

Wohnungswirtschaft und Mietrecht

■ Beiträge

Christoph U. Schmid:
Rechtsfolgen einer möglichen Verwerfung des Berliner Mietendeckels als grundgesetzwidrig durch das Bundesverfassungsgericht

Manfred Häpp:
Rechtliche Bestimmungen und technische Empfehlungen zur Realisierung von barrierefreiem Bauen und Wohnen
– Eine erste Orientierung für die Praxis –

■ Rechtsprechung

Vermietung nur „an Deutsche“: Entschädigungs- und Unterlassungsanspruch nach dem AGG (AG Augsburg)

Messie? Keine Kündigung wegen Zustellens der Wohnung ohne konkrete Störungen oder Gefahr (LG Münster)

Kündigungsfolgeschäden des Mieters nach Kündigung wegen Pflichtverletzung des Vermieters (BGH)

Betriebskosten: Nach Zugang einer Abrechnung geschlossener Vergleich ist wirksam (BGH)

Corona-Pandemie: Gewährung einer Räumungsfrist wegen erschwerter Suche nach Ersatzwohnraum (LG München II)

Verurteilung zur „Wiederherstellung des früheren Zustands“ nicht hinreichend bestimmt (LG Frankfurt a. M.)

12/20

73. Jahrgang
Heft 12 • Dezember 2020
S. 745–816
Erscheinungsort Berlin

Beiträge

Christoph U. Schmid:

Rechtsfolgen einer möglichen Verwerfung des Berliner Mietendeckels als grundgesetzwidrig durch das Bundesverfassungsgericht 745

Manfred Häpp:

Rechtliche Bestimmungen und technische Empfehlungen zur Realisierung von barrierefreiem Bauen und Wohnen – Eine erste Orientierung für die Praxis – 755

Aktuelles

Statistik

Bücher und Publikationen

juris PraxisReport

Dietmar Wall zu LG Hamburg, 401 HKO 56/18:

Beleageinsichtsrecht des Mieters bei einem „papierlosen Büro“ des Vermieters

Wolfgang Dötsch zu AG Hamburg-St. Georg, 980b C 19/19 WEG:

Mangel einer Jahresabrechnung bei Softwareproblem

Rechtsprechung Mietrecht

Benachteiligung nach dem AGG bei der Vergabe von Mietwohnungen; Entschädigungs- und Unterlassungsanspruch des benachteiligten Mietinteressenten; Zulässigkeit des sog. Testing-Verfahrens (AG Augsburg – 20 C 2566/19)

Anspruch des zur Gartenpflege verpflichteten Mieters auf Erlaubnis zur Errichtung einer Gartenhütte (AG Vaihingen – 1 C 315/19)

Erhaltungs- und Instandsetzungsanspruch bei Schadensereignissen infolge geänderter Umweltbedingungen (AG Mitte – 27 C 21/20)

Keine Kündigung wegen Zustellens der Wohnung ohne konkrete Gefährdung der Mietsache oder Störungen (LG Münster – 01 S 53/20)

Kündigungsfolgeschäden nach mieterseitiger Kündigung wegen Pflichtverletzung des Vermieters (BGH – VIII ZR 371/18)

Beginn der Verjährung von Miet- und Schadensersatzansprüchen bei Rückhalt mit umfassender Prüfmöglichkeit des Vermieters; konkludenter Mietaufhebungsvertrag (LG Stuttgart – 4 S 109/20)

Modernisierungsankündigung; Rechtsmissbräuchlichkeit bei weit verfrüht angekündigten Maßnahmen (LG Berlin – 67 S 108/20)

Betriebskosten; Wirksamkeit eines Vergleichs nach Zugang einer Abrechnung; Aufrechnung gegen Barkaution (BGH – VIII ZR 230/19)

Mietpreisbremse; Umfang der Inkassoerlaubnis; Aktivlegitimation; Rückzahlungsansprüche; Rechtsschutzinteresse des Mieters für Auskünfte über das Vorliegen von für den Vermieter günstigen Ausnahmetatbeständen (LG Berlin – 64 S 44/19)

Mieterhöhung; Formunwirksamkeit, wenn nicht alle angegebene Vergleichswohnungen bei Zugang des Mieterhöhungsverlangens vermietet sind (LG Berlin – 67 S 129/20)

Mieterhöhung; Berliner Mietspiegel 2017; Bestimmung der Baualtersklasse bei Umwandlung von Gewerbe- in Wohnraum (LG Berlin – 65 S 149/19)

Eigenbedarfskündigung; Vollbeweis des Eigenbedarfs und Beweiswürdigung durch das Gericht (LG Berlin – 63 S 192/19)

Rechtsprechung Stromgrundversorgung

Kein Einwendungsausschluss gem. § 17 Abs. 1 Satz 1 StromGVV bei unplausibler Verbrauchsmenge (OLG Brandenburg – 6 U 151/18)

Rechtsprechung Prozessrecht

Rechtsmittelbeschwer bei Verurteilung zur Zutrittsgewährung und zur Duldung der Anbringung von Rauchwarnmeldern (BGH – VIII ZA 6/20)

Rechtsprechung Kosten- und Gebührenrecht

Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit im Rechtsbeschwerdeverfahren im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens (BGH – I ZB 61/19)

Gegenstandswert der anwaltlichen Tätigkeit im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren bei Verurteilung zur Mängelbeseitigung (BGH – VIII ZR 383/18)

Rechtsprechung Zwangsvollstreckung

Zwangsversteigerung; einstweilige Einstellung bei konkreter Suizidgefahr, auch wenn der Schuldner nicht an der Behandlung mitwirkt (BGH – V ZB 90/17)

Corona-Pandemie; Gewährung einer Räumungsfrist nach Eigenbedarfskündigung (LG München II – 12 T 3267/20)

Einstellung der Räumungsvollstreckung schon während des Bewilligungsverfahrens für Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Einlegung eines Rechtsmittels (LG Berlin – 67 S 314/20)

Rechtsprechung Wohnungseigentum

Wirksame Verwalterbestellung bei versehentlich unterbliebener Aufnahme in die Tagesordnung und Abwesenheit eines stimmberechtigten Wohnungseigentümers (OLG Düsseldorf – I-3 Wx 182/20)

Abgrenzung Maßnahmen der modernisierenden Instandsetzung und Modernisierung (LG Frankfurt a. M. – 2-13 S 78/19)

Jederzeitige Amtsniederlegung durch den Verwalter; keine Erklärung gegenüber der Eigentümerversammlung erforderlich (LG Frankfurt a. M. – 2-13 S 87/19)

Keine Nichtigkeit des rückwirkend beschlossenen Wirtschaftsplans (LG Frankfurt a. M. – 2-13 S 137/19)

Rechtsmittelbeschwer bei Anfechtung des Wirtschaftsplans oder der Jahresabrechnung und bei Streit über Markierung / Zuordnung von Stellplätzen (BGH – V ZR 45/20)

Bestimmtheit des Urteilstenors bei Verurteilung zur „Wiederherstellung des früheren Zustands“ (LG Frankfurt a. M. – 2-13 T 73/20)

Anrufung des unzuständigen Berufungsgerichts infolge unrichtiger Rechtsmittelbelehrung; keine Wahrung der Berufungsfrist oder Verweisung entsprechend § 281 ZPO (BGH – V ZB 45/20)

Impressum

Wohnungswirtschaft und Mietrecht

Prof. Dr. Christoph U. Schmid, Ph.D., ZERP, Bremen

Rechtsfolgen einer möglichen Verwerfung des Berliner Mietendeckels als grundgesetzwidrig durch das Bundesverfassungsgericht

- I. *Hintergrund und Fragestellung*
- II. *Entscheidungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts: Nichtig- bzw. Unvereinbarkeitserklärung*
- III. *Mietrechtliche Konsequenzen der verfassungsgerichtlichen Entscheidung*
 1. *Welche Mierte gilt?*
 2. *Mieterhöhungen*
 - a) *Mieterhöhungsverlangen vor dem Stichtag des BerlMietenWoG*
 - b) *Mieterhöhungsverlangen nach dem Stichtag*
 - aa) *Nichtigerklärung des Mietendeckels*
 - bb) *Unanwendbarerklärung des Mietendeckels*
 3. *Schattenmieten*
 - a) *Schattenmieten in Neuverträgen*
 - b) *„Schattenmieterhöhungen“ in Bestandsverträgen*
- IV. *Zusammenfassung*

I. Hintergrund und Fragestellung

Hintergrund des Berliner Gesetzes zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen (MietenWoG) von 2020¹ sind der rasant ansteigende Mietpreis und die Verknappung bezahlbaren Wohnraums in den letzten Jahren, die zu Verdrängungsprozessen und sozialen Verwerfungen in der Stadtgesellschaft geführt haben. Um diesen Entwicklungen zu begegnen, hat der Berliner Senat am 26. 11. 2019 einen Entwurf für ein Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin beschlossen, der im Dezember im Berliner Abgeordnetenhaus diskutiert wurde.² Am 22. 1. 2020 beschloss der Ausschuss für Stadtentwicklung und Wohnen einen Änderungsentwurf,³ der am 11. 2. 2020 unverändert als Gesetz verabschiedet wurde, das am 23. 2. 2020 in Kraft getreten ist. Im April ergingen schließlich Ausführungsvorschriften.⁴

Inhaltlich enthält das Gesetz eine öffentlich-rechtliche Mietpreisregulierung, bei der drei Regelungsmechanismen zu unterscheiden sind: An erster Stelle steht der für fünf Jahre geltende *Mietenstopp* nach § 3 (Referenzmiete ist die am 18. 6. 2019 geltende Mierte), wobei ab 2022 eine Anpassung von 1,3% pro Jahr möglich ist. Dieser Stopp gilt für Bestandsmietverhältnisse sowie nach § 4 für Wiedervermietungen, sofern die Mietobergrenze des §§ 6 und 7 nicht erreicht wird. Zweiter Mechanismus ist die in § 4 verfügte Festlegung neuer Mietverhältnisse auf die besagte *Mietobergrenze*. Für diese wurden die Mieten des Berliner Mietenspiegels 2013 mit der Reallohnentwicklung bis 2019 fortgeschrieben. Die Mietobergrenze ist lageunabhängig ausgestaltet – gebäude- und ausstattungsbezogene Zuschläge

- 1 Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln), GVBl. Berlin, 76. Jg., Nr. 6 v. 22.2.2020, 49. – Nicht näher gekennzeichnete Vorschriften sind solche des MietenWoG Bln. – Der einführende Abschnitt beruht teils auf meinem Beitrag in der JZ 2020, Heft 19. Für kritische Rückmeldungen danke ich Steffen Sebastian, Ulf Börstinghaus, Peter Weber, Max Putzer, Florian Rödl, Lorenz Kähler und Kilian Wegner.
- 2 Beschluss des Senats v. 26.11.2019 über den Entwurf für ein Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung in Berlin; der Entwurf ist abrufbar unter: <https://www.stadtentwicklung.berlin.de/wohnen/wohnraum/mietendeckel/download/Gesetzentwurf-Neuregelung-Mietenbegrenzung-MietenWoGBln.pdf>.
- 3 Änderungsantrag der Fraktion der SPD, der Fraktion Die Linke und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zur Vorlage über Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung – Drucksache 18/2347, abrufbar unter: <https://www.parlament-berlin.de/ad0s/18/StadtWohn/vorgang/sw18-0244-v-AA-SPD-LINKE-GRÜNE.pdf>.
- 4 AV-MietenWoG Bln, Abl. Berlin, 70. Jg., Nr. 17 v. 17.4.2020, 2216 ff.

sind aber vorgesehen. Dritter Mechanismus ist nach § 5 die *Herabsetzung von Bestandsmieten*, wenn diese um mehr als 20% über der zulässigen Mietobergrenze liegen. Hier werden anders als in den übrigen Regelungen des Gesetzes Zu- und Abschläge für die Lage der Wohnung berücksichtigt. Dieser Mechanismus greift erst seit dem 23. 11. 2020.

Die erste große Hürde für den Mietendeckel stellt die Frage der Gesetzgebungskompetenz des Landes dar. Mit dieser haben sich mehrere ausführliche Rechtsgutachten, wissenschaftliche Untersuchungen und zuletzt auch Gerichtsentscheidungen mit unterschiedlichen Ergebnissen befasst.⁵ Allerdings lässt sich die Frage rechtsdogmatisch kaum sicher beantworten, da sich beide Positionen gut begründen lassen. Abzuwarten bleibt deswegen die Entscheidung des mit der Sache bereits befassten Bundesverfassungsgerichts. So haben Bundestagsabgeordnete von CDU/CSU und FDP beim Bundesverfassungsgericht eine Normenkontrollklage eingereicht. Auch hat die 67. Zivilkammer des LG Berlin,⁶ die das Gesetz für verfassungswidrig hält, es dem Verfassungsgericht zur konkreten Normenkontrolle vorgelegt. Dieses hat sich jedoch in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren noch nicht klar positioniert,⁷ die Frage der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes müsste danach bislang als „offen“ gelten. Immerhin hat das Verfassungsgericht in seinem Beschluss vom März ein überwiegendes öffentliches Interesse für einen einstweiligen bußgeldbewehrten Vollzug des Gesetzes festgestellt. Ebenso hat es im Oktober 2020 wiederum im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die Aussetzung des Mietenabsenkungsmechanismus nach § 5 Abs. 1 und 2 des Gesetzes, der erst ab November 2020 anlieft, abgelehnt. Beide Beschlüsse könnten dafür sprechen, dass das Gericht das Gesetz für grundsätzlich verfassungskonform ansieht.⁸

Nach meiner Überzeugung könnten sich rechtspolitisch-legitimatorische Argumente dafür als entscheidend erweisen: Das Land hat nach der Föderalismusreform die Letztverantwortung für das Wohnungswesen, zu dem plausibel auch das öffentliche Mietpreisrecht zu rechnen ist. Der Landesgesetzgeber darf diese Verantwortung auch mit weitem Ermessensspielraum wahrnehmen, gerade wenn einheitliches Bundesrecht der Situation im Land nicht gerecht wird – wobei ihm im Rahmen seines Gestaltungsspielraums auch ein „Irrtumsprivileg“ für Lösungen, die sich später als suboptimal erweisen könnten, zukommt. Das Land ist auch nicht durch die Vorschriften des BGB zur Miethöhe, denen der Mietendeckel vorgehen soll, gesperrt. Obwohl öffentliches und privates Recht sich der gleichen Stellschraube „Mietpreis“ bedienen, ist der gerechte Interessenausgleich zwischen Parteien im Privatrecht etwas fundamental anderes als die an kollektiven Zielen ausgerichtete Wohnungsmarktregulierung. Wenn man die Kontroverse weiterdenkt und kaum widerlegbar unterstellt, dass der Bund nach der Föderalismusreform (bei der er die Kompetenz für den Bereich Wohnungswesen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG a.F., an die Länder abgegeben hat) mit seinen Kompetenzen nicht zum Erlass von öffentlich-rechtlichem Mietpreisrecht befugt ist und die Länder dafür durch die Regelungen des BGB gesperrt wären, folgte daraus ein absurde Situation: Niemand dürfte in Deutschland mehr solche Regelungen erlassen – obwohl es sich um übliche Regelungen handelt, die in der deutschen Geschichte öfters mit akzeptablen Ergebnissen praktiziert wurden⁹ und obwohl sie in mehreren Nachbarländern auch heute ähnlich gelten. Das würde dem deutschen Föderalismus kein gutes Zeugnis ausstellen. Deswegen er-

scheint es m. E. als eher unwahrscheinlich, dass das Bundesverfassungsgericht dem Landesgesetzgeber diese Kompetenz nicht zugesteht.

Die zweite große und vieldiskutierte Hürde liegt in der Vereinbarkeit des Mietendeckels mit den Grundrechten. Natürlich liegt in der Regelung ein massiver Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Vermieters, dessen Verhältnismäßigkeit auch angesichts der disparaten ökonomischen Effekte des Deckels nicht sicher ist. Aber vielleicht nimmt sich das Gericht zurück und beurteilt den Versuch, Wohnraum als existentielles Sozialgut vorübergehend von einem durch große Knappheit und hohe Nachfrage in attraktiven Ballungsräumen entfesselten Markt abzuschirmen, als noch legitim. In diese Richtung weist auch ein anderes Argument: Wenn man entsprechend der geschilderten deutschen Tradition öffentlich-rechtliche Mietpreisbindungen für grundsätzlich zulässig ansieht, dann müssen im Sinne einer Im-

5 Batts, Verfassungsrechtliche Prüfung des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung in Berlin im Auftrag der Senatskanzlei des Landes Berlin (unveröff.); Mayer/Artz, Öffentlich-rechtliche u. privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin (unter spdfraktion-berlin.de abrufbar); Fischer-Lescano/Gutmann/Schmid, Gutachten für die Rosa-Luxemburg-Stiftung, veröffentlicht in STUDIEN 8/2019, 15; Papier, Landeskompetenz zur Einführung eines sog. Mietendeckels? – Rechtsgutachterliche Stellungnahme im Auftrag des GdW, September 2019; ders., Materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung – Rechtsgutachterliche Stellungnahme im Auftrag des GdW, Dezember 2019 („Papier II“); zuletzt Kingreen, Zur Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Öffentliche Mietpreisrecht bei Wohnraum, verfügbar unter https://www.linksfraktion.de/fileadmin/user_upload/PDF_Dokumente/2020/200218_Kingreen_Mietendeckel_Kompetenz.pdf.

6 LG Berlin, Vorlagebeschl. an das Bundesverfassungsgericht v. 12.3.2020, 67 S 274/19, WuM 2020, 204.

7 BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 10.3.2020 – 1 BvQ 15/20, WuM 2020, 200. Darin wurde eine einstweilige Anordnung gegen die Ordnungswidrigkeitstatbestände des Gesetzes abgelehnt. Leitsätze: (2) Die für eine Außervollzugssetzung eines Gesetzes sprechenden Gründe müssen besonders schwer wiegen und in irreversiblen oder nur schwer reversiblen Nachteilen bestehen. (3) Die sich aus der Bußgeldbewehrung der Verpflichtungen des Berliner Mietenbegrenzungsgesetzes für Vermieter ergebenden Nachteile sind zwar von besonderem Gewicht, rechtfertigen dessen Außervollzugssetzung aber nicht.

8 BVerfG, Beschl. v. 28.10.2020 – 1 BvR 972/20, WuM 2020, 720. Auch dieses Verfahren hielt sich natürlich an die Grenzen des einstweiligen Rechtsschutzes. Ein eigener schwerer Nachteil der Antragstellerin durch die Pflicht zur Mietenabsenkung sei nicht hinreichend dargelegt. Obwohl damit das Hauptsacheverfahren weiterhin offenbleibt, wäre es für die Legitimität des Rechts und das Ansehen des Verfassungsgerichts misslich, wenn es im November eine aufwändige Mietenabsenkung zuliebe und im Mai darauf wieder die rückwirkende Nachzahlung der abgesenkten Miete verfügte. Auf Bürger, die die Feinheiten des Prozessrechts nicht kennen, dürfte dies willkürlich wirken. Jedenfalls eine rückwirkende Nichtigerklärung des Gesetzes erscheint deswegen kaum zu erwarten. Im Kontrast dazu steht es freilich, wenn das Gericht in Rz. 19 des Beschlusses ausführt, dass die Beschwerdeführerin im Fall der verfassungsgerichtlichen Verwerfung des Gesetzes im Hauptsacheverfahren die mit ihren Mietern vereinbarten Beträge (also sog. Schattenmieten) rückwirkend verlangen könnte – eine Auffassung, die auch die zivilrechtlichen Hindernisse für solche Schattenmietvereinbarungen ausblendet (vgl. unten III.).

9 Zuletzt eindringlich Kingreen, Gutachten (Fn. 5).

manenztheorie auch die mit diesen unvermeidbar verbundenen Einschränkungen der Grundrechte des Vermieters (namentlich aus Art. 12, 14 und 2 GG) von den Schranken letzterer abgedeckt sein.

Zweifel ergeben sich dabei freilich zum Gleichheitssatz, da nach dem Konzept des Mietendeckels auch niedrige Bestandsmieten unterhalb der gesetzlichen Mietobergrenze für fünf Jahre eingefroren werden, während für Neuvermietungen die (u. U. erheblich höhere) Obergrenze gilt und hohe Bestandsmieten sogar nur auf die Obergrenze mit einem Zuschlag von 20% abgesenkt werden können. Stark divergierende Mieten sind also die Folge. Zwar sind „gemäßigte“ Vermieter, die Mieten unter der gesetzlichen Obergrenze verlangen, dafür auch selbst verantwortlich, weil sie ja vor Inkrafttreten des Deckels die Miete im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen hätten anheben können; andererseits durften sie vorher auch darauf vertrauen, das im Interesse ihrer Mieter nicht sofort tun zu müssen, sondern es bei Bedarf jederzeit noch tun zu können. Ob weiterhin das Prinzip des Bestandsschutzes bestehender Verträge die erhebliche Besserstellung hoher Bestandsmieten im Vergleich zu eingefrorenen niedrigen Bestandsmieten rechtfertigt, ist ebenfalls nicht klar. Schließlich ist die Regelung auch rechtspolitisch fragwürdig, da „gemäßigte“ Vermieter nun einen starken Anreiz haben werden, an Selbstnutzer oder finanzkräftige Investoren zu verkaufen. Deswegen gefährdet sie den Zweck des Gesetzes, bezahlbaren Wohnraum für Mieterinnen und Mieter im ausreichenden Maße langfristig zu sichern. Ein großer Vorteil des deutschen Systems, die große Zahl privater Kleinvermieter, die die Mieten nicht maximal ausreizen, wird so aufs Spiel gesetzt.

Gleichwohl dürften diese Bedenken den Mietendeckel nicht grundsätzlich in Frage stellen, denn er könnte auch ohne Mietenstopp mit einer Anhebungsmöglichkeit bis zur gesetzlichen Obergrenze für alle Mietverhältnisse sinnvoll weiterexistieren („atmender Deckel“). Im Ergebnis wäre deswegen denkbar, dass das Verfassungsgericht landesrechtliche Mietbindungen als grundsätzlich zulässig qualifiziert, der Berliner Deckel jedoch nachzubessern ist. Insgesamt kommt jedenfalls ein großes Spektrum von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Frage.

Vor diesem komplexen rechtlichen Hintergrund erscheint es bedeutsam, die Konsequenzen einer möglichen Unvereinbarkeit des Mietendeckels mit dem Grundgesetz zu untersuchen, damit Mieter und Vermieter für den Fall einer entsprechenden Entscheidung des Verfassungsgerichts nicht unvorbereitet sind. Die vorrangige Problematik der Nichtig- oder Unvereinbarerklärung wird dabei zuerst behandelt (II). Die Untersuchung der zivilrechtlichen Konsequenzen zum geltenden Mietpreis, zur Mieterhöhung und zur Vereinbarung einer Schattenmiete erfolgt im Anschluss (III).

II. Entscheidungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts: Nichtig- bzw. Unvereinbarerklärung

Geht man von der Unvereinbarkeit des Mietendeckels mit dem Grundgesetz aus, gibt es für das Verfassungsgericht mehrere Entscheidungsmöglichkeiten. Klassische Rechtsfolge, wie sie im Bundesverfassungsgerichtsgesetz vorgesehen ist, ist die (volumfängliche oder teilweise) Nichtigkeit des Gesetzes nach § 78 BVerfGG, die ex tunc – also rückwirkend vom Erlasszeitpunkt an – greift. Daneben hat das Verfassungsgericht richterrechtlich als weitere Tenorierungsvariante einer Normverwerfung unter Berufung auf § 35 BVerfGG¹⁰ die bloße Unvereinbarerklärung der verfassungswidrigen Norm, verbunden mit der regelmäßigen Anordnung deren befristeter Weitergeltung, entwickelt.¹¹ Letztere Lösung ist in der verfassungsgerichtlichen Praxis entgegen dem in § 78 Satz 1 BVerfGG angeordneten Grundsatz der Regelfall.¹² Im Rahmen von Weitergeltungsanordnungen hat das Verfassungsgericht öfter auch besondere Maßgaben vorgegeben, die der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Materie zu beachten hat. Die Literatur hat versucht, die verfassungsgerichtliche Rechtsprechungspraxis der vergangenen Jahrzehnte in Fallgruppen zu systematisieren, bei denen jedoch auch Überschneidungen vorkommen.¹³

1. In einer ersten Gruppe von Entscheidungen erfolgte eine Unvereinbarerklärung zum Schutz der *gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit*. So gibt es für den Gesetzgeber namentlich bei der Verletzung von zentralen Grundrechten wie dem *Gleichheitssatz* fast immer mehrere Abhilfemöglichkeiten. Die ihm danach im Rahmen seiner Zuständigkeit zukommende *Gestaltungs- und Entscheidungsfreiheit* respektiert das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf das Demokratieprinzip und den Grundsatz der Gewaltenteilung regelmäßig soweit als möglich. Auch bei der *Verletzung anderer Grundrechte oder grundrechtsgleicher Rechte*, also auch bei der ungerechtfertigten Beeinträchtigung von *Freiheitsrechten*, können dem Gesetzgeber je nach Fallgestaltung und Regelungszusammenhang mehrere Möglichkeiten offenstehen, dem festgestellten Verfassungsverstoß Rechnung zu tragen und eine verfassungsgemäße Rechtslage herbeizuführen. Weiterhin hat das Gericht eine Unvereinbarerklärung auch dann vorgenommen, wenn ein Gesetz zwar eine im Grunde passable Rechtsgrundlage abzugeben geeignet ist, aber Defizite auszuräumen bzw. Fehler zu beheben sind. Diese Art der Unvereinbarerklärung fordert und fördert den *nachbessernden Gesetzgeber*. Ihm wird somit eine „korrigierende Neugestaltung der Materie“ ermöglicht,

Jahres-Einbanddecken

Einzelbestellungen Einbanddecken
1988–2019 sind noch möglich
(je 10,50 € zzgl. Versand).

10 § 35 BVerfGG [Regelung der Vollstreckung] Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln.

11 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2020, § 31 Rn. 106; Walter/Grünewald, in: BeckOK BVerfGG, § 31 Rn. 32.

12 Hömig, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2020, § 95 Rn. 44.

13 Hömig, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2020, § 95 Rn. 44 ff.

die letztlich wiederum der Wahrung seines Gestaltungsspielraums dient.¹⁴

Die zweite große Fallgruppe für eine Unvereinbarerklärung stellt die *Vermeidung eines noch verfassungsferneren Zustands* dar. Deren Voraussetzungen hat das Verfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 20. 12. 2007¹⁵ wie folgt zusammengefasst:

„Die bloße Unvereinbarerklärung, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung, kommt statt der gesetzlich vorgesehenen Nichtigkeit als Rechtsfolge dann in Betracht, wenn es aus verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbar ist, eine verfassungswidrige Vorschrift für eine Übergangszeit fortbestehen zu lassen, damit in dieser Zeit nicht ein Zustand besteht, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige (vgl. BVerfGE 33, 303 [347]; 61, 319 [356]; 92, 53 [73]; 111, 191 [224]). Neben den Grundrechten (vgl. BVerfGE 83, 130 [154]; 92, 158 [186] wird vor allem das Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 37, 217 [261]; 73, 40 [101 f.]) als ein Rechtsgut anerkannt, zu dessen Schutz die befristete Weitergeltung einer nicht verfassungskonformen Regelung gerechtfertigt und geboten sein kann. Dieses ist dann betroffen, wenn mit der Nichtigerklärung der angegriffenen Regelung ein rechtliches Vakuum aufträte und sowohl bei den Behörden als auch bei den Rechtsunterworfenen Unsicherheit über die Rechtslage entstünde (vgl. BVerfGE 37, 217 [261]; 73, 40 [102]; 92, 53 [74]). Die Feststellung der Unvereinbarkeit einer Rechtslage mit dem Grundgesetz darf auch nicht dazu führen, dass der Verwaltung zeitweilig die Erfüllung verfassungsrechtlicher Pflichtaufgaben mangels hinreichender gesetzlicher Grundlage unmöglich gemacht wird (vgl. BVerfGE 83, 130 [152 ff.]; auch 51, 268 [290 f.]); dies gilt auch für die tatsächliche Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben.“

Anfänglich vor allem im Bereich des Beamten-, Richter- und Abgeordnetenrechts verwendet, findet diese Fallgruppe inzwischen praktisch in der gesamten Rechtsordnung Anwendung. Beispiele liefern das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften,¹⁶ das Hochschulrecht (Weiterbeschäftigung von Hochschullehrern der ehemaligen DDR),¹⁷ gesetzliche Regelungen zur Bildung von Arbeitsgemeinschaften kommunaler Träger mit den Arbeitsagenturen für Leistungen an Arbeitslose¹⁸ sowie die Neuregelung des strafrechtlichen Instituts der Sicherungsverwahrung.¹⁹ In all diesen Fällen sind allgemein Art und Intensität der Belastungen der Normadressaten bei Fortgeltung der Regelung, die Schwere des Verstoßes und die mögliche Entbehrlichkeit der Vorschrift während einer Übergangszeit zu prüfen.²⁰

Verwandt mit dieser Fallgruppe sind Konstellationen, in denen eine Unvereinbarerklärung auf den *Schutz überragender Gemeinwohlinteressen* gestützt wurde. Dazu erging im strafrechtlichen Zusammenhang eine vorliegend besonders bedeutsame Entscheidung, in der ein Ländergesetz zur Regelung der Straftäterunterbringung wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz als verfassungswidrig befunden wurde.²¹ Im Fall der Kompetenzwidrigkeit ist das wichtige Argument des Schutzes des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums nicht einschlägig, denn der Landesgesetzgeber darf ja überhaupt nicht tätig werden. Das Bundesverfassungsgericht führte gleichwohl aus:

„Die bloße Unvereinbarerklärung, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen

Regelung, kommt in Betracht, wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist.“

Jedoch findet sich zu dieser Entscheidung ein beachtliches Minderheitsvotum, wonach sich das Gericht mit der Unvereinbarerklärung und Weitergeltungsanordnung Kompetenzen angemaßt habe, die ihm nach den Prinzipien der Gewaltenteilung und Demokratie nicht zustünden.

2. Für den Fall des BerlMietenWoG lässt sich aus dieser Rechtsprechung eine Fülle von Folgerungen ziehen. Geboten erscheint zunächst eine Fallunterscheidung nach dem für einschlägig befundenen Nichtigkeitsgrund.

Sollte das Gesetz zwar als kompetenzgemäß, aber als ganz oder teilweise materiell-rechtlich verfassungs-, insbesondere grundrechtswidrig gewertet werden (z. B. ist wie dargelegt ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz durch das Einfrieren auch niedriger Bestandsmieten denkbar), ergeben sich aus den beschriebenen Grundsätzen viele Argumente für den Vorrang einer Unvereinbarerklärung gegenüber einer Nichtigerklärung. Namentlich wäre dann der *Gestaltungsspielraum des Landesgesetzgebers* für die ihm dann sicher unterstehende Materie des öffentlichen Mietpreisrechts zentral tangiert und vom Verfassungsgericht in vollem Umfang zu wahren. Für eine Neuregelung gäbe es je nach als verletzt gewerteten Grundrechten viele Möglichkeiten, unter denen allein der zuständige „nachbessernde Gesetzgeber“ eine Auswahl treffen darf. Demgegenüber wäre die Einschränkung des Eigentumsgrundrechts der Vermieter, die sich übergangsweise weiter an den Deckel halten müssten, hinnehmbar. Denn selbst dauerhafte verfassungsmäßige Mietpreisbindungen hat es in der deutschen Geschichte schon früher gegeben. Das immer im sozialen Kontext zu betrachtende Eigentumsgrundrecht vermittelt überdies kein Recht auf Maximierung von Mieterträgen. Mit Blick auf das zentrale Argument des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums käme es auf die weiter tangierten Gesichtspunkte eines noch verfassungsferneren Zustands und des Schutzes überragender Güter des Gemeinwohls weniger an.

Weniger eindeutig erscheint der Fall, dass das Berliner Gesetz als kompetenzwidrig qualifiziert wird. Denn dann scheidet – wie geschildert – das zentrale Argument des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums aus, so dass es entscheidend auf die anderen Fallgruppen ankommt. Gleichwohl käme hier dem Gesichtspunkt der *Vermeidung eines noch verfassungsferneren Zustands* großes Gewicht zu. Denn für

14 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2020, § 31 Rn. 211.

15 2 BvR 2434/04.

16 BVerfGE 83, 130 (130, 154).

17 BVerfGE 95, 193 (193, 219).

18 BVerfGE 119, 331 (331, 382 f.).

19 BVerfGE, 128, 326 (329 ff., 404 f.).

20 BDS BVerfGG/Graßhof, § 35 Rn. 46.

21 BVerfG, NJW 2004, 750.

den Fall der Annahme der Nichtigkeit bestünde eine große Rechtsunsicherheit zulasten der Mieter, deren Rechtsstellung nach einem Beschluss des Verfassungsgerichts von 1993 auch nach Art. 14 GG geschützt ist²² (vgl. eingehend Abschnitt III. unten). Insbesondere wäre für Mieter schwer vorhersehbar, ob zwischenzeitliche Mieterhöhungen oder die Vereinbarung höherer Anfangsmieten bei neuen Verträgen zulässig sind. Dazu hat sich bereits jetzt die Praxis herausgebildet, dass Vermieter in Verträgen zwei unterschiedliche Mieten ausweisen – neben der nach BerlMietenWoG geschuldeten Miete auch eine regelmäßig beträchtlich höhere Miete für den Fall des Außerkrafttretens des Gesetzes (sog. Schattenmieten).²³ Vermieterverbände raten deswegen dazu, dass sich Mieter die höhere Miete schon mal zurücklegen sollten. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Praxis durch ein *obiter dictum* im genannten Beschluss²⁴ leider selbst befördert:

„Entgegen dem Vorbringen der Antragstellenden ist auch nicht erkennbar, dass Vermieterinnen und Vermieter jenseits des durch § 11 Abs. 1 Nr. 4 MietenWoG Bln sanktionierten Forderns und Entgegennehmens einer unzulässigen Miete daran gehindert wären, sich für den Fall der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes oder Teilen desselben bei Neuvermietungen eine höhere Miete versprechen zu lassen, und ihnen deshalb ein insoweit irreversibler Schaden entstehen könnte.“

Dieses Judikat kann sinnvoll nur dahin ausgelegt werden, dass vor der verfassungsgerichtlichen Prüfung des Gesetzes für den Fall der Nichtigkeitsklärung vereinbarte Schattenmieten bei Neuvermietungen zulässig sein sollen (vgl. unten III. 3). Möglicherweise hat das Verfassungsgericht die Geister, die es mit dieser Formulierung gerufen hat, nicht bedacht; jedenfalls dürfte es sie jetzt, um im Bild zu bleiben, nur schwer wieder loswerden. Gerade in der keineswegs beendeten Corona-Krise, in der sich viele Mieter in existentiellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinden, wird es vielen nicht möglich sein, Geld zurückzulegen, um ggf. fällige höhere Schattenmieten zu bezahlen. Mieter, die das nicht können, werden so unter psychischen Druck gesetzt. Es droht im Fall der Nichtigkeitsklärung des Gesetzes somit eine massive Kündigungswelle wegen Zahlungsverzugs vieler Mieter. Diese könnte zu Folgeproblemen wie einem Anstieg der Obdachlosigkeit in Berlin führen, die gerade in Zeiten von Corona dem Gemeinwohl besonders schweren Schaden zufügen würde.

Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ist weiter auch relevant, dass der Landesgesetzgeber bei Annahme der Kompetenzwidrigkeit des BerlMietenWoG gerade daran gehindert wäre, Übergangsbestimmungen zur Füllung des entstehenden rechtlichen Vakuums zu erlassen; ob dann der für die Mietpreisregulierung allein zuständige Bundesgesetzgeber Übergangsregelungen gesondert für Berlin erlassen würde, ist völlig unsicher. Auch deswegen dürfte es sich für das Verfassungsgericht empfehlen, keine Nichtigkeit auszusprechen, sondern eine Unvereinbarerklärung mit Maßgaben für einen schonenden Übergang vom alten verfassungswidrigen Mietpreisregime zur Wiedergeltung des BGB zu verbinden.

In der Summe sprechen alle diese Gesichtspunkte dafür, dass das Verfassungsgericht auch im Fall einer Kompetenzwidrigkeit des BerlMietenWoG eine Unvereinbarerklärung verbunden mit einer Weitergeltungsanordnung vornehmen

würde. Letztere müsste für einen Zeitraum von mindestens zwei Jahren gelten, so dass es sowohl dem – dann allein zuständigen – Bundesgesetzgeber als auch Mietern möglich würde, sich auf die neue Lage entsprechend vorzubereiten.

III. Mietrechtliche Konsequenzen der verfassungsgerichtlichen Entscheidung

Im Hinblick auf die mietrechtlichen Konsequenzen ist wie bereits geschildert zu unterscheiden, ob das Verfassungsgericht die Nichtigkeit oder lediglich – wie hier als wahrscheinlich angenommen – die Unanwendbarkeit des Deckels erklärt.

1. Welche Miete gilt?

Im unwahrscheinlichen Fall der ex tunc wirkenden *Nichtigkeitsklärung* des BerlMietenWoG wäre dieses gewissermaßen als von Anfang an nicht existent zu werten, so dass einfach die für den jeweiligen Vertrag nach den Vorschriften des BGB vorher maßgebliche Miete weiter geschuldet wäre. Für den Fall der Nichtigkeit des Deckels vereinbarte Schattenmieten für Neuvermietungen könnten dann prinzipiell gültig sein (vgl. sogleich unten 3).

Ein Sonderproblem ergibt sich, wenn die Parteien die Miete in einem laufenden Mietverhältnis vor Nichtigkeitsklärung des Deckels *einvernehmlich reduziert* haben (zur einer grundsätzlich unzulässigen Erhöhung vgl. unten 2), insbesondere um einer behördlichen Absenkung nach § 5 BerlMietenWoG zuvorzukommen. Grundsätzlich ist der Vermieter dann an diese privatrechtlich unproblematisch gültige Vertragsänderung auch nach Außerkrafttreten des Mietendeckels gebunden. Allerdings wäre ein gemeinschaftlicher Irrtum über die Geltung öffentlich-rechtlicher Preisvorgaben gegeben, der zur Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (sog. „subjektive Geschäftsgrundlage“) berechtigen könnte, wonach der Vertrag ggf. auch rückwirkend anzupassen wäre (§ 313 BGB). Die Anwendung dieser Grundsätze hat die Rechtsprechung vielfach auch bei von den Parteien nicht vorhergesehenen Rechtsänderungen, insbesondere auch hinsichtlich des öffentlich-rechtlichen Rahmens privater Rechtsgeschäfte, bejaht.²⁵ Jedoch dürfte vorliegend eine schwerwiegende Änderung der Vertragsgrundlage, die ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar macht, in der Regel nicht zu bejahen sein. Eine Ausnahme wäre allenfalls vorstellbar, wenn im Einzelfall die gedeckelte Miete (plus der 20%-Marge des § 5 BerlMietenWoG) in sehr attraktiven Lagen trotz evtl. Lagezuschläge mehr als 50% unter der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt.

22 BVerfGE 89, 1, 5 ff. = WuM 1993, 377.

23 Vgl. etwa Süddeutsche Zeitung v. 14.8.2020, „Sollte Mietendeckel kippen, drohen hohe Nachforderungen“, verfügbar auf: www.sz.de/1.4994777.

24 BVerfG, Beschl. der 3. Kammer des Ersten Senats v. 10.3.2020 – 1 BvQ 15/20, Rn. 27, WuM 2020, 200.

25 Vgl. etwa Palandt-Grüneberg, 20. Aufl. 2020, § 313 Rz. 34.

Ebenso verhält es sich, wenn bei einer Neuvermietung die Obergrenze des § 4 BerlMietenWoG beachtet wird. Auch dann ist der entsprechende Mietvertrag im Fall des Außerkrafttretens des Deckels grundsätzlich weiterhin gültig, und die Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage dürfte regelmäßig nicht in Frage kommen. Natürlich wären in allen Fällen nach Außerkrafttreten des Deckels Mieterhöhungen nach dem BGB, insbesondere nach § 558 BGB, mit Wirkung für die Zukunft möglich.

Im Fall einer *Unvereinbarkeitsklärung* würden innerhalb des vom Verfassungsgericht bestimmten Weitergeltungszeitraums die Vorschriften des BerlMietenWoG weiter volle Wirkung entfalten. Insbesondere könnten dann während dieser Zeit keine Schattenmieten verlangt werden (vgl. unten 3). Wahrscheinlich dürfte das Verfassungsgericht für diesen Fall noch weitere Maßgaben für Übergangsvorschriften, d. h. für die „Rücküberleitung“ der Verträge unter den Geltungsbereich des BGB, vorgeben. Das würde sich namentlich dann empfehlen, wenn das Verfassungsgericht den Deckel als kompetenzwidrig verwirft, da dann der Landesgesetzgeber auch nicht zum Erlass von Übergangsrecht kompetent und ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers nicht unbedingt zu erwarten wäre. Würde der Mietendeckel dagegen wegen Verstoßes gegen Grundrechte ganz oder teilweise als verfassungswidrig befunden, könnte auch der Landesgesetzgeber Übergangs- oder auch nur Änderungsvorschriften am bestehenden Gesetz erlassen.

Ergehen keine anderen (legislativen oder judikativen) Übergangsregelungen, verhielte es sich nach Auslaufen der Weitergeltungsfrist ebenso wie im Fall des regulären Laufzeitendes des BerlMietenWoG nach fünf Jahren. Problem ist hier die Rücküberleitung der (bisher) gedeckelten Verträge in das Mietpreisrecht des BGB. Denn bei der Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete i. S. d. § 558 BGB (der relevanten Größe für Mieterhöhungen) ist nach § 558 Abs. 2 Satz 2 Wohnraum, bei dem gesetzlich festgesetzte Mieten gelten, nicht zu berücksichtigen.²⁶ Alle dem Mietendeckel unterfallenden Verträge dürften also nicht berücksichtigt werden, und die restlichen Verträge außerhalb des Anwendungsbereichs des Mietendeckels könnten wohl kaum ein repräsentatives Bild der ortsüblichen Vergleichsmiete liefern.

Die Lösung müsste wohl darin liegen, den unmittelbar vor Einführung des Deckels geltenden Mietspiegel, der ja eine Übersicht über die letzten ortsüblichen Vergleichsmieten bietet (§ 558c BGB), für die Zeit nach Auslaufen des Deckels fortzuführen. Teils wird dazu ein „Stichtagszuschlag“ zu der im Mietspiegel ausgewiesenen Vergleichsmiete diskutiert, der aber erst festzulegen wäre. Transparenter könnte man den letzten gültigen Mietspiegel mit der Inflationsrate fortschreiben. Das entspräche auch der bei der gesetzlich vorgesehenen Fortschreibung eines Mietspiegels nach zwei Jahren schon praktizierten Vorgehensweise (vgl. § 558c Abs. 3 BGB).²⁷ Eine solche Lösung dürfte zum einen politisch opportun sein, weil man den Vermietern mehr an Zuwachs wohl kaum zugestehen wollte. Zum anderen wäre sie einfach und rechtssicher durch eine Reform des Mietspiegels durch das Land Berlin selbst umsetzbar, auch für den Fall, dass das Verfassungsgericht dem Land die Kompetenz für das BerlMietenWoG abspricht.

Eine weitere Vertiefung dieser komplexen Probleme ist im vorliegenden Rahmen nicht möglich und müsste einer separaten Untersuchung unter Einbeziehung statistischer Expertise vorbehalten bleiben.

2. Mieterhöhungen

Mieterhöhungen erfordern ebenfalls eine differenzierte Betrachtung: einerseits Mieterhöhungsverlangen, die bis zum Stichtag des BerlMietenWoG, dem 18.6.2019, zugestellt wurden (a); andererseits Mieterhöhungsverlangen, die nach dem Stichtag geltend gemacht wurden und wegen des Mietendeckels nicht mehr durchgesetzt werden durften (b). In allen Fällen stellt sich die Frage, ob und ab wann die Erhöhungsverlangen im Fall der Verwerfung des Mietendeckels wirksam sind.

a) Mieterhöhungsverlangen vor dem Stichtag des BerlMietenWoG

Im März 2020 hat das LG Berlin die Wirksamkeit einer Mieterhöhung nach §§ 558 ff. BGB davon abhängig gemacht, ob die Zustimmungserklärung des Mieters vor dem Stichtag *wirksam* geworden war.²⁸ Dies ist nicht überzeugend, da dann die Wirksamkeit vom Verhalten des Mieters abhängig ist (insbesondere sofortige Zustimmung oder erst gerichtlich ersetzte Zustimmung). Der BGH hat im April 2020 dagegen entschieden, dass es für wirksame Mieterhöhungen nach §§ 558 ff. BGB genügt, dass das rechtmäßige Erhöhungsverlangen des Vermieters dem Mieter bis zum Stichtag *wirksam zugestellt* wurde, auch wenn dessen Zustimmung oder deren gerichtliche Ersetzung noch nicht vorlag:

„§ 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) vom 11. Februar 2020 ist nach seinem Sinn und Zweck dahin auszulegen, dass von dem darin geregelten Verbot (jedenfalls) gerichtliche Mieterhöhungsverfahren nicht erfasst sind, in denen der Vermieter einen Anspruch auf Erhöhung der Miete zu einem vor dem in dieser Bestimmung festgelegten Stichtag (18. Juni 2019) liegenden Zeitpunkt verfolgt.“²⁹

Weiterhin haben Rödl u. a. in einem die BGH-Entscheidung noch nicht berücksichtigenden Beitrag³⁰ vertreten, dass nur eine bis zum Stichtag nach Maßgabe der 3-Monatsregel des § 558b Abs. 1 BGB wirksam gewordene Mieterhöhung wirksam sei; danach müsse das Mieterhöhungsverlangen dem Mieter spätestens am 31.3.2019 zugegangen sein. Diese Auffassung erscheint mindestens genauso gut vertretbar wie die des BGH. Da die Praxis der BGH-Auffassung folgen wird, soll der Meinungsstreit hier nicht weiter behandelt werden.

26 Das denkbare Gegenargument, dass hier die Miete für Neuverträge nicht gesetzlich festgelegt, sondern nur gedeckelt ist, sollte nicht verfangen. Denn der Begriff der ortsüblichen Miete setzt voraus, dass gerade Mieterhöhungen bei Neuvermietungen, die der Markt hergibt, einfließen dürfen, was im Fall einer Deckelung nicht mehr der Fall ist.

27 Vgl. Steffen Sebastian und Halil I. Memis (2020): gif-Mietspiegelreport 2020, gif Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e. V., Juni 2020, S. 23: Die Anpassung mittels Preisindex ist mit ca. 66% der untersuchten Mietspiegel die vorherrschende Methode deutschlandweit.

28 LG Berlin, Beschl. v. 12.3.2020 – 67 S 274/19, WuM 2020, 204.

29 BGH, VIII ZR 355/18, WuM 2020, 439.

30 F. Rödl/S. Gather/M. v. Restorff, Der Berliner „Mietendeckel“: Wirkung, Struktur und Kompetenz, ersch. in DVBl. 2020, sub II. 2 a.

In jedem Fall ist die wirksam erhöhte Miete dann als „eingefrorene Miete“ auch im Rahmen des BerlMietenWoG maßgeblich – es sei denn, es liegen die Voraussetzungen für eine Absenkung der Miete nach § 5 des Gesetzes vor, wenn diese um mehr als 20% über der zulässigen Mietobergrenze liegt. Schließlich gelten wirksame Mieterhöhungen vor dem Stichtag auch im Fall der Verwerfung des BerlMietenWoG – gleichviel ob mittels Nichtig- oder Unanwendbarerklärung – unproblematisch weiter.

b) Mieterhöhungsverlangen nach dem Stichtag

Komplizierter sind Mieterhöhungsverlangen nach dem Stichtag zu bewerten, die für die Dauer der Geltung des Mietendeckels jedenfalls nicht wirksam werden. Auch hier soll wieder zwischen der verfassungsgerichtlichen Nichtig- oder Unanwendbarerklärung des BerlMietenWoG unterschieden werden.

aa) Nichtigklärung des Mietendeckels

Für den Fall der Nichtigklärung des Deckels kommt es für die Wirksamkeit der Erhöhung darauf an, ob diese im Zeitpunkt der Nichtigklärung schon nach §§ 558 ff. BGB „durch“ war, also der Mieter dem Erhöhungsverlangen bereits zugestimmt hatte oder seine Zustimmung bereits nach § 894 ZPO rechtskräftig richterlich ersetzt war.

Eine solche Entscheidung haben mehrere Amtsgerichte und die 65. Zivilkammer des LG Berlin auch nach Inkrafttreten des Deckels getroffen. Begründung ist, dass das BerlMietenWoG rein öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sei und Einwirkungen ins Privatrecht jenseits eines vorübergehenden Beitreibungsverbots für eine nach Maßgabe des Gesetzes überhöhte Miete ausschließe.³¹ Dies überzeugt jedoch nicht – und hierbei stimmen selbst die ansonsten konträren 66.³² und 67. Zivilkammern³³ des LG Berlin mit ausführlicher Begründung überein. Denn die Verbotsnormen des Mietendeckels enthalten nicht nur ein vorübergehendes öffentlich-rechtliches Beitreibungsverbot, sondern wirken über § 134 BGB konstitutiv ins Privatrecht. Damit ist nicht nur die Forderung und Entgegennahme einer höheren Miete (vgl. in diesem Sinne der Ordnungswidrigkeitstatbestand in § 11 Abs. 1 Nr. 4 des Gesetzes), sondern bereits deren Vereinbarung verboten. Anderenfalls könnte der Vermieter während der Laufzeit des Deckels eine Schattenmiete kontinuierlich erhöhen, die für den Mieter dann bei dessen Außerkrafttreten verbindlich würde, was eine massive Mieterhöhung auf einen Schlag legitimieren würde, die den Schutzzweck des Gesetzes ad absurdum führte.³⁴

Wenn ein Gericht dem Erhöhungsverlangen trotzdem stattgibt, sollte sich ein Mieter mit Rechtsmitteln dagegen mit guten Chancen zur Wehr setzen. Wird eine solche Entscheidung gleichwohl rechtskräftig, ist die Erhöhung privatrechtlich im Fall der Nichtigklärung des Mietendeckels wirksam. Dies gilt auch dann, wenn das Gericht wie die 67. Zivilkammer des LG Berlin im Hinblick auf die anhängigen verfassungsgerichtlichen Verfahren zunächst das Verfahren aussetzt und es dann nach Nichtigklärung des Deckels wiederaufnimmt und die Erhöhung bestätigt. Die erhöhte Miete wird dann ohne Besonderheiten nach den Vorschriften des BGB, und zwar nach § 558b Abs. 1 mit Beginn des dritten Kalendermonats nach dem Zugang des Erhöhungsverlangens, also ggf. auch rückwirkend zum Zeitpunkt der Nichtigklärung, geschuldet.

Gleiches gilt, wenn – wie die 66. ZK³⁵ des Landgerichts Berlin vertreten hat – ein Gericht annimmt, dass ein nach dem Stichtag, aber vor Inkrafttreten des Gesetzes gestelltes Erhöhungsverlangen für die Zeit bis Inkrafttreten wirksam ist und erst danach dem Verbot des BerlMietenWoG unterliegt. Dies erscheint weniger überzeugend, da das Gesetz eine auch materiell wirkende Rückwirkung bis zum Stichtag voraussetzt (so die 67. ZK des Landgerichts Berlin).³⁶ Dessen ungeachtet legt eine solche rechtskräftige Entscheidung eine wirksame Erhöhung bis zum Inkrafttreten des Deckels fest; und wenn das Gesetz rückwirkend für nichtig erklärt wird, das Verbot also wegfällt, muss die wirksam erhöhte Miete automatisch weitergelten, da das Erhöhungsverfahren schon abgeschlossen war.

War die Mieterhöhung bei Nichtigklärung des Deckels dagegen noch nicht „durch“, sondern entscheidet das Zivilgericht vor der verfassungsrichterlichen Klärung nach der hier vertretenen Ansicht allein richtig, dass das Erhöhungsverlangen als solches bereits wegen Verstoßes gegen den Mietendeckel unzulässig ist,³⁷ lebt dieses nach Nichtigklärung des Deckels nicht wieder auf, sondern muss neu gestellt werden. Denn mit der rechtskräftigen Ablehnung des Erhöhungsverlangens ist dieses gewissermaßen „verbraucht“ (Konsumtion). Die erhöhte Miete wird dann nach § 558b BGB erst mit Beginn des dritten Kalendermonats nach dem Zugang des neuen Erhöhungsverlangens geschuldet, sofern dieses auch ansonsten begründet ist.

bb) Unanwendbarerklärung des Mietendeckels

Auch in diesem Fall wird ein rechtskräftig abgeschlossenes Mieterhöhungsverfahren mit Ablauf der verfassungsgerichtlichen bestimmten Weitergeltungsfrist für das BerlMietenWoG automatisch ohne weitere Schritte wirksam; eine Rückwirkung ist dann natürlich ausgeschlossen. War das Mieterhöhungsverfahren dagegen im Zeitpunkt der Unanwendbarerklärung noch nicht abgeschlossen, sondern wurde das Erhöhungsverlangen vom Zivilgericht vorher für unbegründet befunden, muss dieses nach Ablauf der verfassungsgerichtlichen bestimmten Weitergeltungsfrist ebenfalls neu gestellt werden.

31 AG Charlottenburg, Urt. v. 4.3.2020 – 213 C 136/19, ZMR 2020, 411, beck-online Tz. 15; Beck, GE 2020, 305; Börstinghaus, in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 6. Aufl. 2020, Anh. zu § 559d BGB Rz. 6; ähnlich auch AG Pankow/Weißensee, Urt. v. 26.2.2020 – 2 C 377/19 m. Anm. Börstinghaus, IMR 2020, 320.

32 LG Berlin (Zivilkammer 66), Urt. v. 31.7.2020 – 66 S 95/20, WuM 2020, 572.

33 LG Berlin (Zivilkammer 67), Beschl. v. 6.8.2020 – 67 S 109/20, WuM 2020, 580.

34 Vgl. in diesem Sinne Rödl u.a., a. a. O.

35 LG Berlin (Zivilkammer 66), Urt. v. 31.7.2020 – 66 S 95/20, WuM 2020, 572.

36 A. A. freilich Rödl u. a., op. cit.: Die Rückwirkung diesbezüglich hätte explizit angeordnet werden müssen.

37 Gleich zu werten wäre der Fall, dass der Vermieter nicht in der Frist des § 558b Abs. 2 BGB auf Erteilung der Zustimmung zur Erhöhung klagt, wonach das Erhöhungsverlangen gewissermaßen wieder erlischt.

3. Schattenmieten

Der Begriff der Schattenmiete wird in der neueren Vertragspraxis für Mieten verwendet, die für den Fall des Außerkrafttretens des Gesetzes vereinbart werden. Mit anderen Worten werden zwei Abreden über den Mietzins getroffen: eine Abrede, mit der die Vorgaben des Berliner Gesetzes eingehalten werden, und eine weitere Abrede über einen höheren Mietpreis („Schattenmiete“), die für den Fall und im Zeitpunkt des Außerkrafttretens greifen soll. Regelmäßig sind Schattenmieten beträchtlich höher als die gedeckelten Mieten, so dass mit einer solchen Vereinbarung psychischer Druck auf Mieter aufgebaut wird.

Es gibt drei Möglichkeiten des Außerkrafttretens des Mietendeckels: seine rückwirkende Nichtigerklärung; seine Unanwendbarerklärung in Kombination mit einer Weitergeltungsanordnung und schließlich sein reguläres Auslaufen nach den vorgesehenen fünf Jahren. In den ersten beiden Fällen handelt es sich im Zusammenhang mit der Vereinbarung einer Schattenmiete um eine Bedingung, im letzten um eine Zeitbestimmung.

Zunächst ist festzuhalten, dass Schattenmieten allenfalls ab dem Zeitpunkt des Außerkrafttretens zulässig sein können. Nur im Fall der Nichtigerklärung könnten danach Schattenmieten ab Inkrafttreten des Deckels geschuldet sein. Für den Fall der Unanwendbarerklärung oder des regulären Auslaufens des Deckels wären Vereinbarungen, nach denen eine höhere Miete auch für die Vergangenheit geschuldet wird, offensichtlich wegen Verstoßes gegen das BerlMietenWoG nach § 134 BGB nichtig. Im häufigen Fall, dass der Vermieter Unternehmer ist und es sich bei der Schattenmietvereinbarung (mindestens) um eine von Vermieterseite gestellte und vorformulierte Einmalklausel handelt (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB), ließe sich eine solche Klausel wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion auch nicht auf den Zeitraum nach Außerkrafttreten begrenzen.

Weiterhin müsste die Vereinbarung von Schattenmieten klar und unmissverständlich sein. Im regelmäßigen Fall der Anwendbarkeit des AGB-Rechts sind hierfür auch die Transparenzmaßstäbe des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB maßgeblich. So würde zunächst eine Formulierung wie „für den Fall der Nichtigerklärung des BerlMietenWoG“ nicht auch den Fall der Nichtanwendungserklärung umfassen und würde deswegen nicht klar genug. Bei der Formulierung „ab gerichtlicher Aufhebung“ wäre ebenfalls der zeitliche Beginn nicht klar, wenn das Verfassungsgericht eine befristete Weitergeltung anordnet. Grundsätzlich möglich erschiene dagegen die Formulierung „ab Außerkrafttreten“ des Mietendeckels. Diese bedarf allerdings noch eines Zusatzes, dass der Vermieter den Mieter über die ergangene Entscheidung des Verfassungsgerichts zu informieren und den genauen ersten Fälligkeitstermin der Schattenmiete mitzuteilen hat. Keinesfalls kann es nämlich vom Mieter selbst verlangt werden, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verfolgen und seine Mietzahlungen dieser anzupassen.

Schließlich ist die Vereinbarung einer rückwirkenden Schattenmiete für den Fall der verfassungsgerichtlichen Nichtigerklärung nicht deswegen unwirksam, weil es zu einer solchen Entscheidung voraussichtlich nicht kommen wird. Die Vereinbarung von Schattenmieten (allein) deswegen als treuwidrig (§ 242 BGB) oder sittenwidrig (§ 138 BGB) zu qualifizieren, ginge vielmehr zu weit, da die Nichtigerklärung für das Verfassungsgericht eine legitime Option wäre.

Dessen ungeachtet erscheint es generell eher unwahrscheinlich, dass Schattenmieten jemals geschuldet werden. Denn vorrangig wäre es, wenn das Verfassungsgericht oder der zuständige Gesetzgeber im Fall einer verfassungsgerichtlichen Unvereinbarerklärung des BerlMietenWoG die Geltung einer solchen Schattenmiete nach Ablauf der Weitergeltungsfrist ausschließt und explizit andere Rechtsfolgen nach Außerkrafttreten des Gesetzes anordnet.

Für die genaue rechtliche Beurteilung einer nach den beschriebenen Vorgaben zeitlich zulässigen und inhaltlich hinreichend klar vereinbarten Schattenmiete müssen nun Neuverträge einerseits sowie die Erhöhungen von Bestandsmieten andererseits unterschieden werden.

a) Schattenmieten in Neuverträgen

Das Bundesverfassungsgericht³⁸ hat wie erwähnt *obiter dictum* ausgeführt, dass bei Neuverträgen gegen die Wirksamkeit von Schattenmietvereinbarungen für den Fall der gerichtlichen Aufhebung des Mietendeckels mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit nichts einzuwenden sei. *Peter Weber* versteht das in dem Sinne, dass nach der Feststellung des Verfassungsgerichts solche Vereinbarungen nur nach Außerkrafttreten des Mietendeckels geschlossen werden könnten, also ohne Rückwirkung.³⁹ Der verfassungsgerichtliche Hinweis auf Schattenmieten als Mittel zur Schadensminderung für Vermieter für den Fall der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes spricht jedoch eher gegen eine solche Auslegung. Überdies wäre die Zulässigkeit einer Parteivereinbarung über die Miethöhe nach Außerkrafttreten des Mietendeckels eine Selbstverständlichkeit, die keiner besonderen Hervorhebung durch das Verfassungsgericht bedürfte.

Freilich dürfte es auf die Auslegung des unverbindlichen verfassungsgerichtlichen *obiter dictum* meist nicht ankommen, da der Neuvereinbarung einer Schattenmiete gewichtige Hindernisse entgegenstehen, die das Bundesverfassungsgericht offenbar nicht gesehen hat. Anfänglich vereinbarte künftige Änderungen der Miethöhe stellt das BGB nämlich unter Typenzwang (§ 557 Abs. 2 BGB): Nur Staffelmiete oder Indexmiete sind zulässig. Eine – bedingte – Staffelmietvereinbarung i. S. d. § 557a Abs. 1 BGB liegt hier wohl auch vor, denn es wird für bestimmte Zeiträume (für den Zeitraum der Gültigkeit des Deckels einerseits und für den Zeitraum nach dem Außerkrafttreten andererseits) eine unterschiedliche Miete vereinbart. Eine Qualifikation als (zulässige) Staffelmiete hat auch der BGH in einem vergleichbaren Fall angenommen, in dem für den Zeitraum nach Auslaufen einer Mietpreisbindung nach dem Miethöhegesetz eine höhere Miete vereinbart wurde.⁴⁰ Im Fall der rückwirkenden Nichtigerklärung gäbe es zwar vorliegend

38 BVerfG, Beschl. v. 10.3.2020 – 1 BvQ 15/20, Rn. 27, WuM 2020, 200.

39 Vgl. P. Weber, Anmerkung zu LG Berlin (Zivilkammer 66), Urt. v. 31.7.2020 – 66 S 95/20 = WuM 2020, 572, ZMR 2020, 825.

40 BGH, VIII ZR 157/03, WuM 2004, 28; dort auch Hinweise auf die mit der Entscheidung des BGH wohl in der Praxis obsolet gewordene Gegenauffassung.

keinen Gültigkeitszeitraum, aber aus der Perspektive des Vertragsschlusszeitpunkts handelte es sich dennoch um die anfängliche Vereinbarung einer künftigen Mietänderung, so dass man auch insoweit eine zulässige Staffelmietvereinbarung annehmen kann. Dagegen erschiene es im Hinblick auf die grundrechtlich verbürgte Vertragsfreiheit kaum denkbar, die Schattenmietvereinbarung für den Fall der Nichtigerklärung des Deckels wegen Verstoßes gegen § 557a Abs. 1 BGB (mit dem Argument, dass keine Staffel vorläge und die anfängliche Vereinbarung einer erhöhten Miete somit wegen des Typenzwangs unzulässig wäre) als unwirksam anzusehen.

Dessen ungeachtet gibt es weitere Fallstricke. So muss die „erste Staffel“ der Miete nach § 557a Abs. 2 Satz 1 BGB mindestens ein Jahr unverändert bleiben, was zugunsten des Mieters zwingendes Recht ist (§ 557a Abs. 5 BGB). Jedoch dürfte in der Praxis häufig eine Schattenmietvereinbarung ohne eine solche Einschränkung („die Schattenmiete wird nicht geschuldet, sofern die nach dem BerlMietenWoG geschuldete Miete nicht mindestens ein Jahr gegolten hat“) abgeschlossen werden. Weiterhin dürfte die Schattenmietklausel fast immer von Vermieterseite gestellt sein, wofür wie erwähnt im Verhältnis Unternehmer-Verbraucher auch eine vorformulierte Einmalklausel genügt (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). Nach dem im AGB-Recht generell anerkannten Verbot der geltungserhaltenden Reduktion wäre danach die Schattenmietklausel unwirksam. Als Rechtsfolge bliebe es bei der Deckelmiete, was sich aus § 306 Abs. 1 BGB oder der analogen Anwendung von § 557a Abs. 4 Satz 3 BGB folgern ließe. Möglicherweise könnte eine so weitreichende Unwirksamkeit der Klausel jedoch als unbillig angegriffen werden. Zwar erscheinen die anerkannten Grenzen der geltungserhaltenden Reduktion nicht einschlägig.⁴¹ Die Schattenmietvereinbarung ist weder teilbar noch stellt die Unterschreitung der mieterschützenden Jahresfrist einen seltenen Ausnahmefall dar, den der Vermieter nicht für regelungsbedürftig halten dürfte. Allerdings ließe sich für den Fall der rückwirkenden Nichtigerklärung, in dem es faktisch keine zwei aufeinander folgenden Mietstaffeln gegeben hat, an eine teleologische Reduktion der Unwirksamkeitsfolge denken.⁴² Eine solche käme eventuell auch dann in Frage, wenn das Verfassungsgericht die Weitergeltung des BerlMietenWoG für mehr als ein Jahr anordnet, so dass die Gefahr der Unterschreitung der mieterschützenden Jahresfrist bei vor der verfassungsgerichtlichen Entscheidung abgeschlossenen Schattenmietvereinbarungen von vornherein ausgeschlossen ist. Demnach ist die Bedeutung der Jahresfrist des § 557a Abs. 2 Satz 1 hier schwer abzuschätzen. Wie Gerichte diese soweit ersichtlich bisher nicht diskutierten Fragen entscheiden, ist ungewiss.

Weiterhin gilt für Staffelmieten nach § 557a Abs. 4 BGB die Mietpreisbremse nach § 556 bis 556g BGB, sofern ein bestimmtes Gebiet, wie dies für Berlin zutrifft, landesrechtlich als angespannter Wohnungsmarkt ausgewiesen ist. Das bedeutet vorliegend, dass die Schattenmiete als erste Erhöhungsstaffel maximal 10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete (im Zeitpunkt von deren Wirksamwerden) liegen dürfte. Ein großes Problem liegt nun darin, wie diese Vergleichsmiete zu bestimmen ist. Dabei ist nach § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB auf die Mietpreise für vergleichbaren Wohnraum während der letzten vier Jahre abzustellen; die gedeckelten Mieten dürfen nach § 558 Abs. 2 Satz 2 BGB jedoch nicht herangezogen werden. Ein Abstellen auf Schattenmieten,

die ja gerade kontrolliert werden sollten, wäre zirkulär und scheidet schon deswegen aus. Wie vorgeschlagen erschiene es am besten, auf den letzten Mietspiegel vor Geltung des Mietendeckels abzustellen und diesen für die Zwischenzeit mit der Inflationsrate fortzuschreiben. Wegen der Vorgaben des § 558 Abs. 1 BGB, die einen gültigen Mietspiegel natürlich nicht voraussetzen, könnten die Gerichte die Festlegung der ortsüblichen Vergleichsmiete in der gegebenen Situation jedenfalls nicht ablehnen.

Wegen dieser Unsicherheiten bei der Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete wird eine weitere Begrenzung nach AGB-Recht bedeutsam. Danach könnte die Vereinbarung einer die Deckelmiete wesentlich überschreitenden Schattenmiete (als noch zulässige Grenze wären 20% über der Mietobergrenze wie bei § 5 MietenWoG vorstellbar) als unangemessene Benachteiligung des Mieters entgegen den Geboten von Treu und Glauben i. S. d. § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB zu werten sein. Denn der Mieter kann wegen des ungewissen Fortbestands des Mietendeckels nicht abschätzen, welche Mietzahlungsverpflichtung auf ihn zukommt. Dadurch wird er in eine wettähnliche Situation in Bezug auf die zukünftig geschuldete Miete hineingezwungen, der er nicht entgehen kann und die einseitig nur dem Vermieter nutzt. Der Wetteinsatz dabei ist jedoch anders als etwa bei Differenzgeschäften an der Börse nicht das Anlagevermögen regelmäßig gut situerter Investoren, sondern die weitere Verfügbarkeit der Wohnung für eine Mieterfamilie, die darauf existenziell angewiesen ist. Diese steht jedenfalls bei der Vereinbarung wesentlich höherer Schattenmieten auf dem Spiel. So könnten viele geringverdienende Mieter in der ihnen aufgezwungenen wettähnlichen Situation zu dem Risikogeschäft verleitet werden, im Vertrauen auf den Bestand des Mietendeckels für ihre Familie Anschaffungen zu tätigen, anstatt die Differenz zwischen Deckel- und Schattenmiete wie empfohlen zurückzulegen – wozu allerdings einkommensschwache Mieter von vornherein nicht imstande sein könnten. Man mag ein solches Verhalten als irrational abqualifizieren, aber es handelt sich sicher um eine typisch menschliche (und wohl auch verhaltensökonomisch belegbare) Fehlentscheidung, vor der Mieter geschützt werden sollten. Insgesamt dürften deswegen Schattenmietvereinbarungen, die die Deckelmiete wesentlich überschreiten, die gesetzliche Grundkonzeption und Natur des Wohnraummietvertrags als „wett- und spekulationsfeindliches“ Geschäft zur Deckung grund- und menschenrechtlich geschützter elementarer Lebensbedürfnisse missachten. Damit wäre ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB zu bejahen. Diesem Ergebnis steht schließlich auch die zitierte BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2003 nicht entgegen, in der das Gericht eine Staffelmietvereinbarung für den Zeitraum nach Auslaufen einer gesetzlichen Mietbindung

41 Vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, § 306 Rn. 6 ff.

42 Vgl. allgemein für eine einschränkende Interpretation des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion (allerdings nicht zur vorliegenden Problemkonstellation) Basedow, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 306 Rn. 16 ff.

für gültig erachtete.⁴³ Denn dort stand das Datum des Auslaufens der Bindung von vornherein fest, so dass eben nur eine Zeitbestimmung und nicht eine – hinsichtlich ihres Eintritts unsichere – Bedingung vorlag, die zu Risikogeschäften verleitet.

In der Summe unterliegen Schattenmietvereinbarungen bei Neuvermietungen deswegen gewichtigen Einschränkungen und Unsicherheiten.

b) „Schattenmieterhöhungen“ in Bestandsverträgen

Abschließend zu beurteilen ist die Situation, dass Mieterhöhungsverlangen in Bestandsverträgen nach §§ 558 ff. BGB vor der Entscheidung des Verfassungsgerichts explizit (nur) für den Fall (und ab dem Zeitpunkt) des Außerkrafttretens des Deckels gestellt werden. Anders als im obigen Fall einer unbedingten rückwirkenden Mieterhöhung besteht hier keine direkte Kollision mit § 134 BGB. Zu klären ist demnach, ob der Mieter der „Schattenmieterhöhung“ zustimmen und entsprechend das zuständige Gericht seine verweigerte Zustimmung nach Maßgabe der § 558b BGB, § 894 ZPO ersetzen muss.

Allgemein gelten Mieterhöhungsverlangen zwar als bedingungsfeindlich.⁴⁴ Zulässig sollen nach untergerichtlichen Urteilen jedoch Rechtsbedingungen sein.⁴⁵ Das wurde etwa entschieden für ein zweites Mieterhöhungsverlangen für den Fall, dass das erste Erhöhungsverlangen vom Gericht für formell unwirksam angesehen wird,⁴⁶ oder für eine hilfsweise erklärte Mieterhöhung für den Fall, dass eine erhobene Räumungsklage abgewiesen wird.⁴⁷ Demnach erschiene auch hier ein unter der Bedingung des Außerkrafttretens des Mietendeckels erhobenes Erhöhungsverlangen grundsätzlich zulässig. Rechtsprechung dazu liegt jedoch soweit ersichtlich nicht vor. Stimmt der Mieter zu oder ersetzt das Gericht rechtskräftig seine Zustimmung zur Mieterhöhung, ist die erhöhte Schattenmiete jedenfalls nach Maßgabe des § 558b Abs. 1 BGB ab dem dritten Kalendermonat geschuldet. Ob im Fall der Nichtigklärung auch hier eine Rückwirkung zugelassen würde, erscheint offen.

Allerdings müsste auch eine „Schattenmieterhöhung“ die allgemeinen Voraussetzungen erfüllen, namentlich die Bindung an die (wie dargelegt schwer zu ermittelnde) ortsübliche Vergleichsmiete und die Kappungsgrenze, § 558 Abs. 1 und 3 BGB. Dass die erhöhte Miete trotz Einhaltung dieser Vorgaben so wesentlich über die Deckelmiete hinausgeht, dass der Mietvertrag wettähnlichen Charakter annimmt, dürfte in der Praxis eher selten vorkommen; nach der hier vorgeschlagenen Größenordnung müsste die erhöhte Miete nämlich die Mietobergrenze der §§ 6 und 7 MietenWoG um mehr als 40% überschreiten, da § 5 MietenWoG für die Absenkung von Bestandsmieten bereits eine Marge von 20% über der Grenze vorsieht. Käme es jedoch im Einzelfall zu einer solch massiven (und ansonsten zulässigen) Überschreitung, könnte – ebenso wie für den Fall einer anfänglichen Schattenmietvereinbarung beschrieben – auch die „Schattenmieterhöhung“ wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein. Bleibt die erhöhte Schattenmiete dagegen im zulässigen Rahmen, wird sie im Fall der Nichtigklärung des Deckels rückwirkend ab dem Zeitpunkt des Änderungsvertrags geschuldet, im Fall der Unanwendbarkeit des Gesetzes nach Ablauf der Weitergeltungsfrist.

IV. Zusammenfassung

Im Hinblick auf die mietrechtlichen Folgen der eventuellen Verwerfung des Berliner Mietendeckels als verfassungswidrig durch das Bundesverfassungsgericht ist zwischen einer Nichtigklärung und einer Unanwendbarerklärung, verbunden mit einer Weitergeltungsanordnung bis zu einem Zeitpunkt, der eine geregelte Überleitung von Rechtsverhältnissen erlaubt, zu unterscheiden. Letztere Lösung stellt in der verfassungsgerichtlichen Praxis den Normalfall dar und wäre auch vorliegend eher zu erwarten. Denn eine (rückwirkende) Nichtigklärung würde den verfassungswidrigen Zustand insbesondere im Hinblick auf gravierende rechtsstaatliche Unsicherheiten und die Aushöhlung des verfassungsrechtlich verbürgten Mieterschutzes noch verschlimmern.

1. Was die Miethöhe anlangt, gilt im Fall der Nichtigklärung des Deckels einfach die vorher geltende Miete weiter. Für den Fall der Unanwendbarerklärung verhält es sich nach Auslaufen der Weitergeltungsfrist wie im Fall des regulären Laufzeitendes des BerlMietenWoG nach fünf Jahren. Ergehen keine anderen (legislativen oder judikativen) Übergangsregelungen, müsste eine „Rücküberleitung“ der (bisher) gedeckelten Verträge in das Mietpreisrecht des BGB durch eine Anpassung der zuletzt geltenden Mietspiegel vorgenommen werden, etwa durch ihre Fortschreibung nach der Inflationsrate.

2. Schwieriger sind Mieterhöhungen zu beurteilen. Mieterhöhungsverlangen, die dem Mieter vor dem Stichtag des Gesetzes (18.6.2019) zugegangen sind, sind nach einer Entscheidung des BGH vom April 2020 wirksam; durch den Deckel wird dann die erhöhte Miete eingefroren. Auch im Fall der Verwerfung des BerlMietenWoG – gleichviel ob mittels Nichtig- oder Unanwendbarerklärung – gelten solche Mieterhöhungen ab dem Außerkrafttreten des Deckels unproblematisch weiter.

Die Wirksamkeit von Mieterhöhungsverlangen, die dem Mieter nach dem Stichtag des Gesetzes (18.6.2019) zugegangen sind, hängt davon ab, ob das Erhöhungsverfahren bereits durch Zustimmung des Mieters oder durch gerichtliche Ersetzung seiner Zustimmung abgeschlossen werden konnte. Die Rechtsprechung ist zur Frage, ob eine solche Erhöhung nach BGB auch während der Laufzeit des Deckels möglich ist, uneinheitlich. Wird die Zustimmung gerichtlich ersetzt, gilt die erhöhte Miete im Fall der verfassungsgerichtlichen Verwerfung des Deckels nach Maßgabe des § 558b BGB. War die Mieterhöhung bei Verwerfung des Deckels dagegen noch nicht „durch“, sondern entscheidet das Gericht rechtskräftig (und nach der hier vertretenen Ansicht allein richtig), dass das Erhöhungsverlangen als solches

43 BGH, VIII ZR 157/03, WuM 2004, 28.

44 Vgl. Blank/Börstinghaus, Miete 6. Aufl. 2020, Rn. 5 ff. unter Hinweis auf BGH, WuM 2015, 165 = NJW 2015, 934.

45 LG Berlin GE 2011, 1231, GE 2011, 204, GE 2010, 271, GE 2007, 718, GE 2002, 1266; AG Schöneberg, GE 2010, 1279.

46 LG Berlin, GE 2012, 1098.

47 LG Hamburg, ZMR 2014, 124.

bereits wegen Verstoßes gegen den Mietendeckel unzulässig ist, lebt dieses nach Verwerfung des Deckels nicht wieder auf, sondern muss neu gestellt werden.

3. Schattenmieten sind Mieten, die – ggf. auch rückwirkend – für den Fall des Außerkrafttretens des BerlMietenWoG infolge seiner verfassungsgerichtlichen Verwerfung oder für den Zeitraum nach regulärem Ablauf der fünfjährigen Geltungsdauer des Gesetzes vereinbart werden. Schattenmieten können bei Neuvermietungen grundsätzlich zulässig sein, was das Bundesverfassungsgericht in einem *obiter dictum* bestätigt hat. Weitreichende und im Einzelnen schwer abschätzbare Einschränkungen ergeben sich aber aus den Regeln des BGB zur Staffelmiete und zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Auch Mieterhöhungen (nur) für den Fall des Außerkrafttretens des Deckels könnten zulässig sein; die Positionierung der Rechtsprechung zu dieser Frage bleibt aber abzuwarten. Dessen ungeachtet dürften Schattenmieten kaum jemals geschuldet sein, so dass Berliner Mieter aller Voraussicht nach vor ihnen keine Angst haben müssen. Denn eine rückwirkende Nichtigerklärung des Deckels ist wie ausgeführt unwahrscheinlich. Für den Fall der Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung ist zu erwarten, dass das Verfassungsgericht oder der zuständige Gesetzgeber Übergangsfragen – insbesondere die Modalitäten der Zulässigkeit einer Mieterhöhung – explizit zwingend regelt. Diese Regelung ginge natürlich einer Parteivereinbarung zu Schattenmieten vor.