

Gerd Winter / Johann Unger

Interventionistisches und flexibles Verwaltungsrecht. Das Beispiel Zweckentfremdungsverbot für Wohnraum*

In die Theorie des interventionistischen Rechts und seiner Implementationsprobleme ist Bewegung gekommen. Materialistische Ansätze, die kapitallogische Vollzugsgrenzen ausmachen, wie auch neo-klassische Ansätze, die umgekehrt marktzerstörende Überregulierung feststellen, sind im Begriff, von systemtheoretischen Entwürfen links oder rechts stehengelassen zu werden. Man registriert vor allem den Sturmlauf der Entwürfe von Teubner und Willke, den diese Autoren seit einigen Jahren auf vielen nationalen und internationalen Bühnen vortragen.¹

Wichtige Merkmale dieser Entwürfe sind: Sie denken nicht in Niedergängen², sondern sehen Auswege und entwickeln sie fort. Sie befreien sich radikaler als die Konkurrenten von Parteinaahmen (für Arbeit, Kapital, Natur), zumindest soweit es die theoretische Phantasie, nicht unbedingt auch, soweit es die Ausformung im einzelnen angeht. Sie finden – deshalb sind sie Systemtheorien – in »materialen« Kategorien wie Herrschaft, Klasse, Interesse oder Produktionsverhältnis keine Erklärungskraft, sondern denken in »formalen« Kategorien wie Differenzierung, Autonomie, Kommunikation, Vernetzung, Veränderung. Hierzu werden sie vor allem durch Rückgriffe auf naturwissenschaftliche Konzepte angeleitet.

Das Scheitern des interventionistischen Rechts, das die genannten Autoren als solches allerdings eher unterstellen als empirisch untermauern, wird wie folgt erklärt:

»Im Grunde handelt es sich um Modelle, die mit linearen Kausalvorstellungen und einfachen Zweck-Mittel-Relationen arbeiten: Gesetzgeberisches Ziel – Wahl des Rechtsprogramms – Verhaltensänderung – gewünschte gesellschaftliche Wirkung . . . Was in diesen Modellen nicht auftaucht, ist ein vertieftes Verständnis der Autonomie anderer gesellschaftlicher Teilsysteme,

* J. Unger hat das Material zur Entwicklung von Recht, Rechtsprechung und Praxis des Zweckentfremdungsverbots zusammengestellt. G. Winter hat das Material auf die theoretische Fragestellung hin bearbeitet und den Aufsatz formuliert.

¹ Die u. E. eindrücklichste Version ist enthalten in G. Teubner, *Das regulatorische Trilemma. Zur Diskussion um postinstrumentale Rechtsmodelle*, in: *Quaderni Fiorentini Per La Storia Del Pensiero Giuridico Moderno* 13 (1984), S. 109–149. Daneben s. G. Teubner / H. Willke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1/84, S. 4–35 und H. Willke, Die Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen – am Beispiel der konzentrierten Aktion, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* Bd. 8 (1982) S. 200–212. – Der Entwurf von Teubner und Willke hat manches gemeinsam mit den Arbeiten von K. H. Ladeur, die aber nur von einem diskurstheoretischen Ansatz her verständlich sind und sich insofern deutlich absetzen (vgl. insbesondere: *Flexibilisierungsstrategien – Alternativen zum Steuerungsstaat*, MS Bremen 1983, daneben: *Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsbildung*, *Leviathan* 1979, S. 339–375). Ladeur hat nicht wie Teubner/Willke die Realität der Verwaltung im Visier, sondern die Symbole, den Diskurs des Rechts über diese Realität. Deshalb ist seine Theorie auch nicht überprüfbar an Hand von realer Verwaltung, wie es im folgenden geschieht.

² So aber als jüngeres materialistisches Beispiel S. Breuer, *Die Metamorphosen des Naturrechts – Zur sozialen Funktion vorbürgerlicher und bürgerlicher Rechtsbegründungen*, KJ 1983, S. 127–144, dessen gedankenreiche Arbeit hier im übrigen nicht gewürdigt werden kann.

Die »selbstreferentielle Geschlossenheit« (synonym gebraucht: basale Zirkularität, Autopoiese) sind der Biologie entlehnte Konzepte, die die Autoren heuristisch benutzen, um der Eigengesetzlichkeit der Regelungsfelder auf die Spur zu kommen. Sie bestehe darin, daß Systeme ihre eigenen Elemente durch deren Interaktion selbst produzierten und reproduzierten. Sei das regulierende Recht mit dieser Selbstproduktion nicht kompatibel, komme es zu dem regulatorischen Trilemma von Wirkungslosigkeit, Überlegalisierung (= Zerstörung des Regelungsobjektes) oder Übersozialisierung (= Entleerung, Politisierung) des Rechts⁴. Das kompatible Recht müsse dagegen vor allem Autonomie gewähren; gesellschaftliche Verantwortung könne es bewirken, wenn es sich auf »bestimmte strategische, organisationelle und verfahrensmäßige Schlüsselvariablen« innerhalb des Subsystems konzentriere oder die Subsysteme in Verhandlungsprozeduren einbinde⁵, so daß die Subsysteme »von sich aus« (autopoietisch, aus Referenz und Reflexion auf sich selbst, zur Sicherung der eigenen Reproduktion) Rücksicht üben.

Uns geht es im folgenden nicht um eine theoretische Kritik des skizzierten Entwurfs.⁶ Vielmehr wollen wir, da die Debatte mit zu wenigen Illustrationen geführt wird, eine Operationalisierung und einen Test versuchen. Da die Debatte zudem eine gewisse privatrechtlich-unternehmensrechtliche Schlagseite aufweist, mag es förderlich sein, daß unser Testfall aus dem Verwaltungsrecht stammt. Allerdings ist dabei etwas problematisch, daß Teubner und Willke ihren Entwurf gerade für diesen Bereich noch nicht weiter operationalisiert haben. Wir müssen dies stellvertretend tun.

Bezogen auf verwaltungsrechtliche Regulierung sind nach Teubner und Willke vor allem »Relationierungsprogramme« geeignet, dem regulatorischen Trilemma zu entgehen.

»Im Gegensatz zu den typischen Programmen des Formalrechts (Konditionalprogramm) und des instrumentalen Rechts (Zweckprogramm) ist es die Funktion solcher Relationierungsprogramme, verschiedene Zwecke und Rationalitäten sozialer Teilsysteme miteinander kompatibel zu halten, indem sie die politischen und sozialen Akteure auf diskursive Verfahren der Entscheidungsfindung verpflichten.«⁷

Das Recht gibt also weder spezifische Verhaltensanweisungen an die privaten Akteure noch spezifische Durchsetzungsanweisungen an die Verwaltung, sondern ist flexibel genug (m. a. W. ermöglicht oder läßt mit sich geschehen), daß situationsspezifisch variable Kompromisse gefunden werden. Freilich ist ein Minimum an Inhaltlichkeit insofern erforderlich, als der Verwaltung zumindest Entscheidungskompetenzen eingeräumt sein müssen, von deren Wahrnehmung das weitere Fortkommen der privaten Akteure abhängig zu machen ist; denn andernfalls bestünde für diese kein Anlaß, im Diskurs nachzugeben. Ist gesichert, daß der private Akteur die Entscheidung benötigt (etwa um bauen, verkaufen, fusionieren, cmittieren zu

³ Teubner/Willke, a. a. O. S. 22.

⁴ Teubner, a. a. O. S. 127–129.

⁵ Teubner, a. a. O. S. 132–145; Willke, a. a. O. S. 210–212, nennt ein solches Recht »Relationierungsprogramm«.

⁶ Vgl. hierzu die Beiträge in: Gert Brüggemeier und Christian Joerges (Hg.), Workshop zum reflexiven Recht, Bremen (Zentrum für Europäische Rechtspolitik), 1984.

⁷ Teubner, a. a. O. S. 142. Das Zweckprogramm wird hier fälschlicherweise mit instrumentellem Recht identifiziert und dementsprechend vorschnell als überholt angesehen. Ähnlich auch Willke, a. a. O. S. 208.

können), so können und müssen die Kriterien offenbleiben, wenn der kompatible Kompromiß gefunden werden soll. Es genügt, wenn das Programm Zwecke signalisiert, deren Erreichungsmodus von den privaten Akteuren selbst bestimmt werden kann. Ein typischer Gewinn ist es dann, wenn ein vorgestellter Zweck über Seitenwege (funktionale Äquivalente), wie z. B. eine Abgabe statt eine qualitative Auflage, verwirklicht wird, die dem Akteur mehr Freiheit lassen als ein auf ein bestimmtes qualitatives Verhalten fixiertes Konditionalprogramm.

Unser Testfall ist das Zweckentfremdungsverbot für Wohnraum. Die Innenstädte mit billig vermieteten Altbauten waren in den sechziger Jahren zunehmend als Renditequellen entdeckt worden, lohnend erschienen insbesondere die Ausweitung tertiärer Aktivitäten (Handel, Dienstleistungen) und die Schaffung von Wohnraum für zahlungskräftigere Schichten. Da die durch das Städtebauförderungsgesetz ermöglichte »Flächensanierung« allmählich wegen des Widerstands der betroffenen Bevölkerung aufgegeben werden mußte (was flugs als bessere Einsicht in die Notwendigkeit einer »Bestandspolitik« ausgegeben wurde), konzentrierte sich der ökonomische Druck auf Umnutzung von Wohnraum für Geschäftszwecke sowie auf Abriß oder Modernisierung für »höherwertige« Wohnzwecke. Während aber die Modernisierung miet- und subventionsrechtliche Unterstützung erhielt, erschien die »Zweckentfremdung« durch Umnutzung oder Abriß als Verstoß gegen eine Politik der Bestandserhaltung von Wohnraum. Mit der Liberalisierung der Wohnraumbewirtschaftung war 1968 auch das Zweckentfremdungsverbot gem. § 21 des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes aufgehoben worden. Ein solches Verbot wurde 1971 als bundesgesetzliche Ermächtigung für landesrechtliche Verordnungen wieder eingeführt.

Ziel dieser Untersuchung ist zu zeigen, welche Verwirklichungschancen dem Zweckentfremdungsverbot unter Bedingungen zukommen, in denen der generelle Druck auf Renditesteigerung in den Innenstädten einmal durch eine Hochkonjunktur (in der man sich den Luxus einer Beschneidung gewisser Kapitalverwertungschancen leisten kann) relativiert, einmal in einem Tief (in dem jede solche Chance eröffnet werden muß) unterstützt wird. Systemtheoretisch gesprochen geht es also um die Frage, ob in den beiden genannten Phasen die Wohnraumerhaltung als gesellschaftliche Verantwortung in die »selbstreferentielle Geschlossenheit« des Systems des innerstädtischen Nutzungsmarktes hat vermittelt werden können.

Auf operationaler Ebene heißt dies: Die traditionelle Sichtweise sieht die einer Zweckentfremdung ausgesetzten Wohnungen als Regelungsgegenstand an und versucht, diese regulativ durch Verbot und ausnahmsweise Genehmigung (Instrument) zu erhalten (Ziel). Die moderne Sichtweise dagegen interessiert sich nicht für bestimmte Wohnungen, sondern nur dafür, daß im Ergebnis eine Funktion, nämlich die Bereithaltung eines gewissen Bestandes an billigen Wohnungen gewahrt ist. Die Wege dahin können vielfältig sein und behördlich flexibel gesteuert werden, so daß die Mechanismen des Bodenmarktes weitgehend intakt bleiben: In Betracht kommen Ersatzbau nach Abriß oder Umnutzung, öffentlich geförderter Neubau mit Hilfe von Ausgleichszahlungen der Umnutzer, Freiwerden von billigen Wohnungen, deren zahlungskräftige Mieter in die zweckentfremdeten Wohnungen ziehen, oder sogar Ersatzbau durch Haushalte, denen durch die Zweckentfremdung Arbeitsplätze geschaffen oder gesichert wurden.

Art. 6 Mietrechtsverbesserungsgesetz (MRVerbG) mit seiner Ermächtigung, Zweckentfremdungsverordnungen zu erlassen, war von Anfang an Unterschieden der Programminterpretation und des Programmvolzugs ausgesetzt. Es gab die einengende liberalstaatliche und die ausweitende sozialstaatliche Interpretation, und es gab bei sozialstaatlicher Programminterpretation liberalstaatlichen Programmvol-

zug. Dennoch lässt sich – bundesweit hinsichtlich der Gesetzgebung und Rechtsprechung, auf Bremen bezogen hinsichtlich Richtlinien und Genehmigungspraxis – ein »roter« Faden ausmachen, der alle oder doch mehrere Implementationsebenen charakterisiert und für die Jahre 1971 bis etwa 1975 deutlich anders gefärbt ist als der »changierende« Faden, der die Jahre seit etwa 1980 charakterisiert.

Der »rote« Faden steht für ein Modell von Regulierung, das viele interventionistische Züge aufweist, der »changierende« Faden dagegen für ein Modell, das durch Flexibilität charakterisiert ist. Wir haben also – mit einigen Vorbehalten hinsichtlich möglicher Überzeichnungen – den Fall eines Programms, das in der zweiten Phase ungefähr dem Entwurf von Teubner/Willke entspricht und durch Vergleich mit der traditionell-interventionistischen Alternative in der ersten Phase darauf untersucht werden kann, ob es besser dem regulatorischen Trilemma (hier: dessen erster Variante, nämlich der Wirkungslosigkeit) entgeht. Die Erwartungen sind hoch gesteckt, weil die flexible Version sich zu einer Zeit durchsetzte, in der der Konjunktur einbrach dem Umnutzungsdruck in den Innenstädten, wenn dieser sich denn irgendwo anmeldete und mit Investitionen und Arbeitsplätzen winkte, freien Lauf bereitete. War es möglich, so lautet die Frage, dieser »Autopoiese« einerseits des Subsystems Nutzungsmarkt, andererseits des Subsystems (Wirtschafts-) Politik die Wohnraumerhaltung einzumischen oder abzuverhandeln? Hat die flexible Implementation mehr erreicht als die starr interventionistische, die – typischerweise? – in eine Zeit fiel, in der zwar der Umnutzungsdruck stärker (das Subsystem Nutzungsmarkt »geschlossener«), jedoch das Subsystem (Wirtschafts-) Politik unabhängig genug war, um das Subsystem Recht und Verwaltung in der Aufgabe zu unterstützen, »notwendig eine Fülle soziopolitischer Macht liquidieren«⁸ zu müssen.

Unsere Untersuchung bezieht, soweit es um die Implementationsstufen unterhalb des Gesetzes, der Rechtsprechung und der Verordnungen, soweit es also um die Richtlinien und die Genehmigungspraxis geht, nur die Verhältnisse in Bremen ein. Zur Genehmigungspraxis wurden die Jahrgänge 1972 bis 1983 erhoben. Bremen ist für Implementationsfragen aus zwei Gründen von Interesse: Zum einen ist in diesem kleinen Stadtstaat mit seinen typisch kurzen Wegen zwischen Verwaltung und Interessenten eine besondere Ausbildung der »Flexibilisierung« des rechtlich-administrativen Instrumentariums zu erwarten. Zum andern hat sich das konjunkturelle und strukturelle Tief dort besonders dramatisch entwickelt und alle die Wirtschaftsförderung hindernden Bemühungen (und so auch das Zweckentfremdungsverbot) unter besonders starken Druck gesetzt. Die Steuerungskapazität des Rechts müsste sich auf diesen Bedingungen besonders deutlich abbilden.

Die Rechtsgrundlagen im Überblick

Im Gesetzgebungsverfahren zum MRVerbG nahm der Bundesrat den Antrag der Hansestadt Hamburg auf Einfügung eines Verbots der Zweckentfremdung von Wohnraum in seine Anrufung des Vermittlungsausschusses vom 23. 7. 71 auf.⁹ Dieser Vermittlungsvorschlag war damit begründet, daß es bei einer bestehenden Mangel Lage auf dem Wohnungsmarkt neben der Förderung des Neubaus von Wohnungen »auch eines geeigneten Instruments« bedürfe, »durch das die Verringerung des

⁸ Vgl. Teubner, a. a. O. S. 139.

⁹ BT-Drucks, VL2564, S. 3 f.

vorhandenen Bestandes an Wohnraum und damit eine Vergrößerung der Wohnungsnotlage verhindert werden kann.»¹⁰

In einer vom Vermittlungsausschuß geringfügig geänderten Fassung¹¹ wurde Art. 6 in das Gesetz eingefügt und vom Bundestag angenommen.¹² Danach werden die Landesregierungen ermächtigt, für Gemeinden, in denen die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, daß Wohnraum anderen als Wohnzwecken nur mit Genehmigung der von der Landesregierung bestimmten Stellen zugeführt werden darf. Die Genehmigung kann befristet, bedingt oder unter Auflagen erteilt werden. Die Nichtbeachtung der Genehmigungspflicht wird als Ordnungswidrigkeit qualifiziert, die mit einer Geldbuße bis zu DM 20 000 geahndet werden kann. Eine Zweckentfremdung nach § 12 WoBindG bleibt davon unberührt.

Auf der Grundlage der Ermächtigung des Art. 6 § 1 MRVerbG haben die Regierungen aller Bundesländer, außer Schleswig-Holsteins und des Saarlandes, entsprechende Verordnungen erlassen; die Verordnung der Landesregierung von Rheinland-Pfalz ist zum 31. 12. 75 wieder außer Kraft getreten.¹³ Der Senat der Freien Hansestadt Bremen erließ erstmals am 16. 5. 72 eine Verordnung über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum¹⁴, es folgte die Verordnung vom 24. 9. 79¹⁵; derzeit gilt die Verordnung vom 6. 4. 81 (ZwEVO 1981)¹⁶.

Alle drei Verordnungen erstrecken bzw. erstrecken ihre Gültigkeit auf das Gebiet der Stadtgemeinde Bremen, nicht auch auf das von Bremerhaven. Die Verordnungen sprechen in § 1 die Genehmigungspflichtigkeit von Zweckentfremdungen (zuständig hierfür ist das Amt für Wohnung und Städtebauförderung) in Übereinstimmung mit Art. 6 § 1 MRVerbG aus. Nach § 2 der ZwEVO 1981 soll die Genehmigung nur erteilt werden, wenn ein vorrangiges öffentliches oder ein überwiegenderes berechtigtes Interesse des Verfügungsberechtigten an der anderweitigen Nutzung des Wohnraums vorhanden ist. Eine bloße Einnahmeerhöhung gilt nicht als überwiegenderes berechtigtes Interesse. Die Genehmigung kann befristet, bedingt oder unter Auflagen, insbesondere gegen Zahlung einer Abstandssumme zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus, erteilt werden. § 3 der ZwEVO 1981 weist dem zuständigen Amt für Wohnung und Städtebauförderung die Aufgabe zu, als Ortspolizeibehörde ungenehmigte Zweckentfremdungen zu verhindern oder zu beseitigen. Für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten ist die Behörde nach der Verordnung vom 16. 5. 1972¹⁷ über die Zuständigkeit für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 2 des Art. 6 MRVerbG zuständig.

Zur Durchführung der Verordnungen hat der Senator für das Bauwesen Verhaltensrichtlinien erlassen¹⁸. Dicse Richtlinien bestimmen den Anwendungsbereich der ZwEVO (insbesondere die Begriffe des Wohnraums und der Zweckentfremdung), die Voraussetzungen einer Zweckentfremdungsgenehmigung (wobei zwischen zweckfremder Nutzung in öffentlichem und in privatem Interesse unterschie-

¹⁰ Ebenda, S. 4.

¹¹ BT-Drucks. VL/2708, S. 5.

¹² Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4. 11. 71 (MRVerbG), BGBl. I, S. 1745.

¹³ Vgl. im einzelnen Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetze, Kommentar, 5. Aufl., München 1984, Rdn. E 21.

¹⁴ GBl. S. 121.

¹⁵ GBl. S. 377.

¹⁶ GBl. S. 96.

¹⁷ GBl. S. 121.

¹⁸ Richtlinien v. 5. 3. 1973, Brem. ABl. S. 123; v. 7. 4. 1981, Brem. ABl. S. 553, geänd. am 27. 12. 1981, Brem. ABl. 1982 S. 34; v. 14. 4. 1983, Brem. ABl. S. 421 geänd. am 27. 10. 83, Brem. ABl. S. 602.

den wird), die Nebenbestimmungen zur Genehmigung (insbesondere Auflagen zur Zahlung einer sogenannten Abstandssumme) und die Eingriffsbefugnisse bei ungehinderter Zweckentfremdung (insbesondere die Befugnis zur Beseitigungsverfügung und zur Anwendung von Verwaltungszwang).

399

Das Interventionsmodell

Mit der Bezeichnung »Modell« meinen wir ein Syndrom von Merkmalen jeweils entweder »interventionistischer« oder »flexibler« Ausprägung, die auf verschiedenen Stufen des Implementationsprozesses wiederkehren. Wir werden die Merkmale aufzuspüren versuchen zum einen auf der *normativen Ebene* (des Rechts, der Rechtsprechung, der Verwaltungsrichtlinien):

- im rechtsdogmatischen Verständnis des Zweckentfremdungsverbots
- in der Breite seines Anwendungsbereichs
- in der Voraussetzung seiner Zulässigkeit
- im Zuschnitt der Genehmigungsvoraussetzungen
- in der Zielsetzung für »Abstandszahlungen« und andere Auflagen; und zum anderen auf der *faktischen Ebene* (des administrativen Handelns):
- in den Handlungsformen (einseitig, vertraglich)
- in der Praktizierung
- im Anwendungsbereich
- in den Genehmigungskriterien und -auflagen sowie
- in den Abstandszahlungen und anderen Auflagen.

Die rechtsdogmatische Einordnung von auf Grund des Art. 6 MRVerbG erlassenen Zweckentfremdungsverboten hat der 2. Senat des BVerfG vorgenommen.¹⁹ In seinem Beschuß vom 4. 2. 1975 entschied er sich für ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt und betonte damit die Vorrangigkeit des Verbots vor nur ausnahmsweise zu erteilenden Genehmigungen:

»Seiner Tendenz nach zielt das Verbot auf jede Zweckentfremdung jedes Wohnraums, weil – in den betroffenen Gebieten – jede denkbare Zweckentfremdung dazu beitragen kann, die bereits gegebene Gefährdung der Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu verschärfen. Unter diesem Blickpunkt wäre eine Befreiungsmöglichkeit nicht geboten. Wenn der Bundesgesetzgeber sich unbeschadet dessen nicht auf ein bloßes Verbot beschränkt, sondern ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt statuiert hat, so trägt er damit dem Umstand Rechnung, daß auch ein in aller Regel sachlich gerechtfertigtes Verbot im Einzelfall mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Übermaßverbotes in Konflikt geraten kann . . .«²⁰

Ein solcher Einzelfall liegt vor,

»wenn besonders schützenswerte andere Interessen – sei es vorrangige öffentliche Belange, sei es ein schutzwürdiges berechtigtes Eigeninteresse der Verfügungsberechtigten – ausnahmsweise das Interesse am Bestandsschutz des betroffenen Wohnraums überwiegen. Als solch ein überwiegendes Interesse kommt das normale Motiv der Zweckentfremdung, das bloße Streben nach Erhöhung der Rendite allein, nicht in Betracht.«²¹

In derselben Entscheidung werden auch die Voraussetzungen skizziert, die in Gemeinden gegeben sein müssen, wenn für sie ein Zweckentfremdungsverbot erlas-

¹⁹ BVerfGE 38, 348. Schon die Tatsache, daß der 2. Senat entschied, die ZwEVOen also nicht primär als Grundrechtsangelegenheit, sondern als Problem der Delegation gem. Art. 80 GG angesehen wurden, deutet auf eine interventionistische Wahrnehmung hin.

²⁰ A. a. O. S. 368.

²¹ A. a. O. S. 367.

sen werden soll. Art. 6 MRVerbG fordert, daß »die Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist«. Die Vagheit dieser Formulierung hätte erwarten lassen, daß das BVerfG bei der Prüfung am Maßstab des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG bestimmte quantifizierte Angebot-Nachfrage-Relationen entwickelt. Statt dessen hält das Gericht dem Verordnungsgeber alle Türen offen und gesteht ihm »als einem demokratisch legitimierten und politisch verantwortlichen Staatsorgan ein(en) gewisse(n) Beurteilungsspielraum für sein Eingreifen« zu.²² Schließlich steckt der Beschuß des BVerfG auch den Anwendungsbereich des Zweckentfremdungsverbots ab, und zwar auf großzügige Weise. Nicht als Wohnraum gilt und somit nicht erfaßt ist lediglich solcher Raum, der »vom Markt nicht mehr angenommen wird«, z. B. Notunterkünfte oder »abbruchreife Räumlichkeiten«²³, wohl aber mit vertretbarem Aufwand modernisierbarer Wohnraum. Als Zweckentfremdung wird auch der Abbruch oder absichtliches Leerstellenlassen und Unbrauchbarmachen von so umschriebenem Wohnraum angesehen.²⁴

Die Konkretisierung der Voraussetzungen von Zweckentfremdungsgenehmigungen findet sich am deutlichsten in den Verwaltungsrichtlinien.²⁵ Wenn diese auch den Ausnahmeharakter der Genehmigung nicht so stark betonen wie der 2. Senat des BVerfG, wird doch die Absicht zu möglichst enger Umgrenzung der Genehmigungstatbestände deutlich. Fälle vorrangiger privater Interessen (auf die wir uns beschränken wollen²⁶), betreffen vor allem Erweiterungen von Gewerbebetrieben und Intensivierungen der Wohnnutzung durch Abbruch und Neubau. Das private Interesse an Betriebserweiterung gilt als vorrangig, wenn ohne diese die Existenz des Betriebes gefährdet wäre. »Die Möglichkeit, durch die Zweckentfremdung von Wohnraum Arbeitsplätze zu schaffen oder zu erhalten, dürfte in der Regel eine Genehmigung nicht rechtfertigen«.²⁷ Das private Interesse an intensiverer Wohnnutzung gilt als vorrangig, wenn der Zustand des abzubrechenden Wohnraums nicht mehr zumutbar ist oder wenn eine wesentlich größere Gesamtfläche erstellt werden soll, ohne daß damit aber die Absicht, »ein höheres Entgelt zu erzielen«, verbunden ist.²⁸

Geht Wohnraum durch Zweckentfremdung verloren, kann nach den Richtlinien eine »Abstandszahlung« auferlegt werden. Der 2. Senat des BVerfG hatte solche Geldauflagen, obwohl Art. 6 MRVerbG sie nicht ausdrücklich erwähnt, in Übereinstimmung mit der allgemeinen Lehre zur Zulässigkeit von Auflagen²⁹ für zulässig gehalten, wenn sie nicht zu fiskalischen Zwecken missbraucht werden, sondern sich am Zweck des Zweckentfremdungsverbots ausrichten.³⁰ Dementsprechend bestimmen die Richtlinien, daß die Abstandssumme dem sozialen Wohnungsbau zuzuführen ist und daß sich ihre Höhe nach dem Wohnwert des zweckentfremdeten Wohnraums richtet. Die Geldleistung soll also ermöglichen, Wohnraum gleicher (insbe-

²² A. a. O. S. 363.

²³ A. a. O. S. 364.

²⁴ A. a. O. S. 364 f.

²⁵ Daß diese kein materielles Recht enthalten, ist für den vorliegenden soziologischen Zusammenhang bedeutungslos, weil sie – wenn auch ohne gerichtliche Sanktion – die Verwaltung bei ihren Entscheidungen determinieren.

²⁶ Es handelt sich – durchlaufend durch alle Richtlinienfassungen – bei den vorrangigen öffentlichen Interessen um Versorgung mit sozialen Einrichtungen oder lebenswichtigen Diensten und um Abbrüche zu Zwecken der Stadtplanung oder Stadtsanierung.

²⁷ Richtlinien v. 5. 3. 1973, Brem. ABl. S. 123 Ziff. 5.2.

²⁸ A. a. O. Ziff. 5.1.

²⁹ Vgl. z. B. BVerwGE 42, 331.

³⁰ BVerfGE 38, 369.

sondere auch geringer und dementsprechend billiger) Qualität wie der Qualität des zweckentfremdeten Wohnraums zu errichten – eine Art Austauschverfahren.

401

Die Handlungsformen der Verwaltung im »Interventionsmodell« sind die klassischen Formen des Verbots und der Erlaubnis mit Nebenbestimmungen. Zur Durchsetzung des Verbots ist allerdings ein Unterschied auf den Ebenen der Rechtsprechung und der Richtlinien zu bemerken. Während die Richtlinien wie selbstverständlich dem in der ZwEVO ausgesprochenen Verbot auch die Befugnis zur Beseitigungsverfügung und anschließenden Anwendung von Verwaltungswang entnahmen (und die Verwaltungspraxis, soweit sie ungenehmigte Zweckentfremdung überwachte, vermutlich dementsprechend verfuhr³¹), wäre aus der allgemeinen Rechtsprechung des BVerwG zur Herleitung von Überwachungsbefugnissen bei gesetzlichen Verboten Anfang der siebziger Jahre ablesbar gewesen, daß dies zumindest nicht unproblematisch ist, da die bloße Setzung eines materiellrechtlichen Verbots nicht ohne weiteres auch die Überwachungsbefugnis impliziert.³² Dies hat das BVerwG dann 1979 in zwei Entscheidungen auch für Art. 6 MRVerbG ausgesprochen, wobei es freilich den Weg offenließ, die Überwachungsbefugnis auf spezielle landesrechtliche oder allgemein polizeirechtliche Ermächtigungen zu gründen.³³

Das Flexibilitätsmodell

Gegen Ende der siebziger und Anfang der achtziger Jahre durchzieht die genannten Implementationsebenen ein neuer Geist. An die Stelle der entschiedenen Bewirtschaftung des Wohnraumbestandes tritt eine funktionale Betrachtung der Wohnungsversorgung als ganzer, und zwar zum einen *extern* in einer Relativierung der Versorgungsinteressen durch andere Interessen (wie insbesondere denen der Arbeitsplatzschaffung), zum andern *intern* durch flexibleres Wechseln von der Bestandserhaltung zu Strategien der Ersatzraumbeschaffung.

Die rechtsdogmatische Einordnung des Zweckentfremdungsverbots als repressives Verbot mit Genehmigungsvorbehalt, die der 2. Senat des BVerfG 1975 vorgenommen hatte, wurde vom 1. Senat des BVerfG in einem Beschuß vom 2. 12. 1980 wenn nicht offen aufgegeben, so doch implizit in Richtung auf ein bloß präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gelockert. Die Betonung liegt nicht mehr auf dem Verbot bei ausnahmsweiser Genehmigung, sondern auf dem Genehmigungserfordernis. In der Formulierung des 1. Senats:

»Zu diesem Zweck (sc. zur »Abschwächung einer Mangelsituation beizutragen«) sind die Landesregierungen ermächtigt, die Wohnraumzweckentfremdung von einer Genehmigung abhängig zu machen.«³⁴

Die Voraussetzungen für den Erlass einer ZwEVO in einer Gemeinde waren mehrfach Gegenstand von Entscheidungen des BVerwG und mancher OVGe. Ebenso wie 1975 der 2. Senat des BVerfG lehnt 1979 das BVerwG eine Konkretisierung der erforderlichen Mangelsituation zu einem quantitativ bestimmbarer Nachfrage-Angebot-Überhang ab und erkennt dem Verordnungsgeber eine Beurteilungsprärogative zu, denn

³¹ Ebenso auch der in der Praxis einflußreiche Kommentar von Schmidt-Futterer, *Wohnraumschutzgesetze*, 2. Aufl. Rz. E 93. Der Streit brach 1977 literarisch auf. Vgl. P. Derleder, *Zwangsvermietung gegen Zweckentfremdung*, ZMR 1977, 97 einerseits, K. Binz, *Das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum*, NJW 1977, 2239 andererseits.

³² Vgl. die Entscheidung v. 25. 10. 1972, BVerwGE 41, 106.

³³ Entscheidungen v. 12. 12. 1979, NJW 1980, 1970 u. NJW 1981, 242.

³⁴ BVerfGE 55, 249 (259).

»bei Veränderungen der Gesamtlage auf dem Wohnungsmarkt in einer Großstadt wie Hamburg handelt es sich grundsätzlich um langfristige Entwicklungen sehr komplexer Art.«

Lediglich einen Evidenztest lässt das Gericht gelten, nach dem eine ZwEVO rechtswidrig ist,

»wenn die Entwicklung in dem Sinne abgeschlossen wäre, daß ein Ende der Mangellage auf dem Wohnungsmarkt insgesamt deutlich in Erscheinung trate und das Zweckentfremdungsverbot daher offensichtlich entbehrlich geworden wäre.«³⁵

Dem Verordnungsgeber wird auf diese Weise eine Art Eingreifreserve vorgehalten, die er, auch wenn die Mangelsituation nicht mehr eindeutig gegeben ist, nutzen kann, um zumindest Teilerfolge zu erzielen – und seien es auferlegte Geldleistungen im Austausch gegen den Verzicht auf konsequente Handhabung des Verbots.³⁶ Dagegen wird der Anwendungsbereich der ZwEVO eingeengt; einige Wohnraumkategorien werden damit auf den Umnutzungsmarkt entlassen. Zwar bleiben die Rechtsprechung wie auch die Verwaltungsrichtlinien bei der alten Linie der Einbeziehung z. B. von absichtlichem Leerstehenlassen³⁷ oder von zum Abbruch vorsehenen Wohnraum³⁸. Doch wird auf Grund eines Urteils des BVerwG vom 25. 6. 1982³⁹ nun in den Bremer Richtlinien⁴⁰ und auch in der Genehmigungspraxis die an sich bereits 1975 vom BVerfG behandelte und vom Gelungsbereich der ZwEVOen ausgeschlossene Kategorie »entdeckt«, daß Räumlichkeiten nicht bewohnbar sind oder aus anderen Gründen (insbesondere wegen hoher Preise) vom Markt nicht angenommen werden. Desgleichen wird in der Genehmigungspraxis bisher unbewohnter Neubau ausgenommen⁴¹. Auch solcher Raum gilt nicht als Wohnraum im Sinne der ZwEVO. Weiterhin gelten auf Grund eines Urteils des OVG Berlin vom 9. 11. 1979 Dienst- und Werkwohnungen nicht als Wohnraum, wenn sie in engem räumlichen und funktionellen Zusammenhang mit den Geschäftsräumen stehen.⁴²

Hinsichtlich der Voraussetzungen für Zweckentfremdungsgenehmigungen sind wiederum die Verwaltungsrichtlinien am aussagekräftigsten. Die Voraussetzungen werden nun erheblich erleichtert. In den Fällen gewerblicher Nutzung früheren Wohnraums genügt nun die bloße Sicherung von Arbeitsplätzen:

»Im Falle einer sonstigen Zweckentfremdung zugunsten gewerblicher Zwecke, durch welche zusätzliche Arbeitsplätze geschaffen oder vorhandene Arbeitsplätze gesichert werden, sind das Interesse des Antragstellers an der Zweckentfremdung sowie der arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkt abzuwägen gegen das Interesse an der Erhaltung der betreffenden Wohnung; in der Regel ist in diesen Fällen die Genehmigung zu erteilen.«⁴³

In den Fällen des Abbruchs zum Zweck des Neubaus genügt es, wenn »anstelle des bisherigen Wohnraums neuer, nicht luxuriöser Wohnraum mit mindestens gleicher Fläche geschaffen wird.«⁴⁴

Die vom 2. Senat des BVerfG 1975 noch hochgehaltene und seitdem in den Richt-

35 BVerwGE 59, 195 (198); ebenso die Entscheidung v. 11. 3. 1983, NJW 1983, 2893; ähnlich auch OVG Bremen v. 18. 1. 1983, WM 1983, 172.

36 Kritisch dazu unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten Chr. Trzaskalik, Zur Verfassungsmäßigkeit des Zweckentfremdungsverbots von Wohnraum, Die Verwaltung 1983, 35, 40–43.

37 BVerwGE 59, 195 (200); OLG Düsseldorf v. 6. 7. 1981, NJW 1981, 2312.

38 Richtlinien v. 14. 4. 1983, Brem. ABl. S. 421 Ziff. 3.2.2.

39 BVerwG NJW 1983, 640 = DÖV 1982, 902.

40 Richtlinien v. 14. 4. 1983, a. a. O. Ziff. 3.3.

41 In Bayern gilt Neubau ab Bezugsfertigkeit als Wohnraum i. S. d. ZwEVO. Vgl. Rundschreiben des Innenministeriums v. 7. 7. 1978, abgedr. bei A. Simon, Bayer. Bauordnung. Kommentar. München 1983, Art. 46 B 8.

42 OVG Berlin, ZMR 1980, 80, auf der Grundlage der Berliner ZwEVO.

43 Richtlinien v. 17. 4. 1983, a. a. O. Ziff. 4.1.2.

44 A. a. O. Ziff. 4.2.

linien wiederholte Klausel, daß die Erzielung höheren Entgelts kein Grund für eine Genehmigung sei, entfällt in den Richtlinien von 1983, was angesichts der Abmilderung der Voraussetzungen nur konsequent ist.⁴⁵ Eine Flexibilisierung liegt dabei vor, insofern

403

- das Wohninteresse in eine gleich- oder gar nachrangige Abwägungsposition mit dem Arbeitsplatzinteresse gerät; die Auflösung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses, die schon bei der rechtsdogmatischen Konstruktion des Zweckentfremdungsverbots sichtbar war, spiegelt sich insofern in den Genehmigungsvoraussetzungen, als diese im Grunde nur eine Interessenabwägung verlangen und keine tatbestandsmäßigen Prioritäten mehr setzen (es sei denn solche zuungunsten des Wohnraumschutzinteresses);⁴⁶
- der Ersatzbau nicht den gleichen Preis wie der zweckentfremdete oder abgebrochene Bau haben muß;
- der Ersatzbau nicht auf demselben Grundstück zu erstellen ist; für ihn wird ein weiter Rahmen abgesteckt: Nach einer Entscheidung des BVerwG muß er in derselben Gemeinde, vom selben Verfügberechtigten, mit gleichem Standard, in zeitlichem Zusammenhang mit dem Abbruch sowie in mindestens gleichem Umfang wie der abgebrochene Wohnraum errichtet werden und dem Markt zur Verfügung stehen.⁴⁷

Wenn, wie die Analyse der Genehmigungsvoraussetzungen zeigte, in dem Tausch Altbau gegen Ersatzbau oder Altbau gegen Neubau die jeweilige Gegenleistung flexibilisiert und das Ziel der Erhaltung oder Wiederherstellung von *billigen* Wohnungen mehr und mehr aufgegeben worden ist, wäre durchaus im Sinne des Flexibilitätsmodells in Betracht gekommen, das Instrument der Geldleistungsaufgabe nun um so konsequenter einzusetzen und als Mittel zur Geldbeschaffung für billigen sozialen Wohnungsbau zu benutzen. Die Flexibilität hätte dann darin bestanden, die Frage, wer Bauherr für den Neubau sein soll, als Variable zu behandeln. Bemerkenswerterweise wird jedoch auch das Instrument Aufgabe flexibilisiert. Die »Gegenleistung« (Ersatzbau, Arbeitsplätze) wird von zusätzlichen Kosten aus Geldauflagen weitgehend freigestellt. Nach den Richtlinien von 1983 entfällt die Abstandszahlung bei Schaffung von »neuem, nicht luxuriösen Wohnraum« ganz und bei der Erweiterung eines Gewerbebetriebes um bis zu 85%.⁴⁸

Für den Fall des Ersatzbaus wird diese Praxis sogar verfassungsrechtlich untermauert. In seinem Beschuß vom 2. 12. 1980 zieht der 1. Senat zur Rechtfertigung die »Sickereffektstheorie« heran:

»Die von den Gerichten des Ausgangsverfahrens vertretene gegenteilige Auffassung sieht die Zusammenhänge zwischen der Beseitigung veralteter und der Errichtung neuen frei finanzierten Wohnraums zu eng. Sie verkennt, daß die Wohnungsmarktlage nicht nur dann entlastet werden kann, wenn an die Stelle des alten Wohnraums neue Wohnungen gleichem Zuschnitts, gleicher Ausstattung und gleicher Miethöhe treten. Denn der Bedarf an neuzeitlichem wie auch an einfacherem, älterem Wohnraum wird durch vielfältige Faktoren – etwa durch sozialen Aufstieg oder Änderung des Familienstands – bestimmt, die wiederum auch bei jedem anderen Mieter einem Wandel unterliegen können. Davon gehen unterschiedliche, die Wohnraumnachfrage wechselseitig beeinflussende Wirkungen aus. Die teureren, dafür aber besser ausgestalteten

45 Das VG Berlin präzisierte in einem Urteil v. 4. 9. 1981 das Renditeproblem dahin, daß eine Genehmigung nicht verweigert werden dürfe, wenn andernfalls die Ausgaben die Einnahmen langfristig überschreiten würden (NVwZ 1982, 53 (54)).

46 So auch bereits VG Berlin, WM 1976, 211. (Der geringe zeitliche Abstand zur ersten Entscheidung des BVerfG ändert nichts daran, daß Mitte der siebziger Jahre die Wende des Interventions- zum Flexibilitäts syndrom zu sehen ist. Die Entscheidung des BVerfG kommt als höchstrichterliche verspätet.)

47 BVerwG v. 12. 3. 1982, NJW 1982, 2269 (2270).

48 Richtlinien v. 15. 6. 1983, I. d. F. v. 27. 10. 83, Brem. ABl. S. 421, 602 Ziff. 5.4. und 5.4.3. Für Ersatzbau hatte dies das BVerfG, a. a. O. gefordert.

ten Wohnungen kommen dann der allgemeinen Versorgung zugute, wenn ihre Besitzer wiederum Wohnraum freimachen. Neuer, vermehrter Wohnraum ist geeignet, das Angebot an Wohnungen verschiedenartiger Qualität in den gefährdeten Bereichen zu verbreitern; er trägt deshalb zur Befriedigung unterschiedlicher Wohnansprüche (mit deutlicher Tendenz zu neuzeitlichem Wohnkomfort) bei und entlastet damit den Markt insgesamt.“⁴⁹

Das neue Ziel ist also nicht mehr die Erhaltung des billigen Altbau, auch nicht der über Auflagen finanzierbare billige Neubau, sondern die »Entlastung des Marktes insgesamt«, also im Grunde das Ziel rein marktwirtschaftlicher Politik.

Ganz entsprechend könnte man – obwohl das BVerfG hierüber nicht entschieden hat und wegen entsprechender Vorwegnahme durch die Verwaltungspraxis auch wohl nicht zu entscheiden haben wird – für den Fall der Zahlungsminderung bei Arbeitsplatzschaffung oder Betriebserweiterung argumentieren: Betriebserweiterung führt zu höheren Steuereinnahmen und dementsprechend zu einer Erweiterung der öffentlichen Kapazität, Sozialwohnungsbau zu fördern. Neu geschaffene oder alte gesicherte Arbeitsplätze ermöglichen dem Beschäftigten, selbst Wohnungen zu bauen oder in teurere Wohnungen umzuziehen. Auch auf diese Weise wird »der Markt insgesamt entlastet«.

Es ist hier nicht der Ort, den Wahrheitsgehalt der zugrundeliegenden Annahme zu überprüfen. Erhebliche Zweifel sind schon deshalb angebracht, weil die angenommenen Verursachungsketten (Neubau – Umzug – Nachzug, Betriebserweiterung – Steuern – Einsatz für Sozialwohnungsbau) zu lang sind, um Prognosen zu ermöglichen.⁵⁰ (Paradoxerweise fällt die Systemtheorie, die die »kurzen« Kausalitätsannahmen der Interventionstheorie kritisierte, selbst also auf noch viel fragwürdigere »lange« Kausalitätsannahmen zurück). Im vorliegenden Zusammenhang genügt es zu konstatieren, daß die »Gesamtschau« nichts anderes als die rein marktwirtschaftliche Betrachtungsweise ist.

So ist es nur konsequent, wenn die Verwaltungspraxis das bereits recht elastische Instrumentarium auch hinsichtlich der Handlungsformen flexibilisiert. Im Falle der Schaffung von Ersatzwohnraum wird in Bremen neben einer Genehmigung mit Ersatzbauauflage auch der Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vertrages ermöglicht. Das Vertragsmuster ist so formuliert, daß eine Sanktion bei Nichterfüllung der Ersatzbauverpflichtung praktisch undenkbar ist. Die Baupflicht ist durch die Formulierung »das Gebäude ist in angemessener Frist fertigzustellen« und durch eine Verlängerungsmöglichkeit auf Antrag zeitlich kaum eingegrenzt. Ist dennoch einmal eine Fristüberschreitung feststellbar, droht eine Vertragsstrafe, die jedoch bisher noch nicht geltendgemacht worden und wohl eher Theaterdonner ist.⁵¹

Zwar unterwirft sich der Antragsteller »bezüglich der Verpflichtungen aus diesem Vertrag« der sofortigen Vollstreckung gem. § 61 Verwaltungsverfahrensgesetz, doch ist kaum vorstellbar, wie die Bauverpflichtung denn vollstreckt werden sollte, abgesehen davon, daß auf den bloßen Vertrag keine Grundverfügung gestützt werden dürfte⁵².

Im übrigen ist die Kapazität und Bereitschaft der Behörde, die Erbringung der »Gegenleistung« zu überprüfen, ohnehin begrenzt. Das zuständige Amt für Wohnung und Städtebauförderung hat für den ganzen Bereich der Zweckentfremdung

⁴⁹ BVerfGE 55, 249 (259 f.).

⁵⁰ Zur Kritik an der Sickereffektsthese vgl. S. Schuster, R. Güller, Läßt sich die Wohnungsversorgung sozial schwächer Haushalte durch Sickereffekte verbessern? WM 1984, 91. Zur Verwendung durch das BVerfG s. auch R. Güller, Das Zweckentfremdungsverbot als Problem kommunaler Wohnungsbestandspolitik, WM 1981, 147 (148).

⁵¹ Mit DM 500 pro qm ist sie ungefähr so hoch wie die normale Abstandssumme für Zweckentfremdung, die 1983 zwischen DM 300 und DM 600 pro qm betrug.

⁵² Vgl. BVerwGE 50, 171.

(Überwachung ungenehmigter Zweckentsremdung, Genehmigungserteilung, Überwachung des Auflagenvollzugs) nur eine halbe Verwaltungsstelle zur Verfügung. Deshalb, aber auch aus Gründen der Schonung investitionsbereiter Antragsteller, verzichtet die Behörde denn auch fast ganz auf eine Nachprüfung darauf, ob die Zahl der behaupteten Arbeitsplätze auch tatsächlich entsteht.

405

Effekte

Hat nun das Flexibilitätsmodell im Endergebnis mehr oder weniger Zweckentsremdungen zugelassen als das Interventionsmodell, und hat es über Auflagen seine weiter gesteckte funktionale Gesamtbetrachtung durchsetzen können?

Es spricht einiges dafür, daß die Behördenpraxis von der Unterschiedlichkeit der beiden Modelle wenig berührt worden ist. Die Statistik der Genehmigungen zeigt, daß jeweils nur eine verschwindend geringe Anzahl von Anträgen abgelehnt wurde. Lediglich 1981 und 1982 liegt die Zahl etwas höher, was auf eine vorübergehende politische Aufmerksamkeit der politischen Spitze für das »issue« Zweckentsremdung zurückzuführen ist.⁵³

Zweckentsremdungsanträge und -genehmigungen in Bremen (Stadt)⁵⁴

Jahr	Anträge auf Abbruch	Nut-zungsän-derung	Genehmi-gungen	Geld	Auflagen		Ableh-nung
					Neubau	Vermie-tung	
1972	1	3	4	0	0	0	0
1973	68	33	84	4	0	1	2
1974	50	28	75	0	1	2	0
1975	68	15	74	1	0	6	1
1976	66	29	88	2	0	3	2
1977	88	25	101	1	0	7	4
1978	118	32	128	2	0	15	5
1979	102	33	111	3	1	18	1
1980	104	29	117	3	0	10	2
1981	71	33	85	9	0	4	13
1982	68	50	103	7	?	?	10
1983	64	40	102	13	?	?	2

⁵³ Eigene Erhebungen

Allerdings könnte es sein, daß viele potentielle Antragsteller im Wege informeller Vorgespräche abgeschreckt werden. In der Tat finden Vorgespräche im Umfang von etwa der doppelten Zahl der Antragstellungen statt. Sie bestehen freilich zum großen Teil in der bloßen Auskunftserteilung über die Rechtsgrundlagen und Behördenpraxis und seltener in der Erörterung konkreter Fälle. Auch haben sie häufig das Ergebnis, daß eine Wohnung gar nicht in den Anwendungsbereich der ZwEVO fällt. Jedenfalls ist für unseren Zusammenhang festzuhalten, daß sich insofern kaum ein Unterschied zwischen der »interventionistischen« und der »flexiblen« Phase zeigt.

⁵⁴ Damals mußte jede geplante Genehmigung vor endgültiger Entscheidung der Aufsichtsbehörde vorgelegt werden. Viele von den Ablehnungen sind ins Widerspruchsverfahren gegangen und dort teils noch anhangig.

Die großzügige Genehmigungspraxis, die in der Bundesrepublik durchaus nicht alleinsteh⁵⁴, wird unter dem Flexibilitätsmodell (also in der zweiten Phase) auch nicht etwa durch eine extensive Benutzung der Auflage als Instrument der Absicherung von Tauschgeschäften (Abstandsummen, Neubau, Nurvermietung) aufgefangen. Obwohl mit steigender Tendenz Geldzahlungsauflagen gemacht werden, tendieren sie zu immer geringfügigeren Beträgen. Besonders interessant ist, daß die Zahlungsauflagen ganz überwiegend zu Widersprüchen der Genehmigungsadressaten führen. Die Erwartung des flexiblen Rechtsvollzugs, daß der Tausch »Befreiung gegen Abgabe« friedlich ohne Rechtsmittel verlaufe, erfüllt sich also nicht. Abgesehen davon ist das Aufkommen aus der Abgabe, das jährlich ca. DM 100 000 ausmacht, keineswegs ausreichend, um die verloren gegangenen Wohnungen zu ersetzen. Wenn es zu dem Flexibilitätsmodell gehört, daß gegen die Freigabe eines qualitativen Verhaltens (Zweckentfremdung) »abstraktes« Geld für funktionale Äquivalente beschafft wird, so erweist sich auch diese Erwartung als trügerisch.

Resümee

Zusammenfassend führt die Praxis unter beiden Rechtsmodellen zur Durchsetzung der sogenannten Kräfte des Marktes, d. h. der Umnutzungsdynamik der Bodenrente und investitionswilliger Kapitalien. Unterschiedlich ist lediglich die Erklärung der Wirkungsweise des Rechts. Im Interventionssyndrom scheitert das Recht: Die ökonomischen Zwänge erweisen sich als stärker und drängen die Behörde zum Nichtstun, zur Nachgiebigkeit oder auch zum Aushandeln und zum Austausch eigenen Interventionsverzichts gegen gewisse Anpassungen des Bauherrn. Im Flexibilitäts syndrom rationalisiert das Recht seine eigene Durchsetzungsunfähigkeit, indem es seine (nichtstuerische, nachgiebige, tauschförmige) Praxis zum Programm erhebt. Die weitere Folge der unterschiedlichen Syndrome kann freilich auch die Praxis berühren.⁵⁵ Im Interventionssyndrom hat die Behörde einen relativ festen Bezugspunkt, von dem aus sie Nachgiebigkeit zeigen und gegen Gegenleistungen »verkaufen« kann und an dem sie bei unvorsichtiger Öffentlichkeitspolitik gemessen wird. Im Flexibilitäts syndrom fehlt dieser Bezugspunkt. Die Behörde hat in Aushandlungssituationen deshalb nichts anzubieten und wird womöglich noch weniger erreichen als im Interventionssyndrom. Andererseits bleibt sie mangels eindeutiger Maßstäbe von öffentlicher Kritik verschont – kurzfristig, denn die Kritik wird auf eine höhere Ebene verwiesen, nämlich die der Legitimität eines bestimmten Regelungsmodells insgesamt. Aus Einzelfallkritik wird so u. U. mehr oder auch weniger diffuse Struktukritik. Das Recht, das die Tauschrationnalität internalisiert, verliert seine Legitimität dann auch als Recht.

54 Nach der Auszählung des Referats für Stadtplanung und Bauordnung der Stadt München wurden 1983 bei 355 eingehenden Abbruchanträgen kein Abbruchantrag abgelehnt und bei 432 Nutzungänderungsanträgen 17 abgelehnt. Allerdings sind 58 Antragsrücknahmen verzeichnet, unter denen sich vermutlich abgeschreckte Fälle verbergen, da sog. Negativatteste (Bescheinigung der Nichteinwendbarkeit der ZwEVO) gesondert gezählt werden. Nach dem Arbeitsbericht des Amtes für Wohnungswesen der Stadt Köln (zitiert bei H. Poetes, WM 1983, 249) wurden 1982 bei 125 Genehmigungen 4 Ablehnungen erteilt.

55 Vgl. dazu ausführlicher G. Winter, Bartering Rationality in Regulation. A Comparative Perspective. Erscheint Anfang 1985 in Law and Society Review.