

Privatrecht in der Wohnungskrise: Soziales Mietrecht und die Verfassung des Wohnungsmarktes

Klaas Hendrik Eller

A. Einleitung: Wohnungskrise und Privatrecht

Wohnen entwickelt sich zu einer der großen sozialen Fragen unserer Zeit. Wohnungsknappheit und rasante Preissteigerungen nicht nur in attraktiven Innenstadtlagen haben den Zugang zu bezahlbarem Wohnraum als „Mittelpunkt (der) privaten Existenz“¹ erheblich erschwert. Art und Lage einer Wohnung entscheiden überdies über Teilhabe, Gesundheit sowie Schutz vor Umwelt- und Klimaeinwirkungen. Wohnungspolitik steht entsprechend hoch auf der politischen Agenda, in Deutschland und in Europa.² Die befürchtete Kündigungswelle im Zuge der Covid-19-Pandemie nach Auslaufen der in vielen Ländern beschlossenen Moratorien³ hat dem Thema zusätzliche Dringlichkeit verliehen. Weltweit entstehen soziale Bewegungen, die sich für die Stärkung eines „*right to housing*“⁴ einsetzen und auf die vielfältigen

1 BVerfGE 89, 1 Rn 21; vgl auch BVerfGE 139, 245 Rn 56; 151, 67 Rn 52.

2 Vgl jüngst European Parliament resolution of 21st January 2021 on access to decent and affordable housing for all (2019/2187(INI)).

3 Für Deutschland vgl Art. 240 § 2 EGBGB, dazu *Sittner* Mietrechtspraxis unter Covid-19, NJW 2020, 1169; zur US-amerikanischen Diskussion siehe *Larkin*, The Sturm and Drang of the CDC's Home Eviction Moratorium, Harvard Journal of Law & Public Policy Per Curiam 2021, 1; vgl auch *Rosen-Zvi/Rosenberg*, The Politics of Civil Procedure: The Curious Story of the Process for the Eviction of Tenants, Law & Ethics of Human Rights 15 (2021), 153.

4 Vgl aus dem Kreis der Landesverfassungen in Bayern Art. 106 BV und in Berlin Art. 28 Abs. 1 VvB; ferner auf internationaler Ebene Art. 11 Abs. 1 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt); Art. 8 EMRK und Art. 7 GRK sowie aus der jüngeren international-rechtlichen Entwicklung UN Sustainable Development Goals (Ziel 11.1); dazu *Eller*, SDG 11: Sustainable Cities and Communities in Michaels/Abou-Nigm/van Loon (Hg), UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law (Cambridge: Intersentia 2021) 353; zur europäischen Debatte und Judikatur *Domurath/Mak*, Private Law and Housing Justice in Europe, The Mo-

polit-ökonomischen Faktoren hinweisen, die Wohnungsmärkte in den letzten Jahren strukturell verändert haben.⁵ Die Wohnung ist Zuhause und wirtschaftliches Investitionsgut zugleich und dem Recht kommt regelmäßig die Aufgabe zu, zwischen beiden Dimensionen zu moderieren. In Deutschland, wo mit nur ca. 45 Prozent die geringste Wohneigentumsquote der EU herrscht, besitzt das Mietrecht insofern besondere Breitenwirkung.

All dies trifft die deutsche privatrechtliche Debatte eher unvorbereitet. Wohnungspolitische Fragen werden im Privatrecht bislang quasi ausschließlich mit dem Mietrecht in Verbindung gebracht, das wiederum in den letzten Jahrzehnten trotz seiner Bedeutung in der justiziellen Praxis nicht im Zentrum privatrechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung stand.⁶ Mit seinen häufigen Gesetzesänderungen gilt Mietrecht im Gegenteil als eine schwer zu systematisierende, eher kleinteilige und fallbasierte Materie,⁷ die von Stimmen aus der Praxis dominiert wird. Das Zutrauen in Mietrecht als Regulierungsinstrument für konkrete wohnungspolitische Zwecke fiel zuletzt eher gering aus, wie etwa der Beitrag von *Andreas Kletečka*⁸ auf der Hamburger Zivilrechtslehrtagung 2019 und die anschließende Diskussion zeigten.

Der Berliner „Mietendeckel“⁹, jene experimentelle Antwort des Landesgesetzgebers auf die Wohnungsnot in der Hauptstadt, hat nun

dern Law Review 83 (2020) 1188 (1193 ff); rechtsvergleichend Schmid (Hg), Tenancy Law and Housing Policy in Europe. Towards Regulatory Equilibrium (Cheltenham: Edward Elgar 2018).

- 5 Vgl etwa *Vogelpohl et al.* in Schönig/Kadi/Schipper (Hg), Wohnraum für alle?! Perspektiven auf Planung, Politik und Architektur (Bielefeld 2017) 102 ff; *Wjburg*, The de-financialization of housing: Towards a research agenda, Housing Studies 36 (2021) 1276.
- 6 Ähnlich für die Privatrechtsvergleichung *Hau*, Harmonisierung des Immobiliarmietrechts in Europa – Bestandsaufnahme und Perspektiven, JZ 2010, 553 (558).
- 7 Vgl *Häublein* in MüKo-BGB, 8. Aufl. (München 2020), Vor § 535 Rn 3 („Modifizierungen (sind) eine der verlässlichsten Konstanten der Miete“); zur Rolle richterlicher Rechtsfortbildung *Sonnenschein*, Der Einfluss des Bundesgerichtshofs auf die Auslegung, Rechtsfortbildung und Reform des Mietrechts, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I (München 2000) 443.
- 8 *Kletečka*, Mietrecht zwischen Sozialschutz und Marktregulierung, AcP 220 (2020) 674; *Scholz-Berger*, Diskussionsbericht zum Referat von Andreas Kletečka, AcP 220 (2020) 693.
- 9 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a. zum Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) in der Fassung von Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mieten-

Grundfragen des Mietrechts, seine normativen Leitideen und seine Rolle in der Gesamtrechtsordnung und im föderalen Bundesstaat mit Nachdruck wieder in den Fokus gerückt: Wie weit reichen die eingespielten Mechanismen eines „sozialen“, „materialisierten“ Mietrechts des BGB angesichts aktueller wohnungspolitischer Herausforderungen? Wie lässt sich die soziale Programmatik des Mietrechts – „*housing justice*“¹⁰ – für regional heterogene Wohnungsmärkte zeitgemäß reformulieren? Dabei werden hinter der vordergründig kompetenziellen Ausgangsfrage historisch verfestigte Vorstellungen des Aufgabenkreises und der zugrundeliegenden Ordnungsprinzipien von „privatem Mietrecht“ und „öffentlicher Regulierung“ deutlich. Der rechtliche Regelungsbereich des Wohnens ist seit Inkrafttreten des BGB von einer Dualität privat- und öffentlich-rechtlicher Normen und Instrumente geprägt, die sich funktional ergänzen und sich erst in der Gesamtschau erschließen.¹¹ Von der kommunalen bis zur europarechtlichen Ebene ist Mietrecht öffentlich-rechtlich flankiert.¹² Demgegenüber stand in der Diskussion um den Berliner „Mietendeckel“ die Auslegung des Kompetenztitels für „Bürgerliches Recht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG im Zentrum, mit der Folge, dass von befürwortender wie ablehnender Seite die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht mitunter unfreiwillig in idealtypischer Trennschärfe beschworen werden musste. Beide Rechtsgebiete werden darin nicht als flexibel aufein-

begrenzung vom 11. Februar 2020 (GVBl vom 22. Februar 2020 S. 50); vgl hierzu nur den Diskussionsanstoß durch *Weber*, Mittel und Wege landesrechtlichen Mietpreisrechts in angespannten Wohnungsmärkten, JZ 2018, 1022 sowie jüngst *Ackermann*, Das bürgerliche Recht in der bundesstaatlichen Ordnung. Zum Kompetenzstreit um den Berliner „Mietendeckel“, JZ 2021, 7, mit Erwiderung durch *Wagner*, Mietendeckel ohne Kompetenzgrundlage, JZ 2021, 247 und Duplik durch *Ackermann*, Zu Gerhard Wagner, Mietendeckel ohne Kompetenzgrundlage, JZ 2021, 251.

10 Vgl *Domurath/Mak*, Housing Justice (Fn 4) 1206 ff.

11 Vgl für die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts jüngst *Beil*, Historische Entwicklungslinien des Wohnraummietrechts (Tübingen 2021) passim.

12 Vgl EuGH, Rs. C-724/18 und C-727/18 *Cali/HX* gg. Paris („Airbnb“), NJW 2021, 41 (m. Anm. *Mayer/Hardan*). Zur Hybridstellung des Wohnungsrechts zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht im US-Recht *Barnes*, Reframing Housing: Incorporating Public Law Principles into Private Law, *Duke Journal of Comparative & International Law* 31 (2020) 91.

ander abzustimmende, „wechselseitige Auffangordnungen“¹³ begriffen, sondern eher starr auf eine Weise, die einen umfassenden und zeitgemäßen Problemzugriff erschwert.

Der Beitrag rekonstruiert das Selbstbild und den Problemhorizont des bürgerlichen Mietrechts und seiner mieterschützenden Regelungen. Kernthese ist, dass die am bilateralen Vertragsverhältnis ansetzende Schutzrichtung des Mietrechts zugunsten des Mieters im heutigen Wohnungsmarkt zunehmend unterlaufen wird. Das sog. „soziale Mietrecht“ muss verstärkt Marktordnungsrecht sein, also in die Struktur von Wohnungsmärkten institutionell eingeschrieben werden. Dies erfordert, Mietrecht und alle weiteren Rechtsgebiete, die heutige Wohnungsmärkte rechtlich verfassen, auch in dieser institutionellen Dimension in den Blick zu nehmen. Der Beitrag plädiert dafür, rechtliche Analyse an Sozialphänomenen und ihren vielschichtigen rechtlichen Grundlagen zu orientieren, nicht primär an innerrechtlichen Disziplinengrenzen. Für den Kontext des Wohnens bedeutet dies, vor die Frage nach *Lösungen* der Wohnungskrise zunächst die Frage nach der Rolle des Rechts in der *Entstehung* ebenjener Krise zu stellen. Dazu sind Rechtsgebiete des Wirtschafts- und Investitionsrechts, die keine gezielt wohnungsspezifische Ausrichtung haben, mit einzubeziehen und als Elemente eines umfassenden Wohnungswirtschaftsrecht zu entwickeln.

B. Mietrecht zwischen Peripherie und Zentrum des Privatrechtsdiskurses

Die Entwicklung des Mietrechts seit Inkrafttreten des BGB ist eng mit den Krisen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im 20. Jahrhundert verknüpft. Die Beratungen zum BGB fielen in eine Zeit der durch Industrialisierung und Verstädterung ausgelösten Wohnungsnot,¹⁴ insbesondere eines Mangels an bezahlbarem Wohnraum für einkommensschwache Bevölkerungsklassen und eines fehlenden Bestandsschutzes

13 Vgl Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (Baden-Baden 1996).

14 Vgl *Reulecke*, *Geschichte der Urbanisierung in Deutschland* (Frankfurt a.M. 2005) 68 ff.

bei Veräußerung.¹⁵ Entsprechend bildete das Mietrecht einen Schwerpunkt der Kontroverse um die soziale Ausrichtung des BGB und den bekanntlich von *Otto v. Gierke* eingeforderten „Tropfen sozialistischen Öles“.¹⁶ Neben dieser frühen und ausdrücklichen rechtspolitischen Bedeutung ist Mietrecht auch ein Rechtsgebiet konzeptioneller Innovationen. Die Judikatur des Reichsgerichts zu Schadensersatzansprüchen von Familienangehörigen des Mieters gegenüber dem Vermieter trug früh zur Entwicklung der Haftung für Drittschäden bei.¹⁷ Mietrecht war ein frühes Anwendungsfeld von Formularverträgen (durch Vermieterverbände)¹⁸, nachdem in der Ursprungsfassung des BGB noch keine bindenden Regeln über Wohnraummiete enthalten waren. Auch zur übergreifenden Koordination zwischen einzelnen Vertragsverhältnissen, wie sie etwa in modernen Produktionsbeziehungen des Franchisings erforderlich wird¹⁹, liefert das Mietrecht umfangreiches Anschauungsmaterial. Heute sticht das Mietrecht durch sein ausdifferenziertes Preisrecht heraus.²⁰

I. Themen und Spezialisierung der mietrechtlichen Debatte

Obwohl Mietrecht somit rechtspolitisch ebenso wie dogmatisch äußerst relevante Eigenheiten aufweist, taucht das Fach in großen privatrechtlichen Debatten kaum auf. Beiträge in Archivzeitschriften und zentralen Foren des Zivilrechts etwa sind absolute Seltenheit. Ein Blick in die kürzlich erschienene Festschrift für *Börstinghaus* gibt einen aktuellen Überblick über die „Facetten des Mietrechts“²¹: Über das beein-

15 Vgl *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts (Tübingen 2001) 231 ff.

16 *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Erstveröffentlichung 1889, Frankfurt a.M. 1943) 8 f.

17 RGZ 91 (1917), 21; dazu *Krings*, Die Vorgeschichte des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter im Mietrecht (Tübingen 2012).

18 Vgl *Beil*, Entwicklungslinien (Fn 11) 98 ff.

19 *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund. Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht (Baden-Baden 2004) 182 f.

20 *Börstinghaus*, Die Entwicklung des Mietpreisrechts in Deutschland, in FS Bub (Berlin 2007) 283 ff.

21 Artz et al. (Hg), Facetten des Mietrechts. Festschrift für Ulf P. Börstinghaus zum 65. Geburtstag (München 2020).

druckende Spektrum von über 35 Beiträgen ergibt sich das Bild eines stark spezialisierten und im Wesentlichen auf das nationale Recht beschränkten, mitunter schnelllebigen und praxisgeleiteten Diskurses, in dem Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten, internationalen Rechtsentwicklungen und insbesondere rechtliche Grundlagen wenig ausgeprägt sind. Die Gründe hierfür dürften vielschichtig sein; darunter nicht zuletzt eine gewisse Unübersichtlichkeit der häufig geänderten und über verschiedene Gesetze verteilten Regelungen. Ein wesentlicher Faktor dürfte die frühe Ausgliederung des Mietrechts als Sonderprivatrecht sein, durch die das Rechtsgebiet – mehr noch als das Arbeitsrecht oder in den letzten Jahrzehnten das Verbraucherrecht – von allgemeinprivatrechtlichen Prinzipien und Entwicklungen ein Stück weit abgeschnitten und auch rechtspolitisch in eine Nische gedrängt wurde.

Dies war in der Ursprungsfassung des BGB, in der umfassende mieterschützende Vorschriften noch fehlten,²² freilich noch nicht absehbar. Der Impuls zu „sozialem“ Mieterschutz ging zunächst auf kriegsbedingtes Notrecht zurück. Erstmals 1917 wurde neu eingerichteten Mieteinigungsämtern die Möglichkeit eingeräumt, Kündigungen rückgängig zu machen und in diesen Fällen zugleich die Miethöhe festzulegen.²³ Diese Regelungen wurden in den Folgejahren erweitert und fanden auch nach Ende des 1. Weltkriegs weiter Zuspruch, sodass sie in Kraft blieben. Mit den Zerstörungen und Fluchtbewegungen im Zuge des 2. Weltkriegs spitzte sich die Wohnungsnot weiter zu und es kam erneut zu mieterschutzrechtlichen ad hoc-Regelungen, die bis in die 1950er Jahre Bestand hatten.²⁴ Elemente waren hier Mietpreisbindung, eine Abschlussverpflichtung von Verträgen sowie Kündigungsschutz, flankiert durch verfahrensrechtliche Fristen und Vollstreckungsschutz. So nahm der Mieterschutz in Sonderregelungen abseits des BGB seinen Anfang und wurde erst im Nachhinein abgeschwächt dauerhaft im BGB niedergeschrieben. Mit dem insoweit zentralen „Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet-

22 Vgl. aber *Oestmann* in HKK-BGB (Tübingen 2013) §§ 535–580a Rn 77 („viel weniger mieterfeindlich, als oftmals vermutet und behauptet“).

23 Erste Mieterschutzverordnung vom 26.7.1917 (RGBl. 1917 I, 659); dazu *Herrlein*, 100 Jahre „Mietpreisbremse“. Entwicklungslinien in Politik und Recht 1916 bis 2016, NZM 2016, 1 (3 f).

24 Vgl. *Oestmann* in HKK-BGB (Tübingen 2013) §§ 535–580a Rn 81ff.

recht“ von 1960²⁵ sollte die „endgültige Überführung des Wohnungsbestandes in die soziale Marktwirtschaft“²⁶ erfolgen. Die Instrumente sind vielfältig und überformen das privatautonome Vertragsmodell des BGB durch Verfahrens-, Frist- und Formregeln zum Vertragsinhalt, seiner Beendigung und zum Vollstreckungsschutz.²⁷

II. Programmatische Beständigkeit des „sozialen“ Mietrechts

Spätestens hiermit war „sozial“ zum beständigen Attribut des Wohnungsmietrechts geworden. Darüber wurde der Eindruck vermittelt, Mietrecht habe seine normativen Grundkonflikte angemessen aufgelöst und das spannungsreiche Verhältnis von Mieter und Vermieter befriedet. „Soziales Mietrecht“ wurde zu einem feststehenden und vermeintlich zeitstabilen Topos, ohne dass der genaue Gehalt des „Sozialen“ und die vielen Schattierungen einer „sozialen“ Ausrichtung des Mietrechts abseits schlagwortartiger Bezugnahmen vollends deutlich wurden.²⁸ Diese Abkapselung des Mietrechts zeigt sich etwa daran, dass sich die Konstitutionalisierung des Privatrechts als vielleicht folgenreichste Episode der jüngeren Privatrechtsentwicklung²⁹ im Mietrecht – abseits der bedeutsamen Entscheidung zum Mietbesitz im Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG³⁰ – vergleichsweise wenig niederschlug. Während die Konstitutionalisierung für andere Privatrechtsinstitute und -gebiete, darunter auch andere Sonderprivatrechte wie das Arbeitsrecht, einen Reflexionsschub bedeutete, sich auf veränderte und verändernde

25 BGBl. I, 389.

26 BT-Drucks. 3/1234, 53.

27 Im Überblick *Häublein* in MüKo-BGB, 8. Aufl. (München 2020) Vor § 535 Rn 59 ff.

28 Vgl nur die Bezugnahmen auf „soziales Mietrecht“ als feststehende Wendung in BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 118, 120, 128, 135 („das soziale Mietrecht im Allgemeinen“), dazu näher unten C. I. 1.

29 *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984) 201; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz (Berlin 1999); *Grundmann*, Pluralistische Privatrechtstheorie – Prolegomena zu einer pluralistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Rechtstheorie als normatives Desiderat („normativer Pluralismus“), *RabelsZ* 85 (2022) (iE); *Keiser*, Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen, *KritV* 96 (2013) 83.

30 BVerfGE 89, 1; dazu *Lepsius*, Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht (Tübingen 2002) 83 ff.

Umweltbedingungen einzustellen und den gesellschaftlichen Kontext individueller Rechtspositionen zu aktualisieren,³¹ umfasst die Rechtsprechung des BVerfG zum Mietrecht zwar mitunter reiches Fallmaterial,³² hat aber das mietrechtliche „Sozialmodell“³³ eher in Nuancen verfeinert. Da das Mietrecht bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts als „materialisiertes“ Privatrecht schlechthin und *avant la lettre* galt, blieb es im Zuge der großen Debatte um die „Materialisierung“ des Schuldvertragsrechts seit Ende des 20. Jahrhunderts³⁴ eher unterbeleuchtet. *Canaris* etwa kommt in seiner grundlegenden Untersuchung zu den „Wandlungen des Schuldvertragsrechts“³⁵ auf der Zivilrechtslehrrtagung 1999 in Salzburg – immerhin anlässlich des 100. Geburtstags des BGB gerade auf historische Entwicklungslinien ausgerichtet – auf das Mietrecht nicht näher zu sprechen. Im Zentrum standen diejenigen Rechtsgebiete, die – wie das Verbraucher-³⁶ und Antidiskriminierungsrecht³⁷ – als zeitgenössische Rechtsentwicklung neue Sonderprivatrechte bzw. Einschränkungen der Inhalts- oder Abschlussfreiheit begründeten. Mietrecht blieb in der hitzigen Debatte außen vor; behandelt als ein Sonderfall – ein Rechtsgebiet, in dem Privatautonomie ihre Dominanz längst eingebüßt³⁸ und das sich durch häufige legislative In-

-
- 31 Vgl *Wielsch*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, AcP 213 (2013) 718; *Grünberger*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht (Baden-Baden 2013); *Hensel/Teubner*, Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias, Kritische Justiz 48 (2014) 150.
- 32 Vgl *Roellecke*, Das Mietrecht des BVerfG – Kritik einer Argumentationsfigur, NJW 1992, 1649; hierzu *Sonnenschein*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Mietrecht, NJW 1993, 161 (162) („BVerfG im Ergebnis doch zur Super-Revisionsinstanz in Mietsachen geworden“).
- 33 Im Sinne von *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (Karlsruhe 1953).
- 34 Zum Diskussionsstand *Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in *Blaurock/Hager* (Hg), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, (Baden-Baden 2010) 13 sowie jüngst *Hönn*, Privatautonomie von innen und außen – Zur Materialisierungsdebatte im Vertragsrecht, JZ 2021, 693.
- 35 *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000) 273.
- 36 Vgl zusammenfassend *Denkinger*, Der Verbraucherbegriff (Berlin 2007) 135 ff.
- 37 Vgl *Grünberger*, Gleichheit (Fn 31) 222 ff.
- 38 *Wiethölter*, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: FS Böhm (Karlsruhe 1965) 41 (58) („Mietrecht (ist) aus dem Privatrechtssystem

tervention selbst aus dem Zentrum des Privatrechts verabschiedet hatte. In jenem Zentrum fand und findet die Vorstellung einer „Einheit des Privatrechts“³⁹ Zuspruch, die einer Fragmentierung in Sonderprivatrechte mit je eigenem normativem Programm skeptisch gegenübersteht.⁴⁰ Diese Skepsis ist auch heute, da eine solche Fragmentierung längst eingetreten und unüberwindbar geworden ist, nicht verschwunden. Sie nährt sich aus dem privatrechtswissenschaftlichen „Selbstverständnis“ eines „rationalen und systematisch geschlossenen Regelbestands“,⁴¹ das den explizit „politisch agierende(n) Gesetzgeber“ als „Irritation des Feinsystems“⁴² begreift. Das Mietrecht, das einen solchen Systemisierungsgrad nie erreicht hat, war jedoch von Beginn an kaum Zielscheibe dieser Kritik. Eher noch sah es sich mit Bedenken konfrontiert, die von entgegengesetzter Seite formuliert wurden: Durch einen Pluralismus der Sonderprivatrechte werde das „allgemeine“ Privatrecht von regulatorischen, „politischen“ Zwecken dem Anschein nach freigehalten und dem Privatrecht insgesamt die nötige Entwicklungsdynamik genommen. Darüber könne das „allgemeine“ Privatrecht weiter als Privatrecht des Allgemeininteresses gelten⁴³ und den

sachlich herausgetreten“ und folgt „anstelle der Grundlagen Willensmacht und Schuld sozial gerechte(n) und vernünftige(n) Rücksichts- und Ausgleichsprinzipien“).

- 39 Vgl die Beiträge in Domej et al. (Hg), Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität (=Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008), Köln 2009; aus heutiger Sicht *Grundmann*, Welche Einheit des Privatrechts? Von einer formalen zu einer inhaltlichen Konzeption des Privatrechts, in FS Hopt (Berlin 2010) 61 sowie jüngst *Koch*, Die Einheit des Privatrechts: Vor- und Nachteile von Sonderrechten, in Hellwege/Soniewicka (Hg), Die Einheit der Rechtsordnung (Tübingen 2020) 203.
- 40 Vgl etwa die kritische Begleitung des entstehenden Verbraucherrechts durch *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher (Berlin 1983) 109 ff, 141 ff.
- 41 *Wagner*, Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakeldeutung und Maschinenraum, in Dreier (Hg), Rechtswissenschaft als Beruf (Tübingen 2018) 67 (69); grundlegend *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. (Berlin 1983).
- 42 Ebd., 96 f.
- 43 *Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153 (156) verwirft bereits den Begriff des „Sonderprivatrechts“ und argumentiert umgekehrt, ein „allgemeines Privatrecht, das diesen Namen wirklich verdienen will, muss sich vornehmlich der Belange der Allgemeinheit annehmen, und die besteht

„Mythos“⁴⁴ seiner unpolitischen Natur aufrechterhalten. Für das Mietrecht bedeutet dies bestenfalls eine Nebenrolle in den im Zentrum des Privatrechts geführten Großdebatten um Konstitutionalisierung, Europäisierung und Globalisierung,⁴⁵ ökonomische Grundannahmen sowie regulatorische Indienstnahme des Privatrechts.⁴⁶ Während andere Gebiete „materialisierten“ Privatrechts in diesen Debatten grundlegende Neuorientierung und viel Aufmerksamkeit erfuhren,⁴⁷ herrschte im Mietrecht zwar legislativ Hochkonjunktur, die aber konzeptionell kaum Neuerung brachte. Die normative Essenz blieb damit das individualvertraglich gedachte Paradigma des Schwächerenschutzes im Verhältnis Mieter./Vermieter. Dazu dienen die Regeln zum Vertragsbestand bei Eigentümerwechsel (§ 566 BGB), zum Ausschluss grundloser Kündigung (§ 543 BGB) und zu den relativen Preisobergrenzen (§§ 556d, 558 BGB).

C. Die politische Ökonomie des Mietrechts in der gegenwärtigen Wohnungskrise

Aus ebenjener individualvertraglichen Perspektive des Mietrechts hat das Privatrecht die tiefgreifenden Veränderungen des Wohnungsmark-

in unserer Gesellschaft nun einmal überwiegend aus Arbeitnehmern und Verbrauchern“. Vgl. auch *Wiethölter*, Vom besonderen Allgemeinprivatrecht zum allgemeinen Sonderprivatrecht? (1982/3), in Zumbansen/Amstutz (Hg), *Recht in Recht-Fertigungen* (Berlin 2014) 199 (200) sowie *Ramm*, Einführung in das Privatrecht, Bd. I (München 1969) 104.

- 44 *Lomfeld*, Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht, in Jansen/Grünberger (Hg), *Perspektiven der Privatrechtstheorie* (Tübingen 2017) 151.
- 45 Eine Ausnahme bildet die transnational geführte Diskussion um Kurzzeitvermietung über Online-Portale, vgl. *Mak*, Regulating online platforms: The case of Airbnb, in Grundmann (Hg), *European Contract Law in the Digital Age* (Cambridge: Intersentia 2018) 87.
- 46 Vgl. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht* (Tübingen 2016) sowie *Micklitz*, The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation, *Yearbook of European Law* 28 (2009) 3; hierzu jüngst *Schweizer*, Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung, *AcP* 220 (2020) 544 (555 ff).
- 47 Vgl. nur *Lütringhaus*, *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt* (Tübingen 2018).

tes in den letzten Jahren kaum erfassen können. Zwar hatte die soziale Ausrichtung des Wohnraummietrechts immer schon auch eine marktordnende Dimension,⁴⁸ die jedoch auf verkürzten Grundannahmen zur Struktur und rechtlichen Verfassung des Wohnungsmarktes aufbaut. Die Finanzialisierung des Immobilienmarktes hat eine Marktdynamik losgetreten, die neue Akteure, Interessen und regulatorische Ebenen erfasst und die im Zweiparteienverhältnis kaum aufgefangen werden kann.⁴⁹

Wenn Wohnraum in Zeiten von Niedrigzinsen immer mehr zum Anlageobjekt von Investitionsgesellschaften und Pensionsfonds wird, entkoppeln sich Mietpreise von der Lohnentwicklung. Die Renditeerwartung („rent gap“⁵⁰) der Investition überlagert das personale Vertragsverhältnis.

I. Pluralisierung: Von rollenspezifischem zu wohnungsmarktspezifischem Mietrecht

Diese Entwicklung ist im Privatrecht bislang kaum verarbeitet worden. Das Mietrecht selbst lässt den Eintritt von Investoren und komplexen Unternehmensstrukturen auf Vermieterseite ungebremst zu. Innerhalb der Rollenzuschreibung „Vermieter“ werden keine weiteren Differenzierungen vorgenommen.⁵¹ Vielmehr dominieren statische Rollenbilder und die damit verbundenen Wohlstandsideale (Kleinvermieter, „unser Oma ihr klein Häuschen“) die Diskussion. Diese früh kritisierte⁵² Grobschlächtigkeit der Zuschreibungen im „materialisierten“

48 Vgl. *Arnold*, Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht (Tübingen 2007) 299 ff.; zur Marktordnung aus individueller und dezentraler Freiheitsausübung *Schweizer*, Vertragsfreiheit (Fn 46) 544 (560 ff.); allgemein zur rechtlichen Konstruktion von Märkten instruktiv *Flume*, Marktaustausch (Tübingen 2019) 78 ff.

49 Vgl. *Aalbers*, The Variegated Financialisation of Housing, *International Journal of Urban and Regional Research* 41 (2017) 542; *ders.*, Housing finance as harm, *Crime, Law and Social Change* 66 (2016) 115; *Stein*, *Capital City. Gentrification and the Real Estate State* (London: Verso 2019).

50 Vgl. *Christophers*, *Mind the rent gap: Blackstone, housing investment and the reordering of urban rent surfaces*, *Urban Studies* 2021 (ahead of print).

51 Bei wenigen Ausnahmen, etwa Art. 19 Abs. 5 Satz 3 AGG (Differenzierung nach Anzahl der vermieteten Wohnungen).

52 Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung (Frankfurt a.M. 1992) 472 ff.

Privatrecht ist im Mietrecht weiterhin virulent. So können über die Leitunterscheidung Mieter./Vermieter zwar bestimmte Ungleichheiten im Vertragsgefüge aufgefangen werden, dies allerdings um den Preis, jeweils andere Aspekte des Mietverhältnisses auszuklammern. Die eingeschriebenen Parteilichkeiten abstrakter Regeln⁵³ lassen sich auch im materialisierten Privatrecht nicht ohne Weiteres vermeiden, sondern sind tief in den Antinomien des Privatrechts verwurzelt.⁵⁴ Ein Beispiel von wachsender Bedeutung sind Dritt- bzw. Allgemeinwohlbelange in Gestalt von Umwelanforderungen, die in der Dichotomie von Mieter./Vermieter nicht abgebildet werden.⁵⁵ Für solche Zielkonflikte etwa zwischen der sozialen und der ökologischen Dimension von Nachhaltigkeit fehlt ein konzeptionelles Instrumentarium, das erforderlich wäre, um die im geltenden Recht teils bestehenden Privilegierungen des Vermieters in Abweichung von allgemeinen Regeln des BGB zu rechtfertigen.⁵⁶

Die Frage, wie ethische und regulatorische Schwächen eines typisierenden, materialisierten Privatrechts ausgeglichen werden können und welche alternativen Rechtsmodi möglich erscheinen,⁵⁷ beschäftigt alle betroffenen Rechtsgebiete in gewissem Umfang. Im Verbraucherrecht wird unter dem Stichwort des „Verbraucherleitbildes“⁵⁸ diskutiert, welche Verhaltensmuster und *biases* allgemein anzunehmen sind; im Ar-

53 Vgl hierzu *Loick*, *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts* (Berlin 2017) 27 ff.

54 Vgl *Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens* (Tübingen 2005).

55 Jüngst etwa im Streit um die Kostentragung der CO₂-Steuer zwischen Mieter- und Vermieterseite.

56 Vgl die Beispiele bei *Rödl/von Restorff*, *Das geltende Mietrecht: Vermieterbegünstigungsrecht*, WuM 2020, 57, im Einzelnen zur Modernisierungserhöhung (§ 559 BGB), der Möglichkeit der Umlegung der Grundsteuer (§ 556 Abs. 1 BGB iVm § 2 BetrKV), in der AGB-rechtlichen Argumentation zu Schönheitsreparaturen, hinsichtlich der Folgen eines Verstoßes gegen die Mietpreisbremse (§ 556d BGB), und bezüglich der Eigenbedarfskündigung einer Außen-GbR.

57 Vgl *Wiethölter*, *Proceduralization of the category of law*, in *Zumbansen/Amstutz* (Hg.), *Recht in Recht-Fertigungen* (Berlin 2014) 479 ff.; *Calliess*, *Prozedurales Recht* (Baden-Baden 1999).

58 Vgl früh *Reich*, *Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz*, ZRP 1974, 187 (190); aus jüngerer Zeit *Hoffmann*, *Die Verbraucherrolle. Zur Frage nach den maßgeblichen Kriterien im materiellen Recht und im Prozessrecht* (Tübingen 2019); allgemein *Braun*, *Leitbilder im Recht* (Tübingen 2015).

beitsrecht beruht die Bedeutung der Qualifikation von Fahrerinnen für Ride-Sharing- und Lieferplattformen auch auf der Binarität des Arbeitnehmerbegriffs.⁵⁹ Im Mietrecht findet insofern in jüngerer Zeit eine interessante Entwicklung hin zu einer Binnenpluralisierung mietrechtlicher Vorschriften statt. In wachsendem Umfang entstehen mietrechtliche Spezialregimes, deren Anwendbarkeit gebunden ist an bestimmte Merkmale des lokalen Wohnungsmarktes. Ein hergebrachtes Beispiel der Berücksichtigung lokaler Umstände ist der Mietspiegel (§ 558c BGB), der die ortsübliche Vergleichsmiete zum Maßstab eines Mieterhöhungsverfahrens macht (§ 558 BGB). Jüngere Beispiele sind noch weitreichender: Art. 19 Abs. 3 AGG beispielsweise enthält einen besonderen Rechtfertigungsgrund für unterschiedliche Behandlung in der Wohnraumvermietung, wenn dies der sozialen Durchmischung anhand eines wohnungspolitischen Konzepts dient.⁶⁰ Die Mietpreisbremse gilt nur in von der Landesregierung per Rechtsverordnung bestimmten „Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt“, für die das BGB einige Merkmale festschreibt (§§ 556d Abs. 2 BGB). In ähnlicher Weise gilt eine verschärfte Kappungsgrenze für Mieterhöhungen in Gebieten, in denen eine ausreichende Wohnungsversorgung „zu angemessenen Bedingungen ... besonders gefährdet“ ist (§ 558 Abs. 3 Satz 2 BGB). In solchen Gebieten gilt überdies eine verlängerte Kündigungsbeschränkung bei Wohnungsumwandlung (§ 577a Abs. 2 Satz 1 BGB).

Diesen Regelungen ist gemein, dass sie durch die geographischen und wohnungsmarktbezogenen Anwendungskriterien besondere Zielgenauigkeit erreichen, die auch ihre politische Durchsetzbarkeit stärkt.⁶¹ Konzeptionell wird damit die regulatorische Dimension des Mietrechts „als Teil eines umfassenden Städtebaurechts“⁶² hervorgehoben und eine scharfe Trennlinie zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereichen verworfen. Die Regelungen folgen nicht nur einem „feingliedrigeren“ Anwendungsbereich, son-

59 Vgl die rechtssoziologische Rekonstruktion bei *Hensell*, Hire me! Arbeiten in der Crowd, in Lomfeld (Hg.), Die Fälle der Gesellschaft (Tübingen 2017) 183.

60 Kritisch zur Bestimmtheit und Anreizstruktur der Norm *Thüsing* in *MüKo-BGB*, 9. Aufl. (München 2021) § 19 AGG Rn 78.

61 *Weigelt*, Die wachsende Stadt als Herausforderung für das Recht (Tübingen 2016) 349 spricht von einem bestimmten „städtebaulichen Zustand“ als Tatbestandsvoraussetzung. Präziser noch geht es um wohnungsmarktbezogene Merkmale.

62 *Weigelt*, Wachsende Stadt (Fn 61), a.a.O.

dern neuartigen Anwendungskriterien. An die Stelle *personalisierter* Anwendungskriterien treten nunmehr *institutionelle*. Solche, durch bestimmte Marktgegebenheiten zur Anwendung gebrachte Regelungen kennt etwa das Wettbewerbsrecht – im Schuldrecht des BGB hingegen dominiert die personale Anknüpfung. Der entstehende Pluralismus mietrechtlicher Regimes löst die frühe Forderung *v. Gierkes* nach mehr „Spielraum“ mit „Rücksicht auf lokale Gewohnheiten und Bedürfnisse“⁶³ im Mietrecht ein. Beliebigkeit wird dadurch vermieden, dass Spezialregimes jeweils nur in Richtung einer stärkeren Berücksichtigung angespannter Wohnverhältnisse von den allgemeinen Regeln abweichen dürfen. Zugleich bietet dieser Pluralismus eine Weiterentwicklung der rollenbezogenen Anwendungskriterien des materialisierten Privatrechts, die auch für andere Rechtsgebiete lohnende Anregungen liefert.

1. Das Beispiel des Berliner „Mietendeckels“

In diesem Licht ist auch die Auseinandersetzung um den Berliner „Mietendeckel“ (MietenWoG Bln) zu sehen: als eine lokale Antwort auf die Spannungslage auf einem bestimmten Wohnungsmarkt, der wie kein anderer in Deutschland rasanten Zuzug und Einstieg von Investoren gesehen hat. In der Sache traf das MietenWoG Bln drei im Kern eigenständige Regelungen zur Miethöhe für eine Dauer von fünf Jahren. Seine Säulen waren ein Moratorium, der eigentliche „Mietendeckel“ (Mietenobergrenze) sowie der „Kappungsmechanismus“. Das Moratorium (§ 3 Abs. 1 MietenWoG Bln) fror die Miete in der Weise ein, dass der Stand an einem Stichtag 2019 in Bestandsmieten nicht überschritten werden durfte. Neben dem Moratorium wurde eine Obergrenze für Mieten eingeführt, die sich im Grundsatz nach den Daten des Berliner Mietspiegels 2013 richteten, dessen Werte die Mietentwicklung in den vier vorangegangenen Jahren abbildeten. Ein Überschreiten der jeweiligen Höchstpreise war für Neuverträge und Bestandsmieten verboten (§§ 4, 5 MietenWoG Bln, „Kappungsmechanismus“). Für Bestandsmie-

63 *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (Leipzig 1889) 240.

ten galt der geschuldete Mietzins erst dann als überhöht, wenn er mehr als 20 % über dem zulässigen Höchstwert lag.

Über Stärken und Schwächen eines „Mietendeckels“ als Regulierungsansatz, über den mitunter experimentellen Charakter⁶⁴ des Gesetzes, seine Signalwirkung⁶⁵ und Ausgestaltung im Detail ließe sich vieles sagen. Da die tieferen Ursachen für den Mietenanstieg vielfältig sind und nur schwer und noch weniger kurzfristig regulatorisch ausgeräumt werden können, setzte der Mietendeckel bewusst an einem „Symptom“, dem Preisniveau, an. Explizite Preisregelungen sind wegen der Unbestimmtheit des „iustum pretium“⁶⁶ zwar grundsätzlich selten. Zugleich gliedert sich der Mietendeckel ein in wachsende Bestrebungen, Preise nicht länger als „naturgemäßes“⁶⁷ zu akzeptierendes Ergebnis von Marktaustausch zu behandeln, sondern als Produkt von interesselaiteten Prozessen und sozialer Konstruktion.⁶⁸ Mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur fehlenden Kompetenzgrundlage des Landes Berlin für einen „Mietendeckel“ kreist diese Diskussion um die Zukunft einer solchen Preisregelung nunmehr um die Frage, ob eine bundesrechtliche Verankerung möglich und sinnvoll ist. Nicht diese Frage soll hier im Zentrum stehen, sondern die Vorstellung von der Struktur „sozialen Mietrechts“, die im Streit um die Gesetzgebungskompetenz zugrunde gelegt wurde.

64 Für eine positive Besetzung „experimenteller“ Regulierung vgl Sabel/Zeitlin (Hg), *Experimentalist Governance in the European Union* (Oxford: Oxford University Press 2010).

65 Zur Theorie „expressiven“ Rechts vgl *McAdams, The Expressive Powers of Law: Theories and Limits* (Cambridge/MA: Harvard University Press 2015).

66 Dazu *Schmoeckel, Rechtsgeschichte der Wirtschaft seit dem 19. Jahrhundert* (Tübingen 2008) Rn 39.

67 Kritisch hierzu *Harcourt, The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order* (Cambridge/MA: Harvard University Press 2011).

68 Vgl *Hockett/Kreitner, Just Prices*, *Cornell Journal of Law and Public Policy* 27 (2018), 771. Ein Beispiel ist etwa das Aufgreifen von Preisdruck innerhalb komplexer Lieferketten in der RL (EU) 2019/633 über unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette; ein weiteres die Diskussion um den Einsatz von Algorithmen zur Personalisierung von Preisen, hierzu *Wagner/Eidenmüller, Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases, and Shaping Preferences: Regulating the Dark Side of Personalized Transactions*, *The University of Chicago Law Review* 86 (2019) 581.

In der Argumentation des Landes Berlin sah der „Mietendeckel“ eine öffentlich-rechtliche Mietpreisvorgabe vor, die zur Behebung einer Schiefelage auf dem Wohnungsmarkt, nicht der Vertragsparität, dienen sollte. Die Landeskompentenz sollte sich daraus ergeben, dass der Kompetenztitel des „Wohnungswesens“ seit der Föderalismusreform I nicht mehr in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG enthalten ist⁶⁹ und entsprechende Kompetenzen damit bei den Ländern liegen (Art. 70 Abs. 1 GG). „Wohnungswesen“ war begrifflich aus Art. 10 Nr. 4 WRV⁷⁰ ins GG übernommen worden und sollte, so die Argumentation des Landes Berlin, im historischen Verständnis des Herrenchiemseer Verfassungskonvents auch weiterhin das seit dem Ersten Weltkrieg öffentlich-rechtlich geregelte Mietpreisrecht umfassen. Im Bestreben, den Kompetenztitel für das „Bürgerliche Recht“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu umschiffen, baute das Land Berlin die Trennlinie zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ausgestaltung stärker auf, als es der weiteren Debatte guttut. Aus privatrechtlicher Sicht jedenfalls war das kein fortschrittliches Argument und führte zu dem Paradox, dass gerade die den Mietendeckel befürwortenden Stimmen argumentativ eine regulatorische Dimension aus dem Privatrecht auslagern mussten.⁷¹

Das BVerfG nimmt dieses Denken entlang rigider Grenzen weitgehend auf. „Bürgerliches Recht“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG sei zunächst einschlägig, wenn „Privatrechtsverhältnisse“⁷² geregelt werden, wozu auch Regelungen zählen können, die nach heutigem Verständnis dem öffentlichen Recht zuzuordnen sind. Basal ist dabei die Unterscheidung zwischen „frei finanziertem“ und „öffentlich geschaffenen, gebundenem“ Wohnraum.⁷³ Innerhalb des „freien“ Wohnungsmarktes werden alle korrektiven, einbettenden Mechanismen dem „sozialen Mietrecht“ zugerechnet, das seinerseits unter die konkurrierende Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG fallen soll. Mit diesem Ar-

69 Vgl. Wittreck, in Dreier (Hg), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. (Tübingen 2018) Art. 74 Rn 5.

70 Hierzu Beil, Entwicklungslinien (Fn 11) 184 f.

71 In der Stellungnahme des Senats und des Abgeordnetenhauses im Verfahren vor dem BVerfG wird ein Idealtypus der bürgerlichen Rechtssphäre entworfen, die „von Vertragsfreiheit, freier Preisbildung und der Idee des Marktwerts geprägt“ sei (wiedergegeben in BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 38).

72 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 111.

73 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 107 ff.

gument und einem weitgefassten Verständnis des „sozialen Mietrechts“ maximiert das Gericht die Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG. Das BVerfG spricht vom „sozialen Mietrecht“ als einem feststehenden Konzept, ohne dessen Konturen zu klären und die inhärente politische Unschärfe des Zusatzes „sozial“ aufzugreifen. Indem die Mietpreisbremse des Bundes und der Berliner Mietendeckel beide dem „sozialen Mietrecht“ zugerechnet werden, treten Unterschiede in der jeweiligen Stoßrichtung (Vertragsparität vs. Marktordnungsrecht) zurück. In einem breiten historischen Abriss führt das BVerfG aus, wie das „soziale Mietrecht im Allgemeinen“⁷⁴ seine Ursprünge im Ersten Weltkrieg und dann in Weimar fand und schließlich über die breite Wohnrechtsnovelle 1960 seine heutige Grundstruktur erhielt. Damals ging es um eine „schrittweise(...) Rückführung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben für das Recht der Mietverhältnisse“⁷⁵ in das BGB. Daraus folgert das Gericht eine exklusive Zuweisung des „sozialen Mietrechts“ an das Bürgerliche Recht, obgleich es wenige Absätze zuvor noch die Heterogenität der Rechtsvorschriften des sozialen Mietrechts betont: Die Normen des sozialen Mietrechts bildeten ein „Konglomerat ... bei dem zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Anteile immer wieder wechselten“⁷⁶. Dies hätte Anlass geboten, innerhalb des „sozialen Mietrechts“ Differenzierungen vorzunehmen, wie etwa jene, die das Land Berlin vorgetragen hatte. Das Gericht kommt hingegen auf Grundlage des (1.) breiten Verständnisses des „sozialen Mietrechts“, das dennoch (2.) in Gänze dem (ebenfalls „entwicklungsoffen“ und weit verstandenen) Bürgerlichen Recht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zugerechnet wird und (3.) der Auffassung, die Mietpreisbremse nach §§ 556ff. BGB sei eine „umfassende und abschließende Regelung“⁷⁷ zum Schluss einer Sperrwirkung. Gemeinsam ist den drei Schritten des BVerfG, dass sie einen Pluralismus der Regelungen und der Regelsetzer im „sozialen Mietrecht“ verhindern (wollen). Hierzu privilegiert das Gericht den formal (Bürgerliches Recht) gegenüber dem funktional (Wohnungswesen) einschlägigen

74 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 135. Ähnlich bereits Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Gesetzgebungskompetenz für ein zeitlich begrenztes Verbot von Mieterhöhungen und Vereinbarkeit mit Art. 14 GG, WD 3 – 3000 – 149/19, 3.

75 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 138.

76 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 136.

77 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 150.

Kompetenztitel und begründet eine breite Sperrwirkung letztlich mit dem Festhalten am Universalismus bürgerlich-rechtlicher Regelungen (nicht deren Fragmentierung in einzelne Regulierungsregimes). So wird – ironischerweise für eines der ersten „Sonderprivatrechte“ des BGB – die Allgemeinheit des Bürgerlichen Rechts als „Bollwerk gegen landesrechtliche Beschränkungen der Privatautonomie“⁷⁸ in Stellung gebracht. Dies bedeutet, die oben⁷⁹ dargelegte und begrüßenswerte Entwicklung hin zu wohnungsmarktspezifischen Anwendungsfiltren im Mietrecht auszubremsen.

Aufgeschlossene Argumentationslinien sind freilich vorhanden: Auf Ebene aller drei Argumentationsschritte bestehen Möglichkeiten, diese Rechtsentwicklung weiter zu fördern. Sie lauten (1.) das „soziale Mietrecht“ nicht als feststehenden Topos, sondern ein heterogenes Geflecht an Regelungen anzusehen, das nicht notwendig einem einheitlichen Kompetenztitel unterfällt, (2.) die funktionalen Kompetenztitel („Recht der Wirtschaft“ [Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG] bzw. des „Wohnungswesens“ [Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG a.F.]) gegenüber dem formalen Kompetenztitel (Bürgerliches Recht) zu stärken und – in ähnlicher Weise, wie es im europäischen Privatrecht längst gängig ist⁸⁰ – ergänzend funktionale Rechtsregimes auszubauen, sowie (3.) zu hinterfragen, ob im Lichte der wachsenden Offenheit des Bundesgesetzgebers gegenüber wohnungsmarktspezifischen Detailregelungen die Mietpreisbremse wirklich als „erschöpfende, also lückenlose und abschließende Regelung“ zu verstehen ist. Ein moderater Pluralismus miet- und wohnungsrechtlicher Regelungen dürfte nicht nur sachnähere Regelungen, sondern auch Lernerfahrungen ermöglichen, die im bundesstaatlichen Föderalismus ausdrücklich erwünscht sind und gerade die Heterogenität der Wohnungsmärkte, die die derzeitige Wohnungskrise kennzeichnen, als solche aufgreifen können. Dieser Weg ist zudem liberaler und konzeptionell attraktiver als die vom BVerfG angedeutete Alternative. Diese bestünde darin, der Sperrwirkung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG durch eine Ausgestaltung als „mehr oder weniger weitreichende Wohnraumbewirtschaftung“ zu entgehen, durch die die „bür-

78 *Ackermann*, Kompetenzstreit (Fn 9) 13; auch *Wagner*, Mietendeckel (Fn 9) 248 sieht die jeweiligen Rechtsgebietszuordnungen nicht als überzeugendes Argument an.

79 Unter C.I.

80 *Micklitz*, Visible Hand (Fn 46).

gerlich-rechtliche Prägung des Mietverhältnisses ... ganz oder teilweise verdrängt wird“⁸¹

2. Kollektive Organisation und Rechtsmobilisierung im Mietrecht

Ein weiterer Ansatz, Mietrecht im disziplinären Selbstbild und verfassungsrechtlichen Fremdbild aus der engen Welt der Vertragsparität herauszulösen, führt zur Frage der maßgeblichen Akteure und ihrer Repräsentation. Dem Mietrecht fehlt – als ganz zentraler Unterschied zum Arbeitsrecht – abseits von Mietervereinen⁸² traditionell ein Element kollektiver Organisation und Rechtsmobilisierung. Dies ist eng verknüpft mit dem Individualismus modernen Wohnens,⁸³ der sich wiederum architektonisch und städtebaulich niederschlägt. Zwei Entwicklungen – eine rechtsdogmatische und eine rechtspraktische – haben hingegen zuletzt eine kollektive Dimension im Miet- und Wohnungsrecht sichtbar gemacht bzw. gestärkt.

Die erste betrifft mietrechtliche Anwendungsfelder der 2018 eingeführten Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO). Diese als originäre Verbandsklage ausgestaltete Verfahrensform zielt auf die Feststellung von Tatsachen und die Klärung abstrakter Rechtsfragen in Rechtsverhältnissen zwischen Verbrauchern und einem Unternehmer ab (§ 610 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für den mietrechtlichen Kontext werfen damit insbesondere für eine Vielzahl von Mietern (zumeist innerhalb eines Gebäudekomplexes) geltende Kündigungen aus demselben Kündigungsgrund, Mieterhöhungen, die Verwendung rechtswidriger AGB, fehlerhafte Betriebskostenabrechnungen oder Mängelfeststellungen für ein ganzes Mietobjekt feststellungsfähige Vorfragen auf.⁸⁴ Ein erstes mietrechtliches Verfahren betraf die Klage des Mietervereins München ge-

81 BVerfG, Beschl. v. 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 u.a., Rn 115.

82 Vgl die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Abs. 2 UKlaG unter https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Verbraucherschutz/Liste_qualifizierter_Einrichtungen.html (letzter Abruf am 5. Februar 2022).

83 Vgl *Hoffmann-Axthelm*, Hochhaus und Gemeinschaft. Zur Erbschaft der Moderne (Berlin 2018) 85 ff; *Giedion*, Architektur und Gemeinschaft. Tagebuch einer Entwicklung (Reinbek bei Hamburg 1963).

84 Vgl *Meller-Hannich*, Die Musterfeststellungsklage im Mietrecht, WuW 2022 (iE).

gen eine Wohnungsgesellschaft bezüglich einer rund 200 Wohnungen betreffenden Modernisierungsankündigung.⁸⁵

Eine zweite Entwicklung betrifft die zunehmende Bedeutung von Referenden in wohnungspolitischen Angelegenheiten. An erster Stelle ist hier der durch die Initiative „Deutsche Wohnen & Co enteignen“ angestoßene Berliner Volksentscheid über die Enteignung bzw. Vergesellschaftung privater Wohnungsunternehmen zu nennen, der im September 2021 eine Mehrheit von über 59,1 % der gültigen Stimmen erreichte.⁸⁶ Mit diesem „Beschlussvolksentscheid“ (Art. 62 Abs. 1 Satz 2 VvB) wurde der Berliner Senat aufgefordert, alle erforderlichen Maßnahmen für die Vergesellschaftung (Art. 15 GG) der Berliner Wohnungen eben solcher Wohnungsgesellschaften einzuleiten, die in der Hauptstadt insgesamt mindestens 3.000 Mieteinheiten besitzen. Indem die Initiative erstmals Art. 15 GG als Rechtsgrundlage aufgreift,⁸⁷ konnte sie eine breite Diskussion über die Sozialbindung des Wohnungseigentums auslösen. Damit wurde neben dem Rechtsinstitut des Vertrags, das beim Mietendeckel im Zentrum stand, auch das zweite zentrale Institut des Privatrechts – Eigentum – in die wohnungspolitische Diskussion einbezogen. Dies geht einher mit einer Wiederentdeckung von Theorien des Eigentums in lebhaften interdisziplinären Debatten der jüngeren Zeit.⁸⁸ Die Eigentumskategorie kann als pluralistisch und offen für eine zivilgesellschaftliche Prägung und Fortentwicklung ver-

85 BGHZ 229, 139.

86 Vgl <https://www.dwenteignen.de> (letzter Abruf am 5. Februar 2022); daneben zum bayerischen Volksbegehren „#6 Jahre Mietenstopp“ die Nichtzulassungsentscheidung durch BayVGh, Entscheidung v. 16. Juli 2020 – Vf. 32-IX-20.

87 Vgl *Kloepfer*, Die Sozialisierung von Wohnungsunternehmen und die Verfassung, NJW 2019, 1656.

88 Vgl etwa *Croon-Gestefeld*, Verantwortungseigentum als Instrument gegen soziale Ungleichheit?, KritV 2020, 351; *Loick*, Der Missbrauch des Eigentums, 3. Aufl. (Berlin 2021) und die Arbeiten des DFG SFB 294 „Strukturwandel des Eigentums“, <https://sfb294-eigentum.de/de/>. Für die wohnungspolitische Debatte *Farahat*, Eigentum verpflichtet: Die Sozialbindung des Eigentums am Beispiel des Berliner Mietendeckels, JZ 2020, 602; *Fennell*, The unbounded home: Property values beyond property lines (New Haven: Yale University Press 2009).

standen werden⁸⁹ und eignet sich gerade deshalb als Anknüpfungspunkt für rechtliche Mobilisierungsstrategien.⁹⁰

II. Kontextualisierung: Wohnungswirtschaftsrecht und die Rechtsverfassung des Wohnungsmarktes

Nachdem die unter I. aufgeführten Entwicklungen und Strategien auf eine stärkere Binnenpluralisierung des Miet- und Wohnungsrechts zielen, um lokalen Marktgegebenheiten besser zu entsprechen, sollten Wohnungsmärkte keineswegs nur als durch lokale Faktoren bestimmt gedacht werden: Internationale Großstädte stehen untereinander im Standortwettbewerb um Investitionen und kulturelles Prestige; im Zuge der Finanzialisierung hat sich die Wohnungseigentümerstruktur ausdifferenziert und internationalisiert, und auch Unionsrecht macht mitunter Vorgaben für lokale Stadt- und Wohnungspolitik.⁹¹ Im Lichte dessen wird es erforderlich, auch die rechtliche Analyse des Wohnungsmarktes zu verbreitern und insbesondere die Suche nach Instrumenten der gemeinwohlfördernden Ausgestaltung des Wohnungsmarktes nicht in der sozialen Ausrichtung des Mietrechts zu monopolisieren. Eine zeitgemäße Reformulierung der sozialen Programmatik des Mietrechts muss ansetzen bei einer rechtsgebietsübergreifenden Analyse der rechtlichen Struktur des heutigen Wohnungsmarktes, einschließlich etwa der Gebiete des (nationalen, europäischen und internationalen) Wirtschafts-, Kartell⁹²-, Kapitalmarkt- und Investitionsrechts. Eine solche

89 Vgl. *Wielsch*, Die Vergesellschaftung rechtlicher Grundbegriffe, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 38 (2018) 304; *ders.*, Differenzierungen des Eigentums. Zur Entwicklung eines rechtlichen Grundbegriffs, in FS Amstutz (Zürich 2012) 329.

90 Vgl. *Kusiak*, Trespassing on the Law: Critical legal engineering as a strategy for action research, *Area* 53 (2021), 603; *Binder*, Rechtsmobilisierung. Zur Produktivität der Rechtsanthropologie für eine Kulturanthropologie des Politischen, in Rolshoven/Schneider (Hg.), *Dimensionen des Politischen. Ansprüche und Herausforderungen der Empirischen Kulturwissenschaft* (Berlin 2018) 51.

91 EuGH, *Entsch. v. 8. Mai 2013 – C-197/11 und C-203/11* („Libert“); dazu *Domurath*, Housing as a ‚Double Irritant‘ in EU Law: Towards an SGEI between Markets and Local Needs, *Yearbook of European Law* 38 (2019), 400 (413 f.).

92 Etwa zur in der ersten Phase vom BKartA freigegebenen Übernahme der Deutschen Wohnen AG durch die Vonovia SE im Oktober 2021.

Perspektive des „*legal institutionalism*“⁹³ zeichnet die konstitutive Rolle von Recht für die Entstehung und Ausrichtung von Märkten nach. Sie verwirft mit dem frühen US-amerikanischen Rechtsrealismus um *Robert Hale*⁹⁴ eine apriorische, dem Recht vorgehende Vorstellung von Märkten. Für das Miet- und Wohnungsrecht bedeutet dies, lokale, nationale und internationale Rechtsentwicklungen sogleich und in ihren Wechselwirkungen in den Blick zu nehmen. Gerade in der internationalen und vergleichenden Analyse gilt es hierbei, die unterschiedlichen Funktionen, die Wohnungseigentum und die Frage des Wohnens in der jeweiligen politischen Ökonomie besitzen, herauszustellen.⁹⁵ Auf Akteursebene sind zusätzlich zu Mietern und Vermietern weitere Akteure, insbesondere Intermediäre (wie etwa Makler⁹⁶ und Banken) und Investoren einzubeziehen, deren privatrechtliches Handeln über den Zugang zu Wohnungen und die Struktur des Wohnungsmarktes wesentlich entscheidet.⁹⁷

-
- 93 *Simon Deakin et al.*, Legal Institutionalism: Capitalism and the Constitutive Role of Law, *Journal of Comparative Law & Economics* 45 (2017) 188; *Lang*, Market Anti-naturalisms, in *Desautels-Stein/Tomlins* (Hg) *Searching for Contemporary Legal Thought* (Cambridge: Cambridge University Press 2017) 312; *Pistor*, The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality (Princeton: Princeton University Press 2019); dazu jüngst die Diskussion zwischen *Schäfer*, Nationalreichtum und private Armut durch Zivilrecht, *RabelsZ* 85 (2021) 854; *Pistor*, Recht und Ökonomie im Spannungsfeld verschiedener Schulen, *RabelsZ* 85 (2021) 876 sowie *Michaels*, Der Code des Kapitals und seine Portabilität, *RabelsZ* 85 (2021) 890.
- 94 Vgl *Hale*, Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State, *Political Science Quarterly* 38 (1923) 470.
- 95 Zu einem solchen Ansatz *Hall/Soskice* (Hg), *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage* (Oxford: Oxford University Press 2001).
- 96 Zur Schlüsselrolle von Maklern für die strukturellen Diskriminierungen im US-Wohnungsmarkt vgl. jüngst *Slater*, *Freedom to Discriminate. How Realtors Conspired to Segregate Housing and Divide America* (Berkeley: Heyday 2021). Zu rechtlichen Antworten vgl. *Derleder/Sabetta*, Die Umsetzung eines Diskriminierungsverbots im Wohnraummietrecht, *WuM* 2005, 3; *Reosti*, “We Go Totally Subjective”: Discretion, Discrimination, and Tenant Screening a a Landlord’s Market, *Law and Social Inquiry* 45 (2020) 618.
- 97 Vgl *Rahman*, Constructing Citizenship: Exclusion and Inclusion Through the Governance of Basic Necessities, *Columbia Law Review* 118 (2018) 2447 (2452).

D. Schlüsse und Ausblick

Die gegenwärtige und sich absehbar eher noch verschärfende Wohnungskrise rückt auch die wohnungsmarktbezogenen Gebiete des Privatrechts in den Fokus. In erster Linie ist das Mietrecht zu nennen, das sich in der Vergangenheit zu einer eher abgeschlossenen Spezialdisziplin entwickelt hat und in den Großdebatten des Privatrechts der jüngeren Zeit eine geringe Rolle spielte. Mit den Elementen, die heute unter dem Schlagwort des „sozialen Mietrechts“ zusammengefasst werden, hat das Rechtsgebiet früh Antworten auf einen zentralen sozialen Grundkonflikt – das Verhältnis Mieter./Vermieter – gefunden. Die Konfliktlinien haben sich jedoch unter neuen Bedingungen des Wohnungsmarktes, insbesondere durch dessen Finanzialisierung, verschoben und werden von einem auf Gerechtigkeit im Austauschvertrag ausgelegten, „materialisierten“ Privatrecht klassischer Façon nicht mehr voll erfasst. Die soziale Programmatik des Mietrechts muss daher als beweglich verstanden und konkret auf die Gefährdungen individueller Freiheit und öffentlicher Interessen im heutigen Wohnungsmarkt ausgerichtet werden. Eine Binnenpluralisierung mietrechtlicher Spezialregimes, die wohnungspolitische Impulse für bestimmte Marktlagen aufnehmen, ist hierfür prinzipiell begrüßenswert. Neben dieser lokalen Anpassung ist der Wohnungsmarkt zugleich in seiner Einbettung in die nationale und internationale Wirtschaft zu begreifen. Ein Wohnungswirtschaftsrecht hat die vielfältigen Kollisionslinien jenseits von Mieter./Vermieter aufzugreifen, die die Wohnungskrise kennzeichnen: Kollisionslinien zwischen der Wohnung als Schutzraum und als Investitionsgut, zwischen Generationen, städtischem und ländlichem Raum, verschiedenen Metropolen, Regelsetzern und schließlich sozialen und ökologischen Aspekten der Nachhaltigkeit.

