in seiner Unbestimmtheit des objektiven Tatbestands zu heilen“*<sup>77</sup>, ist damit gleich unter mehreren Gesichtspunkten unhaltbar.

---

<sup>75</sup> Stellungnahme des Immobilienverbands Deutschland IVD e. V. vom 7. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/g73no>), S. 4.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> A. a. O.

#### 4. 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, 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**.<sup>78</sup> Es kann hierzu auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur sog. Mietpreisbremse verwiesen werden.<sup>79</sup> 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 Landesregierungen gem. § 556d Abs. 2 BGB sowie die Ausnahmen des §§ 556e, 556f<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup> Soweit behauptet wird, das Bundesverfassungsgericht habe die „Mietpreisbremse“ **nur auf Grund einzelner Elemente** (z. B. ihrer

---

<sup>78</sup> So auch *Raabe*, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 11.

<sup>79</sup> BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2019 – 1 BvL 1/18 u. a., Rn. 52 ff.

<sup>80</sup> Die Erweiterung des Gesetzentwurfs um eine Ausnahme nach Vorbild von § 556f S. 1 BGB sollte allerdings erwogen werden, siehe näher II. 5., S. 27 ff.

<sup>81</sup> BGH NJW 1995, 1838 und Verweis auf BT-Drucks. 9/2284, S. 5, OLG Stuttgart, Rechtsentscheid vom 30. September 1988 – 8 REMiet 1/88, RES § 5 WiStG Nr. 14; *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.

Befristung) gebilligt,<sup>82</sup> ist das mit den Entscheidungsgründen des BVerfG-Judikats zur „Mietpreisbremse“ nicht in Einklang zu bringen, da dort an keiner Stelle die Rede davon ist, dass eine bestimmte Klausel den Ausschlag für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit des Instruments gegeben hätte.

## 5. 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**<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup> Ein derartiger Widerspruch droht allerdings nur dort, wo eine der im BGB enthaltenen Vorschriften **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:

a) Die Regelung des **§ 558 Abs. 1 BGB** (Mieterhöhung bis zur örtlichen Vergleichsmiete) kann von vornherein kein Verhalten erlauben, das durch § 5 WiStG-E verboten wäre. Denn zwar ist § 5 WiStG-E – wie auch die heute schon geltende Fassung der Norm – nicht nur auf die erstmalige Vereinbarung überhöhter Mieten, sondern auch auf **Mieterhöhungen im laufenden Mietverhältnis** anwendbar und berührt damit den Anwendungsbereich von § 558 BGB.<sup>85</sup> Allerdings erlaubt § 558 BGB unter den in der Norm näher beschriebenen

---

<sup>82</sup> So etwa in der Stellungnahme des ZIA vom 16. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/dd08k>), S. 8: „In der Entscheidung hat das BVerfG die Mietpreisbremse gerade (nur) deshalb für verfassungsmäßig erklärt, weil sie zeitlich auf fünf Jahre befristet und sachlich nur beschränkt anwendbar war (insbesondere nicht auf Neubauten und umfassend sanierte Wohnungen).“

<sup>83</sup> Instruktiv Rönnow, in: LK-StGB, Bd. III, 13. Aufl. 2019, Vor §§ 32 ff. Rn. 20 ff. m. zahlr. Nachw.

<sup>84</sup> A. a. O. Rn. 21.

<sup>85</sup> AG Berlin-Mitte, Urteil vom 26. August 2020 – 223 C 93/19, juris Rn. 21; AG Berlin-Mitte, Urteil vom 6. Mai 2020 – 123 C 5146/19, juris Rn. 16; Börstighaus, in:

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.

b) 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 – wie auch schon nach geltendem Recht – dann denkbar, dass eine nach § 559 BGB erlaubte Miete durch § 5 WiStG-E verboten ist, weil sie die ortsübliche Vergleichsmiete um mehr als 50 % übersteigt.<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup>

c) *Lex specialis* ist § 5 WiStG auch gegenüber § 557 Abs. 1 BGB (einvernehmliche Mieterhöhung), § 557a BGB (Staffelmiete) und § 557b BGB (Indexmiete).

d) Ein logischer 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

---

Blank/Börstighaus/Siegmund, *Miete*, 7. Aufl. 2023, § 535 BGB Rn. 548 ff.; *Fleindl*, WuM 2013, 703, 704; *Raabe*, Stellungnahme zu der Bundsratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 4.

<sup>86</sup> Mit Blick auf die Begrenzungen der modernisierungsbedingten Mieterhöhung in § 559 Abs. 3a BGB ist auch das allerdings sehr unwahrscheinlich.

<sup>87</sup> Laut der Stellungnahme des GdW zum hier erörterten Gesetzentwurf (Fassung vom 15. Februar 2024, online abrufbar unter <https://t1p.de/vjlp9>), S. 7 soll der geschilderte Vorrang des § 5 WiStG vor den Regeln der Modernisierungsumlage (der wie gesagt auch schon nach jetzt geltendem Recht besteht, s. etwa OLG Karlsruhe, Rechtsentscheid vom 19. August 1983 – 3 REMiet 3/83, RES § 5 WiStG Nr. 8 bezogen auf das Verhältnis von § 5 WiStG und § 3 MHG) „mit geltender Rechtsordnung unvereinbar sein“. Was dabei mit „geltender Rechtsordnung“ gemeint ist, bleibt im Dunkeln.

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.

## 6. **Ökonomische Einwände gegen § 5 WiStG-E**

Während die vorstehend diskutierten Einwände juristischer Natur sind, wird der hier diskutierte § 5 WiStG-E absehbar auch ökonomischen Anfechtungen ausgesetzt sein.<sup>88</sup>

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.<sup>89</sup> Denn zumindest unter Wettbewerbsbedingungen haben nachfragebedingte Preissteigerungen das Potenzial, 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.<sup>90</sup>

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

---

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> Statt vieler siehe nur *Mankiw/Taylor*, Volkswirtschaftslehre, 8. Aufl. 2021, S. 83 f.; vgl. auch *Rönnau/Saathoff*, ZStW 135 (2023), 24, 32 ff.

<sup>90</sup> *Pars pro toto Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, Einl. XVII m. w. N.

Anhebung der 120-%-Grenze auf bis zu 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete erlaubt.<sup>91</sup> Unter die hier anrechenbaren Aufwendungen fallen nicht nur Fremdfinanzierungskosten, sondern der Eigentümer kann auch **fiktive Eigenkapitalzinsen** in marktüblicher Höhe – mit anderen Worten: eine marktübliche Rendite – einpreisen.<sup>92</sup>

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,<sup>93</sup> 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 potenzieller oder ein schon vertraglich gewonnener Mieter keine billigere vergleichbare Wohnung finden kann und deshalb das teure Mietverhältnis eingeht

---

<sup>91</sup> 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 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).

<sup>92</sup> Siehe oben Fn. 81.

<sup>93</sup> 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.

bzw. aufrechterhält. Auf die Zufälligkeit, ob dem Vermieter entsprechende Informationen zugehen, kann eine vernünftige Projektkalkulation 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 für den Neubau von vornherein auszuschließen.<sup>94</sup> 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.<sup>95</sup> Stattdessen könnte eine **dynamische Neubau-Ausnahme** in das Gesetz eingefügt werden, die Neubauten erst dann dem § 5 WiStG-E unterwirft, wenn eine bestimmte in Jahren

---

<sup>94</sup> Soweit der Immobilienverbands Deutschland IVD in seiner Stellungnahme zu dem hier diskutierten Gesetzentwurf des Bundesrats (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 kaum 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.

<sup>95</sup> Für eine starre Regel dagegen *Raabe*, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 10.

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.<sup>96</sup> So wäre stets sichergestellt, dass alle auch nur annähernd marktgerecht kalkulierten Projekte mit § 5 WiStG-E nicht in Konflikt geraten können.

## 7. Ethische Einwände gegen § 5 WiStG-E

Gegen die hier erörterte Bundesrats-Initiative ist der ethische Einwand erhoben worden, dass durch § 5 WiStG-E wohlhabende Mieter privilegiert würden, da auch ihnen keine deutlich über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegenden Entgelte abverlangt werden, obwohl sie diese ohne Probleme bezahlen könnten.<sup>97</sup> Dieser Einwand ließe sich bei genauer Betrachtung allerdings schon gegen das geltende Recht führen, da es bereits heute für die Anwendung von § 5 WiStG **nicht auf die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Mieters** ankommt. Denn wenn feststeht, dass der Mieter keinen vergleichbaren billigeren Wohnraum findet und der Mieter (auch) deshalb eine Wohnung für eine deutlich oberhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete liegenden Miete anlegt, kann auch die Vermietung an einen Milliardär nach § 5 WiStG mit einem Bußgeld belegt werden. Über die Sinnhaftigkeit einer solchen Regel mag man unterschiedlicher politischer Auffassung sein, sie fügt sich aber stimmig in das vom Gesetzgeber historisch mit den Preisüberhöhungstatbeständen des WiStG verfolgte Ziel, den Profit des Anbieters auf einem Markt mit Nachfrageüberhang zu begrenzen.<sup>98</sup> Für eine solche auf den Schutz des Preisstandes zielende Vorschrift sind die persönlichen Verhältnisse des einzelnen Nachfragers irrelevant.

---

<sup>96</sup> Eine solche Norm findet sich beispielsweise – im zivilrechtlichen Kontext – im RefE BMJV vom 8. Mai. 2019 (online abrufbar unter <https://t1p.de/anf4>), S. 6 (dort § 556h Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB-E, der lautet: „*Als nicht unangemessen hoch gelten Entgelte, die als Miete für Wohnraum vereinbart oder bestimmt werden, der erstmals genutzt und vermietet oder innerhalb von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt der ersten Nutzung vermietet wird.*“).

<sup>97</sup> Stellungnahme des ZIA vom 16. Februar 2024 (online abrufbar unter <https://t1p.de/dd08k>), S. 6.

<sup>98</sup> Vgl. dazu schon unter II. 1., S. 2 f. und unter IV. 1, S. 12 ff.

## V. Vorzüge der durch den Bundesrat beabsichtigten Reform des § 5 WiStG

Der vom Bundesrat beabsichtigte Gesetzentwurf hätte den Vorteil, dass der vom Amt für Wohnungswesen der Stadt Frankfurt am Main in seiner Stellungnahme zu diesem Gesetzentwurf anschaulich geschilderte Ermittlungsaufwand zum Nachweis des Merkmals der „Ausnutzung“ bei § 5 WiStG<sup>99</sup> deutlich reduziert würde und der öffentlichen Hand so erhebliche Kosten erspart blieben.

## VI. Mögliche Modifikationen und Ergänzungen der Reform-Initiative des Bundesrats

### 1. Präzisierung des Gesetzeszweckes

In Begründung zu dem 2022 vom Bundesrat beschlossenen 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.<sup>100</sup> Diese auch auf den Individualschutz abstellende Formulierung ist misslich. Denn gerade mit Verweis auf den individualschützenden Charakter des § 5 WiStG begründet es der BGH in Zivilsachen nach geltendem Recht, dass das Merkmal des „Ausnutzens“ eines Wohnraummangels eine persönliche Zwangslage des Mieters erfordert, da nur bei schutzwürdigen Individuen das Telos der Norm greife.<sup>101</sup>

Es sollte daher klargestellt werden, dass § 5 WiStG-E – wie es im Übrigen auch schon für die geltende Fassung des Gesetzes naheliegend wäre<sup>102</sup> – **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

---

<sup>99</sup> Stellungnahme online abrufbar unter <https://t1p.de/0as1e>.

<sup>100</sup> BT-Drucks. 20/1239, S. 6.

<sup>101</sup> Siehe etwa BGH, Versäumnisurteil vom 28. Januar 2004 – VIII ZR 190/03, juris Rn 16.

<sup>102</sup> Eingehend *Fleindl*, WuM 2013, 703, 704; zutreffend auch *Kudlich*, in: BeckOK-OWiG, 41. Ed. Stand: 01.01.2024, § 5 WiStG Rn. 1 und RefE BMJV vom 8. Mai. 2019 (online abrufbar unter <https://t1p.de/anf4>), S. 13; vgl. ferner die unter II. 1., S. 2 ff. entfaltete Normgenese.

getrimmtem Mittelwert der Marktpreise<sup>103</sup> – hohen und sozialpolitisch ungebührlichen Anteil am Gesamtnutzen der Vertragsbeziehung sichern können.<sup>104</sup> Dass dadurch **mittelbar** auch ein Schutz einzelner Mieterinnen und Mieter<sup>105</sup> und insbesondere das mit der sog. Mietpreisbremse angestrebte Ziel erreicht wird, der Verdrängung wirtschaftlich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen aus stark nachgefragten Gebieten entgegenzuwirken, bleibt unbenommen.

## 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 Kontroverse 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 „Teilmarkt“ abzustellen ist, zu dem die Wohnung gehört, und die Mangelsituation demgemäß getrennt nach Wohnungsgruppen geprüft werden muss.<sup>106</sup> Der maßgebende Teilmarkt 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.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> Vgl. dazu *Wegner*, in: LK-StGB, Bd. XVI., 13. Aufl. 2023, § 291 Rn. 17.

<sup>105</sup> *Fleindl*, WuM 2013, 703, 704.

<sup>106</sup> BGH, Urteil vom 13 April 2005 – VIII ZR 44/04, juris Rn. 14; Urteil vom 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.

<sup>107</sup> BGH, Urteil vom 13 April 2005 – VIII ZR 44/04, juris Rn. 16 ff.; LG Berlin, Urteil vom 2. September 2008 – 65 S 182/08, juris Rn. 3; AG Hamburg, Urteil vom 16.

*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.<sup>108</sup> Sinnvoll wäre es, einen Mangel schon bei **Unterschreiten einer Leerstandsquote von 2 bis 3 %** anzunehmen, da Mieter bei einer solchen Marktlage auf Grund des mit der Wohnungssuche verbundenen Aufwands und der nicht selten dabei entstehenden existenziellen Sorge beginnen, notgedrungen Preisausreißer zu akzeptieren.<sup>109</sup>

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.<sup>110</sup> Für die Mieter ist es in einem zivilrechtlichen Verfahren schwer, die ihnen insofern aufgebürdete Darlegungs- und Beweislast zu schultern.<sup>111</sup>

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 Gesetzentwurfs<sup>112</sup> geeignet, wonach § 5 WiStG-E unter Übernahme

---

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.

<sup>108</sup> BGH, Urteil vom 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, Urteil vom 25. Januar 2006 – VIII ZR 56/04, juris Rn. 12.

<sup>109</sup> Vgl. *Arzt*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 15 und *Fleindl*, WuM 2013, 703, 707.

<sup>110</sup> AG Frankfurt a. M., Urteil vom 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.

<sup>111</sup> Instruktiv zur Darlegungs- und Beweislast mit Blick auf das Teilmerkmal des „geringen Angebots“ *Arzt*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 15.

<sup>112</sup> *Raabe*, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 9.

des Wortlauts von § 556d Abs. 2 S. 2 BGB wie folgt lauten würde (aktueller Wortlaut in normaler durchgestrichener Schrift, Entwurfsfassung des Bundesrates in fetter durchgestrichener Schrift, Entwurfsfassung 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 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. **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.**

[...]

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 Sachverständigengutachtens 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 Sachverstand ersparen.

### 3. Streichung der Übergangsregelung in § 22 WiStG-E

Es wird aus dem 2022 vom Bundesrat beschlossenen Gesetzentwurf nicht deutlich, ob die Entwurfsverfasser bei der Schaffung der in § 22 WiStG-E enthaltenen Übergangsregelung<sup>113</sup> 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.<sup>114</sup> In seiner jetzigen Fassung würde § 22 WiStG-E dafür sorgen, dass § 5 WiStG-E bei solchen exzessiven Mieterhöhungen in laufenden Verträgen für alle Mietverträge **nicht** greift, die vor dem Inkraft-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 Staffelmieten-Vereinbarung auf 140 % der ortsüblichen Vergleichsmiete. Da § 22 WiStG in der Entwurfsfassung anordnet, dass § 5 WiStG n. F. nur auf Mietverhältnisse anwendbar ist, die nach dem 1. Juni 2024 vereinbart wurden, fallen die auf Grund der Staffelmieten-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

---

<sup>113</sup> § 22 WiStG-E lautet in der Entwurfsfassung von 2022 wörtlich: „§ 5 Absatz 2 und 3 in der Fassung des Artikels 1 des Gesetzes zur besseren Bekämpfung von Mietwucher vom ... [einsetzen: Datum und Fundstelle dieses Gesetzes] sind nur anzuwenden, wenn das Mietverhältnis nach dem ... [einsetzen: Tag vor dem Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes nach Artikel 2] begründet worden ist. In allen anderen Fällen ist das bis dahin geltende Recht anzuwenden.“

<sup>114</sup> Siehe oben Fn. 85.

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 innewohnenden 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 [...].<sup>115</sup>*

---

<sup>115</sup> BVerfG, Beschluss vom 18. Juli 2019 – 1 BvL 1/18 u. a., Rn. 75 f.

Nach diesen Maßstäben könnte § 22 WiStG-E ersatzlos gestrichen werden.<sup>116</sup> 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.

*Zweitens* kann es Vermieter geben, die Hinweise darauf haben oder sogar positiv wissen, dass ihr Mieter trotz Wohnungsmangellage seine Wohnung eigentlich nicht unbedingt benötigt und leicht eine billigere Wohnung finden könnte, 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 sind Mieter, die trotz bestehender Wohnungsmangellage keinen dringenden Wohnungsbedarf haben und zudem preisindifferent sind, in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt sehr selten, während bei einem Großteil der Mieter, die in einer solchen Situation überhöhte Mieten akzeptieren, die Ursache dafür in der Mangellage liegen wird. Es überwiegt

---

<sup>116</sup> Dafür auch *Raabe*, Stellungnahme zu der Bundesratsinitiative zur Reaktivierung des § 5 WiStG (online abrufbar unter <https://t1p.de/45m0a>), S. 11.

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.

## **VII. Alternativer Reformansatz: Abschaffung des § 5 WiStG und Ersetzung durch eine zivilrechtliche Vorschrift**

Im Jahr 2019 hat das (damals so benannte) Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz den Entwurf eines „Gesetzes zur Zusammenführung und Verbesserung der Vorschriften über die zulässige Miethöhe bei Wohnraumangel“ vorgelegt.<sup>117</sup> Der Entwurf zielt (von seinen Implikationen für die „Mietpreisbremse“ abgesehen) im Kern darauf ab, § 5 WiStG zu streichen und durch einen neuen § 556h BGB-E zu ersetzen, der wie folgt lautet:

### **§ 556h-E**

#### **Verbot der Entgeltüberhöhung**

(1) Für die Vermietung von Wohnraum oder damit verbundene Nebenleistungen darf kein unangemessen hohes Entgelt vereinbart oder bestimmt werden.

(2) Unangemessen hoch sind Entgelte, die bei Vorliegen eines geringen Angebots an vergleichbarem Wohnraum in einer Gemeinde oder in einem auf landesgesetzlicher Grundlage gebildeten Teil einer Gemeinde die ortsüblichen Entgelte nach § 558 Absatz 2 im Zeitpunkt des Zustandekommens der Vereinbarung über das Entgelt oder des Bestimmens des Entgelts um mehr als 20 Prozent übersteigen. § 558d Absatz 3 gilt entsprechend.

(3) Als nicht unangemessen hoch gelten Entgelte, die

1. zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich sind oder

---

<sup>117</sup> RefE BMJV vom 8. Mai. 2019 (online abrufbar unter <https://t1p.de/anfj4>).

2. als Miete für Wohnraum vereinbart oder bestimmt werden, der erstmals genutzt oder vermietet oder innerhalb von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt der ersten Nutzung vermietet wird.

Satz 1 gilt nicht, wenn die Entgelte unter Zugrundelegung der nach Absatz 2 maßgeblichen Entgelte in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung des Vermieters stehen.

(4) Auf ein nach Absatz 3 vereinbartes Entgelt kann sich der Vermieter nur berufen, wenn er den Mieter rechtzeitig vor Abgabe der Vertragserklärung des Mieters in Textform wie folgt informiert hat:

1. im Fall des Absatzes 3 Satz 1 Nummer 1 über den Umstand, dass die Entgelterhöhung zur Deckung der laufenden Aufwendungen des Vermieters erforderlich ist,

2. im Fall des Absatzes 3 Satz 1 Nummer 2 darüber, dass die Wohnung erstmals genutzt und vermietet oder innerhalb von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt der ersten Nutzung vermietet wird.

(5) Eine zum Nachteil des Mieters von den Absätzen 1 bis 4 abweichende Vereinbarung ist unwirksam. Für Vereinbarungen über die Entgelthöhe gilt dies nur, soweit die ortsüblichen Entgelte überschritten werden. § 814 ist nicht anzuwenden.

(6) Wohnraum, der vermietet werden soll, darf nicht unter Bezugnahme auf ein unangemessen hohes Entgelt im Sinne des Absatzes 2 beworben werden.

Für das Verhältnis zwischen § 556h-E zur Regelung über **Mietstaffeln** in § 557a BGB sieht der Entwurf folgende Regelung in einem neu gefassten § 557a Abs. 4 BGB-E vor:

(4) §§ 556d bis 556h sind auf jede Mietstaffel anzuwenden. Für die Berechnung der zulässigen Höhe der zweiten und aller weiteren Mietstaffeln ist auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem die erste Miete der jeweiligen Mietstaffel fällig wird. Die in einer vorangegangenen Mietstaffel wirksam begründete Miethöhe bleibt erhalten.

Mit Blick auf die zur **Indexmiete** in § 556b BGB getroffene Regelung ist vorgesehen, den § 556h BGB-E in den bestehenden § 556b Abs. 4 BGB aufzunehmen.

## 1. Grundsätzliche Bewertung eines zivilrechtlichen Reformweges

Der Weg, gegen Preisausreißer auf Mietmärkten mit Nachfrageüberhang mit den Mitteln des Zivilrechts vorzugehen, erscheint grundsätzlich gangbar, wenn er auch den Nachteil hat, dass die Mieter bei einem solchen Modell im Streitfall selbst den Zivilrechtsweg gegen ihren Vermieter beschreiten müssten und die dafür notwendigen Investitionen in Anwalts- und Gerichtskosten(vorschuss) für viele Betroffene abschreckend wirken dürften. Insbesondere sozial benachteiligte, sprachlich und rechtlich ungewandte Mieter, die durch Preisregelungen gerade geschützt werden sollen, würden solche Maßnahmen möglicherweise nur selten einleiten. Da keine empirischen Daten vorliegen, die einen Wirksamkeitsvergleich des bußgeldrechtlichen Modells einerseits und der zivilrechtlichen Lösung andererseits erlauben würden, ist die Wahl des Instruments zur Umsetzung der heute mit § 5 WiStG verfolgten Ziele aber letztlich eine rechtspolitische Ermessensfrage, die sich der gutachterlichen Beantwortung entzieht.

## 2. Bewertung des konkret vorgelegten zivilrechtlichen Regelungsvorschlags und Abgleich mit § 5 WiStG nach geltender Fassung aus Mietersicht

Blickt man auf den konkret im Jahr 2019 publizierten Regelungsvorschlag für eine zivilrechtliche Mietobergrenze sind die folgenden Aspekte auffällig:

- a) Das in § 556h BGB-E enthaltene Verbot der Entgeltüberhöhung, das § 5 WiStG ersetzen soll, ist auf die „Vereinbarung“ und „Bestimmung“ eines unangemessen hohen Entgelts beschränkt, während in § 5 WiStG auch das „**Annehmen**“ oder „**Fordern**“ erfasst ist. Über die rechtliche Bedeutsamkeit dieser Änderung wird sich trefflich streiten lassen,<sup>118</sup> aus Mietersicht wäre es aber

---

<sup>118</sup> Die Entwurfsbegründung selbst hält sie für unbedeutend, s. RefE (Fn. 117), S. 26.

vorzugswürdig, sicherheitshalber nicht hinter den Wortlaut von § 5 WiStG zurückzufallen.

b) Die **Grenzwerte** von 120 % bzw. 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete in § 556h Abs. 2 S. 1 bzw. Abs. 3 S. 1 Nr. 1, S. 2 BGB-E entsprechen der bisher in § 5 WiStG vorgesehenen Fassung. Eine Verbesserung liegt (wenn man realistisch davon ausgeht, dass die ortsübliche Vergleichsmiete meist nur steigt und selten sinkt) aus Mietersicht darin, dass es für die Berechnung der ortsüblichen Vergleichsmiete **künftig auf den Zeitpunkt des Zustandekommens der Entgeltvereinbarung beziehungsweise des Bestimmens des Entgelts** ankommt.<sup>119</sup>

c) Der zu § 5 WiStG geführte **Streit um das Tatbestandsmerkmal der „Ausnutzung“ eines geringen Angebots an Wohnraum** wäre durch § 556h BGB-E im Sinne der Mieter erledigt, da die persönliche Situation des Mieters nach der Vorschrift keine Rolle spielt. Für die Wirksamkeit der Entgelthöhe in einem Mietvertrag kommt es nach § 556h BGB-E vielmehr einzig darauf an, ob ein geringes Angebot an vergleichbarem Wohnraum besteht und ob die in der Norm bezeichneten Grenzwerte überschritten sind.

d) Der vorgelegte Gesetzentwurf lässt eine **Definition des „geringen Angebots an vergleichbarem Wohnraum“** vermissen, s. dazu schon VI. 2. (S. 31 ff.).

e) Eine **Stärkung des Mieterschutzes** im Vergleich zum *status quo* liegt darin, dass über den § 556h Abs. 2 S. 2 BGB-E enthaltenen Verweis auf § 558d Abs. 3 BGB klargestellt wird, dass bei Vorliegen eines den Anforderungen des § 558d Abs. 2 BGB genügenden **qualifizierten Mietspiegels** die Vermutung besteht, dass die im qualifizierten Mietspiegel bezeichneten Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben. Dies wird für § 5 WiStG bisher z. T. bestritten.<sup>120</sup>

f) Eine weitere **Stärkung des Mieterschutzes** bewirkt die in § 556h Abs. 2 S. 1 BGB-E enthaltene Formulierung „in einem auf landesgesetzlicher Grundlage

---

<sup>119</sup> Vgl. dazu auch RefE (Fn. 117), S. 15 f.

<sup>120</sup> Z. B. von *Artz*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 10 m. w. N.

gebildeten Teil einer Gemeinde“, da hierdurch die BGH-Rechtsprechung relativiert wird, wonach bei der Prüfung des Merkmals der Wohnraumangellage stets das **gesamte Gemeindegebiet** in den Blick zu nehmen ist.<sup>121</sup>

g) In der Sache **keine wesentliche Änderung** ergibt sich bei **Staffelmietverträgen**. Bisher ist es so, dass jede auf Grund eines Staffelmietvertrages eingeforderte Miete sich an § 5 WiStG messen lassen muss, wobei die im Zeitpunkt des Mietverlangens bestehende ortsübliche Vergleichsmiete maßgeblich ist. Dem entspricht die Regelung in § 557a Abs. 4 S. 1 BGB-E, wonach die Entgelt-Grenze des § 556h BGB-E auf jede Mietstaffel anzuwenden ist und es für die Berechnung der zulässigen Höhe der jeweiligen Mietstaffel auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem die erste Miete der betroffenen Mietstaffel fällig wird. **§ 557a Abs. 4 S. 2 BGB-E** („Die in einer vorangegangenen Mietstaffel wirksam begründete Miethöhe bleibt erhalten“) löst allerdings eine nach geltendem Recht bestehende Streitfrage<sup>122</sup> zu Lasten des Mieters auf.

h) Eine **deutliche Schwächung des Mieterschutzes** ist dagegen in der Regelung des § 556b Abs. 4 BGB-E vorgesehen, wonach die Entgelt-Grenze des § 556h BGB-E bei **Indexmietverträgen** künftig nur noch auf die Ausgangsmiete-Anwendung finden soll. Wenn die Ausgangsmiete noch unter 120 % bzw. 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt und erst durch Indexerhöhungen über diese Marke steigt, greift § 556h BGB-E also – anders als § 5 WiStG heute<sup>123</sup> – nicht.

i) Die in § 556h Abs. 5 S. 2 BGB-E enthaltene Regelung, wonach Vereinbarungen über die Entgelthöhe **unwirksam** sind, soweit die ortsüblichen Entgelte überschritten werden, stellt **aus Mietersicht gegenüber der jetzigen Rechtslage eine Verbesserung** dar. Denn bisher entspricht es der herrschenden Meinung, dass § 134 BGB nur insoweit zur Nichtigkeit der Entgelthöhe-Vereinbarung führt, wie die 120 % bzw. 150 %-Grenze des § 5 WiStG

---

<sup>121</sup> BGH NJW 2004, 2156, 2157.

<sup>122</sup> *Artz*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 557a Rn. 11 m. w. N.

<sup>123</sup> Allgemeine Ansicht, s. nur *Artz*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 557b Rn. 8 m. w. N.

überschritten ist.<sup>124</sup> § 556h Abs. 5 S. 2 BGB-E birgt damit also ein gewisses „Sanktionselement“, weil ein Vermieter, der die Grenzen von 120 % bzw. 150 % der ortsüblichen Vergleichsmiete überschreitet, nicht damit kalkulieren kann, im schlimmsten Fall nur auf 120 % bzw. 150 % OVM „zurückzufallen“, sondern dann lediglich 100 % der OVM verlangen kann.

j) Fraglich ist, wie Verstöße gegen das in § 557h Abs. 6 BGB-E vorgesehene **Verbot, Wohnraum unter Bezugnahme auf ein unangemessen hohes Entgelt zu bewerben**, in der Praxis durchgesetzt werden kann, da das Gesetz selbst (seiner zivilrechtlichen Konzeption entsprechend) für Verstöße keine Sanktionen vorsieht und auch nicht vorstellbar ist, wie der (potenzielle) Mieter gegen rechtswidrige Werbung vorgesehen sollte (insbesondere dürfte sich im Regelfall kein Schadenersatzanspruch des Mieters begründen lassen). Allerdings handelt es sich bei der Vorschrift um eine Marktverhaltensregel i. S. v. § 3a UWG, gegen deren Verletzung mit Abmahnungen sowie Beseitigungs- und Unterlassungsklagen von Mitbewerbern (was jedenfalls auf einem Markt mit Nachfrageüberhang eher unrealistisch sein dürfte) und von qualifizierten Einrichtungen i. S. v. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG (wozu auch Mietervereine zählen) vorgegangen werden kann.<sup>125</sup>

k) Dass § 556h Abs. 5 S. 2 BGB-E mit Blick auf eine vom Mieter ggf. schon zu viel entrichtete Miete die **Anwendung des § 814 BGB ausschließt**, ist eine aus Mietersicht begrüßenswerte Klarstellung, da dem Mieter so unbestreitbar der Weg offensteht, die vom Vermieter verlangte Miete zunächst zu entrichten, bis geklärt ist, ob die Entgeltvereinbarung wirksam ist, und sich so nicht dem Risiko einer Kündigung aussetzen muss.

l) Die dynamische **Neubauklausel** in § 556h Abs. 3 Nr. 2 BGB-E entspricht grundsätzlich dem hier gemachten Regelungsvorschlag (s. o. S. 28 f.). Allerdings sieht § 556h Abs. 3 S. 2 BGB-E vor, dass Neubau dann nicht von der Entgeltobergrenze ausgenommen sein soll, wenn er für mehr als 150 % der

---

<sup>124</sup> BGH NJW-RR 2006, 591, 592; NJW-RR 1992, 1366; NJW 1984, 722; *Artz*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 5 WiStG Rn. 19; *Kudlich*, in: BeckOK-OWiG, 41. Ed. Stand: 01.01.2024, § 5 WiStG Rn. 2.

<sup>125</sup> Vgl. RefE (Fn. 117), S. 16.

ortsüblichen Vergleichsmiete vermietet wird. Ausweislich der Entwurfsbegründung ist das kein Redaktionsversehen.<sup>126</sup>

m) Die in § 556h Abs. 4 BGB-E enthaltene **Pflicht des Vermieters**, dem Mieter die dort beschriebenen **Informationen zukommen zu lassen**, ist aus Mietersicht zu begrüßen. Allerdings wird der Mieter in der Praxis insbesondere mit Blick auf die in § 556h Abs. 4 Nr. 1 BGB-E enthaltenen Informationen zu den laufenden Aufwendungen des Vermieters große Probleme haben, diese zu überprüfen. Es wäre daher im Interesse des Mieters, wenn im Gesetz geregelt wäre, dass der Mieter einen Anspruch darauf hat, entsprechende **Aufwendungsnachweise** einzusehen oder (auf seinen Wunsch) in digitaler Form zugesendet zu bekommen.

### 3. Fazit zum alternativen zivilrechtlichen Reformansatz

Ob ein zivilrechtliches Verbot der Mietüberhöhung den Gesetzeszweck zumindest ebenso effektiv oder sogar effektiver zur Geltung bringen kann als eine Lösung im Ordnungswidrigkeitenrecht lässt sich mangels empirischer Grundlage kaum seriös wissenschaftlich prognostizieren. Blickt man auf den konkret im Jahr 2019 vom (damals so bezeichneten) BMJV veröffentlichten Referentenentwurf, mit dem eine zivilrechtliche Lösungsvariante ausbuchstabiert wird, lässt sich aber jedenfalls sagen, dass die vom BMJV vorgeschlagenen Regelungen die schwerwiegendsten heute bestehenden Anwendungsprobleme des § 5 WiStG beheben würden und dass die Position der Mieter – von der durch das BMJV vorgeschlagenen Ausnahme für Indexmieterhöhungen abgesehen – durch die vorgeschlagenen Normen im Vergleich zum *status quo* deutlich gestärkt würde. Die Mieter müssten diese Position – und darin liegt der größte Nachteil – allerdings künftig weitgehend allein durchsetzen.

---

<sup>126</sup> RefE (Fn. 117), S. 16, 30.

## VIII. Zum Umgang mit Erlösen, die durch die Vereinnahmung überhöhter Mieten erzielt werden

Nur der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass der Mehrerlös, den ein Täter einer Mietüberhöhung – sei es nach dem geltenden § 5 WiStG oder einer nach den Vorschlägen des Bundesrats reformierten Fassung – erzielt, zum einen gem. § 8 WiStG vom Staat und zum anderen im Wege der *condictio indebiti* (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) vom Mieter abgeschöpft werden kann. Für den Fall einer rein zivilrechtlichen Lösung, wie sie im Abschnitt VII. skizziert wurde, empfiehlt es sich, den Kondiktionsanspruch nicht – wie es nach geltender Rechtslage der Fall ist – nur die Differenz zwischen der gezahlten Miete und der maximal zulässigen Miete zu erlauben, sondern die Miete in Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete zu kappen.<sup>127</sup> Denn durch das so für den Vermieter entstehende Risiko, mit einem Verstoß gegen die zivilrechtliche Preisgrenze auf die ortsübliche Preisgrenze abzusinken, vermindert sich die Gefahr, dass der Vermieter eine Verletzung der zivilrechtlichen Preisregel einfach in der Hoffnung in Kauf nimmt, dass der Mieter dies nicht beanstanden wird.

## IX. Fazit

1. Der vom Bundesrat erstmals im Jahr 2019 und nochmals im Jahr 2022 vorgelegte Gesetzentwurf für eine Reform des § 5 WiStG 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 verstoße gegen den **Schuldgrundsatz**, vorsätzliche oder leichtfertige Verstöße gegen staatliche Preisvorgaben mit einem Bußgeldtatbestand zu bewehren, unbegründet.<sup>128</sup> 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

---

<sup>127</sup> RefE (Fn. 117), S. 6 (vgl. dort § 556h Abs. 6 S. 2 BGB-E).

<sup>128</sup> Siehe oben IV. 2., S. 13 ff.

**Bestimmtheitsanforderungen.**<sup>129</sup> Der Gesetzentwurf ist zudem als verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung der Eigentumsnutzung mit **Art. 14 GG** vereinbar und verletzt nicht die **Vertragsfreiheit**.<sup>130</sup>

Ein Widerspruch zwischen § 5 WiStG-E einerseits und den bestehenden Regelungen zur Mietvereinbarung und Mieterhöhung im BGB andererseits besteht nicht.<sup>131</sup> 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 §§ 556d-560 BGB nicht und stehen damit nicht in Widerspruch zu § 5 WiStG-E. Dass es für den Rechtsanwender übersichtlicher wäre, alle Regeln zur Mietpreishöhe im selben Gesetz zu finden, bleibt unbenommen.

2. Ob der Gesetzgeber den vom Bundesrat 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 könnten. Es wird insofern eine **Ergänzung des Entwurfs** vorgeschlagen, um auch Unklarheiten und bürokratischen Aufwand im Kontext des Begriffs des „geringen Angebots an vergleichbarem“ Wohnraum zu beseitigen.<sup>132</sup>

Während das Gesetz also dabei helfen kann, das mit § 5 WiStG beabsichtigte gesetzgeberische Ziel durchzusetzen, machtbedingte Preisspitzen auf

---

<sup>129</sup> Siehe oben IV. 3., S. 18 ff.

<sup>130</sup> Siehe oben IV. 4., S. 22 ff.

<sup>131</sup> Siehe oben IV. 5., S. 25 ff.

<sup>132</sup> Siehe oben VI. 2, S. 32 ff.

Wohnungsmärkten mit Nachfrageüberhang abzuschneiden,<sup>133</sup> 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 Eigenkapitalzinses gezählt werden darf. Wer auch diese Grenzen überschreiten will, hat schon 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 Alternative und fallen damit auch nach geltender Rechtslage unter den Tatbestand der Mietüberhöhung. 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 beachtlichen 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

---

<sup>133</sup> Die in der Entwurfsbegründung enthaltene Formulierung des Gesetzeszwecks sollte noch nachgeschärft werden, siehe VI. 1., S. 31 ff.

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.<sup>134</sup>

Für den Fall, dass der Verabschiedung der Reform-Initiative des Bundesrats näher getreten werden soll, wird – neben den vorstehend schon erwähnten Modifikationen und Ergänzungen – schließlich vorgeschlagen, die Übergangsregelung in § 22 WiStG-E zu streichen.<sup>135</sup>

3. Alternativ zu einer Reform von § 5 WiStG wäre es auch denkbar, die Vorschrift zu streichen und durch eine zivilrechtliche Regelung zu ersetzen.<sup>136</sup> Ob dies angesichts der dann primär den Mietern obliegenden Last zur Durchsetzung des Gesetzes gleichermaßen effektiv wie die Lösung über einen Bußgeldtatbestand ist, mag bezweifelt werden, lässt sich ohne entsprechende Vergleichsdaten aber letztlich nicht evidenzbasiert einschätzen. Auf rein materiell-rechtlicher Ebene würden die Mieter durch den im Jahr 2019 vorgelegten Entwurf einer zivilrechtlichen Mietbegrenzung jedenfalls überwiegend besser gestellt als nach heutiger Rechtslage. Hält man den zivilrechtlichen Weg grundsätzlich für gangbar, wäre der Entwurf mit einigen wenigen Änderungen, die im Abschnitt VI. 2. (S. 39 ff.) näher bezeichnet sind und die neben einer noch fehlenden Definition des Begriffs des „geringen Angebots an Wohnraum“ insbesondere den Umgang mit Indexmietverträgen betreffen, also aus Mietersicht annehmbar.

---

<sup>134</sup> Siehe dazu den Vorschlag unter IV. 6., S. 27 ff.

<sup>135</sup> Siehe oben VI. 3., S. 35 ff.

<sup>136</sup> Siehe oben VII., S. 38.