

ANDREAS FISCHER-LESCANO
ANDREAS GUTMANN
CHRISTOPH U. SCHMID

LANDESKOMPETENZEN FÜR MASSNAHMEN DER MIETPREISREGULIERUNG

RECHTSGUTACHTEN

ANDREAS FISCHER-LESCANO
ANDREAS GUTMANN
CHRISTOPH U. SCHMID

LANDESKOMPETENZEN FÜR MASSNAHMEN DER MIETPREISREGULIERUNG

RECHTSGUTACHTEN

PROF. DR. ANDREAS FISCHER-LESCANO, LL. M. (EUI Florenz), Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtstheorie und geschäftsführender Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen.

ANDREAS GUTMANN, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen.

PROF. DR. CHRISTOPH SCHMID, Ph. D. (EUI Florenz), Professor für europäisches Wirtschaftsverfassungs-, Wirtschafts- und Privatrecht und Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen.

IMPRESSUM

STUDIEN 8/2019, 1. Auflage

wird herausgegeben von der Rosa-Luxemburg-Stiftung

V. i. S. d. P.: Alrun Kaune-Nüßlein

Franz-Mehring-Platz 1 · 10243 Berlin · www.rosalux.de

ISSN 2194-2242 · Redaktionsschluss: Dezember 2019

Illustration Titelseite: Frank Ramspott/iStockphoto

Lektorat: TEXT-ARBEIT, Berlin

Layout/Herstellung: MediaService GmbH Druck und Kommunikation

Gedruckt auf Circleoffset Premium White, 100% Recycling

ZUSAMMENFASSUNG

1. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das «Bürgerliche Recht» nach Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG umfasst die Ordnung der wohnungsbezogenen Individualrechtsverhältnisse, wie sie traditionell im BGB und in einschlägigen privatrechtlichen Nebengesetzen erfolgt ist. Diese Kompetenz umfasst insbesondere den **Erllass mietpreisbezogener Vertragsregulierungen**, sofern sie wie im Fall der sogenannten Mietpreisbremse in § 556d Abs. 1 und Abs. 2 BGB in der Fassung des Mietrechtsnovellierungsgesetzes (MietNovG) vom 21. April 2015 (BGBl I, S. 610) privatrechtsförmige Regulierungen des Individualrechtsverhältnisses Wohnungsmietvertrag nach § 549 in Verbindung mit § 535 BGB darstellen.
2. Daneben besteht seit der 2006 erfolgten Föderalismusreform I, im Zuge derer die Bundeskompetenz zur Regulierung des «Wohnungswesens» in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 18 GG auf die Materien «Wohngeldrecht», «Altschuldenhilferecht», «Wohnungsbauprämienrecht» und «Bergarbeiterwohnungsbaurecht» reduziert wurde, eine **Landeskompetenz im Restbereich des «Wohnungswesens»**, die auch eine Kompetenz zur öffentlich-rechtlichen Preisregulierung von Wohnraummieten beinhaltet.
3. Der Kompetenztitel «BGB» ist bei privatrechtlicher, die Kompetenzmaterie «Wohnungswesen» bei öffentlich-rechtlicher Regulierung einschlägig. Die Abgrenzung der Kompetenztitel erfolgt nicht kategorial, sondern je nach **Regelungsziel und -technik nach einer Gleitformel**: Je deutlicher einseitig-hoheitliche Rechtsetzung mit dem Ziel der Realisierung sozialer Rationalitäten außerhalb der bilateralen Akteursinteressen im Vordergrund der Regulierung steht und je weniger es um die Ermöglichung horizontaler Koordination und individueller Zustimmung geht, desto eher ist die Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Auf unterstellte oder explizit gemachte «Sperrintentionen» des Gesetzgebers kommt es bei der Kompetenzabgrenzung nicht an. Denn diese folgt **objektiven und nicht subjektiven Kriterien**.
4. Entsprechend dem **Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme im Bundesstaat** begrenzt auf der einen Seite die Bundeskompetenz für die privatrechtsregulierende Gestaltung des Mietrechts öffentlich-rechtliche Landeskompetenzen hinsichtlich der Preispolitik auf dem Wohnungsmarkt. Zugleich begrenzen die landespolitischen Kompetenzen den Gestaltungsraum des Bundes.
5. Ob und wie Mietpreisrecht durch Landesgesetzgeber geregelt werden kann, bemisst sich nicht allein daran, ob sich die landesrechtliche Gestaltung in das durch den Bund vorgegebene Schema einpassen lässt. Es gibt keine sogenannte Sperrwirkung, die der Bund einseitig anordnen könnte. Vielmehr besteht eine **kompetenzielle Wechselwirkung: Bund und Länder sind verpflichtet, die jeweils gewählte Regelungsform (privatrechtlich durch den Bund, öffentlich-rechtlich durch die Länder) zu respektieren und inhaltlich die gegenseitige Selbstbegrenzungspflicht zu beachten**.
6. Bei Normwidersprüchen muss anhand der jeweiligen Vorschriften, ihres Zieles und Regelungsgehaltes entschieden werden, ob die Normen nebeneinander Geltung beanspruchen können oder ob eine der Regelungen Vorrang beanspruchen kann. Der Regelungsvorrang bestimmt sich nicht ausschließlich nach dem Rang der Norm, was zu einem einseitigen Vorrang des Bundesrechts führen würde. Vielmehr ist in einem ersten Schritt zu fragen, ob die in Spannung stehenden Regelungen jeweils in Regelungsform und -inhalt auf die Kompetenznorm gestützt werden können. In einem zweiten Schritt ist mit dem Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 98, 106/119) zu klären, welche der einen eventuellen Widerspruch begründenden Regelungen zu weichen hat. Das richtet sich «grundsätzlich nach dem **Rang, der Reihenfolge und der Spezialität der Regelungen**». In diese Betrachtung ist also maßgeblich auch die Systematik der Regelungen als Teil der Regelungsspezialität einzubeziehen.
7. Beim Zusammentreffen zweier unterschiedlicher Gestaltungsformen – privatrechtsförmige Preisgestaltung durch den Bund einerseits, öffentlich-rechtliche Preisgestaltung durch die Länder andererseits – ist es nicht Zulässigkeitsgrenze, sondern vielmehr eine **Zulässigkeitsvoraussetzung, dass die Regelungen unterschiedliche Anknüpfungskriterien wählen, unterschiedliche Ziele setzen und unterschiedliche Regelungstechniken verwenden**. Die Kompatibilitätsgrenze und damit die Notwendigkeit einer Vorrangentscheidung ist erst dann erreicht, wenn Bund und Länder vom jeweils anderen ausgeschlossene oder gegenläufige Lenkungswirkungen oder Handlungsmittel vorschreiben (BVerfGE 98, 106/119f.).
8. Landesrechtliche Maßnahmen, die mietverwaltungsrechtlich ansetzen und dabei öffentlich-rechtlich regulierend eingreifen, ein Mietpreismoratorium, eine Mietpreisobergrenze und eine Möglichkeit der Mietpreisabsenkung vorsehen, sind daher zulässig. Eine Vorrangentscheidung zwischen Bundes- und Landesregel muss nur dann getroffen werden, wenn das Land im Vergleich zum Bund **ausgeschlossene oder gegenläufige Lenkungswirkungen oder Handlungsmittel** vorschreibt.

9. Für eine im Normwiderspruch zu treffende Kollisionsentscheidung gilt im Zweifel ein Vorrang der landesrechtlichen Maßnahme. Denn für die Mietpreisregulierung ist die Landeskompetenz zur Regulierung des «Wohnungswesens» als «selbständige Sondermaterie» (BVerfGE 3, 407/415) **lex specialis** im Vergleich zur allgemeinen Bundeskompetenz zur Regelung des «Bürgerlichen Rechts».
10. Für den vom Senat am 26. November 2019 beschlossenen Entwurf für ein Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (E-MietenWoG Bln) bedeutet dies:
 - a. Ein **Mietpreismoratorium**, wie es in § 3 E-MietenWoG Bln festgelegt ist, ist weder vom Bundesrecht ausgeschlossen noch diesem gegenläufig. Der Landesgesetzgeber hat dementsprechend die Kompetenz, das Moratorium einzuführen.
 - b. Eine **Mietpreisobergrenze**, wie sie in § 4 des E-MietenWoG Bln festgelegt ist, ist weder vom Bundesrecht ausgeschlossen noch diesem gegenläufig. Der Landesgesetzgeber hat dementsprechend ebenfalls die Kompetenz, eine Mietpreisobergrenze einzuführen.
 - c. Eine **Mietpreisabsenkung**, wie sie in § 5 des E-MietenWoG Bln ermöglicht wird, ist weder vom Bundesrecht ausgeschlossen noch diesem gegenläufig. Der Landesgesetzgeber hat dementsprechend auch hier die Kompetenz, eine Vorschrift zur Mietpreisabsenkung einzuführen.

INHALT

I. Fragestellung	6
II. Kompetenzaufteilung bei wohnungsbezogener Preisregulierung	7
1. Kompetenztitel «Wohnungswesen»	7
a) Öffentliches Mietpreisrecht als Sondermaterie des Bundes bis 2006	7
b) Änderungen in der Materie «Wohnungswesen» durch die Föderalismusreform I	7
aa) Kein vollständiger Übergang der Kompetenz «Wohnungswesen» auf den Bund	8
bb) Keine umfassende Sperrwirkung der BGB-Mietpreisbremse	8
2. Abgrenzung der Materien «Bürgerliches Recht» und «Wohnungswesen»	9
a) Ziele	10
aa) Privatrechtlich	10
bb) Öffentlich-rechtlich	10
b) Regelungstechnik	11
aa) Privatrechtlich	11
bb) Öffentlich-rechtlich	11
(1) Öffentlich-rechtliche Regulierung privater Rechtsverhältnisse als Normalfall	11
(2) Preisrecht und Wirtschaftsrecht	11
3. Wechselseitige Rücksichtnahmen	12
a) Keine umfassende Sperrwirkung des Bundesrechts	12
b) Föderalismusfreundliche Kompatibilisierungen	12
c) Wechselseitige Widerspruchsvermeidung	13
III. Abgrenzung der Kompetenzen im Einzelnen	14
1. «Bürgerliches Recht»/«Wohnungswesen»	14
a) Mietpreisbremse	14
aa) Ziele	14
bb) Regelungstechnik	14
cc) Zwischenergebnis	14
b) Mietenmoratorium, -obergrenze und -absenkung	14
aa) Ziele	14
bb) Regelungstechnik	15
cc) Zwischenergebnis	15
2. Widerspruchsfreiheit	15
a) Mietenmoratorium	15
aa) Bundesrechtliche Regelungen	15
bb) Regelung im E-MietenWoG Bln	16
cc) Keine Widersprüchlichkeit	16
b) Mietenobergrenze	16
aa) Bundesrechtliche Regelungen	16
bb) Regelung in Berlin	17
cc) Widerspruchsfreiheit	17
(1) Keine Ausschließlichkeit, sondern wechselseitige Ergänzung	17
(2) Keine Widersprüchlichkeit	18
c) Mietenabsenkung	18
aa) Bundesrecht	18
bb) Regelung in Berlin	18
cc) Widerspruchsfreiheit	19
IV. Rechtsfolgen des Zusammenwirkens	20
1. (Kein) Normwiderspruch	20
a) Parallele Anwendung	20
b) Sondermaterie «Wohnungswesen» als lex specialis	20
2. Grundsatz der Normerhaltung	20

I. FRAGESTELLUNG

Mit dem Entwurf zur Einführung eines Mietemoratoriums, eines Mietpreisdeckels und einer Mietenabsenkungsmöglichkeit betritt der Berliner Landesgesetzgeber rechtspolitisches Neuland. Mietpreisregulierung ist zwar historisch nicht neu¹ und auch im europäischen Vergleich nichts Ungewöhnliches. So gelten vergleichbare Regelungen auch in Österreich, Italien (für bis 1998 geschlossene Verträge), den Niederlanden und – vermittelt über kollektiv ausgehandelte Mietbedingungen – auch in Schweden.² In Deutschland wird mit dem Vorschlag der Einführung eines Mietemoratoriums, eines Mietpreisdeckels und einer Mietenabsenkungsmöglichkeit aber erstmals Mietpreisverwaltungsrecht durch einen Landesgesetzgeber systematisch entwickelt und angewandt. Das Land beansprucht insofern eine öffentlich-rechtliche Gewährleistungsverantwortung für die Mietpreisgestaltung, die grundgesetzlich maßgeblich im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 13 Abs. 1 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) verankert ist.

Auch wenn das Grundgesetz (GG) kein Individualrecht auf Wohnung statuiert, haben Bund, Länder und Kommunen die Pflicht, dem Individualrecht auf eine angemessene Wohnung zur Geltung zu verhelfen. Das ergibt sich maßgeblich aus Art. 11 Abs. 1 des UN-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte,³ der das «Recht eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie [...], einschließlich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung» vorsieht.⁴ Auch zahlreiche Länderverfassungen gewähren ein Individualrecht auf angemessenen Wohnraum, so Art. 106 Abs. 2 und Art. 125 Abs. 3 BayVerf, Art. 28 Abs. 1 BerlVerf, Art. 47 Abs. 1 BbgVerf und Art. 14 Abs. 1 und 2 BremVerf.⁵

In Ausübung seiner eigenen Gewährleistungsverantwortung für die sozialpolitische Gestaltung des Mietpreises hat der Bundesgesetzgeber 2015 mit der sogenannten Mietpreisbremse in § 556d Abs. 1 und 2 BGB in der Fassung des Mietrechtsnovellierungsgesetzes (MietNovG) vom 21. April 2015 (BGBl I S. 610) eine privatrechtsförmige Regulierung des Individualrechtsverhältnisses Wohnungsmietvertrag nach § 549 in Verbindung mit § 535 BGB vorgenommen.⁶

Fraglich ist, ob den Ländern daneben eigene Befugnisse zur landesrechtlichen Gestaltung des Mietpreises zukommen. Die Frage der gesetzgeberischen Zuständigkeit und der möglichen Reichweite öffentlich-rechtlicher Mietpreisregulierung ist für alle Bundesländer, in denen es Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt gibt, von Bedeutung. Besteht eine Gesetzgebungskompetenz der Länder, können diese eigene landesspezifische Regulierungswege gehen.

Der Berliner Senat hat nunmehr am 26. November 2019 einen Entwurf für ein Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (E-MietenWoG Bln) beschlossen, der im Dezember im Berliner Abgeord-

netenhaus diskutiert und verabschiedet werden soll.⁷ Die im Folgenden zu beantwortende Frage ist, ob dieser Entwurf im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zulässig ist. Drei grundsätzliche Regelungsgehalte im E-MietenWoG Bln sind zu unterscheiden:

1. *Mietemoratorium in § 3 E-MietenWoG Bln:* Es wird ein Mietestopp für fünf Jahre eingeführt. Ab 2022 wird die Möglichkeit einer Anpassung von 1,3 Prozent pro Jahr geschaffen.
2. *Mietenobergrenze in § 4 E-MietenWoG Bln:* Zur Festlegung der Mietenobergrenzen werden die Mieten des Berliner Mietspiegels 2013 mit der Reallohnentwicklung bis 2019 fortgeschrieben. Die Mietenobergrenzen sind lageunabhängig ausgestaltet – gebäude- und ausstattungsbezogene Zuschläge sind aber vorgesehen. Bei der Wiedervermietung von Wohnungen darf höchstens die am 18. Juni 2019 wirksam vereinbarte Miете aus dem vorherigen Mietverhältnis verlangt werden (Vormiete). Liegt die Vormiete über der Mietenobergrenze, ist sie auf diese zu kappen.
3. *Mietenherabsetzung in § 5 E-MietenWoG Bln:* In bestehenden Mietverhältnissen senkt die für Wohnungswesen zuständige Senatsverwaltung auf Antrag der Mietenden überhöhte Mieten durch Verwaltungsakt mit Wirkung ab dem auf den Tag der Antragstellung folgenden Kalendermonat. Diese Mietensenkung setzt voraus, dass die Miете um mehr als 20 Prozent über der zulässigen Mietenobergrenze liegt. Dabei werden Zu- und Abschläge für einfache Lage (-28 ct/qm), mittlere Lage (-9 ct/qm) und gute Lage (+74 ct/qm) berücksichtigt.

Fraglich ist also, ob dieses Gesetz, das zur Durchsetzung des Mietpreismoratoriums sowie der Mietenobergrenze und -absenkung ein Mietverwaltungsrecht etabliert, kompetenzrechtlich zulässig ist.

¹ Zur Geschichte des Mietpreises siehe etwa Jürgen Herrlein, 100 Jahre «Mietpreisbremse» – Entwicklungslinien in Politik und Recht 1916 bis 2016, NZM 2016, 1–9; Ewald Hügemann, Die Geschichte des öffentlichen und privaten Mietpreises vom Ersten Weltkrieg bis zum Gesetz zur Regelung der Miethöhe von 1974, Frankfurt a. M. 1998. ² Siehe ausführlich die Länderberichte zu allen EU-Staaten unter: www.tenlaw.uni-bremen.de (letzter Abruf 25. 11. 2019) sowie die Beiträge in Christoph Schmid (Hrsg.), Tenancy Law and Housing Policy in Europe, Elgar Series on Land and Housing Law and Policy, Bd. 1, London 2018. ³ BGBl 1976 II, 428. ⁴ Ausbuchstabielt wird die Pflicht im General Comment No. 4: The right to adequate housing (Art. 11 (1) of the Covenant), Ziff. 8 lit. c): «Affordability. Personal or household financial costs associated with housing should be at such a level that the attainment and satisfaction of other basic needs are not threatened or compromised. Steps should be taken by States parties to ensure that the percentage of housing-related costs is, in general, commensurate with income levels. States parties should establish housing subsidies for those unable to obtain affordable housing, as well as forms and levels of housing finance which adequately reflect housing needs. In accordance with the principle of affordability, tenants should be protected by appropriate means against unreasonable rent levels or rent increases. In societies where natural materials constitute the chief sources of building materials for housing, steps should be taken by States parties to ensure the availability of such materials.» ⁵ Mit weiteren Nachweisen: Sylvia Blackstein, in: Fischer-Lescano/Rinken (Hrsg.), Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, Baden-Baden 2016, Art. 14 Rn. 7. ⁶ Zu dessen Grundrechtskonformität siehe BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18.7.2019 – 1 BvR 1595/18 – NJW 2019, 3054–3064. ⁷ Beschluss des Senats vom 26.11.2019 über den Entwurf für ein Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (E-MietenWoG Bln), unter: www.parlament-berlin.de/ados/18/IIIPlen/vorgang/d18-2347.pdf (letzter Abruf 28. 11. 2019).

II. KOMPETENZAUFTEILUNG BEI WOHNUNGSBEZOGENER PREISREGULIERUNG

Nach der Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG steht den Ländern grundsätzlich die Gesetzgebungskompetenz zu. Die Bundeskompetenzen finden sich enumerativ in den Art. 73 f. GG. Im Folgenden wird daher zu untersuchen sein, ob das GG dem Bundesgesetzgeber eine Kompetenz einräumt, welche es den Ländern verbietet, Regelungen zur Miethöhe, wie sie im E-MietenWoG Bln zu finden sind, zu erlassen.

1. KOMPETENZTITEL «WOHNUNGSWESEN»

Der Berliner Gesetzgeber stützt seine Kompetenz im E-MietenWoG Bln auf die Landeszuständigkeit für das «Wohnungswesen».⁸ Allerdings wird in grundsätzlicher Hinsicht bestritten, dass dem Land diese Kompetenz in Bezug auf die Preisregulierung auf dem Wohnungsmarkt überhaupt zukommt.

a) Öffentliches Mietpreisrecht als Sondermaterie des Bundes bis 2006

Bis zur Föderalismusreform I im Jahr 2006 war das «Wohnungswesen» in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 18 GG als Teil der konkurrierenden Gesetzgebung beim Bund angesiedelt. Das Wohnungswesen wurde im Rechtsgutachten des BVerfG zur Kompetenzaufteilung im Bau- und Bodenrecht als selbstständige Sondermaterie bezeichnet:

«Alle Materien, die Art. 74 Ziff. 18 aufführt, sind völlig gleichgewichtig nebeneinandergestellt. Mithin können alle nur als selbstständige Sondermaterien gemeint sein.»⁹

«Wohnungswesen» war bereits in Art. 10 Ziff. 4 der Weimarer Reichsverfassung einer der Bereiche, der das Reich ermächtigte, im Wege der Gesetzgebung Grundsätze auch der Mietpreisregulierung aufzustellen. Im Bericht zum Verfassungskonvent von Herrenchiemsee wird die Begriffskontinuität der Gesetzgebungszuständigkeiten von GG und Weimarer Reichsverfassung (WRV) betont.¹⁰ Mit dem Bundesverfassungsgericht ist dabei davon auszugehen, dass dort, wo der Grundgesetzgeber Materien aus der WRV übernommen hat, anzunehmen ist, «daß sie in demselben Sinne zu verstehen sind, wie dies in der Weimarer Reichsverfassung der Fall war».¹¹ Dabei betont das BVerfG, dass es sich bei den Angelegenheiten des «Wohnungswesens» «nur um Angelegenheiten handeln kann, die sich auf Wohnzwecken dienende Gebäude beziehen».¹²

In der Praxis wurde die Bundeskompetenz für das Wohnungswesen auch auf das (öffentliche) Mietpreisrecht bezogen.¹³ Das Mietpreisrecht stellte nach mehrheitlicher Auffassung einen Unterbereich des Wohnraumbewirtschaftungsrechts dar,¹⁴ welches unter den Kompetenztitel für das Wohnungswesen zu fassen sei.¹⁵ Konsequenterweise wurde in der Vergangenheit das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz auf die Kom-

petenz für das Wohnungswesen gestützt.¹⁶ Das Gesetz sah unter anderem in § 15 Abs 1 S. 1 einen Abschlusszwang für Mietverträge vor.¹⁷

Daher ist auch die pauschale Behauptung, das soziale Mietpreisrecht gehöre historisch «unzweifelhaft zur Kompetenzmaterie des Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG»,¹⁸ unzutreffend. Vielmehr war das Mietpreisrecht traditionell hauptsächlich außerhalb des BGB geregelt. Gerade Mietenmoratorien waren regelmäßig öffentlich-rechtliche Instrumente.¹⁹ Eine genaue Abgrenzung zwischen der Kompetenz für das Bürgerliche Recht und jener für das Recht des Wohnungswesens war bis zur Föderalismusreform nicht notwendig.

b) Änderungen in der Materie «Wohnungswesen» durch die Föderalismusreform I

Nach der Föderalismusreform I ist der Titel Wohnungswesen in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 18 GG nicht mehr enthalten. Fraglich und umstritten ist, was dies für die Landeskompetenzen im Bereich der Preisregulierung des Wohnungsmarktes bedeutet. Im Wesentlichen wird die Verneinung einer Landeskompetenz im Bereich der Mietpreisregulierung auf zwei Argumente gestützt, die freilich beide keine angemessene Eingrenzung des Kompetenztitels des Bundes vornehmen:

⁸ Referentenentwurf (Stand 30.8.2019) der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen zum MietenWoG Bln, 9. ⁹ BVerfG, Gutachten vom 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52, BVerfGE 3, 407–439, 414, Hervorhebung im Original. ¹⁰ Ministerpräsidenten-Konferenz/Verfassungsausschuss (Hrsg.), Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München 1948, 31. ¹¹ BVerfG, Gutachten vom 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52 – BVerfGE 3, 407–439, 415. ¹² Ebd., 416. ¹³ Michael Bothe, in: Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Neuwied 1989, Art. 74 Rn. 41; Peter Weber, Mittel und Wege landesrechtlichen Mietpreisrechts in angespannten Wohnungsmärkten, JZ 73 (2018), 1022–1029, 1027; Max Putzer, Ein Mietendeckel für Berlin, NVwZ 2019, 283–286, 284. ¹⁴ Entwurf eines Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Mietrecht vom 6.8.1959, Deutscher Bundestag, Drucksache (BT-Drs.) 1234, 46; Weber (Fn. 13), 1027. ¹⁵ Helmut Fangmann, in: Blank/Fangmann (Hrsg.), Grundgesetz Basiskommentar, Köln 1996, Art. 74 Rn. 33; Rupert Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 74 Rn. 88; Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 8. Aufl., München 2006, Art. 74 Rn. 41; Philip Kunig, in: Bross/Kunig/von Münch (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 4. Aufl., München 2003, Art. 74 Rn. 87; Dieter C. Umbach/Thomas Clemens, Art. 74, in: dies. (Hrsg.), Grundgesetz Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. II, Heidelberg 2002, Art. 74 Rn. 110; Stefan Oeter, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, München 2000, Art. 74 Rn. 164. ¹⁶ BT-Drs. 01/2158 vom 13.4.1951 (Entwurf der Bundesregierung für ein Wohnraumbewirtschaftungsgesetz), 8. Der Titel Wohnraumbewirtschaftungsgesetz wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in Wohnraumbewirtschaftungsgesetz geändert, siehe hierzu BT-Drs. 01/3822 vom 31.10.1952, 2; die Zugehörigkeit zu diesem Kompetenztitel war auch in der Literatur unstrittig, siehe Hermann Roquette, Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, Tübingen 1953, 38; Michael Fellner/Hans Fischer, Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, München/Berlin 1956, § 1 Rn. 8; Rudolf Titzack, Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, Schleswig 1953, 1. ¹⁷ Wennemar Haarmann, Neues Bundeswohnungsrecht, DVBl 1953, 327–331, 329; Roquette (Fn. 16), 27, 212; Heinrich Hans, Das Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, Münster 1953, 125. ¹⁸ Hans-Jürgen Papier, Landeskompetenz zur Einführung eines sogenannten Mietendeckels? Rechtsgutachtliche Stellungnahme im Auftrag des Bundesverbandes deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V. – GdW, September 2019, 7; so auch Christian Schede/Johann-Frederik Schuldt, Verfassungswidrigkeit landesrechtlicher Mietendeckel, NVwZ 2019, 1572–1577, 1574. ¹⁹ Ulrich Battis, Verfassungsrechtliche Prüfung des Referentenentwurfes eines Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietbegrenzung in Berlin (Berliner MietenWoG) im Auftrag der Senatskanzlei des Landes Berlin, 2019, 14, mit weiteren Nachweisen.

aa) Kein vollständiger Übergang der Kompetenz «Wohnungswesen» auf den Bund

Nach einer Auffassung sei infolge der Streichung des Kompetenztitels Wohnungswesen in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 18 GG der gesamte Bereich in die Kompetenz des Bundes gefallen. Nur enumerativ aufgezählte Bereiche seien in die Länderkompetenzen übergegangen.²⁰ Für diese Auslegung spreche die Begründung im Entwurf des GG-Änderungsgesetzes:

«Die bisherige konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Wohnungswesen wurde erheblich eingeschränkt. Es bleibt nur die Kompetenz zur Regelung des Wohngeldrechts, des Altschuldenhilferechts, des Wohnungsbau-prämienrechts, des Bergarbeiterwohnungsbaurechts und des Bergmannssiedlungsrechts erhalten. Die übrigen Bereiche des Wohnungswesens, d. h. das Recht der sozialen Wohnraumförderung, der Abbau von Fehlsubventionierung im Wohnungswesen, das Wohnungsbindungsrecht, das Zweckentfremdungsrecht im Wohnungswesen sowie das Wohnungsgenossenschaftsvermögensrecht fallen damit in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder.»²¹

Daraus wird gefolgert, dass «Mietpreisrecht, das aus sozialpolitischen Erwägungen die im bürgerlichen Mietvertragsrecht grundsätzlich gewährleistete Vertragsautonomie beschränkt, [...] unzweifelhaft zur Kompetenzmaterie des Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG» gehört.²² Selbst öffentlich-rechtlich ausgestaltete Regelungen des Verwaltungsrechts unterfielen dem Kompetenztitel, weil sie mit dem kompetenzbegründenden Schwerpunkt der Gesamtregelung des sozialen Mietrechts eng verzahnt seien.

Diese Auffassung geht indes von falschen Voraussetzungen aus. Die Aufzählung der auf die Länder übergegangenen Einzelmaterien des Wohnungswesens in der Gesetzesbegründung hat nur exemplarischen, nicht aber abschließenden Charakter. Beim Bund sollten dagegen nur die enumerativ genannten Bereiche verbleiben; der unbenannte Rest, die Residualkompetenz im Bereich Wohnungswesen, sollte den Ländern übertragen werden. Die Auslassung öffentlich-rechtlicher Mietpreisregulierung in der Aufzählung bedeutet mithin nicht, dass diese Materie nicht an die Länder fallen sollte.²³ Im Gegenteil geht die überwiegende Auffassung zu Recht davon aus, dass den Ländern grundsätzlich eine Kompetenz für das (öffentliche) Mietpreisrecht zusteht, die Berührungspunkte zur allgemeinen Bundeskompetenz zur Regelung des «Bürgerlichen Rechts» aufweist.²⁴

bb) Keine umfassende Sperrwirkung der BGB-Mietpreisbremse

Nach einer anderen Auffassung solle der Landesgesetzgeber zwar grundsätzlich die Regelungskompetenz auch für Maßnahmen der Mietpreisregulierung haben, an deren Ausübung aber durch eine sogenannte Sperrwirkung der bundesrechtlichen Mietpreisbremse in § 556d BGB gehindert sein. Diese Auffassung wird in zwei unterschiedlichen Ausprägungen vertreten.

Einmal wird behauptet, der Bund habe durch die Inanspruchnahme seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG («Bürgerliches Recht») die Sachmaterie Mietpreisregulierung abschließend geregelt. Das sperre jedwede Form landesgesetzlicher Preisregulierung.²⁵ Diese Auffassung verkennt allerdings, dass das Bundesverfassungsgericht für die Kollision von Bundes- und Landesrecht bei Kompetenzüberschneidungen detaillierte Regelungen aufgestellt hat. Auf einen unterstellten oder artikulierten Sperrwillen des Gesetzgebers kommt es dabei nicht an. Vielmehr ist im Konfliktfall zunächst die Einhaltung der Kompetenzordnung zu bestimmen. Wenn beide Normierungen kompetenziell rechtmäßig erlassen wurden, ist festzustellen, ob der Normwiderspruch durch Interpretation ausgeräumt werden kann. In einem dritten Schritt ist eine Vorrangregel zu treffen, bei der der Gesichtspunkt der Spezialität ausschlaggebend ist.²⁶

An der nötigen Konkretisierungsarbeit im Hinblick auf die Bundeskompetenz fehlt es auch bei Stellungnahmen, die zwar konzedieren, dass eine parallele Kompetenz von Bundes- und Landesregelungen vorliegen könne, aber zugleich betonen, dass die Landesgesetzgebung dabei an den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit zum Bundesrecht gebunden sei.²⁷ Diese Auffassung überträgt vorschnell die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus der Abgrenzung der Gesetzgebungszuständigkeiten innerhalb der Kategorie konkurrierender Gesetzgebung auf den vorliegenden Sachverhalt, bei dem die Abgrenzungslinie nicht innerhalb einer Kompetenzmaterie verläuft, sondern zwischen zwei Kompetenzmaterien («Bürgerliches Recht» als Kompetenztitel und «Wohnungswesen» als nunmehr in den Bereich der Residualkompetenz der Länder überführte Materie).

Beide Auffassungen unterlassen eine hinreichende Ein- und Abgrenzung von Bundes- und Landeskompetenzen. Der Bundesgesetzgeber kann nicht allein über die Aufnahme einer Regelung ins BGB seine Kompetenz mit Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber ausüben, sondern muss bei der Mietpreisregulierung die Grenzen des Kompetenztitels aus Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG beachten. Er ist dabei selbst an den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit, der für Bund und Länder wechselseitig gilt,²⁸ gebunden.

²⁰ Papier (Fn. 18), 13 f.; Christian Schede/Johann-Frederik Schuld, Kurzgutachten: Verfassungsmäßigkeit des «Berliner Mietendeckels» für den BFW-Landesverband Berlin-Brandenburg e. V., 12.9.2019, 9. ²¹ BT-Drs. 16/813 vom 7.3.2006, 13. ²² Papier (Fn. 18), 6 unter Berufung auf den Wissenschaftlichen Dienst (WD) des Deutschen Bundestages, Gutachten WD 3-3000-149/19, S. 3; ähnlich auch Benedikt Wolfers/Kai-Uwe Opper, Ist ein landesrechtlicher «Mietendeckel» mit dem Grundgesetz vereinbar?, DVBl 2019, 1446-1451, 1448. ²³ Ausführlich mit Nachweisen zu den Materialien Peter Weber, Mehrdimensionalität im Wohnungsrecht, ZMR 2019, 389-394, 393. ²⁴ So auch Battis (Fn. 19), 9 f., mit weiteren Nachweisen. ²⁵ Schede/Schuld (Fn. 18), 1576. ²⁶ Ausführlich unten II.3. ²⁷ Battis (Fn. 19), 13 ff. ²⁸ Vgl. Bernd Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 87. Erg.-Lieferung, München 2019, Art. 20 Rn. 119, 126; Stefan Huster/Johannes Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 41. Edition, München 15.5.2019, Art. 20 Rn. 37; die wechselseitige Kompatibilisierung gesamt- und gliedstaatlicher Regelungen betont auch das Schweizer Bundesgericht, Entscheidung vom 21.7.2017 – 2C_774/2014 – (unveröffentlicht), C.7.1.

2. ABGRENZUNG DER MATERIEEN «BÜRGERLICHES RECHT» UND «WOHNUNGSWESEN»

Da somit die Landeskompetenz für die Mietpreisregulierung nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, ist im Folgenden die genaue Aufteilung der Kompetenzen im Bereich des Mietpreisrechts zwischen Bund und Ländern zu analysieren. Diese Kompetenzabgrenzung hängt vom Umfang des Kompetenztitels «Bürgerliches Recht» in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG und der den Ländern im Rahmen der Föderalismusreform 2006 überantworteten Residualkompetenz für die nicht in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 18 GG benannten Bereiche der Gesamtmaterie «Wohnungswesen» ab.

Da es sich bis 2006 bei beiden Materien um eine Bundeskompetenz im Rahmen der konkurrierenden Rechtsetzung handelte, haben Gesetzgeber, Gerichte und Literatur bislang auf die Entwicklung konkreter Abgrenzungskriterien verzichtet²⁹ und beispielsweise im Fall des mietpreisregulierenden Vierten Mietpreisänderungsgesetzes³⁰ die Kompetenz kumulativ begründet.³¹ Eine solche doppelte Abstützung ist nach der Föderalismusreform nicht mehr möglich, denn seither sind die Kompetenzen in der Mietpolitik zwischen Bund und Ländern aufgeteilt.³²

Es kommt daher auf eine genaue Abgrenzung an. Diese kann zunächst nicht kategorial erfolgen. Ein Kategorienunterschied zwischen privatrechtlicher Preisregulierung im BGB und seinen Nebengesetzen (Bundeskompetenz) und öffentlich-rechtlicher Preisregulierung des Wohnungswesens (Landeskompetenz) besteht in dieser Form nicht.³³ Es kann vielmehr öffentlich-rechtliche Vorschriften geben, die als Bürgerliches Recht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG zu qualifizieren sind.³⁴ Auch wenn dies nicht für sämtliche die Privatautonomie beschränkenden Vorschriften gilt,³⁵ ist gerade im Mietrecht eine Überlagerung des Bürgerlichen Rechts durch öffentlich-rechtliche Regelungen historisch nicht die Ausnahme, sondern eher die Regel.³⁶

Die Abgrenzung der Kompetenzen kann daher nicht entlang überkommener Trennungskategorien wie Staat und Gesellschaft, öffentlich und privat erfolgen. Diese Kategorien verschwimmen vielmehr, kategoriale Trennungen gibt es weder im Hinblick auf die Mietpreisregulierung noch im Allgemeinen. Während der privatrechtliche Diskurs der Moderne durch Politisierungstendenzen des Zivilrechts gekennzeichnet ist,³⁷ ist andererseits auch eine Privatisierung des Öffentlichen zu konstatieren.³⁸ Das heißt allerdings nicht, dass die Dichotomie zwischen privat und öffentlich im Generellen oder bei der Grenzziehung der Kompetenzen zwischen Bürgerlichem Recht und Wohnungswesen obsolet wäre. Vielmehr ist diese angemessen zu transformieren, um ihr eine zeitgemäße Form zu verleihen. Abstrakt formuliert:

«the public/private divide needs to undergo a dialectical *Aufhebung* in the double sense of destruction and preservation. (1) The simple duality needs to be destructed and re-

placed by the multiplicity of social perspectives which then are reconstructed within the law. (2) In a very limited sense, the old public/private divide will be preserved insofar as this divide is understood as the difference between political and economic rationality, which, however, are only two among many other social rationalities. (3) In a different sense, the public/private divide is preserved since it reappears in each contexture of polycontextuality as the precarious difference between societal responsibility and the pursuit of actors' interest, and private law needs to be responsive to this divide.»³⁹

Privatrecht und Öffentliches Recht werden so nicht wechselseitig zum ontologischen Anderen erklärt und kategorial getrennt, sondern aufeinander bezogen. Das kommt dogmatisch auch in Konzepten «wechselseitiger Auffangordnungen»⁴⁰ zum Ausdruck, die ebenfalls kategoriale Grenzen zwischen privat und öffentlich ablehnen, in ihrer Verbindung aber auch die Trennung bestätigen und dabei – wie zuletzt durch *Alexander Somek* bei der letzten Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2019 – eine Gleitformel entwickeln: *Je deutlicher einseitig-hoheitliche Rechtsetzung mit dem Ziel der Realisierung sozialer Rationalitäten außerhalb der bilateralen Akteursinteressen im Vordergrund der Regulierung steht und je weniger es um die Ermöglichung horizontaler Koordination und individueller Zustimmung geht, desto eher ist die Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen.*⁴¹

Für den Kompetenztitel des «Bürgerlichen Rechts» in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG kommt hinzu, dass das Bundesverfassungsgericht vor allem eine genetische Auslegung vornimmt:

«Bei der Bestimmung von Inhalt und Umfang der Materie im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG kommt daher neben dem Grundsatz des Art. 30 GG dem Merkmal des «Traditionellen» und «Herkömmlichen» wesentliche Bedeutung zu.»⁴²

²⁹ Putzer (Fn. 13), 284. ³⁰ BGBl. 1993 I 1257. ³¹ Gesetzesbegründung, BT-Drs. 12/3254, 12: «Die Gesetzeskompetenz des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Nr. 1 GG (Bürgerliches Recht, Strafrecht) und Artikel 74 Nr. 18 GG (Wohnungswesen).» ³² Michael Kloepfer, Die Sozialisierung von Wohnungsunternehmen und die Verfassung, NJW 2019, 1656–1662, 1659. ³³ Insofern generell zur Abgrenzung von privat- und öffentlich-rechtlicher Regulierung siehe Alexander Somek, Kategoriale Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht?, VVdStRL (2019), i.E. (Manuskript S. 17 f.). ³⁴ So etwa für das Beurkundungswesen BVerfG, Beschluss vom 8.6.1960 – 1 BvR 580/53 – BVerfGE 11, 192–203, 199. ³⁵ So aber wohl Schede/Schuldt (Fn. 18), 1574; Wolfers/Opper (Fn. 22), 1448. ³⁶ Republikanischer Anwälten- und Anwälteverein e. V. (RAV)/Gesellschaft für Freiheitsrecht e. V. (GfF), Stellungnahme zum Referentenentwurf der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen für ein Gesetz zur Mietbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin, 13.9.2019, 4; Hans-Günther Pergande, Die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Wohnungswesens und des Städtebaus – Deutsche Bau- und Bodenbank Aktiengesellschaft 1923–1973, Bonn 1973, 54 f., 96 ff.; Putzer (Fn. 13), 285; Franz C. Mayer/Markus Artz, Rechtsgutachten für die Fraktion der SPD im Abgeordnetenhaus von Berlin, 16.3.2019, 22; Battis (Fn. 19), 11; Hans (Fn. 17), IX bezeichnet die «Durchdringung des privatrechtlichen Mietverhältnisses mit öffentlich-rechtlichen Normen» als «charakteristisch». ³⁷ Marietta Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014. ³⁸ Christoph Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2018. ³⁹ Gunther Teubner, State Policies in Private Law?, The American Journal of Comparative Law 56 (2008), 835–844, 842 f. ⁴⁰ Eberhard Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, 7–40; Wolfgang Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ebd., 261–336. ⁴¹ Insofern auch Somek (Fn. 33), 17 f. ⁴² BVerfG, Urteil vom 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 – BVerfGE 61, 149–208, 175.

Diese Interpretation konkretisiert die allgemeinen Abgrenzungskriterien. Die Kompetenz in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG wird auf die im BGB und seinen Nebengesetzen ausformulierten Normierungen von rechtlichen Individualverhältnissen bezogen. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich ein «Bestandsschutz» für Materien, die traditionell im BGB und Nebengesetzen geregelt und in der Staatspraxis privatrechtsförmig ausgestaltet worden sind. Hinzutreten können aber auch neue Regelungsmaterien, wobei die Grenze erst dann erreicht ist, wenn eine Regelung «weder in heutiger Sicht noch kraft Tradition kompetenzrechtlich als ‹Bürgerliches Recht› begriffen werden» kann.⁴³

Wegen der bisherigen Kompetenzkumulation von Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG (Bürgerliches Recht) und Art. 74 Abs. 1 Ziff. 18 GG (Wohnungswesen) gibt nun das Traditionsargument wenig dafür her, ob es sich bei der Mietpreisregulierung um eine Materie handelt, die ganz oder teilweise Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG unterfällt. Der Gesetzgeber hat Mietpreisregulierungen teilweise ins BGB eingepasst, teilweise in Sondergesetzen geregelt. Er hat seine Kompetenz nie alleine auf Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG gestützt.⁴⁴

Daher kommt es vorliegend maßgeblich auf die allgemeinen Abgrenzungskriterien an, also auf die Gleitformel, sodass die Regelung dem öffentlichen Recht (und damit der Landeskompetenz zur Regulierung des Wohnungswesens) unterfällt, wenn die Regulierung im Schwerpunkt sozialpolitische Ziele jenseits der Vertragsparteien verfolgt und dabei im Schwerpunkt der öffentlichen Aufgabe der Wohnraumversorgung und weniger dem Individualrechtsverhältnis «Mietvertrag» verpflichtet ist.⁴⁵ Dem Bürgerlichen Recht (und damit der Bundeskompetenz) unterfallen hingegen Regulierungen, die im Schwerpunkt dem Ausgleich der Interessen der Vertragsparteien dienen und somit im Schwerpunkt am Vertragsverhältnis ansetzen und nicht das kollektive Ziel der Wohnraumversorgung verfolgen.⁴⁶

Für die Kompetenzzuweisung im Mietpreisrecht, das grundsätzlich als öffentliches und privatrechtliches Mietpreisrecht vorstellbar ist,⁴⁷ kommt es daher darauf an, den inhaltlichen Schwerpunkt und den Schwerpunkt der Regelungstechnik der jeweiligen Mietpreisregulierung präzise zu bestimmen.

a) Ziele

Vorschriften über die Mietpreishöhe verfolgen vielfältige Ziele, die sich häufig überschneiden und gegenseitig verstärken. So ist kaum eine Regelung denkbar, die ausschließlich privaten oder öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt ist. Dennoch ist bei den verschiedenen Vorschriften ein Überwiegen gewisser Ziele des Gesetzgebers festzustellen, die für die Einordnung als privat- oder öffentlich-rechtlich erheblich sind.

aa) Privatrechtlich

Ein typisches Ziel des privatrechtlichen Verbraucherschutzrechts ist die Herstellung von Parität im Ver-

tragsverhältnis. Dieser Regulierungsansatz geht von der Prämisse aus, dass auf funktionierenden Märkten die Parteien das gerechteste und somit dem öffentlichen Interesse am ehesten entsprechende Ergebnis selbst privatautonom aushandeln.⁴⁸ Wo dies in einzelnen Sachbereichen aufgrund der – typisiert erfassten – strukturellen Überlegenheit einer Partei nicht gewährleistet ist, setzt sich das private Verbraucherschutzrecht zum Ziel, die Rechtsstellung der strukturell unterlegenen Partei zu stärken, um somit Parität herzustellen.⁴⁹ Der Schutz der unterlegenen Partei erfolgt innerhalb des Individualverhältnisses, ist also grundsätzlich den Parteien überantwortet. Zwar mögen auch privatrechtliche Vorschriften öffentlich-rechtliche Interessen verfolgen, ihr primäres Prinzip bleibt jedoch stets die «Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch die [...] Rechtssubjekte».⁵⁰ Derartige privatrechtliche Regelungen bewahren die Vertragsautonomie, indem sie diese partiell einschränken und somit dort, wo eine gleichberechtigte Aushandlung nicht stattfinden kann, vor «denunziatorischer Entwertung» schützen.⁵¹

bb) Öffentlich-rechtlich

Ziele, die durch das Mietpreisrecht verfolgt werden und für die Zuordnung zum öffentlichen Recht streiten, sind insbesondere stadtpolitischer Art. So kann es ein stadtplanerisches Interesse sein, für eine soziale Durchmischung der Quartiere zu sorgen⁵² und Verdrängungsprozessen entgegenzuwirken. Von öffentlichem Interesse ist es außerdem, Menschen mit geringem Einkommen zu ermöglichen, in der Nähe ihres Arbeitsplatzes zu wohnen und nicht täglich eine lange Anfahrt aus einem Stadtteil mit niedrigeren Mieten zum Arbeitsplatz in Kauf nehmen zu müssen.⁵³ Auch Gesichtspunkte des Klimaschutzes sprechen für ein arbeitsplatznahes Wohnen, bei dem Pendeln vermieden werden kann.

Letztlich zielen derartige Maßnahmen auf die Erhaltung des sozialen Friedens und auf Umweltbelange – aber auch auf die Ermöglichung der Partizipation am Gemeinwesen für Menschen aus sämtlichen Einkommensschichten, indem eine Segregation nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit verhindert werden soll.⁵⁴

⁴³ Ebd., 176. ⁴⁴ Siehe z.B. die Begründung zum mieterpreisregulierenden Vierten Mietpreisänderungsgesetzes, Nachweis obere Fn. 31. ⁴⁵ In diesem Sinne auch Weber (Fn. 13), 1022. ⁴⁶ So auch Selma Gather/Maika von Restorff/Florian Rödl, Warum dem Land Berlin die Gesetzgebungskompetenz für den «Mietendeckel» zusteht, VerfBlog, 26.11.2019 (letzter Abruf 28.11.2019). ⁴⁷ Weber (Fn. 23), 390; Rudolf Beuermann, Berliner SPD will Mietpreisbindung wieder einführen – geht das?, Das Grundeigentum 2019, 164 f., 164; in Bezug auf das Mietrecht im Allgemeinen Mayer/Artz (Fn. 36), 19. ⁴⁸ Barbara Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983, 62; vgl. Peter Bülow/Markus Artz, Verbraucherprivatrecht, Heidelberg 2016, Rn. 2. ⁴⁹ Bülow/Artz (n. 48), Rn. 5 f. ⁵⁰ Hans-Heinrich Trute, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht – anhand ausgewählter Beispiele, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Alsmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, 167–223, 173. ⁵¹ Eberhard Eichenhofer, Die sozialpolitische Inpflichtnahme von Privatrecht, JuS 1996, 857–865, 863. ⁵² Mayer/Artz (Fn. 36), 33. ⁵³ Vgl. ebd. ⁵⁴ Vgl. Thomas Weigelt, Die wachsende Stadt als Herausforderung für das Recht, Tübingen 2016, 63, nach dem «(d)as Sozialstaatsprinzip erfordert [...], dass der Staat heterogene Bevölkerungsstrukturen anstrebt».

b) Regelungstechnik

Nicht jede Regelung, die Auswirkung auf die Ausgestaltung privatrechtlicher Verträge hat, ist zwingend bürgerlich-rechtlicher Natur. Vielmehr besteht zwischen privatem und öffentlichem Recht eine «Wechselbezüglichkeit», in der die beiden Rechtsgebiete «in vielfältiger Weise aufeinander ein[wirken]». ⁵⁵ Dennoch vermag auch die Regelungstechnik, derer sich eine Vorschrift bedient, Aufschluss zu geben, ob diese in eine öffentlich- oder privatrechtliche Richtung tendiert.

aa) Privatrechtlich

Privatrechtliche Vorschriften sind primär jene, «welche die den Personen als Privatpersonen zukommende rechtliche Stellung und die Verhältnisse, in welchen die Personen als Privatpersonen untereinander stehen, zu regeln bestimmt sind». ⁵⁶ Privatrechtliche Instrumente setzen stets die Handlungsfähigkeit und -bereitschaft der Rechtssubjekte voraus, ⁵⁷ müssen also von diesen aktiviert werden. Sie schaffen Rechte und Pflichten zwischen den beteiligten Rechtssubjekten und ermöglichen diesen somit, ihre Rechtsbeziehungen in einer gewissen Art und Weise auszugestalten.

bb) Öffentlich-rechtlich

Öffentlich-rechtliche Vorschriften sind nach der sogenannten Sonderrechtstheorie technisch betrachtet solche, die «Sonderrechte oder -pflichten des Staates oder anderer Träger öffentlicher Gewalt begründen». ⁵⁸ Im Einzelnen, insbesondere in den Grenzgebieten zum Privatrecht, fällt eine trennscharfe Definition jedoch schwer. ⁵⁹

(1) Öffentlich-rechtliche Regulierung privater Rechtsverhältnisse als Normalfall

Die Tatsache, dass «auch private Rechtsverhältnisse selbstverständlich öffentlich-rechtlicher Regulierung zugänglich» sind, ⁶⁰ ergibt sich bereits aus der Existenz des § 134 BGB, ⁶¹ nach dem Rechtsgeschäfte nichtig sind, die gegen ein Verbotsgesetz verstoßen. ⁶² Völlig unstrittig ist, dass hierunter öffentlich-rechtliche Verbotsgesetze, einschließlich solcher des Landesrechts, fallen. ⁶³ Dies verkennt das BFW-Gutachten, wenn es aus der durch § 134 BGB ins Bürgerliche Recht einbezogenen Verbotswirkung einer Mietobergrenze auf deren Charakter als Bürgerliches Recht schließt, da diese das Individualrechtsverhältnis zwischen Vermietenden und Mietenden beeinträchtigt. ⁶⁴

Die Beispiele für landesrechtliche Vorschriften, die der privatautonomen Vertragsgestaltung Grenzen setzen, sind Legion. So untersagt etwa § 2 LGastG-BW, «alkoholische Getränke in einer Weise anzubieten oder zu vermarkten, die geeignet ist, dem Alkoholmissbrauch oder übermäßigem Alkoholkonsum Vorschub zu leisten», und verbietet somit spezifische Ausgestaltungen eines Bewirtungsvertrages (insbesondere sogenannte Flatrate-Partys ⁶⁵). Wohl niemand käme aus diesem Grund auf den Gedanken, die gaststättenrechtliche Vorschrift als Bürgerliches Recht zu

qualifizieren. ⁶⁶ Als weitere Beispiele für landesrechtliche Verbotsgesetze, die der privatautonomen Vertragsgestaltung Grenzen setzen, können etwa § 31a KHGG-NRW oder § 6 Abs. 1 S. SpielG-BY genannt werden. ⁶⁷ Kennzeichnend ist für derartige öffentlich-rechtliche Vorschriften, dass sie Pflichten gegenüber dem Staat und nicht gegenüber der anderen Vertragspartei statuieren, also stets eine direkte rechtliche Beziehung einer der Vertragsparteien mit dem Staat geschaffen wird. ⁶⁸

(2) Preisrecht und Wirtschaftsrecht

Auch der Bundesgesetzgeber selbst scheint – jedenfalls außerhalb des Mietpreisregulierungsrechts – der Ansicht zu sein, dass Vorschriften, die sich auf die zulässige Höhe des Preises für eine vertragliche Leistung beziehen, nicht auf den Kompetenztitel für das Bürgerliche Recht zu stützen sind. So gehört § 39 EnWG – eine Verordnungsermächtigung für die Festlegung der allgemeinen Elektrizitätspreise – gerade nicht zu den Vorschriften des EnWG, die sich nach der Gesetzesbegründung auf Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 stützen. ⁶⁹

Auch fällt eine Mietobergrenze nicht unter die Bundeskompetenz für das Wirtschaftsrecht nach Art. 74 Abs. 1 Ziff. 11 GG. Im Vergleich zu dieser stellt die Kompetenz für das Wohnungswesen nämlich eine *lex specialis* dar. ⁷⁰ Gerade bei einem derart weiten Kompetenztitel – bei entsprechender Auslegung weist nahezu jede Materie einen Zusammenhang zum Recht der Wirtschaft auf – ist bei der Annahme einer mit der Landeskompentenz zum Wohnungswesen konkurrierenden Bundeskompetenz zur Mietpreisregulierung nach Art. 74 Abs. 1 Ziff. 11 GG Zurückhaltung geboten. ⁷¹

Auf unterstellte oder explizit gemachte «Sperrintentionen» des Gesetzgebers kommt es bei der Kompetenzabgrenzung nicht an. Denn diese folgt objektiven und nicht subjektiven Kriterien.

⁵⁵ Dirk Ehlers/Jens-Peter Schneider, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, München 2019, § 40 Rn. 20; ähnlich auch Trute (Fn. 50). ⁵⁶ Benno Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899, 359. ⁵⁷ Trute (Fn. 50), 174. ⁵⁸ Ekehart Reimer, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO, 51. Edition, München 1.10.2019, § 40 Rn. 45. ⁵⁹ Ehlers/Schneider (Fn. 55), § 40 Rn. 240. ⁶⁰ Mayer/Artz (Fn. 36), 19. ⁶¹ Dessen Rechtsnatur verkennen Wolfers/Opper (Fn. 22), wenn sie ausführen, die Vorschrift enthalte «Regelungen, die die privatautonome Vereinbarung von Miethöhen inhaltlich begrenzen», und hierin ein Indiz für die Abgeschlossenheit des Bundesrechts sehen. § 134 BGB ist nicht Grenze, sondern vielmehr Einfallstor für landesrechtliche Regelungen. ⁶² Hoffmann-Riem (Fn. 40), 287; vgl. Trute (Rn. 50), 180; Ganther/von Restorff/Rödl (Fn. 46). ⁶³ BGH Urteil vom 22.1.1986 – VIII ZR 10/85 – NJW 1986, 2360–2362, 2361; Christian Armbrüster, in: Schubert/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2018, § 134 Rn. 30; Arnd Arnold, in: Westermann/Erman/Aderhold (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., Köln 2014, § 134 Rn. 8. ⁶⁴ Schede/Schuld (Fn. 20), 5; so auch dies. (Fn. 18), 1574. ⁶⁵ Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 14/4850 vom 21.7.2009, 16. ⁶⁶ Auch in der LT-Drs. ebd., 9, finden sich daher zu Recht keine derartigen Überlegungen. ⁶⁷ Weitere Beispiele bei Rolf Sack/Maximilian Seibl, in: Fischinger/Kohler/Seibl (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Saarbrücken/Berlin 2011, § 134 Rn. 309ff. ⁶⁸ Vgl. hierzu auch Trute (Fn. 50), 172. ⁶⁹ BT-Drs. 15/3917 vom 14.10.2004, 41. ⁷⁰ Putzer (Fn. 13), 285. ⁷¹ Mayer/Artz (Fn. 36), 16f.

3. WECHSELSEITIGE RÜCKSICHTNAHMEN

Doch selbst wenn den Ländern grundsätzlich die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass von Mietpreisrecht zukommt, könnte diese hier durch die bundesrechtliche Mietpreisbremse gesperrt sein.⁷² Es könnte eine sogenannte Kompetenzausübungsschranke vorliegen, welche zur Folge hätte, dass zum Schutz der jeweils anderen föderalen Ebene nicht von einer dem Grunde nach bestehenden Kompetenz Gebrauch gemacht werden darf.⁷³

a) Keine umfassende Sperrwirkung des Bundesrechts

Teilweise wurde eine derartige Sperrwirkung der bundesrechtlichen Mietpreisbremse für landesrechtliche Mietpreisdeckel unter Verweis auf das umfassende Regelungskonzept der betreffenden BGB-Vorschriften angenommen,⁷⁴ allerdings ohne eine umfassende dogmatische Verortung der Kompetenzausübungsschranke vorzunehmen.

Zunächst muss klargestellt werden, dass es hier nicht um die Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG geht. Diese Vorschrift wäre nur einschlägig, wenn es sich bei dem landesrechtlichen Mietpreisdeckel um Bürgerliches Recht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Ziff. 1 GG handeln würde – sodass sich die Frage stellte, ob den Ländern trotz Erlasses des BGB Regelungskompetenzen auf diesem Gebiet verblieben. Da das öffentliche Mietpreisrecht jedoch nach zutreffender Ansicht in die residuale Landeskompetenz fällt, stellt sich hier lediglich die Frage, ob das Bundesrecht dem Landesgesetzgeber die Nutzung einer ihm originär zustehenden Kompetenz verunmöglichen kann.

Eine solche «externe» Sperrwirkung einer ausgeübten Bundeskompetenz unterscheidet sich in ihren Voraussetzungen von einer «internen» Sperrwirkung innerhalb eines einzelnen Kompetenztitels im Rahmen der konkurrierenden Zuständigkeit. Diese strukturelle Differenz verkennt *Papier*, wenn er sich zur Begründung, dass landesgesetzliche Regelungen selbst dann gesperrt seien, wenn es sich beim Mietpreisdeckel um öffentliches Recht (für das grundsätzlich eine Landeskompetenz bestehe) handele, auf ein Urteil des BVerfG zur Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG bezieht.⁷⁵

b) Föderalismusfreundliche Kompatibilisierungen

Die wechselseitigen Respektregeln im Föderalismus verlangen, die gesamte Kompetenzordnung des GG und somit auch mögliche wechselseitige Sperrwirkungen «föderalismusfreundlich» auszulegen.⁷⁶ Kleinere Unstimmigkeiten zwischen Bundes- und Landesrecht sind hinzunehmen, da völlige Einheitlichkeit nur im Einheitsstaat möglich ist.⁷⁷ So ist – sofern keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen – stets davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber die Gesetzgebungsbefugnisse der Länder nicht einschränken möchte. Dies muss bei der Mietpreisregulierung, die auf regionale Besonderheiten Rücksicht zu neh-

men hat, in besonderem Maße gelten. Diese Überlegung steht nicht zuletzt auch hinter § 556d BGB, der das Eingreifen der bundesrechtlichen Mietpreisbremse von der landesrechtlichen Festlegung besonders angespannter Mietmärkte abhängig macht.⁷⁸ Zwar ist zuzugestehen, dass allein vom Vorliegen der Verordnungsermächtigung nicht auf die Existenz einer Landeskompetenz im Mietpreisrecht geschlossen werden kann.⁷⁹ Der Schluss von der Konkretetheit und Detailliertheit der Verordnungsermächtigung auf eine Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber, *andersartige* Regelungen bezüglich der zulässigen Miethöhe zu treffen, ist jedoch in gleichem Maße unzulässig.⁸⁰ Die Sperrwirkung einer Verordnungsermächtigung kann sich nur auf die in der Verordnung zu regelnde Materie beziehen.⁸¹ § 556d Abs. 2 BGB ist keinesfalls der Wille des Bundesgesetzgebers zu entnehmen, dass mit dieser Vorschrift die *einzig*e landesrechtliche Gestaltungsmöglichkeit auf dem Gebiet des Mietpreisrechts normiert ist.

Nur dass der Bundesgesetzgeber eine gewisse Regelung nicht getroffen hat, bedeutet nicht, dass die Länder in ihrer Gesetzgebungstätigkeit ausgeschlossen sind. Ansonsten würden sich die Kompetenzen der konkurrierenden Gesetzgebung ausnahmslos als Bundeskompetenzen entpuppen. Wenn *Papier* allein daraus, dass «[e]in darüber [über die bundesrechtliche Mietpreisbremse] hinausgehender rigoroser Mietendeckel [...] auch nicht ansatzweise vorgesehen» ist,⁸² folgert, dass die Bundeskompetenz die Landeskompetenz sperre, vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen. Denn sie verkennt grundlegend das Wesen des grundgesetzlichen Föderalismus. Der Bund muss Gestaltungsmöglichkeiten für die Länder gerade nicht ausdrücklich vorsehen; sie folgen bereits aus der Eigenstaatlichkeit und grundsätzlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder.

⁷² So Ulrich Battis, Gesetz zum Mietendeckel ist in Teilen verfassungswidrig, *Berliner Morgenpost*, 26.10.2019 (letzter Abruf 23.11.2019), www.morgenpost.de/berlin/article227476329/Gesetz-zum-Mietendeckel-ist-in-Teilen-verfassungswidrig.html. ⁷³ Tobias Herbst, Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat, *Tübingen* 2014, 287. ⁷⁴ *Papier* (Fn. 18), dessen gesamte Argumentation letztlich auf diesem Argument beruht; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, WD 3–3000 – 149/19, 18.6.2019, 4; ders., WD 3–3000 – 029/19, 5.2.2019, 3; ders., WD 3–3000 – 149/19, 18.6.2019, 4 f.; Wolfers/Opper (Fn. 22), 1448. ⁷⁵ *Papier* (Fn. 18), 11; unter Verweis auf BVerfG, Urteil vom 7.5.1998 – 2 BvR 1876/91 u.a. – BVerfGE 98, 83–104, 98. ⁷⁶ Vgl. Monika Böhm, Sperrwirkung von Verordnungsermächtigungen, *DÖV* 1998, 234–239, 235 mit Hinweisen auf die Überlegungen, die hinter der Reform des Art. 72 Abs. 1 GG standen; ähnlich im Ergebnis auch Hans D. Jarass, Regelungsspielräume des Landesgesetzgebers im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung und in anderen Bereichen, *NVwZ* 1996, 1041–1047, 1043; auch das Schweizer Bundesgericht (Fn. 28), C.7.1, macht diesen Grundsatz stark, um einen Konflikt zwischen nationalen und kantonalen Regelungen zu vermeiden. ⁷⁷ Michael Rodi, Bundesstaatliche Kompetenzausübungsschranken für Lenkungssteuern, *StuW* 1999, 105–119, 112. ⁷⁸ Deutscher Bundestag, Drucksache 18/3121 vom 10.11.2014, 16 spricht von «den insoweit sachnäheren Ländern». ⁷⁹ Schede/Schuldt (Fn. 18), 1575. ⁸⁰ Dies meinen aber wohl Schede/Schuldt, ebd., unter Berufung auf Arnd Uhle, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *Grundgesetz*, 87. Erg.-Lieferung, München 2019, Art. 72 Rn. 100, der in der zitierten Rn. jedoch die mögliche Sperrwirkung einer an den Bundesverordnungsgeber gerichteten Ermächtigung behandelt; ähnlich Karl Thomas Pickert, Die gesetzgeberische Zuständigkeit für das Miethöherecht für Wohnraum liegt beim Bund, *Das Grundeigentum* 2019, 954 f., 954. ⁸¹ So ist wohl auch die von Schede/Schuldt (Fn. 18), 1575, zitierte Kommentierung von Uhle (Fn. 80), Art. 72 Rn. 100, zu verstehen, die keinerlei Hinweise auf eine umfassendere Sperrwirkung gibt. ⁸² *Papier* (Fn. 18), 9.

c) Wechselseitige Widerspruchsvermeidung

Zur Begründung einer föderalen Kompetenzausübungsschranke wird teilweise auf das Prinzip der Bundestreue,⁸³ teilweise auf das Rechtsstaatsprinzip⁸⁴ bzw. die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verwiesen. Eine Kompetenzausübungsschranke ist hierbei erst überschritten, wenn «den Normadressaten [...] gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.»⁸⁵

Bei einem möglichen Konflikt zwischen Bundes- und Landesrecht ist also zunächst zu prüfen, ob die betreffenden Normen zueinander in einem Verhältnis des Gegensatzes oder der Ausschließlichkeit stehen.⁸⁶ Selbst wenn tatsächlich ein derartiger Konflikt vorliegt,

bedeutet dies nicht, dass stets dem Bundesrecht Vorrang einzuräumen ist, denn

«[w]elche der einen Widerspruch begründenden Regelungen zu weichen hat, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rang, der Zeitenfolge und der Spezialität der Regelungen».⁸⁷

Der Grundsatz «Bundesrecht bricht Landesrecht» kann schließlich nur für kompetenzgemäßes Bundesrecht gelten.⁸⁸ Für das vorliegend interessierende Sachgebiet des Mietpreisrechts könnte die Kollisionsregel des BVerfG sogar eine Sperrwirkung des Landesrechts für das Bundesrecht bedeuten, denn schließlich steht die Sondermaterie Wohnungswesen im Verhältnis der Spezialität zur allgemeineren Kompetenz für das Bürgerliche Recht.⁸⁹

⁸³ BVerfG, Beschluss vom 27.6.2002 – 2 BvF 4/98 – BVerfGE 106, 1–28, 27; Huster/Rux (Fn. 28), Art. 20 Rn. 37; vgl. Jarass (Fn. 76), 1041. ⁸⁴ BVerfG, Urteil vom 27.10.1998 – 1 BvR 2306/96 u. a. – BVerfGE 98, 265–365, 301; Urteil vom 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95 u. a. – BVerfGE 98, 106–134, 118f. ⁸⁵ BVerfG, Urteil vom 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95 u. a. – BVerfGE 98, 106–134, 119. ⁸⁶ Ebd., 119f. ⁸⁷ Ebd. ⁸⁸ Vgl. Johannes Hellermann, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 41. Edition, München 15.5.2019, Art. 31 Rn. 10; Jarass (Fn. 76), 1041 ff. ⁸⁹ Hierzu unten IV.1.b).

III. ABGRENZUNG DER KOMPETENZEN IM EINZELNEN

Zu überprüfen ist daher zum einen, ob die oben genannten Grundsätze der Trennung öffentlich-rechtlicher und privater Mietpreisregulierung im Hinblick auf die Mietpreisbremse des Bundes als «Bürgerliches Recht» und auf das Mietenmoratorium, den Mietendeckel und die Mietenabsenkung als Maßnahmen auf dem Gebiet des «Wohnungswesens» Beachtung gefunden haben. Nur wenn beide Regelungssysteme grundsätzlich kompetenziell zulässig eingerichtet worden sind, kann überhaupt ein Normwiderspruch entstehen (hierzu 1.). In einem zweiten Schritt ist zu überprüfen, ob die Normen sich gegenseitig ausschließen (hierzu 2.).

1. «BÜRGERLICHES RECHT»/«WOHNUNGSWESEN»

a) Mietpreisbremse

Fraglich ist, ob eine bundesrechtliche Mietpreisbremse, wie sie sich im BGB findet, vor dem Hintergrund des oben Ausgeführten kompetenzrechtlich zulässig ist.

aa) Ziele

Die Mietpreisbremse in § 556d Abs. 1 BGB dient als Paradebeispiel des sozialen Mietvertragsrechts, das darauf zielt,

«einen angemessenen Ausgleich zwischen den Rechten und Interessen der Vermieterinnen und Vermieter bzw. Eigentümerinnen und Eigentümer des Mietwohnungsbestandes einerseits und den Mieterinnen und Mietern andererseits zu schaffen».⁹⁰

Kann ein solcher Ausgleich nicht mehr erreicht werden, führt dies letztlich zur Verdrängung wirtschaftlich schwacher Bevölkerungsgruppen aus den entsprechenden Quartieren. Die bürgerlich-rechtliche Mietpreisbremse verfolgt, indem sie derartige Verdrängungsmechanismen verhindern möchte, auch öffentliche Interessen stadtpolitischer Art,⁹¹ jedoch indem sie Bedingungen schaffen möchte, in denen eine privatautonome Aushandlung durch die Parteien erfolgen kann.

Ein soziales Mietvertragsrecht hat somit primär das Ziel, die Parteien zu befähigen, solche Mietverträge auszuhandeln, die öffentliche Interessen nicht dadurch konterkarieren, dass eine Vertragspartei ihre Marktmacht ausnutzt. Ein solcher Ansatz ist für das privatrechtliche Verbraucherschutzrecht charakteristisch, dem es darum geht, durch punktuelle Schutzmaßnahmen für die Verbraucherin untragbare Störungen der Vertragsparität auszugleichen.⁹² Ausgehend von der Vorstellung, dass eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Wohnungen dann am besten gewährleistet werden kann, wenn die Mietpreise auf einem funktionierenden Markt zwischen den Parteien ausgehandelt werden, zielt das soziale Mietvertragsrecht darauf ab, Vertragsparität zwischen den Parteien zu ermöglichen.

bb) Regelungstechnik

Entsprechend ist auch die Regelungstechnik der bundesrechtlichen Mietpreisbremse bürgerlich-rechtlich ausgestaltet und setzt direkt am individuellen Vertrag an. Die Regelungen modifizieren – für das soziale Vertragsrecht typisch⁹³ – die Vertragsgestaltungsfreiheit.⁹⁴

«Die Mietpreisbremse setzt [...] vorrangig bei dem zweipoligen Vertragsverhältnis an. Sie trägt dem Äquivalenzinteresse der involvierten Vertragsparteien Rechnung.»⁹⁵

Die Mietenbremse wirkt also zwischen den Vertragsparteien und muss daher auch von diesen zivilrechtlich durchgesetzt werden.

cc) Zwischenergebnis

Der Schwerpunkt der Regulierung der Mietpreisbremse ist individualrechtsgestaltend und dient dem Schutz der Vertragsparteien. Die Mietpreisbremse ist auf die Bundeskompetenz für die Regelung des «Bürgerlichen Rechts» zu stützen.

b) Mietenmoratorium, -obergrenze und -absenkung

Der E-MietenWoG Bln hingegen ist eindeutig öffentlich-rechtlich ausgestaltet und fällt daher nicht unter den Kompetenztitel für das Bürgerliche Recht. Die bundesrechtliche Mietpreisbremse ist dem sozialen Mietvertragsrecht zuzuordnen, das regelt, wie die Parteien das Vertragsverhältnis privatautonom ausgestalten. Somit stellt es einen der von *Gierke* geforderten «Tropfen sozialistischen Öles»⁹⁶ im Gefüge des BGB dar.

Die im E-MietenWoG Bln vorgesehenen Maßnahmen hingegen statuieren gewissermaßen von außen öffentlich-rechtliche Verbote. Diese öffentlich-rechtlichen Maßnahmen setzen direkt am Eigentumsgegenstand Wohnraum an, indem sie diesem vom konkreten Mietvertrag unabhängige Pflichten auferlegen. Auch wenn es privatrechtliche Bezüge der Regulierung gibt, ist das E-MietenWoG Bln nach der oben genannten Gleitformel dem öffentlichen Recht und damit der Materie «Wohnungswesen» zuzuordnen, da die einseitig-hoheitliche Rechtsetzung mit dem Ziel der Realisierung sozialer Rationalitäten außerhalb der bilateralen Akteursinteressen im Vordergrund der Regulierung steht und es weniger um die Ermöglichung horizontaler Koordination und individueller Zustimmung geht.

aa) Ziele

Es ist nicht zu leugnen, dass Regelungen wie die des E-MietenWoG Bln auch individuellen Interessen zugu-

⁹⁰ Deutscher Bundestag (Fn. 78), 14. ⁹¹ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18.7.2019 – 1 BvR 1595/18 – NJW 2019, 3054–3064, 3057. ⁹² Bülow/Artz (Fn. 48), Rn. 11; vgl. Eichenhofer (Fn. 51), 862. ⁹³ Eichenhofer (Fn. 51), 861. ⁹⁴ Vgl. Markus Artz, in: Schubert/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., München 2018, § 556d Rn. 1. ⁹⁵ Mayer/Artz (Fn. 36), 32. ⁹⁶ Otto Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889, 13.

tekommen. Die einzelnen Mietenden profitieren, falls ein Instrument in ihrem Fall greift, von einer niedrigeren Miete. Vorrangig hat der E-MietenWoG Bln jedoch öffentliche Interessen im Blick.⁹⁷ Die gesetzgebende Gewalt verfolgte vor allem stadtpolitische Ziele, wie etwa eine soziale Durchmischung der Quartiere zu gewährleisten oder einen allgemeinen Preisstand zu schützen.⁹⁸ Dieses Ziel wird durch die geplanten Vorschriften unmittelbar verfolgt – und nicht wie im Falle der bundesrechtlichen Mietpreisbremse mittelbar über die Stärkung der strukturell unterlegenen Partei innerhalb des Gefüges des BGB.

bb) Regelungstechnik

Nach überwiegender und zutreffender Auffassung sind sämtliche Instrumente des E-MietenWoG Bln als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB zu qualifizieren.⁹⁹ So fallen Preisgesetze regelmäßig unter diese Vorschrift und haben eine Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge, sodass lediglich der zulässige Preis zu zahlen ist.¹⁰⁰

Der öffentlich-rechtliche Charakter zeigt sich nicht zuletzt an den Ordnungswidrigkeitstatbeständen des § 11 E-MietenWoG Bln. Mit dem Recht der Ordnungswidrigkeiten kann nicht auf eine bloße Verletzung zivilrechtlicher Pflichten reagiert werden, denn hierfür sind insbesondere das Recht der Leistungsstörungen und das Deliktsrecht zuständig.¹⁰¹ Als Ordnungswidrigkeit wird hingegen ein solches Verhalten pönalisiert, das eine gegenüber dem Staat bestehende, mithin öffentlich-rechtliche Pflicht verletzt.

Auch die Stellung der Behörden nach dem E-MietenWoG Bln zeugt von dessen öffentlich-rechtlicher Natur. Nach § 2 Abs. 2 S. 1 «können [die Bezirksamter] alle Maßnahmen treffen, die zur Umsetzung dieses Gesetzes erforderlich sind». Die Behörden sind also befugt, von Amtes wegen die Einhaltung der Vorgaben des E-MietenWoG Bln sicherzustellen. Nach § 5 Abs. 1 E-MietenWoG Bln senkt die Behörde die Miete gegebenenfalls auf die zulässige Höhe. Dies geschieht in Form eines Verwaltungsaktes nach § 35 VwVfG Bln, gegen den wiederum nach §§ 10 E-MietenWoG im Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO vorzugehen ist. Derartige Regelungen sind dem Zivilrecht fremd, in dem es den Parteien obliegt – gegebenenfalls auf dem Gerichtsweg –, die sie begünstigenden Vorschriften durchzusetzen.

Der E-MietenWoG Bln regelt also primär das Verhältnis zwischen den Vermietenden und der zuständigen Landesbehörde, indem ein hoheitliches Verbot, die Miete in einer gewissen Weise auszugestalten, statuiert wird. Mietende werden von dieser Vorschrift lediglich als Reflex berührt.¹⁰² Dies bestätigt indirekt auch das BVerwG, wenn es ausführt, eine aufgrund des Preisgesetzes vom 10. April 1948 (WiGBl. S. 27) vorgeschriebene Mietfestsetzung sei «weder dazu bestimmt noch fähig, auf einen zur Zeit ihres Erlasses bestehenden oder später abgeschlossenen Mietvertrag unmittelbar einzuwirken.»¹⁰³

Aus der mittelbaren Auswirkung auf das privatrechtliche Schuldverhältnis kann ebenfalls nicht gefolgert werden, dass die im E-MietenWoG Bln geregelten Maßnahmen nicht unter die mittlerweile den Ländern zustehende Kompetenz für das Wohnungswesen zu fassen wären.¹⁰⁴ Diese lassen vielmehr das privatrechtliche Schuldverhältnis grundsätzlich unberührt und hemmen lediglich die Ausübung eines Teils des aus diesem Vertrag erwachsenden Rechtsbündels.¹⁰⁵

Anders als die bürgerlich-rechtliche Mietpreisbremse zielen die Maßnahmen im E-MietenWoG Bln nicht darauf ab, im Einzelfall einen fairen Ausgleich zwischen Mietenden und Vermietenden zu ermöglichen.¹⁰⁶ Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass die Lage der Wohnung für die Preisbildung, abgesehen von § 5 Abs. 2, keine Berücksichtigung findet. Anders als *Battis* meint,¹⁰⁷ spricht dies nicht gegen, sondern für die Kompetenzmäßigkeit des Gesetzes. Der Landesgesetzgeber handelt öffentlich-rechtlich, indem er gerade nicht das synallagmatische Verhältnis zum Ausgang nimmt, sondern davon abstrahiert und andere Kriterien für die Höchstpreisbildung verwendet, die sozialpolitischen Erwägungen folgen und nur langfristig und mittelbar synallagmatische Gestaltungen beeinflussen sollen.

Einzelfallgerechtigkeit in atypischen Fällen wird über die Härtefallregelung des § 8 E-MietenWoG Bln gewährleistet. Hierbei handelt es sich um einen Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips und somit um eine als öffentlich-rechtlich zu qualifizierende Vorschrift. Dem Bürgerlichen Recht ist eine derartige Regelungstechnik grundsätzlich fremd.

cc) Zwischenergebnis

Der E-MietenWoG Bln beinhaltet Maßnahmen auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Regulierung des «Wohnungswesens», das der Residualkompetenz der Länder unterfällt.

2. WIDERSPRUCHSFREIHEIT

Regulierungen des Mietpreises auf Bundes- und Landesebene müssen, wenn beide Regulierungen kompetenzgemäß sind, in einem zweiten Schritt den oben genannten Vorgaben der Widerspruchsfreiheit genügen. Für die in Berlin vorgeschlagenen Maßnahmen ist dies je im Einzelnen zu überprüfen.

a) Mietenmoratorium

aa) Bundesrechtliche Regelungen

Ein Mietenmoratorium gibt es im Bundesrecht nicht. Eine Grenze für Mieterhöhungen bildet § 558 Abs. 1

⁹⁷ RAV/GfF (Fn. 36), 7; Ganther/von Restorff/Rödl (Fn. 46). ⁹⁸ RAV/GfF (Fn. 36), 8; Battis (Fn. 19), 15. ⁹⁹ Papier (Fn. 18), 12; siehe auch Referentenentwurf (Fn. 8), 16. ¹⁰⁰ Arnold (Fn. 63), § 134 Rn. 50; Heinz-Peter Mansel, in: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl., München 2018, § 134 Rn. 15. ¹⁰¹ Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2005, Rn. 4. ¹⁰² Vgl. Mayer/Artz (Fn. 36), 32, nach denen der Mietpreisdeckel «nicht unmittelbar in das Privatverhältnis» wirkt. ¹⁰³ BVerwG, Beschluss vom 5.3.1954 – II ER 46.53 – BVerwGE 1, 87. ¹⁰⁴ Vgl. Ganther/von Restorff/Rödl (Fn. 46). ¹⁰⁵ Weber (Fn. 13), 1028f.; ders. (Fn. 23), 391. ¹⁰⁶ RAV/GfF (Fn. 36), 7. ¹⁰⁷ Battis (Fn. 19), 17.

BGB, nach dem eine Erhöhung der Miete nur bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangt werden darf. § 558 Abs. 3 BGB enthält eine Kappungsgrenze, nach der eine Erhöhung nach Abs. 1 innerhalb von drei Jahren nicht zu einer 20 Prozent überschreitenden Mietsteigerung führen darf. Bei Neuvermietungen ist § 556d BGB zu beachten, wonach in von der Landesregierung zu bestimmenden Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt die ortsübliche Vergleichsmiete um maximal 10 Prozent überschritten werden darf.

bb) Regelung im E-MietenWoG Bln

§ 3 Abs 1 S. 1 E-MietenWoG Bln verbietet es, eine Miete zu fordern, die die am 18. Juni 2019 vereinbarte Miete überschreitet. Nach § 3 Abs 4 E-MietenWoG Bln sind Mieterhöhungen zum Inflationsausgleich zulässig. Es handelt sich um ein Moratorium.

Die Bejahung einer Landeskompentenz für das Mietmoratorium bereitet die geringsten Schwierigkeiten. Schließlich lässt dieses das mietrechtliche Schuldverhältnis unberührt¹⁰⁸ und besneidet lediglich die Möglichkeiten der Vermietenden zur Mieterhöhung.¹⁰⁹ Das Mietmoratorium ist außerdem Teil eines wohnungspolitischen Konzeptes. Es soll dem Landesgesetzgeber Zeit geben, eine umfassende Reform der Wohnraumpolitik zu erarbeiten. Aus diesem Grund ist das Moratorium auf fünf Jahre beschränkt.¹¹⁰ Es ist keinesfalls «Selbstzweck», sondern dient lediglich dazu, dem Landesgesetzgeber einen Handlungsspielraum offenzuhalten.¹¹¹ Dies ist notwendig, da er ansonsten aufgrund der aktuellen Dynamiken des (Berliner) Mietmarktes von den Entwicklungen überholt zu werden droht. Parlamentarische Prozesse sind zeitaufwendig und gewissermaßen langsamer als die Entwicklung des Mietmarktes.

cc) Keine Widersprüchlichkeit

Fraglich ist nun, ob die Regelungen auf Bundes- und Landesebene dem föderalen Gebot der wechselseitigen Rücksichtnahme gerecht werden. Im Widerspruch zu dem im E-MietenWoG Bln vorgesehenen Moratorium stehen jedenfalls nicht die in § 558 Abs. 3 BGB geregelten Beschränkungen der Möglichkeiten zur Erhöhung der Miete durch Vermietende. Diese schränken die den Vermietenden in § 558 Abs. 1 BGB eingeräumten Rechte ein, die Miete zu erhöhen. Sie regelt also, auf welche Weise die Parteien des Mietvertrags diesen ausgestalten bzw. anpassen können. § 558 Abs. 3 BGB kann somit nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist in Verbindung mit § 558 Abs. 1 zu sehen, der Vermietenden, in Abweichung von dem Grundsatz *pacta sunt servanda*¹¹² erlaubt, die Miete auch gegen den Willen der Mietenden zu erhöhen. Dies stellt wiederum einen Ausgleich für die erschwerte Kündbarkeit von Mietverträgen über Wohnraum dar.¹¹³

§ 558 BGB ist also ein kleinteilig in das System des BGB eingepasstes Instrument, das die Art und Weise regelt, wie die Parteien des Mietvertrags dieses Schuldverhältnis privatautonom ausgestalten können.¹¹⁴

Die Regelungen des § 558 BGB werden auch nicht durch ein Mietmoratorium suspendiert.¹¹⁵ In Bezug auf kommunale Rechtsakte wurden Zweifel geäußert, ob diese aufgrund ihres räumlich beschränkten Anwendungsbereichs überhaupt in der Lage sein könnten, Bundesrecht zu suspendieren.¹¹⁶ Diese Überlegung muss auch für landesrechtliche Vorschriften gelten, denn auch deren räumlicher Anwendungsbereich ist beschränkt. Auch die zeitliche Komponente spricht gegen eine Suspensivwirkung: Die Geltungsdauer der Berliner Regelung ist auf fünf Jahre beschränkt, danach können Vermietende wieder uneingeschränkt von den Möglichkeiten des § 558 BGB Gebrauch machen. Doch selbst während der Geltungsdauer des MietenWoG Bln kann es Fälle geben, in denen § 558 BGB weiterhin Wirkung entfaltet. Genehmigt die Investitionsbank Berlin eine Ausnahme von § 3 Abs. 1 nach § 8 E-MietenWoG Bln, kann diese selbstverständlich nicht die von § 558 BGB festgelegten Grenzen überschreiten.

b) Mietenobergrenze

aa) Bundesrechtliche Regelungen

Eine äußerste bundesrechtliche Grenze für die Höhe der Miete bildet der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. Dessen Anforderungen sind äußerst hoch – objektiv muss die Miete in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung der Vermietenden stehen, subjektiv ist eine Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, eines Mangels an Urteilsvermögen oder einer erheblichen Willensschwäche der Mietenden erforderlich.¹¹⁷ Ein auffälliges Missverhältnis ist bei Wohnraummietverträgen gegeben, wenn die angemessene Miete um 50 Prozent überschritten wird.¹¹⁸ Zum Schutz der Mietenden nimmt die Rechtsprechung an, dass Wucher bei Wohnraummietverträgen nicht zur gänzlichen Nichtigkeit des Vertrages, sondern lediglich zur Kappung der überhöhten Miete führt.¹¹⁹ Eine wucherhaft überhöhte Miete kann auch nach § 291 StGB strafbar sein, was über § 134 BGB zu einer (Teil-)Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen kann. Die Abgrenzung zwischen § 138 Abs. 2 BGB und § 291 StGB in Verbindung mit § 134 BGB ist im Einzelnen umstritten,¹²⁰ bedarf hier jedoch keiner Vertiefung, da sich die Voraussetzungen beider Regelungen im Wesentlichen entsprechen.¹²¹ Auch § 5 WiStG kann in

¹⁰⁸ Putzer (Fn. 13), 285. ¹⁰⁹ Battis (Fn. 19), 15. ¹¹⁰ Ebd., 15 ff. ¹¹¹ Ebd., 15. ¹¹² Vgl. allgemein in Bezug auf gesetzliche Vertragsanpassungsregeln Wolfgang Hau, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen 2003, 259. ¹¹³ Peter Schüller, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BeckOK BGB, 51. Edition, München 1.8.2019, § 558 Rn. 1; Arndt Teichmann, in: Jaunernig Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl., München 2018, § 558 Rn. 1; Mayer/Artz (Fn. 36), 40f. ¹¹⁴ Auch Schede/Schuldt (Fn. 20), 8 attestieren ein «ausdifferenziertes Regulationssystem», allerdings ohne zu begründen, warum daraus auf eine abschließende Regelung durch den Bundesgesetzgeber zu schließen wäre und weshalb diese Regelung der Landesregelung gegenläufig wäre. ¹¹⁵ So aber wohl in Bezug auf derartige Überlegungen in Bayern Schede/Schuldt (Fn. 18), 1574. ¹¹⁶ Herbst (Fn. 73), 300. ¹¹⁷ Claus Cramer, Mietrecht, München 2019, 118. ¹¹⁸ Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGH, Urteil vom 23.4.1997 – VIII ZR 212/96 – NJW 1997, 1845–1847, 1846; Holger Wendtland, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BeckOK BGB, 51. Edition, München 1.8.2019, § 138 Rn. 47. ¹¹⁹ Wendtland, ebd., Rn. 58. ¹²⁰ Armbrüster (Fn. 63), § 134 Rn. 4. ¹²¹ Ebd.; zu den marginalen Unterschieden Wendtland (Fn. 118), § 138 Rn. 42.1.

Verbindung mit § 134 BGB zur Nichtigkeit überhöhter Mieten führen,¹²² allerdings ist die Praxisrelevanz dieser Vorschrift infolge der restriktiven Auslegung durch den BGH heute sehr gering.¹²³

Die bundesrechtliche Mietpreisbremse regelt in § 556d Abs. 1 BGB, dass die vereinbarte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete in den vom Landesgesetzgeber festzulegenden Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten um maximal 10 Prozent übersteigen darf. Die Miethöhe, ab welcher die bundesrechtliche Mietpreisbremse eingreift, orientiert sich also am Markt.¹²⁴ Die ortsübliche Vergleichsmiete steigt derzeit stärker als Lebenshaltungsindex und Lohnniveau.¹²⁵ Die bundesrechtliche Mietpreisbremse ist also darauf ausgerichtet, zu verhindern, dass sich einzelne Mieten von den üblichen Marktmieten entfernen, möchte jedoch nicht die Marktmiete in Form der ortsüblichen Vergleichsmiete als solche regulieren.¹²⁶ Sie orientiert sich vielmehr am Markt und bezweckt einen Ausgleich zwischen den Parteien.¹²⁷

Wird die Grenze des § 556d Abs. 1 BGB überschritten, wird nach § 556g Abs. 1 BGB nur die gesetzlich zulässige Miete geschuldet. Mietenden wird indes geraten, dennoch die vereinbarte überhöhte Miete zu zahlen (da die gesetzlich zulässige Miete jedenfalls in Gebieten ohne qualifizierten Mietspiegel schwer zu ermitteln ist¹²⁸) und anschließend bereicherungsrechtliche Ansprüche geltend zu machen.¹²⁹ Dies ist für Mietende mit nicht geringen Risiken behaftet. Nicht nur können sich Vermietende möglicherweise auf Entreicherung berufen,¹³⁰ auch die Bestimmung der ortsüblichen Miete ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.¹³¹ Zudem dürften sich entsprechende Prozesse häufig über Jahre hinziehen. Die Durchsetzung der bundesrechtlichen Mietpreisbremse obliegt also den Mietenden.¹³² Außerdem setzt nach § 556g Abs. 2 BGB der Bereicherungsanspruch voraus, dass die Mietenden die überhöhte Miete gerügt haben.

Die Mietpreisbremse des BGB stellt also nicht infrage, dass der Preis zwischen den Parteien ausgehandelt werden darf, es handelt sich um sozial abgefedertes zivilrechtliches Mietrecht.

bb) Regelung in Berlin

§ 4 Abs. 1 E-MietenWoG Bln verbietet es während einer Geltungsdauer von fünf Jahren, bei Wiedervermietungen eine Miete zu verlangen, welche die in § 6 festgelegten Mietobergrenzen überschreitet. Die Mietobergrenzen sind unabhängig von der Wohnlage im gesamten Stadtgebiet gleich, Baujahr und Ausstattung der Wohnung werden jedoch berücksichtigt. Nicht zuletzt der Wortlaut («verboten») macht deutlich, dass es sich bei der Vorschrift um ein Verbot im Sinne des § 134 BGB handelt.¹³³

Die Mietobergrenze unterfällt somit zweifelsfrei dem öffentlichen Recht. Wie oben dargestellt, bezweckt der Landesgesetzgeber, die Verdrängung wirtschaftlich leistungsschwächerer Personen aus attraktiven Quartieren zu verhindern, was ein öffentliches

Interesse darstellt. Dieses Interesse erklärt auch, warum die Lage der zu vermietenden Wohnung nicht als preisbildendes Kriterium Eingang findet. Damit soll nämlich verhindert werden, dass bestimmte attraktive Quartiere nur von besonders wohlhabenden Personen bewohnt werden und weniger kaufkräftige Personen in andere Quartiere ausweichen müssen (Gentrifizierung¹³⁴). Das erfordert eine einheitliche Festsetzung der maximal zulässigen Miethöhe.¹³⁵ Auch ist der Landesgesetzgeber nicht gezwungen, sämtliche preisbildenden Faktoren in seine Festsetzung der Mietobergrenze einzubeziehen.¹³⁶ Da diese nicht nur sehr vielfältig (Ausrichtung, Verkehrsaufkommen, Zustand, Stockwerk, Raumzuschnitt etc.) sind, sondern auch individuell verschieden gewertet würden, wäre es nicht einfach (allerdings auch nicht unmöglich¹³⁷), diese Faktoren in einem Gesetz abzubilden. Außerdem möchte ein Mietendeckel, wie in Berlin geplant, gerade die Marktmechanismen teilweise zurückdrängen. Wären sämtliche preisbildenden Faktoren zu berücksichtigen, würde dieses Anliegen konterkariert.

cc) Widerspruchsfreiheit

(1) Keine Ausschließlichkeit, sondern wechselseitige Ergänzung

Die beiden Instrumente zur Mietpreishöhe auf Bundes- und Landesebene stehen zueinander nicht im Verhältnis der Ausschließlichkeit in dem Sinne, dass eines von ihnen den Sachverhalt abschließend regeln würde und dieses Regelungskonzept durch Normen auf der jeweils anderen föderalen Ebene entwertet würde. Vielmehr ergänzen sie sich,¹³⁸ da sie einen grundsätzlich verschiedenen Regelungsansatz verfolgen.¹³⁹ Wenn behauptet wird, die Mietobergrenze solle «das Individualrechtsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter gestalten»,¹⁴⁰ ist dies unzutreffend. Das privatrechtliche Schuldverhältnis bleibt vielmehr intakt,¹⁴¹ die Mietobergrenze wirkt nicht unmittelbar, sondern

¹²² Zur Einordnung des § 5 WiStG als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB Armbrüster (Fn. 63), § 134 Rn. 91; Joachim Lampe, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 224. Erg.-Lieferung, München März 2019, § 5 WiStG Rn. 1. ¹²³ Claudia Theesfeld, in: Schach/Schultz/Schüller (Hrsg.), BeckOK Mietrecht, 17. Edition, München 1.9.2019, § 556d BGB Rn. 4; Mayer/Artz (Fn. 36), 39; Lampe (Fn. 122), § 5 WiStG Rn. 1. ¹²⁴ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18.7.2019 – 1 BvR 1595/18 – NJW 2019, 3054–3064; Weber (Fn. 13), 1022. ¹²⁵ RAV/GfF (Fn. 36), 3. ¹²⁶ Weigelt (Fn. 54), 302. ¹²⁷ Putzer (Fn. 13), 284; Mayer/Artz (Fn. 36), 32 f.; so auch die Definition des sozialen Mietrechts des BGB bei Deutscher Bundestag (Fn. 78), 14. ¹²⁸ Markus Artz/Ulf Börstinghaus, Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz, NZM 2019, 12–25, 14. ¹²⁹ Claudia Theesfeld, § 556g, in: Schach/Schultz/Schüller (Hrsg.), BeckOK Mietrecht, 17. Edition, München 1.9.2019, § 556g BGB Rn. 1. ¹³⁰ Andrić Abramenko, Die Mietpreisbremse, Bonn 2015, 30, 116. ¹³¹ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18.7.2019 – 1 BvR 1595/18 – NJW 2019, 3054–3064, 3057; Abramenko (Fn. 130), 109 ff. ¹³² Artz/Börstinghaus (Fn. 128), 14. ¹³³ So im Ergebnis wohl auch Papier (Fn. 18), 12. ¹³⁴ Zum Begriff Stefan Köfner, Gentrification, WuM 2009, 384–386. ¹³⁵ So im Ergebnis auch Mayer/Artz (Fn. 36), 33. ¹³⁶ In diese Richtung geht allerdings die Argumentation von Battis (Fn. 19), 17 ff., wenn er dem Berliner Entwurf vorwirft, Lage und Zustand der Wohnung unzureichend zu berücksichtigen. ¹³⁷ In Italien (bis 1998), den Niederlanden und Österreich wird die Lage des Mietobjekts bei der Festsetzung der Höchstmiete einbezogen. Die Erfahrungen dieser Länder sind komplex und können hier nicht wiedergegeben werden. ¹³⁸ Vgl. hierzu auch das Schweizer Bundesgericht (Fn. 28), C.7.5.3, welches die Befugnis der Kantone, durch öffentlich-rechtliche Regelungen das Zivilrecht des Bundes mit gleicher Zielsetzung zu ergänzen, hervorhebt. ¹³⁹ Vgl. Mayer/Artz (Fn. 36), 32; selbst Papier (Fn. 18) 7, gesteht dem Landesgesetzgeber zu, dass dessen Mietpreisregelung «auf einem völlig anderen Konzept» als die des Bundes beruhe. ¹⁴⁰ Schede/Schuldt (Fn. 18), 1574. ¹⁴¹ Battis (Fn. 19), 15; Weber (Fn. 23), 391; Mayer/Artz (Fn. 36), 32.

wie grundrechtliche Regeln mittelbar auf den einzelnen Vertrag ein.¹⁴² Die Mietobergrenze setzt eine abstrakt-generelle Grenze für die Miethöhe¹⁴³ und wirkt somit auf den Markt¹⁴⁴ bzw. setzt Marktmechanismen zeitweise außer Kraft.

Jedenfalls verkürzt¹⁴⁵ ist die Behauptung, die bürgerlich-rechtliche Mietpreisbremse sei durch den Berliner Mietpreisdeckel «suspendiert».¹⁴⁶ Zunächst einmal ist die Wirkung des E-MietenWoG Bln zeitlich begrenzt, eine allfällige Suspendierung könnte also nur vorübergehender Natur sein. Zum anderen bleiben grundsätzlich Fallgestaltungen denkbar, in denen die Mietpreisbremse auch während der Geltungsdauer des E-MietenWoG Bln Wirkung entfaltet. Jedenfalls wirkt sie als äußerste Grenze für Ausnahmen nach der Härtefallklausel des § 8 E-MietenWoG Bln.

Die Mietobergrenze stellt also ein *aliud* zur bundesrechtlichen Mietpreisbremse dar. Somit ist sie – selbst nach den Ausführungen des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, wonach nur eine «strenger als § 556d BGB gefasste [...] Vorschrift» dem Kompetenztitel des Bundes für das Bürgerliche Recht unterfallen würde – als kompetenzgemäß anzusehen.

(2) Keine Widersprüchlichkeit

Die bundesrechtlichen und landesrechtlichen Vorschriften zum Mietpreisrecht sind somit nicht «widersprüchlich».¹⁴⁷ Die Normadressierten sehen sich gerade nicht, wie *Papier* suggeriert, zwei «gegenständlichen gesetzlichen Regelungen ausgesetzt».¹⁴⁸ Die bundes- und landesrechtlichen Vorschriften zum Mietpreisrecht verlangen nicht etwa Gegensätzliches in dem Sinne, dass die Parteien des Mietvertrages stets nur die eine oder die andere Vorschrift erfüllen könnten.¹⁴⁹ Dass in einem konkreten Sachverhalt verschiedene Normen verschiedener Normgeber zu beachten sind, ist vielmehr in einer hochgradig ausdifferenzierten Rechtsordnung wenn nicht gar der Regelfall, so doch jedenfalls keine Besonderheit. Beispielsweise sind im Baurecht eine Vielzahl von Normen aus dem BauGB, der einschlägigen LBO, dem BImSchG und zahlreichen weiteren bundes- und landesrechtlichen Gesetzen zu beachten, die sich ergänzen und erst im Zusammenspiel eine Beurteilung der Zulässigkeit eines Vorhabens ermöglichen.

Eine Sperrwirkung der bundesrechtlichen Mietpreisbremse kann auch nicht unter Berufung auf das Urteil des BVerfG zur kommunalen Verpackungssteuer in Kassel begründet werden.¹⁵⁰ Dort konterkarierte die aufgrund einer landesrechtlichen Ermächtigung erlassene kommunale Verbrauchssteuer das im Bundesrecht verankerte Kooperationsprinzip zwischen den Beteiligten im Bereich der Abfallvermeidung, indem sie einseitig auf die Verbrauchenden abstellte und diesen die Entscheidung überließ, ob sie trotz des durch die Verbrauchssteuer bedingten höheren Preises Einweggeschirr nutzen möchten.¹⁵¹ Das Verhältnis zwischen den bundes- und landesrechtlichen Beschränkungen der Miethöhe ist ein grundsätzlich anderes.

Auf rein faktischer Ebene ist die Stoßrichtung der beiden Instrumente identisch: Es werden Grenzen für die Höhe der Mieten festgelegt. Der landesrechtliche Mietendeckel höhlt die bundesrechtliche Mietpreisbremse dabei nicht aus, «verfälscht»¹⁵² sie nicht, sondern ergänzt sie.¹⁵³

c) Mietenabsenkung

aa) Bundesrecht

Spezifische Regelungen zur Mietenabsenkung finden sich im Bundesrecht nicht. Zu einer faktischen Reduzierung der Höhe der Miete können jedoch die bundesrechtlichen Vorschriften bezüglich der Miethöhe führen. Da § 556d BGB nur bei Neuvermietungen einschlägig ist,¹⁵⁴ kann eine Herabsetzung der Miete bei Altverträgen nur über die oben dargestellten Wucheratbestände erreicht werden. Wird die zulässige Miethöhe überschritten, führt dies, wie oben ausgeführt, zu einer Teilnichtigkeit des Mietvertrags, sodass nur die gesetzlich zulässige Miete zu entrichten ist.

bb) Regelung in Berlin

Nach § 5 Abs. 1 E-MietenWoG Bln kappt die zuständige Senatsverwaltung auf Antrag Mieten, die die Mietobergrenze nach § 6 E-MietenWoG Bln um mehr als 20 Prozent übersteigen. Bei der Kappung handelt es sich um einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt.¹⁵⁵ Der Verwaltungsakt hat unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung (§ 5 Abs. 1 E-MietenWoG Bln: «senkt»), indem er die zu zahlende Miete reduziert, und stellt nicht lediglich fest, dass die Miete überhöht ist. Nach der allgemeinen Lehre sind privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte als typische Handlungsform der öffentlichen Verwaltung vor den Verwaltungsgerichten anzufechten.¹⁵⁶

Nach § 5 Abs. 2 S. 2 E-MietenWoG Bln ist je nach Wohnlage ein Zu- oder Abschlag vorzunehmen. Die Grenzen liegen also deutlich unter jenen des § 5

¹⁴² So aber offenbar ohne nähere Begründung Battis (Fn. 72). ¹⁴³ RAV/GFF (Fn. 36), 7. ¹⁴⁴ Battis (Fn. 19), 15. ¹⁴⁵ Kritik an der Pauschalität auch ebd., 11. ¹⁴⁶ Papier (Fn. 18), 3. ¹⁴⁷ So aber Papier (Fn. 18), 4; ähnlich auch Schede/Schuldts (Fn. 18), 1576. ¹⁴⁸ Papier (Fn. 18), 4. ¹⁴⁹ Vgl. Ganther/von Restorff/Rödl (Fn. 46). ¹⁵⁰ So aber Battis (Fn. 19), 13f. ¹⁵¹ BVerfG, Urteil vom 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95 u.a. – BVerfGE 98, 106–134, 121 f. ¹⁵² So aber Papier (Fn. 18), 11; jedenfalls teilweise zustimmend Battis (Fn. 19), 13. ¹⁵³ Davon, dass dies kompetenzrechtlich zulässig ist, scheint auch der Deutsche Anwaltverein auszugehen, wenn in seiner Stellungnahme durch den Ausschuss Miet- und Wohnrecht zum Referentenentwurf der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen des Landes Berlin für ein Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (Berliner MietenWoG) – Referentenentwurf (Stand 30.8.2019) – September 2019, 4, ausgeführt wird, ein Mietendeckel dürfe «die zivilrechtlichen BGB-Vorschriften zum Mietrecht nicht faktisch aushebeln, sondern allenfalls absichern». Im Weiteren klammert das Gutachten die Kompetenzfrage jedoch ausdrücklich aus. ¹⁵⁴ Peter Schüller, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BeckOK BGB, 51. Edition, München 1.8.2019, § 556d Rn. 8; Artz, (Fn. 94) § 556d Rn. 4. ¹⁵⁵ Vgl. hierzu Mayer/Artz (Fn. 36), 21; zur Qualifizierung der Mietfestsetzung nach § 16 Abs. 1 S. 4 WvBewG als privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt Lutz Schmidt, Unmittelbare Privatrechtsgestaltung durch Verwaltungsakt, Diss. Bielefeld 1975, 118. ¹⁵⁶ BGH, Urteil vom 19.12.1978 – VI ZR 43/77 – NJW 1979, 597 f., 597; Axel Tschentscher, Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als Koordinationsinstrument zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, DVBl 2003, 1424–1437, 1428; Der Gesetzgeber wäre freilich auch nicht gehindert, eine abdrängende Sonderzuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit im Hinblick auf Rechtsmittel gegen Maßnahmen nach dem E-MietenWoG durch Landesgesetz nach § 40 Abs. 1 S. 2 VwGO einzuführen. Diese rein technische Frage hätte keine Auswirkungen auf die Einordnung des E-MietenWoG Bln als «Öffentliches Recht», die Ergebnis einer Gesamteinschätzung ist und für die die technische Frage der Ausgestaltung des Rechtsweges – zumal nach vorgeschaltetem Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren – eine untergeordnete Rolle spielt.

WiStG.¹⁵⁷ Da *Battis* – wie oben ausgeführt zu Unrecht – von einer Kompetenzwidrigkeit der Mietobergrenzen ausgeht, hält er in der Konsequenz auch die Regelung des § 5 E-WoMietenG Bln für kompetenzwidrig, ohne sich mit der originären landesrechtlichen Zuständigkeit für die Kappung überhöhter Mieten auseinanderzusetzen.¹⁵⁸

In Bezug auf die Landeskompetenz für die Kappung der Mieten gelten grundsätzlich dieselben Erwägungen wie in Bezug auf die Festlegung einer Mietobergrenze. Zwar mag die Beschränkung der Rechte aus einem bereits bestehenden Mietvertrag für die Vermietenden einschneidender sein als die Festlegung einer Grenze der Miethöhe für einen noch abzuschließenden Vertrag. Diesem Gedanken trägt die Berliner Regelung Rechnung, indem sie bei der Mietensenkung die Lage der Wohnung miteinbezieht, also Spezifika des konkreten Mietvertrags eine größere Bedeutung einräumt als im Rahmen der Mietobergrenze. Doch selbst wenn die Schwere des Grundrechtseingriffs durch eine Mietensenkung erheblicher sein sollte als bei einer Mietobergrenze, vermag dies in Bezug auf die Kompetenzfrage keine abweichende Beurteilung zu rechtfertigen.

Die oben dargelegte Kompetenz des Landesgesetzgebers für die öffentlich-rechtliche Festsetzung einer Mietobergrenze bliebe unvollständig, wäre es den Ländern untersagt, auch bereits bestehende Mietverträge zu beschränken. Aufgrund der regelmäßig langen Laufzeit von Wohnraummietverträgen käme es andernfalls zu einer Spaltung des Mietmarktes. Darüber hinaus ist der öffentlich-rechtliche Charakter der Mietensenkung aufgrund der Handlungsform des Verwaltungsakts besonders augenfällig. Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte wurzeln stets in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis und sind somit dem öffentlichen Recht zuzuordnen.¹⁵⁹ Auch der Bundesgesetzgeber stützt sich beim Erlass von Ermächtigungsgrundlagen für privatrechtsgestaltende Verwal-

tungsakte regelmäßig nicht auf den Kompetenztitel für das Bürgerliche Recht.¹⁶⁰

cc) Widerspruchsfreiheit

Auch in Bezug auf das Gebot der wechselseitigen Rücksichtnahme im föderalen System kann das oben zur Mietobergrenze Ausgeführte im Wesentlichen auf die Mietensenkung übertragen werden. Die strafrechtlichen und bürgerlich-rechtlichen Wuchertatbestände beinhalten stets eine subjektive Komponente, setzen also ein vorwerfbares Verhalten der Vermietenden voraus.

Die Mietensenkung nach § 5 Abs. 1 E-MietenWoG Bln verlangt dagegen lediglich eine objektive Überschreitung der zulässigen Miethöhe, ohne subjektive Komponenten in den Blick zu nehmen. Auch die Wirkungsweise der Instrumente ist verschieden. Eine Kappung der überhöhten Miete nach § 5 Abs. 1 E-MietenWoG Bln lässt den Mietvertrag unberührt und verbietet lediglich die Geltendmachung der überhöhten Miete, während die bundesrechtlichen Wuchertatbestände eine Teilnichtigkeit des Mietvertrages hervorrufen. Die §§ 134, 138 BGB führen hierbei zu einer *Ex-tunc*-Nichtigkeit,¹⁶¹ während § 5 E-MietenWoG Bln erst «ab dem auf den Tag der Antragstellung folgenden Kalendermonat» Wirkung entfaltet. Hier wird augenfällig, dass die bundesrechtlichen Wuchertatbestände nicht von § 5 Abs. 1 E-MietenWoG Bln verdrängt werden. Vielmehr ist es für Mietende möglich, zunächst nach dem E-MietenWoG Bln die Kappung der Mieten für die Zukunft zu beantragen und – sofern die zusätzlichen Voraussetzungen des entsprechenden Tatbestands erfüllt sind – gleichzeitig zivilgerichtlich eine *Ex-tunc*-Teilnichtigkeit des Mietvertrags feststellen zu lassen, um bereits gezahlte überhöhte Mieten zurückzuerlangen. Die bundes- und landesrechtlichen Regelungen, die zu einer Absenkung der Miete führen können, geraten also nicht in Konflikt, sondern wirken im Sinne eines effektiven Mietendenschutzes zusammen.

¹⁵⁷ Battis (Fn. 72). ¹⁵⁸ Ebd. ¹⁵⁹ Alexander Windoffer, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, § 35 Rn. 59; vgl. Gerrit Manssen, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, Tübingen 1994, 275; Schmidt (Fn. 155), 12. ¹⁶⁰ Siehe etwa zu § 37 Abs. 2 TKG Deutscher Bundestag, Drucksache 15/2316 vom 9.1.2004, 55. ¹⁶¹ Wendtland (Fn. 118), § 138 Rn. 29; siehe ebd., § 134 Rn. 21; Armbrüster (Fn. 63), § 134, Rn. 119ff.; siehe ebd., § 138 Rn. 162.

IV. RECHTSFOLGEN DES ZUSAMMENWIRKENS

1. (KEIN) NORMWIDERSPRUCH

a) Parallele Anwendung

Da wie dargelegt kein Widerspruch zwischen den bundesrechtlichen Normen zur Mietpreishöhe und den im E-MietenWoG Bln vorgesehenen Regelungen besteht, kommen beide Instrumente parallel zur Anwendung. Ob eine Miete zulässig ist, wird also stets nach dem BGB (gegebenenfalls in Verbindung mit StGB bzw. WiStG) und dem MietenWoG zu prüfen sein.

b) Sondermaterie «Wohnungswesen» als *lex specialis*

Selbst wenn man in der Frage der Widersprüchlichkeit und Gegensätzlichkeit zu einem anderen Ergebnis käme und die Regelungen im E-MietenWoG Bln als dem Bundesrecht widersprechend betrachtete, würde dies nicht automatisch zu einem Vorrang der Bundesregelung nach Art. 31 GG führen. Denn nach dem Bundesverfassungsgericht bestimmt sich die Frage,

«[w]elche der einen Widerspruch begründenden Regelungen zu weichen hat, [...] grundsätzlich nach dem Rang, der Zeitenfolge und der Spezialität der Regelungen».¹⁶²

Im Fall der Mietpreisregulierung ist ein Fall der Spezialität der Landeskompetenz gegeben.¹⁶³ Denn für die Mietpreisregulierung ist die Landeskompetenz zur Re-

gulierung des «Wohnungswesens» als «selbständige Sondermaterie»¹⁶⁴ *lex specialis* im Vergleich mit der allgemeinen Bundeskompetenz zur Regelung des «Bürgerlichen Rechts».¹⁶⁵ Für eine bei Normwidersprüchen zu treffende Kollisionsentscheidung gilt dabei im Zweifel ein Vorrang der landesrechtlichen Maßnahme.

2. GRUNDSATZ DER NORMERHALTUNG

Selbst wenn man schließlich (zu Unrecht) einzelne Teile des MietenWoG für kompetenz- und verfassungswidrig hielte, hätte dies nicht die Nichtigkeit des Gesamtvorhabens zur Folge. Nach ständiger Rechtsprechung erklärt das BVerfG lediglich die Teilnichtigkeit eines Gesetzes, wenn dieses im Übrigen verfassungsgemäß ist und die Regelungsintention des Gesetzgebers nicht verfälscht wird.¹⁶⁶ Die hier untersuchten Instrumente des E-MietenWoG Bln wirken grundsätzlich unabhängig voneinander und decken unterschiedliche Sachverhalte ab. Die Intention des Gesetzgebers ist primär auf die Verbesserung der Situation der Mietenden gerichtet. Zu diesem Ziel möchte jedes einzelne Instrument beitragen. Hätten nur einzelne der Regelungen Bestand, würde dies die Regelungsintention des Gesetzgebers zwar abschwächen, jedoch nicht erheblich verfälschen.

¹⁶² BVerfG, Urteil vom 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95 u.a. – BVerfGE 98, 106–134, 119. ¹⁶³ Das verkennt Battis (Fn. 19), 14, wenn er ohne weitere Begründung festhält: «Das Kriterium der Spezialität dürfte hier nicht entscheidend sein.» ¹⁶⁴ BVerfG, Gutachten vom 16.6.1954 – 1 PBvV 2/52 – BVerfGE 3, 407–439, 415. ¹⁶⁵ Zum *Lex-specialis*-Gehalt der Materie «Wohnungswesen» siehe auch Putzer (Fn. 13), 285. ¹⁶⁶ BVerfG, Beschluss vom 21.7.1995 – 1 BvL 33/51 – BVerfGE 4, 219–250, 250; Ulrich Karpenstein, in: Walter/Grünwald (Hrsg.), BeckOK BVerfGG, 7. Edition, München 1.6.2019, § 78 Rn. 13; Herbert Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 57. Erg.-Lieferung, München Juni 2019, § 78 Rn. 33.

