

Die Absenkung der Kappungsgrenze für Mieterhöhungen in laufenden Verträgen nach § 558 III BGB

I. Die neuen Rechtsgrundlagen

Durch das Mietrechtsänderungsgesetz 2013¹ hat der Gesetzgeber an den bisherigen einzigen Satz des § 558 III BGB mit der Anordnung einer Kappungsgrenze von 20 % zwei weitere Sätze angehängt, aufgrund deren nunmehr eine Differenzierung hinsichtlich der Höhe ermöglicht wird. Der Prozentsatz für die Kappungsgrenze beträgt nach dem neuen Satz 2 der Vorschrift nur 15 %, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in einer Gemeinde oder einem Teil einer Gemeinde besonders gefährdet ist und diese Gebiete nach dem neuen Satz 3 bestimmt sind. In diesem Satz 3 werden die Landesregierungen ermächtigt, diese Gebiete durch Rechtsverordnung für die Dauer von jeweils höchstens fünf Jahren zu bestimmen. Der Kappungsgrenze hat das BVerfG grundsätzlich seinen verfassungsrechtlichen Segen gegeben.² Mit der neuen Vorschrift zur regionalen Differenzierung beschäftigt sich der folgende Beitrag, bei dem vielfältige Probleme, teilweise mit verfassungsrechtlichen Dimensionen angesprochen werden.

Die Bundesländer Bayern und Berlin haben darauf besonders schnell reagiert. Mit Verordnung vom 07.05.2013 hat Berlin die Senkung der Kappungsgrenze nach § 558 III BGB vorgesehen.³ Noch prompter war die bayerische Landesregierung mit der Verordnung vom 3.5.2013, indem sie eine ältere Ordnungsregelung ergänzte.⁴ Lassen Sie uns deren Normen einmal genauer anschauen. In § 1 heißt es nunmehr zunächst unter Bezug aus § 577 a II 1 BGB, wo die Frist der Kündigungsbeschränkung bei Wohnungsumwandlung durch Begründung von Wohnungseigentum geregelt ist, dass in den in der Anlage 1 aufgeführten Gemeinden die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist und die Frist für die Kündigungsbeschränkung demnach 10 Jahre beträgt. Diese Bestimmung trat schon am 01.07.2012 in Kraft.

¹ BGBl. I 2013, 434.

² BVerfG NJW 1986, 1669.

³ GVBl. 2013, 189.

⁴ GVBl. 2013, 266.

In § 1 a der Verordnung wird die kreisfreie Stadt München als ein Gebiet im Sinne des § 558 III 2 BGB festgelegt, in dem die Kappungsgrenze für Mieterhöhungen 15 % beträgt. Ferner soll dies auch für die in der Anlage 2 der Verordnung aufgeführten Gemeinden gelten, wie § 1 b der Verordnung ergibt. Damit sind von Ingolstadt bis Fischen im Allgäu eine große Anzahl von Kommunen, insgesamt 89, einbezogen. Diese Regelung konnte sich aufgrund der erst zum 01.05.2013 in Kraft getretenen Ermächtigungsgrundlage erst auf die Zeit seit Erlass der Verordnung beziehen, was jedoch in § 2 der Verordnung nur unvollkommen zum Ausdruck kommt. Danach tritt aber die Regelung für die kreisfreie Stadt München mit Ablauf des Fünfjahreszeitraums außer Kraft, während für die in Anlage 2 aufgeführten Gemeinden die Verordnung schon Ende 2015 außer Kraft tritt. Andere Bundesländer sind gefolgt⁵ oder werden noch folgen.⁶

II. Die ersten Überlegungen zur regionalen Differenzierung der Kappungsgrenze

1. Die Feststellung der Verordnungsvoraussetzungen

Damit ist klar, dass zumindest die Bundesländer Berlin und Bayern keine statistischen Erhebungen veranlasst haben, die den Nachfrageüberhang auf dem Wohnungsmarkt empirisch erforscht haben. Sie haben sich ausschließlich an der neuen Ermächtigungsgrundlage orientiert, die jedoch bestimmte Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung normiert hat. Ob eine derartige Handhabung der Verwaltungspraxis Bestand haben kann, wird zu überprüfen sein.

2. Der Anwendungsbereich

Die Verordnungen gelten nur für Wohnraummietverhältnisse, soweit die Miete nicht wie bei öffentlich geförderten Sozialwohnungen an die Kostenmiete gebunden ist. Sie kommen nicht zur Anwendung bei allen anderen Nutzungsverhältnissen. Das ergibt sich insbesondere aus dem Verweisungstatbestand des § 578 I und II BGB, wo § 558 BGB nicht genannt ist. Es geht auch nicht um die Begrenzung der Wiedervermietungsmieten, wie sie zuletzt in der allgemeinen Öffentlichkeit intensiv diskutiert worden ist⁷, sondern betrifft nur Mieterhöhungen in laufenden Vertragsverhältnissen. Sie integriert sich insoweit in das System der ortsüblichen Vergleichsmiete nach den §§ 558 ff. BGB, schließt also Mieterhöhungen aufgrund von Staffelmietvereinbarungen nach § 557 a BGB und aufgrund von zulässigen Indexklauseln nach § 557 b BGB nicht aus. Der Wohnraummieter kann sich sogar aufgrund seiner durch Kündigungsschutz abgesicherten Stellung mit seinem Vermieter auf eine Mieterhöhung nach § 557 I BGB einigen, ohne dass es dafür der Einhaltung einer Form oder eines bestimmten Anlasses bedarf.⁸ Modernisierungsbedingte Mieterhöhungen

⁵ Hamburg mit VO vom 30.7.2013, GVBl.2013, 350.

⁶ S. die Nachw. bei Artz/Börstinghaus, NZM 2013, 593, 595.

⁷ S. etwa Derleder, WuM 2013, 383.

⁸ S. nur Palandt/Weidenkaff, BGB, 72. Aufl. 2013, § 557 Rdnr. 3.

nach § 559 BGB und Betriebskostenerhöhungen nach § 560 BGB sind nach dem Wortlaut des § 558 III 1 BGB ausdrücklich und damit auch für die folgenden Sätze ausgenommen, so dass regelmäßig nur die Nettokaltmieten betroffen sind. Ist ausnahmsweise eine Bruttomiete vereinbart, gilt allerdings die neue Kappungsgrenze auch für diese.⁹

3. Die Rechtsfolgen

Die Kappungsgrenze stellt sich als eine miethpreisrechtliche Vorschrift dar, so dass ihre Einhaltung die materielle Voraussetzung des Anspruchs des Vermieters auf Zustimmung des Mieters zur verlangten Mieterhöhung nach § 558 I 1 BGB ist. Wird die abgesenkte Kappungsgrenze nicht überschritten, besteht also der Vermieteranspruch. Geht das Mieterhöhungsverlangen dagegen über die Kappungsgrenze hinaus, ist es nicht insgesamt unwirksam¹⁰, sondern wird nur mit dem die Kappungsgrenze überschreitenden Betrag abgeschnitten, wenn der Mieter seine Zustimmung nicht gibt. Im Fall eines Prozesses kann sich der Vermieter wegen des Überschreitungsbetrages nicht durchsetzen. Vielfach kann es auch zu einer weitergehenden Einigung über die Mieterhöhung nach § 557 I BGB kommen. Maßgebliche Voraussetzung ist für die Einhaltung der abgesenkten Kappungsgrenze jeweils das Inkrafttreten der Verordnung.¹¹ Aufgrund des § 558 b I BGB schuldet der Mieter die danach erhöhte Miete wegen der Gewährung einer Überlegungsfrist im Streitfall erst zu Beginn des dritten Kalendermonats nach Zugang des Mieterhöhungsverlangens.

4. Die rechtspolitische Bewertung durch die Verbände

Die Grundeigentümerfraktion hat für den Erlass einer Verordnung ein umfassendes und seriöses Datenmaterial für erforderlich erklärt, um den unbestimmten Rechtsbegriffen der ausreichenden Versorgung, der angemessenen Bedingungen und der besonderen Gefährdung der Versorgung Rechnung tragen zu können.¹² Demgegenüber hat der Deutsche Mieterbund eine allgemeine Kappungsgrenze von 10 % rechtspolitisch gefordert, auch für Wiedervermietungsmieten, was aber der bisherigen Ermächtigungsgrundlage nicht entspricht. Aber auch die Vermieterseite wird, wenn sie eine Normenkontrolle wie angekündigt anstrengt, den nachträglichen Nachweis der Voraussetzungen für den Ordnungsgeber durch nachgeschobenes Datenmaterial hinnehmen müssen. Dass die Gerichte eine vorherige Datenerhebung über die oft komplexen Marktverhältnisse als

⁹ Art. 229 § 3 IV EGBGB erlaubt bei vor dem 01.09.2001 abgeschlossenen Bruttomietverträgen allerdings nur dann eine entsprechende Mieterhöhung, wenn im Mietvertrag eine Erhöhung der Miete wegen Betriebskostensteigerungen ausdrücklich vereinbart worden ist, der Mieter die Erhöhung der Betriebskosten also zu tragen hat.

¹⁰ S. nur Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 558 Rdnr. 198 unter Bezug auf KG NZM 1998, 107.

¹¹ Zu einer möglichen Rückwirkung Feuerlein, WuM 2013, 404, 405; s. demgegenüber aber die überzeugenden Ausführungen von Artz/*Börstinghaus* NZM 2013, 593, 599 f.

¹² S. z. B. die Pressemitteilung von Haus & Grund Berlin vom 07.05.2013.

formelle Voraussetzung des Erlasses einer Verordnung anerkennen werden, ist nach dem Vorspiel mit der Zweckentfremdungsverordnung nicht zu erwarten.

III. Der Vergleich mit der Verordnungsgebung aufgrund des Zweckentfremdungsverbots

1. Die Rechtsgrundlagen des Zweckentfremdungsverbots

Nach Art. 6 § 1 S. 1 des allerdings mehrfach geänderten MRVerbG vom 04.11.1971¹³ war und ist die Zweckentfremdung von Wohnraum verboten, also etwa die Umwidmung in Gewerberaum, soweit praktisch die gleichen Voraussetzungen wie in § 558 III 2 BGB zum Erlass einer Verordnung geführt haben. Für Gemeinden, in denen die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet war, konnte nach Art. 6 § 1 S. 1 die Landesregierung durch Rechtsverordnung bestimmen, dass Wohnraum anderen als Wohnzwecken nur mit Genehmigung der von der Landesregierung bestimmten Stelle zugeführt werden durfte. Zu dieser Regelung entwickelte sich eine Fülle von Rechtsfragen, die auch weitgehend von den Verwaltungsgerichten entschieden wurden.

2. Die Anfechtung einer Zweckentfremdungsverordnung

Der Erlass einer solchen Verordnung war nach der Ermächtigungsgrundlage nur dann wirksam, wenn deren Voraussetzungen, die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen und die besondere Gefährdung durch einen Zustand derartiger unzureichender Wohnraumversorgung. Gegen die Bejahung dieser Voraussetzungen durch den Ordnungsgeber konnte die Normenkontrolle nach § 47 VwGO angestrengt werden, die in vielen Fällen auch zur Nichtigkeitserklärung der Verordnung führte.¹⁴ Dabei wurde vom BVerwG geklärt, dass es darauf ankam, ob insgesamt ein Nachfrageüberhang bestand, ohne dass es auf jedes Teilgebiet ankam.¹⁵ Ferner wurde geklärt, dass die Versorgung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen dort besonders gefährdet war, wo ein Zustand unzureichender Wohnraumversorgung der breiten Bevölkerungsschichten mindestens latent vorhanden war und dies mit den Umständen zusammenhing, die in dem jeweiligen Ort den Wohnungsmarkt belasteten.¹⁶ Zur Begründung hieß es, dass eine Mangelsituation zu labilen Marktverhältnissen führen könne und bei zeitweise eintretender Entspannung jederzeit kurzfristig wieder ein spürbarer Mangel auftreten könne, so dass das Zweckentfremdungsverbot gerechtfertigt sei, solange nicht ein dauerhaft erträglicher Zustand erreicht sei.¹⁷ Die meisten Verordnungen hielten bei

¹³ BGBl. I 1971, 1745.

¹⁴ So erklärte das OVG Hamburg die Zweckentfremdungsverordnung des Landes Hamburg in den 70er Jahren für nichtig (Hamburger Grundeigentum 1978, 159).

¹⁵ BVerwGE 59, 172.

¹⁶ BVerwG NJW 1983, 2893.

¹⁷ BVerwG NJW 1983, 2893, 2894.

Zugrundelegung dieser weiten Definition der verwaltungsgerichtlichen Prüfung im Normenkontrollverfahren stand.

Darüber hinaus wurde auch von den Verwaltungsgerichten bei Beanstandung eines auf das Zweckentfremdungsverbot gestützten Verwaltungsakts jeweils geprüft, ob die Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung gegeben waren. Wurde etwa eine beantragte Genehmigung nicht erteilt, dann schloss die Prüfung der Verpflichtungsklage auch die Kontrolle der Zweckentfremdungsverordnung ein, da deren Wirksamkeit die Rechtsgrundlage für den Verwaltungsakt war.¹⁸

3. Die Aufrechterhaltung des Wohnungsmangels als Gültigkeitsgrund der Verordnung

Seit dem Inkrafttreten des MRVerbG im Jahre 1971 haben sich die Wohnungsmarktverhältnisse erheblich gewandelt, sei es durch Phasen der Entspannung des Wohnungsmarkts, sei es durch Zuspitzung der Mangelsituation durch Binnenmigration und Zuwanderung. So wurde teilweise argumentiert, nach Versagung der Zweckentfremdungsgenehmigung oder einer mit ihr verbundenen Auflage habe sich der Wohnungsmarkt entspannt. Dazu entwickelte die Verwaltungsgerichtsrechtsprechung einen überraschenden Rechtsgrundsatz. Bei offensichtlicher Gegenstandslosigkeit oder Funktionslosigkeit des Verbots könne auch ohne ausdrückliche Aufhebung der Verordnung diese ihre Gültigkeit verlieren.¹⁹ Damit war verbunden, dass der Ordnungsgeber nicht mehr selbständig über die Aufhebung der Verordnung entscheiden durfte, sondern dass die Zuständigkeit dafür auf die Verwaltungsgerichte überging. Dabei geht es durchaus um heikle Rechtsfragen, wenn man bedenkt, dass die Verbände von Haus und Grund oft eine offensichtliche Entspannung des Wohnungsmarkts sehen, wo die Mieter einen offensichtlichen Wohnungsmangel bejahen. Dass eine Verordnung durch bloße Funktionslosigkeit ihre Geltung verliert und Richter dies feststellen dürfen, berührt in jedem Fall den Kern der Gewaltenteilung.

4. Die Umsetzung des Zweckentfremdungsverbots

Das Leerstehenlassen einer Wohnung wurde von den Verwaltungsgerichten und dann auch vom BVerfG als Zweckentfremdung gewertet.²⁰ Daran schloss sich die Debatte an, ob Zwangsmaßnahmen nach dem Verwaltungsvollstreckungsrecht, etwa mittels eines Zwangsgeldes, möglich seien. Das BVerfG entschied frühzeitig, dass der Landesverordnungsgeber trotz der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Ahndung keine

¹⁸ S. zuletzt z. B. BVerwG BeckRS 2010, 54585.

¹⁹ So zuerst BVerwG NJW 1980, 1970 unter Bezug auf eine frühere Rechtsprechung zu bauplanerischen Festsetzungen (BVerwG NJW 1977, 2325).

²⁰ BVerfGE 38, 348.

Ermächtigung dafür habe, im Einzelfall die Vollziehung des Zweckentfremdungsverbots zu realisieren.²¹

IV. Die Parallelregelung in § 577 a II BGB zu den Voraussetzungen einer Kündigungsbeschränkung bei Umwandlung von Mietwohnungen in Eigentumswohnungen

Ist an vermieteten Wohnräumen nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum veräußert worden, so kann sich ein Erwerber nach § 577 a I BGB auf berechnigte Interessen im Sinne des § 573 II Nr. 2 oder 3 BGB, also nach der Regelung der Eigenbedarfskündigung und der Verwertungskündigung, erst nach Ablauf von drei Jahren seit der Veräußerung berufen. Davon weicht § 577 a II BGB mit einer regionalen Differenzierung ab. Die Frist nach Absatz 1 beträgt, von den Sonderfällen des § 577 a I a BGB abgesehen, beträgt bis zu zehn Jahre, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen in einer Gemeinde oder einem Teil einer Gemeinde besonders gefährdet ist und diese Gebiete nach Satz 2 bestimmt sind. Die Landesregierungen werden in § 577 a II 2 BGB ermächtigt, diese Gebiete und die Frist nach Satz 1 durch Rechtsverordnung für die Dauer von jeweils höchstens zehn Jahren zu bestimmen.

Hier wird eine Regelung ausdrücklich auch für einen Teil einer Gemeinde getroffen, so dass sich der Ordnungsgeber überlegen muss, ob er eine Verordnung erlässt, die die gesamte Gemeinde betrifft. Damit könnte eine Verpflichtung des Ordnungsgebers verbunden sein, für einzelne Gebiete von Städten und Gemeinden jeweils die Voraussetzungen getrennt zu prüfen. Im Hinblick auf die vielfältige Kohärenz der Gemeindegebiete wird sich allerdings nur selten ein Fall finden lassen, wo die latente Labilität der Wohnungsmarktverhältnisse, auf die es nach dem BVerwG ankommt, für einzelne Teile der Gemeinde entfällt, also dauerhaft erträgliche Verhältnisse zugrunde zu legen sind.

Ferner hat schon § 577 a II 1 BGB damit begonnen, zwei Tatbestandsvoraussetzungen einer regionalen Differenzierung nebeneinander zu stellen, nämlich die unzureichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Preisen und den Erlass einer Verordnung der Landesregierungen. Damit könnte sich eine Interpretation legitimieren, die auch bei unzureichenden Wohnungsmarktverhältnissen mangels Verordnung keine regionale Differenzierung erlaubt und auch bei Vorliegen einer Verordnung den Richter befugt, mangels nach seiner Sicht entspannter Wohnungsmarktverhältnisse die Verordnung zu ignorieren. Damit wäre es für den Mietrichter möglich, eine Verordnung der Landesregierung in jedem Einzelfall zu ignorieren,²² sogar ohne die offensichtliche Gegenstandslosigkeit oder Funktionslosigkeit der Verordnung zu prüfen. Auch insoweit ist die Gewaltenteilung berührt.

²¹ BVerwG NJW 1980, 1970, 1972.

²² Bisher nicht behandelt wird diese Frage von Schmidt-Futterer/Blank, § 577 a Rdnr. 19 ff., aber auch nicht in der sonstigen Literatur.

V. Die Übertragung der Rechtsgrundsätze zur Anwendung der Zweckentfremdungsverordnung auf die Verordnung zu § 558 III 2 und 3 BGB

1. Die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen einer Verordnung

Die Verordnung, die die Basis einer Absenkung der Kappungsgrenze sein kann und die diese Rechtsfolge zum Teil ausdrücklich vorsieht, unterliegt ebenfalls der konkreten Normenkontrolle nach § 47 VwGO. Danach kann ein OVG oder ein VGH diese Verordnung wegen Fehlens der Voraussetzungen für nichtig erklären. Zu beachten ist allerdings die einschränkende Rechtsprechung des BVerwG, dass auch ein latenter Wohnungsmangel ausreicht, solange nicht dauerhaft erträgliche Wohnungsmarktverhältnisse bestehen.

Ferner ist zu klären, ob der über eine Mieterhöhung entscheidende Mietrichter von vornherein erklären kann, dass die Voraussetzungen für einen Erlass der Verordnung nach § 558 III BGB von Anfang an gefehlt haben und demgemäß die Verordnung keine wirksame Rechtsgrundlage für eine Absenkung der Kappungsgrenze bei der Mieterhöhung sein kann. Dies ist mangels Erhebung aussagekräftigen Datenmaterials sowohl für die Verordnungen nach § 577 a II BGB wie für die schnell erlassenen Verordnungen etwa in Berlin und Bayern nach § 558 III BGB angezweifelt worden. Dazu ist festzustellen, dass notfalls im Rechtsstreit über die Mieterhöhung noch die Voraussetzungen einer wirksamen Verordnung geklärt werden müssen²³, dass aber in jedem Fall auch der individuelle Rechtsschutz insoweit gesichert werden muss. Das folgt schon aus Art. 19 IV GG, nach dem die Rechtsweggarantie gegenüber öffentlicher Gewalt gewährleistet und notfalls der ordentliche Rechtsweg eröffnet ist. Eine gerichtliche Überprüfung der gesetzlichen Voraussetzungen einer Verordnung zu § 558 III BGB kann ohnehin, abgesehen von einem Normenkontrollverfahren, nur im Rechtsstreit über eine Mieterhöhung erfolgen.

Das hat allerdings mit der Frage des Fortbestands der Verordnung bei Veränderung der Wohnungsmarktverhältnisse nichts zu tun. Im Hinblick auf den umfassenden Rechtsschutz durch die Normenkontrolle nach § 47 VwGO und den Individualrechtsschutz in jedem Mieterhöhungsstreit nach § 558 BGB stellt sich die Umsetzungsfrage von vornherein nicht wie bei den Zweckentfremdungsverordnungen, die einer Ermächtigung zum verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Vollzug bedurft hätten.

2. Die Aufrechterhaltung der Verordnung trotz Wandels der Wohnungsmarktverhältnisse

²³ Ebenso Artz/Börstinghaus NZM 2013, 593, 601. Dort ist allerdings noch ausgeführt, dass zu ermitteln ist, ob in der betreffenden Gemeinde die ausreichende Versorgung in der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet „ist“. Dies kann sich nur darauf beziehen, ob diese Voraussetzungen bei Erlass der Verordnung vorlagen, aber nicht darauf, ob sie auch weiterbestanden haben. Die Inzidentprüfung der Wirksamkeit der Verordnung kann nicht deren richterliche Aufhebung wegen Wegfalls der gesetzlichen Voraussetzungen einschließen, wie im Folgenden noch genauer begründet wird.

Wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Verordnung vorlagen, können sie wie bei den gleichartigen Voraussetzungen eines Zweckentfremdungsverbots nach Art. 6 § 1 des MRVerbG und der regionalen Fristendifferenzierung nach § 577 a II BGB nachträglich in Wegfall geraten. Dann fragt es sich, ob entsprechend der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ein automatisches Außerkrafttreten möglich ist, sobald die Gegenstandslosigkeit und Funktionslosigkeit der Verordnung offensichtlich ist.

Dagegen spricht zunächst, dass anders als bei einem Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum in § 558 III 3 BGB die Verordnung nur für die Dauer von jeweils höchstens fünf Jahren zu bestimmen ist. Dies schließt auch eine flexible Fristbestimmung ein, so dass aufgrund des Wortes „höchstens“ die Geltungsdauer der Verordnung auch für einen kürzeren Zeitraum als fünf Jahre bestimmt werden kann.²⁴ Damit wird nur eine begrenzte fünfjährige, also zeitliche Geltung der Verordnung vorgesehen, die zudem der Verordnungsgeber nicht auszuschöpfen braucht. Berücksichtigt man die Rechtsprechung des BVerwG, dass ein Zustand unzureichender Wohnraumversorgung auch latent auftreten kann, je nach den jeweiligen örtlichen Verhältnissen, und dass damit labile Marktverhältnisse erfasst werden, die auch bei zeitweise eintretender Entspannung angenommen werden können, dann kommt es darauf an, ob ein dauerhaft erträglicher Zustand erreicht ist.²⁵ Legt man diese wegen der Vielfalt der Wohnungsmarktentwicklungen auch der Sache nach überzeugenden Kriterien der Labilität der Wohnungsmarktverhältnisse bei latentem Wohnungsmangel zugrunde, dann ergibt sich, dass die Ermächtigungsgrundlage dem Verordnungsgeber die Lösung in der Weise vorgegeben hat, dass die maßgebliche Verordnung nur durch ihre Befristung, nicht aber durch ein automatisches Außerkrafttreten im Falle der Gegenstandslosigkeit und Funktionslosigkeit ihre Geltung verlieren kann. Die Rechtsgrundsätze zum automatischen Außerkrafttreten sind damit zumindest nicht auf die Verordnungen zu § 558 III BGB übertragbar.

Zugleich würde durch das Übergewicht der richterlichen Gewalt über die zum Verordnungserlass berufene Exekutive das Gewaltenteilungsprinzip verletzt. Wie das BVerfG wiederholt ausgeführt hat, besteht der Sinn der Gewaltenteilung darin, dass die Organe der Legislative, der Exekutive und der Justiz sich gegenseitig kontrollieren und begrenzen, damit die Staatsmacht gemäßigt und die Freiheit des Einzelnen geschützt wird. Die in der Verfassung vorgenommene Verteilung der Gewichte zwischen den drei Gewalten muss aufrechterhalten bleiben; keine Gewalt darf ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über die andere Gewalt erhalten, und keine Gewalt darf der für die Erfüllung ihrer verfassungsmäßigen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden.²⁶ Könnte jeder erstinstanzliche Richter die Geltung einer Verordnung zur regionalen

²⁴ Nicht erörtert wird diese Flexibilität bei Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, § 558 Rdnr. 182 a ff.

²⁵ BVerwG NJW 1983, 2893. Wird die Leerstandsquote von 3% unterschritten, wie sie mit dem Umzugsverhalten eines entspannten Marktes verbunden ist, dann ist dies ein wesentliches Indiz für unzureichende Wohnraumversorgung in diesem Sinne.

²⁶ S. nur BVerfGE 22, 106 im Anschluss an BVerfGE 9, 268, 279 f.

Differenzierung der Kappungsgrenze autonom wegen für ihn offensichtlicher Funktionslosigkeit der Verordnung ignorieren, dann wäre eine Vorherrschaft der Justiz zulasten der Exekutive anzunehmen. Dies gilt jedenfalls bei einer Befristung der Verordnung, wie sie § 558 III 3 BGB vorgegeben hat.²⁷

Ferner wäre gleichzeitig ein Verstoß gegen das Gebot der Rechtssicherheit zu bejahen. Dazu hat das BVerfG erst vor kurzem entschieden, dass Beiträge nicht zeitlich unbegrenzt nach Erlangung des durch den Abgabenschuldner erlangten Vorteils festgesetzt werden können.²⁸ Zur Begründung hat es ausgeführt, dass das Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als der Rechtssicherheit dienendes Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit Regelungen verlangt, die sicherstellen, dass gegen einen Beitragsschuldner zeitlich nicht uferlos nach der Erlangung des mit dem Beitrag verbundenen Vorteils die Schuld festgelegt werden kann. Dem Gesetzgeber obliegt es, einen Ausgleich zu schaffen zwischen dem Interesse der Allgemeinheit an Beiträgen für solche Vorteile einerseits und dem Interesse des Beitragsschuldners andererseits, irgendwann Klarheit zu erlangen, ob und in welchem Umfang er zu einem Beitrag herangezogen werden kann. Im vorliegenden Fall einer Verordnung nach § 558 III 3 BGB kann die notwendige Rechtssicherheit nur dadurch hergestellt werden, dass der Ordnungsgeber selbst seine Verordnung aufhebt, während bei der Außerkraftsetzung wegen Funktionslosigkeit durch den Richter, der über eine Mieterhöhung zu entscheiden hat, eine drastische Rechtsunsicherheit bestehen würde. Auch der Vermieter, der eine Mieterhöhung über die abgesenkte Kappungsgrenze hinaus anstrebt, könnte über seine Belastung keine Aussage machen, die der Rechtssicherheit genügen würde. Es muss also auch aus verfassungsrechtlichen Gründen dabei bleiben, dass bei einer von vornherein befristeten Verordnung der Mietrichter nicht deren automatisches Außerkrafttreten wegen Funktionslosigkeit deklarieren kann.

3. Die daraus folgende Präzisierung der Auslegung des § 558 III 2 BGB

Daraus ergibt sich eine Konkretisierung des § 558 III 2 BGB in der Weise, dass der Mietrichter nicht einfach trotz Bestehens einer Verordnung die besondere Gefährdung einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen zu angemessenen Bedingungen verneinen kann. Dies liefe auf ein automatisches Außerkrafttreten der Verordnung hinaus, wie sie bei den unbefristeten Zweckentfremdungsverboten angenommen worden ist. Der Mietrichter müsste nicht einmal feststellen, dass die Verordnung offensichtlich gegenstandslos oder funktionslos geworden ist. Der Wortlaut der Norm legt insoweit, als zwei Voraussetzungen genannt werden, nämlich die besondere Gefährdung und den Erlass einer Verordnung, eine solche Interpretation allerdings nahe.

²⁷ Auch bei den Verordnungen nach § 577 a II 2 BGB kann der Ordnungsgeber die Frist flexibel dimensionieren, nämlich von drei bis zu zehn Jahren. Wenn diese Frist auch doppelt so lang ist wie die Frist für die Geltung einer Verordnung nach § 558 III 3 BGB und sich die Wohnungsmarktverhältnisse in dieser Zeit erheblich ändern können, erscheint es zweifelhaft, ob die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Rechtssicherheit nach dem Rechtsstaatsgrundsatz gewahrt sind.

²⁸ BVerfG NVwZ 2013, 1004.

Betrachtet man jedoch den Zweck des Gesetzes, dann scheidet eine solche dualistische Auslegung aus. Vielmehr ist eine monistische Interpretation geboten, die es verhindert, dass der Mietrichter einfach und ohne weitere Prüfung die besondere Gefährdung verneint, obwohl die Landesregierung sie bejaht hat. Die Anordnung des § 558 III 2 BGB ist also dahin zu verstehen, dass die abgesenkte Kappungsgrenze bei der besonderen Gefährdung ausreichender Mietwohnraumversorgung gilt, wenn der Ordnungsgeber deswegen seiner Verordnung erlassen hat. Nur damit kann auch der Gewaltenteilung und dem Rechtsstaats- und Rechtssicherheitsgebot Rechnung getragen werden, weil sonst jederzeit gegensätzliche Entscheidungen erstinstanzlicher Richter über Mieterhöhungen ermöglicht würden. Der Sinn der Ermächtigungsgrundlage für die Verordnung würde sonst verfehlt. Eine teleologische Auslegung muss daran anknüpfen, dass die unzureichende Versorgung zum Erlass der Verordnung geführt hat. Es ist konsequenterweise allein Sache des Ordnungsgebers, bei Wegfall der Voraussetzungen des § 558 III 2 BGB die Verordnung aufzuheben.

4. Die Differenzierung nach Teilgebieten einer Gemeinde

Ausdrücklich differenziert § 558 III 2 BGB danach, ob in einer Gemeinde oder einem Teil der Gemeinde die abgesenkte Kappungsgrenze gelten soll. Damit ist dem Ordnungsgeber prinzipiell aufgegeben, die Voraussetzungen für alle Teile einer Gemeinde, insbesondere einer großstädtischen Kommune, zu prüfen. Auch wenn man davon ausgeht, dass es nur in bestimmten Teilen eines Gemeindegebiets einen Nachfrageüberhang gibt, wird jedoch aufgrund der Kohärenz mit den anderen Gemeindegebieten, wie bereits erläutert, oft ein latenter Wohnungsmangel zugrunde gelegt werden können, so dass eine Verordnung für das gesamte Gemeindegebiet gerechtfertigt sein kann.

5. Die allgemeinen Bedenken zur Verfassungswidrigkeit einer differenzierten Kappungsgrenze

Darüber hinaus wird eine Debatte über die differenzierte Kappungsgrenze geführt, die sich unschwer in die allgemeine Diskussion über sozialstaatliche Begrenzungen der Privatautonomie als Investitionshindernisse einfügt, obwohl das Wohnen, vor allem in einer Mietwohnung heute weitgehend als Sozialgut qualifiziert wird. Es wird argumentiert²⁹, durch die abgesenkte Kappungsgrenze werde noch mehr als bisher vereitelt, dass der Abstand der Bestandsmieten in lang laufenden Mietverhältnissen zu den aktuellen Mieten aufgrund neu geschlossener Verträge geringer werde, ja darüber hinaus der Abstand vergrößert werde. Im Hinblick auf solche Mieten reiche auch die ortsübliche Vergleichsmiete nicht aus, um Investoren für den Mietwohnungsbau zu gewinnen, gerade in Ballungsgebieten mit drastischem Nachfrageüberhang. Dies ist zuletzt wegen der im Bundestagswahlkampf versprochenen Begrenzung der Wiedervermietungsmieten, also einer preisrechtlichen

²⁹ So zuletzt Schmidt-Futterer/Börstinghaus, § 558 Rdnr. 148.

Einschränkung der Privatautonomie bei Vertragsabschluss diskutiert worden³⁰, während es hier um die Kappungsgrenzen bei Mieterhöhungen in laufenden Mietverhältnissen geht.³¹ Nicht eine Mietwohnung werde durch die Einführung einer neuen Kappungsgrenze mehr gebaut.

Die Determinanten des Preisniveaus auf dem Wohnungsmarkt sind jedoch viel komplexer. Kündigungsschutz und Mietpreisbegrenzung im laufenden Vertragsverhältnis sind von den großen politischen Lagern anerkannt und auch die Kappungsgrenze hat einer verfassungsrechtlichen Prüfung standgehalten. Der gesamte Argumentationshaushalt kann an dieser Stelle nicht aufgeblättert werden. Theoretisch kann zwar jede sozialstaatliche Einschränkung der Preisautonomie ein Investitionshemmnis sein, ohne dass allerdings große internationale Investmentfonds davon abgehalten wurden, in deutsche Immobilien zu investieren. Wegen der geringen Kapitalverzinsung in Europa verlagert das anlagesuchende Kapital zunehmend seine Anlagen in den Immobiliensektor, der zu einem erheblichen Preisauftrieb geführt hat. Die Preise für Immobilien in den Ballungsgebieten stehen wegen dieser sektoralen Verlagerung nicht mehr mit den erzielbaren Mieten im Einklang. Das hat mit dem Wohnungsbau in Deutschland grundsätzlich nichts zu tun. Die Mietengerechtigkeit der Kaufpreise muss dementsprechend wiederhergestellt werden, nicht die Kalkulationsgerechtigkeit der Kaufpreise für die Mieten. Es versteht sich, dass auch der Staat durch den sozialen Wohnungsbau zu Entlastungen des Wohnungsmarkts verpflichtet ist. Aber auch die Zivilgesellschaft ist in die Pflicht zu nehmen, selbst durch Kappungsgrenzen für Mieterhöhungen auch die Vermieterfraktion. Das BVerfG hat sie als mit dem Grundgesetz vereinbar durchgewunken.³² Die fünf Prozentpunkte niedrigere Kappungsgrenze wird in Karlsruhe auch keine Ächtung erfahren. Die Differenzierung der Kappungsgrenze erweist sich somit auch für die Vermieterfraktion als verfassungsfest.

VI. Die wesentlichen Ergebnisse

1. Praktisch gleichartige Voraussetzungen wie für den Erlass einer Verordnung nach § 558 III 2 und 3 BGB haben schon das Zweckentfremdungsverbot nach Art. 6 § 1 MRVerbG und die Regelung über die Frist für Kündigungsbeschränkungen nach einer Umwandlung einer Mietwohnung in eine Eigentumswohnung nach § 577 a II BGB enthalten. Daran kann die Auslegung der neuen Ermächtigungsgrundlage anknüpfen.

2. Die Versorgung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen nach § 558 III 2 BGB ist dort besonders gefährdet, wo ein Zustand unzureichender Wohnraumversorgung der breiten Bevölkerungsschichten mindestens latent vorhanden ist

³⁰ S. die Pro- und Contra-Diskussion zwischen Börstinghaus/Kirchhoff einerseits und Derleder andererseits in ZRP 2013, 158.

³¹ Zur Kritik an der Kappungsgrenze von 20 % bereits im Gesetzgebungsverfahren s. insbesondere Börstinghaus, NZM 2000, 583; Jahn, WuM 2000, 443; Emmerich, DWW 2000, 143; a. A. Däubler-Gmelin, WuM 2000, 158; Rips, WuM 2000, 452; Zuck, NZM 2001, 354, 357.

³² BVerfG NJW 1986, 1669.

und dies mit den Umständen zusammenhängt, die in dem jeweiligen Ort den Wohnungsmarkt belasten. Die Mangelsituation kann zu labilen Marktverhältnissen führen, so dass auch bei zweitweise eintretender Entspannung jederzeit kurzfristig wieder ein spürbarer Mangel auftreten kann. Eine Verordnung nach § 558 III 3 BGB ist danach gerechtfertigt, solange nicht ein dauerhaft erträglicher Zustand erreicht ist (im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerwG zu den Zweckentfremdungsverboten, insbesondere BVerwG NJW 1983, 2893).

3. Mit der Normenkontrolle der Verordnung nach § 558 III 3 BGB kann gem. § 47 VwGO überprüft werden, ob bei Erlass der Verordnung die gesetzlichen Voraussetzungen des § 558 III 2 BGB vorlagen. Zudem kann auch der über die Mieterhöhung entscheidende Richter diese Voraussetzungen prüfen, da er eine wegen des Fehlens der gesetzlichen Voraussetzungen unwirksame Verordnung nicht zur Grundlage seiner Entscheidung machen kann.

4. Dagegen sind die Rechtsgrundsätze zum Wegfall der Voraussetzungen für die Zweckentfremdungsverordnung nach deren wirksamem Erlass nicht auf die Verordnung nach § 558 III 3 BGB zu übertragen. Im Zweckentfremdungsrecht durfte der Richter nach der Rechtsprechung des BVerwG davon ausgehen, dass eine Verordnung im Hinblick auf den Wandel der Wohnungsmarktverhältnisse bei offensichtlicher Gegenstandslosigkeit und Funktionslosigkeit automatisch außer Kraft trat. Demgegenüber ist ein automatisches Außerkrafttreten einer Verordnung nach § 558 III 3 BGB schon mit Rücksicht auf die höchstens fünfjährige Geltungsfrist, die der Ordnungsgeber auch noch flexibel verkürzen kann, ausgeschlossen. Dies folgt auch aus den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Gewaltenteilung und des Rechtsstaats- und Rechtssicherheitsprinzips, da sonst die Balance zwischen Exekutive und richterlicher Gewalt gestört wäre.

5. § 558 III 2 BGB ist somit dahin auszulegen, dass trotz des missverständlichen Wortlauts mit zwei Tatbestandsvoraussetzungen, der besonderen Gefährdung einer zureichenden Wohnungsversorgung einerseits und dem Erlass einer Verordnung nach § 558 III 3 BGB andererseits, eine monistische Auslegung zugrunde zu legen ist. Die Anordnung des § 558 III 2 BGB ist somit dahin zu verstehen, dass die abgesenkte Kappungsgrenze bei der besonderen Gefährdung ausreichender Versorgung mit Mietwohnraum gilt, wenn der Ordnungsgeber deswegen eine entsprechende Verordnung erlassen hat. Der Zweck der Verordnungsermächtigung würde verfehlt, wenn der Richter, der über die Mieterhöhung zu entscheiden hat, eine entsprechende wirksam erlassene Verordnung ignorieren könnte. Es ist deswegen allein Sache des Ordnungsgebers, bei Wegfall der Voraussetzungen des § 558 III 2 BGB die Verordnung aufzuheben.