

Heraus-
geberInnen

Samira Akbarian
Cengiz Barskanmaz
Boris Burghardt
Klaas Hendrik Eller
Aziz Epik
Isabel Feichtner
Felix Hanschmann
Tanja Hitzel-
Cassagnes
Johan Horst
Eva Kocher
Nora Markard
Kolja Möller
Cara Röhner
Dana Schmalz
Thilo Scholle
Inga Schuchmann
Leonie Steinl
Tim Wihl

Heft 1 · 2025
Jahrgang 58



Nomos

Kritische Justiz

Vierteljahresschrift für Recht und Politik

SCHWERPUNKT „WOHNEN IM RECHT“

Mit Beiträgen von *Bornscheuer, Brachthäuser, Christian, Holze, König, Kummer, Laven, Sammet*

AUSÄTZE

Thum, Gramsci und das “Law and Political Economy”-Projekt
Jekal, Wohltätiger Zwang bei fehlender Einwilligungsfähigkeit

KOMMENTARE

Feser und Bäumer, Hans G. Joachim und die Ahnengalerie im
Bundesarbeitsgericht
Fritz, Eine sozialistische Grundrechtsdogmatik?

REZENSIONEN

Von Kocher zu Bueno/ter Haar/Zekić



Inhalt

SCHWERPUNKT „WOHNEN IM RECHT“

Laetitia Bornscheuer et al.

Kritik und Utopie

Wie das Recht uns wohnen lässt 3

Undine Christian

Wohnen im Hotelzimmer?

Warum dem Begriff des Wohnraums ein inhaltlicher Kern innewohnt 6

Franziska Brachthäuser

Wohnen als Persönlichkeitsrecht

Zur verfassungsrechtlichen Einordnung einer sozialen Praxis 19

Emma Sammet

Der „Wohnungsmarkt“ als Erfolgsgeschichte?

Begründungen und Wandel marktwirtschaftlicher Wohnungspolitiken in Ost- und Westdeutschland 31

Joachim Kummer

Mitbestimmung unerwünscht

Zur Exklusion Mietender von der Wohnungsmodernisierung 41

Alina Holze

Der Schutz von Bewohner*innenstrukturen im Städtebaurecht

Eine Betrachtung städtebaurechtlicher Instrumentarien und ihr Beitrag zum Erhalt sozialer Vielfalt im urbanen Raum 55

Laetitia Bornscheuer

Wohnungsgenossenschaften und ihr Beitrag zur sozialen Wohnraumorganisation 69

Anna-Katharina König

Vom Papier zur Praxis

Ein kritischer Blick auf die Mobilisierung der Mietpreisbremse 80

Timo Laven

Mitbestimmung in der Miete

Verfassungsrechtliche Schranken eines kollektiven Mietrechts 92

AUFSÄTZE

Lukas Thum

Gramsci und das “Law and Political Economy”-Projekt

Die Dialektik zwischen Geschichte, Philosophie und Politik und die relative Autonomie des Rechts 103

Dennis Jekal

Eine sozialistische Grundrechtsdogmatik?

Untersuchung des Rechts auf Arbeit in der DDR 117

KOMMENTARE

Klaus Feser/Hartmut Bäumer

Hans G. Joachim und die Ahnengalerie im Bundesarbeitsgericht

Eine Stellungnahme zur Untersuchung von Martin Borowsky 131

Martin Fritz

Wohltätiger Zwang bei fehlender Einwilligungsfähigkeit: eine grundrechtliche

Perspektive 139

REZENSION

Nicolas Bueno, Beryl ter Haar, Nuna Zekić (Hg.), Labour Law Utopias: Post-Growth and Post-Productive Work Approaches, Oxford University Press, 2024, 288 Seiten (Eva Kocher) ... 146



Kritische
Justiz

Vierteljahresschrift für Recht und Politik

Schriftleitung:

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover
(V.i.S.d.P.)

E-Mail: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

Einsendungen bitte an:

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover
Schneiderberg 50, D-30167 Hannover

E-Mail: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

Rezensionsangebote bitte an:

Prof. Dr. Felix Hanschmann, Bucerius Law School

Jungiusstr. 6, D-20355 Hamburg

E-Mail: felix.hanschmann@law-school.de

www.kj.nomos.de

Anzeigen:

Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG

Media Sales

Dr. Jiri Pavelka

Wilhelmstraße 9, 80801 München

Tel: (089) 381 89-687

mediasales@beck.de

Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Waldseestr. 3-5

76530 Baden-Baden

Telefon: 07221/2104-0

www.nomos.de

Geschäftsführer: Thomas Gottlöber

HRA 200026, Mannheim

Sparkasse Baden-Baden Gaggenau,

IBAN DE05662500300005002266

(BIC SOLADES1BAD)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Preise:

Individualkunden: Jahresabo € 89 inkl. digitaler Einzelplatzlizenz

Vorzugspreis für Studierende € 51,- inkl. digitaler Einzelplatzlizenz

Institutionen: Jahresabo € 279,- inkl. digitaler Mehrplatzlizenz

Der Digitalzugang wird in der Nomos eLibrary bereitgestellt.

Einzelheft: € 24,-

Die Abopreise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich Vertriebskostenanteil € 20,00 bzw. Direktbeorderungsgebühr € 3,50 (Inland)

Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Kundenservice:

Telefon: +49-7221-2104-222

Telefax: +49-7221-2104-285

E-Mail: service@nomos.de

Kündigung: Abbestellungen mit einer Frist von sechs Wochen zum Kalenderjahresende.

Adressenänderungen:

Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DSGVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

ISSN 0023-4834

Manuskripte und andere Einsendungen:

Alle Einsendungen sind an die o. g. Adresse zu richten. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht der Autorin/des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt. Eine eventuelle, dem einzelnen Beitrag oder der jeweiligen Ausgabe beigefügte Creative Commons-Lizenz hat im Zweifel Vorrang. Zum Urheberrecht vgl. auch die allgemeinen Hinweise unter www.nomos.de/urheberrecht.

Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

Urheber- und Verlagsrechte

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der urheberrechtliche Schutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes oder über die Grenzen einer eventuellen, für diesen Teil anwendbaren Creative Commons-Lizenz hinaus ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben.

Der Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

SCHWERPUNKT „WOHNEN IM RECHT“

*Laetitia Bornscheuer/Franziska Brachthäuser/Undine Christian/Alina Holze/
Anna-Katharina König/Joachim Kummer/Timo Laven/Emma Sammet*

Kritik und Utopie

Wie das Recht uns wohnen lässt

Der Schwerpunkt „Wohnen im Recht“ thematisiert, wie das Sozialphänomen *Wohnen* durch verschiedenste rechtliche Regelungen organisiert, ausgeformt und reguliert wird. Den versammelten Beiträgen geht es dabei um eine kritische Auseinandersetzung mit dem Status quo: Der Zugang zu angemessenem Wohnraum stellt ein menschliches Grundbedürfnis dar, wird zugleich aber auch als Ware gehandelt.¹ In der Folge wird es für viele Menschen immer schwieriger, angemessenen und bezahlbaren Wohnraum zu finden.² Diese Kommodifizierung des Wohnens durch das Recht ist jedoch keineswegs zwingend. So machen sich die Autor*innen dieses Schwerpunkts auf die Suche nach alternativen, sozial sensibleren Rechtsfiguren für das Wohnen. Die Beiträge brechen mit der für die Rechtswissenschaft typischen Fragmentierung des einheitlichen Lebenssverhältnisses Wohnen in unterschiedliche Rechtsgebiete. In der Gesamtschau zeigen sie, durch

- 1 Klaas Eller, The political economy of tenancy contract law – towards holistic housing law, *European Law Open* (2022), 987-1005; Schönig/Vollmer, Wohnfragen früher und heute, in: Schipper/Vollmer, *Wohnungsforschung*, 2020, S. 179 (180 f.); Holm, Wohnung als Ware: Zur Ökonomie und Politik der Wohnungsversorgung, *Widersprüche: Zeitschrift für sozialistische Politik im Bildungs-, Gesundheits- und Sozialbereich* (2011), S. 9 (10). Zur Politischen Ökonomie des Wohnens im Allgemeinen siehe insbesondere: Aalbers/Christophers, *Wohnen ins Zentrum der politischen Ökonomie stellen*, *Housing, Theory and Society* (2014), S. 373 ff.
- 2 Eine Auswertung der im Zuge des Mikrozensus 2022 erhobenen Daten zeigt, dass die durchschnittliche Mietbelastung von Haushalten mit einem monatlichen Haushaltsnettoeinkommen von unter 1.500 EUR zwischen 44,2 % (Haushalte mit 2 Personen) und sogar 57,9 % (Haushalte mit vier oder mehr Personen) liegt. Als Mietbelastung eines Haushalts wird der Anteil der Bruttokaltmiete am Haushaltsnettoeinkommen verstanden. Die Angaben sind abrufbar auf der Webseite des Statistischen Bundesamtes (Stand 19. Februar 2024): <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Wohnen/Tabellen/tabelle-wo6-mieten-haushaltsnettoeinkommen.html>. Ebenfalls hat der Berliner Mieterverein eine Studie in Auftrag gegeben, die die Ergebnisse des Mikrozensus Wohnen 2022 mit Blick auf die Situation von Berliner Miethaushalten aufarbeitet. Die Studie zeigt, dass sich ca. ein Drittel der Berliner Haushalte nicht auch eigener Kraft am Wohnungsmarkt versorgen kann und die betroffenen Haushalte durchschnittlich 45 % ihres Einkommens für die Bruttokaltmiete aufwenden müssen. Empfohlen wird u.a. leistbare Mieten im Wohnungsbestand zu sichern, um dieser Situation abzuweichen. BMV, Pressemitteilung 17/24 vom 28. Mai 2024, <https://www.berliner-mieterverein.de/presse/pressearchiv/berliner-mieterverein-praesentiert-studie-zur-mietbelastung-und-zahlungsfahigkeit-der-berliner-mieterinnen.htm>.

DOI: 10.5771/0023-4834-2025-1-3

welch komplexes Regelungsgeflecht die heutigen Wohnverhältnisse bestimmt werden. Ebenfalls wird deutlich, dass eine Abkehr vom Paradigma des kommodifizierten Wohnens in allen Rechtsgebieten ein Umdenken hin zur Verwirklichung von mehr Selbst- und Mitbestimmung für Akteursgruppen wie den Mieter*innen erfordert. Das Recht selbst wird zum Verhandlungsgegenstand, wenn gefragt wird, inwiefern Wohnraum Ware sein kann. Es wird idealerweise auch zum Gegenstand einer verstärkten Mobilisierung, um zur Umsetzung gerechterer Wohnformen beizutragen. Methodisch lösen sich viele der Beiträge aus rein dogmatischen Denkmustern und beziehen die Erkenntnisse verwandter Disziplinen wie der Stadtforschung und Ökonomie ein. Sie werfen so einen Blick auf die soziale Wirklichkeit des Rechts und behandeln Probleme, die der Realität des Wohnens entspringen.

Die ersten beiden Beiträge zeigen, welches Verständnis vom Wohnen dem Recht derzeit zugrunde liegt und warum dieses Verständnis unvollkommen ist. *Undine Christian* setzt sich mit der Dogmatik des § 549 BGB auseinander. Sie legt dar, warum die herrschende Meinung den inhaltlichen Kern des Wohnens verkennt, indem sie das Wohnraummietrecht auf Hotelzimmer Anwendung finden lässt. Die historisch-kritische Untersuchung verdeutlicht die Folgen für die Rechtfertigung des Kündigungsschutzes im Wohnraummietrecht, wenn die Bedeutung des Wohnens missachtet wird. Sodann nimmt *Franziska Brachthäuser* eine verfassungsrechtliche Einordnung des Wohnens im Kontext der Eigenbedarfskündigung vor. Sie zeichnet die historischen Entwicklungslinien der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nach, die Fragen des Wohnraummietrechts und insbesondere des Kündigungsschutzes hauptsächlich an der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG misst. Auf dieser Grundlage argumentiert sie, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung die grundrechtliche Sphäre der wohnenden Mieterin bislang nur unzureichend abbildet: Wohnen als soziale Praxis müsste zuvorderst in einem persönlichkeitsrechtlichen Gehalt erfasst werden.

Emma Sammet bietet einen kritischen Blick auf die Entwicklung der die heutige Wohnungspolitik prägenden Vorstellung vom Wohnungsmarkt. Sie zeichnet zu diesem Zweck die gesetzlichen Entwicklungen nach, die ab 1945 zu einer Institutionalisierung „des Wohnungsmarktes“ in der Bundesrepublik geführt haben. Obwohl der Wohnungsmarkt selbst rechtlich konstruiert ist, wird er als natürlich gegeben angesehen. Gleichzeitig werden mieterschützende Maßnahmen als künstliche Interventionen in die Marktordnung verstanden und geraten so unter einen erhöhten Rechtfertigungsdruck. An den Primat der Marktsteuerung anknüpfend analysiert *Joachim Kummer* das bürgerliche Recht der Wohnungsmodernisierungen (§§ 555b ff., 559 ff. BGB) aus dem Blickwinkel der Exklusion. Er untersucht, wie und warum dieses Recht Mieter*innen prinzipiell von der Wohnungsmodernisierung ausschließt, welche Probleme sich hieraus für den Schutz der Mieter*innen ergeben und ob Alternativen zu dieser Exklusion denkbar sind.

Die nächsten beiden Beiträge zeigen, dass das Recht bereits heute Instrumente kennt, die für ein Mehr an Selbstbestimmung über den eigenen Wohnraum stehen und der fortschreitenden Kommodifizierung des Wohnens entgegenwirken können. *Alina Holze* zeigt, wie Kollektivität im (Städte-)Baurecht umgesetzt werden kann. Sie fragt zu diesem Zweck zunächst nach der Entstehung kollektiver Elemente in baurechtlichen Leitbildern. Sodann werden verschiedene gesetzliche Regelungen analysiert, die der ansässigen Wohnbevölkerung eine Einflussnahme auf (städte-)bauliche Maßnahmen ermöglichen sollen. Beispiele hierfür sind das Satzungsrecht (§§ 136 ff. BauGB, §§ 172 ff. BauGB), Maßnahmen der Urban Governance (§§ 171a ff. BauGB), städtebauliche Verträge (§ 11

BauGB) und die Sozialplanung. Im Anschluss setzt sich *Laetitia Bornscheuer* mit der Rolle der Wohnungsgenossenschaften als soziale Akteure im Wohnungswesen auseinander. Sie führt in die gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten der eingetragenen Genossenschaft als Rechtsform ein und stellt dar, warum die Mieter*innen von Genossenschaften ein vergleichsweise hohes Maß an Mitbestimmung über ihren Wohnraum genießen können. Gleichzeitig verdeutlicht der Beitrag, dass auch viele Wohnungsbaugenossenschaften den Druck des Wohnungsmarktes spüren und eine konsequente Verwirklichung genossenschaftlichen Wohnens dadurch in Gefahr geraten kann.

Die letzten beiden Beiträge des Schwerpunkts zeigen auf, wie sich das Recht des Wohnens in der Zukunft weiterentwickeln könnte. So stellt *Anna-Katharina König* die Frage, wie sich das gravierende Vollzugsdefizit der Mietpreisbremse künftig überwinden ließe. Sie orientiert sich zu diesem Zweck an der Geschichte der Mieteinigungsämter, durch die mietrechtliche Streitigkeiten von den Zivilgerichten auf Verwaltungsbehörden übertragen und damit in ein proaktives System der Rechtsmobilisierung eingebettet wurden. Diese Idee proaktiver Mieteinigungsämter regt dazu an, auch im heutigen Kontext finanzialisierter Wohnungsmärkte über proaktive Mechanismen der Mietrechtsmobilisierung nachzudenken. Das Schwerpunkttheft schließt mit den Überlegungen von *Timo Laven* zur Umsetzung eines Streikrechts für Mieter*innen. Eine Gegenüberstellung von Arbeit und Wohnen macht die Entwicklung hin zu einem vom individuellen Vertragsverhältnis ausgehenden Mietrecht deutlich. Der Beitrag stellt dazu dem Kollektivarbeitsrecht bekannte Mechanismen vor und fragt nach ihrer Übertragbarkeit auf das Mietrecht. Konkret geht es dabei um die Einsetzung von Mieteräten, die Beteiligung von Mieter*innen in den Aufsichtsräten großer Wohnungsunternehmen sowie die Etablierung von Mietgewerkschaften. Als ultima ratio ist in diesem Zusammenhang an ein mögliches Streikrecht von Mieter*innen zu denken.

Die Autor*innen der Beiträge sind zugleich Mitglieder des Netzwerks „Wohnen im Recht“. Das Netzwerk wurde 2022 von einer Gruppe Doktorand*innen und Post-Doktorand*innen gegründet und ist seitdem stetig gewachsen. Die Mitglieder des Netzwerks forschen zu Themen des „Wohnen im Recht“ und treffen sich in der Regel einmal pro Semester, um sich über ihre Forschungsprojekte auszutauschen. Obwohl das Thema Wohnen einen der zentralsten Lebensbereiche betrifft, wird es aus rechtswissenschaftlicher Perspektive bisher nur wenig erforscht. Diese Lücke gilt es zu schließen. Das Netzwerk freut sich über die Mitarbeit weiterer Nachwuchswissenschaftler*innen, die ebenfalls Projekte in diesem Themenbereich verfolgen. Meldet Euch gerne per E-Mail bei uns: wohnen-im-recht@uni-bielefeld.de. Weitere Infos unter: <https://www.uni-bielefeld.de/fakultaeten/rechtswissenschaft/forschung/forschungsstellen/fir/wir/>.

Undine Christian

Wohnen im Hotelzimmer?

Warum dem Begriff des Wohnraums ein inhaltlicher Kern innewohnt

Kann man, rechtlich betrachtet, in einem Hotelzimmer „wohnen“? Anhand dieser Frage soll der vorliegende Beitrag einige Schief lagen im Wohnraummietrecht aufzeigen. Nach herrschender Auffassung unterfällt der Vertrag über die Anmietung eines Hotelzimmers der in § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB geregelten Vermietung zum vorübergehenden Gebrauch und ist somit als Wohnraummietverhältnis zu qualifizieren (I.1.). Der Begriff des Wohnens erscheint nach dieser Lesart denkbar weit. Gegen die herrschende Auffassung sprechen jedoch sowohl historische als auch systematische Erwägungen (II.). Am Beispiel der Frage, ob man im Hotelzimmer wohnen kann, werde ich zeigen, dass dem Begriff des Wohnens entgegen der herrschenden Auffassung ein inhaltlicher Kern innewohnt, der die Anmietung eines Hotelzimmers vom Wohnraummietrecht ausschließt (III.1.). Dies wird anhand von zwei Beispielen (III.2 und 3.) verdeutlicht. Von Bedeutung ist die Frage nach der Einordnung von Hotelzimmern, weil hieran deutlich wird, dass der Kündigungsschutz im Wohnraummietrecht nicht davon abhängig ist, ob der angemietete Wohnraum auch tatsächlich der Lebensmittelpunkt der Mieterin darstellt (I.2.a). Weiterhin erschwert die Gleichsetzung von Hotelzimmern und mehrmonatigen Mietverhältnissen die Regulierung der (möblierten) Kurzzeitvermietung (I.2.b).

I. Problemaufriss

1. Dogmatische Einführung ins Wohnraummietrecht

Um die Einordnung von Hotelzimmern ins Wohnraummietrecht verstehen zu können, ist ein Schritt zurück in die dogmatischen Grundlagen des Wohnraummietrechts notwendig. Die Unterscheidung zwischen einem Mietverhältnis über Wohnraum einerseits und über Räume andererseits ist von großer Tragweite. Denn während das bloße Raummietverhältnis frei kündbar ist, gelten für Wohnraummietverhältnisse gem. § 549 Abs. 1 BGB die nachfolgenden Vorschriften und somit auch die beiden zentralen Säulen des Wohnraummietrechts, der Kündigungsschutz sowie das Preisrecht. § 549 Abs. 1 BGB liefert jedoch keine Definition, wann ein Mietverhältnis über Wohnraum vorliegt. Die gängige Formel lautet, dass ein Mietvertrag über Wohnraum dann vorliegt, wenn die Mieterin den Wohnraum vertragsgemäß zum Wohnen nutzen soll.¹ Entscheidend ist somit der

¹ Hubert Schmidt, in: BeckOGK, BGB, München 1.7.2024, § 549 Rn. 9.

vereinbarte Vertragszweck und nicht die tatsächliche Beschaffenheit der Räume.² Normalerweise dient die Anmietung von Wohnraum dazu, allgemeine Wohnbedürfnisse zu befriedigen. Das meint das grundsätzliche Bedürfnis eines jeden Menschen nach einem Zuhause. Für derartige Mietverhältnisse gilt der vollständige Schutz des Wohnraummietrechts. Jedoch kennt das Wohnraummietrecht neben den allgemeinen Wohnbedürfnissen noch besondere Wohnbedürfnisse.

Ein besonderes Wohnbedürfnis meint ein aufgrund besonderer Umstände bestehendes zeitlich relativ kurzes Bedürfnis nach Wohnraum, welches an diese besonderen Umstände gekoppelt ist und dessen Wegfall bei Vertragsschluss absehbar ist.³ Wird ein derartiges Wohnraummietverhältnis geschlossen, so liegt ein Fall des § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor. Für den vorübergehenden Gebrauch i.S.d. § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB gelten zentrale Schutznormen des Wohnraummietrechts nicht.⁴ Auch die Abgrenzung zwischen auf Dauer angelegten Wohnraummietverhältnissen zur Befriedigung allgemeiner Wohnbedürfnisse und vorübergehenden Wohnraummietverhältnissen zur Befriedigung besonderer Wohnbedürfnisse hat daher weitreichende Folgen. Um diese Abgrenzung soll es im Folgenden allerdings nicht gehen. Denn die Anmietung eines Hotelzimmers für einige Tage dient nicht dazu, allgemeine Wohnbedürfnisse zu befriedigen, weswegen insbesondere der Kündigungsschutz unbestritten keine Anwendung findet.⁵ Im Folgenden soll es vielmehr um die Abgrenzung zwischen dem Wohnraummietverhältnis zum vorübergehenden Gebrauch und dem bloßen Raummietverhältnis gehen. Denn hieran zeigt sich, ob dem Begriff des Wohnens ein inhaltlicher Kern innewohnt, oder ob das Wohnen so weit verstanden werden kann, dass auch die Anmietung eines Hotelzimmers für wenige Tage der Befriedigung von Wohnbedürfnissen dient.

Die herrschende Meinung scheint Wohnen sehr weit zu verstehen. Denn in den Kommentierungen zu § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB steht, dass ein typisches Beispiel für ein Mietverhältnis zum vorübergehenden Gebrauch die Anmietung eines Hotelzimmers oder einer Ferienwohnung für die Dauer einiger Tage oder einiger Wochen sei.⁶ Eine Begründung dieser Ansicht unterbleibt meist. Davon zeugen auch einige Gesetzesbegründungen. Die Ausnahme zentraler Schutznormen im Wohnraummietrecht geht zurück auf das Mieterschutzgesetz von 1923⁷ und zieht sich seitdem durch die unterschiedlichen Regulierungen.⁸ In den Gesetzgebungsunterlagen des 1. Wohnraumkündigungsschutzgesetzes

2 Eine dem Vertragszweck zuwiderlaufende Nutzung durch die Mieterin stellt lediglich eine Pflichtverletzung dar und hat keine Auswirkungen auf die Art des Vertrags. Sind die Räume nicht zum Wohnen geeignet, werden hier durch wiederum nur die Gewährleistungsrechte der §§ 536 ff. BGB ausgelöst.

3 Ulf Börstinghaus, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, Miete, München 2023, § 549 BGB, Rn. 4 f.

4 Ausgenommen sind die folgenden Regelungen: §§ 556-555g (Miethöhe bei Mietbeginn in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten), §§ 557-561 (Mieterhöhung) und § 568 Abs. 2, §§ 573, 573a, 573d Abs. 1, §§ 574 bis 575, 575a Abs. 1 und §§ 577, 577a (Mieterschutz bei Beendigung des Mietverhältnisses sowie bei der Begründung von Wohnungseigentum)).

5 Den Vertragsparteien steht es selbstverständlich frei, explizit zu vereinbaren, dass die Anmietung eines Hotelzimmers der Befriedigung allgemeiner Wohnbedürfnisse dienen soll.

6 Schmidt (Fn. 1), Rn. 17.1.; Börstinghaus (Fn. 3), Rn. 8; Hans-Jürgen Bieber, in: MüKoBGB, München 2023, § 549 Rn. 18.

7 Vgl. § 25 Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1.6.1923, RGBl. I 1923, Nr. 41, S. 353.

8 Diese Ausnahme griff auch die Gesetzgebung in den 1960ern und 1970ern auf. Die im Zuge des Abbaugesetzes eingeführte Sozialklausel galt nicht für Wohnraum, der nur zum vorübergehenden Ge-

von 1971 findet sich erstmals ein Hinweis darauf, dass unter den vorübergehenden Gebrauch die Anmietung einer Ferienwohnungen fallen soll. Im schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses steht zur Ausnahme folgendes: „Absatz 2 stellt klar, daß die §§ 1 und 2 nicht für Wohnraum gelten, der nur zu vorübergehendem Gebrauch vermietet ist (z. B. Ferienwohnung)“.⁹ Im Gesetzesentwurf des Mietrechtsreformgesetz von 2001 wird die Behauptung, Ferienwohnungen fielen unter den vorübergehenden Gebrauch, wiederholt.¹⁰ Zusätzlich wurde der Zeitpunkt der Fälligkeit der Miete in § 556b BGB als nicht zwingend ausgestaltet, sodass „abweichende Vereinbarungen möglich bleiben (z.B. bei Hotels oder Ferienwohnungen)“.¹¹ Dies zeigt, dass die Gesetzgebung davon ausging, dass die Anmietung eines Hotelzimmers oder einer Ferienwohnung unter § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB fällt.¹² Das hat sich entsprechend in den Kommentaren niedergeschlagen.¹³ In II.1 werde ich aufzeigen, dass die Ansicht, Hotelzimmer unterfielen § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB, auf einem falsch verstandenen Urteil des Reichsgerichts beruht. Unter II.2 zeige ich auf, dass die Einordnung auch aus systematischen Gründen nicht überzeugt.

2. Tragweite der Einordnung von Hotelzimmern als Wohnraummietverhältnis

Doch zunächst soll erläutert werden, warum es relevant ist, ob Hotelzimmer dem Wohnraummietrecht unterfallen oder nicht. Hält man das Wohnraummietrecht auf die Anmietung eines Hotelzimmers für anwendbar, so schwächt man argumentativ die Bedeutung des Kündigungsschutzes im Wohnraummietrecht (a.). Ferner erschwert die Ansicht der herrschenden Meinung eine Neuregelung des § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB und somit die Regulierung (möblierter) Kurzzeitvermietung (b.).

a) Argumentative Bedeutung für die Begründung des Kündigungsschutzes

Es ist nicht so, dass die herrschende Meinung den Kern des Wohnens gänzlich verkennt. In der argumentativen Begründung des Kündigungsschutzes wird nämlich sehr wohl erkannt, dass Wohnraum eine hohe bzw. überragende Bedeutung zukommt. Schließlich sei Wohnraum der Mittelpunkt der privaten Existenz¹⁴, der zur Befriedigung elementarer

brauch vermietet ist (vgl. § 556a Abs. 8 BGB a.F.). Auch der 1971 eingeführte und 1974 entfristete Kündigungsschutz galt und gilt auch heute nicht für den vorübergehenden Gebrauch.

⁹ BT-Drs. 6/2421, 4.

¹⁰ BT-Drs. 14/4553, 46.

¹¹ Ebd., 52.

¹² Bei Ferienwohnungen ist zu differenzieren: Wird eine Wohnung dauerhaft angemietet, ohne dass die Nutzung zu Erholungszwecken Teil des Vertrags wird, fehlt der für die Annahme eines vorübergehenden Gebrauchs notwendige Sonderbedarf, ebenso wie die relativ kurze Vertragsdauer. Es liegt mithin ein ganz normales Wohnraummietverhältnis i.S.d. § 549 Abs. 1 BGB vor, auf den das gesamte Wohnraummietrecht Anwendung findet. Dass die dauerhafte Anmietung einer Ferienwohnung als normales Wohnraummietverhältnis angesehen wurde, lässt sich an dem bis 2006 bestehendem Sonderkündigungsrecht für Ferienwohnungen zeigen. § 564b Abs. 7 Nr. 4 BGB a.F. nahm Ferienhäuser und -wohnungen in Ferienhausgebieten explizit vom Kündigungsschutz aus.

¹³ Martin Häublein, in: MüKoBGB, München 2023, § 535 Rn. 37.

¹⁴ „Lebensmittelpunkt“, BGH, Rechtsentscheid v. 20.1.1988, zit. nach NJW 1988, 904, 904; BVerfG, Beschl. v. 11.6.1991 – 1 BvR 538/90 Rn. 9 (juris); „Mittelpunkt der privaten Existenz“, BGH, Urt. v. 29.3.2017 – VIII ZR 45/16, Rn. 34 (juris); BVerfG, Beschl. v. 26.5.1993 – 1 BvR 208/93, Rn. 21; „Mittelpunkt des menschlichen Daseins“, BVerfG, Beschl. v. 8.1.1985 – 1 BvR 792/83, 1 BvR

Lebensbedürfnisse¹⁵, zur Entfaltung der Persönlichkeit¹⁶, sowie zur Freiheitssicherung¹⁷ diene.

Jedoch scheint das nicht viel zu bedeuten, wenn gleichzeitig auch die Anmietung eines Hotelzimmers unter das Wohnraummietrecht fallen soll. Nun könnte man sich selbstverständlich auf den Standpunkt stellen, dass es irrelevant ist, ob die Anmietung eines Hotelzimmers dem Wohnraummietrecht unterfällt oder nicht. Denn der Kündigungsschutz gilt ja nicht für den vorübergehenden Gebrauch. Was wäre also damit gewonnen, wenn man Hotelzimmer nicht mehr als Mietverhältnisse zum vorübergehenden Gebrauch definierte? Für die Diskussion um die Notwendigkeit des Kündigungsschutzes im Wohnraummietrecht auf den ersten Blick recht wenig.

Doch auf den zweiten Blick ergibt sich folgendes Bild: Begründet man den Kündigungsschutz mit der überragenden Bedeutung des Wohnraums, ist nur der Wohnraum gemeint, der auch tatsächlich den Lebensmittelpunkt der privaten Existenz darstellt. Somit legt man den Kündigungsschutz argumentativ auf eben solche Wohnraummietverhältnisse fest. Für alle anderen Wohnraummietverhältnisse erscheint der Kündigungsschutz dadurch rechtfertigungsbedürftig. Die Nichtgeltung des Kündigungsschutzes für die Wohnraummietverhältnisse i.S.d. § 549 Abs. 2 und 3 BGB stellen scheinbar keine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme dar.

Jedoch kommt es für die Geltung des Kündigungsschutzes nicht darauf an, dass die Mieterin in dem vermieteten Wohnraum tatsächlich ihren Lebensmittelpunkt begründet. Die Mieterin kann den Wohnraum gänzlich ungenutzt lassen und kommt dennoch in den Genuss des Kündigungsschutzes. Für die Geltung des Wohnraummietrechts ist nämlich allein der Vertragszweck entscheidend. Liegt der Vertragszweck in der Befriedigung der Wohnbedürfnisse der Mieterin, so liegt ein Wohnraummietverhältnis vor. Das Vorliegen eines Wohnraummietverhältnisses wiederum führt zwingend zum Ausschluss der willkürlichen Kündigung durch die Vermieterin.¹⁸ Die in § 549 Abs. 2 und Abs. 3 BGB vorgesehenen Ausnahmen vom Kündigungsschutz und Preisrecht stellen daher eine Abweichung von der Norm dar, die es zu begründen gilt. Blickt man so auf das Wohnraummietrecht, so erscheint nicht der Kündigungsschutz rechtfertigungsbedürftig, sondern die in § 549 Abs. 2 und Abs. 3 BGB vorgesehenen Ausnahmen vom Kündigungsschutz. Diese Lesart setzt allerdings voraus, dass man ein genaues Verständnis von der Bedeutung des Wohnens hat.

501/83, Rn. 5 (juris); „räumlicher Lebensmittelpunkt“, BVerfG, Beschl. v. 26.5.1993 – 1 BvR 208/93, Rn. 29 (juris); BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 1 BvR 275/90 Rn. 15 (juris).

15 BVerfG, Beschl. v. 26.5.1993 – 1 BvR 208/93, Rn. 21 (juris); BGH, Urt. v. 29.3.2017 – VIII ZR 45/16, Rn. 34 (juris).

16 „Entfaltung seiner Persönlichkeit“, BGH, Urt. v. 29.3.2017 – VIII ZR 45/16, Rn. 34 (juris); BVerfG, Beschl. v. 26.5.1993 – 1 BvR 208/93, Rn. 21 (juris); „Teil seines persönlichen Lebenszuschnitts“, BVerfG, Urt. v. 14.2.1989 – 1 BvR 308/88, 1 BvR 336/88, 1 BvR 356/88, Rn. 30 (juris); „Entfaltung des Mieters“, BVerfG, Beschl. v. 13.11.1990 – 1 BvR 275/90 Rn. 15 (juris).

17 „Freiheitssicherung“, BVerfG, Beschl. v. 26.5.1993 – 1 BvR 208/93, Rn. 29 (juris); BGH, Urt. v. 29.3.2017 – VIII ZR 45/16, Rn. 34 (juris); „Freiraum eigenverantwortlicher Betätigung“ BVerfG, Beschl. v. 26.5.1993 – 1 BvR 208/93, Rn. 29 (juris).

18 Diese These ist Teil des Promotionsvorhabens der Verfasserin und kann an dieser Stelle aus Platzgründen nicht weiter ausgeführt werden.

b) Keine Regulierung von § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB möglich

Die Einordnung von Mietverhältnissen über Hotelzimmer unter § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB entfaltet auch rechtspolitisch Relevanz. Die Vermietung zum vorübergehenden Gebrauch ist in den letzten Jahren zu einem Geschäftsmodell avanciert, um die Mietprelsbremse zu umgehen.¹⁹ Wohnraum wird dabei meist möbliert nur für wenige Monate vermietet. Hält man diese Entwicklung für bedenklich, so müsste der § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB in seiner jetzigen Form geändert werden. Eine derartige Nutzungsform unterfällt anders als Hotelzimmer und Ferienwohnungen nämlich nicht zwingend den in den meisten Bundesländer geltenden Zweckentfremdungsverboten. Diese gelten in der Regel für Wohnraum, der zu anderen als Wohnzwecken genutzt wird, vgl. exemplarisch § 1 Abs. 1 ZwVbG Bln. Dem Wohnzweck wird entsprochen, wenn eine dauerhafte Wohnnutzung vorliegt. Auf Dauer angelegt ist eine Nutzung, „wenn sie entweder zeitlich unbefristet erfolgt [...] oder wenn die Beendigung zwar von vornherein zeitlich oder in Abhängigkeit von bestimmten Umständen absehbar ist, jedoch eine gewisse Mindestdauer vorgesehen ist.“²⁰

Hält man aber das Wohnraummietrecht in seiner verschlankten Form jedoch sowohl für Hotelzimmer und Ferienwohnungen einerseits und für mehrmonatige anlassbezogene Mietverhältnisse andererseits für anwendbar, so ließe sich der § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB schwerlich ändern. Während sich eine Ausdehnung des Kündigungsschutzes und des Preisrechtes auf mehrmonatige anlassbezogene Mietverhältnisse sicherlich rechtfertigen ließe, liegt dies für Hotelzimmer und Ferienwohnungen fern.

II. Wohnen im Hotelzimmer?

Die Ansicht, dass die Anmietung eines Hotelzimmers für wenige Tage unter den vorübergehenden Bedarf fällt, geht letztlich zurück auf zwei im wesentlichen gleichgelagerte Urteile des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Jedoch ging es in beiden Fällen nicht um eine entsprechende Einordnung von Hotelzimmern. Letztlich sprechen auch systematische Erwägungen gegen die Anwendung des Wohnraummietrechts auf die Anmietung von Hotelzimmern und Ferienwohnungen.

1. Ein historisches Missverständnis

a) Das Urteil des Reichsgerichts von 1942

Das Reichsgericht hatte 1942 darüber zu entscheiden, ob dem Gast eines Hotelzimmers ein Schadensersatzanspruch gegen die Gastwirtin zustand. Der Hebel der zu diesem Zimmer gehörigen Dusche saß aus letztlich nicht geklärten Gründen sehr fest. Bei dem Versuch das Wasser aufzudrehen, zerbrach der Porzellanhebel und der Gast erlitt eine schwere Verletzung an der Hand.²¹ Der Gastwirtin konnte kein Verschulden nachgewiesen werden. Der Anspruch des Gastes konnte daher nur dann bestehen, wenn die Gastwirtin verschuldensunabhängig nach § 538 BGB aF (heute im Wesentlichen § 536a Abs. 1

19 BT-Drs. 20/7850, S. 7.

20 5.1. der Zweiten Änderung der Ausführungsvorschriften über das Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum.

21 RGZ 169, 84, 84.

BGB) haftete. Das Reichsgericht stufte den Vertrag als Beherbergungsvertrag ein, der sich dadurch auszeichne, dass dem Gast ein Zimmer zur Benutzung überlassen werde.²²

Konkret schrieb das Reichsgericht: „Die Überlassung *der Wohnung*, die der Gastwirt gewährt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, bildet aber in der Regel die Hauptleistung des Aufnehmenden, also den Kern des Vertrags, den dieser mit dem Aufzunehmenden schließt. Daher ist der Beherbergungsvertrag im wesentlichen *Wohnungsmietvertrag* i.S. der §§ 535 flg. BGB”.²³

Meines Erachtens erwächst aus dieser Passage ein bis heute andauerndes Missverständnis, welches sich in der Behauptung, die Anmietung eines Hotelzimmers falle unter § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB niederschlägt. Denn erstens gab es zum Zeitpunkt der Entscheidung des Reichsgerichts das Wohnraummietrecht in seiner heutigen Form noch nicht, zweitens ist die Terminologie nicht eindeutig und drittens war das Vorliegen eines Mietverhältnisses über Wohnraum nicht streitentscheidend.

Im BGB von 1900 und auch zum Zeitpunkt der Entscheidung im Jahr 1942 gab es erstens noch keinen Untertitel für Mietverhältnisse über Wohnraum. Der Begriff der Wohnung wird in den §§ 535 ff. BGB a.F. nur an einer Stelle verwendet. § 544 BGB a.F. enthielt ein Kündigungsrecht für die Mieterin einer Wohnung oder anderer, zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Räumen, für den Fall, dass die Benutzung der Mietsache mit einer erheblichen Gefährdung der Gesundheit verbunden ist.²⁴ Der Begriff des Wohnraums wird lediglich in § 580 BGB a.F. aufgegriffen, wonach die Vorschriften über die Miete von Grundstücken auch für die Miete von Wohnräumen und anderen Räumen gilt.²⁵ Im Minderungsrecht wird für Grundstücke und somit auch für Wohnraum lediglich gesondert festgehalten, dass die Zusicherung einer bestimmten Größe der Zusicherung einer Eigenschaft gleichstehe, § 537 Abs. 2 BGB a.F.²⁶ Außerhalb des BGB wurden durch das Reichsmietengesetz²⁷ und das Mieterschutzgesetz²⁸ die Kategorien Gebäude und Gebäudeteile geschaffen. Grundsätzlich galten die besonderen Vorschriften für Mietverhältnisse über Wohnräume und Geschäftsräume gleichermaßen.²⁹

Zweitens spricht die Terminologie im BGB und im Urteil gegen die Anführung der Passage als Beleg für die Behauptung, § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB erfasse auch Hotelzimmer. Wie eben dargelegt, tauchen im BGB sowohl die Begriffe „Wohnung“ und „Wohnraum“

22 Ebd., 87 f.

23 Ebd., 88, Hervorhebung durch die Verfasserin.

24 § 544 BGB a.F. entspricht heute im Wesentlichen dem in § 569 Abs. 1 BGB verankerten Kündigungsrecht. Relevant war die Norm nur für den Fall der wesentlichen Anmietung einer gesundheitsschädigenden Wohnung. Denn in allen anderen Fällen stand der Mieterin bei anfänglichen Mängeln ein sog. Wandlungsrecht zu, vgl. Heinrich Honsell, Privatautonomie und Privatrechtsordnung, in: AcP 115, 120; Siegbert Lammel, Vom BGB zum BGB – Das Soziale im Mietrecht im Wandel der Zeiten, in: Börstinghaus/Eisenschmid, Theorie und Praxis des Miet- und Wohnungseigentumsrechts: Festschrift für Hubert Blank zum 65. Geburtstag, München 2006, 720 ff.

25 Ob die Verwendung von „Wohnraum“ einerseits und „Wohnung“ andererseits etwas zu bedeuten hat, sei an dieser Stelle dahingestellt.

26 Weitere gesonderte Bestimmungen lassen sich finden in § 551 Abs. 2 BGB a.F. (Fälligkeit des Mietzins), § 556 BGB a.F. (kein Zurückbehaltungsrecht der Mieterin), §§ 559 ff. BGB a.F. (Pfandrecht der Vermieterin an eingebrachten Sachen), §§ 565 f. BGB a.F. (Kündigungsfrist und Schriftformerfordernis), §§ 571 ff. BGB a.F. (Kauf bricht Miete nicht und anschließende Normen).

27 Reichsmietengesetz vom 24.3.1922, RGBl. I 1922, Nr. 23, 273.

28 Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1.6.1923, RGBl. I 1923, Nr. 41, 353.

29 Eine Ausnahme bildet bspw. § 19 MSchG (Eintrittsrechte nach Tod der Mieterin), der nicht für die Geschäftsraummietae galt.

auf, wobei der Begriff des Wohnraums schon damals die entscheidendere Kategorie darstellte. Ob die Verwendung der unterschiedlichen Begriffe innerhalb des BGBs in der Fassung von 1900 von Bedeutung ist, sei an dieser Stelle dahingestellt. Es darf jedoch bezweifelt werden, dass das Reichsgericht an den Begriff des Wohnraums i.S.d. § 580 BGB a.F. anknüpfen wollte. In der Schilderung des Sachverhalts verwendet das Reichsgericht den Begriff der Wohnung alltagssprachlich: „Der Kläger stieg [...] im Hotel der Beklagten [...] ab und nahm dort in einem Zimmer mit Bad *Wohnung*.“³⁰ Das bedeutet nicht mehr, als dass der Kläger das Zimmer anmietete und in Gebrauch nahm. Die entscheidende Passage wiederum rekurriert der Wortwahl nach eindeutig auf die in §§ 701 ff. BGB verankerten Vorschriften zur Einbringung von Sachen bei Gastwirten. Das Reichsgericht gibt den § 701 BGB wortgleich wieder, indem es feststellt, dass der Gastwirt, „der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt“, in der Hauptleistung die Überlassung der Wohnung als Hauptleistung schulde.³¹ Der Begriff der Wohnung taucht wiederum in § 704 BGB auf, der dem Gastwirt ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes bestellt. Das Urteil nimmt daher mit dem Begriff der Wohnung, welcher nicht gleichzusetzen ist mit dem im Wohnraummietrecht verwendeten Wohnungsbegriff, Bezug auf die spezifischen Normen der §§ 701 ff. BGB.

Denn letztendlich und damit drittens, war die Abgrenzung zwischen verschiedenen Arten der Raummiete für den Fall schlicht nicht entscheidend. Es ging nämlich nicht um Normen, die gesonderte Regelungen für Grundstücke und damit auch Wohnräume vorsahen. Vielmehr ging es um die Frage, ob das Mietrecht überhaupt und damit auch die verschuldensunabhängige Haftung nach § 538 BGB aF Anwendung findet. Dem Reichsgericht nach beinhaltet der Beherbergungsvertrag auch Elemente eines Auftrags-, Verwahrungs-, Dienstleistungs- und Werkverhältnisses, somit sei er nicht als reiner Mietvertrag zu qualifizieren.³² Jedoch überwiege der mietrechtliche Anteil derart, dass die verschuldensunabhängige Vermieterhaftung nach § 538 BGB aF Anwendung finde. Es ging also lediglich darum, den Schwerpunkt des Mischvertrags auszumachen und nicht um eine Klassifizierung von Hotelzimmern als Wohnräumen.

b) Fortführung durch den Bundesgerichtshof

Selbiges gilt für ein Urteil vom BGH aus dem Jahr 1963. Es ging um einen dem Reichsgerichtsfall erstaunlich ähnlichen Sachverhalt. Erneut saß ein Porzellanhebel im Badezimmer des angemieteten Hotelzimmers so fest, dass dieser unter der Kraftanwendung des Klägers abbrach und diesen in der Hand verletzte.³³ Der BGH führte aus, dass „nach der ständigen Rechtsprechung des RG (s. insbesondere RGZ 169, 84), [...] der Beherbergungsvertrag (Hotelaufnahmevertrag) in seinem Kern Wohnungsmietvertrag“ sei und bejahte den Schadensersatzanspruch des Klägers.³⁴ Doch auch in diesem Fall ging es wie beim Reichsgerichtsfall lediglich um die grundsätzliche Einordnung des Beherbergungsvertrags als Mietvertrag. Auf die weitere Unterteilung in Wohnraum- und sonstiges Raummietrecht kam es nicht an.

30 RGZ 169, 84, 84, Hervorhebung durch die Verfasserin.

31 Ebd., 88.

32 Ebd., 87 f.

33 BGH, Urt. v. 1.4.1963 – VIII ZR 257/61, zit. nach NJW 1963, 1449, 1449.

34 Ebd.

Das Urteil zeigt eindeutig, dass ein Beherbergungsvertrag nicht dem gesamten Mietrecht unterfällt. Nur diejenigen mietrechtlichen Normen, die in einem Beherbergungsvertrag Sinn ergeben, finden Anwendung. So führt der BGH zur Frage, ob der Anspruch des Gastes entfällt, weil er die Mängel nicht angezeigt hat: „Es kann dahinstehen, ob § 545 BGB beim Beherbergungsvertrag überhaupt oder doch nur mit Einschränkung zur Anwendung gelangen kann, weil die Gastzimmer dem Gastwirt (Hotelier) oder seinen Hilfskräften nach wie vor zugänglich bleiben, er also grobe Mängel selbst feststellen kann.“³⁵ Daran zeigt sich, dass der BGH auch 1963, als das BGB bereits einen wesentlichen Normenbestand für Wohnraummietverhältnisse vorsah, nicht davon ausging, dass Beherbergungsverträge als Mietverhältnisse über Wohnraum, der nur zum vorübergehenden Gebrauch vermietet ist, angesehen hat.

Das dürfte auch der ursprünglichen Konzeption des BGB entsprechen. Andernfalls ließe sich die Existenz des § 704 BGB nicht erklären. Dieser räumt dem Gastwirt ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes ein und verweist im Übrigen auf das Pfandrecht in den §§ 562 ff. BGB.³⁶ Die Einführung eines gesonderten Pfandrechtes zeigt, dass der Beherbergungsvertrag nicht prinzipiell als ein dem Mietrecht unterliegenden Vertrag angesehen wurde. Das Novum der Entscheidung des Reichsgerichts ist daher in der Feststellung, dass auf den Beherbergungsvertrag einzelne mietrechtliche Vorschriften anwendbar sind, zu sehen. Das kann jedoch nur eine Rezeption innerhalb des allgemeinen Mietrechts erklären und nicht, warum die Anmietung von Hotelzimmern und Ferienwohnung unter das Wohnraummietrecht unterfallen sollen.

2. Systematische Erwägungen

Richtigerweise ist die Anmietung eines Hotelzimmers in der Regel nicht als Wohnraummietverhältnis einzustufen, sondern als Beherbergungsvertrag. Beherbergung meint, dass eine Unterkunft als Ersatz für die eigene Wohnung zur Verfügung gestellt wird und die damit einhergehenden Dienstleistungen angeboten werden.³⁷ Das beinhaltet, dass die Gastwirtin die Verantwortung für Ordnung und Sauberkeit, sowie für die Bedienung der Gäste übernimmt.³⁸ Die Abgrenzung zu anderen Formen der Unterbringung von Personen ist in der Erbringung von Dienstleistungen zu sehen, die es erfordern, dass die Gastwirtin oder ihr Personal während des Aufenthalts der Gäste Zugriff auf die Räume haben. Auch eine Ferienwohnung kann daher Gegenstand eines Beherbergungsvertrags sein, wenn die Gastwirtin sich zur Reinigung der vermieteten Räume verpflichtet oder wenn es sich nur um ein bspw. über AirBnB vermietetes Zimmer in einer von der Gastwirtin selbst bewohnten Wohnung handelt und diese darum Zugriff auf das Zimmer hat.³⁹ Typischerweise haben bei einer Vermietung einer Ferienwohnung aber nur die Gäste Zugriff auf diese. Während ihres Aufenthalts sind sie selbst für Ordnung und Sauberkeit verantwortlich. Lediglich die Endreinigung wird durch die Vermieterin erbracht.

35 Ebd., 1450.

36 § 704 BGB verwies in seiner historischen Fassung auf die §§ 559 ff. BGB a.F., die für Grundstücke, sowie über § 580 BGB a.F. auch für Wohnräume und andere Räume galten.

37 Martin Henssler, in: MüKoBGB, München 2023, § 701 Rn. 11; Alexander Jüchser, in: BeckOGK, BGB, 1.7.2024, § 701 Rn. 13.

38 Henssler, ebd.

39 Jüchser (Fn. 37), Rn. 15.

Ein derartiger Überlassungsvertrag ist daher nicht als Beherbergungsvertrag zu qualifizieren, sondern als bloßes Raummietverhältnis verbunden mit weiteren Dienstleistungen, mithin ein Vertrag *sui generis*.

Dementsprechend findet das verschlankte Wohnraummietrecht keine Anwendung auf die Anmietung von Hotelzimmern und Ferienwohnung. Das erscheint auch richtig. Denn einige der, folgte man der herrschenden Meinung, anwendbaren Normen passen nicht zu den entsprechenden Verträgen. Zu den nicht abdingbaren Normen des verschlankten Wohnraummietrechts zählen die §§ 550-555, §§ 555a – 555f (Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen), §§ 556 – 556c (Betriebskosten), §§ 562 – 562d (Pfandrecht des Vermieters), §§ 563 – 567b (Wechsel der Vertragsparteien), sowie §§ 568 Abs. 1 – 572, 573b, 573c, 573d Abs. 2 und 3 (Kündigung), § 575a Abs. 2 – 4 (Zeitmietvertrag) und §§ 576 – 576b (Werkwohnungen). Zumindest einige dieser Normen dürften dabei jedoch kaum dem Parteiwillen und darüber hinaus auch nicht der Lebensrealität entsprechen. Beispielsweise entspricht es schlicht nicht den üblichen Gepflogenheiten, dass die Mieterin nach § 556d Abs. 1 BGB in ihrem Urlaub eine Modernisierungsmaßnahme dulden muss. Auch kann die Mieterin bei einem kurzzeitigen Aufenthalt wohl kaum nach § 554 Abs. 1 BGB verlangen, dass die Vermieterin bauliche Veränderungen zur Barrierereduzierung erlaubt. Auch wenn nicht zwangsläufig Betriebskosten oder die Zahlung einer Sicherheitsleistung vereinbart werden müssen, so zeugen die entsprechenden Normen doch davon, dass Wohnraummietverhältnisse nicht auf einen sehr kurzen Zeitraum ausgelegt sind. Im Übrigen lassen sich in den Kommentierungen der eigentlich anwendbaren Normen auch keine Hinweise auf Mietverhältnisse über Hotelzimmer oder Ferienwohnungen finden.

III. Stattdessen: Der Kern des Wohnens

Der eigentliche Grund, warum die Auffassung, Hotelzimmer seien dem Wohnraummietrecht zuzuordnen, verfehlt ist, liegt jedoch nicht in historischen Erwägungen. Die herrschende Meinung verfehlt schlicht den Kern dessen, was eine Anmietung zu Wohnzwecken bedeutet. Mit der Behauptung, man könne im Hotelzimmer wohnen, wird der inhaltliche Kern des Wohnens verkannt.

1. Der inhaltliche Kern des Wohnens

Obwohl intuitiv klar ist, was es bedeutet zu wohnen, bleibt es dennoch oft unausgesprochen. Nähere Ausführungen zur Frage, unter welchen Bedingungen überhaupt vom Wohnen gesprochen werden kann, lassen sich in den Disziplinen der Psychologie und Soziologie finden.⁴⁰ Die Erkenntnisse über die Bedingungen des Wohnens erheben dabei keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit in kultureller und zeitlicher Hinsicht. Denn Wohnen als kulturelle Praxis hat je nach Epoche und Kultur eine unterschiedliche Bedeu-

40 Annette Harth/Gitta Scheller, *Das Wohnerlebnis in Deutschland*, Wiesbaden 2012, 8; Antje Flade, *Wohnen in der Individualisierten Gesellschaft: Psychologisch Kommentiert*, Wiesbaden 2020, 2; Hartmut Häußermann/Walter Siebel, *Soziologie des Wohnens: eine Einführung in Wandel und Ausdifferenzierung des Wohnens*, München 1996, 11.

tung.⁴¹ Nicht nur die Art und Weise des Wohnens, sondern auch die Vorstellung vom Wohnen haben sich über die Epochen verändert.⁴²

Dennoch gibt es ein für die jeweilige Epoche typisches Leitbild des Wohnens, welches kulturell vermittelt ist.⁴³ Genauso wenig geht es um die Beschreibung des „richtigen Wohnens“⁴⁴ oder um die Berücksichtigung individueller Wohnbedürfnisse. Vielmehr geht es darum, Wohnen im bürgerlich kapitalistischen demokratisch verfassten Rechtsstaat zu beschreiben und hier die Essenz dessen, was unter Wohnen zu verstehen ist, zu destillieren.⁴⁵

Wohnen kann beschrieben werden durch Sicherheit, Privatheit, Ortsverbundenheit, soziale Beziehungen, Ordnung, Kontinuität, Identität und Aktivitäten (Aneignung).⁴⁶

Die ersten beiden Aspekte ermöglichen nicht nur Wohnräume, sondern auch Hotelzimmer.⁴⁷ Sowohl Hotelzimmer als auch Wohnräume kommen dem menschlichen Bedürfnis nach Sicherheit nach. Abgeschlossene Räume gewähren in erster Linie physischen Schutz vor Umwelteinwirkungen, vermitteln aber auch das Gefühl von Geborgenheit und garantieren somit das Überleben des Menschen.⁴⁸ Sowohl Wohnräume als auch Hotelzimmer ermöglichen Privatheit.⁴⁹ Privatheit wird mit einem autonomen Leben assoziiert und meint die Möglichkeit zu entscheiden, ob man sich zurückziehen oder mit anderen in Kontakt treten möchte.⁵⁰

Darin erschöpft sich das Wohnen jedoch nicht, denn schließlich gibt es zwischen Wohnen einerseits und dem bloßen Verweilen und Aufhalten an einem Ort andererseits einen Unterschied. Es sind daher die weiteren Aspekte, die das bloße Aufhalten zur kulturellen Praxis des Wohnens qualifizieren. Wohnen bedeutet essenziell, dass der Mensch in Beziehung tritt zum Raum und zur Gesellschaft. Die räumliche Beziehung kann als Ortsverbundenheit bezeichnet werden und umfasst sowohl die Beziehung zum eigentlichen Raum des Wohnens (Wohnraum), als auch zur Umgebung. Soziale Beziehungen bauen sich dagegen zu Freunden, Nachbarn und sonstigen Bekannten auf.

Wohnen bedeutet ferner die Verankerung der lokalen Identität im Wohnraum und der Umgebung.⁵¹ Die Verbundenheit zur Wohnumgebung kann sich zur Ortsidentität verdichten.⁵² Gleichzeitig kann die Wahl des Wohnortes und insbesondere auch die Ein-

41 Häußermann/Siebel, ebd., 12; Achim Hahn, Konstanz und Wandel des Wohnens, in: Eckhardt/Meier (Hg.), Handbuch Wohnsoziologie, Wiesbaden 2021, 61, 63 f.

42 Harth/Scheller (Fn. 40), 75.

43 Sigrid Rughöft, Wohnökologie-Grundwissen, Stuttgart 1992, 15.

44 Häußermann/Siebel (Fn. 40), 13.

45 Ebd.

46 Flade (Fn. 40), 20.

47 Die Begriffe „Wohnraum“ und „Hotelzimmer“ beziehen sich auch in diesem Abschnitt auf die Anmietung als solche und nicht auf die tatsächlichen Eigenschaften der Räume. Im Übrigen beabsichtigt der Artikel nicht, einen etwaigen Gleichlauf zwischen dem Schutzbereich von Art. 13 GG und dem Wohnraummietrecht herzustellen.

48 Ebd., 7, 20; Häußermann/Siebel (Fn. 40), 222; Hahn (Fn. 41), 67; Harth/Scheller (Fn. 40), 7; Rughöft (Fn. 43), 17 f.; „[...] housing also refers to the physical structure of the dwelling, and the extent to which it enables physical health, including by being structurally sound, by providing shelter from the elements [...]“ WHO Housing and health guidelines, S. 2.

49 Flade (Fn. 40), 21 m.w.N., 73 ff.; Häußermann/Siebel (Fn. 40), 14; Hahn (Fn. 41), 69; Harth/Scheller (Fn. 40), 8; Rughöft (Fn. 43), 10; WHO Housing and health guidelines, S. 2.

50 Antje Flade, Wohnen: psychologisch betrachtet, Bern 2006, 22 f.; Hahn (Fn. 41), 64.

51 Flade (Fn. 40), 69 ff.; Hahn (Fn. 41), 64.

52 Flade (Fn. 50), 32.

richtung des Wohnraums Mittel zur Selbstdarstellung und somit Ausdruck der eigenen Identität werden.⁵³ Im Wohnen vergewissert sich die Einzelne ihrer eigenen Geschichte und Individualität.⁵⁴ Die räumlichen und sozialen Beziehungen sind eng verknüpft mit der zeitlichen und räumlichen Ordnung des Alltagslebens.⁵⁵ Innerhalb des Wohnraums entwickeln sich Handlungsabläufe; die gewohnten Gegenstände können aufbewahrt werden und stehen unmittelbar zur Verfügung.⁵⁶ Auch außerhalb des Wohnraums wird der Alltag durch Routinen geordnet.⁵⁷

Die Voraussetzung für das Entstehen von Ortsverbundenheit, sozialen Beziehungen, (lokaler) Identität, Ordnung des Alltagslebens ist, dass es sich nicht nur um einen kurzzeitigen Aufenthalt, sondern um ein längeres Verweilen an einem Ort handelt.⁵⁸ Wohnen ist daher in der Regel mit Kontinuität sowohl hinsichtlich der Vergangenheit als auch mit Blick auf die Zukunft verbunden.⁵⁹ Wohnen bedeutet, sich zu erinnern⁶⁰, sowie erwarten, bleiben zu können.⁶¹

Damit stellt sich die Frage, wie lange man an einem Ort bleiben muss, damit das bloße Aufhalten und Verweilen zum Wohnen wird. Klar ist, dass die bloße Herberge, die zwar Privatheit und Sicherheit bietet, nicht als Wohnen aufzufassen ist.⁶² Zwischen dem Grundbedürfnis zu wohnen, was allen gemein ist, und der bloßen Beherbergung können sich Zwischenformen ergeben. Befristete Arbeitsverträge, Auslandsaufenthalte während des Studiums, Praktika oder sonstige Gründe führen nicht selten dazu, dass man sich einige Wochen bis mehrere Monate an einem anderen Ort aufhält. Eine präzise Dauer, ab der vom Wohnen auszugehen ist, kann dabei nicht ausgemacht werden.⁶³ Die Grenzen zwischen Wohnen einerseits und einem längeren Aufenthalt andererseits sind fließend. Entscheidend sind letztlich die bereits genannten Kriterien, sowie das Ausmaß der Aneignung.

Die Bindung zum Wohnraum und zur Wohnumgebung entstehen letztlich durch Aneignung, also die selbstbestimmte Veränderung der oder Einwirkung auf die Umwelt.⁶⁴ Aneignung verwandelt einen vormals neutralen Ort in einen Ort mit persönlichem Mehrwert, also in ein Zuhause.⁶⁵ Aneignung geschieht innerhalb des Wohnraums durch Personalisierung, also die Möblierung und Dekorierung der Räumlichkeiten.⁶⁶ Die Art und Weise der Personalisierung hängt dabei von den finanziellen Ressourcen und der kulturellen Sozialisation ab.⁶⁷ Der Wohnraum ist meist der einzige Ort, an dem eine derartige Gestaltung möglich ist und mithin der Ort, an dem man sich am ehesten

53 Flade (Fn. 40), 149; Häußermann/Siebel (Fn. 40), 44 f.; Hahn (Fn. 41), 69; Rughöft (Fn. 43), 18.

54 Häußermann/Siebel (Fn. 40), 44.

55 Flade (Fn. 40), 20.

56 Hahn (Fn. 41), 75.

57 Flade (Fn. 40), 18.

58 Ebd., 57.

59 Häußermann/Siebel (Fn. 40), 286; Rughöft (Fn. 43), 17 f. m.w.N.

60 Häußermann/Siebel (Fn. 40), 44.

61 Harth/Scheller (Fn. 40), 73.

62 Flade (Fn. 50), 77.

63 Flade (Fn. 40), 214.

64 Flade (Fn. 50), 32; Rughöft (Fn. 43), 18.

65 Harth/Scheller (Fn. 40), 29 und 77.

66 Flade (Fn. 50), 29; Harth/Scheller (Fn. 40), 37.

67 Harth/Scheller, ebd., 7.

selbst entfalten und verwirklichen kann.⁶⁸ Selbst gänzlich mit Möbeln ausgestatteter Wohnraum wird durch das Aufhängen von Bildern, das Aufstellen von Pflanzen oder der selbst ausgewählten Fußmatte personalisiert.⁶⁹ Ebenso verhält es sich mit Einrichtungsgegenständen „von der Stange“, da es auf die konkrete Auswahl, sowie die Erfahrungen und Gefühle ein Zuhause entstehen lassen.⁷⁰

Die Grenzen zwischen Wohnen einerseits und einem längeren Aufenthalt andererseits sind fließend. Entscheidend ist, ob eine Aneignung sowohl des Wohnraums als auch der Umgebung stattfindet.⁷¹

Auf die Abgrenzung zwischen den bloßen Aufenthalten und Verweilen in der Form der Anmietung eines Hotelzimmers und dem nicht dauerhaften Wohnen in Form des § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB übertragen, würde es bedeuten, dass eine Aneignung des Hotelzimmers oder der Ferienwohnung gerade nicht vertraglich vorgesehen ist, während eine Aneignung von Wohnräumen auch bei kürzerer Dauer durchaus vorgesehen ist, wenn auch nicht so intensiv wie bei der Befriedigung allgemeiner Wohnbedürfnisse. Das sei anhand von zwei Beispielen verdeutlicht. Das eine betrifft den Umgang mit den mitvermieteten Möbeln. Das andere die Frage, ob die Mieterin nach Belieben Besuch empfangen darf.

2. Einrichtung der Wohnung

Hotelzimmer und Ferienwohnung werden stets möbliert vermietet. Auch Wohnraum, der nur zum vorübergehenden Gebrauch vermietet wird, ist in der Regel möbliert. Das dürfte in den meisten Fällen auch dem Interesse der Mieterin, die den Wohnraum ja nur temporär nutzen möchte, entsprechen. Insofern besteht dieselbe Ausgangslage: die Mieterin mietet einen Raum an, der mit Möbeln ausgestattet ist, die sie sich nicht ausgesucht hat. Möglicherweise gefällt der Mieterin die Möblierung nicht, weswegen sie die Anordnung der Möbel verändern möchte oder einige oder alle Möbel gegen andere austauschen möchte. Die Frage ist nur, ob sie das darf und zwar ohne die Erlaubnis der Vermieterin. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Vertrag dazu schweigt oder eine Klausel enthält, die ein Verrücken oder Entfernen der Möbel ausdrücklich verbietet. Denn Mietverträge werden in der Regel von der Vermieterin gestellt, sodass es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, die der inhaltlichen Kontrolle der §§ 307 ff. BGB unterliegen. In beiden Varianten geht es darum, was sich die Parteien fairerweise versprochen haben. Hat die Mieterin ein Hotelzimmer oder eine Ferienwohnung angemietet, so dürfte man rasch zu dem Ergebnis kommen, dass sie nicht dazu berechtigt ist, die Möblierung zu verändern.⁷² Auch wenn die Mieterin noch so schlecht auf der Matratze schlafen kann, darf sie diese nicht gegen ihre eigene austauschen. Sie ist darauf verwiesen, sich ein anderes Hotelzimmer zu buchen. Nicht ganz so eindeutig dürfte es bei § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB aussehen. Hält sich die Mieterin nur äußerst kurz in dem Wohnraum auf, so dürfte sie sehr wahrscheinlich kein Interesse an der Gestaltung der Räume haben. Bleibt sie jedoch für einige Monate, so kann sich durchaus der Wunsch ergeben, ein ungemütliches

68 Ebd.

69 Flade (Fn. 40), 149.

70 Häußermann/Siebel (Fn. 40), 49.

71 Flade (Fn. 40), 213 f.

72 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 21.8.2019 – 2 U 40/19, BeckRS 2019, 54450 Rn. 13.

Bett auszutauschen, den hässlichen Tisch einzulagern oder auch ein Bild an die Wand zu nageln. Selbstverständlich muss sie das ungemütliche Bett und den hässlichen Tisch wieder zurück in den Wohnraum bringen und das Loch in der Wand zu machen und überstreichen. Sofern sie all das macht, kann die Vermieterin ihr die Änderungen schlecht wehren.⁷³ Denn Wohnen bedeutet eben nicht nur, dass man ein Dach über dem Kopf hat und essenzielle Bedürfnisse nach Schutz und Hygiene erfüllen kann, sondern auch, dass man frei ist, die eigene Persönlichkeit zu entfalten. Einher geht damit, dass man auf den angemieteten Raum einwirkt.

3. Empfang von Gästen

Ähnlich sieht es bei dem Empfang von Gästen aus. Schon bei der Buchung eines Hotelzimmers muss man in der Regel angeben, für wie viele Personen die Buchung sein soll. Meist richtet sich der Preis danach. Auch bei Ferienwohnungen ist der Preis oft abhängig von der Personenzahl. Zumindest gibt es immer eine Vorgabe, von wie vielen Personen die Wohnung maximal genutzt werden darf. Insbesondere bei Hotelzimmern ist der Empfang von Personen in der Regel nicht nur unüblich, sondern nicht zulässig. Denn der Vertragszweck beinhaltet nur die Aufnahme der Vertragspartnerin für den angegebenen Zeitraum. Anders sieht dies jedoch bei Wohnraummietverhältnissen zum vorübergehenden Gebrauch aus. Die Zeiten, in denen verwitwete Frauen Räume an Junggesellen vermieteten, denen insbesondere der Damenbesuch verboten war, sind vorbei. Eine Klausel, die der Mieterin den Besuch verbietet, wäre nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB nichtig. Denn zum Vertragszweck Wohnen gehört die freie Entfaltung der Persönlichkeit und damit auch der Empfang von Gästen.

IV. Fazit

Die Anwendung des Wohnraummietrechts setzt voraus, dass die angemieteten Räume der Befriedigung von Wohnbedürfnissen dienen sollen. Anhand der Frage, ob man im Hotelzimmer wohnen kann, wurde exemplarisch aufgezeigt, dass Wohnen mehr bedeutet als nur ein bloßes Verweilen und Aufhalten. Wohnen bedeutet die Aneignung von Raum und Umgebung. Auch der vorübergehende Gebrauch i.S.d. § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB stellt ein Wohnraummietverhältnis dar; nicht aber die Anmietung eines Hotelzimmers für wenige Tage. Diese Klarstellung hat unter anderen zur Folge, dass eine Änderung von § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB keine Auswirkungen auf die Vermietung von Hotelzimmern und Ferienwohnungen hat, sodass eine Regulierung von (möblierter) Kurzzeitvermietung erleichtert werden dürfte.

73 So auch Arnold Lehmann-Richter, WuM 2018, 393, 400.

Franziska Brachthäuser

Wohnen als Persönlichkeitsrecht

Zur verfassungsrechtlichen Einordnung einer sozialen Praxis

Wohnen ist eine komplexe soziale Praxis. Für das Leben der Einzelnen ist das Wohnen elementar, wenngleich es häufig unbewusst erfolgt. Eine Quelle, um das Wohnen für die Auslegung des Wohnraummietvertragsrechts zu konkretisieren, ist das Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung die existentielle und personale Bedeutung der Wohnung für das Leben der Einzelnen schon mehrfach als Ausfluss der Eigentumsfreiheit herausgestellt.¹ Was aber meint die personale Bedeutung der Wohnung konkret? Und wie ist hiernach der Umstand zu bewerten, dass eine Mieterin ihre alltägliche Heimstätte nach einer Kündigung räumen muss? Zu diesen Fragen hat das Bundesverfassungsgericht noch nicht abschließend Stellung genommen. Vorliegender Beitrag argumentiert dafür, Wohnen als soziale Praxis verfassungsrechtlich zuvorderst als eine Sphäre der Persönlichkeitsentfaltung der wohnenden Mieterin zu erfassen.

Der Beitrag gliedert sich wie folgt: Als Aufriss dient die Auslegung der Eigenbedarfskündigung in der Rechtspraxis (I). Sodann zeichnet er die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung im Kontext des Wohnraummietrechts nach und zeigt, dass diese in ihrer Entwicklungsgeschichte vor allem eigentumsrechtlich geprägt ist. Der personale Gehalt des Wohnens hat dabei keine durchschlagende Konkretisierung erfahren (II). Es folgt daher eine Erörterung dafür, Wohnen als soziale Praxis für die Auslegung des Vertragsrechts verfassungsrechtlich in seinem persönlichkeitsrechtlichen Gehalt zu erfassen und in diesem zu schärfen (III).

I. Problemaufriss: Die Auslegung der Eigenbedarfskündigung

Der Ausgangspunkt liegt im Vertragsrecht. Ein Wohnraummietvertrag gewährt das Recht, einen Raum zum Zwecke des Wohnens zu gebrauchen. Was Wohnen im Einzelnen bedeuten soll, scheint in der Rechtspraxis allerdings nicht abschließend geklärt und häufig nicht hinreichend berücksichtigt.² Die Bedeutung des Wohnens steht vor allem dann in Frage, wenn eine Mieterin ihre Wohnung zu verlieren droht. Die Eigenbedarfskündigung ist dafür eine häufige Grundlage in der Rechtspraxis. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB berechtigt die Vermieterin, der Mieterin von Wohnraum zu kündigen, wenn sie diesen selbst als Wohnung für sich, ihre Familienangehörigen oder die Angehörigen ihres Haushalts benötigt. An dieser Stelle ist das Wohnen in mehrfacher Weise betroffen: Einerseits

1 Siehe insbesondere BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 21.

2 Hierzu Undine Christian in diesem Heft.

soll die Kündigung den Vertrag zu dem Zwecke beenden, der Vermieterin die gegenständliche Wohnung zu eigenen oder zu privilegiert fremden Wohnzwecken zu belassen. Andererseits hat die Mieterin einen vertraglichen Anspruch, der sie zum Wohnen berechtigt. Darüber hinaus wohnt die Mieterin auf der Grundlage des vertraglichen Besitzrechts bereits in der Wohnung. Sie hat eine gelebte Beziehung zum Raum entwickelt, die sie im Falle der wirksamen Kündigung beenden müsste.

In der Rechtsprechung hat sich für die Eigenbedarfskündigung der Maßstab entwickelt, dass eine Vermieterin dann kündigen darf, wenn sie vernünftige und nachvollziehbare Gründe geltend machen kann und der Eigenbedarf nicht objektiv unsinnig oder missbräuchlich ist.³ Der bloße Wunsch der Vermieterin nach Nutzung der Wohnung soll für eine Kündigung zwar nicht ausreichen, dennoch wird das berechtigte Kündigungsinteresse denkbar weit verstanden. So soll schon der Wunsch nach gelegentlichen Aufenthalt in der Wohnung ausreichen, den Eigenbedarf zu begründen.⁴ Auch bezüglich des privilegierten Personenkreises scheinen kaum Grenzen gesetzt.⁵ Dass die Mieterin auf Grundlage des Vertrages bereits in der streitgegenständlichen Wohnung lebt und eine persönliche Beziehung zum Raum entwickelt haben mag, spielt für die Ermittlung eines vernünftigen und nachvollziehbaren Vermieterinteresses keine weitere Rolle.⁶ Konkreten Interessen der Mieterin am Erhalt der Wohnung sind nach ständiger Rechtsprechung dagegen im Rahmen der sogenannten Sozialklausel gem. § 574 BGB Rechnung zu tragen.⁷ Die Sozialklausel berechtigt die Mieterin, Widerspruch gegen die Kündigung einzulegen und die Fortsetzung des Vertrages zu verlangen, sofern die Kündigung für sie eine Härte bedeutet, die auch unter Berücksichtigung der Interessen der Vermieterin nicht zu rechtfertigen ist. Unter einer solchen Härte sind besondere, in der Person der Mieterin liegende Kriterien zu fassen wie Alter, Krankheit, Kinderreichtum, aber auch die Unauffindbarkeit angemessenen Ersatzwohnraums.⁸ Der Verlust der Wohnung als solcher stellt keine Härte dar, soll aber für die Bewertung der Härte eine Rolle spielen.⁹ Für die Auslegung der Eigenbedarfskündigung entfalten das Wohnen der Mieterin und die hieraus folgende Beziehung zum betreffenden Wohnraum dagegen keine nennenswerte rechtliche Relevanz.

II. Die historische Konstitutionalisierung des Wohnraummietrechts

1. Die existentielle Bedeutung der Wohnung

Das Wohnraummietrecht ist in seiner Entwicklung insbesondere verfassungsrechtlich geprägt. Diese Entwicklung wird gemeinhin als Konstitutionalisierung bezeichnet, als eine

3 BGH, Rechtsentscheid vom 20.1.1988 – VIII ARZ 4/87 (Zweibrücken), BGHZ 103, 91 (100).

4 Siehe nur BGH, Beschluss vom 21. August 2018 – VIII ZR 186/17, NZM 2018, 983-986.

5 Siehe nur BGH, Beschluss vom 3. März 2009 – VIII ZR 247/08, NZM 2009, 353.

6 Zur Auslegung der ordentlichen Kündigung, insbesondere der Eigenbedarfskündigung, unter Berücksichtigung ebendieses Umstandes Undine Christian, Die ordentliche Kündigung im Wohnraummietrecht, im Entstehen.

7 BGH, Rechtsentscheid vom 20.1.1988 – VIII ARZ 4/87 (Zweibrücken), BGHZ 103, 91 (101) mit Verweis auf Begründung des Regierungsentwurfs zum Ersten Wohnraumkündigungsschutzgesetz zur Rolle der Sozialklausel, BT-Drucks. VI/1549, 8.

8 Im Einzelnen Schmidt/Futterer-Hartmann, 16. Aufl. 2024, § 574 BGB, Rn. 28 ff.

9 MüKo-Häublein, 9. Aufl. 2023, § 574 BGB Rn. 9.

inhaltliche, aber auch methodische Überformung des Vertragsrechts.¹⁰ Unter dem Einfluss des Verfassungsrechts, so die Annahme, sei das Wohnraummietrecht als materielles Sonderprivatrecht gewachsen, das sich von dem sonst formellen Vertragsrecht unterscheide. Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht die Auslegung des Wohnraummietrechts in einer Reihe von Entscheidungen beeinflusst. Es verortete die Bedeutung der Wohnung jeweils innerhalb der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG, zunächst als sozialstaatlich ausgeprägte Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Die erste in der amtlichen Entscheidungssammlung zu Wohnraummietsachen veröffentlichte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1964¹¹ bezog sich auf das aus der Weimarer Zeit stammende Mieterschutzgesetz, das teilweise bis in die 1970er Jahre Geltung entfaltete. Die Entscheidung beruhte auf der Verfassungsbeschwerde einer Mieterin, der auf der Grundlage des sogenannten Fiskusprivilegs gem. § 32 MSchG gekündigt worden war. Das Bundesverfassungsgericht nahm in seiner Entscheidung eine Einordnung im Rahmen der Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 Abs. 1 GG vor.¹² Die Frage, ob sich die Mieterin auf diese berufen könne, ließ es aber explizit offen. Im Rahmen von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG sei nämlich die Gesetzgebung befugt, Inhalt und Schranken des Eigentums als sogenanntes soziales Mietrecht auszugestalten. Die Wohnung sei der Mittelpunkt der menschlichen Existenz und daher schützenswert, auch wenn sie nicht im Eigentum der Person stehe, sondern gemietet sei. Als Wertentscheidung sei dies insbesondere Art. 13 GG zu entnehmen.¹³ Die Form und Intensität des Bestandsschutzes liege allerdings im freien Ermessen der Gesetzgebung.¹⁴ Die Entscheidung von 1964 ging in ihrem Aussagegehalt insofern nicht sonderlich tief: Im Gegenteil leitete das Bundesverfassungsgericht aus der existentiellen Bedeutung der Wohnung nicht einmal die Notwendigkeit eines dauerhaften Bestandsschutzes ab.¹⁵

Die Wohnraumkündigungsschutzgesetze führten sodann in den 1970er Jahren den vertraglichen Kündigungsschutz zusammen mit der Möglichkeit der Erhöhung des Mietpreises auf die ortsübliche Vergleichsmiete ein.¹⁶ Das Zweite Wohnraumkündigungsschutzgesetz von 1974, das die Vorschriften entfristete und zumindest den Kündigungsschutz in das Bürgerliche Gesetzbuch überführte, stützte sich dabei auf die verfassungsgerichtlich geprägte Wendung der „überragenden Bedeutung der Wohnung als Lebensmittelpunkt des menschlichen Daseins“, deren Schutz das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG gebiete.¹⁷

10 Zur Konstitutionalisierung Thorsten Keiser, Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystem, *KritV* 96/2013, 83–101 (84).

11 BVerfG, Beschluss vom 1. Juli 1964 – 1 BvR 375/62 (Fiskusprivileg).

12 BVerfG, Beschluss vom 1. Juli 1964 – 1 BvR 375/62 (Fiskusprivileg), Rn. 28 ff.

13 BVerfG, Beschluss vom 1. Juli 1964 – 1 BvR 375/62 (Fiskusprivileg), Rn. 30.

14 BVerfG, Beschluss vom 1. Juli 1964 – 1 BvR 375/62 (Fiskusprivileg), Rn. 31.

15 Den Bestandsschutz des Mieterschutzgesetzes erklärte es stattdessen aus der Wohnungsnot der Weimarer Zeit: „So kann die Sozialbindung des Eigentümers dem Gesetzgeber Anlass geben, in Zeiten des Wohnungsmangels die Gruppe der Mieter besonderen Schutz angedeihen zu lassen.“ BVerfG, Beschluss vom 1. Juli 1964 – 1 BvR 375/62 (Fiskusprivileg), Rn. 30.

16 BGBl. I 1839 (Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum); BGBl. I 1745 (Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen); Entfristung sodann durch BGBl. I 3603 (Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz).

17 BT-Drcks. 7/2011, 7 (Begründung des Gesetzesentwurfs).

Das Bundesverfassungsgericht war in den Folgejahrzehnten mehrfach zur Anwendung der Vorschriften und ihrer Vereinbarkeit mit der Verfassung befragt.¹⁸ In seinen Entscheidungen ordnete es die Gesetze wiederum als Inhalts- und Schrankenbestimmungen der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG ein.¹⁹ Durch die Einführung von Kündigungsschutz und Vergleichsmietensystem komme die Gesetzgebung ihrem sozialstaatlichen Auftrag der Schaffung eines Sozialmodells nach und trage der dialektischen Ausprägung des Eigentums zwischen verfassungsrechtlich garantierter Freiheit und dem Gebot sozialer Bindung Rechnung.²⁰ Der Wohnraummietvertrag schien insofern zwei unterschiedliche Interessensphären abzubilden: privates Eigentum aufseiten der Vermieterin und sozialstaatliche Belange aufseiten der Mieterin. Diese seien durch die Gesetzgebung in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen. In seinen ersten Entscheidungen begründete das Gericht vor allem die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze und nahm Stellung zur Praxis des Mieterhöhungsverfahrens. Es traf dagegen keine direkten Aussagen über eine Auslegung des Kündigungsschutzes. Einige Kommentare der Zeit zogen die Rechtsprechung aber wertungsmäßig heran und legten der Bestimmung berechtigten Eigenbedarfs eine sozialstaatliche Konkretisierung der Mieterinteressen zugrunde.²¹ Damit war der Gehalt des Wohnens freilich nur unvollständig erfasst: Die Bedeutung der Wohnung im sozialstaatlichen Sinne meint etwas anderes als die persönliche Bedeutung der Wohnung für die Mieterin.

Im Laufe der folgenden Jahrzehnte verdichtete sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Wohnraummiete. In zahlreichen Entscheidungen war das Gericht auf Grundlage von Art. 14 Abs. 1 GG zur Eigenbedarfs- wie Verwertungskündigung befragt und konkretisierte das berechnete Kündigungsinteresse der Vermieterin, die es schlichtweg mit der Eigentümerin gleichsetzte.²² Der Berichterstatter für Wohnraummietssachen am Bundesverfassungsgericht Henschel sprach im Jahr 1989 von jährlich hundert eingegangenen Verfassungsbeschwerden.²³ Es war ferner die Rede von einem „Bundesmietenmietengericht“ sowie einer „Super-Revisionsinstanz“, die maßgeblich für die Rechtsvereinheitlichung in Wohnraummietssachen zuständig sei.²⁴ Die Position der wohnenden Mieterin fand keine gleichartige Konkretisierung. Ob der freiheitliche Gehalt verfassungsrechtlichen Eigentums überhaupt auf das Besitzrecht der Wohnraummieterin Anwendung finden könne, ließ das Bundesverfassungsgericht lange Zeit explizit of-

18 Siehe nur BVerfG, Beschluss vom 23. April 1974 – 1 BvR 6/74 und 2270/73 (Vergleichsmiete I); BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 1978 – 1 BvR 170/77 (Vergleichsmiete II); BVerfG, Beschluss vom 12. März 1980 – 1 BvR 759/77 (Vergleichsmiete III).

19 Infrage zu stellen ist, ob der bürgerlich-rechtliche Kündigungsschutz überhaupt als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums einzuordnen wäre. Hierzu Gerd Roellecke, Das Mietrecht des BVerfG. Kritik einer Argumentationsfigur, NJW 1992, 1649-1654 (1652).

20 BVerfG, Beschluss vom 23. April 1974 – 1 BvR 6/74 und 2270/73 (Vergleichsmiete I), Rn. 29.

21 Beispielhaft Staudinger-Sonnenschein, BGB 12. Aufl. 2. Bearb., § 546b BGB, Rn. 67; Wolfgang Schmidt-Futterer, Kommentar Wohnraumschutzgesetze, 3. Auflage 1979, § 546b BGB, Rn. B 481.

22 Ein Überblick bei Hans-Herbert Gather, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Kündigung von Wohnraummietverhältnissen, DWW 1994, 348-353.

23 Johann Friedrich Henschel, Eigentumsgewährleistung und Mieterschutz, NJW 1989, 937-943 (939).

24 Jürgen Sonnenschein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Mietrecht, NJW 1993, 161-173 (162).

fen.²⁵ Das hatte vor allem zur Folge, dass die Mieterin sich nicht in gleichem Maße wie die Vermieterin im Rahmen von Verfassungsbeschwerden auf die Verletzung eines Rechts bei der Auslegung des Wohnraummietvertrages berufen konnte. Ihre Position erschien daher lange Zeit wie der bloß sozialstaatliche Reflex der Eigentumsfreiheit.²⁶

2. Die Mieterin als Eigentümerin

a) Die Anwendung der Eigentumsfreiheit auf den Mietbesitz

Mit seinem Beschluss vom 26. Mai 1993 ordnete das Bundesverfassungsgericht auch das vertragliche Besitzrecht der Wohnraummietlerin unter den Schutzgehalt der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG ein.²⁷ Der Entscheidung lag die Verfassungsbeschwerde eines Mieters zugrunde, der sich gegen ein auf Eigenbedarf gestütztes Räumungsverfahren wandte. Die Vermieterin der von ihm bewohnten Wohnung lebte in demselben Haus und begründete ihren Eigenbedarf damit, dass sie die Wohnung für ihren Sohn benötige, damit dieser sie versorgen könne. Der Sohn wohnte vor dem Zeitpunkt der Räumung in der anderen Doppelhaushälfte desselben Hauses, also direkt nebenan, und konnte die Klägerin im Grunde innerhalb weniger Minuten erreichen. Er machte aber geltend, in jedem Moment nach seiner Mutter sehen zu wollen.²⁸ Das Landgericht hatte die Berufung des Wohnraummieters zurückgewiesen: Die Entscheidung der Eigentümerin über ihren Wohnbedarf sei grundsätzlich zu achten.²⁹ Hierauf hatte der Mieter Verfassungsbeschwerde erhoben.

Das Bundesverfassungsgericht wies die Verfassungsbeschwerde im Ergebnis als unbegründet zurück. In den Entscheidungsgründen gelangte es aber zu der bislang offengelassenen Einordnung des Besitzrechts der Mieterin als Bestandteil der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG. Es erkannte damit einen persönlichkeitsrechtlich relevanten Freiheitsgehalt des Mietbesitzes an, der dem Schutzgehalt der Eigentumsfreiheit aufseiten der Vermieterin entsprechen sollte.³⁰ Diese Übertragung begründete das Gericht zunächst anhand der Bedeutung der Wohnung. Die Wohnung, ob Eigentums- oder Mietwohnung, nehme für die Lebensführung der Einzelnen eine besondere Rolle ein, denn sie begründe den Mittelpunkt ihrer privaten Existenz.³¹ Die Anwendung der Eigentumsfreiheit sei deswegen geboten, weil der Großteil der Bevölkerung zur Deckung seines Wohn-

25 BVerfG, Beschluss vom 1. Juli 1964 – 1 BvR 375/62; im Anschluss BVerfG, Beschluss vom 13. November 1990 – 1 BvR 275/90.

26 Peter Derleder in AK-BGB 1979, Vorbemerkung zu §§ 535 ff. BGB, Rn. 56; siehe auch Peter Derleder/Gerd Winter, Zur verfassungsrechtlichen Stellung des Mieters: Das Beispiel der Mobilisierung öffentlicher Wohnungsbaumittel, JZ 1976, 657–664.

27 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters).

28 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 6: Der Vergleich der Geschwindigkeit bis zur Eigentümerin ergab einen Unterschied von wenigen Minuten. In einer früheren Instanz hatte die Klägerin zudem angegeben, sie wolle beide Wohnungen durch eine Innentreppe verbinden, was sich aber technisch als unmöglich gestaltetete.

29 Landgericht Essen, Urteil vom 2. Dezember 1992 – 10 S 351/92.

30 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 20.

31 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 21. Abweichend vom dem Beschluss von 1964 sprach das Gericht nunmehr auch von der Bedeutung der Wohnung für die „private“ und nicht nur die „menschliche“ Existenz.

bedarfs nicht auf Eigentum zurückgreifen könne, sondern gezwungen sei, Wohnraum zu mieten.³²

Den grundrechtlichen Freiheitsgehalt selbst stützte das Gericht aber nicht nur auf die personale Bedeutung der Wohnung. Es leitete ihn zuvorderst aus dem vertraglichen Mietbesitz ab, das nach seiner konkreten Ausgestaltung der Mieterin, vergleichbar mit dem Sacheigentum, zur privaten Nutzung und Verfügung zugeordnet sei.³³ An dieser Stelle schien das Gericht vor allem um die Begründung einer sachenrechtlichen Äquivalenz zwischen Mietbesitz und Sacheigentum bemüht. Der Wohnraummietvertrag gewähre zunächst ein Recht auf Nutzung gem. § 535 BGB. Eine Verfügungsbefugnis der Mieterin musste das Gericht jedoch konstruieren. Es leitete sie aus der wohnraummietrechtlichen Möglichkeit der Untervermietung gem. § 549 BGB a.F. ab; hierbei handele es sich um eine Verfügungsbefugnis in eingeschränkter Form.³⁴ Daneben führte es das Recht auf Abwehr von Störung bzw. auf Wiedereinräumung des Besitzes gem. §§ 861, 862 BGB sowie das Recht auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB an, die freilich den Besitzschutz und nicht das vertragliche Recht betreffen.

In Anbetracht der streitgegenständlichen Eigenbedarfskündigung stünden sich im Ergebnis, so die weitere Begründung des Bundesverfassungsgerichts, zwei konkurrierende Eigentumspositionen gegenüber. Die Aufgabe der Gesetzgebung sei es nun, diese inhaltlich auszugestalten, gegeneinander abzugrenzen und die jeweiligen Befugnisse so bestimmen, dass die beiden Eigentumspositionen angemessen gewahrt seien. Sodann habe die Fachgerichtsbarkeit in der Auslegung des Vertragsrechts eine Beachtung und Interessenabwägung unter Berücksichtigung der jeweiligen Eigentumsfreiheiten vorzunehmen.³⁵

b) Keine Konsequenzen für die Auslegung des Eigenbedarfs

Obwohl der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts bis heute als eine Zäsur der wohnraummietrechtlichen Dogmatik gilt, hatte er tatsächlich keine maßgeblichen Veränderungen zur Folge. Nach ständigem verfassungsrechtlichem Maßstab prüfte das Gericht die landgerichtliche Entscheidung lediglich auf Auslegungs- oder Bewertungsfehler, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Grundrechte und ihres Schutzbereichs beruhten.³⁶ Es nahm also keine eigenständige materielle Prüfung vor. Konkret stand in Frage, ob der Wunsch der Vermieterin, dass ihr Sohn vom Nachbarhaus in der Nachbarwohnung ziehe und sie also zu Versorgungszwecken wenige Minuten schneller erreichen könne, berechtigten Eigenbedarf darstellte. Das Landgericht hatte das angenommen und es also als berechtigt befunden, dass der Mieter hiernach seine Wohnung räumen musste. Das Bundesverfassungsgericht erachtete die Entscheidung als verfassungsgemäß, obgleich es selbst Zweifel an ihrem materiellen Ergebnis durchscheinen ließ.³⁷ Die Beurteilung des Landgerichts bewege sich deswegen im verfassungs-

32 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 21.

33 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 23.

34 Zutreffend kritisch zu diesem Aspekt Cosima Möller, Die Rechtsstellung des Mieters in Karlsruhe und in Rom, AcP 1997, 537–564 (554). Im Vorfeld der Entscheidung kritisch auch Paschke, gerade wegen der persönlichkeitsrechtlich fundierten Nutzung der Mietwohnung, Marian Paschke, Das Dauerschuldverhältnis der Wohnraummiete, Berlin 1991, 234.

35 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 27, 30.

36 St. Rspr., BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 30.

37 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 32: „Diese rechtliche Bewertung des Sachverhaltes mag zwar nicht zwingend sein.“

rechtlichen Rahmen, weil es die Interessen des Mieters „nicht völlig vernachlässigt“³⁸ habe, indem es die Beachtlichkeit des Räumungsbegehrens sowie die Einwände des Mieters überprüft habe.

Im Ergebnis schrieb das Bundesverfassungsgericht von Verfassungen wegen keine Engführung des Eigenbedarfs vor, auch nicht aufgrund der personalen Bedeutung der Wohnung. Die Gerichte hätten sich zwar durchaus mit dem Bestandsinteresse der Mieterin auseinanderzusetzen. In diesem Rahmen sei beispielsweise zu prüfen, ob der Selbstnutzungswunsch ernsthaft verfolgt werde, ob der geltend gemachte Wohnbedarf weit überhöht sei und ob er zwar vorhanden sei, jedoch die Möglichkeit in Betracht komme, ihn ohne Inanspruchnahme der gekündigten Wohnung zu befriedigen. Das Bestandsinteresse sei vor allem im Rahmen der Sozialklausel und der Erfassung des Begriffes der „Härte“, zu berücksichtigen.³⁹ Daneben legte das Bundesverfassungsgericht es der einfachrechtlichen Prüfung jedenfalls nicht als zwingenden Maßstab zugrunde, aufseiten der Mieterin auch den Wohnungsverlust in die Bestimmung des Eigenbedarfs miteinzubeziehen. Der persönlichkeitsrechtliche Gehalt der Wohnung, den das Gericht selbst herausgearbeitet hatte, schien bereits durch die gesetzgeberische Einführung eines vertraglichen Bestandschutzes erfasst und darüber hinaus für die Auslegung keine Wirkung zu entfalten.⁴⁰ Damit war den Gerichten die weitgehende Offenheit in der Beurteilung belassen, welches Interesse aufseiten der Vermieterin als vernünftig und nachvollziehbar gelten und also den Eigenbedarf rechtfertigen konnte.

c) Reaktionen in der Rechtswissenschaft

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 1993 rief eine Vielzahl an Reaktionen innerhalb der Rechtswissenschaft hervor.⁴¹ Er diene jedoch nicht unbedingt als Grundlage, Aspekte des Wohnens für die Auslegung des Wohnraummietvertrages herauszuarbeiten. Mehrheitlich stieß schon die Anwendung der Eigentumsfreiheit auf das Besitzrecht der Wohnraummieterin auf vehemente Ablehnung.⁴² Sacheigentum habe allein die Vermieterin einer Wohnung; das wohnraummietrechtliche Besitzrecht sei hiervon abgeleitet. Sachwidrig erscheine, dass nunmehr beide Parteien des Mietvertrages sich im Sinne „gespaltenen Eigentums“ auf diese Position berufen könnten. Ein zentraler Unterschied zwischen der Position der Sacheigentümerin und der besitzenden Wohnraummieterin sei insbesondere die vom Bundesverfassungsgericht nur mühsam konstruierte Verfügungsbefugnis. Der verfassungsrechtliche Gehalt des Eigentums hänge maßgeblich davon ab,

38 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 32.

39 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 31.

40 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 29: „Die Wohnung als der räumliche Mittelpunkt freier Entfaltung seiner Persönlichkeit, als Freiraum eigenverantwortlicher Betätigung, kann ihm nicht ohne beachtliche Gründe durch Kündigung entzogen werden.“

41 Als Übersicht Otto Depenheuer, Der Mieter als Eigentümer? NJW 1993, 2560-2564; Peter Derleder, Der Mieter als Eigentümer, WuM 9/1993, 514-523; Volker Emmerich, Der Mieter als Eigentümer von Gerichs wegen, FS Gitter 1995, 241-253; Peter Finger, Verfassungsschutz des Mieters aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG, ZMR 1993, 545-548; Anne Lenze, Das Eigentumsrecht des Mieters. Zivilrecht im Sozialstaat. FS Derleder 1997, 267-288; Möller (Fn. 34); Bernd Rüthers, Ein Grundrecht auf Wohnung durch die Hintertür? NJW 1993, 2587-2589; Friedemann Stornel, Grundrecht Mietwohnung? Verfassungsrechtlicher Schutz des Mietbesitzes, MDR 8/1993, 728-731.

42 Henschel (Fn. 23), 939; in ähnlicher Stoßrichtung Rüthers (Fn. 41); Depenheuer (Fn. 41).

Eigentum übertragen und verwerten zu können.⁴³ Die Reaktionen verdeutlichen, wie sehr die verfassungsrechtliche Eigentumsfreiheit im Zusammenhang mit der Wohnraummiete letztlich von der Position privatrechtlichen Sacheigentums hergedacht war.

Aber auch die Stimmen, die sich mieterfreundlich positionierten, verblieben zumeist bei einer vermeintlich sozialstaatlichen Lesart des Mietbesitzes. Sie erfassten die verfassungsrechtliche Position der Mieterin als Ausgleich einer schwächeren Position und nicht als Ausdruck eines originären Freiheitsrechts.⁴⁴ Der persönlichkeitsrechtliche Gehalt der Wohnraummiete wurde dagegen kaum weiter ausgeschöpft. Eine Ausnahme stellte der Hamburger Landrichter Friedemann Sternel dar, der schon in den 1980er Jahren eine Engfassung des Eigenbedarfs unter Berücksichtigung eines generellen Wohninteresses gefordert hatte.⁴⁵ Er argumentierte für die Bedeutung der Wohnung als Heimstätte und Ort der Persönlichkeitsentfaltung und regte ihre Beachtung im Rahmen der Vertragsauslegung an.

III. Wohnen als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

1. Zur Herstellung einer verfassungsrechtlichen Symmetrie

Unter verfassungsrechtlichem Einfluss hatte sich für das Wohnraummietrecht die Annahme durchgesetzt, dass eine symmetrische Ausgestaltung der Interessen von Vermieterin und Mieterin die Grundlage für eine gerechte Entscheidung sei.⁴⁶ Zwischen den Parteien sollte auch auf der Ebene des Grundrechtsschutzes Waffengleichheit hergestellt werden.

Die Suche nach einer grundrechtlichen Symmetrie, auch im Zusammenhang persönlichkeitsrechtlicher Aspekte des Wohnens, erklärt sich wiederum historisch. In den 1980er und 1990er Jahre hatte das Bundesverfassungsgericht die Eigenbedarfskündigung in einer Reihe von Entscheidungen konkretisiert. In diesen Entscheidungen hatte es vor allem persönlichkeitsrechtliche Belange der Vermieterin im Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal des „Benötigens“ aus der Eigenbedarfskündigung ins Zentrum gerückt und ausgeweitet. Aus der Eigentumsfreiheit folge die Freiheit zu entscheiden, eine Wohnung zum Wohnen, also im Rahmen der persönlichen Lebensgestaltung zu nutzen oder sie der Familie sowie den Haushaltsangehörigen zuzuführen: „Die Wohnung eines Menschen ist Teil seines persönlichen Lebenszuschnitts. Der Wunsch, eine bestimmte Wohnung zu nutzen, lässt sich nicht ausschließen oder in erster Linie an objektiven Kriterien messen. Er hängt vielmehr eng mit dem bisherigen Lebensweg eines Menschen, seinen Zukunftsplänen und seinen persönlichen Vorstellungen und Bedürfnissen zusammen.“⁴⁷ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie fa-

43 Depenheuer (Fn. 41), 2563.

44 So etwa Lenze (Fn. 41).

45 Friedemann Sternel, Mietrecht, 3. Auflage Köln 1988, IV Rn. 131; Zum Beschluss von 1993: Sternel (Fn. 41).

46 Vgl. schon BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23. April 1974 – 1 BvR 6/74 und 2270/73 (Vergleichsmiete I): „Der Gesetzgeber muss bei solchen Regelungen [des Wohnraummietrechts, F.B.] sowohl die Belange des Mieters als auch die des Vermieters in gleicher Weise berücksichtigen.“ Zu der Notwendigkeit einer Symmetrie gerade auch Derleder (Fn. 41).

47 BVerfG, Urteil vom 14. Februar 1989 – 1 BvR 308, 336, 356/88 (Eigenbedarf II), Rn. 30.

miliäre Rechte gem. Art. 6 Abs. 1 GG haben in diesem Zusammenhang keinen eigenständigen Gehalt. Sie beschreiben nur Teilaspekte der Eigentumsfreiheit, weil das Recht in der eigenen Wohnung zu wohnen und hierin die Persönlichkeit zu entfalten an das Eigentum der Vermieterin gebunden ist.⁴⁸

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts von 1993 verstand sich nunmehr als ein Übertragungsakt zur Herstellung einer grundrechtlichen Symmetrie. Da die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf das Wohnen maßgeblich im Rahmen der Eigentumsfreiheit erfolgt war, erschien es unbillig, wenn die hierin entwickelte persönlichkeitsrechtliche Freiheitssphäre nur Anwendung auf die Sacheigentümerin finden sollte. Schließlich konnte ein Großteil der Bevölkerung nicht auf Eigentum zurückgreifen, sondern war zur Deckung des Wohnbedarfs auf die Miete angewiesen.⁴⁹ Das Bundesverfassungsgericht dehnte den eigentumsrechtlichen Freiheitsgehalt des Wohnens also auch auf das aus dem Mietvertrag folgende Besitzrecht aus: „Die Wohnung ist für jedermann Mittelpunkt seiner privaten Existenz. Der Einzelne ist auf ihren Gebrauch zur Befriedigung elementarer Lebensbedürfnisse sowie zur Freiheitssicherung und Entfaltung seiner Persönlichkeit angewiesen.“⁵⁰ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive scheint mit dem Beschluss von 1993 Waffengleichheit hergestellt. Es stünden sich, so das Bundesverfassungsgericht, zwei gleichwertige, konkurrierende Eigentumspositionen gegenüber, die von der Gesetzgebung inhaltlich auszugestalten, gegeneinander abzugrenzen und so bestimmen seien, dass beide angemessen in der Praxis gewahrt würden.⁵¹

Die Annahme einer verfassungsrechtlichen Symmetrie gerät allerdings dann ins Wanken, wenn man sich für den Fall der Eigenbedarfskündigung die jeweilige Beziehung der Vertragsparteien zur Wohnung vergegenwärtigt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich der freiheitliche Gehalt des Wohnens für die Vermieterin wie für die Mieterin in zutreffender Weise zunächst aus einer vermögensrechtlichen Zuordnung: Für die Vermieterin folgt er aus dem Sacheigentum, für die Mieterin aus ihrem vertraglichen Recht an der Leistung. Im Vergleich der jeweiligen Beziehung von Vermieterin und Mieterin zur Wohnung zeichnet sich aber ein Unterschied ab: Die Vermieterin stützt ihre Kündigung lediglich auf ihren eigenen oder den fremden aber privilegierten Wunsch zu wohnen. Weder sie noch der für den Eigenbedarf privilegierte Personenkreis haben aber bereits in der Wohnung gelebt oder ihr Leben an ihr ausgerichtet. Sie haben ein Interesse zu wohnen, aber sie wohnen noch nicht. In diesem Zusammenhang ergibt es Sinn, dass Persönlichkeitsrechte hinter dem eigentumsrechtlichen Freiheitsgehalt zurücktreten. Anders die Mieterin: Sie hat nicht nur ein zum Wohnen berechtigendes Besitzrecht, sondern sie wohnt auch bereits. Wohnen als soziale Praxis meint etwas anderes als das Recht an der vertraglichen Leistung, der Einräumung des Mietgebrauchs. Hiernach könnte man erwägen, die im Wohnen selbst verwirklichte Freiheitsausübung als allgemeines Persönlichkeitsrecht sogar in einem eigenständigen Gehalt neben dem vertraglichen Recht zu erfassen.⁵²

48 BVerfG, Urteil vom 14. Februar 1989 – 1 BvR 308, 336, 356/88 (Eigenbedarf II), Rn. 29.

49 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 21.

50 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 21.

51 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 27.

52 So auch Sternel (Fn. 41), 731.

2. Der eigenständige persönlichkeitsrechtliche Gehalt des Wohnens

Ist Wohnen eine Ausübung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts? Das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schützt die freie Bestimmung der Person über das Selbst. Das betrifft all jene Lebenssphären, die in einer spezifischen Nähe zur Person stehen und daher als schützenswert erscheinen. Begriff und dogmatische Prägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stammen aus der Rechtsprechung, die persönlichkeitsrechtlich schützenswerte Lebenssphären anhand von Fallgruppen kategorisiert und konkretisiert.⁵³ Bisweilen nimmt das Grundrecht eine passive, abwehrrechtliche Funktion ein – so wenn es um den Schutz der engeren persönlichen Lebenssphäre als Privat- und Intimsphäre geht.⁵⁴ Darüber hinaus haben sich Fallgruppen eines aktiven personalen Autonomieschutzes gebildet. Eine der Aufgaben des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist es in diesem Zusammenhang, die Grundbedingungen dafür zu sichern, dass die einzelne Person ihre Individualität selbstbestimmt entwickeln und wahren kann. Aus dieser Funktion folgt beispielsweise das Recht der Person, frei über ihre eigene geschlechtliche Identität zu bestimmen.⁵⁵ Weil dem Geschlecht für die individuelle Identität eine herausragende Bedeutung zukommt, es nämlich maßgebend für die alltägliche Selbst- wie Fremdwahrnehmung wirkt, gilt es als konstituierend für die Persönlichkeit.⁵⁶ Gesetzliche Vorschriften des Personenstandsrechts, die der freien Bestimmung über die geschlechtliche Identität entgegenstehen, verstoßen daher gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht.⁵⁷

Auch Wohnen betrifft einen konstituierenden Aspekt der eigenen Persönlichkeit. Wohnen ist ein komplexes menschliches Phänomen. Als Sphäre des Seins ist die Bedeutung des Wohnens schon in der Phänomenologie des 20. Jahrhunderts erkannt worden.⁵⁸ Jeder Mensch wohnt, zugleich ist das Wohnen ein zumeist unbewusstes Geschehen. Die Kultur- und moderne Wohnraumsoziologie beschreiben das Wohnen entsprechend als einen Sozialisationsprozess, als die alltäglich gelebte Beziehung zwischen Person und Raum.⁵⁹ Für die individuelle Lebensführung einer Person nimmt das Wohnen eine Schlüsselrolle ein: Die Wohnung ist das Zentrum des Privatlebens, der Ort des Rückzugs nach dem Arbeitsalltag. Die wohnende Person verbindet ihren Alltag mit der Wohnung, dem gesamten Haus und der Umgebung. Das kann zentrale Lebensentscheidungen bestimmen wie die Nähe zum Arbeitsplatz, zur Schule und Kita der Kinder, aber auch zu Freund:innen und Verwandtschaft. Daneben hat die Wohnende vielleicht auch eine persönliche Bindung aufgebaut zu Nachbarn. Sie hat ihre Lieblingscafés in der Nähe der Wohnung gefunden. Sie hat den Raum typischerweise eingerichtet und gestaltet und ihn

53 Im Einzelnen Dürig/Herzog/Scholz-Di Fabio, Art. 2, 104. EL April 2024, Rn. 147 ff.

54 BVerfG, Beschluss vom 14. Dezember 2000 – 2 BvR 1741/99 (DNA-Identitätsfeststellung).

55 BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 (Dritte Option).

56 BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 (Dritte Option), Rn. 39.

57 BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2017 – 1 BvR 2019/16 (Dritte Option), Rn. 41 ff.

58 Martin Heidegger, *Bauen, Wohnen, Denken*, Vorträge und Aufsätze, 2. Auflage Frankfurt a.M. 1959: „Mensch sein heißt: Als Sterblicher auf der Welt sein, heißt: wohnen.“

59 Zur Genealogie des Wohnens Judith Knabe, *Wohnen und Wohnungspolitik als sozialraumbezogenes Handlungsfeld*, in: Fabian Kessl/Christian Reutlinger (Hrsg.), *Handbuch Sozialraum*, 2. Auflage, Wiesbaden 2019, 635–653; Ingrid Breckner/Antje Schaubert, in: Ingrid Breckner/Antje Schaubert/Klaus Schmals (Hrsg.), *Soziologie des Wohnens*, München 1981. Ausführlich auch Undine Christian in diesem Heft.

sich so zu eigen gemacht. Wohnverhältnisse bestimmen gleichwohl Fragen der sozialen Repräsentation und Außenwahrnehmung.⁶⁰ Faktisch besteht eine alltägliche Beziehung zum Raum und der hieran angebundenen Umgebung, die für die Persönlichkeitsentfaltung der Einzelnen konstituierend wirkt.

Eine Kernfrage scheint dagegen zu sein, ob dem Wohnen als sozialer Praxis eine eigenständige Bedeutung im Sinne des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zukommen kann. Als „unbenanntes“ Freiheitsrecht ergänzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht die speziellen benannten Freiheitsrechte, die ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen.⁶¹ Es tritt daher zurück, sofern der persönlichkeitsrechtliche Gehalt bereits innerhalb einer anderen grundrechtlichen Freiheit verwirklicht ist. Auch Art. 13 GG konkretisiert einen persönlichkeitsrechtlichen Gehalt im Kontext der Wohnung, nämlich die Privatheit. Dieser Gehalt ist allerdings auf die Abwehr staatlicher Eingriffe konkretisiert, beispielsweise staatliche Durchsuchungen und Lauschangriffe. Bei der zugrunde liegenden Fragestellung geht es dagegen um die Auslegung des Wohnraummietvertrages, also um die rechtliche Erfassung gegenseitiger vertraglicher Positionen. Insofern findet Art. 13 GG keine direkte Anwendung.⁶²

Nach bundesverfassungsgerichtlicher Einordnung tritt der persönlichkeitsrechtliche Gehalt des Wohnens hinter der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 GG zurück.⁶³ Folgt man dieser Einordnung, gebietet die konstituierende personale Wirkung des Wohnens jedenfalls einen abweichenden Auslegungsmaßstab für den Eigenbedarf. Wie gesehen, trägt die ständige Rechtsprechung zum Eigenbedarf dem Umstand nicht Rechnung, dass die Mieterin die Wohnung zu ihrem privaten und alltäglichen Lebensmittelpunkt gemacht hat. Wohnen als soziale Praxis betrifft aber einen Aspekt personaler Autonomie, der über die vertragliche Berechtigung hinausgeht. Dieser Aspekt muss sich verstärkend auf die Grundrechtsausübung der wohnenden Mieterin auswirken.⁶⁴ Er ist insbesondere nicht hinreichend im Rahmen der Sozialklausel erfasst, da diese nur Härtegründe betrifft. Eine grundrechtskonforme Auslegung der Eigentumsfreiheit gebietet die grundlegende Erfassung des persönlichkeitsrechtlichen Gehalts, der aus der sozialen Praxis des Wohnens folgt, und insofern eine Engfassung des Eigenbedarfs.⁶⁵ Das scheint auch eine konsequente Fortsetzung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von 1993 zu sein.

Ob der gelebten Beziehung zum Raum eine vom Vertragsrecht unabhängige grundrechtliche Relevanz zukommen mag, scheint zunächst nicht offensichtlich. Eine ganz freie Bestimmung über das Wohnen sieht die Rechtsordnung jedenfalls nicht vor. Abweichend von der Bestimmung über die eigene geschlechtliche Identität, bezieht sich das Wohnen nicht nur auf eine Bestimmung über das Selbst, sondern auf einen Raum, der der Person vermeintlich nicht zu eigen ist. Die unberechtigte Aneignung fremden

60 Ingrid Breckner/Antje Schaubert, in: Ingrid Breckner/Antje Schaubert/Klaus Schmals (Hrsg.), *Soziologie des Wohnens*, München 1981, 118.

61 BVerfG, Beschluss vom 3. Juni 1980 – 1 BvR 185/77 (Eppler), Rn. 13.

62 So auch BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 33 ff.

63 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 36.

64 Vgl. auch Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Beschluss vom 29. November 2024 – 45/24, Rn. 13.

65 Undine Christian, *Die ordentliche Kündigung im Wohnraummietrecht*, im Entstehen.

Wohnraums genießt nach der Rechtsordnung keinen mit dem Mietbesitz vergleichbaren personalen Schutz, auch wenn die Person in dem Raum ihr Leben entfaltet haben mag.

Die Frage eines eigenständigen Gehalts wird andernfalls dann relevant, wenn ein ehemals bestehender Wohnraummietvertrag wirksam beendet ist. Das betrifft das Räumungsverfahren, in dem der auf der Grundlage des Wohnraummietvertrages bereits entstandene persönlichkeitsrechtliche Gehalt eigenständig fortwirken könnte. Hieraus kann zwar nicht die Berechtigung folgen, auf unbegrenzte Dauer in der Wohnung wohnen zu bleiben. Im Einzelnen könnten sich aber persönlichkeitsrechtliche Folgen für eine Auslegung des Räumungsschutzes ergeben. Ein solches Verständnis deutet letztlich auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung von 1993 an: „Der Fortbestand eines einmal entstandenen und durch Art. 14 GG als Eigentum erfassten Rechtes, also der Bestandsschutz, kann Gegenstand des Grundrechtsschutzes sein.“⁶⁶ Das Besitzrecht mag insofern wegfallen, aber der grundrechtsrelevante Bestandsschutz des Wohnverhältnisses besteht fort.

IV. Schluss

Den Schluss bildet wiederum das Vertragsrecht. Wohnen als soziale Praxis entfaltet in der Auslegung des Wohnraummietvertrages, insbesondere der Entscheidung über den Eigenbedarf, bislang keine besonders große Relevanz. Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat hieran bislang nichts zu verändern vermocht, obgleich die Entscheidung von 1993 die personale Bedeutung der gemieteten Wohnung herausstellte. Ausgehend von der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 GG hat das Bundesverfassungsgericht die vielfältigen persönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Wohnens bislang noch nicht ausschöpfend herausgearbeitet.

Für eine Auslegung des Vertrages lohnt es sich dagegen, Abstand von Fragen des Eigentumsrechts zu nehmen. Weder eine Eigentumsstellung der Vermieterin, noch der Mieterin sind hierfür ausschlaggebend. Im Kern geht es um das vertraglich vereinbarte Wohnen. Eine grundrechtskonforme Auslegung der Eigenbedarfskündigung macht es daher erforderlich, die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Wohnens zu ergründen. Sie sind der Auslegung des Wohnraummietrechts insgesamt zugrunde zu legen.

66 BVerfG, Beschluss vom 26. Mai 1993 – 1 BvR 208/93 (Besitzrecht des Mieters), Rn. 25; Stornel (Fn. 41), 731 bezeichnet dies als den Kernsatz der gesamten Entscheidung.

Emma Sammet

Der „Wohnungsmarkt“ als Erfolgsgeschichte?

Begründungen und Wandel marktwirtschaftlicher Wohnungspolitik in Ost- und Westdeutschland

I. Der „Wohnungsmarkt“ als konzeptioneller Fixpunkt der Wohnungspolitik

Der „Wohnungsmarkt“ ist der gedankliche Ausgangspunkt der deutschen Wohnungspolitik: Die marktwirtschaftliche Organisation des Wohnens ist als weit geteilte Vorstellung im Alltagsverständnis vieler Menschen wie auch in der Wohngesetzgebung fest verankert.¹ Entsprechend seiner Ausrichtung wird das Politikfeld teilweise als „Wohnungsmarktpolitik“ beschrieben.² Der Wohnungsmarkt funktioniert aus dieser Sicht mal mehr, mal weniger gut – je nachdem, wie gut es gelingt, soziale Probleme auf einkommensschwache Bevölkerungsschichten zu begrenzen oder durch staatliche Unterstützung aufzufangen.³ Seine grundsätzliche Funktionsweise wird dabei stets als Teil der Lösung und nicht des Problems angesehen und soll daher durch gesetzgeberische Aktivitäten gefördert oder jedenfalls nicht beeinträchtigt werden.⁴ Insofern hat sich die Vorstellung vom Wohnungsmarkt als Erfolgsgeschichte durchgesetzt. Der „Wohnungsmarkt“ fungiert als Bezugs- und Fluchtpunkt der politischen Diskussion und nähert sich einer Meistererzählung der Wohnungspolitik an.⁵ Als solche umfasst der „Wohnungsmarkt“ ein Zusammenspiel verschiedener Faktoren: Seine theoretisch-ökonomische Konstruktion, seine rechtliche Verfasstheit sowie auch eine ideelle – der Glaube an den Wohnungsmarkt – Dimension. Diese Faktoren bedingen und beeinflussen sich gegenseitig.

1 Leon Claus/Tim Sommer, Wohnungsmarkt, in: Andrej Holm (Hrsg.), Wohnen zwischen Markt, Staat und Gesellschaft, Hamburg 2021, 97–122, 97 f.

2 Als Trend bei Hubert Heinelt, Rahmenbedingungen, Politikinhalte, Politikprozesse, in: Björn Egner/Nikolaos Georgakis/Hubert Heinelt/Reinhart Bartholomäi (Hrsg.), Wohnungspolitik in Deutschland, Darmstadt 2004, 35–48, 38 (Herv. i.O.).

3 Kritisch David Madden/Peter Marcuse, In Defense of Housing, London 2016, 4, 9 f.; Barbara Schöning, Die neue Wohnungsfrage, Blätter 2/2013, 17–20, 19; Judith Knabe, Wohnen und Wohnungspolitik als sozialraumbezogenes Handlungsfeld, in: Fabian Kessel/Christian Reutlinger (Hrsg.), Handbuch Sozialraum, 2. Aufl. Wiesbaden 2019, 635–658, 649 ff.

4 Als Konstante der Wohnungspolitik bereits Friedrich Engels, Zur Wohnungsfrage (1872/1873), MEW 18, 1976, 209–287, 213 f. Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlicher *Eingriffe* allg. Michael Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. München 2018, 1, 45, 76; für das Wohnen u.a. Eick G. Busz, Äquivalenz im Wohnraummietrecht, Baden-Baden 2002, 29; Johann-Frederik Schuldt, Mietpreisbremse, Baden-Baden 2017, 59 ff., 99 ff.

5 Vgl. allgemein zur Meistererzählung und ihrer Bausteine Konrad H. Jarausch/Martin Sabrow, „Meistererzählung“ – Zur Karriere eines Begriffs, in: dies. (Hrsg.), Die historische Meistererzählung, Göttingen 2002, 9–32, 15 ff. und passim, hier insb. 17.

Diesem Zusammenspiel wird im Folgenden anhand verschiedener gesetzgeberischer Schlüsselmomente und ihren jeweiligen Gesetzesbegründungen nachgespürt. Es wird betrachtet, wie sich der „Wohnungsmarkt“ in Deutschland durchsetzen konnte. Wie wurde der Begriff des Wohnungsmarktes inhaltlich gefüllt bzw. modifiziert, mithilfe welcher Gesetzgebungsakte wurde er als Recht etabliert und wie wurden die jeweiligen Verständnisse begründet? Dabei müssen die schrittweise (Wieder-)Einführung marktwirtschaftlicher Vorstellungen ins Recht der Bundesrepublik nach 1945, insbesondere die Modifizierung und vermeintliche Versöhnung marktwirtschaftlicher und sozialer Elemente, einerseits (II.) und die Implementierung dieser bundesrepublikanischen Paradigmen in den ostdeutschen Bundesländern nach 1990 andererseits (III.) unterschieden werden.⁶ In diesen ausgewählten Transformationsphasen treten die marktwirtschaftlichen Annahmen und ihre Verarbeitung durch die Gesetzgebung – gerade auch im Vergleich – besonders deutlich zutage. Denn während sich der Wohnungsmarkt nach 1945 sowohl als Idee als auch rechtlich nur schrittweise durchsetzen konnte, wurde er bei der Einführung in den neuen Bundesländern nach 1990 ganz selbstverständlich vorausgesetzt. Aber auch umgekehrt zeigt sich, wie seine rechtliche Konstituierung den Glauben an den „Wohnungsmarkt“ wiederum stärken kann: Obwohl die soziale Leistung des Wohnungsmarktes immer wieder in Frage steht, ist die Gesetzgebung um eine Verbindung marktwirtschaftlicher und sozialer Aspekte innerhalb des Marktsystems bemüht, wodurch der Glaube an den Wohnungsmarkt stabilisiert wird. Dies hat dazu geführt, dass im Wohnsektor mittlerweile ein Wirtschaftsmodell etabliert ist, mit dem die Renditeerwartungen der Vermieterinnen aufgewertet und verallgemeinert werden, das jedoch immer wieder an seine (sozialen) Grenzen stößt.

II. Durchsetzung des Wohnungsmarktes in der Bundesrepublik

Seit der Industrialisierung und Urbanisierung ist die Organisation des Wohnens insbesondere in den städtischen Zentren Gegenstand teilweise intensiver politischer Auseinandersetzungen. Nachdem es zunächst kaum spezifische rechtliche Regelungen gab, wird die Thematik seit dem Ersten Weltkrieg mittels verschiedener Instrumente adressiert. Dabei und seither reicht das Spektrum der Forderungen wie auch der Umsetzung von stark marktwirtschaftlichen bis hin zu stark administrativen Ansätzen. Die massive Wohnungsnot und Kriegszerstörung erforderte nach 1945 einen wohnungspolitischen Neustart, der in beiden deutschen Staaten jeweils verschiedenen politischen Zielsetzungen folgte.⁷ In der Bundesrepublik wurde zunächst an den bestehenden Maßnahmen der Wohnraumbewirtschaftung, das heißt an Mietpreisbindung, Zweckentfremdungsverbot, Erfassung und Zuteilung von Wohnraum sowie Kündigungsschutz, festgehalten. Gleichzeitig wurde seitens der Adenauer-Regierung bereits frühzeitig die Zielsetzung festgelegt, diese Maßnahmen zugunsten einer marktwirtschaftlichen Wohnversorgung

⁶ Zur Gesetzgebungshistorie in der Bundesrepublik zuletzt insb. Jana Schollmeier, *Wohnraum als Verfassungsfrage*, Baden-Baden 2020; Pia Lange, *Staatliche Wohnraumvorsorge*, Tübingen 2023.

⁷ Lange (Fn. 6), 97 ff. Seit 1990 ist das bundesrepublikanische Mietrecht auch in den neuen Bundesländern maßgeblich; auf rechtlicher Ebene wurden keine spezifisch ostdeutschen Traditionen gewahrt. Daher konzentriert sich auch die Darstellung zunächst auf die westdeutsche Entwicklung; zur Entwicklung in der DDR siehe unten.

abzubauen.⁸ Vollendet werden sollte dies mithilfe des sog. Abbaugesetzes von 1960.⁹ Das Abbaugesetz und mit ihm sein wesentliches Ziel, einen Wohnungsmarkt rechtlich zu etablieren, beruhen auf drei grundlegenden ökonomischen Setzungen: der marktwirtschaftliche Gleichgewichtsmechanismus wurde als natürlich konstruiert (1.), zugunsten einer angebotsorientierten Investitionspolitik angeführt (2.) und als sozial positioniert (3.). Der so eingeführte Wohnungsmarkt wurde später, mit Einführung des Vergleichsmietensystems der 1970er Jahre, sozialpolitisch modifiziert und so der Glaube an den Wohnungsmarkt stabilisiert (4.).¹⁰

1. Naturalisierung des Marktmechanismus

Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung für Liberalisierung und Marktwirtschaft war zum einen, dass der „Mieterschutz in der starren Form“¹¹ des Mieterschutzgesetzes¹² als „Wohnungsnotrecht“¹³ begriffen wurde, das nur mit der besonderen Mangelsituation nach dem Zweiten Weltkrieg legitimiert werden konnte.¹⁴ Nach dieser Annahme konnte es keinen Dauerzustand darstellen, sondern musste nach Beseitigung des Wohnungsmangels abgebaut werden.¹⁵ Wohnungsnot galt als temporäre Krise; allein ihre besondere Zuspitzung konnte eine Mietpreisregulierung rechtfertigen.¹⁶ Demgegenüber wurde die Überlegenheit des Marktsystems mit klassischen ökonomischen Argumenten – seine Effizienz als soziale Leistung¹⁷ – begründet: Infolge der Wohnraumbewirtschaftung sei es zu Fehlnutzungen gekommen, das heißt die Zuordnung von Wohnung und Inhaberin sei nicht optimal. Eine „natürliche Umschichtung“, in anderen Worten: marktwirtschaftliche Verteilung, von Wohnungen sei durch „Wohnraumbewirtschaftung, Mieterschutz und Preisstopp“ verhindert worden.¹⁸ Deren Lockerung werde demgegenüber „eine sich allmählich vollziehende bessere Zuordnung von Wohnung und Wohnungsinhaber“ in Gang setzen, so dass „Reserven an Wohnraum im vorhandenen Bestand erschlossen“ und dadurch der „endgültige[...] Übergang in die soziale Marktwirtschaft wesentlich

8 Vgl. BT-Drs. 2/1110, 15 ff.

9 Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht v. 23.6.1960, BGBl. I S. 389; dazu u.a. Lange (Fn. 6), 134 ff.

10 Diese Ausführungen zur Wohnungspolitik in der alten Bundesrepublik beruhen auf einem Vortrag der Verfasserin, siehe Sammet, Normalization of the Housing Market, VerfBlog v. 8.10.2024, <https://verfassungsblog.de/normalization-of-the-housing-market/> (abg. 4.12.2024).

11 BT-Drs. 3/1234, 54.

12 Gemeint ist das Mieterschutzgesetz v. 1.6.1923, RGBl. 1923 I S. 353, das infolge Inkrafttretens mehrfach gelockert und verschärft wurde.

13 BT-Drs. 3/1234, 46, 54.

14 Ebd., 47.

15 Ebd., 47 f., 54.

16 Vgl. bspw. Johann Eekhoff, Wohnungspolitik in der Sozialen Marktwirtschaft, in: Ottmar Issing (Hrsg.), Zukunftsprobleme der Sozialen Marktwirtschaft, 1981, 455–479, 462. Kritisch zu dieser (hegemonialen) Wahrnehmung von Wohnkrisen Madden/Marcuse (Fn. 3), 4, 9 f.

17 Die Wohlfahrtssteigerung durch den Marktmechanismus gilt als einer seiner wesentlichen Vorteile, für das Wohnen: Katrin Leonhardt, Wohnungspolitik in der Sozialen Marktwirtschaft, Bern u.a. 1996, 27; Hans K. Schneider/Werner Deichmann, Der Weg zur sozialen Wohnungsmarktwirtschaft, Melle 1984, 11 ff.; weiter Uwe Koch, Mietpreispolitik in Deutschland, München 2006, 22 ff., m.w.N.

18 BT-Drs. 3/1234, 48, 54.

erleichtert“ werde.¹⁹ Mit dem Fokus auf diese Funktionsweise und ihre Erklärung als „natürlich“ wurde der Markt insgesamt als „natürlich“ konstruiert und einer als „unnatürlich“ konstruierten administrativen Wohnversorgung wie auch regulatorischen „Eingriffen“ gegenübergestellt. So begründet wurden Mietpreisbindungen abgebaut und die freie Vermieterkündigung wieder eingeführt.

2. Angebots- und Investitionsorientierung

Auch das zweite tragende Argument für die Einführung marktwirtschaftlicher Grundsätze fußte bereits auf dem Vertrauen in einen grundsätzlich funktionsfähigen Wohnungsmarkt: Der Markt sollte die bestehenden Wohnproblematiken – Wohnraumangel und sanierungsbedürftiger Altbau Bestand – selbst lösen. Entsprechend seiner neoklassischen Gleichgewichtskonzeption sollten Neubau wie auch Modernisierung des Altbau Bestandes durch Private verwirklicht und hierfür finanzielle Anreize geschaffen werden.²⁰ Als ein solcher „natürlicher Anreiz“ sollte insbesondere – und bereits mit dem Ersten Wohnungsbaugesetz von 1950 – die Liberalisierung („Auflockerung der Wohnungszwangswirtschaft“, § 2 lit. e 1. WoBauG) dienen.²¹ An das in diesem Zuge geschaffene differenzierte Förderregime wurde mit dem Abbaugesetz angeknüpft und dabei der Gedanke, dass „anlagesuchendes Privatkapital“ einen „funktionsfähige[n] Wohnungsmarkt“ mit rentablen Investitionsmöglichkeiten verlange, ausdrücklich zugrunde gelegt.²² Hiermit wurden die wohnungspolitischen Weichen de facto so gestellt, dass nicht nur die Kostendeckung und Refinanzierung sichergestellt, sondern auch darüber hinausgehende Renditemöglichkeiten zum Grundprinzip der Wohnversorgung wurden. Preisdämpfende Effekte sollten von einem ausgeglichenen Wohnungsmarkt, dem (heutzutage reduziert vorhandenen) gebundenen Wohnraum und der (1990 abgeschafften, 2024 unter anderen Vorzeichen wieder eingeführten) Wohngemeinnützigkeit ausgehen.²³

3. Versöhnung marktwirtschaftlicher und sozialer Zielsetzungen

Dies deutet bereits an, dass, drittens, die vermeintliche Versöhnung des Marktprimats mit den „Geboten des sozialen Rechtsstaats“²⁴ wesentlich zu seiner Durchsetzung beitrug. Insofern etablierte das Abbaugesetz ein vom Ordoliberalismus geprägtes Verständnis – und mit ihm das Vokabular – des Wohnungswesens als Teil der Sozialen Marktwirtschaft.²⁵ Dabei blieb den Marktmechanismen ein eindeutiger Vorrang eingeräumt. Die gleichzeitig propagierte Verwirklichung sozialer Zielsetzungen beschränkte sich auf die soziale Leistung des Marktmechanismus selbst,²⁶ mietrechtliche Minimalregelungen und die Etablierung von Wohnbeihilfen. Besonders eindrücklich zeigt dies das neue, explizit

19 Ebd., 50, weiter 54.

20 Ebd., 47 f., 51.

21 BT-Drs. 1/567, 16.

22 BT-Drs. 3/1234, 50.

23 Ebd., 53.

24 Ebd., 54.

25 Thomas Biebricher/Ralf Ptak, Soziale Marktwirtschaft und Ordoliberalismus zur Einführung, Hamburg 2020.

26 Siehe bereits Fn. 17.

so bezeichnete *Soziale Mietrecht*, das zunächst auf Kündigungsfristen und eine Härtefallregelung im Falle von Kündigungen beschränkt war.²⁷ Insbesondere gründete die Soziale Wohnungsmarktwirtschaft auf der Zuversicht, dass sich das Wohnungsangebot durch die Freisetzung der Marktkräfte derart vergrößern würde, „daß sich die Mietpreise in sozial vertretbarer Höhe einpendeln werden“.²⁸ Die Wohnbeihilfen verwirklichten vor diesem Hintergrund den von Vertretern der Sozialen Marktwirtschaft früh präferierten Ansatz einer allokationsneutralen Umverteilung zur Linderung sozialer Härten: Demnach sollten (nur) dort, wo die Marktentwicklung negative Sozialwirkungen zeitigt, diese durch staatliche Maßnahmen und hierbei vorrangig individuelle Unterstützungsleistungen aufgefangen werden.²⁹ Es wurde somit keine systemische Korrektur, sondern nur eine individuelle Fürsorge für erforderlich gehalten. Wie beim *Sozialen Mietrecht* diene der hervorgehobene soziale Charakter der Wohnbeihilfen wohl auch der Legitimation marktwirtschaftlicher Mechanismen im Wohnsektor. Eine solche *Strategie* lässt sich freilich schwerlich belegen, liegt aber angesichts der gezielten sprachlichen Abwertung der Wohnraumbewirtschaftung als „Wohnungszwangswirtschaft“ im gleichen Zuge nahe.³⁰ Während die Gesetzgebung konkurrierende Ansätze so abwertete, erfuhr das eigene Konzept durch das Attribut ‚sozial‘ eine Aufwertung, was seine Durchsetzung erleichterte.³¹

4. Stabilisierung des Wohnungsmarktes

Das mit dem Abbaugesetz etablierte Mietrecht, das auf dem Marktprimat gründete, angebotsseitige Investitionsanreize setzte und durch Wohnbeihilfen flankiert wurde, war Teil des beeindruckenden Wiederaufbaus der Nachkriegszeit. Ende der 1960er Jahre kam es jedoch zu einer steigenden Anzahl sogenannter Änderungskündigungen, also Kündigungen zum Zwecke der Mieterhöhung, zu Mietsteigerungen und einer größeren Zahl von Wohngeldempfängerinnen.³² Die sozial-liberale Koalition entschied daraufhin

27 BT-Drs. 3/1234, 54.

28 Ebd., 53.

29 Bereits Alfred Müller-Armack, *Soziale Marktwirtschaft*, in: Erwin Beckerath et al. (Hrsg.), *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften* Bd. 9, Göttingen 1956, 390-392, 391: „Marktinkonform ist ein Mietstop, der den Gesamtwohnungsmarkt ohne Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit der Mieter erfasst, marktinkonform ist ein System von Mietbeihilfen für bedürftige Schichten.“ Weiter Busz (Fn. 4), 68; ähnlich Leonhardt (Fn. 16), 31.

30 Zur Verwendung als eindeutige Negativvokabel Martin Wengeler, „Der alte Streit ‚hier Marktwirtschaft dort Planwirtschaft‘ ist vorbei“, in: Georg Stötzel/Martin Wengeler (Hrsg.), *Kontroverse Begriffe*, Berlin 1995, 35-91, 40.

31 Martin Wengeler, *Vom Jedermann-Programm bis zu Vollbeschäftigung*, in: Karin Böke/Frank Liedtke/Martin Wengeler (Hrsg.), *Politische Leitvokabeln*, Berlin u.a. 1996, 379-434, 388; Ralf Ptak, *Mythos Soziale Marktwirtschaft*, *Ossietzky* 5 (2002), 235-238, 237: *Soziale Marktwirtschaft* als „flexible Konzeption zur Rechtfertigung der Marktwirtschaft“; Biebricher/Ptak (Fn. 25), 12 ff., 23; Joachim Zweynert, *Die Soziale Marktwirtschaft als politische Integrationsformel*, *Wirtschaftsdienst* 2008, 334-337, 336 f.

32 Vgl. Johannes Frerich/Martin Frey, *Handbuch der Geschichte der Sozialpolitik*, Bd. 3, 2. Aufl. München u.a. 1996, 133; Helmuth Schulze-Fielitz, *Sozialplanung im Städtebaurecht*, Königstein/Taunus 1979, 5.

Anfang der 1970er Jahre, die sozialen Elemente im Mietrecht zu stärken.³³ Dabei führte sie aber nicht nur einen sozial begründeten Schutz gegen Kündigungen zum Zwecke der Mieterhöhung ein, sondern gewährte den Vermieter*innen gleichzeitig mit dem sogenannten Vergleichsmietensystem die Möglichkeit, im laufenden Mietverhältnis Mietpreiserhöhungen bis zur ortsüblichen Miete durchzusetzen.³⁴

Diese gesetzlichen Regelungen modifizierten zwar den zuvor etablierten marktwirtschaftlichen Investitionsansatz (s.o.), behielten die wesentlichen Grundgedanken jedoch bei. Hohe Mietpreise stellten auch nach dieser Konzeption kein grundsätzliches Problem dar, sondern galten als ein vorübergehendes Symptom.³⁵ Sie fungierten weiterhin primär als Knappheitsanzeiger, die die Nachfrage drücken und als Anreize dienen sollten, neuen Wohnraum zur Verfügung zu stellen. So sollte über den Marktmechanismus selbst ein Ausgleich herbeigeführt werden.³⁶ Vielmehr folgte die Gesetzgebung weiterhin einem ökonomischen Verständnis, das Mietpreisbegrenzungen und Kündigungsschutz umgekehrt als Hindernis für marktwirtschaftliche Angleichungsprozesse begreift und die eigentliche Problemlösung abseits des Mietpreisrechts im Marktausgleich sucht.³⁷ Der als *Intervention* (in eine marktwirtschaftliche Preisbildung) kritisierte Kündigungsschutz konnte daher nur durch die Verbindung mit dem eine Marktorientierung der Mietpreise absichernden Vergleichsmietensystem mit Marktmechanismen vereinbart werden. Gleichzeitig konnte der Kündigungsschutz, indem er die sozialen Folgen marktwirtschaftlicher Prozesse abfedert, diese mit der Zeit sogar stabilisieren.³⁸

Obwohl sich nach der Liberalisierung des Abbaugesetzes also gezeigt hatte, dass der Wohnungsmarkt nicht dauerhaft zu einer sozial befriedigenden Wohnsituation führte,³⁹ hielt die Gesetzgebung an diesem Organisationssystem fest. Das Wirtschaftswunder und die beeindruckende Aufbauleistung hatten das allgemeine Vertrauen in die Marktwirtschaft gefestigt und ließen die Unvollkommenheit des Wohnungsmarktes vergessen bzw. überwogen diese Einsicht.⁴⁰ Die zunächst vorherrschende Leiterzählung der mietrechtlichen Regulierung als begrenzt auf Zeiten größter Wohnungsnot wurde durch die Gesetzgebung zwar angepasst,⁴¹ steigende Mieten aber nach wie vor mit einem quantitativen Problem, das heißt mit einer zu geringen Zahl an zur Verfügung stehenden Wohnungen, verbunden und ein Automatismus steigender Mieten affirmiert. Diese Gedanken wirken in der mietrechtlichen Entwicklung bis heute fort: Die Wohnungspolitik bleibt von der Annahme getragen, dass der Marktmechanismus grundsätzlich zu den richtigen

33 Wohnraumkündigungsschutzgesetz v. 25.11.1971, BGBl. I S. 1839 (WKSchG); Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz (2. WKSchG) v. 18.12.1974, BGBl. I S. 3603; Lange (Fn. 6), 148 f.; Markus Artz, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 558 Rn. 5 f.

34 Ursprünglich insb. § 1 MHG (für das Verbot der Änderungskündigung), § 2 MHG (zum Anspruch auf Zustimmung zur Erhöhung des Mietzinses); heute § 573 Abs. 1 S. 2 BGB resp. § 558 Abs. 1 BGB.

35 Vgl. BT-Drs. 6/1549, 6.

36 Vgl. Busz (Fn. 4), 45, 85.

37 BT-Drs. 6/2564, 2.

38 Vgl. weiter Lorenz Fichtel, Wohnungspolitik in der sozialen Marktwirtschaft, 1980, 220 ff., insb. 224.

39 „[...] daß die Subjektförderung allein nicht ausreicht, um marktbedingte Disparitäten auszugleichen.“, Frerich/Frey (Fn. 32), 135.

40 Vgl. Schulze-Fielitz (Fn. 32), 7, 392; Frerich/Frey (Fn. 32), 135.

41 Vgl. zunächst BT-Drs. 7/2011, 7.

Ergebnissen führt, der Marktausgleich aber durch die richtigen Investitionsbedingungen angereizt werden muss.⁴²

III. „Überleitung“ des ostdeutschen Wohnungswesens in die Marktwirtschaft

Der Wohnungsmarkt war zunächst eine westdeutsche Erfolgsgeschichte. Nach 1990 wurde er aber auch in den neuen Bundesländern durchgesetzt. Dieser Prozess der Vermarktlichung geschah im Wesentlichen mithilfe der bereits mit § 3 des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen (als Anlage zum Einigungsvertrag⁴³) vorgesehenen Restitution an Alteigentümer*innen, durch die Privatisierung zuvor kommunaler bzw. volkseigener Wohnungen nach der Vorgabe des Art. 22 IV Einigungsvertrag und der schrittweisen Anwendung des bundesrepublikanischen Mietrechts aufgrund des Mietenüberleitungsgesetzes (1.). Das „Ob“ dieser Überführung des ostdeutschen Wohnungswesens stand aufgrund der Vorentscheidung für das bundesrepublikanische Marktsystem und angesichts vermeintlicher sowie tatsächlicher wohnungswirtschaftlicher Missstände nicht zur Diskussion. Dies ändert sich langsam: Nachdem die Folgen der Wendepolitik sichtbar werden, beginnt auch eine Diskussion über eine Neuausrichtung der Wohnungspolitik, die die rechtlichen wie ideellen Fundamente berührt (2.).

1. Normalität und Überlegenheit des Marktes

Entgegen der Wohnungspolitik der DDR, die Wohnen als Konsumtionsgut behandelt hatte, mit dem keine Profite erzielt werden sollten und dessen Bereitstellung als staatliche Sozialleistung galt,⁴⁴ legte bereits der Einigungsvertrag von 1990 ausdrücklich fest, dass die Wohnversorgung nun auch in den neuen Bundesländern marktwirtschaftlich organisiert werden sollte (Art. 22 IV 4 EinigVtr). Zu diesem Zweck wurde zum einen der staatliche und genossenschaftliche Wohnungsbestand aufgespalten und die neuen Wohnungsunternehmen verpflichtet, rentabilitätsorientiert zu wirtschaften. Auch mussten sie im Gegenzug zum anteiligen Erlass von sog. Altschulden 15 % ihres Bestands veräußern.⁴⁵ Zum anderen sah der Einigungsvertrag die Restitution von Wohngebäuden an ihre Alteigentümer*innen vor. Dies wurde einerseits als Frage der Wiedergutmachung verhandelt, andererseits sollten die marktwirtschaftlichen Vorteile (Wachstum, Wohlstand, Stabilität)

42 Besonders deutlich: Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen v. 20.12.1982, BGBl. I S. 1912; Mietrechtsnovellierungsgesetz (MietNovG) v. 21.4.2015, BGBl. I S. 610.

43 Gesetz v. 23.9.1990, BGBl. II S. 885.

44 Zeitenössisch Ludwig Penig, Der komplexe Wohnungsbau als staatliche Aufgabe, Berlin 1973, 12 f.; überblicksartig Jan Niklas Mayer/Elena Mayeres, Historische Genese der Wohnungsfrage, in: Andrej Holm (Hrsg.), Wohnen zwischen Staat, Markt und Gesellschaft, Hamburg 2021, 14–27, 23 f.; Hartmut Häußermann, Von der Stadt im Sozialismus zur Stadt im Kapitalismus, in: ders./Rainer Neef (Hrsg.), Stadtentwicklung in Ostdeutschland, Opladen 1996, 5–47, 18; ausführlich Lange (Fn. 6), 185 ff.

45 Renate Borst, Volkswohnungsbestand in Spekulantentand?, in: Hartmut Häußermann/Rainer Neef (Hrsg.), Stadtentwicklung in Ostdeutschland, Opladen 1996, 107–128; Hartmut Häußermann (Fn. 44), 32 ff.; Kiehle, Wolfgang, Wohnungspolitik, in: Uwe Andersen/Jörg Bogumil/Stefan Marschall/Wichard Woyke (Hrsg.), Handwörterbuch des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland, 8. Aufl. Wiesbaden 2021, 1028–1035, 1029.

wohl vermittelt über diesen Privatisierungsprozess nach Ostdeutschland gebracht werden.⁴⁶

Der so privatisierte Mietwohnungsbestand wurde schrittweise in das Mietrecht der Bundesrepublik überführt.⁴⁷ Diese „Überleitung“ in ein marktwirtschaftliches Mietrecht wurde parlamentarisch nicht mehr diskutiert, sondern als Entscheidung des Einigungsvertrages vorausgesetzt.⁴⁸ In diesem Transformationsprozess sollten soziale Härten erneut maßgeblich durch ein spezielles Wohngeld aufgefangen werden.⁴⁹ Zudem erfolgten die in der Überleitung angelegten Mieterhöhungen nur stufenweise.⁵⁰ Gleichzeitig sollten die Mietpreise dadurch stabilisiert werden, dass leerstehende Wohnungen abgerissen wurden. Die Wohnungspolitik zielte mithin erneut darauf ab, abseits des Mietrechts durch Angebotsverknappung einen Marktausgleich zu erreichen.⁵¹ Die Orientierung am Wohnungsmarkt gründete einerseits recht konkret auf dem teilweise schlechten baulichen Zustand des ostdeutschen Wohnungsbestandes, welcher primär auf die sozialistischen Investitionsbedingungen zurückgeführt wurde.⁵² Andererseits dürften marktwirtschaftliche Mechanismen nach der nunmehr jahrzehntelangen Erfahrung mit dieser Wohnungsmarktpolitik in der Bundesrepublik und dem Zeitgeist entsprechend schlicht als normal gegolten haben.⁵³

2. Die Privatisierungspolitik und ihre Folgen

Die Überführung des ostdeutschen Wohnungswesens erfolgte auf gesetzgeberischer Ebene mehr oder weniger geräuschlos – insofern hat sich die Wirkmächtigkeit der bundesrepublikanischen Erzählung vom Wohnungsmarkt erwiesen. Gleichwohl sind die heute spürbaren Wohnkrisen in Teilen eine Folge dieser Wendepolitik. Denn die großen und kleinen Privatisierungen führten zu einer doppelten Umstrukturierung der Eigentümerschaft, da am Ende der Veräußerungsketten oft professionelle, markt- und somit gewinn-

46 So, kritisch, Frank Bänker/Claus Offe, Die moralische Rechtfertigung der Restitution des Eigentums, *Leviathan* 22 (1994), 318-352, 341 ff., 349 f.; Andrej Holm/Matthias Bernt, Veränderung der Eigentümerstrukturen, in: Ilko-Sascha Kowalczyk/Frank Ebert/Holger Kulick (Hrsg.), (Ost)Deutschlands Weg, 2. Aufl. Bonn 2021, 509-529, 512.

47 Maßgeblich mit dem Mietenüberleitungsgesetz v. 6.6.1995, BGBl. I S. 748: Die Wohnungen fielen nun in den Anwendungsbereich des bundesrepublikanischen Mietrechts, wobei verschiedene Sonderregelungen getroffen wurden, um einerseits die Mieterinnen zu schützen und andererseits die Mieten an das Westniveau anzugleichen, um so das Vergleichsmietensystem zu entfallen.

48 BT-Drs. 13/783, 7, m.V.a. BT-Drs. 11/7817, 174 f. (zu Abschnitt II Nr. 7) zum Einigungsvertrag; skeptisch, aber die grundsätzliche Zielrichtung unterstützend, Bündnis 90/Die Grünen, in: BT-Drs. 13/549, 5.

49 BT-Drs. 13/783, 2 f.

50 Ebd., 3, 9.

51 So Björn Egner, Wohnungspolitik seit 1945, *APuZ* 64:20/21 (2014), 13-19, 16, über den Stadumbau Ost; weiter u.a. Anja Nelle, Alles nur Abriss? Zehn Jahre Stadumbau Ost, *Forum Stadt* 3/2013, 235-250; zur angenommenen Gefahr einer wohnungs- und finanzwirtschaftlichen Kettenreaktion und zum ordoliberalen Hintergrund auch des Stadumbaus Ost, Matthias Bernt, The emergence of „Stadumbau Ost“, *Urban Geography*, 40:2 (2019), 174-191, insb. 179, 186 f.

52 Vgl. Lange (Fn. 6), 209 f.; zum Scheitern von Modernisierung und Instandhaltung in der DDR einordnend Holm/Bernt (Fn. 46), 511.

53 Zur wohnungswirtschaftlichen Opportunität Lange (Fn. 6), 167 f., zum Zeitgeist ebd., 171.

orientierte Wohnungsunternehmen standen.⁵⁴ Insbesondere die en bloc-Privatisierungen zuvor genossenschaftlicher oder staatlicher ostdeutscher Wohnungen bilden – gemeinsam mit der Privatisierung westdeutscher, ehemals gemeinnütziger Wohnungen – die Grundlage der Geschäftsmodelle renditegetriebener, finanziellierter Immobilienunternehmen.⁵⁵ Der Verkauf dieser Bestände sowie sanierungsbedürftiger Altbauwohnungen verstärkte zudem die Vermögensungleichheiten zwischen Ost und West, während die angestrebte Erhöhung der ostdeutschen Wohneigentumsquote (Art. 22 IV 5 EinigVtr) scheiterte.⁵⁶ Die notwendige Modernisierung der heruntergekommenen Innenstadtbestände insbesondere in Ostberlin, durchgeführt nach den Maßgaben des bundesrepublikanischen Investitionsmodells⁵⁷, sowie die Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen führten zudem zur Gentrifizierung ganzer Stadtteile.⁵⁸ Obwohl es bereits derzeit verhaltene Gegenstimmen gegen diese Entwicklungen gab,⁵⁹ trafen sie insgesamt den Zeitgeist der 1990er Jahre. Heute manifestieren sich die Folgen dieser Entscheidungen immer stärker und werden langsam diskutierbar.⁶⁰ Dabei stehen nicht mehr nur marktwirtschaftsimmanente Modifizierungen zur Debatte, sondern mit der Vergesellschaftung der Wohnungsbestände renditegetriebener Immobilienkonzerne die Funktionsfähigkeit des Wohnungsmarktes an sich und damit auch seine ideelle Dimension.

IV. Fazit

Der „Wohnungsmarkt“ transportiert ein Set an Vorstellungen und Wertungen, die in der Wohnungspolitik der Bundesrepublik im Laufe der Zeit die Einführung und Normalisierung marktwirtschaftlicher Grundsätze begründet haben. Der Wohnungsmarkt wird – obwohl selbst rechtlich konstruiert – als natürlich gegeben vorausgesetzt, wodurch mieterschützende Maßnahmen als „künstliche Interventionen“ in die Marktordnung unter einen erhöhten Rechtfertigungsdruck geraten. Daher wurden und werden Wohnkonflikte, insbesondere Wohnungsmangellagen, als temporäre oder lokal begrenzte Probleme behandelt, denen mithilfe der Marktmechanismen oder in Ausnahmefällen mit begrenzter Regulierung abgeholfen werden kann.⁶¹ Durch dieses Vertrauen in marktwirtschaftliche Angleichungsprozesse werden die Renditeerwartungen der Vermieterinnen (bzw. allgemein der Kapitalgeberinnen) aufgewertet und verallgemeinert: Das Interesse von Vermieterinnen an hohen Mieterträgen überwiegt dann den Wunsch der Mieterinnen nach bezahlbaren Mieten bzw. gilt als damit vereinbar, da über hohe Mieten marktwirt-

54 Holm/Bernt (Fn. 46), 514.

55 Knut Unger, *Anlageprodukt Wohnung*, Widerspruch 68 (2016), 91-103, 95 ff.; Kiehle (Fn. 45), 1034; Holm/Bernt (Fn. 46), 509.

56 Häußermann (Fn. 44), 39; Hartmut Häußermann/Dieter Läßle/Walter Siebel, *Stadtpolitik*, 1. Aufl. Frankfurt am Main 2008, Kap. 7 Stadtentwicklung nach 1945, 78-111, 106 f., auch für weitere Entwicklungen.

57 Siehe hierfür den Beitrag von Joachim Kummer, *Mitbestimmung unerwünscht*, in diesem Heft.

58 Vgl. Holm/Bernt (Fn. 46), 514.

59 Im Bundestag betraf die Kritik der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen – in unterschiedlichem Ausmaß – vor allem das Wie und weniger das Ob der Reformen, vgl. BT-Drs. 11/7920, 55 ff.; BT-Drs. 11/7764. Siehe weiter Art. 25, 29 Abs. 2 des Entwurfs einer Verfassung der DDR des Runden Tisches.

60 Angedeutet bei Lange (Fn. 6), 168, 171.

61 Kritisch Madden/Marcuse (Fn. 3), 9 ff.

schaftliche Anpassungsprozesse initiiert und die Mietpreise so auf *natürlichem* Wege eine angemessene Entwicklung erfahren sollen.

Indem diese Effizienzüberlegungen von Voraussetzungen ausgehen, die auf dem bereits in der Theorie unvollkommenen Wohnungsmarkt kaum vorliegen, wird dessen Leistung überschätzt. Doch obwohl sich wiederholt gezeigt hat, dass dieses angebotsseitige Investitionsmodell im Wohnsektor an seine Grenzen stößt, zu nicht gewünschten sozialen Folgen führt und dass seine Voraussetzungen immer weniger vorliegen,⁶² prägt diese Vorstellung vom Wohnungsmarkt die Wohnungspolitik bis heute. Zwar war die Gesetzgebung rechtlich wie diskursiv immer wieder herausgefordert und zu Anpassungen des jeweiligen „Wohnungsmarktes“ gezwungen. Dabei integrierte sie wiederholt soziale Elemente in die Vorstellung und Konstruktion des Wohnungsmarktes, um ihn zu stabilisieren: Durch sprachliche Verbindungen wie im „Sozialen Mietrecht“, aber auch durch die Einführung von Wohnbeihilfen, Kündigungsschutzregeln oder zuletzt der Mietpreisbremse. Doch zeigen sich immer mehr die verteilungspolitischen Folgen dieses Politikmodus: in immer höheren Wohngeldzahlungen und einer Spreizung von Gewinnerinnen und Verliererinnen des Immobilienbooms.⁶³ 35 Jahre nach der Wende ist es daher höchste Zeit, die rechtliche wie ideelle Normalisierung des Wohnungsmarktes in Ost und West kritisch zu hinterfragen.

62 Siehe bereits oben; kritisch zur Sozialbindung des geförderten Wohnungsbaus als lediglich „soziale Zwischennutzung“ Andrej Holm, (Un)sozialer Wohnungsbau, in: Ulrike Hamann/Sandy Kaltenborn (Hrsg.), Die Legende vom Sozialen Wohnungsbau, Berlin 2021, 24-121, 62 f., 68 ff.

63 Pestel Institut, Bauen und Wohnend 2024 in Deutschland, 2024; Andrej Holm, Wohnung als Ware, Widersprüche 121:31 (2011), 9-20, 17; Holm/Bernt (Fn. 46), 523 ff., 526.

Joachim Kummer

Mitbestimmung unerwünscht

Zur Exklusion Mietender von der Wohnungsmodernisierung

I. Einleitung

Das bürgerliche Recht der Wohnungsmodernisierung (§§ 555b ff., 559 ff. BGB) ist eine widersprüchliche, konfliktreiche und dynamische Materie. Einerseits verfolgt es legitime wohnungs- und klimapolitische Ziele, insbesondere die (energetische) Verbesserung des Wohnstandards. Andererseits bedient es sich dabei Mitteln, die oft den Interessen der Mieter*innen an der Integrität des Wohnraums und der Stabilität der Mieten entgegenstehen.¹ Das gilt insbesondere für die Gestaltungsbefugnis bei Modernisierungen und die anschließende Mieterhöhung: Vermieter*innen wird die Entscheidung über Zeitpunkt, Umfang und Kosten der Modernisierung überlassen, Mieter*innen haben diese in der Regel zu dulden (§ 555d Abs. 1, 2 BGB). Anschließend kann die Miete gem. § 559 Abs. 1 BGB einseitig, kostenbasiert und dauerhaft erhöht werden. Diese Maßnahmen führen häufig zu Belastungen, steigenden Mieten oder schlimmstenfalls zum Verlust von Wohnraum. Die prinzipiell sinnvolle Aufgabe einer (nachhaltigen) Wohnraumsanierung geht damit oft mit erheblichen Nachteilen für Mieter*innen einher. Wenig überraschend wird das Modernisierungsrecht, insbesondere die zur möglichst kostspieligen Modernisierung anregende Mieterhöhung, regelmäßig kritisiert, und es wird kontinuierlich Reformbedarf angemeldet.² Hiervon weitgehend unbeeindruckt hält die Wohnungspolitik am Modernisierungsrecht fest und betont dessen wichtige Steuerungsfunktion für wohnungs- und klimapolitische Ziele.³ Sie versucht stattdessen, den Konflikt durch eine soziale Abfederung zu lösen, welche die Kernelemente des Modernisierungsrechts unangetastet lässt, aber den Umfang der Modernisierung und der Mieterhöhung gesetzlich begrenzt. Diese soziale Abfederung ist ein fortlaufender Prozess der Mietgesetzgebung, der ständig neue Grenzen der Modernisierung zieht und ein mittlerweile schwer durchschaubares Dickicht

1 Zu dieser Problematik auch Beate Gsell/Astrid Siegmund, Mietrecht in Zeiten des Wohnungsmangels, NZM 2019, 489 (489-490).

2 Hubert Blank, Energetische Beschaffenheit als Kriterium der ortsüblichen Vergleichsmiete, WuM 2011, 195 (199); Franz-Georg Rips, Eine Baustelle im Mietrecht, WuM 2014, 695-701; Beate Gsell, Die gerechte Miete, WuM 2017, 305 (311-312) mwN; Gsell/Siegmund (Fn. 1), 489 (490); Florian Rödl/Maike von Restorff, Das geltende Mietrecht: Vermieterbegünstigungsrecht, WuM 2020, 57 (58-59); Joachim Kummer, Der Konflikt zwischen dem Gestaltungsrecht des Vermieters und dem Bestandsschutz des Mieters in § 559 BGB, WuM 2020, 313-318; Benjamin Raabe, Der finanzielle Härteeinwand gegen die Modernisierungsmieterhöhung, WuM 2020, 673 (675); Staudinger/Emmerich (2021) § 559 Rn. 3.

3 BT-Drucks. 17/10485, 13; BT-Drucks. 19/4672, 11. Vgl. auch Staudinger/Emmerich (2001) § 559 Rn. 3 mwN.

von Ausnahmen und Rückausnahmen im Modernisierungsrecht geschaffen hat. Insgesamt vermittelt das Modernisierungsrecht also das Bild eines umfassend kritisierten und inhaltlich unsteten Rechtsgebiets.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Modernisierungsrecht alles zur Diskussion steht. Vielmehr enthält es auch Prinzipien, die weitgehend unstrittig sind. Hierzu gehört insbesondere die Ausgrenzung der Mieter*innen von der Modernisierung, die sich, lose angelehnt an die Arbeiten der Politik- und Sozialwissenschaften,⁴ als Exklusion bezeichnen lässt. Gemeint sind damit vorliegend die spezifischen mietrechtlichen Bedingungen, Mechanismen und Folgen der Ausgrenzungen von Mieter*innen vom wohnungspolitischen Projekt der Wohnungsmodernisierung. So ist es im Mietrecht festgelegt, dass Vermieter*innen die maßgeblichen Akteure und Akteurinnen der Modernisierung sind und Mieter*innen hinsichtlich des Zeitpunktes, des Umfangs und der Kosten der Maßnahmen kein Mitbestimmungsrecht, gleich welcher Art, besitzen. Auch wenn die Modernisierung übergreifende politische bzw. gemeinwohlorientierte Ziele verfolgt, verteilt das Modernisierungsrecht die Entscheidungsbefugnisse also strikt entlang der Vertragsparteien. Diese Selbstverständlichkeit der Exklusion ist so tief verankert, dass sie bislang kaum zur Debatte stand.⁵ Unproblematisch ist sie jedoch keineswegs, vielmehr ist sie eine wesentliche Ursache für die oben skizzierte widersprüchliche und konfliktreiche Natur des Modernisierungsrechts sowie für die Schwierigkeiten, einen adäquaten Schutz der Mieter*innen zu gewährleisten. Es erscheint daher sinnvoll, die Exklusion als Problem des Modernisierungsrechts genauer zu untersuchen und zu kritisieren. Genau dies beabsichtigt der folgende Beitrag. Ausgehend vom geltenden Mietrecht (II.) analysiert er die normativen Grundlagen der Exklusion (III.), hinterfragt diese im Hinblick auf den Mieter*innenschutz (IV.) und eröffnet schließlich einen Diskussionsraum für mögliche Alternativen (V.).

II. Exklusion im geltenden Modernisierungsrecht

Nach geltender Rechtslage stellt sich die Exklusion wie folgt dar: Wohnungsmodernisierungen sind prinzipiell Sache der Vermieter*innen.⁶ Sie haben das Recht, Zeitpunkt, Art, Umfang und Kosten der Modernisierung zu bestimmen.⁷ Entscheiden sie sich für eine Modernisierung, sind Mieter*innen auf eine passive bzw. defensive Rolle beschränkt: Sie

4 Hierzu insbesondere Jörg Kornauer, Art. Exklusion in: Wolfgang Fritz Haug (Hg.), *Historisch-Kritisches Wörterbuch des Marxismus* Bd. 3, Hamburg 1997, Sp. 1131-1141 mwN; Ders. *Inklusion – Exklusion, Eine historische und begriffliche Annäherung an die soziale Frage der Gegenwart* in: Ders. (Hg.), *Inklusion und Weiterbildung*, Bielefeld 2010, 24-58. Fruchtbar ist dieser Begriff insbesondere, weil er für die Vielschichtigkeit der Ausgrenzung sensibilisiert, welche als Zustand, als Prozess und als Ergebnis begriffen werden kann, und weil er die Wohnungsmodernisierung als gesellschaftliche Aufgabe und Problem der Teilhabe in den Blick nimmt. In Abgrenzung zur üblichen Verwendung des Begriffs geht es vorliegend aber nicht um eine gesamtgesellschaftliche Perspektive sozialer Ungleichheit, die soziale Frage bzw. Armut und auch nicht um spezifische Gruppen in der Gesellschaft.

5 Eine kurze Problematisierung findet sich aber bei Gsell/ Siegmund (Fn. 1), 489 (494).

6 Irene Hallof, *Vermieter-Mieter-Dilemma bei der energetischen Gebäudesanierung*, Berlin/Brüssel 2013, 99-100.

7 Blank/Börstinghaus/Siegmund/Börstinghaus/Siegmund, *Miete*, 7. Auflage 2023, § 535 Rn. 459; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, 16. Auflage 2024, § 559 Rn. 27.

können entweder die Modernisierung dulden (§ 555d Abs. 1 BGB) und die anschließende Mieterhöhung (§ 559 Abs. 1 BGB) tragen oder sie z. B. unter Berufung auf einen Härtefall ganz oder teilweise abwehren (§§ 555d Abs. 2, 559 Abs. 4 BGB) oder den Mietvertrag kündigen (§ 561 Abs. 1 S. 1 BGB). Über den Ablauf und das Ergebnis haben sie jedoch keine Kontrolle. Zwar verbietet das Mietrecht eine Initiative der Mieter*innen nicht, sog. Mietermodernisierungen sind also durchaus denkbar. An der Verteilung der Entscheidungsbefugnisse ändert sich dadurch jedoch nichts. Möchten Mieter*innen aktiv werden, sind sie auf die Zustimmung der Eigentümer*innen angewiesen.⁸ Ob sie die Modernisierung durch Mieter*innen zulassen oder nicht, liegt in ihrem Ermessen. Diese Entscheidung können sie, solange sie nicht missbräuchlich ist, frei treffen und von anderweitigen Renditeerwartungen abhängig machen.⁹

Ansätze einer gesetzlichen Modernisierungsbefugnis für Mieter*innen bietet allein der § 554 BGB.¹⁰ Er gewährt in der Regel einen Anspruch gegen Vermieter*innen auf Erlaubnis bestimmter Umbaumaßnahmen, konkret die Barrierereduzierung, den Aufbau einer Ladeinfrastruktur und eines Einbruchsschutzes.¹¹ § 554 BGB gewährt Mieter*innen also Gestaltungsmöglichkeiten auch gegen den Willen der Eigentümer*innen und gibt ihnen insofern eine aktivere Rolle bei der Modernisierung. Er bleibt jedoch eine begrenzte Ausnahme, welche den gesellschaftlichen Interessen an diesem Umbau gegenüber der Entscheidungsfreiheit der Eigentümer*innen den Vorrang einräumt.¹² § 554 BGB befindet sich darüber hinaus außerhalb des Fördersystems des Modernisierungsrechts. Sollten Mieter*innen den Umbau durchsetzen können, müssen sie daher die finanziellen Lasten tragen und in der Regel die Einrichtung nach Beendigung des Mietvertrags auf eigene Kosten zurückbauen.¹³

III. Gründe der Exklusion

Aus rechtsdogmatischer Perspektive ist die Exklusion eine Besonderheit, denn nach den Grundsätzen des sozialen Mietrechts wäre eine Mitbestimmung des Mieters eigentlich vorgesehen. Zum einen garantiert die (auch im sozialen Mietrecht geltende) Vertragsbindung dem Mieter, dass Änderungen des Mietgegenstands und der Miethöhe nur konsensual erfolgen dürfen.¹⁴ Ergänzend sichern der Kündigungsschutz sowie das Verbot der

8 Hiervon ausgenommen sind geringfügige Änderungen, die die Bausubstanz nicht betreffen, siehe Blank/Börstinghaus (Fn. 7), § 535 Rn. 458.

9 BGH NZM 2012, 154; NJW-Spezial 2012, 65; Blank/Börstinghaus (Fn. 7), § 535 Rn. 459; BeckOK Mietrecht/Weber, 37. Edition 1.5.2024, § 535 Rn. 1402-1403.

10 Andere Befugnisse zum Umbau können sich z.B. aus § 242 BGB ergeben, sind aber die Ausnahme, siehe Grüneberg/Weidenkaff, 83. Auflage 2023, § 535 Rn. 19.

11 Zur Einordnung von § 554 als Modernisierung: Staudinger/Rolfs, 2021, § 554 Rn. 3 f. Weitere, aber nicht zur Modernisierung zählende, Beispiele bei BGH NZM 2004, 736; BeckOK Mietrecht/Weber (Fn. 9), § 535 Rn. 1400, 1405, 1407; Erman/Dickersbach, 17. Auflage 2023, § 555d Rn. 3.

12 Vgl. Grüneberg/Weidenkaff (Fn. 10), § 554 Rn. 1. Der Ursprung des § 554 BGB ist die „Treppenliftentscheidung“, siehe BVerfG NJW 2000, 2658. Hierzu Staudinger/Rolfs (Fn. 11) § 554 Rn. 3.

13 Grüneberg/Weidenkaff (Fn. 10), § 554 Rn. 6; MüKoBGB/Bieber, 9. Auflage 2023, § 554 Rn. 25; Schmidt-Futterer/Flatow, 16. Auflage 2024, § 554 Rn. 26.

14 Wolfgang Hau, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen 2003, 59-60; Rödl/von Restorff (Fn. 2), 57 (58); BeckOK Mietrecht/Weber (Fn. 9), § 535 Rn. 1400. Unter dem Aspekt der Vertragstreue: Angie Schneider, Vertragsanpassung im bipolaren Dauerschuldverhältnis, Tübingen 2016, 82.

Änderungskündigung (§ 573 Abs. 1, 4 BGB) diese Bindung ab, indem Kündigungen nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt werden und eine Kündigung zum Zweck der Mieterhöhung ausgeschlossen ist. Eine Kündigung als Druckmittel zur Durchsetzung von Modernisierungen und entsprechenden Mieterhöhungen scheidet damit aus. Bei Vertragsschluss könnten Mieter*innen also darauf vertrauen, dass die im Vertrag festgelegte Ausstattung der Mietsache¹⁵ und die Miethöhe nur mit ihrer Zustimmung geändert werden können. Einseitige Anpassungen sind deswegen zwar nie gänzlich ausgeschlossen, insbesondere weil Mietverträge wegen ihrer Dauer spätere wesentliche Interessenverschiebungen der Parteien berücksichtigen können bzw. müssen.¹⁶ Sie bleiben jedoch Ausnahmen und bestätigen nur die Regel, wonach Vermieter*innen bei Vertragsänderungen nicht am Willen der Mieter*innen vorbeikommen. Der im Modernisierungsrecht sichtbare Bruch mit der Vertragsbindung offenbart somit den rechtsdogmatischen Ausnahmecharakter der Exklusion.¹⁷

Für die Legitimität oder Geltung der Exklusion ist diese Sonderstellung zwar unproblematisch, da die Privatrechtsdogmatik keinen (verfassungs-)rechtlichen Maßstab für die Mietgesetzgebung darstellt.¹⁸ Sie wirft jedoch die Frage nach dem „Warum“ auf und schafft insofern eine gewisse Begründungslast.¹⁹ Diese Frage lässt die Gesetzgebung allerdings unbeantwortet. Weder die erstmalige Normierung noch die späteren Novellen des Modernisierungsrechts liefern eine Erklärung dafür, warum Mieter*innen von der Modernisierung ausgeschlossen sein müssen. Im Gegenteil: Die Exklusion ist überhaupt kein Thema im Gesetzgebungsdiskurs. Sie wird, wie einleitend erwähnt, als selbstverständlich vorausgesetzt.²⁰ Diese Abwesenheit zeigt, dass die Exklusion auf allgemein anerkannte und als selbstverständlich geltende Hintergrundstrukturen des Rechts und der Wohnungspolitik aufbaut. Sie bleiben zwar implizit, lassen sich aber relativ leicht rekonstruieren. Tatsächlich stützt sich die Exklusion auf zwei eng zusammenhängende Gründe, die vom Standpunkt des Privatrechts und der Wohnungspolitik durchaus naheliegend sind.

1. Mietverhältnis als Eigentumsverwertung

Der erste Grund liegt in der proprietären Struktur des Mietverhältnisses, auf der auch das Modernisierungsrecht beruht. Das Mietrecht folgt nicht ausschließlich den Grundsätzen

15 OLG Bamberg NZM 2009, 859-860.

16 BGH NJW 1981, 1622 (1623); Marc-Philippe Weller, Der Mietvertrag als enfant terrible der Privatrechtsdogmatik? JZ 2012, 881 (887); Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, 16. Auflage 2024, § 535 Rn. 133; Schneider (Fn. 14), 86-87, 92. Mögliche Ausnahmen können sich auch aus § 242 BGB ergeben, siehe Lehmann-Richter, Änderung des Mietvertrags durch Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen und die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Ankündigungspflichten, NZM 2011, 572 (572) mwN; Staudinger/Emmerich (2021) § 559 Rn. 5.

17 BGH NJW 1981, 1622 (1623).

18 Aus rechtstheoretischer Perspektive und unter dem Aspekt der Kohärenz: Florian Rödl, Gerechtigkeit unter freien gleichen, Baden-Baden 2015, 49-51.

19 Rödl/von Restorff (Fn. 2), 57 (58); Rödl (Fn. 18), 51. Allgemein Hau (Fn. 14), 60.

20 Symptomatisch BT-Drucks. 19/4672, 31: „Der Mieter erhält ein verändertes Mietobjekt und muss hierfür eine höhere Miete zahlen, auch wenn die Veränderung von ihm nicht gewünscht ist oder er sich die erhöhte Miete nicht leisten kann.“

des Vertragsrechts, sondern ist ebenso von den Prinzipien des Privateigentums geprägt.²¹ Ein Ausgangspunkt des Mietrechts ist daher auch das „klassisch“ bürgerlich-rechtliche Verständnis von Wohnungs- und Grundstückseigentum, das durch die Ausschlussbefugnis der Eigentümer*in geprägt ist (§ 903 S. 1 BGB) und diese als Ausdruck individueller Freiheit und Selbstbestimmung bzw. Abwehr von Fremdbestimmung versteht.²² Die sozialen Bindungen des Wohnungsmietrechts, welche die Mietgesetzgebung und Rechtsprechung seit jeher vorantreiben, setzen dieser Freiheit zwar Grenzen. An der Eigentumsorientierung des Mietrechts ändern sie aber nichts. Stets ging und geht es allein darum, die Freiheit und die sozialen Grenzen der Eigentumsverwertung (neu) zu bestimmen.²³ Und auch die Gemeinwohlorientierung des Modernisierungsrechts tastet die proprietäre Hintergrundstruktur nicht an. Die über das individuelle Interesse der Eigentümer*innen hinausgehenden wohnungs- und klimapolitischen Ziele der Wohnungsmodernisierung führen also keineswegs dazu, dass das Modernisierungsrecht das klassische Verständnis der privaten Eigentumsfreiheit modifiziert oder aufgibt. Im Gegenteil bleibt das Modernisierungsrecht in den privatrechtlichen Eigentumsvorstellungen verhaftet. Das Gemeinwohlziel „Modernisierung“ orientiert sich also am bestehenden Verständnis des Privateigentums und verwirklicht sich in diesem. Folglich ist die im Privateigentum angelegte Exklusionsbeziehung²⁴ zwischen Eigentümer*in und Nicht-Eigentümer*in auch bei Wohnungsmodernisierungen maßgebend, sodass der/die vermietende Eigentümer*in als Akteur*in der Modernisierung hieraus das Recht der selbstbestimmten Umgestaltung der Wohnung bei gleichzeitigem Ausschluss der Mieter*innen ableiten kann.²⁵

2. Mitbestimmung als Investitionshindernis

Zweitens folgt das Modernisierungsrecht und mit ihm die Exklusion dem Paradigma der Marktsteuerung.²⁶ Das Modernisierungsrecht ist, anders ausgedrückt, vorrangig als Investitionsförderung konzipiert. Seine Funktion besteht darin, mithilfe rechtlicher Anrei-

21 Hierzu Rudolf Gärtner, Wohnungsmiete und bürgerliches Recht, JZ 1983, 565 (566-567); Ders., Wovon handelt das Wohnungsmietrecht?, JZ 1991, 477 (479-481); Schneider (Fn. 14), 88-89.

22 Allgemein zu diesem Eigentumsverständnis: Wolfgang Kersting, Eigentumsfreiheit und soziale Gerechtigkeit, in: Otto Depenheuer (Hg.), Eigentum, Wiesbaden 2005, 43 (57-58); Gunnar Folke Schuppert, Eigentum neu denken, Baden-Baden 2019, 64-71 mwN; Philipp Degens, Privateigentum als Instrument der Nachhaltigkeit? Zwischen Willkür und ökologischer Verantwortung in: Neckel (Hg.) Kapitalismus und Nachhaltigkeit, 2022, 237 (237-238); MüKoBGB/Brückner, 9. Auflage 2023, § 903 Rn. 12. Aus historischer Perspektive: Damian Hecker, Eigentum als Sachherrschaft, Paderborn/München 1990, 20, 197, 214, 247, 260.

23 Zu dieser Orientierung in der Mietgesetzgebung z.B. BT-Drucks. 7/2011, 1, 7, 13; BT-Drucks. 17/10485, 13; Rudolf Gärtner, Soziales Mietrecht?, DuR 1977, 364 (388). Zur Eigentumsorientierung in der Rechtsprechung des BVerfG: Franziska Brachthäuser, Wohnen als Allgemeines Persönlichkeitsrecht, in diesem Heft.

24 Paul Kirchhof, Eigentum als Ordnungs idee, in: Otto Depenheuer (Hg.), Eigentum, Wiesbaden 2005, 19 (23); Kersting (Fn. 22), 43 (45); Daniel Loick, Der Missbrauch des Eigentums, Berlin 2016, 103; Hartmut Rosa, Eigentum als Weltverhältnis, in: van Dyck u.a. (Hg.), Nach dem Privateigentum, Frankfurt/New York 2024, 17 (25).

25 Beispielhaft BGH NZM 2012, 154; Hallof (Fn. 6), 100.

26 Zur Marktsteuerung im Wohnungsmietrecht: Emma Sammet, Der „Wohnungsmarkt“ als Erfolgsgeschichte? Begründungen und Wandel marktwirtschaftlicher Wohnungspolitik in Ost- und Westdeutschland, in diesem Heft.

ze lukrative Verwertungsmöglichkeiten für Vermieter*innen zu schaffen und sie so zur Aufwertung ihres Wohnungsbestandes zu motivieren.²⁷ Exemplarisch hierfür sind etwa die Gestaltungsbefugnisse in § 555d BGB, die Mieterhöhungsmöglichkeit gem. § 559 Abs. 1 BGB sowie der Ausschluss des Minderungsrechts in § 536 Abs. 1a BGB.

Die Investitionsförderung erschöpft sich aber nicht in der Schaffung rechtlicher Privilegien. Zur Funktion des Modernisierungsrechts gehört es spiegelbildlich auch, alle im Weg stehenden rechtlichen Strukturen als Investitionshindernisse zu kategorisieren und auszuschließen. Und die Mitbestimmung ist ein ebensolches Hindernis, zumindest in der Logik der Investitionsförderung. Nicht nur schafft die Mitbestimmung ein „Blockade-recht“ zugunsten der Mieter*innen, das sie angesichts der Mietersteigerungen (§ 559 Abs. 1 BGB) in den meisten Fällen auch ausüben werden.²⁸ Auch wenn der Mieter nicht blockiert und die Mitbestimmung nur zur Verhandlung nutzt, wird die wirtschaftliche Attraktivität der Modernisierung gemindert. Denn mit der Verhandlung wird der Modernisierungsprozess notwendig individualisiert, d. h. auf die Bedürfnisse des/der jeweiligen Mieters/Mieterin ausgerichtet. Dies dürfte besonders Großvermieter*innen abschrecken, deren auf zahlreiche Wohnungen angelegte Modernisierungsprojekte meist eine Abstraktion vom individuellen Fall voraussetzen, um die Kosten zu begrenzen. In dem auf Investitionen ausgerichteten Fördersystem gilt damit jede Form von Mitbestimmung als dysfunktional, da sie die wirtschaftliche Attraktivität der Modernisierung mindert, die Steuerungsfähigkeit des Mietrechts verringert und letztlich auch die wohnungspolitischen Ziele gefährdet.

IV. Exklusion und Mieter*innenschutz

Während nach alldem die Exklusion aus der Perspektive des Privateigentums und der Marktsteuerung selbstverständlich ist, stellt sie aus der Sicht der Mieter*innen ein grundlegendes Problem dar. Schließlich treffen die Baumaßnahmen auf einen hochsensiblen Bereich, der für Mieter*innen zentrale existenzielle Bedürfnisse erfüllt, wie Rückzug, Sicherheit sowie physische und psychische Regeneration.²⁹ Was für Vermieter*innen eine Eigentumsverwertung darstellt, ist für Mieter*innen daher ein Eingriff in ihre höchstpersönliche Lebenssphäre. Modernisierungen können nicht nur individuelle Belastungsgrenzen überschreiten und die Wohnkosten steigern, sondern auch das Risiko eines Wohnungsverlustes erhöhen oder im Fall des Herausmodernisierens sogar darauf abzielen.³⁰ Obwohl diese Folgen keinesfalls zwingend durch das Mietrecht vorgeschrieben sind,

27 So die typischen Begründungen in den Gesetzgebungsverfahren siehe z.B. BT-Drucks. 7/2011, 11-12; BT-Drucks. 7/2638, 4; BT-Drucks. 14/4553, 36; BT-Drucks. 17/10485, 13; BT-Drucks. 19/4672, 11. Hierzu auch Peter Derleder, *Erhaltung, Modernisierung und Umstrukturierung des Wohnungsbestandes*, in: Partner im Gespräch Bd. 16, Hamburg 1984, 11 (17); Joachim Kummer, *Anordnungen im System der Anreize – Zur inneren Differenz der Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB*, NZM 2024, 962 (964-967).

28 Im Ergebnis identisch, aber eingekleidet in die ökonomische Analyse des Rechts: Hallof (Fn. 6), 102-104, 111.

29 Antje Flade, *Wohnen in der individualisierten Gesellschaft*, Wiesbaden 2020, 21, 24-27 mwN; Bettina Purkarthofer/Barbara Fries, *Mensch und Raum, eine glückliche Beziehung?*, Wiesbaden 2022, 51-64.

30 Zu letzterem Sebastian Schipper, *Politische Ökonomie der Gentrifizierung*, in: Bernhard Emunds u.a. (Hg.), *Stadtluft macht reich/ arm*, Marburg 2018, 57 (66).

birgt der durch das Modernisierungsrecht eröffnete Handlungsspielraum somit ein hohes Konfliktpotenzial.

1. Schutz- und Gestaltungsfunktion der Mitbestimmung

Vor diesem Hintergrund käme einer Mitbestimmung gleich welcher Art eine wichtige Schutz- und Gestaltungsfunktion zu. Wo individuelle Belastungsgrenzen durch Modernisierungen oder Mieterhöhungen überschritten wären, könnten Mieter*innen der Modernisierung ganz oder teilweise ihre Zustimmung verweigern oder Verhandlungen erzwingen und so eine eigenständige Gestaltungsmacht über den Modernisierungsprozess ausüben. Dadurch würden sie nicht nur vor den Belastungen der Modernisierung geschützt, sondern könnten sie auch als eigene Aufgabe und Teil ihrer Interessen verstehen. Das würde zweifellos nicht alle Modernisierungskonflikte beseitigen. Insbesondere dort, wo Eigentümer*innen brachiale Maßnahmen zum Herausmodernisieren einsetzen, stößt auch die Mitbestimmung schnell an ihre praktischen Grenzen. Nichtsdestotrotz hätten Mieter*innen mit einer Mitbestimmung eine Veto- und Verhandlungsposition, die es ihnen grundsätzlich erlaubt, Umfang oder Kosten der Modernisierung an ihre Interessen anzupassen.

2. Verlagerung auf die Legislative

Aufgrund der Exklusion ist dies jedoch nicht möglich. Entscheiden sich Mieter*innen nicht für das Sonderkündigungsrecht (§ 561 Abs. 1, S. 1 BGB), sind sie den Belastungen und Kosten daher zunächst ausgesetzt. Die auf Privateigentum und Marktsteuerung fußende Exklusion schafft also Schutzlücken zu Lasten der Mieter*innen.

Dieser Umstand ist der Gesetzgebung natürlich nicht entgangen. Schon aus sozialpolitischen Gründen war und ist es für sie selbstverständlich, dass die durch die Exklusion geschaffenen Lücken nicht ignoriert werden können und Mieter*innen irgendwie zu schützen sind. Die Gesetzgebung hat insofern ein doppeltes Ziel: Einerseits will sie den Wohnraum aufgrund wohnungs- und klimapolitischer Ziele für den verwertenden Zugriff der Eigentümer*innen offenhalten. Andererseits will sie einen Schutz der Mieter*innen garantieren, ohne ihnen eine Mitbestimmung an der Modernisierung zu gewähren.³¹ Diese Aufgabe versucht sie zu lösen, indem sie den Schutz der Mieter*innen übernimmt und gesetzlich selbst ausgestaltet. An die Stelle eines individuellen Schutzes durch das Mitbestimmungsrecht tritt damit der gesetzliche Schutz der Mieter*innen vor den extremen Folgen der Modernisierung und Mieterhöhung. Nicht sie, sondern die Gesetzgebung beantwortet damit, wann und in welchem Umfang die Modernisierung stattfinden darf bzw. wann sie eingeschränkt werden sollte. Und die Gesetzgebungstätigkeit ist in dieser Hinsicht durchaus beachtlich. Es existieren zahlreiche Normen, die die Modernisierung und die Mieterhöhung begrenzen oder verfahrensrechtlich einhegen. Hierzu gehören z. B. die Darlegungs- und Ankündigungspflichten (§§ 555c, 559b BGB), die Begrenzung der Erhöhung auf 8 % der Modernisierungskosten (§ 559 Abs. 1, S. 1 BGB) so-

31 Entsprechend stellt die Gesetzgebung das Ziel des Interessenausgleichs zwischen beiden Seiten in den Vordergrund, siehe z. B. BT-Drucks. 14/4553, 1; BT-Drucks. 17/10485, 13; BT-Drucks. 19/4672, 11.

wie ihre Kappung gemäß § 559 Abs. 3a, S. 1, 2 BGB auf drei bzw. zwei Euro pro Quadratmeter innerhalb von sechs Jahren. Einschränkungen schaffen zudem die in § 555d Abs. 2 BGB und § 559 Abs. 4 BGB normierten Härtefälle. Nach diesen sind die Duldungspflicht und/oder die Mieterhöhung ausgeschlossen, soweit sie für Mieter*innen eine Härte bedeuten, welche unter Abwägung mit entgegenstehenden Interessen nicht zu rechtfertigen ist. Zuletzt bekämpft die Gesetzgebung auch das Problem des Herausmodernisierens, indem sie für solche Fälle gem. § 559d BGB Schadensersatzansprüche für Mieter*innen erleichtert und derartige Fälle gem. § 6 WiStG als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.

3. Defizite der Verlagerung

Trotz der Exklusion sind Mieter*innen also keinesfalls schutzlos. Doch sind mit dieser Verlagerung die Schutzlücken wirklich vollständig beseitigt und die fehlende Mitbestimmung kompensiert? Auf den ersten Blick mag dies so erscheinen, ist aber bei näherem Hinsehen zu verneinen. Im Vergleich zur Mitbestimmung weist der an ihre Stelle tretende legislative Schutz nämlich mehrere Defizite auf.

a) Latenz

Verglichen mit einem Mitbestimmungsrecht der Mieter*innen greift der gesetzliche Schutz nur verzögert. Er weist Trägheitsmomente auf, die eine situationsgerechte Lösung oder Vermeidung von individuellen Modernisierungskonflikten erschweren. Diese Latenz ist kein spezifischer Mangel der aktuellen Mietgesetzgebung, sondern ein grundsätzlicher Nachteil des legislativen Schutzes im Vergleich zum individuellen Mitbestimmungsrecht.³²

Auch im Modernisierungsrecht zeigt sich diese Problematik: Während ein Mitbestimmungsrecht Mieter*innen ermöglichen würde, situativ und direkt auf eine geplante Modernisierung zu antworten, bleibt der gesetzliche Schutz im Modernisierungsrecht vorwiegend reaktiv und verzögert. Gesetzliche Regelungen werden häufig erst dann erlassen, wenn bereits Probleme entstanden sind, diese von der Wohnungspolitik als solche erkannt sowie als relevant eingestuft wurden und schließlich in dem oft langwierigen Gesetzgebungsprozess bearbeitet werden. Viele Modernisierungskonflikte werden daher – wenn überhaupt – nur verspätet gelöst. Ein Beispiel hierfür ist das absichtliche Herausmodernisieren als Entmietungsstrategie, ein Problem, das bereits seit den 1970er Jahren bekannt ist, jedoch erst in einer jüngeren Mietrechtsnovelle durch die Einführung des § 559d BGB und § 6 WiStG angegangen wurde.³³

32 Diese Latenz ähnelt einem allgemeineren Problem des Rechts, für das sich die Begriffe „Phasenverzögerung“, „soziologische Differenz“ und „cultural lag“ eingebürgert haben. Hierzu Fritz Werner, Über Tendenzen der Entwicklung von Recht und Gericht in unserer Zeit, Karlsruhe 1965, 6; Werner Maihofer, Ideologie und Recht, Frankfurt 1969, XIII-XIV; Klaus F. Röhl, Rechtssoziologie, Köln u.a. 1987, 530-532.

33 Peter Derleder, Vertragsfreiheit, Ertragsgewährleistung und ihre Absicherung für den Wohnraummieter, NJW 1975, 1677 (1679-1680); BT-Drucks. 19/4672, 2, 12, 34, 36.

Diese Latenz wird unter anderem durch die Härtefallregelungen (§ 555d Abs. 2 und § 559 Abs. 4 BGB) teilweise abgedeckt.³⁴ Die für die Beurteilung von Härtefällen zuständigen Gerichte gehen nämlich nicht „schematisch“ vor, sondern prüfen die Härte anhand des mietrechtlichen Einzelfalls, sprich der konkreten Belastungssituation des/der Mieter*in.³⁵ Diese Rückverlagerung des Schutzes auf die Gerichte gestattet damit eine individuellere Perspektive. Verglichen mit einer Mitbestimmung bleibt aber auch sie rudimentär: Die Grenzen der Modernisierung werden wie beim legislativen Schutz von außen bestimmt; Mieter*innen entscheiden also nicht, sondern das Gericht für sie. Dabei bezieht es zwar auch ihre Interessen mit ein, sie sind jedoch nur ein Aspekt, den das Gericht mit entgegenstehenden Interessen abwägt. Letztere beschränken sich dabei nicht „nur“ auf Individualinteressen der Vermieter*innen oder anderer Mieter*innen (§ 555d Abs. 2 BGB). Vielmehr gehören zu den entgegenstehenden Interessen auch Gemeinwohlziele, d. h. übergeordnete politische Wertungen. So werden bei der Frage der Duldungspflicht die Interessen der Mieter*innen gegen die Belange der Energieeinsparung und des Klimaschutzes abgewogen (§ 555d Abs. 2, S. 1 BGB).³⁶ Die Folge ist eine weitestgehende Marginalisierung des Härteeinwands und eine generelle Nachrangigkeit der Belange der Mieter*innen bei energetischen Modernisierungen.³⁷ Und auch der Härtefall gem. § 559 Abs. 4 BGB ist, trotz seiner vorrangig individuellen Perspektive,³⁸ in der Gerichtspraxis offen für politische, von Interessen der Mieter*innen losgelöste, Wertungen, etwa sozialpolitische Vorstellungen über die Angemessenheit der Wohnraumgröße. So wirkt es sich in der Abwägung für die Mieter*innen z. B. negativ aus, wenn sie eine „zu große“ Wohnung bewohnen und somit „über ihre Verhältnisse“ leben.³⁹

b) Marktkonformität

Die Verlagerung bewirkt zudem, dass der Schutz für Mieter*innen nur in einer abgeschwächten Form, d. h. als marktkonformer Schutz, ausgestaltet wird. Denn der an die Stelle der Mieter*innen getretene Staat agiert bei der Ausgestaltung des Schutzes keineswegs als neutraler Dritter. Trotz der oben erwähnten doppelten Zielsetzung geht es ihm also nicht darum, beiden Interessen dieselbe Geltung zu verschaffen. Vielmehr ist er bei der Bestimmung der Schutzwürdigkeit von eigenen Steuerungsinteressen geleitet; sein vorrangiges Ziel bleibt die Investitionsförderung. Demgegenüber bleibt der Mieter*innenschutz ein sekundärer Aspekt, der zur Vermeidung von Extremfällen unumgänglich ist, die Investitionsförderung im Grunde aber nicht blockieren soll.

34 Grenzen setzen auch etwaige Rücksichtnahmepflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB. Dazu jüngst LG Berlin II Urt. v. 22.10.2024 – 65 S 139/24, BeckRS 2024, 28399.

35 BGH WuM 2019, 706 (708) mwN; Raabe (Fn. 2), 673 (674); BeckOK Mietrecht/Müller, 37. Edition 1.8.2024, § 555d Rn. 86.

36 Staudinger/Emmerich (2021) § 555d Rn. 5.

37 Zu letzterem Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 16. Auflage 2024, § 555d Rn. 63; BeckOK Mietrecht/Müller (Fn. 35), § 555d Rn. 27-28, 86; BeckOKGK/Schepers, 1.4.2024, § 555d Rn. 24-24.1, 27-27.1.

38 MüKoBGB/Artz, 9. Auflage, München 2023, § 559 Rn. 29-30.

39 BGH NJW 2020, 835 (837); Prütting/Wegen/Weinreich, 16. Auflage 2021, § 559 Rn. 20; Emmerich/Dickersbach, 17. Auflage 2023, § 559 Rn. 25; Staudinger/Emmerich, 2021, § 559 Rn. 59. Hiergegen: BeckOKBGB/Schüller, 1.8.2024, § 559 Rn. 42h.

Diese Marktkonformität des Mieter*innenschutzes ist kein verfassungsrechtliches Gebot, sondern entspringt der inneren Logik einer investitionsorientierten Gesetzgebung.⁴⁰ Ihr gedanklicher Ausgangspunkt ist derselbe wie beim Ausschluss der Mitbestimmung: Der Schutz der Mieter*innen gilt in einem investitionsorientierten Steuerungsmodell als potenzielles Hindernis, welches die wohnungs- und klimapolitischen Ziele bedroht. Will also die Gesetzgebung den im ersten Schritt geschaffenen Anreiz nicht im zweiten Schritt wieder aufheben, muss sie alle Einschränkungen „investitionsfreundlich“ halten. Dies ist schon deshalb faktisch zwingend, weil das Modernisierungsrecht stets mit anderen eventuell besseren Investitionsmöglichkeiten konkurriert.⁴¹ Deswegen verwundert es nicht, dass die Gesetzgebung den Schutz von Mieter*innen zugunsten der Investitionsförderung restriktiv handhabt.⁴² Dies ist nicht nur in der Vergangenheit, sondern auch in der aktuellen Mietenkrise beobachtbar. So sind z. B. die jüngst etablierte Deckelung der Mieterhöhung (§ 559 Abs. 3a BGB), die Normen gegen das Herausmodernisieren (§ 559d BGB, § 6 WiStG) sowie die Mietpreisbremse (§§ 556d ff. BGB) trotz ihrer Reichweite marktkonform ausgerichtet.⁴³ Oder konkreter ausgedrückt: Die in § 559 Abs. 3a BGB normierte Kappung erlaubt weiterhin starke Mieterhöhungen,⁴⁴ § 559d BGB und § 6 WiStG sind aufgrund großzügiger Ausnahmen praktisch bedeutungsloses, symbolisches Recht⁴⁵ und auch die Mietpreisbremse ist zugunsten der Modernisierung mehrfach durchbrochen (§ 556e Abs. 2 BGB und 556f S. 2 BGB).⁴⁶

c) Akzeptanzverlust

Letztlich untergräbt die Verlagerung die Akzeptanz der Modernisierung, indem sie Mieter*innen von den Modernisierungszielen entfremdet und sie auf eine überwiegend passive bzw. defensive Rolle im Modernisierungsprozess beschränkt. Durch die Verlagerung des Schutzes auf die Legislative geht die Gestaltungsfunktion, die mit einem Mitbestimmungsrecht verbunden wäre, verloren. Damit entgeht Mieter*innen weitgehend die Möglichkeit, über den Sinn und Zweck der Modernisierung mitzuentcheiden; sie sind in ihrer Rolle darauf reduziert, die Modernisierung zu dulden, auszuweichen oder sie mithilfe der zur Verfügung stehenden Normen abzuwehren. Daher besteht zumindest das Potenzial, dass die Exklusion eine innere Distanz zwischen Mieter*innen und den Modernisierungszielen sowie der zugrundeliegenden Wohnungs- und Klimapolitik

40 Sie lässt sich auch als selbstgeschaffener Sachzwang bezeichnen. Allgemein hierzu Armin Steinbach, *Rationale Gesetzgebung*, Tübingen 2017, 241.

41 Dass diese Konkurrenz der unterschiedlichen Investitionsmöglichkeiten für die Gesetzgebung handlungsleitend ist, zeigen z. B. BT-Drucks. 14/4553, 1; BT-Drucks. 19/4672, 11, 30. Allgemein hierzu Susanne Heeg, *Ökonomie des Wohnens*, in: Frank Eckardt/Sabine Meier (Hg.), *Handbuch Wohnsoziologie*, Wiesbaden 2021, 97 (98–99).

42 Beispielsweise etwa die Ablehnung der Herabsetzung der prozentualen Umlage in BT-Drucks. 14/3896, 41.

43 Kennzeichnend ist z. B. die Aussage zu § 6 WiStG in BT-Drucks. 19/4672, 36: „Die Vorschrift soll gewollte, auch umfangreiche Modernisierungen aber weder verhindern noch erschweren.“

44 Umstritten ist darüber hinaus, ob § 559 Abs. 3a BGB die Mieterhöhung nur zeitlich begrenzt, siehe MüKoBGB/Artz, 9. Auflage 2023, § 559 Rn. 25; Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 7), § 559 Rn. 87.

45 Siehe die Ausnahmen in § 559d S. 2 BGB und die tatbestandlichen Hürden in § 6 Abs. 1 WiStG. Zur Symbolik Michael Selk, *Das Mietrechtsanpassungsgesetz*, NJW 2019, 329 (333).

46 Hierzu Markus Artz/Ulf Börstinghaus, *Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz*, NZM 2019, 12 (19).

schaft. Zwar wurde diese Wirkung bislang noch nicht empirisch untersucht. Bedenkt man aber, dass Partizipation eine wesentliche Voraussetzung für die Akzeptanz von Maßnahmen ist,⁴⁷ erscheint eine generell positive Haltung zur Modernisierung nur schwer vorstellbar. Die Exklusion wird deswegen tendenziell dazu führen, dass Mieter*innen Modernisierungen kaum als Teil ihrer eigenen Interessen und Gestaltungsspielräume begreifen. Ihre Einstellung dürfte eher zwischen Gleichgültigkeit und Abwehr schwanken. Während Mieter*innen geringfügige Modernisierungen noch akzeptieren oder begrüßen mögen, werden sie umfangreiche Maßnahmen als hinzunehmendes Übel oder als existenzbedrohenden, abzuwehrenden Eingriff wahrnehmen. Die Bereitschaft zur Abwehr von Modernisierungen dürfte somit zunehmen, was auf individueller Ebene den Erfolg einzelner Maßnahmen verringern wird und sich auf gesellschaftlicher Ebene zu einer allgemeinen Ablehnung von wohnungs- und klimapolitischen Maßnahmen verdichten kann.

V. Kritik und Alternativen

Angesichts dieser Defizite lohnt es sich, die Exklusion zur Diskussion zu stellen und nach Alternativen zu suchen. Dies hat jedoch die sonst kritische Literatur zum Modernisierungsrecht bislang nicht versucht. Das dürfte (auch) an dem bereits erwähnten Selbstverständnis liegen, auf das sich die Exklusion stützt. Die Befugnisse des Privateigentums und die Marktsteuerung haben die Exklusion derart normalisiert, dass Gegenmodelle, wie etwa eine Mitbestimmung, nicht zur Diskussion stehen.

1. Keine zwingende Regelung

Wer über Mitbestimmung diskutieren möchte, muss daher die Grundlagen der Exklusion hinterfragen und aufzeigen, dass sie nicht zwingend sind. Die Hürden hierfür erscheinen hoch, da dieser Ansatz grundlegende Vorstellungen von Privateigentum und Marktsteuerung berührt. Unüberwindbar sind sie aber keinesfalls. Tatsächlich zeigt sich auf den zweiten Blick recht schnell, dass die Ableitung der Exklusion aus dem Privateigentum und der Marktsteuerung nicht unangreifbar ist.

Das gilt allen voran für das Privateigentum. Hier hilft schon der Blick auf die Verfassung, um zu zeigen, dass etwa Art. 14 Abs. 1 GG eine Exklusion keinesfalls vorschreibt. Die konkrete Ausgestaltung des Modernisierungsrechts ist wie so oft nur eine Entscheidung von mehreren möglichen innerhalb des breiten Gestaltungsspielraums der Gesetzgebung.⁴⁸ Zwar muss diese die grundgesetzlich anerkannten Interessen der Vermieter*innen gem. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG sowie die Sozialbindung bzw. die Bestandsinteressen der Mieter*innen in ein ausgewogenes Verhältnis bringen.⁴⁹ Eine bestimmte Gesetzgebung gibt das Grundgesetz aber nicht vor.⁵⁰ Unzulässig sind allein Einschränkungen, die für

47 Katja Kiefer, *Dialog als Erfolgsfaktor der Akzeptanzforschung*, Wiesbaden 2019, 27. Dort unter dem Begriff der Selbstwirksamkeit.

48 BVerfG NJW 1993, 2035 (2036); BVerfG NJW 1995, 511 (512).

49 BVerfG NJW 1974, 1499 (1499 f.).

50 BVerfG NJW 1993, 2035, (2036); BVerfG NJW 1995, 511 (512).

Vermieter*innen auf Dauer zu Verlusten führen und/oder eine Substanzgefährdung nach sich ziehen.⁵¹

Und auch der Versuch, die Exklusion unabhängig vom Verfassungsrecht auf ein genuin privatrechtliches Eigentumsverständnis zu gründen, käme nicht weit. Zwar ließe sie sich als konstitutives Wesensmerkmal des Eigentums verstehen.⁵² Die Exklusion wäre demnach ein unverhandelbarer Teil des Eigentums; jede Mitbestimmung würde umgekehrt die Freiheit auf Nichteigentümer übertragen und seinen Kernbereich auflösen. Jedoch wäre diese Ableitung auf kaum tragbare essentialistische Denkmuster angewiesen,⁵³ welche die Exklusion zum überzeitlichen Wesen des Eigentums erklären, naturalisieren und dadurch gegen denkbare Umgestaltungen immunisieren würden. Ein solches Wesen des Eigentums existiert aber gerade nicht. Angesichts der oben genannten verfassungsrechtlichen Spielräume war und ist es vielmehr im Umfang immer offen für neue Gestaltungen. Entsprechend schnell verliert diese Argumentation ihre Überzeugungskraft, wenn man sie mit der historischen und politischen Wandelbarkeit des Eigentums konfrontiert.⁵⁴ Schließlich zeigt nicht nur die Geschichte, sondern auch die aktuelle Diskussion um das Verhältnis von Eigentum und Nachhaltigkeit, dass seine Inhalte nicht feststehen und im Hinblick auf zukünftige gesellschaftliche Herausforderungen (stets) neu verhandelt werden müssen.⁵⁵

Ebenso wenig zwingend ist die Prämisse der Marktsteuerung. Auch hier ist es sinnvoll, sich die wirtschaftspolitische Neutralität der Verfassung vor Augen zu halten,⁵⁶ die exkludierende Investitionsmodelle gerade nicht vorschreibt. Und auch das Argument, dass Mitbestimmungen Modernisierungen blockieren, besitzt wenig Schlagkraft, da es zu einem signifikanten Teil auf einem Zirkelschluss beruhen kann: Wie oben skizziert, ist es plausibel, dass die mangelnde Akzeptanz zumindest partiell auf der Exklusion selbstbasiert. Die erwartete Blockadehaltung kann also genauso gut ein Ergebnis der Exklusion sein. Insofern wäre sie keine Reaktion auf die vorhandene Ablehnung, sondern umgekehrt für die Ablehnung mitverantwortlich. Ebendies beachtet die Marktsteuerung jedoch nicht, sodass sie sich argumentativ im Kreis zu drehen droht: Die Modernisierung schließt die Mitbestimmung aufgrund der Investitionsförderung aus und senkt dadurch die Akzeptanz der Mieter*innen, welche wiederum als Legitimation der Exklusion zugunsten der Investitionsförderung gilt.

2. Diskussionsbedarf

Diese generelle Kritik legt das Ergebnis natürlich nicht fest, sondern weist lediglich auf den Diskussionsbedarf hin. Weder die Exklusion noch die Mitbestimmung sind zwingen-

51 BVerfG NJW 1986, 1669 (1670); BVerfG NJW 1995, 511 (512).

52 Hierzu Phillip Degens, Towards sustainable property?, Social Science Information 60 (2021), 209 (214-215) mwN.

53 Zur Unzulässigkeit der Wesensargumentation im Recht Wilhelm Scheuerle, Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964), 429-471.

54 Degens (Fn. 52), 209 (214-215); Schuppert (Fn. 22), 147-148; Hecker (Fn. 22), 22, 257; C.M. Hann, Introduction, in: Hann (Hg.), Property Relations, Cambridge 1998, 1 (9).

55 Beispielhaft Hecker (Fn. 22), 21-22; Degens (Fn. 22), 237-252; Silke van Dyk/Markus Kip, Die Zukunft sozialer Rechte, Zeitschrift für Soziologie 52 (2023), 361 (362, 370-371).

56 BVerfG NJW 1954, 1235 (1236); BVerfG NJW 1979, 699 (702); Michael Klopfer, Die Sozialisierung von Wohnungsunternehmen und die Verfassung, NJW 2019, 1656 (1660).

de Ausgestaltungen, sondern rechts- und wohnungspolitische Entscheidungen, die sich in einer Diskussion bewähren müssen. Dabei kann das Verständnis des Eigentums als Freiheitssicherung zweifellos ein mögliches Argument für die Exklusion darstellen. Ihm kommt jedoch kein entscheidendes Gewicht zu. Dagegen spricht schon, dass man die Exklusion im gegenwärtigen Modernisierungsrecht kaum als individuelle Freiheitsausübung bzw. Selbstbestimmung verstehen kann. Ein auf individuelle Freiheit gegründetes Eigentumsverständnis passt schon konzeptionell kaum zu der wohnungspolitischen Steuerungsfunktion des Modernisierungsrechts. Genauer gesagt ist die Exklusionsbefugnis im Modernisierungsrecht keine Eigentumsfreiheit im Sinne der Selbstbestimmung, sondern eine instrumentelle Freiheit. Vermieter*innen genießen sie nur, weil und insofern sie das Eigentum in einer wohnungspolitisch erwünschten Weise nutzen. Entsprechend verkräftbar wäre daher der Freiheitsverlust bei der Einführung einer Mitbestimmung. Diese würde den Eigentümer*innen weniger die Selbstbestimmung entziehen, als vielmehr die Steuerungsfunktion des Mietrechts neu justieren.

Jedoch ist die Forderung nach Mitbestimmung deswegen kein Selbstläufer, vor allem nicht im Hinblick auf ihre Steuerungskapazität. Ein für wohnungs- und klimapolitische Ziele genutztes Mietrecht steht vielmehr vor der doppelten Aufgabe, sowohl einen adäquaten Schutz von Mieter*innen zu etablieren als auch eine effiziente Verhaltenssteuerung zu gewährleisten. Soll das soziale Mietrecht weiterhin Modernisierungen fördern, muss es diesen beiden Zielen gerecht werden. Dabei muss klar sein, dass eine Mitbestimmung nicht automatisch die Akzeptanz steigert, Konflikte mindert und Modernisierungen besser fördert. Frei von Friktionen wird das Mietverhältnis also auch hier nicht sein. Tendenzielle Verbesserungen sind aber durchaus denkbar. Schließlich ist es sowohl in der Soziologie als auch in der Wohnpsychologie anerkannt, dass die Mitsprache und Mitentscheidung das Interesse und die Partizipationsbereitschaft, die Akzeptanz und damit die Klimaschutzpolitik fördern.⁵⁷ Wenngleich eine Mitbestimmung also keinesfalls frei von Spannungen sein wird, verfügt sie über eine Integrationsfähigkeit, die zur Erreichung wohnungs- und klimapolitischer Ziele hilfreich sein kann und beachtet werden sollte.

3. Welche Mitbestimmung?

Ebenso offen wie die grundlegende Diskussion sollte die Frage der konkreten Formen der Mitbestimmung behandelt werden. Eine „Rückkehr“ zum vertragsrechtlichen Konsensprinzip, sprich zum Zustimmungsrecht, wäre sicherlich ein wünschenswertes Ziel. Aber auch andere und begrenzttere Gestaltungsoptionen sind denkbar und lassen sich unter dem Begriff der Mitbestimmung diskutieren. Verfassungsrechtlich besteht hier ein breiter Spielraum für unterschiedliche und pragmatische Lösungen. Die Mitbestimmung könnte sich beispielsweise auf Teilbereiche der Wohnungsmodernisierung, etwa die Entscheidung über den Umfang der Modernisierungsmaßnahmen, die Art der Modernisierung, deren Kosten und/oder den Zeitpunkt der Durchführung beschränken. Zudem könnte die Mitbestimmung nach bestimmten Modernisierungsarten, z. B. energetische und nicht-energetische Modernisierung, segmentiert und unterschiedlich gewichtet wer-

57 Purkarthofer/ Fries (Fn. 29), 61 mwN. Allgemein Doris Lucke, Akzeptanz, Wiesbaden 1995, 148. Aus dem Blickwinkel partizipativer Demokratie Kiefer (Fn. 47), 15; Olaf Schnur, Wohnen in der Nachbarschaft, in: Frank Eckart/Sabine Meier (Hg.) Handbuch Wohnsoziologie, Wiesbaden 2021, 233 (249-250) jeweils mwN.

den. Auch die Art der Mitbestimmung könnte variieren: Soll ein individuelles Zustimmungserfordernis bestehen oder sollte die Mitbestimmung gemeinschaftlich mit den anderen Bewohner*innen eines Mehrfamilienhauses ausgeübt werden? Wenn Letzteres bejaht wird, könnten die Regelungen des Wohnungseigentumsrechts, insbesondere die §§ 20, 21 WEG, eine grobe Orientierung bieten. Inspirationen könnte auch das mit den Fragen der Mitbestimmung vertraute Arbeitsrecht liefern.⁵⁸ Zuletzt stellt sich die grundlegende Frage, ob das Mietrecht überhaupt das geeignete Instrument zur Steuerung von Modernisierungen ist oder ob bestimmte Modernisierungen nicht vollständig oder teilweise staatlich angeordnet werden sollten. Auch das hier als selbstverständlich vorausgesetzte privatrechtliche Steuerungsmodell könnte also hinterfragt werden.

VI. Zusammenfassung

Trotz seines dogmatischen Ausnahmecharakters ist es im gegenwärtigen Mietrecht selbstverständlich, Mieter*innen von Modernisierungen auszuschließen. Diese Exklusion beruht zum einen auf der im „klassischen“ Verständnis des Privateigentums verankerten Befugnis, Dritte vom Gebrauch auszuschließen. Zum anderen stützt sie sich auf das Prinzip der Marktsteuerung, nach welchem die Mitbestimmung der Mieter*innen als potenzielles Investitionshindernis erscheint. Die Exklusion bringt jedoch problematische Folgen mit sich, da sie die Schutz- und Gestaltungsfunktion einer möglichen Mitbestimmung unterbindet. Die dadurch entstehenden Schutzlücken versucht die Wohnungspolitik durch umfassende gesetzliche Regelungen zu schließen, was aufgrund der Defizite dieses Schutzes jedoch kaum gelingt. Vor diesem Hintergrund ist eine grundlegende Diskussion über ein alternatives Modernisierungsrecht gerechtfertigt, das die Mitbestimmung der Mieter*innen stärker berücksichtigt. Die normativen Grundlagen der Exklusion stehen einer Diskussion nicht im Weg. Auf einem anderen Blatt steht freilich die Frage nach der konkreten Ausgestaltung der Mitbestimmung, die hier nur angedeutet werden konnte. Zumindest die grundlegende Richtung dürfte aber klar sein: Die Mitbestimmung muss einen angemessenen Schutz der Mieter*innen gewährleisten und zugleich die gesellschaftlich wichtige Aufgabe der (nachhaltigen) Wohnungsmodernisierung voranbringen.

58 Hierzu Timo Laven, Mitbestimmung in der Miete – Verfassungsrechtliche Schranken eines kollektiven Mietrechts, in diesem Heft.

Alina Holze

Der Schutz von Bewohner*innenstrukturen im Städtebaurecht

Eine Betrachtung städtebaurechtlicher Instrumentarien und ihr Beitrag zum Erhalt sozialer Vielfalt im urbanen Raum

Wenn über die „Wohnungsfrage“ diskutiert wird, wird oft vom Schutz eines „Quartiers“, einer „Nachbarschaft“, z. T. vom Schutz eines ganzen Stadtbezirks gesprochen. Konkreten rechtlichen Schutz genießt über das Miet(vertrags)recht aber meist nur das Individuum in Gestalt der Mieter*in, da Wohnraumschutz landläufig als Mieter*innenschutz begriffen wird. Ausweislich der Bestrebungen um die Sozialisierung von Wohnraum,¹ der Beschäftigung mit Wohnungsgenossenschaften² und den Ideen zur Kollektivierung des Mietrechts³ beginnt dieses Denken langsam aufzubrechen. Ein Rechtsgebiet läuft dabei aber eigentümlicherweise unter dem Radar: das Städtebaurecht, dessen Maßnahmen regelmäßig Breitenwirkung entfalten. Dabei wird meist an den gängigen Kanon des Allgemeinen Städtebaurechts (technisch auch „Bauplanungsrecht“) gedacht, weniger aber an das Besondere Städtebaurecht, das als räumliches und sachliches Sonderrecht aus dem Städtebauförderungsgesetz hervorgegangen ist. In Anbetracht dessen erscheint es von Interesse, das geltende Städtebaurecht zu analysieren und aufzuzeigen, wie jenes das Zusammenleben im urbanen Raum erfasst, interpretiert, gestaltet und schützt. Dies soll konkret anhand der Analyse dreier baurechtlicher Instrumente geschehen.

I. Stadtsoziologische Hintergründe

Die intellektuelle Auseinandersetzung mit der Frage, welche Bedeutung der urbane Raum für die dort lebende Bevölkerung hat, führt schätzungsweise bis in das Jahr 46 v. Chr. zurück, in dem Ciceros Werk „Brutus“ erschienen ist, das einen Dialog zur „Farbe der Urbanität“ enthält.⁴ Eine Antwort auf die Frage nach der Farbe der Urbanität wird es wohl nie geben, wohl aber darauf, welchen Einfluss städtebauliche Strukturen auf das Zusammenleben der ansässigen Wohnbevölkerung haben – und andersherum.

1 Hierzu bereits König, KJ 2022, 351 ff. und Laven, KJ 2023, 313 ff.

2 Bornscheuer, Wohnungsgenossenschaften und ihr Beitrag zur sozialen Wohnraumorganisation, in diesem Heft, S. 69.

3 Laven, Ein Streikrecht für Mieter*innen?, in diesem Heft, S. 92; König, Vom Papier zur Praxis – ein kritischer Blick auf die Mobilisierung der Mietpreisbremse, in diesem Heft, S. 80.

4 Brutus: „Qui est, inquit, iste tandem urbanitatis color?“ – Cicero: „Nescio, inquam; tantum esse quendam scio“, Cicero, Brut. 171, übersetzt: „Welche Farbe hat denn diese Urbanität, von der Du immer redest?“ Ciceros Antwort: „Das weiß ich auch nicht, aber ich weiß, dass sie eine hat.“

Von der gesellschaftstheoretischen Forschung von *Georg Simmel*⁵ zum urbanen Zusammenleben inspiriert, begründeten *Louis Wirth*⁶ und *Robert Ezra Park*⁷ mit der *Chicago School of Sociology*⁸ einst das Forschungsfeld der Stadtsoziologie. Es ging ihnen darum, die Wechselwirkungen zwischen städtebaulicher Veränderung und der angestammten Wohnbevölkerung zu betrachten. Ihre Denkschule prägte das Verständnis vom „sozialen“ Städtebaurecht, beeinflusste die Verwaltungswissenschaft mit „Leitbildern“,⁹ und ihre Modelle legten letztlich den Grundstein für eine Vielzahl der heute angewandten Instrumente der Stadtplanung, etwa die Sozialraumanalyse.

Zu den zentralen Erkenntnissen der daraus gewachsenen zeitgenössischen Stadtsoziologie gehört, dass jedenfalls die aus der Dynamik der Gentrifizierung resultierende Segregation städtebaulich unerwünscht ist.¹⁰ Die Gründe hierfür sind vielfältig¹¹ und sollen hier auf zwei Kernaussagen heruntergebrochen werden:

Zum einen führen sozial segregierte Quartiere als Folge von Gentrifizierungsprozessen für (vor allem finanziell) benachteiligte Bevölkerungsgruppen zu einer Nivellierung der Lebensverhältnisse „nach unten“,¹² was im Extremfall zu real verminderten Teilhabechancen führen kann (z. B. wegen längerer Arbeitswege oder einem geringeren Bildungs- und Kulturangebot). Zum anderen hat die mit der Verdrängung der Wohnbevölkerung aus ihrem angestammten Quartier einhergehende Ruptur des (sozialen) Netzes diverse negative Folgen, vor allem psychischer,¹³ aber auch infrastruktureller¹⁴ und wirtschaftli-

5 *Simmel*, in: Hartung (Hrsg.), *Essays zur Kulturphilosophie*, 2020, S. 69-82.

6 *Wirth*, *AJS* 1938, 1 (3).

7 *Park*, *JAS* 1924, 339 (339); *Park*, *ASJ* 1939, 1 (3-20); näher bei *Siebel*, in: Breckner/Göschel/Matthiesen (Hrsg.), *Stadtsoziologie und Stadtentwicklung*, 1. Aufl. 2020, S. 147 (153).

8 Ausgewählte Arbeiten bei *Schäfers*, *Stadtsoziologie*, 2. Aufl. 2010, S. 89; hier statt vieler bspw. *Park/Burgess/McKenzie*, *The City*, 1925.

9 Zur zugleich nur ausnahmsweise positiv beantworteten Frage nach der Öffnung der Rechtswissenschaft für die Sozialwissenschaften s. *Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnisinstrumente und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 223-251 sowie nachfolgend unter II.

10 *Ramsauer*, *Steuerung sozialer und ethnischer Segregation durch städtebauliche Planungsinstrumente*, 2017, S. 34 mit Verweis auf *Harlander/Kuhn*, *Soziale Mischung in der Stadt*, 2012, S. 330; *Merkel*, *Kreativquartiere*, 2008, S. 25; *Schmidt*, in: Kießler/Korte (Hrsg.), *Soziale Stadtplanung*, 1975, S. 119 (135, 140) mit Bezug zu *Lefebvre*, *Die Revolution der Städte*, 1972, S. 57.

11 Näher *Bahrndt*, in: Herlyn (Hrsg.), *Stadt- und Sozialstruktur*, 1974, S. 172 (174); *Dangschat*, in: Dangschat/Blasius (Hrsg.), *Lebensstile in den Städten*, 1994, S. 426 (445); *Häußermann/Siebel*, *Stadtsoziologie*, 2004, S. 166; *Helbig/Jähnen*, *Wie brüchig ist die soziale Architektur unserer Städte?*, 2018, S. 58; *Krummacher/Kulbach/Waltz/Wohlfahrt*, *Soziale Stadt*, 2003, S. 42; *Menzl*, in: Breckner/Göschel/Matthiesen (Hrsg.), *Stadtsoziologie und Stadtentwicklung*, 1. Aufl. 2020, S. 245 (253); *Reckwitz*, *Die Gesellschaft der Singularitäten*, 2017, S. 314 ff.

12 *Nieszery*, in: Schnur (Hrsg.), *Quartierforschung*, 2. Aufl. 2014, S. 135 (148 f. m. w. N.); vgl. *Gans*, in: Herlyn (Hrsg.), *Stadt- und Sozialplanung*, 1974, S. 187 (188).

13 Bspw. der Verlust des Nahraums als Identifikationsfigur, *Ahlert/Bachmann/Bäckermann* et. al., *sub/urban* 2018, 205 (211); *Balmer/Bernet*, in: Schöning/Kadi/Schipper (Hrsg.), *Wohnraum für Alle?*, 2017, S. 275; *Feldhusen*, in: Kießler/Korte (Hrsg.), *Soziale Stadtplanung*, 1975, S. 89 (101); *Friedl*, in: *Büro für Stadtsanierung und soziale Arbeit* (Hrsg.), *Sanierung für wen?*, 1971, S. 101; *Harlander/Kuhn*, in: Breckner/Göschel/Matthiesen, *Stadtsoziologie und Stadtentwicklung*, 1. Aufl. 2020, S. 233 (234); *Kreibich*, in: Jüngst/Schulze-Göbel (Hrsg.), *Stadt und Gesellschaft*, Sonderband 13, S. 153 (156); *Lukas*, in: Schubert/Spieckermann (Hrsg.), *Sozialraum und Netzwerke*, 2018, S. 43 (46).

14 Vgl. *Kreibich*, in: Blasius/Dangschat (Hrsg.), *Gentrification*, 1950, S. 51 (55).

cher¹⁵ Art, wenngleich letztere weniger augenfällig sein mögen (z. B. ein erforderlicher Neuaufbau der Versorgungsinfrastruktur andernorts oder eine disproportionale Auslastung der Mobilitätsinfrastruktur).

Dagegen besteht im Hinblick auf etwaige „Zielgrößen“ von Wohnbevölkerungsstrukturen (homogen vs. heterogen) jedenfalls insofern Unsicherheit,¹⁶ als sich die Vorteile bzw. Nachteile bei der Frage nach dem Durchmischungsgrad der Wohnbevölkerung aufgrund von Empiriedefiziten bislang nicht eindeutig belegen ließen.¹⁷

Nichtsdestotrotz postulieren die modernen städtebaulichen Leitbilder, bspw. in Gestalt der zuletzt verabschiedeten *Leipzig Charta zur nachhaltigen europäischen Stadt*,¹⁸ das Ideal der „urbanen Mischung“¹⁹ in Abkehr von der „zonierten“²⁰ oder „fordistischen“²¹ Stadt.

Dies wird die Frage auf, wie mit den stadttheoretischen Grundannahmen einerseits und den Zielgrößen städtebaulicher Leitbilder andererseits umzugehen ist, und wie das Städtebaurecht ihre jeweiligen Ideen und Ziele aufnimmt bzw. diese überhaupt aufnehmen kann.

In Antwort hierauf erfolgt im nachfolgenden Teil eine Untersuchung ausgewählter Instrumente des städtebaulichen Instrumentariums auf Basis der angeführten stadttheoretischen Grundannahmen. Diese Analyse soll sich an den folgenden drei Ausgangsfragen orientieren: Erstens, welche Bedeutung haben städtebauliche Leitbilder für das baurechtliche Regelungsregime? Zweitens, und damit verbunden, welche (sozial-)planerischen Grundsätze hat die Gesetzgebung dem Baugesetzbuch zugrunde gelegt? Drittens, wie hat die Gesetzgebung diese Grundsätze im konkreten Regelungsregime des Baugesetzbuchs umgesetzt?

II. Städtebauliche Leitbilder vs. Leitbildneutralität des Baurechts

Ein städtebauliches Leitbild definiert sich als eine „umfassende bildhafte und handlungsleitende Darstellung komplexer Zielvorstellungen hinsichtlich einer wünschenswerten und auf gemeinsamen Wertevorstellungen gegründeten Ordnung und Gestaltung der

15 Bspw. die Kosten für das (Neu)Bauen inkl. der damit einhergehenden Schadstoffemissionen, *Neßler/Brokow-Loga*, APuZ Bauen und Wohnen, 51-52/2022, S. 24 (24).

16 Für Heterogenität *Weigelt*, Die wachsende Stadt als Herausforderung des Rechts, 2016, S. 5-29 mit den Gegenthesen, S. 19 ff.; (überkommene) Argumente für Homogenität bei *Gans*, in: Herlyn (Hrsg.), Stadt- und Sozialstruktur, 1974, S. 187 (187).

17 *ARL* (Hrsg.), Handwörterbuch der Stadt- und Raumentwicklung, 2019, S. 1538 f.; *Friedrichs*, Stadtanalyse, 3. Aufl. 1983, S. 93; *Knabe*, in: Kessl/Reutlinger (Hrsg.), Handbuch Sozialraum, 2. Aufl. 2019, S. 635 (652); *Ramsauer*, Steuerung sozialer und ethnischer Segregation durch städtebauliche Planungsinstrumente, 2017, S. 92; *Weigelt*, Die wachsende Stadt als Herausforderung des Rechts, 2016, S. 7 f.

18 Leipzig Charta zur nachhaltigen europäischen Stadt mit dem Stand vom 25. Mai 2007; dezidiert *Lütke-Daldrup*, Die Leipzig Charta 2007 – neue Rahmenbedingungen für die zukünftige Stadtentwicklung, in: Battis/Söfker/Stüer (Hrsg.), FS Krautzberger, 2008, S. 129 ff.

19 Dazu *Lütke-Daldrup*, Die Leipzig Charta 2007, in: Battis/Söfker/Stüer (Hrsg.), FS Krautzberger, 2008, S. 129 ff.; *Kersten*, in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008, S. 396 (419); *ders.*, Die Verwaltung 2007, 309 (333 ff.); *ders.* UPR 2006, 245 ff.

20 Zur Abkehr von der „zonierten Stadt“ s. bei *Harlander/Kuhn*, in: Breckner/Göschel/Matthiesen, Stadtsoziologie und Stadtentwicklung, 1. Aufl. 2020, S. 233 (233 f.).

21 Noch dem Ideal der „fordistischen“ Stadt folgend die Charta von Athen aus dem Jahr 1933.

gebauten Umwelt, wobei die Zielerreichung als ‚Sollziel‘ normativ gesetzt ist.“²² Die eingangs erwähnte *Leipzig Charta zur nachhaltigen europäischen Stadt* ist zweifelsohne ein Leitbild in diesem Sinne.

Rechtlich ist ein jedes Leitbild aber solange unerheblich, wie es nicht durch die Gesetzgebung zu einer Rechtsnorm erhoben worden ist. Das Städtebaurecht ist somit dem Grunde nach leitbildneutral. Zwar können (und sollten) die Sollziele etwa der *Leipzig Charta* zur Schaffung und Erhaltung sozialer Vielfalt im urbanen Raum von der Verwaltung berücksichtigt werden; konkrete Umsetzungspflichten resultieren hieraus indes nicht.

Zugleich darf nicht der Eindruck erweckt werden, das Städtebaurecht enthalte keinerlei Aussagen bzgl. der Realisierung einer sozialen Stadtplanung, im Gegenteil: Die Gesetzgebung hat in § 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB und § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB zwei in diesem Kontext erwähnenswerte Grundsätze festgeschrieben.

§ 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB besagt, dass Bauleitpläne die „nachhaltige“ städtebauliche Entwicklung gewährleisten sollen. Die uneingeschränkte Verwendung des Begriffs „nachhaltig“ schließt auch die sozial-nachhaltige Bauleitplanung ein.²³ Die Einbeziehung sozialer Belange steht auch im Einklang damit, dass § 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB von der Bauleitplanung einfordert, eine „dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung zu gewährleisten.“

Dieser Gedanke wird von § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB fortgeführt. Dort heißt es, die Bauleitplanung soll „sozial stabile“ Bewohner*innenstrukturen schaffen und erhalten. Auf die Frage, wann eine Struktur „sozial stabil“ im Sinne der Norm ist, gibt es allerdings keine eindeutige Antwort.²⁴ Es wird davon ausgegangen, dass eine Bewohner*innenstruktur dann sozial stabil ist, wenn sie sich selbst trägt.²⁵ Wann dies wiederum der Fall ist, wird nicht hingegen diskutiert.²⁶

Diese Unsicherheit ist womöglich darauf zurückzuführen, dass sich der Belang bis zum BauGB-Änderungsgesetz 2004²⁷ noch anders las. Vor dessen Implementierung bestand das dort normierte bauleitplanerische Ziel in der „Vermeidung einseitiger Bevölkerungsstrukturen.“ Letzteres stand im Einklang mit den zeitgenössischen städtebauli-

22 *Bärenbrinker*, Nachhaltige Stadtentwicklung durch Urban Governance, 2011, S. 73.

23 Allgemein *Kersten*, in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008, S. 396 (412 m. w. N.).

24 Nur negativ abgegrenzt, z. B. „Vermeidung wenig wünschenswerter ‚Monokulturen‘“ s. *Dirnberger*, in: Spannowsky/Uechritz, BeckOK BauGB, § 1 (Stand: 63. Ed. v. 1.8.2024) Rn. 88; als Aufgabe zur „mittelbaren Beeinflussung“ der Bevölkerungsstruktur verstanden bei *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 1 Rn. 55; in diese Richtung *Söfker/Runkel*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 1 (Stand: 126. EL, August 2017) Rn. 123; ähnliche Unsicherheiten zum gleichlautenden Belang in § 19 Abs. 3 AGG, wo z. T. räumlich abgegrenzt wird, *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 19 AGG Rn. 83; z. T. nach dem Adressatenkreis (Wohnungsunternehmen mit großem Wohnungsbestand), *Hildegund/Braunroth/Wascher*, AGG, 2. Aufl. 2013, § 19 Rn. 7 f.; auch *Rolfs*, NJW 2007, 1489 (1490 f.).

25 Vgl. *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 1 Rn. 55.

26 Allenfalls speziell für § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB, wobei i. E. dieselben Fragen offenbleiben, vgl. *Stock*, in: E/Z/B/K, BauGB, Bd. 5, § 172 (Stand: 149. EL, Februar 2023) Rn. 31; *Kment*, Soziale Erhaltungssatzung und soziale Erhaltungsverordnung, 2023, Rn. 135-137.

27 Gesetz zur Anpassung des BauGB an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau – EAG Bau) v. 24.6.2004, BGBl. I, S. 1359.

chen Leitbildern sowie mit dem bestehenden städtebaurechtlichen Instrumentarium, das z. T. spezifisch auf die Vermeidung sozialer und urbaner Fragmentierung ausgelegt ist. Nunmehr steht das Städtebaurecht jedenfalls *prima vista* in einem doppelten Spannungsverhältnis, sowohl aus verwaltungswissenschaftlicher (Leitbilder) als auch aus systematischer Perspektive (städtebauliche Vorschriften).

Als Grund für die Änderung in § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB ist in der Gesetzesbegründung angeführt worden, in „bestimmten städtebaulichen Situationen“ könne „auch eine einheitliche Sozialstruktur der Gewährleistung ausgewogener und konfliktarmer Wohnverhältnisse dienen.“²⁸ Dieses Anliegen werde vollständiger erfasst, „wenn auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohner*innenstrukturen abgestellt wird.“²⁹ Zugleich betonte die Gesetzesbegründung, dass die Vermeidung einseitiger Bevölkerungsstrukturen „in entsprechenden Fällen ein zutreffender städtebaulicher Belang“ bleibe.³⁰ Folglich ist die Vermeidung sozial-urbaner Fragmentierung als bauleitplanerischer Belang nicht etwa abgeschafft, sondern vielmehr erweitert worden. Ein Spannungsverhältnis besteht daher insofern nicht, als eine Berufung auf § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB weiterhin möglich ist, wenn Maßnahmen gegen die soziale Segregation im städtebaulichen Raum unternommen werden. Gleichzeitig kann nicht geleugnet werden, dass die Gesetzgebung zugleich Konfliktpotential geschaffen hat, da sich nun auch die Befürworter*innen einer bevölkerungsstrukturellen Homogenität auf § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB berufen können. Dies ist jedenfalls insofern unglücklich, als viele Instrumente des BauGB speziell auf die Schaffung und den Erhalt sozialer Vielfalt ausgelegt waren. Das kann nun argumentativ leichter infrage gestellt bzw. schwieriger verteidigt werden.

III. Überblick über das städtebauliche Instrumentarium

Das Städtebaurecht enthält eine Vielzahl von Vorschriften, die aktiviert werden können, wenn die Schaffung, aber insbesondere auch der Erhalt sozialer Strukturen in Rede steht. An dieser Stelle kann lediglich ein knapper Überblick über die bedeutendsten Vorschriften gegeben werden. Dabei ist die Wahl auf drei Regelungsmechanismen aus jeweils unterschiedlichen Bereichen bzw. Phasen der Stadtentwicklung gefallen: Erstens, die Regelungen zum Erhalt einer bestehenden städtebaulichen Struktur im Wandel der Stadt (§ 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB i. V. m. § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Var. BauGB); zweitens, die Planung einer (künftigen) städtischen Struktur (§ 9 Abs. 2 lit. d BauGB); drittens, den Vollzug zur Durchsetzung einer bereits bestehenden Planung (§§ 176 f. BauGB). Hierbei soll jeweils aufgezeigt werden, inwieweit sich der Grundsatz der Schaffung „sozial stabiler“ Wohnverhältnisse in den einzelnen Regelungen widerspiegelt – und wo sich Reibungen mit der nunmehr auch legitimen Homogenität von Bewohner*innenstrukturen offenbaren.

28 BT-Drucks. 15/2250 v. 17.12.2003, S. 37.

29 Ebd., zugleich terminologischer Gleichlauf zum WoFG v. 13.0.2011 (BGBl. I, S. 2376).

30 Ebd.

1. Die soziale Erhaltungssatzung nebst korrespondierendem Vorkaufsrecht

Die soziale Erhaltungssatzung in § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB, die auch unter der Bezeichnung „Milieuschutzsatzung“ firmiert,³¹ ist das vielleicht prominenteste Instrument, das um das städtebauliche Vorkaufsrecht gem. § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Var. BauGB ergänzt wird.

Der Satzung liegt der folgende Mechanismus zugrunde: Die Gemeinde legt durch ihr Ortsrecht entweder im Bebauungsplan³² oder – gängigere Praxis – durch sonstige Satzung³³ Gebiete fest, in denen eines der in § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-3 BauGB abschließend geregelten Erhaltungsziele greift.³⁴ Das jeweils einschlägige Erhaltungsziel wird umgesetzt, indem bestimmte bauliche Maßnahmen (z. B. Modernisierungen) einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt werden. Im individuellen Genehmigungsverfahren wird geprüft, ob die jeweils beabsichtigte bauliche Maßnahme im Widerspruch zum satzungsmäßigen Erhaltungsziel steht, und die Genehmigung infolgedessen zu versagen ist.³⁵ Für die Milieuschutzsatzung liegt das Ziel im „Erhalt der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung.“

Geschützt wird dabei jeder „intakte“ Gebietszusammenhang.³⁶ Von einem solchen wird bis zum Beweis des Gegenteils, also einer sich erwiesenermaßen bzw. evident delinquent verhaltenden Bewohner*innenstruktur ausgegangen (meist verstanden als straffähiges oder jedenfalls ordnungswidriges Verhalten, wobei die Details hier in Rechtsprechung und Literatur nur äußerst vage umrissen bleiben).³⁷

Eine nähere Konkretisierung der „Intaktheit“ auf eine irgendwie geartete „Besonderheit“ der Bewohner*innenstruktur hin verbietet sich allerdings auch im Angesicht der städtebaulichen Neutralität als Ausfluss des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 3 Abs. 1 GG. Eine solche unzulässige Konkretisierung wäre bspw. dann zu befürchten, wenn die Intaktheit anhand einer nach soziostrukturellen Merkmalen ausdifferenzierten

31 Schon zur Vorgängerregelung (§ 39h Abs. 3 BBauG), *Difu*, NVwZ 1985, 813 (813).

32 Der Wortlaut „im Bebauungsplan“ (gegenüber „durch den Bebauungsplan“) verdeutlicht, dass der Erhaltungsschutz nicht alleinige Festsetzung des Bebauungsplans sein kann, andernfalls wäre eine Differenzierung zwischen Bebauungsplan und sonstiger Satzung obsolet.

33 In Berlin und Hamburg tritt gem. § 246 Abs. 2 BauGB i. V. m. § 30 Abs. 1 AGBauGB bzw. § 4 BauleitplG HA an die Stelle der Satzung eine Rechtsverordnung, da die beiden Stadtstaaten von ihrer Befugnis zur Rechtsformwahl Gebrauch gemacht haben.

34 BVerwG, Urt. v. 3.7.1987 – 4 C 26/85, BVerwGE 78, 23 (24 ff.); BVerwG, Urt. v. 4.12.2014 – 4 CN 7/13, NVwZ 2015, 901 (902 Rn. 11), ebenso für die Genehmigungsversagungsgründe, ebd. Rn. 13; die Kombination von mehreren Zielen ist möglich, z. B. OVG Hamburg, Urt. v. 9.7.2014 – 2 E 3/13.N, BeckRS 2014, 56242.

35 *Kment*, Öffentliches Baurecht I, 8. Aufl. 2022, § 30 Rn. 2; zur Zweistufigkeit des Verfahrens BVerwG, Urt. v. 3.7.1987 – 4 C 26/85, NVwZ 1988, 357 (358); BVerwG, Urt. v. 4.12.2014 – 4 C 7/13, NVwZ 2015, 901 (902 Rn. 13).

36 BVerfG, Beschl. v. 26.1.1987 – 1 BvR 969/83, NVwZ 1987, 879 (879); OVG Lüneburg, Urt. v. 25.4.1983 – 1 C 1/82, NJW 1984, 2905 (2908); in der Literatur hieß es zuvor, Untersuchungen müssten generalisierend für das Satzungsgebiet ergeben, dass die Bevölkerungsstruktur „als solche“ erhaltenswert ist; *Bielenberg*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BBauG, Bd. 2, § 39h (Stand: 35. EL, August 1986) Rn. 14; *Vogel*, in: Brügelmann, BBauG, Bd. 2, § 39h (Stand: 45. EL Februar 1986) Rn. 18.

37 So schon *Bank*, in: Brügelmann, BauGB, Bd. 5, § 172 (Stand: 80. EL, Oktober 2011) Rn. 25 „jede Art von Wohnbevölkerung“; *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 172 Rn. 13 „keine spezifischen Anforderungen“.

Quote beurteilt würde (z. B., indem ein Gebiet nur dann als „intakt“ begriffen wird, wenn ein bestimmtes Verhältnis von Erwerbslosen/Akademiker*innen oder ein bestimmter Prozentsatz von Menschen mit Einwanderungsgeschichte vorliegt).³⁸

Im nächsten Schritt ermittelt die Gemeinde, inwieweit das betroffene Gebiet von Verdrängungsdynamiken bedroht ist. Hierzu wertet die Gemeinde eine Vielzahl zuvor erhobener Daten aus, unter anderem zum allgemeinen Aufwertungspotential, dem gebäudebezogenen Aufwertungsdruck sowie dem bewohner*innenbezogenen Verdrängungspotential, und erstellt auf Basis dessen eine Prognose.³⁹ Die hochkomplexe Prognoseentscheidung muss sich auch auf die Frage beziehen, inwieweit infolge der befürchteten Verdrängung negative städtebauliche Folgen zu erwarten sind.⁴⁰ Letzteres wird aus dem Tatbestandsmerkmal der „besonderen städtebaulichen Gründe“ gefolgert, wobei nie geklärt worden ist, weshalb der Schutz der Wohnbevölkerung selbst kein städtebaulicher Grund sein soll.⁴¹ Jedenfalls hat sich infolge der langjährigen Praxis ein Katalog verbreiteter städtebaulicher Negativfolgen herausgebildet, auf den die Gemeinde als Leitfaden für die Begründung im jeweiligen Einzelfall rekurren kann.

Allerdings besteht auf eine Vielzahl der verdrängungsrelevanten Maßnahmen, vor allem aufgrund des praxisrelevanten Ausnahmetatbestandes in § 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 BauGB, ein Genehmigungsanspruch.⁴² § 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1 BauGB sieht – trotz bestehender Verdrängungsrelevanz i. S. v. § 172 Abs. 4 Satz 1 BauGB – ausnahmsweise für diejenigen Fälle einen Genehmigungsanspruch vor, in denen der vermietende Eigentümer eine Anpassung der Wohnung auf den „zeitgemäßen Standard einer durchschnittlichen Wohnung“ vornimmt,⁴³ wobei § 172 Abs. 4 Satz 3 Nr. 1a BauGB dies auf energetische Maßnahmen ausweitet. Da ein Gros der Maßnahmen sich *in praxi* innerhalb dieser Grenzen hält, verfängt die Milieuschutzsatzung mittlerweile eher als Monitoring-Instrument, denn als schlagkräftiges Schutzinstrument – wäre da nicht das korrespondierende städtebauliche Vorkaufsrecht.

Dieses Vorkaufsrecht gilt auf dem gesamten Gebiet der Milieuschutzsatzung und richtet sich nach ihrem Schutzzweck (§ 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Var. BauGB). Das folgt aus dem für alle kommunalen Vorkaufsrechte geltenden Gemeinwohlerfordernis (§ 24 Abs. 3 BauGB), das aufgrund der Rechtfertigungsanforderungen als Inhalts- und Schran-

38 Der Rspr. zu „Einheimischenmodellen“ entlehnt, BVerwG, Urt. v. 11.2.1993 – 4 C 18/91, NJW 1993, 2695 (2697).

39 Zur „überschießenden“ Umsetzungspraxis in *München, Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Bd. 5, § 172 (Stand: 149. EL, Februar 2023) Rn. 178; bspw. vertiefende Untersuchung für den Erlass einer Sozialen Erhaltungssatzung im *Berlin Mitte*, Stadtteil: *Wedding* v. 19.1.2016, S. 5 ff.

40 *Stock*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Bd. 5, § 172 (Stand: 149. EL, Februar 2023) Rn. 178.

41 Dies einst andeutend OVG Lüneburg, Urt. v. 25.4.1983 – 1 C 1/82, NJW 1984, 2905 (2908), das dann aber festhielt, die besonderen städtebaulichen Gründe seien in der Regel begründet, wenn die Veränderung der Wohnbevölkerungsstruktur nachteilige städtebauliche Folgen befürchten lasse, was im Gesetzgebungsverfahren, das explizit auf die Entscheidung rekurrierte, nicht mehr erörtert worden ist.

42 Zur Indizwirkung des bauordnungsrechtlichen Mindeststandards (konkret an § 48 MBO), *Stock*, in: E/Z/B/K, BauGB, Bd. 5, § 172 (Stand: 149. EL, Februar 2023) Rn. 187.

43 Zur Frage, wann (noch) eine zulässige Anpassung auf den zeitgemäßen Standard vorliegt oder (schon) eine Modernisierung, auf die kein Genehmigungsanspruch besteht s. *Stock*, in: E/Z/B/K, BauGB, Bd. 5, § 172 (Stand: 149. EL, Februar 2023) Rn. 187, wobei insb. die bauordnungsrechtlichen Mindeststandards (bspw. § 48 MBO) als Richtschnur herangezogen werden können.

kenbestimmung des Eigentumsrechts (Art. 14 Abs. 1 GG) durch das qualifizierte Ziel des Erhalts der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung spezifiziert wird.⁴⁴

Das Vorkaufsrecht soll zur Anwendung kommen, um der Gemeinde den priorisierten Erwerb eines Grundstücks zu ermöglichen, das für die Verdrängungsdynamik besonders relevant ist.⁴⁵ Meist kommt es aber gar nicht zum Grundstückserwerb, sondern die Gemeinde schließt stattdessen eine Abwendungsvereinbarung i. S. v. § 27 BauGB mit dem designierten Erwerber.⁴⁶ Diese ist gewissermaßen eine Abkürzung des kommunalen Grundstückserwerbs qua Vorkaufsrecht mit dessen anschließender Reprivatisierung unter Auflagen. Rechtstechnisch handelt es sich um einen städtebaulichen Vertrag. Dessen Inhalt variiert je nach Einzelfall, wiederkehrende Motive sind aber z. B. die Vereinbarung von Höchstmieten, Belegungsbindungen oder der Ausschluss von Staffelmieten.⁴⁷ Über das Vehikel der Abwendungsvereinbarung führt die Milieuschutzsatzung so zu einem schutzintensiven Instrument.

Ebenjene Schutzintensität ist mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. November 2021 verloren gegangen.⁴⁸ Die Entscheidung bezog sich auf den Ausschluss des Vorkaufsrechts und damit auch der Abwendungsvereinbarung auf Basis von § 26 Nr. 4 BauGB. Nach § 26 Nr. 4 BauGB ist das Vorkaufsrecht ausgeschlossen, wenn das betreffende Grundstück „entsprechend den Festsetzungen des Bebauungsplans oder den Zielen und Zwecken der städtebaulichen Maßnahme bebaut ist und genutzt wird.“ Das Bundesverwaltungsgericht sah trotz eindeutiger Hinweise in der Gesetzgebungshistorie, die in eine andere Richtung deuteten,⁴⁹ keine Möglichkeit, künftige Nutzungsabsichten des Grundstückskäufers (bspw. zur Begründung von Wohnungseigentum oder umfangreichen Modernisierungsmaßnahmen) zu berücksichtigen.

Angesichts der Bedeutung und Tragweite der Entscheidung hätte das – im Ergebnis auf gerade einmal drei Seiten begründete Urteil – differenzierter ausfallen müssen, zumal auch keine inhaltliche Auseinandersetzung mit den in Rede stehenden städtebaulichen Belangen stattgefunden hat (wie sie bei einer teleologischen Auslegung durchaus hätte erfolgen können), weder im Allgemeinen noch im Hinblick auf das streitgegenständliche Grundstück. Stattdessen beschränkte sich das Bundesverwaltungsgericht auf eine technisch anmutende Analyse des Wortlauts unter Zuhilfenahme der Gesetzgebungsmaterialien.

In der Folge waren die meisten Wohngrundstücke, die im Zeitpunkt des Vertragschlusses entsprechend bebaut waren und genutzt worden sind, vom Vorkaufsrecht ausgenommen, ganz gleich, ob der künftige Erwerber mit ihnen Luxusmodernisierungen

44 Instrukтив bei VGH München, Urt. v. 6.2.2014 – 2 B 13.2570, BeckRS 2014, 47684 Rn. 16.

45 *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 172 Rn. 122.

46 Zum Vorrang der Abwendungsvereinbarung, *Köster*, in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 24 Rn. 29.

47 Vgl. Berliner Musterabwendungsvereinbarung, Berl. Drucks. 18/24234 v. 7.8.2020, S. 4; Soziale Erhaltungsverordnung in Hamburg – Praxisleitfaden, 2019, S. 27.

48 BVerwG, Urt. v. 9.11.2021 – 4 C 1/29, NVwZ 2022, 75 (76, insb. ab Rn. 17).

49 BT-Drucks. 10/4630 v. 10.1.1986, S. 56, wonach der Gemeinde in Satzungsgebieten nach dem § 39 h BBauG Vorkaufsrechte weiter (uneingeschränkt) zustehen sollten.

oder Umwandlungen nach dem WEG-Recht plante. Praktische Folge ist auch, dass die bisher geschlossenen Abwendungsvereinbarungen aufgekündigt werden.⁵⁰

Mit der – methodisch nur vordergründig überzeugenden – Auslegung des Ausnahmetatbestands durch das Bundesverwaltungsgericht ist der Anwendungsbereich des Vorkaufsrechts massiv eingeschränkt worden. Auf die vehementen Forderungen nach einer Novellierung des Vorkaufsrechts zur Wiederherstellung der zuvor gängigen Praxis hat die Gesetzgebung – trotz anders lautender Absichtserklärungen – bislang nicht reagiert, insbesondere nicht im noch vor dem Bruch der Ampelkoalition im November 2024 eingebrachten Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der integrierten Stadtentwicklung.⁵¹ Diese Schutzlücke ist umso gravierender, als es sonst nirgends ein Vorkaufsrecht mit Kollektiveffekt gibt, insbesondere nicht im Mietrecht. Jenes kennt zwar prinzipiell das Mietervorkaufsrecht (§ 577 BGB), das aber nicht kollektiv ausgeübt werden kann, und in seiner Schutzintensität auch im Übrigen sehr begrenzt ist (z. B. wegen des Fehlens einer Informationspflicht des Eigentümers gegenüber dem Mieter bzgl. der Umwandlung der Mietwohnung in Wohnungs- bzw. Teileigentum nach dem WEG-Recht, weshalb Mieter vom Vorkaufsfall meist überrumpelt werden).⁵²

2. Die sektorale Wohnraumversorgung im unbeplanten Innenbereich

Auf der vorgelagerten Ebene der Bauleitplanung eröffnet § 9 Abs. 2d BauGB die Möglichkeit, innerhalb im Zusammenhang bebauter Ortsteile i. S. v. § 34 BauGB (sog. „unbeplanter Innenbereich“) einen Bebauungsplan zur Wohnraumversorgung zu erlassen.

Der unbeplante Innenbereich i. S. v. § 34 BauGB ist deshalb von großer Relevanz, weil ca. die Hälfte aller geplanten Wohnvorhaben über die eigentlich nur als „Übergangsvorschrift“⁵³ angedachte Regelung in § 34 BauGB realisiert wird.⁵⁴ Zugleich haben die Kommunen dort aber nur geringfügige Steuerungsmöglichkeiten – nämlich diejenigen aus § 34 BauGB, wonach das *bauliche* „Einfügen“ in „die nähere Umgebung“ maßgebliches Kriterium für die Zulässigkeit der Bebauung und Nutzung ist;⁵⁵ soziale Belange können

50 VG Berlin, Beschl. v. 9.9.2022 – VG 19 L 112/22, BeckRS 2022, 27073; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.11.2023 – OVG 2 S 56/22, BeckRS 2023, 39420; VG Berlin, Beschl. v. 9.5.2023 – 13 K 255/22, BeckRS 2023, 24403.

51 Vgl. Koalitionsvertrag für die 20. Legislaturperiode, S. 70; Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen v. 3.9.2024.

52 Holze, Rechtsgutachten für das Initiativenforum Stadtpolitik Berlin: Informationspflichten von Eigentümer*innen gegenüber Mieter*innen bei der Umwandlung von vermieteten Wohnraum in Wohnungseigentum, abrufbar unter: <https://iniforum-berlin.de/2023/11/iniforum-gutachten-zeigt-pflicht-zur-information-der-mieterinnen-bei-umwandlung-rechtlich-moeglich-und-verfassungsgemaess/>, zuletzt abgerufen am 12.12.2024.

53 Boeddinghaus, ZfBR 1991, 9 (9) zur nicht bewahrheiteten Erwartung, die Kommunen werden die baulich nutzbaren Flächen alsbald den normativen Festsetzungen von Bebauungsplänen unterwerfen; weiterführend hierzu auch Lemmel, Die Bedeutung der BauNVO für die Anwendung des § 34 BauGB, in: Berkemann/Gaentzsch/Halama et. al. (Hrsg.), FS Schlichter, 1995, S. 353 (353),.

54 Difulvhw, Bodenpolitische Agenda 2020-2030, S. 17.

55 Lemmel, Die Bedeutung der BauNVO für die Anwendung des § 34 BauGB, in: Berkemann/Gaentzsch/Halama et. al. (Hrsg.), FS Schlichter, 1995, S. 353 (357), anders noch im BBauG 1960, wonach öffentliche Belange nicht entgegenstehen durften, Gatz, DVBl 2013, 1304 (1307).

hierbei dagegen nicht berücksichtigt werden. Dieses Desiderat erkennend ist die Gesetzgebung mit § 9 Abs. 2d BauGB tätig geworden.⁵⁶

§ 9 Abs. 2d BauGB ist kein „ordinärer“ Bebauungsplan, sondern dient spezifisch der Aktivierung von bislang unbeplanten Innenbereichsflächen für die Zwecke der Wohnbebauung, und zwar wiederum speziell der jedenfalls förderfähigen Wohnbebauung. Es geht also nicht, wie beim normalen Bebauungsplan üblich, um die ganzheitliche Beplanung eines Gebiets, sondern um die sektorale Überplanung eines Gebiets, um die „bauplanungsrechtlichen Schranken des Einfügungsgebots und evtl. auch der Baugebietsstruktur zu überwinden, also einen Wohnungsneubau durch planerische Festsetzungen auch dort zu ermöglichen, wo er den rechtsbegrifflichen Kriterien des § 34 BauGB zuwiderlaufen würde.“⁵⁷

Konkret ermöglicht § 9 Abs. 2d BauGB die Überplanung des unbeplanten Innenbereichs spezifisch für Wohnprojekte durch Festsetzungen zu Flächen, auf denen Wohngebäude errichtet werden dürfen (Nr. 1), deren Wohnungen einzeln oder insgesamt die baulichen Voraussetzungen für eine Förderung mit Mitteln der sozialen Wohnraumförderung erfüllen (Nr. 2), oder denen eine tatsächliche Verpflichtung zu den Förderbedingungen zugrunde liegt (Nr. 3).

Auf diesem Wege gewinnt die Kommune zwar wohnraumorientierte Steuerungskraft über unbeplante Gebiete (auch über solche Gebiete, die faktisch einem Baugebietstypus nach der Baunutzungsverordnung entsprechen, dessen Anforderungen eigentlich keine Wohnbebauung zulassen), doch ist der Anwendungsbereich der Regelung zeitlich begrenzt (gem. § 9 Abs. 2d Satz 4 BauGB bedarf es einer förmlichen Einleitung des Bebauungsplans bis 31. Dezember 2024, wobei bislang *keine* Verlängerung vorgesehen ist).⁵⁸ Außerdem erfasst ein solcher Bebauungsplan nur die „Errichtung“ von Wohngebäuden, d. h. den Neubau sowie den Umbau bzw. Ausbau vergleichbaren Maßes, nicht aber Aufstockungen oder kleinere Baumaßnahmen.

Der „Geburtsfehler“ der Regelung besteht zuletzt aber darin, dass ihre Rechtsfolge nicht zwangsläufig in der Pflicht des Grundstückseigentümers zur Einhaltung der Bindungen der sozialen Wohnraumförderung besteht (s. § 13 WoFG, wonach die Bestimmungen zu Gegenstand, Art und Dauer der Belegungsbindungen sowie Art, Höhe und Dauer der Mietbindungen *zusammen* mit der Förderzusage getroffen werden).⁵⁹ Sofern der Eigentümer sich nicht nach § 9 Abs. 2d Nr. 3 BauGB zur Einhaltung der Förderbedingungen verpflichtet hat, und die Fördermittel auch tatsächlich in Anspruch nimmt, liegt die Preisgestaltung (in den mietrechtlichen Grenzen) gänzlich bei ihm.

Da es für eine zulässige Bebauung nach § 9 Abs. 2d BauGB bereits genügt, dass der Wohnraum den *gebäudespezifischen* Anforderungen an preisgünstigen Wohnraum entspricht (vgl. § 10 WoFG, ohne weitere Vorgaben zur preislichen Bindung) kann keinerlei Aussage über die *tatsächliche* Erschwinglichkeit des entstehenden Wohnraums getroffen werden, man denke nur das Entstehen moderner „Studios“ oder „Single-Apartments“,

56 BT-Drucks. 19/24838 v. 30.11.2020, S. 23 ff.; *Mitschang*, UPR 2021, 206 (206 ff.).

57 *Breuer*, NVwZ 2022, 585 (586).

58 *Spannowsky*, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, § 9 (Stand: 63. Ed., Oktober 2023) Rn. 154x, wonach mit der Befristung auch dem „experimentellen“ Charakter der Norm Rechnung getragen werden soll.

59 *Söfker*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Bd. 1, § 9 (Stand: 141. EL, Februar 2021) Rn. 79; OVG Koblenz, Urt. v. 26.4.2017 – 8 C 11681/16, BeckRS 2017, 109689 unter Hinweis darauf, dass insoweit allenfalls eine Verpflichtung aus Vertrag in Betracht komme.

die in ihrer Größe und ihrem Ausstattungsstandard zwar niedrigschwellig und preiswert erscheinen mögen, dies tatsächlich aber oftmals nicht sind.

3. Die städtebaulichen Gebote

Die städtebaulichen Gebote (§§ 175 ff. BauGB), allen voran das Baugebot (§ 176 BauGB) und das Modernisierungs- und Instandsetzungsgebot (§ 177 BauGB), gehören zum baurechtlichen Vollzugsinstrumentarium, das die Planung absichern soll. Sie sind mit der Baulandmobilisierungsnovelle 2021 reformiert worden, unter anderem um „den stetig wachsenden Problemen der Wohnraumversorgung auch durch die Verwirklichungsgebote Rechnung tragen zu können.“⁶⁰ Ziel der Gebote ist – neben speziellen tatbestandlichen Zielen – die Schließung von Baulücken im Innenbereich zur Nachverdichtung (vgl. § 1a Abs. 2 BauGB) bei gleichzeitigem Erhalt vorhandener Bausubstanz. Idealerweise werden die Gebote von einem Entwicklungskonzept begleitet (§ 176a BauGB), das den planvollen Umgang mit den Geboten gewährleistet.

Das *Baugebot* (§ 176 BauGB) kann – im Unterschied zum übrigen Städtebaurecht, das überwiegend Nutzungsverbote enthält – als positive Nutzungspflicht primär in Stellung gebracht werden, um Leerstand vorzubeugen, der dadurch entsteht, dass Grundstückseigentümer ihr Baurecht nicht nutzen. Das Deutsche Institut für Urbanistik plädierte bspw. dafür, das zuletzt mit dem Baulandmobilisierungsgesetz angepasste Baugebot als strategisches „Durchsetzungsinstrumentarium“ einzusetzen,⁶¹ also als ein Druckmittel in Verhandlungen mit Grundstückseigentümer*innen um die Nutzbarmachung ihrer Grundstücke.⁶² Dies gilt insbesondere in Spekulationsfällen,⁶³ in denen ein Grundstück aufgrund erwarteter Bodenwertsteigerungen nur zur Weiterveräußerung ohne jegliche Nutzungsabsicht gehortet wird. Die Gemeinde soll in solchen Fällen einschreiten und sich insbesondere auf einen dringenden Wohnbedarf berufen können, um die Nutzung des Grundstücks zu Wohnzwecken zu erzwingen (§ 175 Abs. 2 Satz 1, 2. HS BauGB). Zusätzlich enthält § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BauGB ein befristetes planakzessorisches Baugebot in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt i. S. v. § 201a BauGB. Befristet ist das Gebot, weil es von der Geltungsdauer der nach § 201a BauGB erlassenen Rechtsverordnung abhängt (§ 176 Abs. 1 Satz 2 BauGB). Über jenes Baugebot kann ein Eigen-

60 Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, vor §§ 175–179 Rn. 1.

61 Difu, Baugebote für den Wohnungsbau – von der kooperativen Aktivierung bis zur Anordnung, Bd. 1, 2023.

62 Diese Ideen erinnert an die einst erwogene Implementierung einer „Innenentwicklungsmaßnahme“ als gebietsmäßige Erweiterung der städtebaulichen Entwicklungsmaßnahme, deren Fäden wieder aufgenommen werden könnten.

63 Zusätzlich kann das von den Ländern verantwortete Zweckentfremdungsrecht aktiviert werden, das sich ebenfalls dem „taktischen Leerstand“ widmet (s. bspw. § 2 Abs. 2 Nr. 4 Berl. ZwVbG). Das ist nicht nur in den klassischen Fällen der „Hortung“ von Grundstücken in Spekulation auf steigende Bodenpreise bis zur Weiterveräußerung des Grundstücks problematisch. Problematisch sind insb. auch diejenigen Fälle, in denen Gebäude absichtlich dem Leerstand überlassen werden, auf dass jene auf einen solchen Substandard zurückfallen, dass sie unbewohnbar werden, und schließlich abgerissen werden müssen (§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 5 Berl. ZwVbG). Mit dem Abriss wird sodann großflächiges Bauland im attraktiven Innenbereich gewonnen, auf dem dann neue Bauvorhaben realisiert werden sollen; hinzu kommt der Entzug von Mietwohnraum durch die kurzzeitige Vermietung als Ferienunterkünfte (Stichwort: „AirBnB“), sowie durch tatsächlich nicht genutzte Nebenwohnungen.

tümer im Geltungsbereich eines Bebauungsplans (vor allem eines Wohnraumversorgungsbebauungsplans im Sinne des soeben besprochenen § 9 Abs. 2d BauGB) verpflichtet werden, sein Grundstück innerhalb einer angemessenen Frist mit Wohneinheiten zu bebauen, wenn im Bebauungsplan Wohnnutzungen zugelassen sind, und es sich um ein Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt handelt.

Dies klingt zwar nach einem schlagkräftigen Instrumentarium, doch ist die Frage, ob es sich nicht eher um ein stumpfes Schwert handelt,⁶⁴ nicht unberechtigt. Das Gebot wird als „schwerfällig“ empfunden und als ungeeignet, im „nennenswerten Umfang ‚gehortete oder untergenutzte Baulandreserven‘ zu mobilisieren.“⁶⁵ Es birgt die Gefahr, die (bei Nichtbefolgung drohende) Enteignung (§ 85 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) hinauszuverzögern, und zwar so lange, dass sich der Baupflichtige bei der Enteignungsentschädigung noch einen Verzögerungsgewinn sichern kann.⁶⁶ Auch bestehen kaum Abstimmungsmöglichkeiten (vgl. nur § 175 Abs. 5 Satz 2 BauGB), was im Hinblick darauf ein Risiko darstellt, dass der Eigentümer gegenüber der Gemeinde einen Übernahmeanspruch geltend machen kann (§ 176 Abs. 4 BauGB). Das bedeutet für die Gemeinde einen großen finanziellen Aufwand, vor allem bei „Schrottimmobilien“. Trotz vielversprechender Tendenzen stehen dem Baugebot somit konzeptionelle Hürden entgegen. Auch aus diesen Gründen ist die Stadt Tübingen, die einst plante, als Pionierin einer breit angelegten Baugebots-Offensive aufzutreten, im Jahr 2022 von ihren Plänen abgerückt; die Rahmenbedingungen des Baugebots und der Kostenschock im Wohnungsbau stehen der Baugebotsausübung entgegen, man setze stattdessen auf die neue Grundsteuer C für unbebaute baureife Grundstücke als Anreiz für die zügige Aktivierung der Flächen.⁶⁷ Ebenso könnte – nicht anstelle des Baugebots, sondern zusätzlich hierzu – über ein spezielles Wohnbaurecht auf Zeit (angelehnt an § 9 Abs. 2 Satz 1 BauGB) nachgedacht werden,⁶⁸ bei dem auf einem nicht bzw. geringfügig bebauten Grundstück ein Baurecht zugunsten der Nutzungsart des Wohnens geschaffen wird, das nach Ablauf einer bestimmten Frist wieder entfällt, womit zusätzlich ein positiver Anreiz zur Bebauung gesetzt wird.

Das *Modernisierungsgebot* (§ 177 BauGB), mit dem der Grundstückseigentümer für die Instandhaltung bzw. -setzung seiner Gebäude in die Verantwortung genommen werden soll, ist konzeptionell so ausgestaltet, dass es für die betreffenden Eigentümer keine ernstzunehmende „Drohkulisse“ darstellt. Zunächst ist der Anwendungsbereich mietrechtlich relevanter Modernisierungsmaßnahmen weiter gefasst: Das Mietrecht erfasst auch niedrigschwellige Maßnahmen (§ 555b Nr. BGB), es bedarf keines baulichen Missstands oder Mangels, und die Durchführung der Maßnahme muss nicht „alsbald aus städtebaulichen Gründen erforderlich“ sein (§ 175 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Entscheidend ist zuletzt, dass man bzgl. der Kostentragung ohnehin auf die mietrechtlichen Erhö-

64 Stüer, DÖV 1988, 337 (337); in diese Richtung zuvor bereits *Schlichter*, Überlegungen zum Baugebot – Vergangenes, Gegenwärtiges, Zukünftiges, in: Driehaus (Hrsg.), FS Weyreuther, 1993, S. 349 (375).

65 Breuer, NVwZ 2022, 585 (591).

66 Lücke, Das Baugebot – Ein wirksames Instrument des Bodenrechts, 1980, S. 37.

67 S. hierzu die Berichterstattung bei *Erb*, Baugebot als Instrument für mehr Wohnraum?, in: Stadt von Morgen, 22.2.2023, abrufbar unter: <https://www.stadtvonmorgen.de/news/staedtebau/baugebot-als-instrument-fuer-mehr-wohnraum-141433/>, zuletzt abgerufen am 12.12.2024; wobei dies ebenfalls problematisch ist, da hiermit nicht zwangsläufig auch *Wohn*bebauung durchgesetzt werden kann.

68 Parzefall, NVwZ 2020, 26 (27), der dieses jedoch anstatt des Baugebots angedacht hatte.

hungsmöglichkeiten (§ 559 BGB) zurückfällt (Rückschluss aus § 177 Abs. 5 BauGB), weshalb das Modernisierungsgebot demgegenüber keine Vorteile bietet.⁶⁹

IV. Fazit

Über die Gründe für das Schattendasein des Städtebaurechts bei der Suche nach Konzepten für ein sozial gerechteres Wohnen lässt sich nur spekulieren. Vornehmlicher Grund könnte sein, dass das Baurecht wegen seiner praktischen Relevanz seit jeher von einem entsprechenden Adressatenkreis praxisorientiert rezipiert wird, während eine wissenschaftliche Aufbereitung der Materie vergleichsweise unterrepräsentiert ist. Hinzu kommt, dass das Städtebaurecht stärker als andere Rechtsmaterien mit anderen Forschungsdisziplinen verschränkt ist, insbesondere der Stadtplanung, der Stadtsoziologie, aber auch mit der Raumökonomie und Architektur, auf deren Prämissen das Recht aufbaut, und mit deren neusten Befunden es in der steten Dynamik der Stadtentwicklung umgehen muss. Diese Transferleistung kann sich als einigermaßen schwerfällig erweisen, weshalb jegliche Formen von Modellprojekten und Fallstudien in Kommunen und Städten zum Einsatz neuer oder potentieller Instrumente des Städtebaurechts zu begrüßen sind, allein um hiermit neues Datenmaterial zu sammeln, und damit für eine belastbare empirische Grundlage zur Rechtfertigung der Instrumente und ihrer Effekte zu sorgen.

Eine Auseinandersetzung mit dem Städtebaurecht lohnt sich nach hiesiger Auffassung schon deshalb, weil das Städtebaurecht im wahrsten Sinne des Wortes den Boden für andere Regelungen, insbesondere solche des Mietrechts legt.⁷⁰ Ein Gros der derzeit geltenden Wohnraumschutzinstrumente folgt einer marktaffirmativen Logik. Nach den marktimmanenten Gesetzen hängen die Mietpreise von den Bodenpreisen ab, weshalb es – so man dieser Logik prinzipiell folgen möchte – sinnvoll ist, zuerst den Bodenmarkt zu regulieren, der den Mietmarkt prädeterminiert. Dabei sollte der hier vorgenommene Abriss der ausgewählten baurechtlichen Instrumente eine erste Idee vom noch nicht erschöpften Potential des Städtebaurechts zum Schutz von Bewohner*innenstrukturen geben.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive hat der Baugesetzgeber mit Blick auf Art. 14 Abs. 2 GG dem Grunde nach jedenfalls hinreichend Spielraum,⁷¹ um – in Abhängigkeit von der gegebenen Versorgungslage auf dem (Miet)Wohnungsmarkt – einen weitergehenden Wohnraumschutz auch städtebaurechtlich zu forcieren. Die Leitbildneutralität des Baurechts mag das Städtebaurecht zwar immun gegenüber all solchen Zielgrößen ma-

69 Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 177 Rn. 33.

70 Daneben treten aber auch Regelungen des Zweckentfremdungsrechts, des Wohnraumaufsichtsrechts, des Erbbaurechts, des Steuer- und Abgabenrechts, des Förderrechts u. v. m., die jedoch allesamt entweder von den Regelungen zur Bodennutzung abhängen oder hiermit im Zusammenhang stehen; zur Ausgangslage und zu den Hintergründen der Bodenproblematik s. *Heinz/Belina*, Die Kommunale Bodenfrage – Hintergrund und Lösungsstrategien, Studien 2/2019, 1. Aufl., S. 7 f.; für den Wohnungsmarkt s. *Lange*, Staatliche Wohnraumvorsorge, 2023, S. 479, die schlussfolgert, dass die Ausgangsbedingungen des Staates, für eine angemessene Wohnraumversorgung der Bevölkerung zu sorgen, „aufgrund einiger in der Vergangenheit getroffener politischer Entscheidungen denkbar schlecht“ seien.

71 Zum Recht auf angemessenen und bezahlbaren Wohnraum und den verfassungsrechtlichen Begründungstopoi und Direktiven für den Wohnraumschutz s. *Schollmeier*, Die Gewährleistung von angemessenem und bezahlbarem Wohnraum als Verfassungsfrage, 2020.

chen, die nicht im legislativen Prozess Bestandteil des Gesetzes geworden sind; allerdings bieten die bauleitplanerischen Grundsätze hinreichend Anknüpfungspunkte, um ein soziales Bodenrecht im jeweiligen Einzelfall durch eine gerechte Abwägung aller Belange umzusetzen. Es ist an der Verwaltung und an den Gerichten, die hiermit eröffneten Spielräume auch tatsächlich zu nutzen.

Trotz dieser eigentlich günstigen legislativen Ausgangslage zeigen sich für eine Vielzahl städtebaulicher Instrumente (nicht nur für die hier behandelten) im Detail konzeptionelle Hürden. Damit ihnen nicht nur in der Anwendung durch die Verwaltung, sondern auch reformerisch durch den Gesetzgeber begegnet werden kann, bedarf es einer Anreicherung und Absicherung von Datenmaterial, sowie einer Ausweitung von Fallstudien, Modellprojekten und Planspielen, v. a. aber einer stärkeren Auseinandersetzung mit den stadtsoziologischen Befunden, damit künftig auch ein „soziales Städtebaurecht“ und nicht nur ein „soziales Mietrecht“ diskutiert werden kann.

Laetitia Bornscheuer

Wohnungsgenossenschaften und ihr Beitrag zur sozialen Wohnraumorganisation

I. Einleitung

Wer auf den derzeit angespannten Wohnungsmärkten Zugang zu genossenschaftlich organisiertem Wohnraum finden kann, wird Erleichterung verspüren. Während Wohnraummietpreise stetig ansteigen und für viele Haushalte zu einer erheblichen finanziellen Last werden,¹ bieten Wohnungsgenossenschaften ihren Mitgliedern Wohnraum weiterhin zu vergleichsweise günstigen Konditionen an.²

Genossenschaftliches Wohnen bedeutet jedoch nicht nur günstiges Wohnen. Die Mitglieder von Wohnungsgenossenschaften können an der Verwaltung ihrer Genossenschaft mitwirken und dadurch auf die Gestaltung ihres Wohnraums Einfluss nehmen.³ Aufgrund der gesellschaftsrechtlich determinierten Strukturen von Wohnungsgenossenschaften genießen sie Möglichkeiten der demokratischen Mitbestimmung, die den Mieter*innen anderer Wohnungsunternehmen in der Regel verwehrt bleiben.⁴ Zudem wirkt die mitgliederzentrierte Organisation von Wohnungsgenossenschaften der Kommodifizierung ihres Wohnungsbestandes entgegen.⁵ Wo Wohnraum nicht als Ware verstanden

- 1 Eine durch den Berliner Mieterverein in Auftrag gegebene Studie zeigt, dass sich ein Drittel der Berliner Miethaushalte nicht eigenständig am Wohnungsmarkt versorgen kann; sie wenden im Durchschnitt 45% ihres Einkommens für die Bruttokaltmiete auf. Die Studie basiert auf im Rahmen des Mikrozensus Wohnen 2022 erhobenen Daten. BMV, Pressemitteilung 17/24 v. 28.5.2024, <https://www.berliner-mieterverein.de/presse/pressearchiv/berliner-mieterverein-praesentiert-studie-zur-mietbelastung-und-zahlungsfahigkeit-der-berliner-mieterinnen.htm>; Angaben zur bundesweiten Mietbelastung, ebenfalls basierend auf den Daten des Mikrozensus 2022, finden sich auf der Webseite des Statistischen Bundesamtes mit Stand v. 19.2.2024, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Wohnen/Tabellen/tabelle-wo6-mieten-haushaltsnettoeinkommen.html>.
- 2 Während Mieter*innen privater Wohnungsunternehmen 2018 bundesweit im Durchschnitt 7,30 Euro je Quadratmeter Nettokaltmiete bezahlten, lag der durchschnittliche Quadratmeterpreis von Wohnungsgenossenschaften bei 6,40 Euro und damit auch unter dem Bundesdurchschnitt, Destatis, Pressemitteilung N 001 v. 1.10.2019, https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/10/PD19_N001_129.html.
- 3 Zum Selbstverwaltungsgrundsatz von Genossenschaften Volker Beuthien, in: Beuthien/Wolff/Schöpfli, 16. Aufl. 2018, GenG § 1, Rn. 39.
- 4 Wie es zu einer verbesserten Mitbestimmung der Mieter*innen in Wohnungsunternehmen durch entsprechende Anwendung verschiedener arbeitsrechtlicher Mechanismen kommen kann, zeigt der Beitrag von Timo Laven in diesem Schwerpunkt.
- 5 Ivo Balmer/Tobias Bernet, Housing as a Common Resource? Decommodification and Self-Organization in Housing – Examples from Germany and Switzerland, in: Dellenbaugh et al, (Hrsg.), Urban Commons, Moving Beyond State and Market, Basel 2015, 178-195, 188ff., Noah Neitzel,

DOI: 10.5771/0023-4834-2025-1-69

wird, erfährt seine soziale Bedeutung als Lebensmittelpunkt und Ort der Persönlichkeitsentfaltung⁶ stärkere Gewichtung. Dennoch können sich auch Wohnungsgenossenschaften den Marktlogiken, die weite Teile der Wohnungswirtschaft dominieren,⁷ nicht vollständig entziehen. Die konsequente Umsetzung sozialer und mitgliederorientierter Wohnungspolitik kann dadurch ins Wanken geraten.

Der folgende Beitrag ist eine Einführung in das Recht der eingetragenen Genossenschaft; dargestellt werden insbesondere das genossenschaftliche Förderzweckprinzip sowie die Mitgliederstrukturen der eingetragenen Genossenschaft (Punkt II.). Der Beitrag zeigt sodann, wie diese gesellschaftsrechtlichen Strukturen der Wohnungsgenossenschaften Spielräume für die soziale Organisation von Wohnraum eröffnen (Punkt III.). Letztlich wird der Einfluss marktwirtschaftlicher Logiken auf die Wohnungsgenossenschaften und ihre Geschäftsführung dargestellt, woraus eine verminderte Berücksichtigung von Mitgliederbelangen in Fragen der Wohnraumorganisation resultieren kann (Punkt IV.).

II. Die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft

Die Ursprünge der genossenschaftlichen Rechtsform, wie sie heute durch die Regelungen des Genossenschaftsgesetzes (GenG) bestimmt wird, liegen im 19. Jahrhundert. Genossenschaften entwickelten sich im Zuge der Industrialisierung in verschiedenen Sektoren der Wirtschaft: Es kam unter anderem zur Gründung gewerblicher Genossenschaften sowie zur Gründung der uns hier interessierenden Wohnungsgenossenschaften.⁸ Genossenschaften dienten – und dienen – ihren Mitgliedern im Kern als Instrument „*gemeinschaftlicher Selbsthilfe*“.⁹ Was das Individuum allein nicht bewältigen kann, bewältigt es gemeinsam mit anderen in der Gruppe.¹⁰

Die Vordenker*innen der Genossenschaftsbewegung waren von einer großen Heterogenität geprägt und stammten aus unterschiedlichsten politischen Lagern.¹¹ Mit Blick auf die Geschichte der Wohnungsgenossenschaften in Deutschland sei hier auf *Victor Aimé Huber* verwiesen. Der christlich-konservative Sozialreformer wollte mit der Gründung von Wohnungsgenossenschaften Arbeiter*innen aus der Armut verhelfen und ihnen so ein Umfeld bereiten, in dem ein „geregeltes, christliches Familienleben“ geführt werden kann.¹² Prominente Namen sind zudem *Friedrich Wilhelm Raiffeisen*, dessen Ideen

Wohnraum-Commons – Rechtliche Ansätze für das Wohnen jenseits von Markt und Staat, KJ 57 (2024) Heft 3, 334, 339 ff.

6 Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet die Wohnung in einer Entscheidung aus dem Jahr 1964 als „Mittelpunkt der menschlichen Existenz“, BVerfGE 18, 121, 131 f. v. 1.7.1964.

7 Wie Gesetzgebung im Bereich der Wohnungswirtschaft durch marktaffirmative Logiken geprägt wird, analysiert Emma Sammet in diesem Schwerpunkt.

8 Ingrid Schmale, Ideen- und Realgeschichte der Genossenschaften in Industriegesellschaften im 19. Jahrhundert, in: Blome-Drees et al. (Hrsg.), Handbuch Genossenschaftswesen, Wiesbaden 2023, 1-35, 17 ff.

9 Beuthien (Fn. 3), § 1, Rn. 8.

10 S. bspw. Hermann Schulze-Delitzsch, Die Genossenschaften in einzelnen Gewerbszweigen, in: Thorwart (Hrsg.), Hermann Schulze-Delitzsch's Schriften und Reden, Band I, Berlin 1909, 748-818, 752.

11 S. dazu bspw. Gisela Notz, Genossenschaften, Geschichte, Aktualität und Renaissance, Stuttgart 2021, 33 ff.

12 Notz (Fn. 11), 37 f.; s. auch die Ausführungen zu Victor Aimé Huber bei Schmale (Fn. 8), 18 f.

zur Gründung ländlicher Kredit- und Warengenossenschaften führten,¹³ und *Hermann Schulze-Delitzsch*, der mit der Bildung von Genossenschaften die Wettbewerbsfähigkeit Kleingewerbetreibender fördern wollte¹⁴. Letzterer nahm auch auf die Gesetzgebung zu Genossenschaften im 19. Jahrhundert großen Einfluss und damit auf die heutigen Regelungen des GenG.¹⁵ Einige dieser Regelungen werden im Folgenden dargestellt: Es erfolgt eine Einführung in die Besonderheiten des Förderzwecks der eingetragenen Genossenschaft und die rechtliche Stellung der Genossenschaftsmitglieder.

1. Der Förderzweck der eingetragenen Genossenschaft

Der Förderzweck ist das „charakteristische Merkmal der Rechtsform“ der eingetragenen Genossenschaft.¹⁶ Nach § 1 Abs. 1 GenG sind Genossenschaften „Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern [...]“. Die Förderung der Genossenschaftsmitglieder erfolgt demnach durch den Abschluss von Rechtsgeschäften zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern (sogenannte Förder- und Zweckgeschäfte).¹⁷ Folglich nehmen die Mitglieder im Verhältnis zu ihrer Genossenschaft eine Doppelrolle ein: Sie sind Mitglied und Kund*in zugleich.¹⁸ So beziehen beispielsweise Einkaufsgenossenschaften Waren von Dritten und veräußern diese an ihre Mitglieder weiter. Die genossenschaftliche Förderung liegt darin, dass durch den zentralen Einkauf über die Genossenschaft die Mitglieder die Waren zu günstigeren Konditionen beziehen können, als wenn sie einzeln am Markt aufgetreten wären.¹⁹ Der Förderzweck bildet das Herzstück der gemeinschaftlichen Selbsthilfe in der eG: Genossenschaften werden gegründet, damit ihre Mitglieder über sie mit Waren und Dienstleistungen versorgt werden können.²⁰ Der Förderzweck von Wohnungsgenossenschaften ist die Wohnraumvermietung an ihre Mitglieder. Welche konkreten Förderleistungen die Mitglieder über ihre Genossenschaft beziehen, legen sie selbst in der Satzung fest, bei deren Ausgestaltung ihnen große Spielräume zukommen.²¹

Aufgrund dieses spezifischen Förderzwecks sind der Mitgliederförderung durch die eingetragene Genossenschaft auch Grenzen gesetzt, was insbesondere im Verbot der sogenannten Dividendengenossenschaft zum Ausdruck kommt: Eine Genossenschaft kann ihren Förderauftrag nicht allein dadurch wahrnehmen, dass sie im Geschäftsverkehr mit

13 Notz (Fn. 11), 41 ff.; ergänzend Schmale (Fn. 8), 22 ff.

14 Notz (Fn. 11), 39 f.; ergänzend Schmale (Fn. 8), 20 ff.

15 Notz (Fn. 11), 40; Werner Schubert, Die Entstehung des Genossenschaftsgesetzes von 1889, in: Institut für Genossenschaftswesen der Westfälischen Wilhelms-Universität/Schubert (Hrsg.), 100 Jahre Genossenschaftsgesetz, Tübingen 1989, 21-56, 22 ff.

16 BT-Drs. 16/1025, 81.

17 Stefan Geibel in: Henssler/Strohn, 6. Aufl. 2024, GenG, § 1, Rn. 3.

18 „Förderwirtschaftliches Identitätsprinzip“, Beuthien (Fn. 3), § 1, Rn. 8.

19 Geibel (Fn. 17), § 1, Rn. 21, 22.

20 Beuthien (Fn. 3), § 1, Rn. 8.

21 Mit kritischen Anmerkungen Rolf Steding, Genossenschaftsrecht, Baden-Baden 2002, 85 ff.

Dritten erzielte Gewinne an ihre Mitglieder als Kapitalertrag ausschüttet.²² „Gemeinschaftlich Geld zu verdienen, ist kein genossenschaftlicher Zweck.“²³ Überschreitet eine eingetragene Genossenschaft die Grenzen ihres Förderzwecks, kann dies sogar ihre Auflösung nach sich ziehen, § 81 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 GenG.²⁴

2. Die Mitglieder der eingetragenen Genossenschaft

Die Generalversammlung nach § 43 Abs. 1 GenG ist das Organ, in dem die Mitglieder „ihre Rechte in Angelegenheiten der Genossenschaft“ ausüben können.²⁵ Das GenG weist der Generalversammlung einige zentrale Kompetenzen zu: So obliegt es ihr gem. § 16 GenG sämtliche Satzungsänderungen zu beschließen. Ebenso kann die Generalversammlung nach § 24 Abs. 2 GenG grundsätzlich über die Wahl und Abberufung der Vorstandsmitglieder entscheiden. Ähnliches gilt gem. § 36 Abs. 1 und Abs. 3 GenG für die Wahl und den Widerruf der Bestellung zum Aufsichtsratsmitglied. Gem. § 27 Abs. 1 Satz 2 GenG kann die Generalversammlung zudem Beschränkungen in der Satzung festsetzen, die der Vorstand bei der Leitung der Genossenschaft zu beachten hat.²⁶ In der Generalversammlung hat jedes Mitglied gem. § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG eine Stimme. Unabhängig davon, wie viele Geschäftsanteile ein einzelnes Mitglied an der Genossenschaft hält, gilt bei Abstimmungen folglich das Prinzip „one person, one vote“.²⁷ Dieses Kopfstimmrecht wird als *genossenschaftliches Demokratieprinzip* bezeichnet.²⁸ Das Demokratieprinzip i.S.v. § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG kann in begrenztem Umfang abgeschwächt werden. Unter den Voraussetzungen des § 43 Abs. 3 GenG können Mehrstimmrechte durch die Satzung gewährt werden. Hat eine Genossenschaft mehr als 1.500 Mitglieder, kann in der Satzung gem. § 43a Abs. 1 Satz 1 GenG zudem bestimmt werden, dass die Generalversammlung aus Vertreter*innen der Mitglieder besteht („Vertreterversammlung“). Bestimmte Beschlüsse können der Generalversammlung in diesem Fall per Satzung weiterhin vorbehalten bleiben, § 43a Abs. 1 Satz 2 GenG. Außerdem gilt in Genossenschaften das Prinzip der *Selbstorganschaft*: Gem. § 9 Abs. 2 Satz 1 GenG müssen „Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats [...] Mitglieder der Genossenschaft und natürliche Personen sein“. Folglich besteht auch in diesen Organen eine personelle Kopplung an die Mitgliederbasis der eingetragenen Genossenschaft. Die genannten Regelungen sind es-

22 Bspw. BGH, Beschluss v. 16.3.2009 – II ZR 138/08 –, juris, Rn. 12: „reiner Anlagezweck der Schuldnerin [ist] genossenschaftsrechtlich wegen § 1 Abs. 1 GenG a.F. unzulässig“; Beuthien (Fn. 3), Rn. 10 ff.

23 Beuthien (Fn. 3), § 1, Rn. 10.

24 Dazu Volker Beuthien, Was tun, wenn eingetragene Genossenschaften ihren Förderzweck missachten, Zur Reformbedürftigkeit des § 81 I 1 GenG bei Rechtsformverfehlung, NGZ 2020, 681-688.

25 Unter Verweis auf den § 43 Abs. 1 GenG spricht Picker von einer „originäre[n] Geschäftsführungskompetenz“ der Generalversammlung, Christian Picker, Genossenschaftsidee und Governance, Tübingen 2019, 92.

26 Eine Übersicht zu den verschiedenen Zuständigkeiten der eG findet sich bei Geibel (Fn. 17), § 43 Rn. 1-4; S. zur Vorschrift des § 27 GenG auch die Ausführungen unter Punkt IV.2.

27 Denga spricht in diesem Kontext von der „demokratischen DNA“ der eG, Michael Denga, Grundzüge der Genossenschaft, JA 10 (2021), 1202-1208, 1203.

28 Beuthien (Fn. 3), § 1, Rn. 41; Geibel (Fn. 17), § 1, Rn. 47.

sentiell für die Umsetzung des genossenschaftlichen *Grundsatzes der Selbstverwaltung*,²⁹ einem Merkmal, dem gerade auch in Wohnungsgenossenschaften als sozialen Akteuren der Wohnungswirtschaft eine bedeutende Rolle zukommt.

III. Wohnungsgenossenschaften als soziale Akteure der Wohnungswirtschaft

Warum Genossenschaften so beliebte Anbieter von Wohnraum sind, lässt sich mit Blick auf die oben beschriebenen Charakteristika der eingetragenen Genossenschaft bereits erahnen und soll nun im Folgenden genauer nachgezeichnet werden.

1. Wohnungsgenossenschaften und ihr Förderzweck

Durch die förderwirtschaftlich ausgestaltete Beziehung zwischen der eingetragenen Genossenschaft und ihren Mitgliedern wird genossenschaftlicher Wohnraum nicht als Anlageobjekt behandelt.³⁰ Es ist gerade Aufgabe der Genossenschaft, ihre Mitglieder für die Dauer der Mitgliedschaft, potenziell also ein Leben lang, mit Wohnraum zu versorgen. Hingegen geht es nicht darum, den genossenschaftlichen Wohnungsbestand zu möglichst hohen Preisen an Dritte zu vermieten und darüber erzielte Gewinne, etwa als Kapitaldividende, an die Mitglieder auszuschütten.³¹ Entsprechend formuliert beispielsweise die Berliner Bau- und Wohnungsgenossenschaft von 1892 eG ihren Zweck wie folgt: „Zweck der Genossenschaft ist vorrangig eine *gute, sichere und sozial verantwortbare* Wohnversorgung der Mitglieder der Genossenschaft (H.d.V.).“³² Dies zeigt, dass das Verhältnis zwischen Genossenschaft und Mitglied in der Theorie nicht durch Interessengegensätze geprägt ist,³³ wie sie wohl typischerweise im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter bestehen und in der Regel noch intensiviert werden, wenn Wohnraum von Investoren zur Kapitalanlage gemacht wird³⁴. Die Miethöhe in Wohnungsgenossenschaften ist nicht auf Profitmaximierung ausgerichtet, sondern es erfolgt eine Bereitstellung des genossenschaftlichen Wohnraums zu kostendeckenden Konditionen.³⁵

29 Beuthien (Fn. 3), § 1, Rn. 39; Denga (Fn. 27), 1204.

30 Vgl. Balmer/Bernet (Fn. 5), Neitzel (Fn. 5).

31 Dies soll nicht bedeuten, dass die eG grundsätzlich keinen Gewinn erzielen darf; auch sie hat Einnahmen zu generieren, um als Unternehmen bestehen bleiben zu können., Beuthien (Fn. 3), § 1, Rn. 10 b; zu der Wirkweise von kapitalmarktorientierten Unternehmen als Vermieter, Klaas Hendrik Eller, *The political economy of tenancy contract law – towards holistic housing law*, *European Law Open* 1 (2022), 987-1005, insb. 994 f.

32 Die Satzung ist abrufbar unter folgendem Link: https://1892.de/wp-content/uploads/2022/08/web_1892_Satzung_Juli-2022.pdf.

33 Zum Interessengleichlauf zwischen der eG und ihren Mitgliedern siehe m.w.N. Picker (Fn. 25), 210. Zu den Konflikten, zu denen es in Wohnungsgenossenschaften mit Blick auf die Festsetzung eines angemessenen Nutzungsentgeltes dennoch kommen kann, s. Punkt IV.1.

34 Zur Veränderung mietrechtlicher Beziehungen durch die Finanzialisierung des Immobilienmarktes Klaas Hendrik Eller, *Privatrecht in der Wohnungskrise: Soziales Mietrecht und die Verfassung des Wohnungsmarktes*, in: Croon-Gestefeld et al., *Das Private im Privatrecht*, Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft, Baden-Baden 2022, 75-97, 84 ff.; Eller (Fn. 31), 992 ff.

35 Barbara Crome, *Entwicklung und Situation der Wohnungsgenossenschaften in Deutschland*, Informationen zur Raumentwicklung, Heft 4.2007, 211-221, 212.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass das genossenschaftliche Nutzungsverhältnis in der Praxis häufig nicht allein durch die Bestimmungen der Satzung ausgestaltet wird. Stattdessen wird auch hier zusätzlich ein Nutzungsvertrag geschlossen, auf den die mietrechtlichen Regelungen der §§ 535 ff. BGB grundsätzlich Anwendung finden. Bei der Auslegung der Vorschriften können jedoch die Besonderheiten des genossenschaftlichen Nutzungsverhältnisses zu beachten sein.³⁶

2. Selbstverwaltetes und gemeinschaftliches Wohnen in der Genossenschaft

Die Mitglieder von Wohnungsgenossenschaften können über die Generalversammlung auf die Satzung ihres eigenen „Vermieters“ Einfluss nehmen, § 16 GenG. Damit bieten Wohnungsgenossenschaften Spielräume, auf Bedürfnisse in der Wohnraumversorgung einzugehen, auf deren Beachtung viele Mieter*innen üblicherweise nicht hoffen dürfen. Gleichzeitig kann durch die entsprechende Ausgestaltung der Satzung die Verwirklichung verschiedener politischer Zielsetzungen mitverfolgt werden.

So können die Mitglieder von Wohnungsgenossenschaften zum Beispiel festlegen, dass sie über ihre Genossenschaft nicht nur mit Wohnungen, sondern auch mit Gemeinschaftsräumen versorgt werden möchten. Dies wird in vielen Wohnungsgenossenschaften bereits der Fall sein.³⁷ Auch wenn die Bereitstellung von Gemeinschaftsräumen erstmal nicht spektakulär wirken mag, kann sie zu einem Baustein feministischer Wohnraumorganisation werden. Gemeinsame Nutzflächen sind mögliche Orte der Vernetzung, über die Aufgaben wie Kinderbetreuung und anderweitige Haushaltsarbeit kollektiv organisiert werden können. Die Erledigung dieser Aufgaben erfolgt dann nicht mehr nur innerhalb der klassischen Kernfamilie, wodurch insbesondere alleinerziehende Personen entlastet werden können.³⁸

Ähnliches lässt sich wohl auch mit Blick auf die Integration von Gewerbeflächen in genossenschaftlich verwaltete Gebäude mit Wohnungsbestand³⁹ annehmen. Wie die Forschung im Bereich der gendergerechten Stadtplanung zeigt, weisen Personen, die hauptsächlich Care-Arbeit übernehmen, kettenartige Bewegungsmuster auf. Sie bringen morgens ihr Kind in die Schule, fahren dann zur Arbeit, nach der Arbeit in den Supermarkt, holen ihr Kind wieder aus der Schule ab und bewegen sich danach wieder nach Hause. Diesen komplexen Bewegungsmustern kann stadtplanerisch entgegenwirkt werden, in-

36 BGH, Urteil vom 10.9.2003 – VIII ZR 22/03 –, juris, Rn. 8 Ausführlich zum genossenschaftlichen Nutzungsverhältnis unter Aufbereitung der einschlägigen Rechtsprechung: Jan Holthaus/Dirk J. Lehnhoff, in: Lang/Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, 39. Aufl. 2019, GenG § 1 Rn. 70 ff.

37 Vgl. § 1 Abs. 3 der Satzung der Berliner Bau- und Wohnungsgenossenschaft von 1892 eG, der u.a. von der Bereitstellung von Gemeinschaftsanlagen spricht (Fn. 32).

38 Marina Comajo Soto, Collaborative housing from a gender perspective, The socio-spatial housing experience of female-headed households, in: Güntner et al. (Hrsg.), The social dimension of social housing, Leipzig 2023, 62–71, 65 ff. Der zitierte Aufsatz analysiert spanische und nicht deutsche Wohnungsgenossenschaften. In der Konzeption des deutschen und des spanischen Genossenschaftsrechts gibt es jedoch einige Parallelen, die eine Bezugnahme auf die genannte Literatur an dieser Stelle rechtfertigen. Für eine Einführung in das spanische Recht der Genossenschaften s. Gemma Fajardo, Spain, in: Fajardo et al. (Hrsg.), Principles of European Cooperative Law, Principles, Commentaries and National Reports, Cambridge 2017, 517–623.

39 Ebenfalls bereits in § 1 Abs. 3 der Satzung der Berliner Bau- und Wohnungsgenossenschaft von 1892 eG genannt (Fn. 32).

dem gemischte Quartiere entstehen: Arbeit und Bildung aber auch Infrastrukturen wie Supermärkte und Sporteinrichtungen sollten sich in nächster Nähe zum Wohnort befinden.⁴⁰ Hierzu tragen Wohnungsgenossenschaften bei, wenn sie nicht nur Wohnraum anbieten, sondern auch Gewerbeflächen für Supermärkte oder gar Kindertagesstätten. Das Steuerrecht setzt der Vermietung von Gewerbeflächen durch Wohnungsgenossenschaften jedoch recht enge Grenzen, § 5 Abs. 1 Nr. 10 KStG. Soll der Beitrag von Wohnungsgenossenschaften zu einer sozialen Quartiersentwicklung durch die Bereitstellung von Wohn- und Gewerbeflächen in der Zukunft stärker gefördert werden, wäre eine Anpassung der relevanten steuerrechtlichen Regelungen vorzunehmen.

Genossenschaften können jedoch nicht nur einen Beitrag zur feministischen Wohnraumorganisation leisten. Sie werden zudem als potenzielle Akteure des Klimaschutzes in Städten gehandelt.⁴¹ Auch mit dem Konzept der Nachhaltigkeit werden Genossenschaften in der Forschung zunehmend in Verbindung gebracht.⁴²

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, welche Potenziale Wohnungsgenossenschaften für die Verwirklichung sozialer Wohnstrukturen bieten. Als Unternehmen, die wirtschaftliche und soziale Zielsetzungen miteinander verbinden, können sie mit der Dominanz von Marktlogiken brechen und bieten Möglichkeiten, „solidarische, zivilgesellschaftliche und lebensweltliche Belange in ökonomisches Handeln“ zu integrieren.⁴³ Allerdings lassen sich auch im Genossenschaftssektor Entwicklungen beobachten, die die Umsetzung mitgliedernaher und sozialer Wohnprojekte gefährden können.

IV. Der Einfluss des Wohnungsmarktes auf die Umsetzung genossenschaftlicher Wohnprojekte

Im Folgenden sollen zwei Problemkreise dargestellt werden, die zu einer Schwächung des sozialen Charakters genossenschaftlicher Wohnstrukturen führen können; beide sind Ausdruck des Einflusses marktwirtschaftlicher Logiken auf Wohnungsgenossenschaften.

40 Jana Schollmeier, „Ein Gender-Check muss Bestandteil der Bauleitplanung werden“, Interview mit Dr. Mary Dellenbaugh-Losse, djbZ 1/2024, 8-11, 8 f.; Dies., Gendergerechte Stadtentwicklung, Wie wir eine Stadt für alle bauen, Wiesbaden 2024, 109 ff.; S. ergänzend auch den Beitrag von Alina Holze zum Schutz von Bewohnerstrukturen im Städtebaurecht.

41 S. die Beiträge in Schröder/Walk (Hrsg.), Genossenschaften und Klimaschutz, Akteure für zukunftsfähige, solidarische Städte, Wiesbaden 2014.

42 S. dazu bspw. die Ausführungen von Michael Denga, Genossenschaften als Vehikel der Nachhaltigkeit, NGZ 2022, 1179-1185; Ingrid Schmale, Nachhaltigkeit von und durch Genossenschaften, in: Blome-Drees et al. (Hrsg.), Handbuch Genossenschaftswesen, Wiesbaden 2020, 1-24 sowie Ville Pönkä, The Cooperative as Platform for Sustainable Business Operations, in: Sjäfell/Bruner, The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability, Cambridge 2019, 682-695.

43 Susanne Elsen, Genossenschaften als Organisationen sozialer Transformation und Entwicklung – Von Italien lernen, in: Kamphausen (Hrsg.), Genossenschaften in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Weilerswist 2022, 229-239, 229 ff., s. auch Nicole Göler von Ravensburg, Die Strategie für Soziale Innovationen und Gemeinwohlorientierte Unternehmen im Lichte der Genossenschaftsforschung, ZfG 2024, 74(1), 1-16.

1. Die Anpassung genossenschaftlicher Nutzungsentgelte an den Mietspiegel

Die Vorstände einiger großer Wohnungsgenossenschaften scheinen sich in der Ausgestaltung ihrer Nutzungsentgelte zunehmend an die Entwicklungen des Mietspiegels und damit auch an die Entwicklungen von Mietpreisen renditeorientierter Unternehmen anzupassen.⁴⁴ In seiner Dissertationsschrift analysiert *Josha Metzger* die Beweggründe für die entsprechende Ausgestaltung der Nutzungsentgelte in acht großen Hamburger Wohnungsgenossenschaften. Die von ihm interviewten Vorstände geben für die Anpassung an den Mietspiegel verschiedene Gründe an: Sie empfinden ihn als einen objektiven Richtwert, der die Nutzungsentgelte einer willkürlichen Festlegung entzieht. Ebenfalls können über ihn die Nutzungsentgelte für die einzelnen Wohnungen aneinander angeglichen werden, sodass eine Gleichbehandlung der Genossenschaftsmitglieder mit Blick auf die von ihnen zu entrichtenden Mietzahlungen gewahrt bleibt. Letztlich können die höheren Einnahmen für Investitionen in den Wohnungsbestand genutzt werden.⁴⁵ Zwar bleiben die von den Mitgliedern zu entrichtenden monatlichen Zahlungen laut *Metzger* trotz kontinuierlicher Steigerungen unterhalb der durchschnittlichen Erhöhungen des Mittelwertes des Hamburger Mietspiegels (Zeitraum 2011-2017). Dennoch ist die Konsequenz der Preissteigerung eine Verringerung des günstigen Wohnungsbestandes in Hamburg. Die steigenden Entgelte können außerdem für Mitglieder mit geringeren Einkommen zu einer großen finanziellen Belastung werden.⁴⁶ Zudem geben die befragten Vorstände an, nicht nur die Bedürfnisse ihrer aktuellen Mitglieder durch die mittels der Mietsteigerungen finanzierten Modernisierungen und Neubauten abdecken zu wollen. Stattdessen soll dadurch zukünftig auch eine einkommensstärkere Klientel für das genossenschaftliche Wohnen gewonnen werden.⁴⁷

Gegen diese Mieterhöhungen formiert sich aus der Mitgliederbasis jedoch Widerstand. Ein Beispiel hierfür ist die Initiative „Genossenschaft von unten“,⁴⁸ welche Grundsätze für die Mietenkonzeption in Wohnungsgenossenschaften entwickelt hat. Der Mietspiegel wird als Maßstab für die Bildung des Nutzungsentgeltes von der Initiative abgelehnt. Ebenfalls wird vorgeschlagen, Mieterhöhungen von der General- bzw. Vertreterversammlung oder auf Forderung der Mitglieder durch Mietgliederentscheid bestätigen zu lassen. Deutlich wird auch, dass sich die Mietenkonzeption von Wohnungsgenossenschaften, letztlich in Umsetzung des genossenschaftlichen Förderzwecks, an den Bedürfnissen der aktuellen und nicht potentiell zukünftigen Mitglieder zu orientieren hat. Entsprechend wird die Möglichkeit der Senkung von Nutzungsentgelten bei verminderter Zahlungsfähigkeit von Mitgliedern durch Renteneintritt oder Arbeitslosigkeit vorgesehen.⁴⁹

Die Bereitstellung bezahlbaren Wohnraums dürfte als ein Kernbestandteil sozialer Wohnraumorganisation zu verstehen sein. Insofern erscheint es von großer Bedeutung,

44 Joscha Metzger, *Genossenschaften und die Wohnungsfrage, Konflikte im Feld der Sozialen Wohnungswirtschaft*, Münster 2021, 215 ff.

45 Metzger (Fn. 44), 219.

46 Metzger (Fn. 44), 219, 220.

47 Metzger (Fn. 44), 226 ff.

48 <http://www.genossenschaft-von-unten.eu/initiative.html>.

49 Genossenschaft von unten, *Grundsätze einer Mietenkonzeption für Wohnungsgenossenschaften v. 26.3.2022*, <http://www.genossenschaft-von-unten.eu/2022-03-26-grundsätze-einer-mietenkonzeption-gvu.pdf>.

dass Wohnungsgenossenschaften sicherstellen, gerade ihre einkommensschwächeren Mitglieder durch die zu zahlenden Nutzungsentgelte nicht überproportional zu belasten. Mietkonzeptionen, wie sie von der Initiative „Genossenschaft von unten“ entwickelt werden, können hierzu einen Beitrag leisten.

2. Der Einfluss der Genossenschaftsmitglieder auf Fragen der Geschäftsführung

Der zweite dargestellte Problembereich betrifft das Verhältnis von Generalversammlung und Vorstand. In großen Wohnungsgenossenschaften lässt sich eine gewisse Mitgliederapathie mit Blick auf die Beteiligung in Fragen der Geschäftsführung beobachten.⁵⁰ Gleichzeitig fokussieren sich Vorstand (und auch Aufsichtsrat) in ihrer Tätigkeit darauf, den wirtschaftlichen Erfolg der Genossenschaft zu garantieren. Die Mitglieder werden von ihnen primär als Kund*innen gesehen; ihre Spielräume zur Mitbestimmung in der Genossenschaft schwinden.⁵¹

Als ein rechtlicher Grund für diese schwindende Mitbestimmung wird häufig der § 27 Abs. 1 GenG identifiziert.⁵² Im Jahr 1973 entschied sich der deutsche Gesetzgeber dazu, die Leitung der Genossenschaft durch ihren Vorstand der Vorschrift des § 76 Abs. 1 AktG⁵³ anzugleichen. Es war erklärtes Ziel des Gesetzgebers, die Stellung des Vorstandes gegenüber der Generalversammlung zu stärken und damit auch die eingetragene Genossenschaft als Rechtsform wettbewerbsfähiger zu machen.⁵⁴ Der Genossenschaftsvorstand war in der Folge nicht mehr an Beschlüsse der Generalversammlung gebunden.⁵⁵ Diese Gesetzesänderung wurde 2017 in Teilen revidiert: Genossenschaften mit nicht mehr als 20 Mitgliedern konnten nun in ihrer Satzung eine Bindung ihres Vorstandes an die Weisungen der Generalversammlung festlegen.⁵⁶ Auch diese Reform des § 27 Abs. 1 GenG hat die Debatte über die Rechte der Mitglieder, auf ihre Geschäftsführung per Weisung Einfluss nehmen zu können, nicht abklingen lassen. Dies zeigt sich mit Blick auf den Re-

50 Ronald Hartz et al., Partizipationspraktiken in Genossenschaften – Eine Untersuchung des normativen Anspruchs und der Alltagsrealität, Berlin 2020, 86, wobei die Autor*innen trotz Mitgliederapathie eine relativ hohe Kundenzufriedenheit feststellen. Eine niedrige Mitgliederpartizipation ist auch in den durch Josha Metzger untersuchten Wohnungsgenossenschaften zu beobachten; Die befragten Vorstände gaben an, dass an den Vertreter- bzw. Generalversammlungen ihrer Wohnungsgenossenschaften im Durchschnitt um die 50 Personen teilnehmen, in Einzelfällen bis zu 400, Metzger (Fn. 44), 220. Die kleinste der befragten Genossenschaften hatte im Zeitpunkt der Untersuchung 3.393 Mitglieder, Metzger (Fn. 44), 214.

51 Hartz et al. (Fn. 50), 85, 86, ergänzend Melanie Hühn et al., Partizipation und Sinnstiftung in Genossenschaften, Z'GuG, 44. (4) 2021, 518–535, 526, 527.

52 Auch zur Reform des § 27 Abs. 1 GenG hat die Initiative „Genossenschaft von unten“ bereits einen Vorschlag erarbeitet, Vorschläge zur Neuordnung oder zu Änderungen im Genossenschaftsgesetz vom 18.8.2006, Stand: 26.3.2022, <http://www.genossenschaft-von-unten.eu/2022-03-26-vorschlaege-zur-aenderung-geng.pdf>.

53 „Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten.“

54 BT-Drs. 7/97, 16, 22; Dazu auch Sebastian Reif, Geschichte des deutschen Genossenschaftsrechts, in: Blome-Drees et al. (Hrsg.) Handbuch Genossenschaftswesen, Wiesbaden 2022, 1–29, 14.

55 Volker Beuthien, Die Leitungsmachtsgrenzen des Genossenschaftsvorstandes (Zur Bindung des Vorstandes an das Status sowie an Geschäftsordnungen, Geschäftsanweisungen oder Beiräte), ZfgG 1975, 25(1), 180–205, 182; Die Möglichkeit, die Leitungsmacht des Vorstandes über § 27 Abs. 1 Satz 2 GenG zu beschränken, bestand jedoch nach wie vor, Reif (Fn. 54).

56 Der Gesetzgeber reagierte damit auf Kritiken aus Wissenschaft und Praxis zur Genossenschaftsnovelle des Jahres 1973, BT-Drs. 18/11506, 27.

gierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der genossenschaftlichen Rechtsform vom 6.11.2024, der eine erneute Änderung des § 27 Abs. 1 Satz 3 GenG vorsieht: „Bei Genossenschaften mit nicht mehr als 1.500 Mitgliedern kann die Satzung vorsehen, dass der Vorstand an Weisungen der Generalversammlung oder eines aus der Mitte der Generalversammlung gebildeten Entscheidungsgremiums gebunden ist.“⁵⁷ Laut Entwurfsbegründung soll es der Eigenverantwortlichkeit der Mitglieder überlassen bleiben, ob sie eine Bindung ihres Vorstand an die Weisungen der Generalversammlung per Satzung festlegen. Die Grenze von 1.500 Mitgliedern entspricht der Regelung des § 43a Abs. 1 Satz 1 GenG, wonach bei Genossenschaften mit mehr als 1.500 Mitgliedern die Vertreterversammlung gebildet werden darf.⁵⁸

Die Reform würde in dieser Form zwar keine Auswirkungen auf die Rechtslage der Wohnungsgenossenschaften mit einer höheren Mitgliederzahl haben. Allerdings zeigt sie, dass es nach wie vor Stimmen gibt, die die Möglichkeiten zur Selbstverwaltung der Genossenschaftsmitglieder (wieder) stärken möchten. Mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung der rechtlichen Strukturen der eingetragenen Genossenschaft stellt sich die Frage, wie ihre Handlungsfähigkeit als ein am Markt agierendes Unternehmen aufrechterhalten werden kann, ohne dass die sie prägenden Merkmale wie das Förderzweckprinzip und die Selbstverwaltung ihrer Mitglieder untergraben werden. Dies ist der Konflikt, der die Debatten um den § 27 Abs. 1 GenG bestimmt⁵⁹ und damit die Spielräume absteckt, die den Mitgliedern für die Zwecke ihrer Selbstverwaltung offenstehen.

V. Fazit

Mit der eingetragenen Genossenschaft kennt das Recht seit langer Zeit eine Rechtsform, die der Kommodifizierung von Wohnraum entgegenwirkt und die Belange ihrer Mitglieder in den Vordergrund rückt. In diesem Beitrag wurden der Förderzweck der eingetragenen Genossenschaft sowie die rechtliche Stellung ihrer Mitglieder beleuchtet. Beide Aspekte werden als Grundpfeiler der sozialen Wohnraumorganisation durch Genossenschaften verstanden. Mit Blick auf die angespannte Lage auf den Wohnungsmärkten scheint es daher lohnend, Wohnungsgenossenschaften bei der Umsetzung ihrer Wohnprojekte gerade auch staatlicherseits zu unterstützen und damit sicheren und gemeinschaftlich organisierten Wohnraum zu fördern.⁶⁰ Dies gilt auch, obwohl Genossenschaften nicht vollständig losgelöst von den marktwirtschaftlichen Logiken agieren, die sie umgeben. Aus diesem Grund sollte bei der Umsetzung genossenschaftlicher Wohnpro-

57 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der genossenschaftlichen Rechtsform v. 6.11.2024, 9.

58 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der genossenschaftlichen Rechtsform v. 6.11.2024, 48. Diese Grenze von 1.500 Mitgliedern war in dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der genossenschaftlichen Rechtsform des BMJ v. 3.7.2024 noch nicht enthalten. Zum Referentenentwurf Michael Denga, Zur Reform des Genossenschaftsrechts, NGZ 2024, 1155–1161, insb. 1158.

59 Ausführlich dazu Picker (Fn. 25), 331 ff., 335 ff.

60 Wie Genossenschaftsprojekte gerade auch finanziell unterstützt werden können, ist eine dringliche Frage, die Stoff für weitere Aufsätze bietet. Die Vergangenheit hat jedenfalls gezeigt, dass der mitgliederfinanzierte Erwerb von Bauland große finanzielle Risiken birgt, die die an sich begrüßenswerte Neugründung von Genossenschaften in Gefahr bringen kann. S. beispielhaft die Berichterstattung der taz zur Möckernkiez eG, Antje Lang-Lerndorff, Berliner Genossenschaft droht Pleite, Teures Lehrstück in bester Lage, taz v. 11.6.2015; Dies., Modellprojekt auf Geldsuche, Möckernkiez vor der Entscheidung, taz v. 23.9.2015.

jekte allerdings auf Beteiligungsmöglichkeiten für breite Bevölkerungsgruppen geachtet werden. Dies beinhaltet die Bereitstellung von Wohnungen zu geringen Nutzungsentgelten; damit können Wohnungsgenossenschaften auch Personen ein sicheres Zuhause bieten, für die die Mietpreisentwicklungen auf den Wohnungsmärkten eine besondere Härte darstellen.

Anna-Katharina König

Vom Papier zur Praxis

Ein kritischer Blick auf die Mobilisierung der Mietpreisbremse

I. Einleitung: Die Mietpreisbremse und ihr Durchsetzungsdefizit

Deutsche Städte sehen sich zunehmend mit den sozialen Auswirkungen steigender Mietpreise konfrontiert, durch die einkommensschwache Haushalte aus den Innenstädten verdrängt werden. Allein zwischen 2013 und 2023 sind die durchschnittlichen Angebotsmieten in Großstädten mit über 100.000 Einwohner*innen inflationsbereinigt um 34 % gestiegen.¹ In Berlin lag der Anstieg der mittleren Angebotsmieten in diesem Zeitraum sogar bei 84,8 %, ² in München bei immerhin 49,3 %.³

Dass die Mietpreise in Deutschland steigen dürfen (und auch steigen sollen⁴) ist im Regelungsmechanismus des deutschen Mietrechts ausdrücklich angelegt. Für Neuvermietungen erlaubt die in § 556d BGB verankerte Mietpreisbremse in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt einen Preisanstieg auf bis zu 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete.⁵ Die Vergleichsmiete bildet sich dabei aus einem Durchschnittswert aller Mieten, die in den letzten sechs Jahren für Wohnungen vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage vereinbart oder geändert wurden (§ 558 II BGB). Auch gestiegene Neubaumieten sowie Neuvertragsmieten fließen damit in die ortsübliche Vergleichsmiete ein, weshalb sich ihr Wert kontinuierlich erhöht. Umgekehrt finden ältere und damit günstigere Mietverträge keinen Eingang in den Vergleichsmietenwert. Durch die Begrenzung der Angebotsmieten auf 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete werden die Mieten also weder gedeckelt noch eingefroren. Sie werden – wie bereits aus dem Namen der Mietpreisbremse hervorgeht – lediglich gebremst.

1 Studie des Leibniz-Instituts für Wirtschaftsforschung im Auftrag des Tagesspiegel: Mieten steigen ortsweise um 100 Prozent, Kaufpreise um 200 Prozent, Tagesspiegel 15.11.2023, <https://interaktiv.tagesspiegel.de/lab/mietsteigerungen-wohnungskrise-in-welchen-deutschen-staedten-die-mieten-und-kaufpreise-besonders-stark-steigen/>.

2 Entwicklung der Angebotsmieten für Wohnungen in Berlin (in Euro pro Quadratmeter), Empirica 16.07. 2024, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/535119/umfrage/mietpreise-auf-dem-wohnungsmarkt-in-berlin/>.

3 Entwicklung der Angebotsmieten für Wohnungen in München (in Euro pro Quadratmeter), Empirica 16.7.2024, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/535280/umfrage/mietpreise-auf-dem-wohnungsmarkt-in-muenchen/>.

4 Ziel ist es, einen Anreiz für Investitionen in den Wohnungsneubau durch profitorientierte Akteure zu setzen. Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs des Mietrechtsnovellierungsgesetzes (Miet-NovG) der Bundesregierung, BT Drs. 18/3121, 21.

5 Vgl. allerdings die Ausnahmetatbestände der §§ 556e, 556f BGB.

Doch selbst diesen Zweck verfehlt das Regelungsinstrument in der Praxis: Die Begrenzung der Neuvermietungsrenten auf 10 % über der ortsüblichen Vergleichsrente unterliegt insbesondere in Städten mit angespanntem Wohnungsmarkt – also in Gebieten, in denen die Mietpreisbremse gem. § 556d II BGB überhaupt nur angewendet werden darf – einem gravierenden Durchsetzungsdefizit. So zeigt eine vom Berliner Mieterverein in Auftrag gegebene Analyse, dass die überwiegende Mehrheit privater Vermieter*innen in der Hauptstadt die Mietpreisbremse missachtet. In über 81–91% der ausgewerteten Wohnungsanzeigen überschritten die Wiedervermietungsrenten das eigentlich zu erwartende Preisniveau bei Einhaltung der Mietpreisbremse.⁶ Eine Studie des Instituts der deutschen Wirtschaft ergab außerdem, dass die Einführung der Mietpreisbremse in Berlin, München, Hamburg, Köln, Düsseldorf, Frankfurt am Main und Stuttgart keinen faktischen Einfluss auf den Anstieg der dortigen Neuvermietungspreise hatte,⁷ was maßgeblich darin begründet liegt, dass Mieter*innen die Mietpreisbremse selten überhaupt kennen und insbesondere davor zurückscheuen, einen zivilgerichtlichen Prozess anzustrengen.⁸

Das Durchsetzungsdefizit der Mietpreisbremse gibt Anlass, einen genaueren Blick auf die Mobilisierung des Rechts im Kontext angespannter Wohnungsmärkte zu werfen. Rechtsnormen werden mobilisiert, indem soziale Akteure sie zur Artikulierung und Durchsetzung ihrer Interessen und Bedürfnisse nutzen.⁹ Eine Rechtsmobilisierung findet also immer dann statt, wenn das Recht als Medium einer gesellschaftlichen Auseinandersetzung – wie hier eines Verteilungskonflikts um Wohnraum – dient.¹⁰ Umgekehrt fehlt es an einer Mobilisierung, wenn eine Rechtsnorm von der sozialen Wirklichkeit, die sie zu regulieren beabsichtigt, entkoppelt ist.¹¹ Im Folgenden soll nach den Bedingungen

- 6 Arnt von Bodelschwingh/Marleen Dettmann/Hendrik Schlichting, Wiedervermietungsrenten und Mietpreise in Berlin, Kurzanalyse für den Berliner Mieterverein e.V. vom 27.5.2016, 11; Vgl. auch: Für eine wirklich soziale Wohnungspolitik, Forderungen von Wissenschaftler:innen der Wohn- und Stadtforschung, sub\urban (2018), 205 (210).
- 7 Philipp Deschermeier/Björn Seipelt/Michael Voigtländer, Evaluation der Mietpreisbremse, IW Policy Paper vom 25.4.2017, 4, 19f.; Andrej Holm/Stephan Junker/Kevin Neitzel, Wem nutzen wohnpolitische Maßnahmen?, Hans-Böckler-Stiftung, September 2018, 55.
- 8 Für eine wirklich soziale Wohnungspolitik, Fn. 6, 210.
- 9 Michael McCann, Rights at Work, Chicago/London 1994, 6; Frances K Zemans, Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System, American Political Science Review (1983), 690 (700).
- 10 Untersuchungen zur Mobilisierung des Rechts gehen insbesondere auf die US-amerikanische Rechtssoziologie der 1970er und 1980er Jahre zurück. Grundlage dieser Mobilisierungsforschung ist ein Verständnis des Recht als soziale Praxis: Indem sich soziale Akteure auf Rechtsnormen beziehen – diese also mobilisieren, übersetzen sie die soziale Wirklichkeit in die Logik und Formsprache des Rechts. Neben der Auslegung und Durchsetzung von Rechtsnormen durch Gerichte kann damit jede Bezugnahme auf das Recht (ob in Medien, auf der Straße oder im privaten Bereich) als eine Form der Rechtsmobilisierung verstanden werden. Zu den sozialen Bedingungen der Rechtsmobilisierung und zum Einfluss der Rechtsmobilisierung auf die soziale Wirklichkeit vgl. insbesondere: Marc Galanter, Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, Law & Society Review (1974), 95 ff.; Richard Lempert, Mobilizing Private Law: An Introductory Essay, Law & Society Review (1976), 173 ff.; Joel Handler, Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Legal Change, New York 1978; Zemans, Fn. 9, 700; Martha Minow, Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover, Yale Law Journal (1987), 1860 (1861 f.); Sally E Merry, Getting Justice and Getting Even, Chicago 1990; McCann, Fn. 9, 6 ff. (mwN).
- 11 Donald J Black, The Mobilization of Law, The Journal of Legal Studies (1973), 125 (126).

für die Mobilisierung der Mietpreisbremse und für die Inanspruchnahme des dort verankerten Mieter*innenschutzes gefragt werden. Ein Blick auf bestehende Forschung der Rechtssoziologie zeigt, dass die Mietpreisbremse einem reaktiven System der Rechtsmobilisierung zugeordnet werden kann, welches den Zugang zu Rechtsschutz der privaten Initiative einzelner Mietparteien überantwortet (II).¹² Dieses individualistische Mobilisierungssystem führt im Fall der Mietpreisbremse dazu, dass strukturelle Hürden in der Inanspruchnahme mietrechtlichen Schutzes zu einer privaten Angelegenheit des Einzelfalls reduziert werden und dass systemische Verstöße gegen die Mietpreisbremse nicht als solche erkannt werden. Dieses Defizit macht es erforderlich, in der deutschen Wohnungspolitik über alternative Formen der Mietrechtsmobilisierung nachzudenken (III). Ideen für solche Alternativen finden sich unter anderem mit Blick in die Geschichte: Der Aufsatz beleuchtet die Entstehung und Idee der sog. Mieteinigungsämter in Deutschland, durch die mietrechtliche Streitigkeiten in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts von den Zivilgerichten auf Verwaltungsbehörden übertragen und damit in ein proaktives Mobilisierungssystem eingebettet wurden. Die Idee der Mieteinigungsämter regt dazu an, auch im heutigen Kontext finanzialisierter Wohnungsmärkte über proaktive Mechanismen der Mietrechtsmobilisierung nachzudenken (IV).

II. Status quo: Reaktives System der Rechtsmobilisierung

Der Vollzug der Mietpreisbremse obliegt gem. § 556g BGB den Parteien eines jeden Mietvertrags. Überschreiten Vermieter*innen die zulässige Miethöhe, so ist es an der jeweiligen Mieterin, dies zu prüfen sowie gegebenenfalls gerichtlich geltend zu machen. Die Mobilisierung der Mietpreisbremse, d.h. die Kenntnis der §§ 556d ff. BGB und ihre tatsächliche Geltendmachung, liegt damit in der privaten Verantwortung einer jeden Vertragspartei.¹³

Das deutsche Mietpreisrecht steht damit geradezu idealtypisch für ein reaktives System der Rechtsmobilisierung. Reaktive Mobilisierungssysteme zeichnen sich dadurch aus, dass sie die Anwendung und Durchsetzung des Rechts der Verantwortungssphäre des Individuums zuordnen. Der Begriff geht auf den US-amerikanischen Rechtssoziologen *Donald J. Black* zurück, demzufolge Prozesse der Rechtsmobilisierung auf zwei Arten initiiert werden können: Entweder eine Rechtsnorm wird durch Bürger*innen geltend gemacht oder aber der Staat initiiert ihre Mobilisierung.¹⁴ Letzteres bezeichnet *Black* als proaktive Form der Rechtsmobilisierung, da die Prüfung und Geltendmachung eines Rechtsverstoßes nicht erst auf Veranlassung der Bürger*innen erfolgt, sondern aktiv durch den Staat in Gang gesetzt wird. Ein reaktiver Prozess der Rechtsmobilisierung erfolgt demgegenüber erst in Reaktion auf das Tätigwerden von Bürger*innen und ist dabei auf den Einzelfall der jeweiligen Rechtsstreitigkeit beschränkt.¹⁵ Reaktive Formen

¹² Ebd., 128.

¹³ Kritisch hierzu auch Joachim Kummer, Ein bürgerlich-rechtlicher Mietendeckel für den Bund?, *VerfBlog* 15.4.2021, <https://verfassungsblog.de/ein-buergerlich-rechtlicher-mietendeckel-fur-den-bund/>.

¹⁴ *Black*, Fn. 11, 128.

¹⁵ Bereits Rudolf von Jhering erkannte, dass Rechtsnormen einer „praktischen Verwirklichung“ bedürften, was im Privatrecht ausschließlich der „Initiative und Selbsttätigkeit“ der Privatperson überlassen sei. Rudolf von Jhering, *Der Kampf um's Recht* [1882], in: Ermacora, *Der Kampf um's*

der Rechtsmobilisierung lassen sich daher traditionell dem Zivilrecht zuordnen, während eine proaktive Rechtsmobilisierung klassischerweise durch Verwaltungs- sowie Strafverfolgungsbehörden erfolgt.¹⁶

Die Differenzierung zwischen reaktiven und proaktiven Formen der Rechtsmobilisierung bietet einen wertvollen Ansatz, um die Bedingungen für den tatsächlichen Vollzug rechtlicher Normen zu analysieren. Auch im Kontext der Mietpreisbremse kann er fruchtbar gemacht werden. Die Form der Rechtsmobilisierung entscheidet darüber, unter welchen Bedingungen eine Vorschrift ihre tatsächliche Schutzwirkung entfaltet und inwiefern Rechtsverstöße identifiziert und korrigiert werden. Es sind ebendiese beiden Aspekte – die tatsächliche Inanspruchnahme von Rechtsschutz und die Identifikation von Rechtsverstößen – die im reaktiven Mobilisierungsmodell der Mietpreisbremse nicht gewährleistet sind und die maßgeblich zu deren Durchsetzungsdefizit beitragen.

1. Inanspruchnahme von Rechtsschutz

Die Mietpreisbremse verfolgt den Zweck, wohnungssuchende Haushalte vor einem drastischen Anstieg der Angebotsmieten zu schützen. Um diesen Schutz aber auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen, müssen Mieter*innen erstens die Mietpreisbremse überhaupt kennen, zweitens die zulässige Miethöhe ihrer Wohnung berechnen, drittens die Mietzahlung auf die zulässige Höhe begrenzen bzw. die bereits überzahlte Miete gegenüber der Vermieterin zurückverlangen¹⁷ und dies viertens gegebenenfalls auch gerichtlich geltend machen. Empirische Erhebungen zeigen, dass auf jeder dieser vier Stufen strukturelle Hürden im Zugang zu Rechtsschutz bestehen, die im reaktiven Mobilisierungssystem der Mietpreisbremse der individuellen Verantwortung einzelner Mieter*innen zugewiesen sind.

Dass die Mobilisierung der Mietpreisbremse bereits auf der ersten Stufe scheitert, konnte insbesondere eine Studie im Auftrag des Hamburger Senats nachweisen. Demnach wussten im Jahr 2018 insgesamt 56% der befragten Miethaushalte nicht, dass in der Stadt überhaupt die Mietpreisbremse gilt.¹⁸ Eine Studie der LMU München kam im Jahr 2024 zu dem Ergebnis, dass sogar 67 % der befragten Münchner Haushalte keine Kenntnis von der Geltung der Mietpreisbremse hatten.¹⁹ Diese Zahlen decken sich mit einer Erhebung des Instituts für Verbraucherpolitik, wonach bundesweit 59 % der Befragten

Recht – zum hundertsten Todesjahr des Autors, Berlin 1992, 105 f.; Dies hat jüngst Gregor Albers im Kontext von Massenverfahren weitergedacht, demzufolge das Zivilverfahren so auszugestalten ist, dass es den Einzelnen ermöglicht, ihre Rechte tatsächlich zu verteidigen: Gregor Albers, Kampf ums Recht? Massenverfahren und Rechtsverwirklichung im Lichte der neusten Gesetzgebung, JZ (2024), 261 (264).

¹⁶ Black, Fn. 11, 138.

¹⁷ § 556g I BGB sieht eine Teilunwirksamkeit der vereinbarten Miethöhe vor, soweit diese die zulässige Miete überschreitet; Vgl. Markus Artz/Ulf Börstinghaus, Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz, NZM (2019), 12 (14).

¹⁸ IWU, Evaluation der Mietpreisbremse in Hamburg, 2019, 92.

¹⁹ Rebekka Schade/Felicitas Sommer/David Prokosch/Isabela Bertolini Coelho/Anna-Carolina Haensch/Frauke Kreuter, Mieten-Umfrage München, 2024, 2.

nicht über den Regelungsgehalt der Mietpreisbremse informiert sind.²⁰ Doch selbst bei Kenntnis der Rechtslage fehlt es in einem zweiten Schritt häufig an anwendungsbezogenen Informationen, um die Miethöhe der eigenen Wohnung prüfen zu können. So ergab die Hamburger Studie, dass 77 % der dortigen Miethaushalte nicht wissen, wie sie die ortsübliche Vergleichsmiete berechnen können.²¹ Dabei wirkt es sich insbesondere aus, dass schon die Einordnung der eigenen Wohnung in die ortsübliche Vergleichsmiete von vagen Faktoren wie der Qualität des Wohnraums und der Lage abhängt, was nicht immer objektiv bestimmbar ist. Der Anteil der Mieter*innen, die insgesamt genügend Informationen zur Durchsetzung der Mietpreisbremse besitzen, wurde daher im Ergebnis auf nur 5 % geschätzt.²² Und sogar innerhalb dieser kleinen Gruppe, scheuen viele Mieter*innen vor dem nächsten Schritt – einer Geltendmachung gegenüber der Vermieterin – zurück. Nur 11 von insgesamt 1,638 befragten Mieter*innen gaben an, nach Feststellung einer überhöhten Miete, diese gem. § 556g II BGB gerügt und zurückverlangt zu haben.²³ Zu hoch sei demnach die Sorge vor einer Gefährdung des Mietverhältnisses durch Konfrontation mit der vermietenden Partei.²⁴ Auch der vierte Schritt – die zivilgerichtliche Durchsetzung der Mietpreisbremse – wird daher nur sehr selten bestritten. Mieter*innen scheuen vor den hohen Prozesskosten sowie -risiken zurück,²⁵ was angesichts ihrer Handlungsmöglichkeiten im Zivilverfahren nicht unbegründet ist: Denn entweder verweigern Mieter*innen die Zahlung einer überhöhten Miete und setzen sich damit dem Risiko einer Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs aus.²⁶ Oder aber, sie zahlen die überhöhte Miete und klagen sodann die Differenz zur zulässigen Miethöhe nachträglich ein, was jedenfalls kurz- und mittelfristig ein erhebliches finanzielles Risiko mit sich bringen würde.²⁷

Diese strukturellen Hürden im Zugang zu Rechtsschutz sind im BGB nicht gänzlich unberücksichtigt geblieben. So verpflichtet § 556g I a BGB Vermieter*innen beispielsweise dazu, unaufgefordert Auskunft über die vorherige Miethöhe sowie über mögliche Ausnahmetatbestände von der Mietpreisbremse zu geben. Dies soll es der neuen Mietpartei ermöglichen, überhaupt Kenntnis von der zulässigen Miethöhe zu erlangen. Ist die Auskunft unterblieben, so schuldet die Mieterin für zwei Jahre lediglich die Miethöhe der Mietpreisbremse, d.h. 110 % der ortsüblichen Vergleichsmiete – und zwar auch dann, wenn ein Ausnahmetatbestand der Mietpreisbremse einschlägig ist. Darüber hinaus erlaubt § 556g I iBGB Mieter*innen, einen Verstoß gegen die Mietpreisbremse bis zu 30 Monate nach Vertragsschluss geltend zu machen und die in diesem Zeitraum zu viel geleistete Miete herauszuverlangen. Das Mietrecht berücksichtigt damit, dass wohnungssu-

20 Christian Thorun/Max Vetter, Mietpreisbremse: Wissen, praktische Hürden und Befürchtungen von Mieterinnen und Mietern, ConPolicy 28.6.2016, 2 f.; Wobei in Gebieten, in denen die Mietpreisbremse gilt, lediglich 52 % der Befragten keine Kenntnis über die Mietpreisbremse hatten.

21 IWU, Fn. 18, 93.

22 Ebd.

23 Ebd., 96. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt auch die Münchner Umfrage zur Mobilisierung der Mietpreisbremse aus dem Jahr 2024. Nur 8 von insgesamt 356 Befragten haben demnach eine Mietsenkung eingefordert. Vgl. Schade/Sommer/Prokosch/Coelho/Haensch/Kreuter, Fn. 19, 2.

24 IWU, Fn. 18, 94.

25 Ebd., 95; Thorun/Vetter, Fn. 20, 6 f.; Holm/Junker/Neitzel, Fn. 7, 56.

26 Artz/Börstinghaus, Fn. 17, 14 f.

27 Kritisch in Bezug auf die privatrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten eines möglichen privatrechtlichen Mietendeckels auch Kummer, Fn. 13.

chende Haushalte die Überschreitung der Mietpreisbremse selten zu Beginn eines Mietverhältnisses adressieren, um den Vertragsschluss nicht zu gefährden.

Ein Kernproblem der Mietpreisbremse – die Individualisierung der Inanspruchnahme von Rechtsschutz – bleibt damit aber dennoch bestehen. Denn auch die hier erläuterten Schutzvorschriften müssen Mieter*innen individuell geltend machen. Gibt eine Vermieterin keine Auskunft über das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands, so führt dies nicht automatisch zu einer Reduzierung der Miete auf 110% der ortsüblichen Vergleichsmiete.²⁸ Die Abrede über die Miethöhe bleibt wirksam; im Streitfall kann sich die Vermieterin nur nicht auf sie berufen.²⁹ Es ist damit erneut an der Mieterin, eine Verletzung der Auskunftspflicht geltend zu machen und die eigene Mietzahlung – in Abweichung von der vereinbarten Miethöhe – auf 110% der ortsüblichen Vergleichsmiete zu beschränken.³⁰ Die Pflicht von Vermieter*innen zur „unaufgeforderten“ Auskunft aus § 556 Ia BGB kehrt sich damit (rechts-)praktisch in ihr Gegenteil. Ähnliches gilt für den Rückforderungsanspruch der Mieterin für den Fall, dass eine überhöhte Miete gezahlt wurde. Ein solcher Anspruch entsteht gem. § 556g II BGB erst mit einer Rüge durch die Mieterin, womit die Initiativlast erneut bei der strukturell schwächeren Partei liegt. Vor dem Hintergrund, dass Mieter*innen ihre Ansprüche – wie oben erläutert – in der Praxis nur selten geltend machen, kann es für Vermieter*innen wirtschaftlich betrachtet durchaus sinnvoll sein, zunächst einen unzulässig hohen Mietpreis zu fordern und auf das Ausbleiben einer Rückforderung zu spekulieren. Damit gelangt das zweite Defizit der Mietpreisbremse – ihre systemische Nichtbeachtung – in den Blick.

2. Identifikation von systemischen Rechtsverstößen

Die Form der Rechtsmobilisierung wirkt sich nicht nur auf den individuellen Zugang zu Rechtsschutz aus. Wie *Black* betont, enthält ein System der Rechtsmobilisierung immer auch eine Entscheidung darüber, wie Rechtsverstöße überhaupt identifiziert werden und wie Wissen über Rechtsverstöße organisiert ist.³¹ Der Rechtsmobilisierung kommt also auch eine epistemische Dimension zu. Ist die Rechtsmobilisierung auf den individuellen Einzelfall beschränkt, so können Rechtsverstöße auch nur für diesen Einzelfall erkannt und korrigiert werden. Für *Black* folgt daraus, dass reaktive Systeme der Rechtsmobilisierung stets nur einzelfallbezogene, nicht aber systemische Rechtsbrüche (sog. „patterns of illegality“) erkennen können.³² Zu einer ähnlichen Einschätzung gelangt auch der Rechtswissenschaftler *Klaas Eller*, der in einem Beitrag zur politischen Ökonomie des Rechts die einzelfallbezogene Perspektive des Mietvertragsrechts kritisiert. Da das Mietvertragsrecht stets auf eine Einzelfallgerechtigkeit zwischen zwei Parteien abziele, verfüge es nicht über das begriffliche Instrumentarium, um die komplexen Verwertungsstrategien des heutigen Wohnungsmarktes zu erfassen.³³ *Eller* verweist dabei insbesondere auf die Folgen der sog. Finanzialisierung des Wohnungsmarktes, in deren Zuge unterschied-

28 Peter Schüller, in: BeckOK BGB, 71. Ed. 1.8.2024, § 556g, Rn. 19.

29 Astrid Siegmund, in: Blank/Börstinghaus/Siegmund, Miete, München 2023, § 556g BGB, Rn. 21.

30 Kritisch hierzu auch Artz/Börstinghaus, Fn. 17, 14 f.

31 Black, Fn. 11, 137.

32 Ebd.

33 Klaas H Eller, The Political Economy of Tenancy Contract Law – Towards Holistic Housing Law, European Law Open (2022), 987 (991–998, 1002 f.).

liche Kapitalmarktakteure (wie Investor*innen, Wohnungsunternehmen, Analyst*innen oder Makler*innen) Mietwohnraum als profitgenerierende Finanzanlage verwerten.³⁴ Das Ausreizen der Mietpreise – auch über die Mietpreisbremse hinaus³⁵ – ist ausdrücklich im System des Kapitalmarkts angelegt.³⁶ Durch den Fokus auf einzelne, bilaterale Mietvertragsverhältnisse gerät dieser finanzwirtschaftliche Verwertungsdruck und das Zusammenwirken verschiedener Finanzmarktakteure nun aber aus dem Blickfeld. Das Mietvertragsrecht reduziert die preistreibenden Strukturen des Wohnungsmarktes auf einzelne Vertragsbeziehungen. Dies hat zur Folge, dass jeder Mietpreis für sich genommen aus seinen breiteren, politökonomischen Zusammenhängen gelöst und damit entpolitisiert wird.³⁷

Was Eller hier auf materieller Ebene kritisiert, lässt sich auch auf die Ebene der Rechtsmobilisierung übertragen. Kann das Recht ausschließlich durch Individuen im Einzelfall mobilisiert werden und liegt die Initiativlast noch dazu auf den Schultern der strukturell schwächeren Partei, so verstellt dies den Blick auf systemische Überschreitungen der Mietpreisbremse, wie sie beispielsweise in Berlin in 81–91 % der Wiedervermietungsmieten vorliegen.³⁸ Das individualistische Mobilisierungssystem des Mietpreissrechts hat also zur Folge, dass strukturelle Rechtsverstöße überhaupt nicht als solche identifiziert werden können.

In Bezug auf die Mietpreisbremse, sind ebensolche Rechtsverstöße aber gerade zu befürchten: Um Zugang zu Wohnraum zu erhalten und das bestehende Mietverhältnis nicht zu gefährden, unterwirft sich ein Großteil der Mieter*innen den Erwartungen und Anforderungen der Vermieter*innen – und zwar auch dann, wenn diese gegen das (Mietpreis-)Recht verstoßen.³⁹ Auf dem deutschen Wohnungsmarkt konnte sich daher eine informelle Praxis herausbilden, die vom geltenden Mietpreissrecht weitgehend entkoppelt ist. Solange die Geltendmachung von Rechtsverstößen aber weiterhin der einzelnen Mieterin überantwortet ist, werden systemische Mietpreisüberschreitungen – und damit die Informalität des deutschen Wohnungsmarktes – im Schatten rechtlicher Erkenntnisfähigkeit bleiben.

III. Alternative Mechanismen der Rechtsmobilisierung: Zur Geschichte und Idee der Mieteinigungsämter

Die hier erläuterten Defizite einer reaktiven Mobilisierung der Mietpreisbremse regen dazu an, über alternative Formen der Mietrechtsmobilisierung nachzudenken. Einen ersten Denkanstoß kann dabei ein Blick in die Geschichte geben. Dass die Mobilisierung

³⁴ Ebd., 993 f.

³⁵ Vgl. eine Studie von Finanzwende e.V. zu den Geschäftspraktiken finanziellierter Wohnungsunternehmen. Demnach umgehen finanziellisierte Vermieter*innen die Mietpreisbremse, bzw. erhöhen die Miete ohne Bezug zum Mietspiegel, um eine höhere Abschöpfungsquote zugunsten von Aktionär*innen zu erreichen; Jorim Gerrard/Uwe Zöllner/Michael Peters, Rendite mit der Miete, Finanzwende Recherche, 2023, 37.

³⁶ Zum systemischen Ausreizen der Mietpreise durch finanziellisierte Wohnungsmarktakteure siehe auch den Abschlussbericht der Berliner Expert*innenkommission zur Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen, Juni 2023, 88 ff.

³⁷ Eller, Fn. 33, 1002 f.

³⁸ Vgl. Verweise aus Fn. 6 und 7.

³⁹ Eller, Fn. 33, 1002.

und Durchsetzung des Mietrechts nicht auf ein zivilgerichtliches Verfahren beschränkt sein muss, ist bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts erkannt und diskutiert worden. Noch vor Ausbruch des ersten Weltkriegs errichteten einige deutsche Großstädte sog. Mieteinigungsämter, deren Aufgabe darin bestand, bei mietrechtlichen Streitigkeiten zwischen Vermieter*innen und Mieter*innen zu vermitteln und dabei ein schnelles, niedrigschwelliges sowie kostenloses Rechtsschutzverfahren zu gewährleisten.⁴⁰ Im Verlauf des Ersten Weltkriegs wurden Mieteinigungsämter sodann flächendeckend etabliert und mit verwaltungsrechtlichen Kontroll- und Entscheidungsbefugnissen ausgestattet. Die ursprünglich reaktive Vermittlungstätigkeit der Einigungsämter transformierte sich so in einen proaktiven Mechanismus der Rechtsdurchsetzung. Um diese Entwicklung zu verstehen, bedarf es eines genaueren Blicks auf den wohnpolitischen Kontext zu Beginn des 20. Jahrhunderts.

1. Ursprung: Niedrigschwelliger Zugang zu privatrechtlichen Mobilisierungsformen

Im BGB von 1900 waren mieter*innenschützende Gehalte nur spärlich verankert. Mietverträge – und damit insbesondere auch die Mietpreise – konnten „frei“ zwischen Mieter*innen und Vermieter*innen verhandelt werden, wobei die Geltung des dispositiven Rechts häufig durch sog. Formularmietverträge ausgeschlossen war.⁴¹ Rechtlich erlaubt waren außerdem befristete Mietverhältnisse mit anschließender Preissteigerung sowie sog. Änderungskündigungen, d.h. Kündigungen zur Durchsetzung eines höheren Mietpreises.⁴² Diese ohnehin schon prekäre Lage der Miethaushalte verschärfte sich mit Ausbruch des Ersten Weltkriegs schließlich weiter: Während auf der einen Seite die Zahl der Kündigungen sowie die Mietpreise deutlich zunahm (in Großstädten stiegen die Preise im Verlauf des Krieges um bis zu 50 %⁴³), verschlechterte sich auf der anderen Seite die wirtschaftliche Lage vieler Mieter*innen.⁴⁴ Der hieraus resultierende Mangel an bezahlbarem Wohnraum drohte zunehmend, den sozialen Frieden in den Großstädten zu gefährden.⁴⁵ Mieter*innen sahen sich in der ständigen Gefahr, ihre Wohnungen zu verlieren; Vermieter*innen fürchteten, aufgrund ausbleibender Mietzahlungen ihre Hypotheken nicht bedienen zu können, was wiederum den Kapitalmarkt in Gefahr gebracht hätte.⁴⁶ Hinzu kam, dass sich bereits vor Ausbruch des zweiten Weltkriegs eine Überlastung der Zivilgerichte angedeutet hatte, die mit dem kriegsbedingten Anstieg mietrechtlicher Streitigkeiten immer gravierender wurde.⁴⁷ Lange Verfahrensdauern und hohe Gerichtskosten (diese überschritten häufig die Höhe der erstrittenen Titel⁴⁸) warfen die immer

40 So beispielsweise in Frankfurt ab 1911: Saskia Pitzer, *Die Mieteinigungsämter zwischen 1914 und 1918*, Hamburg 2018, 70.

41 Peter Oestmann, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen 2013, Band 3, §§ 353–580a BGB, Rn. 77; Pia Lange, *Staatliche Wohnraumvorsorge*, Tübingen 2023, 21.

42 Pitzer, Fn. 40, 34 f; Karl C Führer, *Mieter, Hausbesitzer, Staat und Wohnungsmarkt*, Stuttgart 1995, 26.

43 Pitzer, Fn. 40, 31.

44 Ebd., 35 f.

45 Ulf P Börstinghaus, *Miethöhe-Handbuch*, München 2016, Kapitel 1, Rn. 7.

46 Thomas Koinzer, *Wohnen nach dem Krieg*, Berlin 2002, 45.

47 Pitzer, Fn. 40, 39 ff.

48 Ebd., 42.

drängendere Frage auf, ob das zivilgerichtliche Verfahren noch geeignet war, um der hohen Zahl an Mietstreitigkeiten zu begegnen und dem Rechtsschutzbedürfnis der Mietvertragsparteien gerecht zu werden.

Immer lauter wurden daher Forderungen nach dem Aufbau eines außergerichtlichen Güteverfahrens für Mietstreitigkeiten.⁴⁹ Um die Gerichte zu entlasten und einen niedrigschwelligen sowie kostenlosen Zugang zu Rechtsschutz zu ermöglichen, ermächtigte eine Verordnung aus dem Dezember 1914 die Landeszentralbehörden dazu, kommunale Mieteinigungsämter zu errichten.⁵⁰ Aufgabe der Ämter war dabei zunächst nur, im Fall mietrechtlicher Streitigkeiten zwischen Vertragsparteien „zum Zwecke eines billigen Ausgleichs der Interessen“⁵¹ zu vermitteln. Bei der Etablierung der Mieteinigungsämter ging es initial also weniger um den Schutz vor Mieterhöhungen, als darum, ein möglichst friedliches Miteinander zwischen Mieter*innen und Vermieter*innen zu gewährleisten,⁵² indem man ein Forum für privatautonome Verhandlungen bereitstellte. Die Ämter waren in erster Linie darauf gerichtet, die durch den Krieg in Gefahr geratenen Marktmechanismen aufrecht zu erhalten; sie dienten als „Instrumente zum Erhalt des Status quo“.⁵³

2. Entwicklung eines öffentlich-rechtlichen Systems der Rechtsmobilisierung

Die Vermittlungstätigkeit der Mieteinigungsämter erfüllte damit zunächst eine Ergänzungsfunktion zu den Zivilgerichten, wobei die Ämter – wie Zivilgerichte auch – nicht von selbst tätig werden konnten. Sie waren auf die Initiative einzelner Mieter*innen bzw. Vermieter*innen angewiesen und stellten damit in den Kategorien *Blacks* einen reaktiven Mechanismus der Mietrechtsmobilisierung dar.⁵⁴ Ziel ihrer Errichtung war es nicht, die reaktive Rechtsmobilisierung als solche aufzugeben, sondern einen breiteren Zugang zu reaktiven Mobilisierungsformen zu ermöglichen und dadurch das „ständig drohende Auseinanderfallen der Privatrechtsordnung“⁵⁵ zu verhindern. Im Verlauf des Krieges sollte sich dieses Ziel allerdings ändern: Die wachsende Wohnungsnot und die anhaltenden Mietsteigerungen veranlassten den Bundesrat in den Jahren 1917 und 1918 dazu, die Ermächtigungen der Einigungsämter deutlich auszuweiten.⁵⁶ Dass die Ämter erst auf Anrufung einer Vertragspartei tätig werden konnten, wurde dabei als zentrale Schwäche des Einigungssystems gesehen.⁵⁷ Ab 1917 waren die Ämter daher nicht mehr auf eine rein privatrechtliche Vermittlungstätigkeit beschränkt, sondern wurden mit weitreichenden, proaktiven Kontroll- und Eingriffsbefugnissen ausgestattet. So waren Kündigungen

49 Ebd., 43 f.

50 Verordnung, betreffend Einigungsämter vom 15.12.1914, RGBl. 1914 I, 511; § 7 sah die Gebührenfreiheit der Verfahren vor den Einigungsämtern vor.

51 § 1 der Verordnung, betreffend Einigungsämter, RGBl. 1914 I, 511.

52 Koinzer, Fn. 46, 45.

53 Ebd.; Nicht selten waren es daher auch Vermieter*innen, die vor den Mieteinigungsämtern gewannen und eine Mieterhöhung durchsetzen konnten.

54 Vgl. erneut Black, Fn. 11, 128.

55 Knut W Nörr, Zwischen den Mühlsteinen, Tübingen 1988, 45; Pitzer, Fn. 40, 75.

56 Bekanntmachung zum Schutz der Mieter vom 26.7.1917, RGBl. 1917 I, 659 f. (I. MSchVO); Bekanntmachung zum Schutz der Mieter vom 23.9.1918, RGBl. 1918 I, 1139 ff. (II. MSchVO); Die Einrichtung der Ämter konnte außerdem verbindlich angeordnet werden (Vgl. §§ 6 und 7 der I. MSchVO).

57 Koinzer, Fn. 46, 49.

in manchen Gebieten von einer expliziten Zustimmung der Mieteinigungsämter abhängig und Vermieter*innen wurden dazu verpflichtet, den Ämtern jede Neuvermietung anzuzeigen, die zu einem höheren Mietpreis erfolgte.⁵⁸ Den Neuvermietungspreis konnten die Einigungsämter sodann auf eine „angemessene Höhe“⁵⁹ herabsetzen. Darüber hinaus war es den Mieteinigungsämtern erlaubt, eine Kündigung „nach billigem Ermessen“ für unwirksam zu erklären und das betreffende Mietverhältnis durch eigenen Beschluss fortzusetzen.⁶⁰

Waren die Mieteinigungsämter also ursprünglich als ein reaktives Organ der zivilrechtlichen Rechtspflege ausgestaltet, wandelte sich ihre Eigenschaft im Verlauf des Krieges zu einem Organ der proaktiven, öffentlichen Fürsorge.⁶¹ Die materielle Ausweitung des Mieter*innenschutzes (durch Kündigungsbeschränkungen und Mietpreisregulierung) bei gleichzeitig proaktiver Rechtsdurchsetzung durch die Mieteinigungsämter⁶² wurde schließlich auch in der Weimarer Republik nutzbar gemacht.⁶³ Wenngleich die öffentliche Wohnraumbewirtschaftung dabei nicht das in der Weimarer Verfassung proklamierte Ziel erreichen konnte, „jedem Deutschen eine gesunde Wohnung [...] zu sichern“,⁶⁴ gelang es jedenfalls, die durch die Wohnungsnot drohenden Unruhen zu vermeiden.⁶⁵ Eine proaktive Rechtsdurchsetzung durch Verwaltungsbehörden erwies sich außerdem auch nach Ende des zweiten Weltkriegs als Mittel der Wahl, um dem Mangel an bezahlbaren Wohnraum zu begegnen.⁶⁶ Bis in die 1960er Jahr hinein, unterlag Mietwohnraum in der BRD ausgeprägten Kündigungs- sowie Mietpreisbeschränkungen, die öffentlich-rechtlich überwacht und durchgesetzt wurden (sog. Wohnraumbewirtschaftung). Diese weitgehend proaktive Mobilisierung der Wohnungsetzgebung endete erst mit dem sog. „Lücke-Plan“ von 1960, der das soziale Mietrecht in das Privatrecht überführte und damit in ein System der reaktiven Rechtsmobilisierung einbettete.⁶⁷ Dies fand zu einem Zeitpunkt statt, in dem nie dagewesenes Wirtschaftswachstum und eine auf die Bildung von Wohnungseigentum abzielende Politik die bestehenden Instrumente der Rechtsmobilisierung überflüssig erscheinen ließen.⁶⁸

58 Dies galt nur in Bezirken, in denen ein besonders starker Wohnraumangel herrschte (§§ 5 und 6 der II. MSchVO).

59 § 5 Zif. 2 der II. MSchVO; Lange, Fn. 41, 25.

60 §§ 1 Nr. 1, 3 der I. MSchVO.

61 So auch RGZ, Urteil vom 16.11.1923 – VII 840/22 – RGZ 107, 284 (286 f.); Die genaue rechtliche Einordnung der Ämter blieb allerdings umstritten. Vgl. Pitzer, Fn. 40, 127 ff.

62 Später in Ergänzung durch proaktive Mietschöffengerichte, Vgl. Lange, Fn. 41, 38.

63 Vgl. Verordnung zum Schutz der Mieter vom 22.6.1919, RGBl. 1919 I, 591 ff.; Gesetz über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel vom 11.5.1920, RGBl. 1920 I, 949 ff.; In Reaktion auf die sehr uneinheitlichen Festsetzungen der Mietpreise durch die Einigungsämter wurde im Jahr 1922 schließlich eine reichsweite Mietpreisregulierung erlassen. Vgl. Reichsmietengesetz vom 24.3.1922, RGBl. 1922 I, 273 ff.; Lange, Fn. 41, 34 ff.

64 Vgl. Art. 155 WRV.

65 Lange, Fn. 41, 69.

66 Ebd., 99 ff.

67 Oestmann, Fn. 41, Rn. 84 f.; Vgl. auch Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht vom 23.6.1960, BGBl. I, 1960, 389.

68 Für die Mittelschicht der Nachkriegsgesellschaft mag dies zutreffen haben. Ökonomisch schwächere Haushalte blieben im Zuge dieser Liberalisierung außer Acht.

IV. Proaktive Mietrechtsmobilisierung im 21. Jahrhundert

Der Blick auf die Geschichte und Idee der Mieteinigungsämter zeigt, dass die Formen der Rechtsmobilisierung ab dem Ersten Weltkrieg an die sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen des Wohnungsmarktes angepasst worden sind. Die historische Entwicklung der Ämter hin zu einem proaktiven System der Rechtsmobilisierung regt dazu an, auch im heutigen Kontext finanziellierter Wohnungsmärkte über eine Anpassung der Mobilisierungsformen nachzudenken. Gewiss kann und soll die Wohngesetzgebung des Ersten Weltkriegs dabei nicht einfach auf die heutige Wohnungspolitik übertragen werden. Nicht nur war das materielle Mietrecht zu Beginn des 20. Jahrhunderts ein anderes, auch die Mobilisierungsfunktion der Mieteinigungsämter war auf den spezifischen Kontext der kriegsbedingten Veränderung des Wohnungsmarktes zugeschnitten. Was ein kontextsensibler Blick auf die Mieteinigungsämter aber zeigen kann, ist, dass reaktive Formen der Rechtsmobilisierung in angespannten Wohnungsmärkten an ihre Grenzen stoßen und dass proaktive Systeme der Rechtsmobilisierung nicht nur denkbar, sondern über viele Jahrzehnte durchaus etabliert waren.

Aus heutiger Sicht stellt sich damit die Frage, wie eine moderne Form der Rechtsmobilisierung ausgestaltet sein kann, um auf einen finanziellierten Wohnungsmarkt und die Durchsetzungsdefizite des geltenden Mietpreisrechts zu reagieren. Wie genau kann im 21. Jahrhundert eine effektive Form der Mietrechtsmobilisierung aussehen, die erstens die tatsächliche Inanspruchnahme von Rechtsschutz ermöglicht und zweitens systemische Rechtsbrüche erkennt und wirksam korrigiert? Ideen, um diesen Herausforderungen zu begegnen, lassen sich insbesondere in den wohnpolitischen Debatten Berlins finden, das besonders stark durch Mietpreissteigerungen belastet ist. Bereits dem Mietendeckel lag die Idee zugrunde, die Mietpreise behördlich zu kontrollieren und damit den Mieter*innenschutz in das Öffentliche Recht zu verlagern. Der Staat hätte hier selbst eine Mobilisierungsleistung erbringen und auf die strukturellen Hürden der Rechtsdurchsetzung reagieren können. Nachdem das Bundesverfassungsgericht den Mietendeckel im Jahr 2021 allerdings aus Kompetenzgründen für verfassungswidrig erklärt hat,⁶⁹ werden in Berlin nunmehr Stimmen laut, welche die Einführung eines Mietkatasters⁷⁰ oder einer Vermietungslizenz⁷¹ fordern. Ein Mietkataster würde es erlauben, Informationen über Miethöhen sowie über Eigentumsstrukturen zentral zu sammeln, wodurch die preistreibenden Mechanismen des Wohnungsmarktes transparenter gemacht werden könnten. Eine solche proaktive Erfassung der Mieten wäre ein erster notwendiger Schritt, um systemische Verstöße gegen das Mietpreisrecht zu identifizieren. Über eine Vermietungslizenz wäre es außerdem möglich, Mietverträge einem öffentlichen Genehmigungsvorbehalt oder jedenfalls behördlichen Kontrollmöglichkeiten zu unterstellen. Das bislang privatrechtlich strukturierte Mietvertragsrecht würde in diesem Fall durch das Öffentli-

69 BVerfGE 157, 223.

70 So der Vorschlag eines Sicher-Wohnen-Gesetzes von der Linken Fraktion im Berliner Abgeordnetenhaus vom September 2024: https://www.linksfraktion.berlin/fileadmin/user_upload/pdfdateien/240910_Sicher_Wohnen-Gesetz_-_Konzept.pdf; In diese Richtung auch ein Vorschlag von Finanzwende e.V. zur Errichtung eines immobilienwirtschaftlichen Transparenzregisters: Gerrard/Zöllner/Peters, Fn. 35, 50.

71 Regeln für den Wohnungsmarkt: Berliner Grüne wollen Gesetz für „Vermieterführerschein“ vorlegen, Tagesspiegel 6.8.2024, <https://www.tagesspiegel.de/berlin/regeln-fur-den-wohnungsmarkt-berliner-gruene-wollen-gesetz-fur-vermieterfuhrerschein-vorlegen-12150056.html>.

che Recht überlagert.⁷² Die Einhaltung der zulässigen Miethöhe wäre damit nicht mehr von der Initiative einzelner Mieter*innen abhängig, sondern könnte proaktiv kontrolliert sowie durchgesetzt werden.

Diese Vorschläge zeigen, dass das bestehende System einer reaktiven Wohnungspolitik auch heute nicht alternativlos ist. Sie verweisen auf die Notwendigkeit, dass das Mietrecht, so mieter*innenfreundlich es auf dem Papier auch sein mag, immer auch einer Mobilisierung in der Rechtspraxis bedarf. Denn ohne Mobilisierung bleibt das Recht – wie im Fall der Mietpreisbremse gezeigt – von der sozialen Wirklichkeit entkoppelt, die es zu regulieren beabsichtigt. Was aber ist dann noch sein Zweck?

72 Eine öffentlich-rechtliche Überlagerung des Mietpreisrechts wäre auch kompetenzrechtlich für das Land Berlin durchführbar, wie ein Gutachten von Pia Lange im Auftrag der Linksfraktion belegt: Pia Lange, Kurzstudie zu den Möglichkeiten der Länder zur Ausgestaltung der Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Wohnungswesens, 2024.

Timo Laven

Mitbestimmung in der Miete

Verfassungsrechtliche Schranken eines kollektiven Mietrechts

Das Verhältnis von Mieter*in und Vermieter*in wird im geltenden Recht, wie Joachim Kummer in diesem Heft zeigt, weitgehend unter Ausschluss von Mitbestimmungsmöglichkeiten der Mieter*innen geregelt. In Bereichen, in denen Mieter*innen besonders geschützt werden sollen, etwa durch die Mietpreisbremse, wird die Entscheidung der Zulässigkeit einer Vereinbarung gesetzlich festgelegt, statt sie der Aushandlung der Parteien zu überlassen. Die zugrundeliegende Auffassung, dass sich im Mietrecht nicht Freie und Gleiche gegenüberstehen, trifft völlig zu. Doch könnte ihr auch auf andere Weise Rechnung getragen werden.

Das Arbeitsrecht hat die beiden Pole von freiem Markt einerseits und staatlicher Regulierung andererseits bereits einem Jahrhundert verlassen. Als Ergebnis sozialer Kämpfe sieht es nun verschiedene Formen kollektiver Entscheidungsfindung vor, die eine Repräsentation der Arbeitnehmer*innen ermöglichen soll. Das Mietrecht ist demgegenüber noch immer als reines Vertragsrecht ausgestaltet. Der Gedanke der gleichberechtigten Vertragsparteien bildet hierbei den Ausgangspunkt, lediglich ergänzt durch Grenzen der Vertragsfreiheit, etwa in Form der Beschränkung von Mieterhöhungen und Kündigungen. Das sog. soziale Mietrecht ist im Wesentlichen als Normierung zwischen Privaten auf Ebene des Zivilrechts ausgestaltet.¹ Dadurch wird die Stellung der Mieter*innen zwar verbessert, im Lichte von kontinuierlich steigenden Mieten scheint dies die gesetzten Ziele jedoch zu verfehlen.

Jüngst wurde in überregionaler Berichterstattung beklagt, dass die sog. Mietpreisbremse nicht die erhoffte Wirkung verzeichne.² Als schärfster Eingriff in die Privatautonomie untersagt sie bei Neuvermietungen in betroffenen Gebieten Mieten, die den Mietspiegel um mehr als 10 % übersteigen.³ In der Praxis scheitert das Institut vor allem daran, dass die Durchsetzung in die Hand der Mieter*innen gelegt wird.⁴ § 556g Abs. 1 S. 3 i.V.m.

1 Kernelement des Kompromisses war es bei Einführung 1960, das Kündigungsrecht der Vermieter*innen zu beschränken und im Gegenzug in §§ 557, 558 BGB die Möglichkeit zur Mieterhöhung einzuräumen sowie die öffentliche Wohnraumbewirtschaftung abzubauen.

2 Hauptkritikpunkt ist die Ausnahme von Wohnungen, die erst nach dem 01. Oktober 2014 errichtet oder umfassend saniert wurden (§ 556f BGB). Jüngst etwa Braucht es eine strengere Mietpreisbremse?, Die Zeit Nr. 36/2024 <https://www.zeit.de/2024/36/wohnungsmarkt-mietpreisbremse-zanda-martens-kai-warnecke>. Siehe dazu näher den Beitrag von Anna Katharina König in diesem Heft.

3 § 556d Abs. 1 BGB. Inzwischen sind zahlreiche urbane Regionen vollständig als Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt ausgewiesen.

4 So die zentrale Erkenntnis der jüngst veröffentlichten Studie aus München Felicitas Sommer/Rebekka Schade/David Prokosch Et. al., Survey on the effectiveness of the rent brake in Munich, München 2024, 32.

§ 812 BGB gewährt ihnen zwar einen Anspruch auf Rückgewähr überschüssig gezahlter Miete für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren. Wie hoch die nach dem Mietspiegel zulässige Miete ist, ist für Laien jedoch kaum rechtssicher zu ermitteln, sodass sie ein erhebliches Prozessrisiko auf sich nehmen müssen. Mieter*innen fürchten zudem um Konsequenzen eines Bruchs des Verhältnisses zu ihren Vermieter*innen.⁵ Einzelne Städte starten zwar nun Programme, um Informationen und Beistand zu schaffen; flächendeckend besteht aber keine externe Kontrollinstanz.

Das Beispiel der Mietpreisbremse ist symptomatisch für den Regelungsansatz des sozialen Mietrechts, der sich grundlegend von dem des Arbeitsrechts unterscheidet. Wie auch das Mietrecht ist das Arbeitsrecht weitgehend staatsfern ausgestaltet. Statt allerdings den Arbeitnehmer*innen die Rechtsdurchsetzung allein aufzubürden, enthält es auf im Wesentlichen drei Säulen gestützte Interessenvertretung: Gewerkschaften handeln Tarifverträge aus und unterstützen Arbeitnehmer*innen bei ihrer Interessenwahrnehmung, Betriebsräte sind an der innerbetrieblichen Rechtsbildung und -durchsetzung beteiligt und Aufsichtsräte wirken im Interesse der Arbeitnehmer*innen auf die Unternehmensführung ein.

Seit der schrittweisen Normierung dieser Instrumente in den letzten beiden Jahrhunderten hat sich die Lage der Arbeitnehmer*innen ganz erheblich verbessert. Arbeitssicherheit, die Begrenzung von Arbeitszeiten und eine kollektive Aushandlung von Löhnen und Arbeitsbedingungen haben dazu beigetragen, einen für weite Teile der Bevölkerung zufriedenstellenden Arbeitsmarkt zu schaffen.⁶ Insofern liegt der Gedanke nahe, das Kollektivarbeitsrecht heranzuziehen, um eine erste Skizze eines potenziellen kollektiven Mietrechts zu erarbeiten. So ließe sich analog zu Betriebsräten über Mieträte nachdenken, die für einzelne Gebäude oder Quartiere eine Interessenvertretung wahrnehmen könnten. Daneben könnte bei großen Wohnungsunternehmen eine Beteiligung in Aufsichtsräten treten, um Einfluss auf Preis-, Modernisierungs- und Zwangsräumungspolitik zu nehmen. Schließlich wäre die Etablierung von Mietgewerkschaften denkbar, die auch mit privaten Vermieter*innen in einen Aushandlungsprozess über Tarifmietverträge treten könnten. Als ultima ratio wird es dabei auf die Frage ankommen, ob oder wie Mieter*innen ein Streikrecht zukommen könnte oder sollte.

Mit den Bereichen des Kollektivarbeitsrechts haben sich rechtswissenschaftliche Literatur und Rechtsprechung seit Jahrzehnten befasst. Um die verfassungsrechtliche Umsetzbarkeit zu beurteilen, bietet es sich daher an, bestehende Maßstäbe auf ihre Übertragbarkeit hin zu überprüfen. Hierzu will der Beitrag einen ersten Versuch leisten. Ziel kann es dabei nicht sein, ein in sämtlichen Feinheiten ausdifferenziertes System zu entwickeln. Stattdessen sollen Strukturen aufgezeigt werden, um verfassungsrechtliche Leitlinien zu markieren und so eine erste Grundlage des neuen Rechtsbereichs zu legen.

5 Sommer/Schade/Prokosch Et. al., ebd., 26.

6 Damit soll nicht über bestehende Probleme im Niedriglohnsektor und das Entstehen einer neuen Prekarität hinweggesehen werden. Im Vergleich zum 19. Jahrhundert handelt es sich dabei allerdings um Randphänomene. Siehe dazu etwa Andreas Reckwitz, *Das Ende der Illusionen*, Berlin 2019, 102 ff. Gleichzeitig ist auch die Auslagerung der desaströsen Arbeitsbedingungen in den globalen Süden nicht zu übersehen.

1. Die Mietmitbestimmung

Mitbestimmungsmechanismen existieren im derzeitigen Mietrecht nur bei spezifischen Vermieter*innen. Hervorzuheben sind dabei die Mieter*innenbeiräte, die seit der Novellierung des WoVG Berlin seit 2016 in landeseigenen Wohnungsunternehmen bestehen müssen. Schon im Ursprung angelegt ist die Idee der Mitbestimmung in Wohnungsgenossenschaften. Außerhalb dieser Ausnahmen bestehen für die ganz überwiegenden Mehrzahl der Mieter*innen keine Mitbestimmungsmöglichkeiten.

Analog zur Mitbestimmung im Arbeitsrecht wäre auch im Mietrecht die Errichtung eines auf zwei Säulen basierenden Systems möglich: Mieträte könnten innerhalb einzelner Gebäude oder Quartiere errichtet werden, Mietaufsichtsräte könnten bei großen Wohnungskonzernen implementiert werden.

1.1 Mieträte – Mitbestimmung auf lokaler Ebene

Einen ersten Ansatz zur Repräsentation der Interessen von Mieter*innen könnte die Etablierung von Mieträten für größere Wohngebäude oder Quartiere in Anlehnung an Betriebsräte darstellen.

Im Arbeitsrecht ist die Bildung von Betriebsräten schon bei Unternehmen mit in der Regel mindestens fünf ständig wahlberechtigten Arbeitnehmer*innen notwendig (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Die Betriebsräte stellen dabei ein eigenständiges Gremium, unabhängig von den gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Organen dar. Anders als Gewerkschaften sind sie auf einen konkreten Betrieb beschränkt und bestehen personell ausschließlich aus dort angestellten Personen. Dadurch kommt ihnen eine besondere Nähe zu dem jeweiligen Unternehmen zu, die sich in der Art der Aufgaben niederschlägt. Sie umfassen grundsätzlich soziale (§§ 87 ff. BetrVG), personelle (§§ 92-105 BetrVG) sowie wirtschaftliche Angelegenheiten (§§ 106-113 BetrVG). Insbesondere bei Einstellungen (§ 99 BetrVG) und Kündigungen (§ 102 BetrVG) sind Betriebsräte anzuhören und können diesen widersprechen. Das Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten umfasst insbesondere Arbeitszeitenregelungen, teilweise auch Regelungen zur Entlohnung. Allgemeiner erstreckt sich ihr Aufgabenbereich auf die Überwachung der Einhaltung von arbeitnehmer*innenschützenden Regelungen (§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG).

Ein Mietrat könnte im Bereich des Wohnens vergleichbare Aufgaben übernehmen. Die besondere Nähe zu einem bestimmten Gebäude könnte nutzbar gemacht werden, um bei sachlich wie personell lokalen Entscheidungen mitzuwirken und die Interessen der Bewohner*innen zu repräsentieren. In Anlehnung an § 87 Abs. 2 BetrVG könnte in diesen Fällen bei Uneinigkeit auch eine Entscheidung durch eine unabhängige Einigungsstelle normiert werden.

Denkbar ist zunächst ein Widerspruchsrecht bei Vertragsschluss und Kündigung, um die Einhaltung des Kündigungsschutzes sowie des allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes sicherzustellen.⁷ Bei Mieterhöhungen könnte der Mietrat einerseits für die Überwa-

⁷ Das AGG findet zwar grundsätzlich auch auf Mietverträge Anwendung (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG), sieht allerdings eine Bereichsausnahme vor, wenn die Vermieter*innen nicht Eigentum an mehr als 50 Wohnungen haben. In der Praxis ist wiederholt belegt, dass gerade die Vergabe von Wohnungen häufig rassistische Diskriminierungen beinhaltet. Zur Rolle des Mietrechts im Kontext des AGG siehe Florian Rödl/Andreas Leidinger, Diskriminierungsschutz im Zivilrechtsverkehr, in: Mangold/

chung der Einhaltung der gesetzlichen Regelungen zuständig sein, andererseits auch ein sachliches Widerspruchsrecht erhalten. Eine häufige Kritik an Vermieter*innen bezieht sich auf die Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen, welche als Grundlage von Mieterhöhungen herangezogen werden (§ 559 Abs. 1 BGB). Neben energetischen Modernisierungen (§ 555b Nr. 1 BGB) ist auch eine Umlegung von Kosten möglich, die die Wohnverhältnisse verbessern (§ 555b Nr. 6 BGB). Gerade Letzteres umfasst in der Praxis auch Renovierungen, die von den Mieter*innen nicht gewünscht sind und zu Mieterhöhungen führen, die für sie nicht zahlbar sind.⁸ Ein Widerspruchsrecht könnte hier dazu beitragen, Einigung zwischen beiden Seiten über die Sinnhaftigkeit von Renovierungsmaßnahmen zu erzielen.

Insbesondere bei größeren Quartieren, die eine gewisse Professionalisierung des Mietrats ermöglichen würden,⁹ könnten die Räte eine Prüfung der Betriebskostenabrechnungen übernehmen und damit einen Bereich abdecken, in dem Mieter*innen typischerweise mangels eigener Sachkenntnis auf die Richtigkeit der Kalkulation vertrauen oder anwaltliche Unterstützung einholen müssen. Gerade großen Wohnungsunternehmen wird regelmäßig vorgeworfen, durch unrichtige Betriebskostenabrechnungen faktische Mieterhöhungen zu bewirken.¹⁰

Überträgt man die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts zu Betriebsräten, so dürfte die Einführung von Mieträten verfassungsrechtlich zulässig sein. Das Gericht hat sich in seiner Judikatur mit zahlreichen Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes befasst. Darin hat es insbesondere festgehalten, dass aus Art. 12 Abs. 1 GG kein Grundsatz einer Mitbestimmungsfreiheit unternehmerischer Entscheidungen ableitbar ist.¹¹ Vielmehr sieht es in den Einflussmöglichkeiten des Betriebsrates eine Berufsausübungsregelung. Die Arbeit des Betriebsrates sei verfassungsrechtlich auch nicht auf Fragen der Arbeitsbedingungen beschränkt, sondern könne sich auch auf unternehmerische Entscheidungen erstrecken. Auch komme ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG nicht in Betracht, da zukünftige Erwerbschancen nicht geschützt seien. Aus dem Eigentum ist danach kein Recht auf mitbestimmungsfreie Unternehmensführung abzuleiten.

Die Einschränkungen durch Mieträte dürften in ihrer Intensität hinter denjenigen durch Betriebsräte zurückbleiben. Insbesondere ist das Gelingen eines Unternehmens weitaus stärker von unternehmerischen Entscheidungen abhängig als von Renovierungsentscheidungen. Dadurch, dass die Mitbestimmung im Falle der Mieterhöhungen klarer abgegrenzt ist als im Arbeitsrecht, wäre auch das Vertrauen in die Möglichkeit der Er-

Payandeh (Hg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen 2022, 926–953, insb. 934 ff sowie zu Diskriminierung und Rassismus Cengiz Barskanmaz, Rasse und ethnische Herkunft als Diskriminierungskategorien, in: ebd. 303–348.

8 § 559 Abs. 1 BGB beschränkt die Mieterhöhung lediglich auf eine Umlage von 8 % der Investitionskosten auf die Jahresmiete. § 559 Abs. 3a BGB begrenzt sie in Abhängigkeit der Miete auf 2 €, bzw. 3 € pro Quadratmeter. Damit sind allerdings dennoch Mieterhöhungen von beinahe 30 % möglich. Siehe hierzu den Beitrag von Joachim Kummer in diesem Heft.

9 Während die Betätigung in Betriebsräten grundsätzlich neben der Arbeit geschieht, ist für Unternehmen mit mehr als 200 Arbeitnehmer*innen eine an der Größe gestaffelte Anzahl von Betriebsratsmitgliedern vorgesehen, die von ihrer Arbeit vollständig befreit werden (§ 38 Abs. 1 BetrVG).

10 In der Presse beispielsweise Annette Jensen, Ein gieriger Vermieter, taz v. 14.12.2023, <https://taz.de/e/Protest-gegen-Vonovia/!5979054/> sowie von Seiten der Rosa-Luxemburg-Stiftung Knut Unger, Wärmekämpfe bei Vonovia & Co., <https://www.rosalux.de/news/id/51797/waermekaempfe-bei-vonovia-co>.

11 BVerfG, NZA 1986, 199 (200).

tragssteigerung nicht mehr schutzbedürftig. Gleichzeitig dürften die Wertungen des § 559 BGB nicht völlig unterlaufen werden. Ein Widerspruchsrecht sollte insofern auf klar abgrenzbare Fälle begrenzt sein, in denen die Modernisierung nicht im Interesse der Mieter*innen liegt.

1.2 Konzernweite Mitbestimmung durch Mietaufsichtsräte

Eine Mitbestimmung in Mietaufsichtsräten könnte eine Antwort auf die Entwicklung des Wohnungsmarktes der letzten beiden Jahrzehnte darstellen. Seitdem hat bedingt durch Liberalisierungen des Finanzmarktes der Marktanteil großer Wohnungskonzerne deutlich zugenommen.¹² Insbesondere in Großstädten leben viele Menschen in Wohnungen dieser Art. Das Arbeitsrecht sieht für Großunternehmen besondere Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer*innen vor: Ihnen steht grundsätzlich bei Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten die Bestellung von einem Drittel der Aufsichtsratsmitglieder zu (§ 1 Abs. 1 DrittelbG); bei Unternehmen mit mehr als 2000 Beschäftigten eine Beteiligung von grundsätzlich der Hälfte der Mitglieder (§ 1 Abs. 1 MitbestG). Aufgabe des Aufsichtsrates ist gem. § 111 Abs. 1 AktG in erster Linie die Überwachung der Geschäftsführung.

Wohnungskonzerne sind hiervon in der Regel allerdings nicht betroffen. Vonovia und Deutsche Wohnen sind als SE organisiert, auf die die Mitbestimmung keine Anwendung findet. Gleichzeitig ist der Personalaufwand von Wohnungskonzernen vergleichsweise gering, wenn die Verwaltung einzelner Gebäude wie in der Praxis üblich an externe Unternehmen oder Subunternehmen ausgelagert wird. Weiterführender wäre daher ein ergänzendes Instrument in Form spezieller Mietaufsichtsräte. Hierbei würde es sich anbieten, eigene Gremien zu schaffen, statt auf das System der Aufsichtsräte des Aktiengesetzes zurückzugreifen, um einen klar abgrenzbaren Aufgabenbereich im Wohnungssektor zu definieren.

Danach wäre es denkbar, für Wohnungsunternehmen ab einer festzulegenden Anzahl von Wohnungen entsprechende Aufsichtsräte einzusetzen. In Anlehnung an § 111 Abs. 4 S. 2 AktG könnten bestimmte Geschäfte nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates zulässig sein. Dies könnte insbesondere Entscheidungen über den Kauf oder Neubau größerer Projekte sowie unternehmensweite Zielsetzungen zur Preispolitik betreffen. Auch könnte ein Mietaufsichtsrat an der Erarbeitung sozial verträglicher Leitlinien für Modernisierungsentscheidungen mitwirken. Ergänzend zu einer lokalen Mitbestimmung könnte so auf der Ebene der Unternehmensleitung global Einfluss genommen werden und damit den Besonderheiten großer Wohnungsunternehmen Rechnung getragen werden.

Auch dies dürfte im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich umsetzbar sein. In seinem Mitbestimmungsurteil von 1979 bestätigte das Gericht die Verfassungsmäßigkeit des drei Jahre zuvor neu eingeführten Mitbestimmungsgesetzes, insbesondere im Hinblick auf Art. 14 GG. Es stellte darin fest, dass der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums an Unternehmensanteilen aufgrund der sozialen Bedeutung für die Arbeitnehmer*innen besonders schwach ist.¹³ Auch sei die Ein-

12 Siehe hierzu statt vieler Susanne Heeg, Finanzialisierung und Responsibilisierung, in: Schönig/Kadi/Schipper (Hg.), Wohnraum für alle?! Perspektiven auf Planung, Politik und Architektur, Bielefeld 2017, 47-59.

13 BVerfGE 50, 290 (340) – *Mitbestimmung*.

flussmöglichkeit einzelner Aktien so gering, dass sich die Beschränkungen durch die Mitbestimmung nur geringfügig auf einzelne Aktionär*innen auswirkten.¹⁴ Eine Verletzung des Eigentumsgrundrechts sah das Gericht erst, wenn die Funktionsfähigkeit der Unternehmen bedroht wäre.¹⁵ Die Verfassungsmäßigkeit nahm das Gericht allerdings auch deshalb an, weil das Gesetz nicht wie zuvor gefordert eine paritätische, d.h. hälftige, Mitbestimmung anordnete. Dies gelang, indem dem von der Unternehmensführung zu bestimmenden Aufsichtsratsvorsitzenden bei Stimmgleichheit ein doppeltes Stimmrecht eingeräumt wurde (§ 29 Abs. 2 S. 1 MitBestG) und somit die Möglichkeit geschaffen wurde, die Arbeitnehmer*innen stets zu überstimmen.

Die Interessenlage dürfte im Wohnungssektor ähnlich liegen. Das Eigentum an Wohnungsunternehmen ist gleich doppelt sozial eingebunden. Denn das Wohnungseigentum unterliegt stets einer besonders engen Bindung,¹⁶ was um so mehr gelten muss, wenn es aktienförmig organisiert ist. Ferner wären die Mieter*innen von Entscheidungen, über die der Mietaufsichtsrat mitbestimmen dürfte, unmittelbarer betroffen als Arbeitnehmer*innen im weit gefassten Bereich des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Der Bereich der Mitbestimmung ließe sich eng begrenzen auf Fragen, die in unmittelbarem Zusammenhang zu der Sozialbindung des Eigentums stehen. Letztlich dürfte es wie auch bei der Unternehmensmitbestimmung auf die Verteilung der Stimmen ankommen. Soweit auch den Mietaufsichtsräten nur eine „unechte Parität“ von unter 50 % zustünde, dürfte auch dies verfassungsrechtlich umsetzbar sein.

2. Ein Streikrecht für Mieter*innen?

Die in der Praxis wichtigste Form der Beteiligung der Arbeitnehmer*innen findet jedoch nicht auf der Ebene der Mitbestimmung, sondern durch Gewerkschaften und das Tarifvertragssystem statt. Die Kernfragen eines kollektiven Mietrechts dürften ebenfalls hier zu verorten sein.

2.1 (Historische) Vorbilder in Schweden

Im Gegensatz zu Mieträten und Mietaufsichtsräten existieren für Mietgewerkschaften bereits Beispiele. In Berlin wurde 2020 eine „Initiative Mieter*innengewerkschaft Berlin“ gegründet.¹⁷ Verglichen mit der „Initiative Deutsche Wohnen & Co enteignen!“ ist deren Erfolg bislang jedoch gering. Die Arbeit beschränkt sich auf die Unterstützung von Mieter*innen in einzelnen Projekten. Weder auf politischer noch auf juristischer Ebene wurden Mietgewerkschaften darüber hinaus bislang in Deutschland diskutiert.

14 BVerfGE (Fn. 13), 343.

15 BVerfGE (Fn. 13), 352.

16 BVerfG NJW 2019, 3054, Rn. 71.

17 Die Gruppierung verfügt über eine Website, abrufbar unter <https://mg-berlin.org/> sowie Präsenz in den sozialen Netzwerken.

Grundverschieden stellt sich die Lage der Mietgewerkschaften in Schweden dar.¹⁸ Die dortige Mietgewerkschaft „Hyresgästföreningen“ umfasst mehr als 500.000 Haushalte.¹⁹ Die Hauptaufgabe der Gewerkschaft besteht analog zu Arbeitnehmer*innengewerkschaften in der Aushandlung von Tarifmietverträgen. Die Tarifbindung besteht im Gegensatz zum deutschen Arbeitsrecht nicht personen-, sondern objektbezogen.²⁰ Mieter*innen können einen bindenden Antrag auf tarifliche Vertragsaushandlung stellen. Fällt eine Wohnung einmal unter die Tarifbindung, so bleibt diese auch bei Wechsel der Mieter*innen bestehen. Infolgedessen werden derzeit über 90 % der Mietverträge in Schweden tariflich ausgehandelt.²¹ Bei Uneinigkeiten zwischen den Parteien können sog. Rent Tribunals angerufen werden, die mit jeweils einer/einem Repräsentant*in beider Seiten sowie einem unabhängigen Mitglied besetzt sind. Dieses kann bei Uneinigkeit Entscheidungen treffen, die wiederum vor dem Svea Court of Appeal anfechtbar sind. Neben Entscheidungen über die Höhe der Miete bei Vertragsschluss ist das tarifvertragliche System auch in Fällen von Mieterhöhungen und Kündigungen einschlägig.²² Damit unterscheiden sich Mietgewerkschaften grundlegend von dem deutschen Modell der Mieter*innenvereine. Zwar übernehmen diese ebenfalls Formen der Interessenwahrnehmung, doch findet dies nur auf Ebene von politischer Lobbyarbeit oder individueller Rechtsberatung statt. Das Handlungsfeld von Mietgewerkschaften läge gerade zwischen diesen Bereichen.

Vor Einführung dieses Vermittlungssystem wurden Mietkämpfe in Schweden durch (wilde) Mietenstreiks geführt. Inspiriert von der Arbeiter*innenbewegung entstanden Organisationen von Mieter*innen im frühen 20. Jahrhundert in diversen Städten.²³ Zu diesem Zeitpunkt bildeten sich in zahlreichen europäischen, unter anderem auch deutschen, Städten vergleichbare Bewegungen, die im Gegensatz zum schwedischen Beispiel aber meist nur von kurzer Dauer waren. Konnte ein Konflikt dort nicht einvernehmlich gelöst werden, ergriffen die Gewerkschaften Formen des Mietkampfes. Dieser konnte einerseits in einer kollektiven Blockade gegenüber den Vermieter*innen bestehen, die auch deren weitere Unternehmen umfasste.²⁴ Infolgedessen verweigerten auch gewerkschaftlich organisierte Handwerksbetriebe die Kooperation mit den Vermieter*innen.

18 Für wichtige Hinweise zur Lage der Mietgewerkschaften in Schweden danke ich Hannes Rolf, Stockholm University und Dominika V. Polanska, Södertörn University.

19 Nach eigenen Angaben auf der Website [https://www.hyresgastforeningen.se/om-oss/var-organisation/](https://www.hyresgastforeningen.se/om-oss/var-organisation/organisation/). Schweden verfügt über 4,77 Mio. Haushalte, die Mitgliedschaftsrate liegt demnach bei über 10 % der Haushalte. In Deutschland sind im Vergleich etwa 12 % der Erwerbstätigen Mitglied bei einer Gewerkschaft des DGB.

20 Haymanot Baheru, *Swedish Legislation of Residential Tenancies: An Interaction between Collective Bargaining and Mandatory Regulation*, Stockholm 2017, 17.

21 Baheru (Fn. 20), 15.

22 Die Entscheidungspraxis dieser Tribunale wird in der Wissenschaft kritisiert. Im Zeitraum von 2004 bis 2019 wurde in Verfahren bezüglich der Renovierung von Wohneinheiten in 88 % zugunsten der Vermieter*innen und nur zu 4 % zugunsten der Gewerkschaft entschieden, woraus der Vorwurf der Voreingenommenheit abgeleitet wird. Siehe dazu Dominika V. Polanska, *Legal Geographies of Displacement through Renovation: Legal Interpretative Practices in Sweden*, *Antipode* 2023, 1-21, 6.

23 Für einen historischen Überblick siehe Hannes Rolf, *The Swedish Rent Model: Collective Bargaining and the Institutionalisation of Rent Struggle in Post-War Sweden*, in: Rolf/Poy (Hg.), *Rent strikes. A history of collective tenant actions across the world* (im Erscheinen).

24 Hannes Rolf, *A union for tenants: Tenant militancy in Gothenburg as a historical example*, *Radical Housing Journal* 3 (2021), 167-186, 178.

Daneben etablierte sich eine Art Hinterlegung als Form des Streiks: Für diesen Zeitraum wurden die Mieten an die Gewerkschaft gezahlt, die sie als Verhandlungsmasse nutzte und erst nach Ende des Streiks auszahlte.²⁵ Die dritte Form des Mietkampfes bestand in gleichzeitigem, massenhaftem Kündigen von Mietverträgen mit gleichzeitiger Blockade des Abschlusses neuer Verträge.²⁶ Die Phase des wilden Mietkampfes endete schrittweise ab 1939 mit der Einführung staatlicher Verhandlungsstellen und 1942 mit Einführung eines Kündigungsschutzes sowie Begrenzung von Mieterhöhungen.²⁷

2.2 Die Interessenlage im Vergleich zum Arbeitsrecht

Das historische Beispiel Schwedens verdeutlicht bereits, dass Streiks nicht ohne jegliche Anpassung aus dem Arbeitsrecht übernommen werden können. Schon die Interessenlage ist verschieden: Das Arbeitskampfrecht ist insofern synallagmatisch als dass für die Zeit des Streiks auch kein Anspruch auf den Arbeitslohn besteht. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in einem Mietkampf zu wahren, hieße allerdings, dass Mieter*innen ihre Wohnungen für diese Dauer verlassen müssten. Würde man auf dieses in der Praxis untaugliche Mittel verzichten, würde es an einem Druckmittel der Vermieter*innen fehlen, das die Mieter*innen zu einer Beendigung des Streiks bewegen könnte.

Zwischen den beiden Extremen eines vollständigen Entfalls der Miete oder eines bloßen Zurückbehaltungsrechts bleiben vermittelnde Modelle denkbar. So könnte etwa in Anlehnung an das Institut der Mietminderung i.S.d. § 536 BGB die Miete für den Zeitraum des Streiks gekürzt werden, etwa auf die Kostenmiete.²⁸ Dabei fehlt es aber gleichermaßen an einem Anreiz für Mieter*innen, den Streik zu beenden, wenn schon durch den Streik selbst ihr Ziel erreicht würde. Dies wird noch dadurch verstärkt, dass Arbeitnehmer*innen ein Interesse an Wettbewerbsfähigkeit und dem dauerhaften Erhalt des Unternehmens haben, während Mieter*innen von einer Insolvenz der Vermieter*innen durch § 566 BGB nicht betroffen sind. Reaktionsformen der Vermieter*innen wie das Abschalten von Elektrizität, Wasser oder Heizungsanlage dürften wiederum mit den Grundrechten der Mieter*innen kaum vereinbar sein.

Die Antwort des schwedischen Modells hierauf bestand darin, die Miete nur zurückzubehalten. Die Effektivität eines solchen Systems bedürfte einer wirtschaftlichen Prüfung. Private Vermieter*innen, die Wohnungen lediglich als Vermögensanlage vermieten, dürften durch einen temporären Mietausfall nicht maßgeblich beeinträchtigt sein. Inwieweit bei Wohnungsunternehmen die Liquidität bei einem Zurückhalten für einige Wochen gefährdet wäre, ist ohne unternehmensinterne Kenntnisse kaum zu beurteilen. Zweifelsohne wäre das Streikrecht in diesem Fall weniger scharf. Über einen längeren Zeitraum wäre es aber durchaus geeignet, Druck aufzubauen und letztlich eine Einigung zu bewirken. Der fehlende Anreiz zur Beendigung auf Seiten der Mieter*innen würde durch eine geringere Eingriffsintensität teilweise aufgewogen.

Die anderen beiden schwedischen Methoden, Boykott und Massenkündigungen, dürften heute wohl kaum noch praktikabel sein. Waren in Schweden Mieter*innen, die trotz

25 Rolf (Fn. 24), 178.

26 Rolf (Fn. 24), 179.

27 Rolf (Fn. 24), 182.

28 Der Begriff wird nicht einheitlich verstanden, typischerweise umfasst er aber die Betriebs-, Instandhaltungs- und Darlehenskosten.

des Boykotts mit Vermieter*innen kooperierten als „Streikbrecher“ oder „Klassenverräter“ sozial geächtet,²⁹ fehlen diese Mechanismen in gegenwärtigen Gesellschaftsstrukturen. Massenkündigungen steht die veränderte Bedeutung der Wohnung als Lebensmittelpunkt entgegen.³⁰ Im frühen 20. Jahrhundert waren Umzüge in den unteren sozialen Schichten enorm verbreitet; jährliche oder halbjährliche Wechsel des Wohnortes waren keine Seltenheit.³¹ Das Risiko, durch Kündigung die Wohnung zu verlieren, wog insofern ungleich weniger schwer als gegenwärtig.

Damit verbleibt das historische Modell der Hinterlegung und die heutige Übertragung der Entscheidung auf Schiedsgerichte. Letzteres verlagert die Probleme auf die Auswahl unabhängiger Personen. Gerade dies wird derzeit in Schweden kritisiert, da den Tribunalen eine einseitige Entscheidungspraxis zugunsten der Vermieter*innen vorgeworfen wird.³² Unabhängig davon, mit welcher Tendenz die Schiedsgerichte urteilen würden, würde die Kritik stets schon aufgrund der subjektiven Einschätzung von „gerechten“ Mieten verbleiben. Auch bleibt das Element kollektiver Aushandlung zurück, wenn letztlich einzelne Mietverträge zum Gegenstand gerichtlicher Verfahren würden.

2.3 Das Streikrecht im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG

Der Beurteilung der verfassungsrechtlichen Umsetzbarkeit soll daher das Modell von Streiks durch Zurückbehaltung der Miete zugrunde gelegt werden. Darin liegt verglichen mit Mieträten und Mietaufsichtsräten der gravierendste Eingriff in die Vertragsfreiheit und die Eigentumsgarantie.

Insbesondere läge die Festsetzung der Mieten nicht mehr allein in der Hand der Vermieter*innen. Allerdings schützt die Verfassung schon nach der bestehenden Rechtsprechung nicht das Recht, möglichst große Rendite aus Wohnungseigentum zu erwirtschaften. Im Gegenteil hat das Bundesverfassungsgericht 2019 ausdrücklich festgehalten, dass das Vertrauen auf möglichst hohe Mieten nicht schutzwürdig ist.³³ Insbesondere ist die Ausnutzung von Mangellagen auf dem Wohnungsmarkt nicht verfassungsrechtlich geschützt.³⁴

Dies ist für das Gericht Ausdruck des Grundsatzes, dass das Wohnungseigentum einer besonders starken Sozialbindung unterliegt und somit besonders weite gesetzgeberische Spielräume zulassen muss.³⁵ Dabei sind die realen Verhältnisse des Wohnungsmarktes mit einzubeziehen,³⁶ was angesichts der Entwicklungen seit 2010 zu weitergehenden Einschränkungsmöglichkeiten führen muss.

29 Rolf (Fn. 24), 178 f.

30 Siehe dazu in diesem Heft den Beitrag von Franziska Brachthäuser.

31 Pia Lange, Staatliche Wohnraumvorsorge, Tübingen 2023, 16 m.w.N.

32 Polanska (Fn. 22), 6 ff.

33 BVerfG (Fn. 16), Rn. 76.

34 BVerfGE 37, 132 (142) – *Kündigungsschutz*. Ähnlich auch BVerfGE 38, 348 (371) – *Mietrechtsverbesserungsgesetz*.

35 BVerfG (Fn. 16), Rn. 71.

36 BVerfGE 91, 294 (310) – *Mietpreisbindung in den neuen Bundesländern*.

Anders als im Arbeitsrecht ist die mietrechtliche Koalitionsfreiheit nicht von Art. 9 Abs. 3 GG geschützt.³⁷ Dennoch würde eine Normierung des Mietkampfrechtes legitimen Zielen dienen. Das Gericht spricht in ständiger Rechtsprechung auch Mieter*innen aus dem Besitz abgeleiteten Schutz über Art. 14 GG zu.³⁸ Infolgedessen sind die Senkung von Mieten und der Schutz vor Gentrifizierung und Verdrängung verfassungsrechtlich legitime Ziele.³⁹ Dass ein Mietstreikrecht zu niedrigeren Mieten führen würde, ist also gerade der verfassungsrechtlich geschützte Zweck der Maßnahme.

Als Schrankenbestimmung des Wohnungseigentums würde sich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit an der Angemessenheit entscheiden. Neben dem ohnehin schon herabgesetzten Schutz des Wohnungseigentums ist dabei zudem zu berücksichtigen, dass das Bundesverfassungsgericht seit 1954 in ständiger Rechtsprechung vertritt, dass das Grundgesetz keine Wirtschaftsordnung vorgibt, sondern wirtschaftspolitisch offen ist.⁴⁰ Das Tarifsystem des Arbeitsrechts auf das Mietrecht zu übertragen, würde daher auch nicht der wirtschaftspolitischen Ausrichtung des Grundgesetzes widersprechen. Auch das Argument, dass niedrigere Mieten den Neubau einschränken würden, hat das Gericht im Kontext der Mietpreisbremse verworfen.⁴¹ Gleiches gilt in diesem Zusammenhang für alternative Maßnahmen wie die Unterstützung durch Wohngeld oder die Förderung des Neubaus.⁴² Auf der anderen Seite sind die drastischen Zustände des Wohnungsmarktes zu berücksichtigen. Insbesondere das Element der Finanzialisierung des Wohnungssektors hat die Paradigmen verändert und zu dramatischen Preissteigerungen beigetragen.⁴³

Die Verfassungsmäßigkeit eines Mietstreikrechts dürfte insoweit maßgeblich von der Ausgestaltung abhängen. Hierbei dürfte es nicht zuletzt darauf ankommen, dass eine Seite nicht unangemessen benachteiligt wird, sondern grundsätzlich Waffengleichheit herrscht.⁴⁴ Letzteres würde wohl nicht der Fall sein, wenn Mieter*innen die gesamte Miete einbehalten könnten, ohne Nachteile aus dem Streik zu erleiden. Der Streik selbst darf damit nicht zu einem finanziellen Anreiz werden. Wenn Vermieter*innen die Miete aber nach dem Ende des Streiks (ggf. zuzüglich gesetzlich festzulegender Zinsen) erhielten, dürfte eine verfassungsmäßige Ausgestaltung möglich sein. Auch das gegenwärtige schwedische Modell dürfte verfassungsrechtlich umsetzbar sein, wenn die Auswahl der Schiedsrichter*innen rechtsstaatlichen Grundsätzen entspricht.

Neben dem Mietkampfrecht könnten Mietgewerkschaften dem Beispiel der Hyresgästföreningen folgen und auch weitere Dienste übernehmen. Ähnlich wie Mieter*innenvereine könnten sie die Interessen der Mieter*innen vertreten, Auskunft erteilen oder soziale Projekte durchführen. Das Potenzial einer Organisation der Mieter*innen ist insofern nicht auf die hier beschriebenen Mechanismen beschränkt.

37 Dafür spricht bereits der Wortlaut, der in Abs. 3 indirekt ein Arbeitsverhältnis voraussetzt. Auch die Entstehungsgeschichte lässt keinen Zweifel daran, dass die Koalitionsfreiheit auf klassische Gewerkschaften bezogen war.

38 BVerfGE 89, 1 – *Besitzrecht des Mieters als Eigentum*.

39 BVerfG, (Fn. 16), Rn. 72.

40 BVerfGE 4, 7 (17 f.) – *Investitionshilfe*.

41 BVerfG, (Fn. 16), Rn. 65.

42 BVerfG, (Fn. 16), Rn. 67.

43 Siehe hierzu auch die Ausführungen der Berliner Expertenkommission zum Volksentscheid Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen, Abschlussbericht, Berlin 2023, 90 f.

44 Zur Parität im Arbeitskampf siehe BVerfGE 84, 212 (225 f.) – *Zulässigkeit und Grenzen der Aussperrung*.

3. Ausblick

Die Diskussionen um die Initiative „Deutsche Wohnen und Co enteignen!“ haben gezeigt wie verhärtet die Fronten sowohl im politischen als auch im rechtswissenschaftlichen Bereich sind. Dass in dieser Lage eine grundlegende Neuordnung des Mietrechts durch Implementierung kollektivrechtlicher Elemente stattfindet, ist denkbar unwahrscheinlich. Die Auseinandersetzung damit verdeutlicht aber, dass abseits der Vergesellschaftung einerseits und dem privaten Neubau andererseits weitere Mechanismen zur Verfügung stehen, um Wohnungsnot und steigenden Mieten entgegenzuwirken. Der Blick auf Schweden zeigt zudem, wie sehr das gegenwärtige Mietrecht auf historischen Zufällen basiert. Wäre die Mieter*innenbewegung in Deutschland zu Beginn des 20. Jahrhunderts ähnlich gut organisiert gewesen wie die Arbeiter*innenbewegung, so hätte auch hier ein kollektives Mietrecht entstehen können. Dass die Mitbestimmungsformen im Arbeitsrecht zu größerer sozialer Sicherheit und damit letztlich zu sozialem Frieden beitragen, wird ebenso wenig angezweifelt wie der Umstand, dass Tarifarbeitsverträge ein geeignetes Mittel zur Aushandlung von Arbeitsbedingungen sind.⁴⁵

Zwischen Arbeit und Wohnen bestehen zahlreiche Parallelen. Die Lösungen der Wohnungskonflikte könnten daher auch im bestehenden Arbeitsrecht zu finden sein. Verfassungsrechtlich wäre dies weitgehend möglich. Die Tendenz des Bundesverfassungsgerichts, staatliche Regulierung der Miete stets nur als Form des Zivilrechts aufzufassen,⁴⁶ sollte daher in ein Bewusstsein für die rechtsgebietsübergreifende Bedeutung des Wohnens umgekehrt werden.

45 Auch wenn dieser Konsens in der jüngeren Vergangenheit in der Berichterstattung über die Streiks der Lokführergewerkschaft GDL in Frage gestellt wird. Beispielsweise mit Forderungen nach einem engeren Streikrecht Michael Rasch, Wenn Richter den Extremisten unter den Gewerkschaftern nicht Einhaltung gebieten, muss der Gesetzgeber das Problem lösen, NZZ v. 5.3.2024, <https://www.nzz.ch/der-andere-blick/dab-streiks-in-deutschland-ld.1820552>.

46 BVerfGE 157, 223 (280 ff.) – *Berliner Mieter*innendeckel*. Siehe dazu auch schon die Kritik von Tim Wihl, Zur Mieter*innendeckel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, KJ 54 (2021), 461–463.

AUFSÄTZE

Lukas Thum

Gramsci und das “Law and Political Economy”-Projekt

Die Dialektik zwischen Geschichte, Philosophie und Politik
und die relative Autonomie des Rechts

1. Einleitung

„Does LPE need Theory?“¹ Unter diesem Titel beginnt Samuel Moyn, Professor für *Law and History* an der Universität Yale, eine Artikelreihe auf dem Blog des *Law and Political Economy* (LPE)-Netzwerks.² Die grundlegende Idee dieses Netzwerks ist es, das Verhältnis von Ökonomie, Politik und Recht wieder in den Fokus der Rechtswissenschaft zu rücken.³ Es wendet sich dabei vor allem gegen die Übernahme idealisierter Modelle und Begrifflichkeiten der Ökonomie für Prozesse im Recht, etwa in der etablierten “Law and Economics”-Bewegung, und betont genau umgekehrt die konstitutive Rolle des Rechts für die Begriffe und Mechanismen des Marktes. Gerade das Recht ist, so Britton-Purdy et al., immer schon „[...] involved in creating and enforcing the terms of economic ordering, most particularly through the creation and maintenance of markets.“⁴ Doch diese These gibt Anstoß für viele Fragen, die das LPE-Projekt selbst und dessen Verständnis von Recht betreffen. Einige davon formuliert Moyn wie folgt:

„Are we liberals or low-key Marxists? [...] Is there such a thing as the ‘capitalism’ that we attack most consistently; if so, what is our theory of it? [...] Above all, what is our broadest theory of the role of law in society — in particular, in the making and unmaking of social order?“⁵

Moyn selbst versucht eine Antwort auf die letzte Frage zu geben, indem er an das Erbe der *Critical Legal Studies* (CLS) anknüpft.⁶ Insbesondere plädiert Moyn dafür,

1 Samuel Moyn, Does LPE Need Theory?, LPE Project 4.9.2023, <https://lpeproject.org/blog/does-lpe-need-theory/>.

2 Für eine Übersicht über diese Strömung in den USA und ihre Entwicklung vgl. Angela Harris & James J. Varellas, Law and Political Economy in a Time of Accelerating Crises, *Journal of Law and Political Economy*, 1 (2020), 1-27.

3 Vgl. Britton-Purdy et al., Building a law-and-political-economy framework: Beyond the twentieth-century synthesis, *Yale Law Journal*, 129 (2019), 1784-1835.

4 Ebd., 1833.

5 Moyn (Fn. 1).

6 Vgl. Samuel Moyn, Reconstructing Critical Legal Studies, *Yale Law Journal*, 134 (2023), 1-35.

DOI: 10.5771/0023-4834-2025-1-103

dem LPE-Projekt eine Theorie zu geben, die an die CLS anschließend Recht als *relativ autonom* im Verhältnis zur Gesellschaft theoretisiert und sich damit der Dichotomie zwischen einem deterministischen und einem autonomen Verständnis von Recht entzieht.⁷ Gegen eine solche „high-altitude theory“⁸ wendet sich später auf dem Blog⁹ bspw. Sanjukta Paul und verteidigt einen Quietismus in der Theoriebildung. Dabei soll die Theorie des LPE-Projektes durch das aktive Diskutieren von praktischen Konzepten von unten wachsen und so immer wieder auf interne Widersprüche und nicht erfüllte normative Vorgaben des Rechts reagieren.

Auch wenn dem Theoretisieren von unten, wie es von Paul beschrieben wird, sicher etwas abzugewinnen ist, möchte ich im Folgenden den Punkt Moyns stark machen, dass das LPE-Projekt zumindest eine Theorie des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft benötigt, um die formulierte Kritik zu fundieren. Ohne ein solches Verständnis können die Genese und die Grenzen des Rechts nicht erklärt werden, und das Wirken des Rechts in der Gesellschaft sowie die Grenzen für eine progressive Auseinandersetzung mit dem Recht bleiben unverstanden.

Im Folgenden schlage ich vor, dass für eine solche Theorie das Denken Antonio Gramscis ein wertvoller Anknüpfungspunkt für das Projekt der LPE sein kann. Mit Gramscis unorthodoxem Marxismus lassen sich die Genese und die Grenzen des Rechts, in seiner historisch materialistischen Dialektik zwischen Geschichte, Philosophie und Politik als relativ autonom verstehen. Überdies lässt sich die Theorie des Rechts auch an den größeren Kontext von Gramscis Hegemonie- und Staatstheorie anschließen, die in breiten Teilen der Sozial- und Kulturwissenschaften rezipiert wird. Das Denken mit Gramsci kann somit zum einen zu einem besseren Verständnis von Recht und seiner Wirkung beitragen als auch zum anderen neue Ressourcen für die Analyse insbesondere von Machtstrukturen erschließen. Letztere wieder in den Fokus zu rücken, ist dabei ein erklärtes Ziel des LPE-Projektes.¹⁰

Gramsci selbst entwickelte zwar keine eigene Theorie des Rechts.¹¹ Mit Gramsci kann das Recht aber dennoch als relativ autonom verstanden werden. Um diesen Punkt fruchtbar zu machen, greife ich auf die Diskussion der relativen Autonomie in den CLS als philosophische Vorlage zurück. Die CLS entwickelten ihr Verständnis von Recht aus der Kritik an anderen Rechtstheorien, insbesondere an den Ansätzen, die Recht als autonom oder als determiniert verstehen (2). Die Motive dieser Kritik lassen sich bei Gramsci in einem breiteren epistemischen und philosophischen Kontext wiederfinden. In diesem entwickelt Gramsci zum einen die materialistische Seite seines Denkens gegen den italie-

7 Vgl. ebd., 3.

8 Sanjukta Paul, In Defense of Theoretical Quietism, LPE Project 03.10.2023, <https://lpeproject.org/blog/in-defense-of-theoretical-quietism/>.

9 Vgl. LPE Project, Symposia: Does LPE Need Theory?, LPE Project, <https://lpeproject.org/symposia/does-lpe-need-theory/>.

10 Britton-Purdy et al. (Fn. 3), 1820.

11 In den Gefängnisheften kommt Recht nur an wenigen Stellen explizit vor. Vor allem sind hier Notizen aus dem sechsten Heft zu nennen, in denen Recht vor allem mit dem *Erziehen* der Gesellschaft in Verbindung steht (vgl. GH 6 § 84, 777; § 98, 791; § 122, 807), als auch aus dem 13. Heft, wo sie in Verbindung mit Gramscis Beschäftigung mit Machiavelli stehen (vgl. GH 13 § 7, 1544; § 11, 1549). (Die Gefängnishefte werden nach der kritischen Gesamtausgabe zitiert: Antonio Gramsci, Gefängnishefte, in: Haug (Hg.), Gefängnishefte, Hamburg 2012.).

nischen Hegelianer Benedetto Croce und verteidigt zum anderen das historische Moment seines Materialismus gegen den sowjetischen Soziologen Nikolaj Ivanovič Bucharin (3.).

Das so gewonnene Verständnis von Recht bringe ich zuletzt mit dem Kontext des LPE-Projektes in Verbindung (4.). Mit dem an Gramsci anschließenden Verständnis von Recht wird exemplarisch ein Ansatz aus dem Kontext des LPE-Projektes kritisiert, den Rhode und Parra-Herrera¹² entwickelt haben. Dabei wird deutlich, dass das progressive Potential des aktuellen Rechts nicht überschätzt werden darf, um nicht die im Recht eingeschriebenen Machtverhältnisse unfreiwillig zu verschleiern.

2. Der Versuch, beide Enden der Kette in der Hand zu halten

„The attraction of relative autonomy stems from the fact that it appears to allow us to hold on to both ends of the chain at the same time; to assert both the specificity of legal doctrine and, at one and the same time, to assert its connectedness to external socio-economic relations.“¹³

Die Entwicklung des Rechts aus sich selbst heraus und gleichzeitig als Teil der gesellschaftlichen Verhältnisse zu denken, war ein zentrales Motiv der CLS.¹⁴ Geprägt von den Ereignissen der 68er-Bewegung in den USA,¹⁵ entwickelten sich die CLS vorwiegend aus der Kritik am liberalen Rechtsverständnis und dessen Institutionen¹⁶ heraus. Aufbauend auf den Legal Realists,¹⁷ die in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts die absolute Autonomie des Rechts infrage stellten, entwickelten die Autor*innen der CLS diese Kritik weiter.¹⁸ Dieser Abschnitt arbeitet zwei zentrale Motive der CLS heraus, die in ein Verständnis von Recht als relativ autonom münden. Das erste Motiv (2.1) betont die gesellschaftliche materielle Bestimmtheit des Rechts und seiner Begriffe. Das zweite Motiv (2.2) unterstreicht die konstitutive und damit historisch eigenständige Rolle des Rechts. Die Rekonstruktion der CLS erhebt an dieser Stelle keinen Anspruch auf

12 Vgl. Dan Rhode & Nicolas Parra-Herrera, Law as Architecture: Mapping Contingency and Autonomy in Twentieth-Century Legal Historiography, *Journal of Law and Political Economy*, 3 (2023), 509-555.

13 Alan Hunt, The Theory of Critical Legal Studies, *Oxford Journal of Legal Studies*, 6.1 (1986), 1-45, 29.

14 Vgl. u.a. Moyn (Fn. 6), 11-13; Hunt (Fn. 13); Alan Hunt, The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law, *Law & Society Review*, 19.1 (1985), 11-37; Duncan Kennedy, Toward an historical understanding of legal consciousness: The case of classical legal thought in America, 1850-1940, *Research in Law and Sociology*, 3 (1980), 3-24; Für eine Einführung vgl. bspw.: Moyn (Fn. 6), oder Günter Frankenberg, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: Buckel et. al. (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart 2009, 93-111.

15 Vgl. James Boyle (Hg.), *Critical Legal Studies*, Aldershot 1992, xxvi; Robert W. Gordon, Some Critical Theories of Law and Their Critics, in: Kairys (Hg.), *The politics of law: a progressive critique*, New York 1998, 641-662, 644.

16 Vgl. Duncan Kennedy, *Legal education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system: a critical edition*, New York 2004.

17 Zum Einfluss der Legal Realists auf die Critical Legal Studies siehe bspw. Boyle (Fn. 16), xv; Hunt (Fn. 13), 5; James Boyle, *Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, *University of Pennsylvania Law Review*, 133.4 (1984-1985), 685-780, 706 ff.

18 Vgl. Boyle ebd., 706.

Vollständigkeit. Die kritischen Argumente, die hier nachgezeichnet werden, richten sich primär gegen liberale¹⁹ und (orthodox) marxistische Ideen.²⁰

2.1 Die Kritik der liberalen Entpolitisierung des Rechts

Im Zentrum der CLS steht die Kritik an einem vermeintlich objektiven Formalismus im Recht selbst.²¹ Hier sollen in Konfliktfällen auf der Basis von Rechtstexten und einer objektiven Methode *richtige* oder *wahre* Urteile gefällt werden.²² In dieser Kritik schließen die CLS an die Legal Realists an und gehen, so James Boyle, über sie hinaus:

„First, critical legal scholars have pushed beyond realism into a social-theoretical analysis of the politics of law. They have done this in two ways: by analyzing the role that the myth of ‚neutral law‘ plays in legitimating legal discourse and by examining the way that the legal system translates a politically loaded social reality into a world of depoliticized operational signs or ideological chimeras.“²³

Recht – darin sind sich die Realisten und die Critical Legal Studies einig – übersetzt also gesellschaftliche Konflikte in Rechtsbegriffe und Ideen. Boyle begreift diesen Prozess der Übersetzung sozialer Kämpfe in rechtliche Termini als einen Mechanismus der Entpolitisierung. Duncan Kennedy schließt sich dieser Diagnose an. Er beschreibt dies als Übersetzung von eigentlich historischen Situationen in ahistorische Begriffe, die er kategorische Schemata des Rechts nennt.²⁴ Recht, so halten es die CLS dem liberalen Verständnis entgegen, sei keine Suche nach dem gerechten, dem richtigen Urteil im Recht, sondern basiere auf der Übersetzung gesellschaftlicher Konflikte in ein Rechtssystem, welches diese Konflikte in entpolitierten Begriffen wiedergibt. So zeichnet sich die Entpolitisierung des Rechtsdiskurses durch das Festhalten an einem vermeintlich *objektiven* Suchen nach der wahren Lösung des Konfliktes im Recht aus.²⁵ Da so die politischen Konflikte²⁶ im Rechtsdiskurs durch entpolitierte *neutrale* und *objektive* – also ahistorische und vermeintlich universelle – Kategorien beschrieben werden, spielt dieser Diskurs eine entscheidende Rolle bei der Legitimation des liberalen Gesellschaftsmodells.

Die Kritik am liberalen Verständnis von Recht durch die CLS lässt sich also als eine Kritik an einem ahistorischen und positivistischen Verständnis von Recht begreifen, das gesellschaftliche Konflikte zu entpolitisieren droht. Unter dem Schleier der autonomen

19 Genannt werden hier bspw. Talcott Parsons Theorie, sowie Traditionen, die auf den Liberalismus von Hobbes und Locke zurückgehen (vgl. Hunt (Fn. 13), 4; oder Duncan Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, Buffalo Law Review, 28.2 (1978–1979). 205–382, 216 f.), oder liberale rechtspositivistische Theorien wie die von H.L.A. Hart (vgl. Boyle (Fn. 18), 703).

20 Vgl. Akbar Rasulov, *CLS and Marxism: A History of an Affair*, Transnational Legal Theory, 5.4 (2014), 622–639.

21 Vgl. Duncan Kennedy, *Legal Formality*, Journal of Legal Studies, 2.2 (1973), 351–398 und Hunt (Fn. 13), 4.

22 Vgl. David Kairys, *Legal Reasoning*, in: Kairys (Hg.) *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York 1982, 11.

23 Boyle (Fn. 17), 706.

24 Vgl. Kennedy (Fn. 19), 9 f.

25 Vgl. Hunt (Fn. 13), 5 f.

26 Für Kennedy sind bestimmte Konflikte zwischen Zielvorstellungen grundlegend für die Gesellschaft. Zentral ist dabei vor allem der Konflikt zwischen kollektivem Handeln und individueller Freiheit, Kennedy (Fn. 19), 9 f. oder Hunt (Fn. 13), 20 f.; Hunt (Fn. 14), 27 ff.

Suche nach Gerechtigkeit im Recht wird die grundlegende gesellschaftliche Funktion des Rechts, das Lösen von immer schon politischen Konflikten, versteckt. Damit wird jedoch auch jeder Materialität, die sich in den Begriffen wiederfinden könnte, eine Absage erteilt. Die Begriffe verlieren den Zugang zur Welt.²⁷

Dieses Auseinanderfallen zwischen Recht – rechtlichen Begriffen und Methoden – und der Welt ist auch ein zentrales Argument, welches die CLS gegen die Law and Economics (LaE)-Strömung wenden. Die LaE-Strömung ist ebenfalls eine Reaktion auf die Arbeit der Legal Realists.²⁸ Zugespitzt ist der Ansatz der LaE als Übernahme von empirischen – kritisch betrachtet, vielleicht auch positivistischen – Methoden der Ökonomik in die Analyse des Rechts zu verstehen. Allen voran steht der Begriff der Effizienz in den Analysen der LaE im Fokus.²⁹ Dabei spielt die Kritik an der Entpolitisierung auch hier eine entscheidende Rolle. Die Kritik der CLS, wie sie Kennedy bspw. zusammenfasst, richtet sich unter anderem gegen die Zweiteilung der Rechtsgebiete. Im Privatrecht ginge es nach der LaE darum, Normen so zu etablieren und anzuwenden, dass der Markt möglichst *frei* – und damit effizient – funktionieren kann. Politische Verteilungsfragen werden dabei aus diesem Bereich ausgelagert und entweder durch den Gesetzgeber politisch oder daran anschließend im öffentlichen Recht verhandelt.³⁰ Effizienz und das Funktionieren eines *freien* Marktes sind dabei Beispiele für genau die Kategorien, in die die Welt überführt wird und die als ideelle und statische Schemata zwangsläufig mit der Welt in Dissonanz geraten.³¹

Das Auseinanderfallen und gleichzeitig die legitimierende Funktion der ideellen und autonomen Vorstellung des Rechts verwandelt dieses zu einer „inherently repressive form of interpretive thought which limits our comprehension of the social world and its possibilities“³².

2.2 Die Kritik der orthodox marxistischen Determination des Rechts

Durch das Entkoppeln des Rechts und der Welt nimmt das Recht also für die CLS eine herrschaftslegitimierende Form an. Doch schlussfolgern die Autor*innen der CLS daraus nicht, dass Recht schlicht von den Produktionsverhältnissen deterministisch bestimmt sei. Ihre Kritik an dieser Vorstellung, die sie vor allem (orthodoxen) Marxisten zuschreiben, stützt sich primär auf die Frage, inwieweit diese Produktionsverhältnisse in der marxischen Basis-Überbau-Dichotomie das Recht vorgeben.³³

Einige Gründe dafür, weshalb das einseitige Verhältnis von Basis zum Überbau spätestens im Kapitalismus der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts nicht mehr haltbar ist, zeichnete Karl Klare für die CLS nach. Ihm zufolge wurde die Basis durch die steuernden Eingriffe des Staates selbst politisiert,³⁴ was gegen eine mechanische Konzeption

27 Vgl. Kennedy (Fn. 21), 380.

28 Morton Horwitz, *Law and Economics: Science or Politics?*, *Law and Economics* 8 (1980), 905-912, 905.

29 Vgl. Hanson et. al., *Law and Economics*, in: Patterson (Hg.) *A companion to philosophy of law and legal theory*, Chichester 2010, 299-326, 299 f.

30 Vgl. Horwitz (Fn. 28), 910 f.

31 Kennedy (Fn. 21), 472.

32 Peter Gabel, *Reification in legal reasoning*, *Research in Law and Sociology*, 3 (1980), 25-52, 25.

33 Vgl. Hunt (Fn. 13), 10.

34 Vgl. Karl E. Klare, *Law-Making as Praxis*, *Telos*, 40 (1979), 123-35, 125.

der Produktionsverhältnisse und ihrer Entwicklung spricht. Zum anderen verändert sich der Überbau und ist immer mehr damit beschäftigt, in die Basis einzugreifen.³⁵ Wenn die Abgrenzung der Basis vom Überbau und ihre einseitige Beziehung zueinander nicht mehr aufrechtzuerhalten ist, dann können die Produktionsverhältnisse auch nicht mehr einseitig das Recht und seinen Inhalt formen.

Alan Hunt und E.P. Thompson machten einen ähnlichen Punkt wie Klare und verneinten die Einseitigkeit der Verbindung von den Produktionsverhältnissen zum Recht, da jene Produktionsverhältnisse schon durch das Recht strukturiert würden.³⁶ Dieses Strukturieren der Produktionsverhältnisse bzw. der Gesellschaft und der zwischenmenschlichen Beziehungen erfolgt in einer Abstraktionsbewegung der Rechtsform von den konkreten Menschen weg. Diese Abstraktionsbewegung lässt sich ähnlich, wie die Warenform bei Marx analysieren, entwickelt sich jedoch nicht aus ihr heraus. Isaac Balbus beschreibt diese Abstraktion des Individuums in zwei Schritten. Im ersten Schritt werden aus den Individuen Rechtssubjekte. Diese Rechtssubjekte sind in der Gestalt von Bürger*innen immer noch qualitativ unterscheidbar. Im zweiten Schritt macht die Rechtsform, aus den sozial verorteten und in den Verhältnissen eingewobenen Menschen abstrakte gleiche Rechtssubjekte. Denn nur so können sich die Personen als vermeintlich Gleiche in Ökonomie und Repräsentation in eine Austauschbeziehung begeben.³⁷

All dies lässt sich als eine Kritik an einem deterministischen Verständnis von Recht zusammenfassen, in der die einseitige Verbindung der Basis zum Überbau verworfen wird. Zum einen ist die Trennung zwischen Basis und Überbau nicht mehr aufrechtzuerhalten, und zum anderen muss das Recht als konstitutiv für die Basis betrachtet werden, es gibt also nichts Vorrechtliches.³⁸ Mit Balbus lässt sich ergänzen, dass die Rechtsform im Kapitalismus grundlegend die Art und Weise bestimmt, wie Menschen sich innerhalb der gesellschaftlichen Strukturen bewegen, was analog zu den, aber nicht kausal aus den Abstraktionen der Warenform entwickelt werden kann.

Hier soll nicht der Eindruck entstehen, dies sei die einzige Kritik der CLS am Marxismus. Das Verhältnis der CLS zum Marxismus war divers und hat sich über die Zeit hinweg verändert.³⁹ Ein eindrückliches Beispiel ist dabei Duncan Kennedy. Hatte dieser noch in seiner Untersuchung über die Blackstone-Kommentare unter anderem Hegel, Marx, Lukacs und Marcuse als Einflüsse angegeben,⁴⁰ so scheint er sich knapp fünf Jahre später in einem Dialog mit Peter Gabel⁴¹ laut Alan Hunt von solchen theoretischen Konstruktionen losgesagt zu haben.⁴²

Wir haben es auf der einen Seite also mit einer Kritik an einem deterministischen Verständnis von Recht zu tun. Stattdessen argumentierten die CLS für ein Verständnis von Recht, welches Recht als konstitutiven Bestandteil der Gesellschaft begreift. Jedoch

35 Vgl. ebd., 126.

36 Vgl. Hunt (Fn. 13), 38f.

37 Vgl. Isaac D. Balbus, *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law*, *Law & Society Review*, 11.3 (1977), 571–88, 575 ff.

38 Vgl. Karl E. Klare, *Critical Theory and Labor Relations Law*, in: Kairys (Hg.) *The Politics of Law: A Progressive Critique*, New York 1998, 547.

39 Vgl. Rasulov (Fn. 20).

40 Vgl. Kennedy (Fn. 19), 210.

41 Vgl. Peter Gabel, Duncan Kennedy, *Roll Over Beethoven Critical Legal Studies Symposium*, *Stanford Law Review*, 36.1/2 (1984), 1–56.

42 Vgl. Hunt (Fn. 13), 9.

wird diese Idee – Recht als konstitutiv für die Gesellschaft – auf der anderen Seite nicht positivistisch verstanden. Ansonsten würde Recht erneut als vermeintlich objektiver und neutraler, formaler Prozess aufgefasst und so der politische Charakter des Rechts verschleiert werden.

Das Motiv der *relativen Autonomie* des Rechts in den Critical Legal Studies beschreibt Recht zusammenfassend als Gesellschaft konstituierend, und zwar als einen nicht-positivistischen und damit historisch und sozial verorteten Prozess des Lösen von gesellschaftlichen Konflikten. Dieses Motiv soll nun anhand der Philosophie Gramscis nachvollzogen werden.

3. Das Politische zwischen Geschichte und Philosophie

Die Motive der relativen Autonomie des Rechts in den CLS sollen nun als Vorlage für eine Rekonstruktion des Denkens Antonio Gramscis dienen. Auf die Möglichkeit, diese Motive bei Gramsci wiederzufinden, weisen schon die Autoren der CLS selbst hin:

„*The consequence of Gramsci's theories is that law is not an autonomous system of rules and concepts, rather, in major part, it is 'constitutive' of capitalist state power, for without law capitalist society could not exist.*“⁴³

Die Aussage, dass Gramscis Theorie ein relativ autonomes Konzept von Recht als Konsequenz hat, leitete Stuart Russell aus einer kurzen Beschreibung von Gramscis Hegemoniekonzept sowie einem Verweis auf dessen Ablehnung eines orthodoxen Marxismus ab.⁴⁴ Auch David Trubek argumentiert mit Joseph Femia⁴⁵ dafür, dass Gramsci das Verhältnis von Basis zu Überbau zwar nicht mehr als determinierend wahrnimmt, jedoch die Basis den Überbau begrenzt und so die Möglichkeiten vorgibt, die gesellschaftlich erfüllt werden können.⁴⁶ Hieran anschließend soll im Folgenden zuerst (3.1) Gramscis Auseinandersetzung mit Benedetto Croce und dann (3.2) mit Nikolaj Bucharin rekonstruiert und (3.3) zu einem Verständnis von Recht als relativ autonom zusammengeführt werden.

3.1. Die Kritik am vulgären metaphysischen Materialismus

Im 11. Heft, welches Gramsci zwischen Sommer und Winter 1932 schrieb, entwickelte er einen Großteil seiner Philosophie der Praxis⁴⁷ vor allem über die Kritik an Bucharin und seinem *gemeinverständlichen Lehrbuch* einer marxistischen Soziologie.⁴⁸

43 J. Stuart Russell, *The Critical Legal Studies Challenge to Contemporary Mainstream Legal Philosophy*, *Ottawa Law Review*, 18.1 (1986), 21.

44 Vgl. ebd., 20.

45 Vgl. Joseph Femia, *Hegemony and Consciousness in the Thought of Antonio Gramsci*, *Political Studies*, 23.1 (1975), 29–48.

46 Vgl. David M. Trubek, *Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism*, *Critical Legal Studies Symposium*, *Stanford Law Review*, 36.1 & 2 (1984), 575–622, 609.

47 Vgl. Gianni Francioni, *Structure and Description of the Prison Notebooks*, *International Gramsci Journal*, 10 (2019), 65–82, 72.

48 Vgl. Nikolaj Ivanovič Bucharin, *Theorie des Historischen Materialismus*, St. Petersburg 1922.

„Man hat bei einem sehr verbreiteten Ausdruck vergessen, daß der Akzent auf den ersten Terminus, »historisch«, gelegt gehört, und nicht auf den zweiten, der metaphysischen Ursprungs ist. Die Philosophie der Praxis ist der absolute »Historizismus«, die absolute Verweltlichung und Diesseitigkeit des Denkens, ein absoluter Humanismus der Geschichte.“⁴⁹

Dies fasst Gramscis Kritik an Bucharin pointiert zusammen. Gramsci sah bei Bucharin einen *vulgären* Materialismus am Werk,⁵⁰ der als mechanische erste Philosophie den Platz des idealistischen *Geistes* einnimmt, der gerade erst als überwunden galt. So verstanden ist dieser Materialismus eine Ansammlung von metaphysischen Propositionen, die Materie betreffend, die überzeitliche Geltung beanspruchen.⁵¹ Francesca Antonini beschreibt dies in Anschluss an Gramsci als „idealism upside down“,⁵² indem die ahistorischen spekulativen Konzepte des Idealismus durch empirische, aber nicht weniger abstrakte und ahistorische Konzepte ausgetauscht wurden.

Bucharins Primat der Materie vor der Geschichte lässt sich so zusammenfassen, dass die materialistische Struktur der Welt als gegeben und unveränderlich gedacht wird. Somit kippt dieser vulgäre Materialismus in ein ahistorisches Verständnis der Welt. Es lässt sich hier eine Parallele zur Kritik der CLS am orthodox marxistischen und deterministischen Verständnis von Recht als auch von der Basis her determiniert erkennen, die sich auch auf die Beziehung zwischen Materie und Geschichte erweitern lässt. Beide Kritiken weisen darauf hin, dass ein Materialismus nicht zu einem statischen Primat werden darf, sondern immer die Rückwirkung bspw. des Rechts oder des Politischen im Allgemeinen auf die Materie mit bedacht werden muss. Gramsci, der seine eigene Position als absoluten Historismus versteht, kritisierte den von Bucharin und anderen orthodoxen Marxisten vertretenen *metaphysischen Materialismus*.⁵³

3.2. Die Kritik an der Dialektik der Gegensätze

Gramsci beschäftigt sich vorrangig im 10. Heft, welches er von 1932 bis 1935 schrieb, mit Benedetto Croce und seiner Philosophie.⁵⁴ Dabei kritisierte er Croces Umformulierung der Dialektik von G.W.F. Hegel, auch wenn er Croces Philosophie nicht in toto ablehnte.⁵⁵

Gramsci verortete Croce in Relation zu Marx und Hegel wie folgt:

49 GH 11 § 27, 1430.

50 Vgl. Peter Thomas, *The Gramscian Moment: Philosophy, Hegemony and Marxism*, Leiden 2009, 252.

51 Vgl. ebd., 253.

52 Francesca Antonini, *Science, History and Ideology in Gramsci's Prison Notebooks*, *Journal of History of Science and Technology*, 9 (2014), 64–80, 69.

53 Vgl. Robert P. Jackson, *Antonio Gramsci's Dialectic: Past and Present*, in: *Materialistische Dialektik bei Marx und über Marx hinaus*, Berlin 2017, 137–149, 138.

54 Vgl. Francioni (Fn. 47), 71.

55 Vgl. Jackson (Fn. 53), S. 139.

„[W]ie die Philosophie der Praxis die Übersetzung des Hegelianismus in historizistische Sprache gewesen ist, so ist Croces Philosophie in einem höchst bemerkenswerten Maße eine Rückübersetzung des realistischen Historizismus der Philosophie der Praxis in spekulative Sprache.“⁵⁶

Ohne Croces Hegelianismus im Rahmen dieses Artikels umfänglich rekonstruieren zu können,⁵⁷ ist es zumindest wichtig, die Differenz zwischen Croces *Dialektik der Unterschiede* und der *Dialektik der Gegensätze* Hegels zu verstehen. Hegel dachte die widersprüchlichen Elemente (These und Antithese) seiner Dialektik noch inkommensurabel, sodass sie sich erst in etwas Neuem (Synthese) zusammen aufheben lassen. Die einzelnen Elemente der Geschichte kommen also *nacheinander*. Croce verschiebt den Inhalt des hegelschen *Geistes* von einer Aufeinanderfolge von Gegensätzen zu einem Nebeneinander von kommensurablen Unterschieden.⁵⁸ Anders als Hegels Geist, der sich zwar totalisieren will, dies aber nur kann, indem er die Gegensätze aufhebt und sich so weiterentwickelt, ist Croces *Spirito* in jedem geschichtlichen Moment total anwesend. Der Unterschied liegt also nicht in der Entwicklung des Geistes, sondern im Grad der Verwirklichung des *Spirito*.

Antonini fasst die Folgen dieser Konzeption einer Totalität des Geistes bei Croce für das Verständnis der Welt, bzw. für deren wissenschaftliche Erforschung, mit Gramsci wie folgt zusammen: „[...] ‚speculative idealism‘ is the science of categories and of the a priori synthesis of the spirit, i.e. a form of anti-historicist abstraction [...].“⁵⁹ Diese Abstraktion erzeugte Croce durch seine Neukonzeptualisierung der Dialektik, durch den „[...] omnipresent Spirit, immanent in its transcendence [...].“⁶⁰

Auch hier lassen sich die Parallelen zwischen Gramscis Auseinandersetzung mit dem Idealismus und der Kritik der CLS an einem entpolitisierten und auf schematischen Begriffen basierenden Verständnis von Recht herausarbeiten. Kritisiert wurde von den CLS ein positivistisches Verständnis der Kategorien des Rechts, die von liberalen Rechtstheorien (siehe 2.1.) eben nicht als historisch verortet gedacht wurden. Auch Croces spekulativer Historismus wurde von Gramsci für das Festhalten an positiven, ahistorischen Kategorien des Denkens kritisiert und für ein Verständnis der Welt, das sich auf diese Kategorien stützt. Zwar ging Croce von einem historizistischen Verständnis der Welt aus, in dem er sein Konzept der *ethisch-politischen* Geschichte, als Geschichte der Ideen⁶¹ und die Einheit von Geschichte und Philosophie entwarf. Doch da Croce die Welt nur in seinen idealistischen Kategorien denken konnte, bleibt sein Verständnis der Geschichte für Gramsci bei der Auseinandersetzung von Ideen stehen. Bucharin kann im Gegensatz dazu, so Gramscis Kritik, die ethisch-politische Geschichte durch das Primat der Materie nicht als eigenständig denken. Gramsci nahm jedoch zwischen Croces idealistischem und Bucharins metaphysischem Ansatz eine eigene dritte Position ein.

56 GH 10 § 11, 1247.

57 Siehe dazu bspw. Maurice A. Finocchiaro, *Gramsci and the History of Dialectical Thought*, Cambridge 1989, 28–68.

58 Vgl. Thomas (Fn. 50), 265.

59 Antonini (Fn. 52), 69.

60 Thomas (Fn. 50), 277 ff.

61 Vgl. GH 10 § 11, 1247.

3.3. Gramscis Dialektik und die relative Autonomie des Rechts

Gramsci grenzte sich sowohl von Bucharin als auch Croce ab, indem er die Philosophie der Praxis als absoluten Historizismus und damit die absolute „[...] Verweltlichung [...] des Denkens [...]“⁶² begreift. So vermied er sowohl einen metaphysischen Materialismus à la Bucharin als auch den Rückfall in einen Idealismus.

Die Situietheit von Wissen und Denken zeigt sich bei Gramsci in seiner Modifikation des von Croce angenommenen Verhältnisses von Geschichte und Philosophie, dem Gramsci noch die Politik als vermittelndes Element hinzufügt.⁶³ Um Gramscis absoluten Historizismus nachzuzeichnen, muss seine Verhältnisbestimmung zwischen Geschichte, Philosophie und Politik genauer betrachtet werden.

Philosophie, im Sinne eines Wissensregimes, welches als Weltanschauung dient, war für Gramsci eine Reaktion auf Problemstellungen in der Welt: „Die eigene Weltauffassung antwortet auf bestimmte von der Wirklichkeit gestellte Probleme, die in ihrer Aktualität ganz bestimmt und »originell« sind.“⁶⁴ Dabei ist laut Peter Thomas der erste Impuls auf Problemstellungen erst einmal ideologisch. Ideologisch in dem Sinne, dass dieser Impuls sich nur auf eine partikulare Instanz des Problems bezieht und sich noch nicht als Teil einer universalisierten Form einer Problembearbeitung darstellt. Damit die Ideologie aus ihrer Partikularität hinaustreten und zur *Philosophie* werden kann, muss laut Gramsci die erste ideologische Reaktion auf Problemstellungen durch Kritik kohärent und bewusst gemacht werden.⁶⁵ Dazu muss die Philosophie sich in der Welt realisieren.⁶⁶ So wird die Welt und damit die Basis verändert. Gramsci konzeptionalisiert die gesellschaftliche materielle Basis und den ideologischen und philosophischen Überbau als *historischen Block*, als reziprok aufeinander bezogen.⁶⁷

Dieser historische Block zwischen Philosophie und Geschichte wird durch das Moment der Politik – verstanden als Praxis der Menschen – vermittelt:

„Wenn der Strukturbegriff »spekulativ« aufgefaßt wird, wird gewiß ein »verborgener Gott« daraus; doch darf er gerade nicht spekulativ aufgefaßt werden, sondern geschichtlich, als Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse, in denen die wirklichen Menschen sich bewegen und wirken, als ein Ensemble objektiver Bedingungen, die mit Methoden der »Philologie« und nicht der »Spekulation« untersucht werden können und müssen.“⁶⁸

Im Ensemble der gesellschaftlichen Strukturen *handeln* Menschen und verändern ihre Realität. Die Welt stellt die Menschen vor Herausforderungen, die sie bewältigen müssen. Um diese Herausforderungen zu bewältigen, entsteht ein bestimmter, durch diese Problemstellungen geformter Blick auf die Welt: eine Ideologie. Wird diese Ideologie durch Kritik bewusst und kohärent umformuliert, wirkt sie über die handelnden Menschen wieder zurück auf die Welt und verändert diese. Dieser Moment des Weltveränderns ist

62 GH 11 § 27, 1430.

63 Vgl. Thomas (Fn. 50), 293.

64 GH 11 § 12, 1376.

65 Vgl. Thomas (Fn. 50), 289.

66 Vgl. GH 9 § 63, 1120.

67 Vgl. GH 15 § 22, 1739.

68 GH 10 § 8 1241.

der „[...] transformative moment immanent to the others.“⁶⁹ Die Philosophie ist in der Welt und ihrer Geschichte immanent, da die Geschichte durch die Philosophie sowie durch politisches Handeln transformiert wird. Die Geschichte der Welt und die in ihr hervorgebrachten Strukturen sind in der Philosophie immanent, da die Philosophie in erster Instanz auf die Welt reagiert.⁷⁰ Sie enthalten sich gegenseitig und das gleichzeitig.⁷¹

Wie lässt sich auf der Basis dieser Überlegungen die relative Autonomie des Rechts mit Gramsci verstehen? Die CLS verstanden die relative Autonomie des Rechts so, dass Recht Gesellschaft konstituiert, und zwar als ein nicht-positivistischer und damit historisch und sozial verorteter Prozess des Lösen von gesellschaftlichen Konflikten.

Die drei Momente von Gramscis Dialektik – *Geschichte, Philosophie und Politik* – lassen sich auch im Recht wiederfinden. Die Philosophie, als die im Recht enthaltene Weltanschauung, manifestiert sich in den Rechtsdogmen. Diese bestehen unter anderem aus den Kategorien und Begriffen,⁷² über die das Recht seine Problemstellungen löst. Mit Gramsci lassen sich diese Rechtsdogmen nun besser bestimmen: Sie sind insoweit *autonom*, als sie sich durch Kritik als kohärente Philosophie über einen bloßen ersten Impuls der Ideologie hinaus bewegt haben und sich so wieder als konstituierendes Moment über den politischen Charakter des Rechts und der Rechtspraxis in der Welt verwirklichen. In ihnen bleibt jedoch immer die materielle Welt eingeschrieben; sie sind also nur *relativ* autonom, da sie nicht *ex nihilo* erschaffen werden. Durch das Zusammenfallen, also das Im-Anderen-anwesend-Sein von Geschichte und Philosophie, wird diese relative Autonomie hervorgebracht. Dass weder die Geschichte noch die Philosophie das Primat über das jeweils andere erlangt, wird durch das Politische der politischen Transformation gewährleistet. Dadurch, dass das Recht die Welt transformiert, aus der es erst als Reaktion entstanden ist, bleibt es *relativ autonom*.

4. Ausblick oder: Warum manche Häuser nicht umgebaut werden können

Recht, darin mündet die These der relativen Autonomie bei Gramsci, ist also durch eine dialektische Gleichzeitigkeit gekennzeichnet. Eine Gleichzeitigkeit von Geschichte und Philosophie. Recht ist sowohl geschichtlich konstituiert und damit Ausdruck der gesellschaftlichen Totalität, als auch konstitutiv für die Gesellschaft und damit geschichtlich aktiv. Das Bindeglied zwischen beiden Seiten ist die politische Praxis. Damit reiht sich Recht grundlegend in die Theorie der Hegemonie⁷³ ein, die Gramsci auf dem Zusammenspiel zwischen Idee und Materie, Wissen und Welt aufbaute.⁷⁴

69 Thomas (Fn. 50), 293.

70 Das lässt im Übrigen die Gegenwart und ihr Denken als uneinheitlich erscheinen, da in hier verschiedener Zeiten wirken. Etwas, was Croce mit seinem in allen Unterschieden anwesenden Geist nicht fassen konnte. Vgl. ebd., 283 f.

71 Zur Frage nach dieser *Gleichzeitigkeit*, sei auf die Diskussion um die Temporalität bei Gramscis Konzeption des Alltagsverständes verwiesen: vgl. Michele Filippini, On Gramscian Temporality, in: Gentili et. al. (Hg.), Walter Benjamin und Antonio Gramsci – A Missed Encounter, New York 2025, 65–82.

72 Vgl. Duncan Kennedy (Fn. 19), 9 f.

73 Vgl. dazu neben Thomas (Fn. 50) auch Thomas R. Bates, Gramsci and the Theory of Hegemony, Journal of the History of Ideas, 36.2 (1975), 351–366; Peter Ives, Language and Hegemony in Gramsci, London 2015; Esteve Morera, Gramsci, Materialism, and Philosophy, New York 2014.

74 Vgl. bspw. GH 10.II § 6, 1260.

Für das Projekt der LPE ist dieses Verständnis doppelt hilfreich. Zum einen ist es offen genug, um der Methodik Sanjukta Pauls,⁷⁵ der Auseinandersetzung in der Praxis mit den Konzepten des Rechts Platz einzuräumen. Doch gleichzeitig lässt sich mit Gramsci auch die Grenze des progressiven Potentials von Recht besser erkennen. Dass dies wichtig ist, soll im Folgenden an einem Beispiel aus dem Diskurs der LPE-Bewegung gezeigt werden.

4.1. Recht als Architektur ohne Geschichte

Dan Rhode und Nicolas Parra-Herrera entwickeln das Bild von *Recht als Architektur* aus der Einsicht heraus, dass Recht die gesellschaftliche Realität grundlegend mit konstituiert.⁷⁶ Sie entwickeln ihr Verständnis, indem sie verschiedene Strömungen der Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte nachzeichnen⁷⁷ und gelangen so zu ihrem Bild von Recht als Architektur:

„This paper will surface a third option, [...] where law is seen less as a constraining force than as an ‚architecture‘ – that is, a set of tools with which we build our social spaces, and that [...] inevitably carries unintended and/or unforeseen consequences [...].“⁷⁸

Zentral für das Bild von Recht als Architektur sind zwei Momente. Zum einen ist Recht etwas, was *genutzt* wird. Recht, so die Autoren, ist nicht einfach „something people experience, but [...] a thing people use“. ⁷⁹ Recht, ob in der Form einzelner Rechtsakte oder Institutionen,⁸⁰ erschafft soziale Beziehungen, ermöglicht bestimmte Handlungen und verunmöglicht andere.⁸¹ Zum anderen jedoch entzieht sich Recht auch dem Zugriff der handelnden Personen. Nicht immer lässt sich laut den Autoren voraussehen, wie bestimmte rechtliche Instrumente, die für einen bestimmten Zweck entwickelt wurden, nicht auch für andere verwendet werden können.⁸² Diese Unbestimmtheit des Rechts⁸³ veranlasst Rhode und Parra-Herrera, den Fokus in der Beschäftigung mit Recht zu verändern.

„This approach does not look primarily at the original intentions behind the creation of legal devices and institutions, nor even what they might have expressed or how they exhibited or reified a given mode of discourse, but at the forms of collaboration (and exclusion) that they facilitated and the power relations they enabled, regardless of whether they adhere in any way to their original designs.“⁸⁴

Recht stellt also Machtbeziehungen her und ermöglicht oder verunmöglicht bestimmte gesellschaftliche Formen. Die Autoren betonen, dass dies losgelöst von der Genese der

75 Vgl. Paul (Fn. 8).

76 Vgl. Rhode & Parra-Herrera (Fn. 12), 508.

77 Vgl. ebd., 512–536.

78 Ebd., 509.

79 Ebd., 537.

80 Vgl. ebd.

81 Vgl. ebd., 538.

82 Vgl. ebd.

83 Die Unbestimmtheit des Rechts nimmt im übrigen auch eine zentrale Stelle in der Theorie der CLS ein; Vgl. Moyn (Fn. 6), 18–21; Gordon (Fn. 16), 655.

84 Rhode & Parra-Herrera (Fn. 12), 545.

rechtlichen Institutionen und Instrumente passiert. Die Instrumente und Institutionen sind in dem Sinne autonom, da sie einmal entstanden, beginnen, ein Eigenleben zu führen.

4.2. Die Historisierung der Architektur des Rechts

Hier lässt sich mit Gramsci kritisch ansetzen. Das Bild, welches Rhode und Perra-Herrera zeichnen, entkoppelt die Entwicklung des Rechts von seiner Genese. Einmal entstanden, wird das Recht unbestimmt. Mit Gramsci kann eingewandt werden, dass die materielle Welt immer immanent im Recht anwesend ist. Das sich Recht also nicht von seiner Geschichte unbestimmt entwickelt werden kann.

Mit Gramsci lässt sich hier also ein anderes Bild zeichnen, eines, welches sowohl der Unbestimmtheit bis zu einem gewissen Grad Rechnung trägt, als auch den Machtverhältnissen, aus denen Recht entsteht. Zentral dafür ist die Gleichzeitigkeit von Idee und Materie, von Philosophie und Geschichte, die Recht nach Gramsci ausmacht. Diese Gleichzeitigkeit hängt in Gramscis Argumentation mit der materialistisch verstandenen Genese der dem Recht zugrundeliegenden Weltauffassung zusammen. Diese Genese beginnt mit einem Problem: „Die [...] Weltauffassung antwortet auf bestimmte von der Wirklichkeit gestellte Probleme, die in ihrer Aktualität ganz bestimmt und »originell« sind.“⁸⁵ Doch sind diese Probleme gerade die Probleme einer bestimmten Gruppe, die sich an einer bestimmten Position innerhalb der Gesellschaft befindet; in diesem Sinne sind sie *originell*. Doch soll diese Weltauffassung hegemonial werden, muss sie von den partikularen Problemen einer bestimmten Gruppe gelöst und universalisiert werden; sie muss, wie oben (3.3) gesehen, zu einer Philosophie werden und einen historischen Block konstituieren.

Diese kritische Umwandlung von einem partikularen Impuls zu einer universalisierten Philosophie ermöglicht es, dass die auf diese aufbauenden Praxen, zu denen auch Recht zählt, eine gewisse Autonomie gegenüber dem ersten Impuls erhalten. So kann das Recht eine Vielfalt ausbilden und innerhalb eines Rahmens unbestimmt sein. Dieser Rahmen, über den das Recht nicht hinaus kann, ist die Hegemonie einer bestimmten Philosophie, einer bestimmten Gruppe oder Klasse. Wird Recht nun als nach seiner Einsetzung als unbestimmt begriffen, so wird nicht nur das progressive Potential von bestehenden rechtlichen Begriffen und Prozessen überschätzt, die realen Machtverhältnisse, die immanent im Recht als Teil einer bestimmten historisch bestimmbar Hegemonie enthalten sind, laufen Gefahr, verschleiert zu werden.

Will die “Law and Political Economy”-Bewegung die Frage nach gesellschaftlichen Machtverhältnissen wieder in den Mittelpunkt stellen,⁸⁶ dann darf sie nicht den Fehler machen, Recht als bloßes Werkzeug mit einem unbestimmten Eigenleben zu theoretisieren. Wenn Rhode und Perra-Herrera schreiben: „The architecture is always up for grabs“,⁸⁷ dann stimmt dies nur zum Teil. Es stimmt, insoweit dass das Recht zu einem gewissen Grad autonom ist und sich bis zu einem bestimmten Punkt für soziale Verän-

⁸⁵ GH 11 § 12, 1376.

⁸⁶ Vgl. Britton-Purdy et al. (Fn. 3), 1820.

⁸⁷ Rhode & Perra-Herrera (Fn. 12), 543.

derungen nutzen lässt.⁸⁸ Doch da das Recht Teil der bestehenden Hegemonie ist und diese auf eine historisch situierte Wahrheit, auf die Gleichzeitigkeit von Geschichte und Philosophie aufbaut, reicht es nicht, das Recht umzudeuten. Vielmehr muss, um eine Gegen-Hegemonie zu etablieren, die Wahrheit im bestehenden Recht infrage gestellt und politisiert werden.⁸⁹ Nur durch eine kritische politische Praxis lässt sich die Form des Rechts verändern.

88 Vgl. hierzu bspw. den metaphorischen Ansatz von Rosemary J. Coombe, *Room for Manoeuver: Toward a Theory of Practice in Critical Legal Studies, Law & Social Inquiry*, 14.1 (1989), 69-121.

89 Vgl. GH 11 § 12, 1382.

Dennis Jekal

Eine sozialistische Grundrechtsdogmatik?

Untersuchung des Rechts auf Arbeit in der DDR

Können wir gerade von den Verlierern im Wettkampf der Systeme etwas lernen? Ein Bereich, in dem der Blick auf eben jene Staaten vielversprechend scheint, ist der der sozialen Grundrechte. Immerhin galten sozialistische Staaten als Vorreiter bei der Forderung und Gestaltung solcher Rechte.¹ Auch die DDR, die zu den sozialistischen Staaten gehörte, die im Wettkampf der Systeme unterlagen, nahm in ihren Verfassungen diverse soziale Rechte auf, so das Recht auf Arbeit (Art. 24 VDDR 1968), aber auch das Recht auf Bildung (Art. 25 VDDR 1968) oder das Recht auf Wohnraum (Art. 37 VDDR 1968).

Bisher nehmen sich nur wenige Untersuchungen der Verfassungen oder der Rechtsdogmatik in der DDR an.² Als mögliche Ursache hierfür wird angeführt, dass es sich bei den Verfassungen um leere Hüllen gehandelt habe³ und kaum eine umfassende Rechtsdogmatik auszumachen sei⁴. Im Folgenden soll auf diese beiden Thesen im Rahmen einer Untersuchung des Rechts auf Arbeit näher eingegangen werden. Dabei zeigt sich erstens, dass bestimmten Grundrechten in der Verfassung der DDR auch trotz oder gerade wegen ihres oktroyierten Charakters eine wirklichkeitsgestaltende Funktion zukam. Zweitens lässt sich hinsichtlich der Grundrechte durchaus eine Dogmatik erkennen, die sich jedoch anders ausdrückt als in westlich-liberalen Rechtskreisen. Dennoch ist festzustellen, dass diese Befunde nur sehr begrenzt dazu beitragen können, etwas aus der Gestaltung der sozialen Rechte in der DDR zu ziehen und dies für die Gestaltung von sozialen Aspekten im Rechtssystem des Grundgesetzes produktiv zu machen. Denn die Untersuchung zeigt am Beispiel des Grundrechts auf Arbeit auf, wie unter dem Deckmantel des verschmelzenden persönlichen und gesellschaftlichen Interesses sowie der Förderung der „sozialistischen Persönlichkeit“ die Einzelnen zur Arbeit gezwungen und das staatlich-autoritäre Handeln legitimiert werden konnte.

I. Zur Rolle von Grundrechten und Recht

Die Aufnahme des Rechts auf Arbeit als konkrete Verfassungsnorm in die Verfassungen der DDR von 1949, 1968 und 1974 resultiert aus einem grundlegend anderen Rechtsverständnis als dem westlich-liberalen Rechtsdenken. Die Grundrechte im Grundgesetz sind

¹ Röhner, Ungleichheit und Verfassung, 2019, 43.

² Keiser, Forschungsdesiderate bei der Aufarbeitung des DDR-Rechts, in: Schmidt-Recla/Seifert (Hg.), Das Recht der DDR als Gegenstand der Rechtsgeschichte, 2022, 89, 94.

³ Ebd., 94.

⁴ Ebd., 95.

DOI: 10.5771/0023-4834-2025-1-117

in erster Linie Freiheitsrechte, die aber auch als Werteordnung verstanden werden.⁵ Soziale Aspekte finden hier primär über das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 sowie Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie über die Verfassungsgerichtsrechtsprechung ihren Weg in den Verfassungsdiskurs.⁶ Die DDR hingegen baute mit ihrem marxistisch-leninistischen Grundverständnis auf einem völlig anderen Fundament auf. Damit einher ging die Aufnahme von sozialen Aspekten wie der ökonomischen Absicherung durch das Recht auf Arbeit als Verfassungsnormen. Um die Gestaltung und Wirkung dieser Normen untersuchen und anschließend kritisch einordnen zu können, muss zunächst das fundamental andere Rechtsverständnis, das sich aus der marxistischen Theorie ergibt, sowie dessen Umsetzung in der DDR herausgearbeitet werden.

1. Das Recht in der DDR

Die DDR begriff sich aus ihrem offiziellen Selbstverständnis heraus als Übergangsgesellschaft im Sinne der marxistischen „Klassiker“, die von einer vorübergehenden Notwendigkeit des Fortbestehens von Recht und Staat ausgehen.⁷ Dieser Übergangsgesellschaft, dem Sozialismus, kommt die Funktion zu, die Menschen auf die höhere Phase der entwickelten Gesellschaft, den Kommunismus, vorzubereiten.⁸ Da das Zusammenleben unter den neuen Bedingungen erst erlernt werden müsse,⁹ bedürfe es in dieser Phase des kollektiven Lernens und Umgestaltens weiterhin bestimmter Elemente des Rechts der bürgerlichen Gesellschaft und somit auch Teilen des bürgerlichen Staates.¹⁰

Der sozialistisch-stalinistische Kader der SED stand dem Recht und der Rechtswissenschaft als eigenständiger Disziplin gleichwohl kritisch gegenüber.¹¹ Dies führte unter anderem dazu, dass ein Kommentierungsverbot für die Verfassung von 1949 erlassen wurde.¹² Diese kritische Haltung baut unter anderem auf der marxistischen Rechtsanalyse auf. Diese sieht die Grundlage des Juristischen in der Regelung von divergierenden Interessen, welche der kapitalistischen Produktionsweise entsprängen.¹³ Zum einen verschleierte und reproduzierte das Recht, welches die bürgerliche Gesellschaft hervorgebracht habe, gesellschaftliche Ungleichheit, indem es diese hinter formeller Gleichheit verberge.¹⁴ Zum anderen verstehe es den Menschen als isolierte Monade, indem es auf die

5 Augsberg, Theorien der Grund- und Menschenrechte, 2021, 23 u. 104 f.

6 So etwa Röhner (Fn. 1), 43; Augsberg (Fn. 5), 136 f.

7 Schmidt-Recla, Sozialistisches Recht, sozialistisches Rechtsverhältnis, sozialistische Person, sozialistische Gesetzlichkeit, in: Schmidt-Recla/Seifert (Hg.), Das Recht der DDR als Gegenstand der Rechtsgeschichte, 2022, 115, 122; Klenner, Studien über die Grundrechte, 1964, 71.

8 Lenin, Staat und Revolution, in: Lenin Werke, Band 25, 1974, 393, 469 f.

9 Ebd., 476.

10 Ebd., 480 f.

11 Eckert, Die Babelsberger Konferenz vom 2. und 3. April 1958 – Legende und Wirklichkeit, Der Staat 33 (1994), 59, 64 f.

12 Mollnau, Theoretische Grundlagen und Praxis, Sozialistische Gesetzlichkeit in der DDR, in: Bender/Falk (Hg.), Recht im Sozialismus: Sozialistische Gesetzlichkeit. Analysen zur Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944/45 – 1989), 1999, 59, 68; Stolleis, Sozialistische Gesetzlichkeit, 2009, 138.

13 Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, 3. Aufl. 1970, 75.

14 Marx, Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei [Kritik des Gothaer Programms], MEW 19, 15, 21.

gegenseitigen Forderungen der Individuen fokussiere.¹⁵ In der höheren Phase der kommunistischen Gesellschaft solle dieses Recht sukzessiv absterben¹⁶ und durch technisch-wissenschaftliche Normen ersetzt werden.¹⁷ Diese sollten sich dadurch auszeichnen, dass sie nicht mehr die Regelung divergierender Interessen zum Inhalt hätten, sondern vermeintlich objektive Regelungen trafen, die einen einheitlichen Zweck verfolgen.¹⁸ Die technisch-wissenschaftlichen Regelungen würden nicht auf juristischen Überlegungen, sondern auf wissenschaftlichen Erkenntnissen basieren. Auch in der DDR wurde eine solche Entwicklung des Rechts angenommen,¹⁹ wobei das Recht, wie auch die gesamte gesellschaftliche Entwicklung,²⁰ einem strengen Determinismus unterlag.²¹

Anders als im gesellschaftlichen Sektor gab es in der Zeit nach Stalins Tod 1953 im Bereich der Rechtswissenschaft keine Lockerungen, und die SED versuchte, ihren Machtanspruch auch gegenüber dem Recht weiter zu festigen. Als zentrales Ereignis ist die Babelsberger Konferenz von 1958 zu nennen, welche die Rechtswissenschaft auf Parteilinie und kritische Stimmen in der Rechtswissenschaft zum Verstummen bringen sollte.²² Der verfestigte Machtanspruch der SED schlug sich dann auch in der neuen „sozialistischen“²³ Verfassung von 1968 nieder, zu der ein von der SED kontrollierter²⁴ Kommentar herausgegeben wurde.²⁵ Die neue Verfassung von 1968 setzte nicht mehr die jeweiligen Staatsorgane, sondern die Partei, die als Machtinstrument der Arbeiter*innen propagiert wurde,²⁶ als Schaltzentrale der Macht fest.²⁷ Die untergeordnete Rolle des Staates basiert auf dem Verständnis, dass der Staat gerade keiner übergeordneten sittlichen Idee, sondern dem Interesse der jeweils herrschenden Klasse entspringe und primär der Verschleierung des Klassenwiderspruchs diene.²⁸ Die Macht der Arbeiter*innen findet danach nicht im Staat ihren Ausdruck, sondern in der Partei der Arbeiter*innenklasse.²⁹ Die neue Verfassung von 1968 sollte den gesellschaftlichen Entwicklungen

15 Marx, Zur Judenfrage, in: Marx/Engels Gesamtausgabe. Erste Abteilung, Werke, Artikel, Entwürfe. März 1843 bis August 1844, Band 2, 2020, 141, 157 f.

16 Paschukanis (Fn. 13), 36.

17 Ebd., 111.

18 Ebd., 55.

19 Kunz/Kaden, Sozialökonomische Rechte, in: Poppe (Hg.), Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft, 1980, 173, 182.

20 Melzer, Staats- und Rechtsgeschichte der DDR, 1983, 9.

21 Schröder, Rechtswissenschaft in Diktaturen, 2016, 66.

22 Markovičs, Diener zweier Herren, 2020, 46 f.; Klenner, BABELSDORF 1958: Voreingenommene Bemerkungen zu einer voreingenommenen Konferenz, Der Staat 31 (1992), 612, 613; Althaus-Grewe, Methodenlehre in der DDR-Rechtswissenschaft, 2004, 48; Melzer (Fn. 20), 145 f.

23 Melzer (Fn. 20), 206.

24 Stolleis (Fn. 12), 138.

25 Sorgenicht/Weichelt/Riemann/Semler (Hg.), Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik. Dokumente, Kommentar, Band 2, 1969.

26 Riege, Persönlichkeit und Grundrechte im Sozialismus, in: Poppe (Hg.), Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft, 1980, 40, 47; Egler/Petzold/Schüßler, Gegenstand und gesellschaftliche Funktion des Staatsrechts der DDR, in: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (Hg.), Staatsrecht der DDR. Lehrbuch, 1984, 17, 36.

27 Schröder (Fn. 21), 61.

28 Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, MEW 21, 25, 165.

29 Lenin, Was tun?, in: Lenin Werke, Band 5, 1955, 355, 446 f.; Egler/Petzold/Schüßler (Fn. 26), 38.

eine rechtliche Grundlage geben und schuf aus Sicht von DDR-Kadern eine rechtliche Umsetzung der theoretischen Grundlagen des Sozialismus.³⁰

2. Rolle von Grundrechten in der DDR

Den Grundrechten in der DDR kamen im Sinne des stark deterministisch geprägten Gesellschafts- und Rechtsverständnisses und der orthodoxen Anwendung des dialektischen sowie historischen Materialismus³¹ die folgenden zentralen Funktionen zu:

Zunächst erfüllten sie, in historischer Kontinuität, die Funktion von *Abwehrrechten*. Dabei sollten sie jedoch zweckmäßig im Sinne des Proletariats³² gestaltet sein und als dessen Werkzeug dienen, was ihre Bedeutung grundlegend veränderte. Die Abwehrfunktion im Sinne Lenins bestand insbesondere darin, die wiederaufbegehrende Bourgeoisie zu bekämpfen.³³ Im DDR-Recht äußerte sich dies darin, dass die Menschen sich als Teil der sozialistischen Gesellschaft wahrnehmen³⁴ und so den endgültigen Sieg des Sozialismus festigen sollten.³⁵ Hierdurch sollte verhindert werden, dass die Bourgeoisie wieder Macht erlangt.³⁶ Dagegen war eine Abwehrfunktion der sozialistischen Grundrechte gegen den Staat aufgrund der vorausgesetzten Einheit von Gesellschafts- und Staatsinteresse nicht vorgesehen.³⁷

Die *Organisationsfunktion*³⁸ von Recht in der DDR bezog sich in Anlehnung an Marx' Analyse von Recht im Sozialismus³⁹ insbesondere auf den fortbestehenden Äquivalenztausch. Der DDR-Rechtswissenschaftler Riege⁴⁰ führte dazu aus, in der DDR bestünden weiterhin unterschiedliche Existenzbedingungen, während eine zunehmende soziale Homogenität angestrebt werde.⁴¹ Für diese Entwicklung bedürfe es weiterhin der staatlichen Leitung.⁴² Die uneinheitlichen Beziehungen zwischen Staat und Bürger*innen sollten mithilfe des Juristischen und insbesondere der Grundrechte gestaltet werden.⁴³

30 Melzer (Fn. 20), 206.

31 Markovits (Fn. 22), 146.

32 Haferkamp, Richterausbildung in der DDR, in: Schmidt-Recla/Seifert (Hg.), Das Recht der DDR als Gegenstand der Rechtsgeschichte, 2022, 35, 37.

33 Lenin (Fn. 8), 476 f.

34 Poppe, Grundrechte und Grundpflichten der Bürger der DDR, in: Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (Hg.), Staatsrecht der DDR. Lehrbuch, 1984, 176, 180.

35 Autorenkollektiv, Art. 19, in: Sorgenicht/Weichelt/Riemann/Semler (Hg.), Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik. Dokumente, Kommentar, Band 2, 1969, 9, 10 ff.

36 Egler/Petzold/Schöffler (Fn. 26), 36.

37 Poppe, Zum Begriff und Wesen der sozialistischen Grundrechte, Grundfreiheiten und Grundpflichten der Bürger, in: Poppe (Hg.), Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft, 1980, 54, 67; Zschiedrich, Grundrechte und Grundpflichten als Leistungsinstrument und unverzichtbare Elemente der sozialistischen Demokratie, in: Poppe (Hg.), Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft, 1980, 90, 95.

38 Luhmann, Kontingenz und Recht, 2. Aufl. 2013, 180.

39 Marx (Fn. 14), 21.

40 Nachruf zu Rieges Wirken als sozialistischer Jurist: Weißbecker, Gerhard Riege (1930 – 1992), Für das Recht Partei ergreifen, in: Hesselbarth/Schulz/Weißbecker (Hg.), Gelebte Ideen – Sozialisten in Thüringen. Biographische Skizzen, 2006.

41 Riege (Fn. 26), 46 f.

42 Ebd., 40 f.

43 Ebd., 41; zum Fortbestehen von Grundrechten als subjektive Rechte auch Poppe (Fn. 34), 180 f.

Die dritte und deutlich bedeutsamere Funktion⁴⁴ von Grundrechten war ihre Rolle als *sozialistische Persönlichkeitsrechte*. Nach der Vorstellung der DDR-Kader war der wichtigste gesellschaftliche Konflikt mit der Vergesellschaftung der Produktionsmittel gelöst.⁴⁵ Für eine funktionierende Gesellschaft nach marxistischen Vorstellungen, in der das Recht mit der Zeit überflüssig wird und abstirbt,⁴⁶ wurde es jedoch als notwendig angesehen, die durch den Kapitalismus geprägte Persönlichkeit abzulegen und eine sozialistische Persönlichkeit herauszubilden.⁴⁷ Die Grundrechte sollten insofern einen Teil zur Überwindung der Widersprüche zwischen der persönlichen und gesellschaftlichen Entwicklung beitragen.⁴⁸

Diese Funktionen – die Abwehr- und Organisationsfunktion einerseits und die Funktion als sozialistische Persönlichkeitsrechte andererseits – dürfen jedoch nicht isoliert betrachtet werden, sondern sind miteinander verschränkt und bedingen sich gegenseitig. So wurde die Herausbildung einer sozialistischen Persönlichkeit als wichtiger Teil der Organisation der Staat-Bürger*innen-Beziehung gesehen.⁴⁹ Entsprechend war ein prägendes Spezifikum der Grundrechte in der DDR die *Einheit zwischen Grundrechten und Grundpflichten*.⁵⁰

3. Das Recht auf Arbeit

Das Recht auf Arbeit nimmt im System der sozialen Grundrechte überhaupt eine zentrale Rolle ein. Isensee bezeichnet es gar als Zentrum und Urbild jener Rechte⁵¹, und auch im Rechtssystem der DDR wurde die besondere Rolle des Rechts auf Arbeit hervorgehoben. Im Kommentar zur Verfassung von 1968 heißt es, dass das Recht auf Arbeit zu den bedeutendsten Errungenschaften der Werktätigen der DDR gehöre⁵² und die Voraussetzung für die Realität aller Grundrechte schaffe⁵³.

Normiert wurde das Recht auf Arbeit bereits in Art. 15 VDDR 1949 sowie in Art. 24 VDDR 1968/74. Da jedoch der Verfassungstext von 1949 schon bald nicht mehr den tatsächlichen rechtswissenschaftlichen und gesellschaftlichen Überlegungen und Tatsachen entsprach,⁵⁴ soll im Weiteren ein größerer Fokus auf den Verfassungstext von 1968/74 gelegt werden. In diesem heißt es:

44 Bonanni, Neues zur sozialistischen Verfassung von 1968: Entstehungsgeschichte und das Problem der Grundrechte, Jahrbuch für historische Kommunismusforschung 2005, 189, 202 f.

45 Klenner (Fn. 7), 52.

46 Lenin (Fn. 8), 482 ff.

47 Dieses Grundrechtsverständnis für die DDR: Klenner (Fn. 7), 50; zum Herausbilden der sozialistischen Persönlichkeit siehe auch: Lenin (Fn. 8), 476.

48 Bonanni (Fn. 44), 202.

49 Riege (Fn. 26), 40 ff.

50 Klenner (Fn. 7), 105.

51 Isensee, Verfassung Ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenszug des Grundgesetzes, Der Staat 19 (1980), 367, 373.

52 Autorenkollektiv, Art. 24, in: Sorgenicht/Weichelt/Riemann/Semler (Hg.), Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik. Dokumente, Kommentar, Band 2, 1969, 64, 64.

53 Ebd., 65.

54 Müller-Römer, Die Entwicklung des Verfassungsrechts der DDR seit 1949, AöR 95 (1970), 528, 529.

„Art. 24. (1) Jeder Bürger der Deutschen Demokratischen Republik hat das Recht auf Arbeit. Er hat das Recht auf einen Arbeitsplatz und dessen freie Wahl entsprechend den gesellschaftlichen Erfordernissen und der persönlichen Qualifikation. Er hat das Recht auf Lohn nach Qualität und Quantität der Arbeit. Mann und Frau, Erwachsene und Jugendliche haben das Recht auf gleichen Lohn bei gleicher Arbeitsleistung.
 (2) Gesellschaftlich nützliche Tätigkeit ist eine ehrenvolle Pflicht für jeden arbeitsfähigen Bürger. Das Recht auf Arbeit und die Pflicht zur Arbeit bilden eine Einheit.
 (3) [...]“

Der Regelungsgehalt dieser Norm umfasst nach der rechtswissenschaftlichen Literatur der DDR diverse Aspekte. Zum einen ist dies das Recht auf einen Arbeitsplatz. Hierbei geht es allerdings nicht um die Schaffung eines bestimmten Arbeitsplatzes, sondern darum, dass es gesamtgesellschaftlich betrachtet genug Arbeitsplätze gibt und so auch bei größeren strukturellen Veränderungen eine durchgängige Beschäftigung gewährleistet werden kann.⁵⁵ Des Weiteren umfasst das Recht auf Arbeit die freie Wahl des Arbeitsplatzes – mit den Einschränkungen, dass dies nur entsprechend der gesellschaftlichen Erfordernisse und persönlichen Qualifikationen erfolgen könne.⁵⁶

Neben der leistungsgerechten Entlohnung, welche die Ausbeutung der Arbeitskraft abschaffen sollte,⁵⁷ und dem Anspruch auf gleichen Lohn unabhängig von Geschlecht oder Alter⁵⁸ kamen auch einem weitreichenden Kündigungsschutz und der Mitbestimmung im Betrieb eine besondere Rolle zu. So wurde ein Schutz vor ungerechtfertigter Auflösung des Arbeitsvertrages durch einseitige Erklärung des Betriebes geschaffen.⁵⁹ Kündigungen von Seiten des Betriebs bedurften der Zustimmung durch die Gewerkschaft,⁶⁰ zudem musste der Betrieb bei der Suche nach einem neuen Arbeitsverhältnis helfen.⁶¹ Der Aspekt der Mitbestimmung verknüpfte das Recht auf Arbeit eng mit dem Gewerkschaftsrecht in den Art. 44–45 VDDR 1968, welches eine umfassende Beteiligung von Gewerkschaften an der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses vorsah.⁶²

Auch hinsichtlich des Rechts auf Arbeit wurde das Recht mit einer *Pflicht* verbunden. Dahinter stand zum einen der Gedanke, dass das Recht auf Arbeit nur gewährleistet werden könne, wenn alle dieses Recht auch aktiv ausübten.⁶³ Zum anderen bedingte die Vorstellung, dass das persönliche und das gesellschaftliche Interesse miteinander übereinstimmen, dass es auch im Interesse des Einzelnen liege, zur Ausübung des Grundrechts verpflichtet zu sein.⁶⁴

Inwiefern im Hinblick auf die herausgearbeiteten Grundrechtsfunktionen und -verständnisse gerade das Recht auf Arbeit einen Beitrag zur Weiterentwicklung der westlich-liberalen Grundrechtskonzeption leisten kann, soll Gegenstand der nachfolgenden Analyse sein.

55 Kunz/Kaden (Fn. 19), 178 ff.

56 Ebd., 176.

57 Kunz/Kaden (Fn. 19), 181; *Autorenkollektiv* (Fn. 52), 64.

58 Kunz/Kaden (Fn. 19), 182 f.; *Autorenkollektiv* (Fn. 52), 73.

59 Kunz/Kaden (Fn. 19), 178; *Autorenkollektiv* (Fn. 52), 72.

60 Dies fand seine Konkretisierung in § 57 Arbeitsgesetzbuch der DDR von 1977.

61 Kunz/Kaden (Fn. 19), 179; *Autorenkollektiv* (Fn. 52), 72.

62 *Autorenkollektiv* (Fn. 52), 66 f.

63 Ebd., 76.

64 Klenner (Fn. 7), 89 ff.

II. Analyse des Rechts auf Arbeit

Um zu untersuchen, wie das Verfassungsrecht die soziale Dimension adressiert und wo sich gegebenenfalls Leerstellen finden lassen, hat Cara Röhner hilfreiche Analysekategorien für ein Verfassungsaudit entwickelt.⁶⁵ Allerdings ergeben sich mit Blick auf das Recht der DDR Komplikationen bei der Anwendung dieser Methode, die daher für eine Untersuchung des Rechts auf Arbeit modifiziert werden muss. Jedoch zeigt sich, dass das Verfassungsaudit auch unter Berücksichtigung dieser Modifikationen in einem System wie der DDR nur eine oberflächliche Analyse erlaubt, aufgrund der starken Diskrepanz zwischen Verfassungstheorie und Verfassungswirklichkeit.

1. Verfassungsaudit als Methode der Analyse der Grundrechte

Das Verfassungsaudit nach Röhner dient dazu, einen Beitrag zur Weiterentwicklung des Grundrechtsverständnisses gerade im Hinblick auf soziale Grundrechte für westlich-liberale Rechtskreise zu leisten.⁶⁶ Mit diesem Ziel wird die Rechtspraxis systematisch auf bestimmte Achsen der Ungleichheit – Umverteilung, Anerkennung, Repräsentation⁶⁷ – hin analysiert und insbesondere untersucht, inwiefern in der Verfassungsgerichtsprechung eine individualisierende oder eine relationale Methodik angewandt wird. Die relationale Methode berücksichtigt interpersonelle Beziehungen, Machtverhältnisse und den gesellschaftlichen Kontext, anstatt diese auszublenden.⁶⁸ Hier deuten sich Parallelen zur Rechtsordnung der DDR und dem ihr zugrunde liegenden marxistischen Rechtsverständnis an, das davon ausgeht, dass Recht in der bürgerlichen Gesellschaft die realen Bedingungen verschleiert und so Ungleichheit reproduziert.⁶⁹ Die DDR verstand sich im Prozess, dieses Recht zu überwinden, und nahm in ihre Verfassungen Normen auf, die diesen individualisierenden Aspekten explizit entgegenwirken sollten.

Für das Recht auf Arbeit bietet sich eine Analyse entlang der Ungleichheitsachse der Umverteilung an. In der Theorie strebten die DDR-Kader eine Gesellschaft an in der die einzelnen Gesellschaftsmitglieder aus einer ökonomischen Perspektive materiell gleichgestellt sind.⁷⁰ Um dies zu realisieren, bedurfte es eines Umverteilungsprozesses, der alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens umfasste. Konkret wird beim Verfassungsaudit überprüft, (1) ob eine Dethematisierung oder Thematisierung der jeweiligen Ungleichheitsachse – hier der Umverteilung – vorliegt, (2) ob abstrakt oder konkret-empirisch argumentiert wird und dabei beispielsweise Machtverhältnisse oder das Verhältnis der öffentlichen und privaten Sphäre thematisiert werden, (3) ob eine an gesellschaftlichen Normalitätsvorstellungen orientierte Rechtfertigungsperspektive oder eine Betroffenenperspektive eingenommen wird, die gesellschaftliche Ungleichheit als verfassungsrechtliches Problem begreift und den Fokus der Argumentation auf die Wirkung von rechtlichen Regelungen lenkt, und (4) ob sich die Maßstabsbildung an einer hegemonialen

⁶⁵ Röhner (Fn. 1), 9 ff.

⁶⁶ Ebd., 22.

⁶⁷ Ebd., 31.

⁶⁸ Ebd., 29.

⁶⁹ Marx (Fn. 14), 21; Röhner (Fn. 1), 12 f.; Egler/Petzold/Schüßler (Fn. 26), 34.

⁷⁰ Autorenkollektiv, Art. 2, in: Sorgenicht/Weichert/Riemann/Semler (Hg.), Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik. Dokumente, Kommentar, Band 1, 1969, 237, 251.

Normativität orientiert oder ob die zugrunde liegende Perspektive reflektiert wird und hierdurch invisibilisierte Privilegien-Strukturen aufgedeckt werden.⁷¹

Für die Anwendung des Verfassungsaudit auf das Recht auf Arbeit in der DDR sind jedoch Anpassungen erforderlich. Zunächst fehlt mangels Verfassungsgerichtsbarkeit die von Röhner untersuchte verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Arbeit. Stattdessen muss neben den Verfassungsnormen selbst und ihren einfachgesetzlichen Ausprägungen⁷² auf die rechtswissenschaftliche Literatur zum Recht auf Arbeit⁷³ und Entscheidungen des Obersten Gerichts der DDR in Arbeitssachen zurückgegriffen werden, in denen das Recht auf Arbeit herangezogen wurde. Allerdings war die rechtswissenschaftliche (Ausbildungs-)Literatur von großer Einheitlichkeit im Sinne des stalinistischen Gesellschaftsverständnis und der Babelsberger Konferenz geprägt. Ferner wurden für die entsprechenden Gesetzestexte jeweils nur ein von der SED kontrollierter Kommentar und ein Lehrbuch veröffentlicht.⁷⁴ Die Lehrbücher und Kommentare enthielten dementsprechend nur allgemeine Ausführungen zu gesellschaftlichen Grundlagen und den vermeintlichen Errungenschaften des Sozialismus⁷⁵ im Hinblick auf die jeweilige Norm, weswegen sie eine geringe Bedeutung für die Rechtspraxis hatten.

Zudem ist die Ausgangslage in der DDR deutlich anders als bei Röhner. Die Trennung der öffentlichen und privaten Sphäre, wie sie im ursprünglichen Verfassungsaudit untersucht wird, existiert in der Vorstellung und Theorie der DDR in dieser Form gerade nicht mehr.⁷⁶ Hiermit verbunden ist auch eine abweichende hegemoniale Normativität in der DDR, die sich als proletarischer Staat und als Übergangsprozess von formaler zu materieller Gleichheit verstand. Dies spiegelt sich auch in den Verfassungsnormen der DDR wider, die darauf angelegt waren, das Individuum in seinen gesellschaftlichen Beziehungen zu fördern. Daher muss im Rechtssystem der DDR, anders als in der Bundesrepublik,⁷⁷ im Grundsatz nicht mehr nach dem ‚Ob‘, sondern nur noch nach dem ‚Wie‘ der Anwendung einer relationalen Perspektive gefragt werden.

71 Röhner (Fn. 1), 29 f.

72 § 2 Abs. 1 Gesetzbuch der Arbeit der DDR von 1961 und § 1 Abs. 1 Arbeitsgesetzbuch der DDR von 1977.

73 Herangezogene Primärquellen sind: Poppe (Hg.), Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft, 1980; Poppe (Hg.), Politische und persönliche Grundrechte in den Kämpfen unserer Zeit, 1984; Melzer (Hg.), Staats- und Rechtsgeschichte der DDR. Grundriß, 1983; Kunz/Baumgart, Arbeitsrecht, 1979; Klenner, Studien über die Grundrechte. Mit Dokumentenanhang, 1964; Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (Hg.), Staatsrecht der DDR. Lehrbuch, 2. Aufl. 1984; Sorgenicht/Weichelt/Riemann/Semler (Hg.), Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik. Dokumente, Kommentar, Band 2, 1969; alle beim Staatsverlag der DDR in Berlin (Ost) erschienen.

74 Lotze, Wege und Irrwege der marxistischen Rechtstheorie, ARSP 78 (1992), 396, 400; Stolleis (Fn. 12), 139 ff.

75 So beispielsweise in Kunz/Kaden (Fn. 19), 173; Autorenkollektiv (Fn. 52), 65.

76 Riege (Fn. 26), 42.

77 Röhner (Fn. 1), 153.

2. Analyse des Grundrechts auf Arbeit

So lässt sich das Recht auf Arbeit mit dem modifizierten Verfassungsaudit wie folgt analysieren:

In der Literatur wird *thematisiert*, dass ohne eine umfassende Realisierung des Rechts auf Arbeit eine allseitige Entwicklung der Persönlichkeit aufgrund der mangelnden Befriedigung der materiellen Bedürfnisse nicht möglich sei.⁷⁸ Das Recht auf Arbeit wird zudem eng mit der gesellschaftlichen und betrieblichen Mitbestimmung sowie der Lohngestaltung verknüpft, da diese Aspekte in der kapitalistischen Gesellschaft ungleichheitsfördernd wirkten.⁷⁹ Insofern findet eine Thematisierung entlang der Ungleichheitsachse der Umverteilung statt.

Die Literatur zu den Grundrechten nimmt auch eine *konkrete Perspektive* ein und erörtert den spezifischen Kontext. So heißt es dort, dass die Funktion und der Inhalt von Grundrechten nicht nur als rechtliches Problem zu begreifen seien, sondern vielmehr in ihren tatsächlichen gesellschaftlichen Bedingungen betrachtet werden müssten.⁸⁰ Neben dem Benennen der konkreten persönlichen Folgen, die ein Arbeitsplatz mit sich bringt (insbesondere materielle und soziale Absicherung), wird auch konkret darauf eingegangen, dass es für eine aus sozialistischer Sicht sinnvolle Umsetzung des Rechts auf Arbeit notwendigerweise eine Möglichkeit zur betrieblichen Mitbestimmung geben müsse.⁸¹ Es wird auch eingehend das Verhältnis der öffentlichen und privaten Sphäre beleuchtet,⁸² insbesondere im Zusammenhang mit der Pflicht zur Grundrechtsausübung. Die DDR forcierte eine Verschmelzung des gesellschaftlichen und des privaten Interesses und sah in dieser Pflicht auch eine Förderung des Einzelnen, da die Gesellschaft davon profitiere, wenn alle ihre Grundrechte ausübten. Das persönliche Interesse sollte in diesem Sinne nur als partikuläre Existenzweise des gesellschaftlichen Interesses begriffen werden.⁸³ Übertragen auf das Recht auf Arbeit sollte die Persönlichkeitsentwicklung des Menschen so aussehen, dass keine äußeren Bedingungen die Grundlage der Arbeitsmotivation bilden, sondern die Arbeit zu einem inneren Bedürfnis wird.⁸⁴

Auch wird bei den Ausführungen zu der These, dass ohne die Realisierung des Rechts auf Arbeit eine allseitige Entwicklung der Persönlichkeit nicht möglich sei, eine *Betroffenenperspektive* eingenommen. Es wird explizit auf das Gegensatzpaar Arbeit – Arbeitslosigkeit sowie die damit verbundenen Folgen wie soziale Ächtung, fehlende Persönlichkeitsentwicklung, Armut oder fehlende Partizipationschancen, hingewiesen.⁸⁵ Auch der Kommentar zur DDR-Verfassung geht darauf ein, dass das Recht auf Arbeit den Menschen vor einer sozialen Notlage bewahre.⁸⁶ Hinzu kommt, dass durch die Pflicht der Grundrechtsausübung die konkrete Tätigkeit, bspw. verschiedene Arten der

78 Kunz/Kaden (Fn. 19), 174.

79 Autorenkollektiv (Fn. 52), 66 f.

80 Riege, Gesellschaft und Persönlichkeit, in: Poppe (Hg.), Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft, 1980, 9, 9; Poppe (Fn. 37), 60.

81 Autorenkollektiv (Fn. 52), 73.

82 Klenner (Fn. 7), 53.

83 Ebd., 56.

84 Autorenkollektiv (Fn. 52), 74.

85 Klenner (Fn. 7), 175.

86 Autorenkollektiv (Fn. 52), 65.

Arbeit, die Mitbestimmung im Betrieb oder der Gesellschaft, erlernt und so die spezifischen Fähigkeiten des Menschen erweitert werden sollten.⁸⁷

Jedoch verfällt der Kommentar zur DDR-Verfassung zugleich in eine *rechtfertigende* Perspektive. So heißt es, dass durch die sozialistische Revolution die Ausbeutung des Menschen durch den Menschen vollständig beendet sei.⁸⁸ Hierbei wird jedoch übersehen, dass neue Abhängigkeiten, insbesondere von der Partei und der Bürokratie, entstehen. Dies zeigt sich beispielsweise an der vermeintlich freien Wahl des Arbeitsplatzes, die jedoch nur im Rahmen der von der SED vorgegebenen Möglichkeiten tatsächlich frei war. Die Einschränkungen, dass die freie Wahl nur im Rahmen der gesellschaftlichen Erfordernisse und der persönlichen Qualifikationen erfolgen kann, führten zu einer faktischen Abschaffung der freien Wahl des Arbeitsplatzes.⁸⁹ Denn die Partei war sowohl für die Definition der gesellschaftlichen Erfordernisse⁹⁰ als auch für die Regelung des Bildungssystems zuständig, sodass es hier gerade kein Recht auf freie Wahl des Bildungswegs gab.⁹¹

Eine solche rechtfertigende Perspektive ist auch in einem der wenigen Urteile⁹² des Obersten Gerichts in Arbeitssachen zu erkennen, in dem das Recht auf Arbeit herangezogen wird. Das Urteil befasst sich mit der Auslegung von § 615 BGB a.F.⁹³ im Rahmen einer ungerechtfertigten Kündigung. Der Betrieb wollte einen Werk tätigen zum 1.9.1955 kündigen, dies war jedoch aufgrund gesetzlicher Bestimmungen erst zum 26.7.1956 möglich. Der zu Unrecht Gekündigte forderte für den Zeitraum vom 1.9.1955 bis zum 5.8.1956 das entsprechende Gehalt. In der Zwischenzeit hatte der Betrieb dem Gekündigten Angebote für eine neue Anstellung unterbreitet, welche dieser aber ausgeschlagen hatte. Das Gericht sah darin ein böswilliges Unterlassen der Arbeit und somit ein Minderungsgrund hinsichtlich des Anspruchs auf Lohnfortzahlung. Es verweist dabei zwar auf den bourgeois Charakter von § 615 BGB a.F., welcher den Annahmeverzug im Arbeitsrecht regelt, und die daraus resultierende ungleichheitsfördernde Wirkung; an entscheidender Stelle nimmt das Gericht aber eine rechtfertigende Position zu Gunsten der sozialistischen Betriebe ein.⁹⁴

Eine *Reflexion der Maßstababildung* erfolgt dahingehend, dass im Lehrbuch zu den Grundrechten die lohnabhängigen Beschäftigten als benachteiligte Akteure genannt werden.⁹⁵ Diesen kommt in der DDR aber das mit dem Recht auf Arbeit verbundene Recht der Mitbestimmung im Betrieb zu,⁹⁶ mit dem die Privilegien-Struktur, die es der Bourgeoisie ermöglicht, über ihre Arbeit zu bestimmen, abgebaut werden sollte.⁹⁷ Auch der Schutz vor der ungerechtfertigten Auflösung des Arbeitsverhältnisses wird besonders

87 Klenner (Fn. 7), 51.

88 Autorenkollektiv (Fn. 52), 65.

89 Mampel, Art. 24, in: Mampel (Hg.), Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik. Kommentar, 1997, Rn. 16 S. 661.

90 Ebd., Rn. 14 S. 660.

91 Siehe Art. 25 VDDR 1968 und Mampel (Fn. 89), 666 f.

92 2. Zivilsenat Urteil vom 1. September 1958 – Za 8/58 – in: Oberstes Gericht (Hg.), Entscheidungen des Obersten Gerichts der Deutschen Demokratischen Republik in Arbeitssachen, 1963, 57 ff.

93 Das BGB war in der DDR bis 1976 in Kraft und wurde dann vom Zivilgesetzbuch der DDR abgelöst.

94 2. Zivilsenat (Fn. 92), 57.

95 Kunz/Kaden (Fn. 19), 175.

96 Poppe (Fn. 37), 64.

97 Kunz/Kaden (Fn. 19), 175.

hervorgehoben; so bedurfte es gem. § 57 Arbeitsgesetzbuch der DDR von 1977 bspw. für eine betriebliche Kündigung der Zustimmung der Gewerkschaft.

Insgesamt unterstreicht das Verfassungsaudit die Bedeutung des Rechts auf Arbeit in der DDR-Gesellschaft. Danach wurde aus DDR-Perspektive Arbeit als zentrale Variable auf der Ungleichheitsachse der Umverteilung erkannt. Ihre konkrete Ausgestaltung sollte maßgeblich zu einer stärkeren Umverteilung beitragen. Zudem werden wichtige Verknüpfungen aufgezeigt, ohne die das Recht auf Arbeit nicht gleichheitsfördernd wirken kann. Zugleich zeigt die Untersuchung, dass die durch das Recht auf Arbeit neu entstehende Machtstrukturen vernachlässigt wurden. Die Aufhebung der Trennung zwischen öffentlicher und privater Sphäre wurde derart orthodox betrieben, dass eine neue Abstraktion entsteht, in der die Individuen vollständig von der Gesellschaft konsumiert werden. Dies führte zu einer Loslösung vom konkreten Einzelfall und dessen tatsächlichen realen Bedingungen. Damit einher geht eine rechtliche Leerstelle in Bezug auf die konkrete Bedeutung der rechtlichen Regelung für das Individuum.

III. Die DDR-Verfassungen und ihre rechtliche Illusion

Vor diesem Hintergrund können die eingangs dargestellten Thesen, dass die DDR-Verfassungen leere Hüllen waren⁹⁸ und es in der DDR keine Rechtsdogmatik gab⁹⁹, in neuem Licht betrachtet werden. Es zeigt sich, dass die Grundrechte durchaus eine wirklichkeitsgestaltende Funktion entfalteten, allerdings im Sinne der Partei. Zudem lässt sich eine gewisse rechtsoziologisch informierte Rechtsdogmatik feststellen, die sich jedoch nur höchst selektiv mit der Rechtswirklichkeit befasst.

1. Wirklichkeitsgestaltende Funktion von Grundrechten statt leere Hülle

In der Tradition von Marx und Engels spielte das Recht auch in der DDR eine untergeordnete Rolle, was sich in diversen Aspekten des Verfassungsverständnisses widerspiegelte.¹⁰⁰ Diese untergeordnete Rolle resultierte unter anderem aus dem Verständnis, dass die rechtliche Gestaltung der Wirklichkeit (als Teil des Überbaus) stets an die ökonomische Gestaltung und Entwicklung der Gesellschaft (die Basis) geknüpft ist.¹⁰¹ Dennoch kam den Grundrechten eine wirklichkeitsgestaltende Funktion zu. Nicht nur die sogenannte „Boykotthetze“ in Art. 6 VDDR 1949, die als unmittelbar geltendes Strafrecht herangezogen wurde,¹⁰² auch das Recht auf Arbeit hatte eine solche Wirkung. Die Wirkung zeigt sich jedoch nicht darin, dass Bürger*innen dieses Recht mobilisieren konnten, sondern vielmehr darin, dass der Staat ein weiteres Machtinstrument gegenüber seinen Bürger*in-

⁹⁸ Keiser (Fn. 2), 94.

⁹⁹ Ebd., 95.

¹⁰⁰ Bspw. dazu, dass es in der Öffentlichkeit kein Verfassungsbewusstsein gab und die Regierenden selbst Verfassungsbruch begangen: Fischer, Verfassungsgeschichte der DDR, KJ 23 (1990), 413, 414 dazu, dass gesellschaftliche Partizipation mit anderen Mitteln als dem Recht erreicht werden sollte: Eckert (Fn. 11), 65.

¹⁰¹ Marx (Fn. 14), 21; Riege (Fn. 80), 24; Hieblinger, Zur Geschichte der Grundrechte und Grundpflichten, in: Poppe (Hg.), Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft, 1980, 105, 113.

¹⁰² Keiser (Fn. 2), 95; Schröder (Fn. 21), 87.

nen erlangte. Die konkrete Ausgestaltung des Grundrechts auf Arbeit führt bspw. – unter dem Vorbehalt, dass die freie Wahl des Arbeitsplatzes nur entsprechend der gesellschaftlichen Erfordernisse und der persönlichen Qualifikation erfolgen kann¹⁰³ – dazu, dass die Wahl des Arbeitsplatzes der politischen Kontrolle durch die SED unterlag. Es wurde im Rahmen des Rechts auf Arbeit ein Konglomerat an rechtlichen Theorien geschaffen, die das staatlich-autoritäre Handeln legitimieren sollten und mit denen die Einzelnen zur Arbeit gezwungen werden konnten. In der rechtswissenschaftlichen Literatur der DDR wurde zwar diskutiert, inwiefern die Pflicht zur Arbeit aus § 2 Gesetzbuch der Arbeit der DDR von 1961 eine moralische oder eine Rechtspflicht darstellte.¹⁰⁴ In der Praxis wirkte sie jedoch zweifelsfrei als Rechtspflicht, existierte mit § 249 StGB DDR von 1968 doch ein staatliches Zwangsmittel zur Arbeitsplatzverpflichtung.

Die Verschränkung der Funktionen – Grundrechte in ihrer (neu interpretierten) historischen Kontinuität als Abwehrrechte einerseits und in ihrer neuen Funktion als sozialistische Persönlichkeitsrechte andererseits – führte in der konkreten Gestalt zu einer autoritären Anwendung. Recht, welches die Beziehung zwischen Staat und Bürger*innen organisieren sollte, wurde mit Verweis auf das Unterdrücken der wideraufbegehrenden Bourgeoisie und mit dem Framing als sozialistische Persönlichkeitsrechte rein im Sinne der Partei angewandt.¹⁰⁵

Die begrenzte Bedeutung des Rechts liegt in erster Linie an der umfassenden Macht der Partei. Aus diesem Grund liefert auch die mit dem Verfassungsaudit untersuchten Literatur kaum Erkenntnisse über die Verfassungswirklichkeit in der DDR, sondern diente vielmehr als Legitimationsquelle für das Handeln der Partei und als Instrument staatliche Propaganda.¹⁰⁶ Dies gilt auch für die Urteile des Obersten Gerichts; ihnen mangelt es an Begründungstiefe, und sie bewegen sich innerhalb der Vorgaben der Partei. Denn die Aufsicht über das Oberste Gericht oblag der Volkskammer und dem Staatsrat, welche beide der Kontrolle der SED unterlagen, und die mit der Kompetenz der Abberufung von Richter*innen durch die Volkskammer auch über ein wirksames Mittel der Kontrolle verfügten.¹⁰⁷

2. Rechtssoziologische statt formale Dogmatik?

Angesichts der Infragestellung einer eigenständigen Funktion von Recht sowohl bei den marxistisch-leninistischen „Klassikern“,¹⁰⁸ als auch in der DDR¹⁰⁹ fragt sich, ob und inwieweit das Entstehen einer eigenständigen rechtswissenschaftlichen Dogmatik möglich ist. In der DDR lässt sich jedoch – wie das Verfassungsaudit herausgearbeitet hat – durchaus eine Dogmatik feststellen, die eine (rechts)soziologische Betrachtung

103 *Mampel* (Fn. 89), Rn. 25 S. 666 f.; *Bonanni* (Fn. 44), 190 f.

104 *Mampel* (Fn. 89), Rn. 40 S. 671 f.

105 Besonders deutlich bspw. bei *Riege* (Fn. 26), 40 ff.

106 *Bonanni* (Fn. 44), 203 f.

107 Art. 93 Abs. 3 und Art. 50 VDDR 1968.

108 *Engels* (Fn. 28), 165; *Marx/Engels*, Kritik der junghegelschen Philosophie, in: *Marx/Engels Gesamtausgabe. Erste Abteilung, Manuskripte und Drucke zu Deutschen Ideologie*, Band 5, 2018, 2, 60.

109 *Schröder* (Fn. 21), 100; *Egler/Petzold/Schüßler* (Fn. 26), 34 f.

der gesamtgesellschaftlichen Zusammenhänge vornahm¹¹⁰ und sich gerade nicht in der formalen Analyse der Begriffe und Strukturen des Rechts erschöpfte.¹¹¹

In der Realität der DDR zeigte sich hier aber besonders deutlich die bereits angesprochene massive Diskrepanz zwischen Verfassungstheorie und -praxis. Die offizielle Literatur zu den geltenden Verfassungen der DDR beschäftigte sich fast ausschließlich mit ideologischen Grundlagen¹¹² oder den gesellschaftlichen Beziehungen. Wie mit dem Verfassungsaudit des Rechts auf Arbeit herausgearbeitet, geht der einzelne Mensch im Rechtsverständnis der DDR vollständig in der Gesellschaft auf. Zwar beruft sich die Literatur hinsichtlich der Leistungsfunktion des Rechts auf Arbeit – konkret dem Anspruch auf Erhalt eines Arbeitsplatzes – vereinzelt auf das Individuum.¹¹³ Was aber faktisch aus dem Recht auf Arbeit für den Einzelnen folgt oder welche Konsequenzen die konkrete Ausgestaltung der Norm nach sich zieht, wird vollständig vernachlässigt. Hinsichtlich positiver Ansprüche der Bürger*innen bleibt die Literatur bei floskelhaften Beschwörungen der vermeintlichen Errungenschaften des Sozialismus in der DDR stehen.¹¹⁴

Passend zu den Ergebnissen bezüglich der wirklichkeitsgestaltenden Funktion von Grundrechten wird die Literatur konkreter, wenn es um Forderungen *an die* Bürger*innen geht. Dies zeigt sich insbesondere an den mit den Grundrechten verbundenen Grundpflichten und deren Ausgestaltung.

Wenn Rechtsdogmatik allerdings in ihrer Funktion für das Lösen von Rechtsfragen innerhalb des geltenden Rechts verstanden wird und so eine praktische Anwendbarkeit des Rechts ermöglichen soll, offenbart sich eine Leerstelle hinsichtlich des Rechts auf Arbeit in der DDR. Denn hier fehlte die praktische Anwendung von Seiten der Bürger*innen nahezu vollständig, während die Dogmatik, wenn sie ihren Weg in die Praxis fand, der Legitimation von staatlichem Handeln diene.¹¹⁵ Kritik oder ein Diskurs hinsichtlich dieser Rechtsinterpretation konnte damit abgewehrt werden, dass die Normen sich immer mehr zu technisch-wissenschaftlichen Normen entwickeln würden und das erkennende Subjekt dieser vermeintlich objektiven Normen die Partei war.¹¹⁶

Fazit

Der propagierte Arbeiter- und Bauernstaat¹¹⁷ im Sinne Lenins, der die Interessen aller Gesellschaftsmitglieder vereinen sollte,¹¹⁸ existierte in Bezug auf das Recht auf Arbeit

110 Klenner (Fn. 7), 106; Althaus-Grewe (Fn. 22), 218.

111 Schröder (Fn. 21), 102.

112 Markovits (Fn. 22), 38.

113 Bspw. dass jede*r Bürger*in ein Recht auf ihren*seinen Arbeitsplatz und damit auf eine gesicherte Existenz hat, in: *Autorenkollektiv* (Fn. 52), 69.

114 Beispielhaft hier die Aussage, dass mit der Gestaltung der sozialistischen Grundrechte die Ausbeutung des Menschen durch den Menschen ein für alle Mal ein Ende gefunden hätte in: *Hieblinger* (Fn. 101), 110.

115 Bspw. zum Schutz der sozialistischen Betriebe, siehe: 2. Zivilsenat (Fn. 92); dem Durchsetzen der Pflicht zur Arbeit gem. § 249 StGB DDR 1968; dazu, dass es dem Dogma entsprach, dass sich alles Recht der Partei unterordnete, siehe: *Stolleis* (Fn. 12), 138.

116 Lotze (Fn. 74), 403.

117 Art. 1 Abs. 1 VDDR 1974.

118 *Hieblinger* (Fn. 101), 115.

nicht. Auch die für die Charakterisierung als „sozialistisch“ notwendige demokratische Mitbestimmung existierte in der DDR nur in der Theorie.¹¹⁹ Vielmehr versuchte die SED, durch den Staat allen Gesellschaftsmitgliedern ihre Interessen als vermeintlich eigene aufzuzwingen und nutzte hierfür auch die Mittel des Rechts, einschließlich des Grundrechts auf Arbeit. Die konkrete Ausgestaltung der Verfassungen sowie die zugehörige Literatur wurden so zur Legitimationsquelle eines weiteren Machtinstruments. Das Recht wurde im Sinne der Form-Inhalt-These zu einem Werkzeug, um die gesellschaftliche Basis zu beeinflussen. Die Abwehrfunktion des Rechts gegenüber der Bourgeoisie im Sinne Lenins bestand in der DDR primär in der Legitimation von autoritärem staatlichem Handeln.

Das Recht auf Arbeit hatte vor diesem Hintergrund durchaus eine wirklichkeitsgestaltende Funktion, die jedoch ausschließlich im Interesse der SED lag und aufgrund mangelnder Mobilisierungsmöglichkeiten keinen unmittelbaren Nutzen für die Bürger*innen hatte. Die These von der Verfassung als „leerer Hülle“ ist insoweit zu bestätigen, als dass diese wirklichkeitsgestaltende Funktion bei Weitem nicht das Niveau einer westlich-liberalen Verfassung erreichte. Bezüglich der „schwierigen Entfaltungsbedingungen“¹²⁰ einer Dogmatik ist festzuhalten, dass es durchaus eine, wenngleich schwach ausgeprägte Dogmatik gab, die jedoch ebenfalls im Dienst der SED stand und als Legitimation des Machtanspruchs diente und darüber hinaus keine wirkliche praktische Anwendung fand.¹²¹

Die Konfrontation marxistischer Theorie mit ihrer vermeintlichen Praxis kann wertvolle Erkenntnisse zur Weiterentwicklung eben jener Theorie liefern. Denn in der Ausgestaltung der DDR lassen sich tiefe Widersprüche zu den Grundkonzeptionen einer sozialistischen Gesellschaft, wie Marx sie skizzierte, finden.¹²² Gleichzeitig kann nicht alles Schlechte in der Umsetzung der marxistischen Theorie auf den Stalinismus zurückgeführt werden.¹²³ Daher bedarf es nicht nur einer Kritik der Praxis, sondern auch einer praktischen Kritik der Theorie.¹²⁴ Diese praktische Kritik kann und sollte diese Untersuchung nicht liefern. Sie will aber einen Anstoß geben, die marxistischen Theorien eng mit den realen Umsetzungen zu verknüpfen, hierdurch Schwächen sowie Leerstellen zu identifizieren und so auf eine an der Praxis anknüpfende Weiterentwicklung der Theorie abzielen.

119 Riege (Fn. 26), 46.

120 Keiser (Fn. 2), 95.

121 Stolleis (Fn. 12), 138.

122 Klenner (Fn. 22), 614; Lotze (Fn. 74), 397; Markovits (Fn. 22), 141.

123 Mollnau (Fn. 12), 70.

124 Gehrcke, Über Kennentlichkeit und Unkenntlichkeit – Marxismus und Stalinismus, UTOPIE kreativ 1997, 50, 53.

KOMMENTARE

Klaus Feser/Hartmut Bäumler

Hans G. Joachim und die Ahnengalerie im Bundesarbeitsgericht

Eine Stellungnahme zur Untersuchung von Martin Borowsky

Martin Borowsky hat im Jahre 2020 eine Untersuchung über die NS-Belastung der Richter am Bundesarbeitsgericht (BAG) durchgeführt, die zunächst in einer TV-Dokumentation des MDR vorgestellt und schließlich unter dem Titel „Die NS-Belastung des Bundesarbeitsgerichts – vorläufige Bilanz zur personellen Kontinuität“ in dieser Zeitschrift veröffentlicht wurde.¹

Die Untersuchung förderte auf der Basis einer von Georg D. Falk entwickelten Systematik² die nicht unerhebliche NS-Belastung einer ganzen Reihe ehemaliger Richterinnen und Richter zutage. Borowsky stellt mit Falk rhetorisch die Frage, ob sich diese Richterinnen und Richter nicht aufgrund ihrer Tätigkeiten im „Dritten Reich“ für den Aufbau einer rechtsstaatlichen Justiz nach 1945 disqualifiziert hätten.

Aufhänger für Borowskys Untersuchung, die er im Zuge seiner Arbeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am BAG erstellt hat, ist eine Galerie der Bilder aller am BAG seit der Gründung 1954 tätigen Richterinnen und Richter. Die Ehrung durch eine Aufnahme in diese von Borowsky als „Ahnengalerie“ bezeichnete Bildersammlung haben die Belasteten seiner Auffassung nach nicht verdient. Bei diesem Verdikt stützt er sich ausdrücklich allein auf den Werdegang der Personen bis 1945, der weitere Lebensweg spielt für Borowski keine Rolle. Damit ist impliziert, dass die aus der NS-Zeit resultierende Belastung ein abschließendes Urteil über die Verwendung als Richter in der Bundesrepublik zulässt.

Die Autoren dieses Textes halten die kategorische Ausblendung des Lebenswegs nach 1945 zur Beurteilung der Verwendbarkeit in der demokratischen Justiz für falsch, da jede individuelle Entwicklung damit ohne Bedeutung bleiben muss. Sie sehen darüber hinaus bei einem ihnen persönlich aus der aktiven Richterzeit bekannten und als „schwer belastet“ eingestuften Richter, Hans G.(ustav) Joachim, die von Borowsky im Anschluss an Falk selbst aufgestellten Beurteilungsmaßstäbe verletzt.

Diese beiden Gesichtspunkte gaben den Ausschlag, in die von Borowsky angestoßene Debatte einzugreifen. Es geht darum, für Personen, die nicht mehr leben und selbst

¹ Kritische Justiz 4/2022, S. 395–411.

² Vgl. Georg D. Falk, Entnazifizierung und Kontinuität, Wiederaufbau der hessischen Justiz am Beispiel des OLG Frankfurt, 2017, 26–51.

zu Vorwürfen Stellung nehmen können, wichtige Aspekte zur Geltung zu bringen, die bisher „außen vor“ geblieben sind. Damit wird dem wissenschaftlichen Gedanken einer Vollständigkeit der zugrunde gelegten Fakten Rechnung getragen und auch für Gerechtigkeit dieser Person gegenüber gesorgt. Der unkommentierte Abdruck von Borowskys Text in dieser Zeitschrift und ein folgender Artikel in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*³ haben das Andenken an Joachim durch die Überbetonung einer ohne jeden Zweifel entsetzlichen Entgleisung in seiner Dissertation in nicht akzeptabler Weise beschädigt.

Joachim, 1968 einer der Gründungsväter der *Kritischen Justiz*, hat es unseres Erachtens verdient, dass im Folgenden Borowskys Einordnung widersprochen wird. Gerade diese Zeitschrift ist der Ort, an dem diese Kritik geführt werden muss. Ergänzend können wir auf unsere Stellungnahme in der *Betrifft Justiz* verweisen, die eine persönliche Sympathieerklärung für Joachim darstellt und besonders an die in der Neuen Richtervereinigung organisierte Richterschaft adressiert ist.⁴

Joachim war nach seiner Tätigkeit am BAG seit Januar 1962 Präsident des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main. Die Autoren dieses Textes waren in den siebziger und achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts Richter am Arbeitsgericht Frankfurt a.M. und wurden von Joachim eingestellt, d.h. natürlich hat das zuständige Sozialministerium den formellen Akt der Einstellung vollzogen, es hat aber in aller Regel, ebenso wie der Richterwahlausschuss, Joachims Entscheidung gutgeheißen; man hat sich auch erst Joachim und danach beim Ministerium vorgestellt. Sie sind Teil der ersten Richtergeneration, die sich mit der Nazivergangenheit in Form und Inhalt der rechtsprechenden Gewalt in der Bundesrepublik beschäftigt haben.

Sie waren bei ihrem Gang in und durch die Institutionen aktiv beteiligt an ersten Aufarbeitungen personeller Kontinuitäten und der Gründung neuer unbelasteter Standesorganisationen wie der „Neue Richtervereinigung“ oder dem loserer Richterratschlag. Persönliche Vorbilder gab es damals nur wenige, in der Wissenschaft fallen in Frankfurt die Professoren Rudolf Wiethölter, Erhard Denninger und Spiros Simitis darunter, in der Justiz vor allem Fritz Bauer, Theo Rasehorn aber eben auch Hans G. Joachim mit seinen arbeitsrechtlichen Beiträgen, seinem Engagement in der *Kritischen Justiz*, dem heute noch immer und wieder lesenswerten Artikel im ersten Heft der Zeitschrift über die Unabhängigkeit und die verfassungsrechtlichen Aufgaben der Justiz.⁵ Vor diesem Hintergrund haben wir uns noch einmal intensiv mit Joachim und seinem „richterlichen“ Lebensweg befasst und Borowskys Einordnungen – und diejenigen in den nachfolgenden Presseberichten – einer kritischen Betrachtung unterzogen.

Die Beurteilungskriterien bei Borowsky

Die von Borowsky vorgenommene Systematik der Einordnung als unerheblich, erheblich und schwer belastet geht, wie oben festgestellt, auf Georg D. Falks „Befangenheitsmaßstab“ in seiner Arbeit „Entnazifizierung und Kontinuität, der Wiederaufbau der hessischen Justiz am Beispiel des OLG Frankfurt“ zurück. Falk stellt in seiner Untersuchung die Frage: „waren die Juristinnen und Juristen meiner Untersuchungsgruppe nach

3 Rainer Erd, Der Glaube an die Untadeligkeit, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 29.12.2022.

4 Klaus Feser/Hartmut Bäumer, Sympathieerklärung und notwendige Klarstellung, *Betrifft Justiz* 159 (2024), S. 353-356.

5 Hans G. Joachim, Kritik und Selbstkritik der Richter, *Kritische Justiz* 1/1968, S. 22-28.

dem Krieg aus der Sicht vernünftiger Demokraten qualifiziert, eine rechtsstaatliche Justiz aufzubauen? Oder hatten sie sich aufgrund ihrer NS Mitgliedschaft und vor allem ihrer konkreten Tätigkeit im „Dritten Reich“ disqualifiziert?“⁶

Ein auch aus unserer Sicht gut brauchbarer Ansatz, der über die Zusammenstellung der vorhandenen Fakten zu einem wertenden Gesamtergebnis führt. Zum Ergebnis, die belastete Person sei für eine Verwendung in der Justiz der Bundesrepublik ungeeignet, kann man danach nur gelangen, wenn die von Borowsky getroffene Einordnung als erheblich oder schwer belastet auch zutrifft. Bereits die Subsumtion unter die Kriterien und das daraus abgeleitete Ausmaß der Belastung kann fehlerhaft sein, um die Schuld, die der Belastete in der Zeit vor 1945 auf sich geladen hat, zutreffend zu erfassen. Insbesondere dann muss zur Erfassung der Gesamtpersönlichkeit die Möglichkeit bestehen, auch die Tätigkeit nach 1945 in den Blick zu nehmen.

Wir wenden uns zunächst der Frage zu, welche Tatsachen in formaler wie materialer Sicht Borowsky den von ihm betrachteten 25 Richterinnen und Richtern entgegenhält, um in einem zweiten Schritt die bei Joachim vorgenommene Subsumtion auf Basis der von Borowsky selbst vorgetragenen Fakten einer Überprüfung zu unterziehen.

Ähnlich wie Falk sieht auch Borowsky bestimmte formale Kriterien, wie Zugehörigkeit zur NSDAP oder NS-Organisationen als Indiz für eine Belastung, aber für sich genommen noch nicht als hinreichendes Kriterium. Zugleich wird hinsichtlich der Indizwirkung zwischen den unterschiedlichen NS-Organisationen unterschieden: Der Mitgliedschaft in der NSDAP oder der SA komme ein höheres Gewicht zu als der Zugehörigkeit zu berufsspezifischen NS-Organisationen. Bei der Mitgliedschaft in der SS sieht Borowsky eine nur selten zu erschütternde Belastungsvermutung. Um neben den genannten formalen Kriterien zu einer nachvollziehbaren Feststellung einer erheblichen oder schweren Belastung zu kommen, untersuchte Borowsky weitere materiale Belastungen wie etwa die Mitwirkung in einem NS-Parteigericht, Tätigkeiten an einem Sondergericht oder die konkreten Tätigkeiten – ihr juristisches und publizistisches Wirken oder einen Kriegseinsatz – der insgesamt betrachteten Gruppe. Danach kommt er zu dem Ergebnis, dass 14 der 25 untersuchten Personen als erheblich bis schwer belastet zu gelten hätten, daher aus Sicht vernünftiger Demokraten nicht in der Nachkriegsjustiz Aufnahme hätten finden dürfen.

Borowsky schreibt in der *Kritischen Justiz* zu diesen Personen: „Diese Bewertung beruht meist zunächst auf einer NS-Mitgliedschaft, die bei 12 Personen gesichert nachweisbar ist.... Ein Wirken in der SS ließ sich bisher bei keiner der untersuchten Personen in Erfahrung bringen, allerdings – bei Willy Martel – eine Anwartschaft oder auch kurzzeitige Mitgliedschaft, und bei Walter Schilgen eine finanzielle Unterstützung als förderndes Mitglied. Darüber hinaus finden sich bei allen 14 Personen häufig mehrere materiale Merkmale, von Todesurteilen bis hin zu antisemitischen Veröffentlichungen. Kriegsverbrechen ließen sich bislang in keinem Fall feststellen.“⁷ Interessanterweise wa-

6 Borowsky gibt den Beurteilungsmaßstab von Falk nicht korrekt wieder, denn Falk knüpft in seiner Untersuchung an die richterliche Tätigkeit im NS-Staat an und nicht entscheidend an Mitgliedschaften oder Ähnlichem, vgl. Falk (Fn. 2), S. 26 ff. Wir orientieren uns an den von Borowsky formulierten Kriterien, da wir dessen Aussage über Joachim als schwer NS-belastet auf ihre Schlüssigkeit und Stichhaltigkeit überprüfen wollen.

7 Borowsky (Fn. 1), S. 402 f. Georg D. Falk hat als schweres weiteres Belastungsmerkmal bei Walter Schilgen dessen Tätigkeit am politischen Strafsenat des OLG Kattowitz aufgedeckt, vgl. Falk (Fn. 2), S. 237-244.

ren bis auf Hugo Berger und Wilhelm König alle diejenigen belastet, die bereits in der NS-Zeit als Justizjuristen tätig waren. In einer Fußnote weist Borowsky darauf hin, dass die NSDAP-Mitgliedschaft von Joachim einer weiteren Klärung bedürfe.

In der Gruppe der oben benannten 14 Personen wird von Borowsky eine weitere Unterscheidung zwischen sieben erheblich und weiteren sieben schwer Belasteten vorgenommen. Die schwer Belasteten beschreibt Borowsky näher wie folgt: „Überzeugungs-täter, die teilweise erhebliche Schuld auf sich geladen haben. Sie waren in der Regel nicht nur engagierte Mitglieder der NSDAP, sondern wirkten am Unrecht und Terror des NS-Regimes mit.“ Zu dieser Gruppe zählt Borowsky auch Joachim.

Sechs Mitgliedern dieser Gruppe wirft Borowsky schwerste materiale Verfehlungen als aktive Juristen in der NS- und Kriegszeit vor. Dazu zählen wiederholte menschenrechts-widrige Todesurteile an Sondergerichten, die Tätigkeit als sog. Ic-Offiziere im Divisions-stab im Zusammenwirken mit der Geheimen Feldpolizei (der Gestapo der Wehrmacht), die Mitgliedschaft am politischen Strafsenat des OLG Kattowitz mit Todesurteilen gegen polnische Widerstandskämpfer, die Mitwirkung an der Beraubung der jüdischen Bevöl-kerung in den Niederlanden usw. usf.

Joachim und der ihm zugerechnete Belastungstatbestand

Die Einstufung von Joachim als schwer belastet begründet Borowsky mit rassistischen Zitaten, die sich im Wesentlichen gebündelt auf einer halben Seite seiner 58-seitigen Dissertation „Die europäische Völkergemeinschaft“ finden. Joachim schreibt dort auf Seite 32: „Wo dieser größte biologisch nachweisbare Rassenkreis endet, dort endet auch die Möglichkeit einer Gemeinschaft. Das trifft genau so wie für Neger auch für Juden zu. Und wer aus Gründen seiner Rasse nicht von der deutschen Volksgemeinschaft erfasst wird, gehört auch nicht zur Gemeinschaft der Völker. Diese „Gemeinschaftsfreien“ sind notwendigerweise Fremdkörper, die, wie jeder gesunde Organismus das Bestreben und die Kraft hat, Fremdkörper auszuscheiden und abzustößen, auch aus der Gemeinschaft der Völker auszustoßen sind und ausgestoßen werden“. Es folgt ein Zitat von Rosenberg: „An der Spitze steht eine Forderung, ohne deren Erfüllung alles umsonst ist: die Aus-scheidung der Juden aus allen Staaten Europas“. Die Zitate machen fassungslos und sind in ihrer Inhumanität unentschuldigbar. Es ist schwer nachzuvollziehen, dass sie, wie Joa-chim später meinte, dazu dienen, die „pazifistische Grundhaltung“ seiner Dissertation „durch einige NS-Zitate zu kaschieren“. Dafür durchzieht die Dissertation insgesamt zu sehr der NS-Geist völkischer Gemeinschaft. In jedem Fall sind die Zitate eine bedenken-lose Übererfüllung der Anbiederung und als solche beschämend. Dass die völkerrecht-liche Dissertation tatsächlich darauf angelegt war, wie Joachim entschuldigend vorgab, eine europäische Friedensordnung zu begründen und er dazu auch Zitate von Hitler und anderen Nazi-Größen heranziehen konnte, ist heute kaum vorstellbar. Sie wurde jedoch im Jahre 1938 geschrieben, noch vor dem „Münchener Abkommen“ im Jahre 1939, als die NS-Regierung ihre Absicht, die Nachbarländer zu überfallen, noch hinter versöhnlichen Phrasen verbergen musste. Die in der Dissertation vorgestellte Friedensordnung setzte allerdings voraus, dass bereits der Begriff des Staates als eines den Idealen der Aufklärung und einer eigenen Rechtsordnung verpflichteten Rechtssubjekts denunziert wird. An die Stelle des Staates tritt die Volksgemeinschaft, die der NS-Ideologie folgt und durch Ras-

sereinheit, völkische Gesinnung und Führerkult geprägt ist. Die Dissertation lässt sich daher auch in ihrer Gesamtheit unter keinen Umständen retten oder gar rechtfertigen.

Aus den zitierten Äußerungen zieht Borowsky weitgehende Schlussfolgerungen. Nach seiner Auffassung hat Joachim eine erlösungsantisemitische Dissertation verfasst und im Geiste des eliminatorischen Antisemitismus gehandelt. Er rechnet ihn zu den Wegbereitern der Shoa.⁸

Die Schlussfolgerungen Borowskys auf Basis der selbst gesetzten Maßstäbe und der dargelegten Fakten

Um zu beurteilen, ob der einzig konkrete und zweifellos berechtigte Vorwurf gegenüber Joachim geeignet ist, ihn auf eine Stufe mit den sechs schwer oder auch nur den sieben erheblich belasteten Nazitätern am BAG zu stellen, bedarf es einerseits eines Rückblicks auf die zuvor aufgestellten Beurteilungsmaßstäbe und einer Bewertung der konkreten Handlungen der Einzelnen, wie dies Borowsky in seinem Aufsatz selbst fordert.

Dabei fällt auf, dass Borowsky im Falle Joachim den Belastungsmerkmalen eine Tendenz gibt, die speziell auf den „Tatbeitrag“ Joachims zugeschnitten sind und für diesen passend gemacht werden. Grundsätzlich kommt Borowsky zum Bewertungsmaßstab „ungeeignet für den Aufbau einer rechtsstaatlichen Justiz“ dort, wo sich die Person aufgrund ihrer NS-Mitgliedschaften und vor allem ihrer konkreten Tätigkeit im Dritten Reich disqualifiziert hat. Eine konkrete Tätigkeit im Sinne einer schädigenden Handlung kann er Joachim aber nicht vorwerfen. Die Einstufung Joachims als schwer belastet beruht vielmehr allein auf schriftlichen Äußerungen in der Dissertation. Damit nimmt Borowsky für Joachim eine Ausweitung der Belastungskriterien vor. Die antisemitischen Äußerungen Joachims werden der Mitwirkung an Todesurteilen gleichgesetzt. Diese Gleichsetzung der in der Schwere der Schuld völlig unterschiedlichen Belastungsmerkmale begründet Borowsky nicht, er erweckt im Gegenteil den Eindruck, es sei nicht weiter begründungsbedürftig, dass bereits die bloße Tatsache antisemitischer Veröffentlichungen, hier in einer nur einem beschränkten Personenkreis zugänglichen Dissertation, einen ebenso schweren Makel nach sich zieht, wie alle anderen in der Kategorie der schwer Belasteten nachgewiesenen Taten. Von daher kann bereits die Einordnung Joachims in die Reihe der schwer oder auch nur der erheblich Belasteten nicht überzeugen.

Borowsky unterlässt aber auch jeden Hinweis auf naheliegende Entlastungsmerkmale, die sich aus der Person Joachims selbst ergeben: Joachim war bei der Abfassung und Einreichung seiner Dissertation im Jahre 1938 gerade 21 Jahre alt. Er war zunächst Student, später kurzzeitig 1938 Referendar, bevor er als Soldat Wehr- und Kriegsdienst leistete. Im Juli 1938 hat er, wie seine Entnazifizierungsakte ergab, die Mitgliedschaft in der NSDAP beantragt, diese wurde dann auf den 1. Mai 1938 zurückdatiert. Ab dem 31.10.1938 ließ er die Mitgliedschaft ruhen, war demnach fünf Monate lang „Anwärter“. Dazu passen die parallelen Daten zu seiner Dissertation. Er hat sie im Mai 1938 eingereicht und am 7. September 1938 die Doktorwürde erhalten. Ob die Mitgliedschaft in der NSDAP, wie das spätere Ruhenlassen nahelegt, dem Umstand zu verdanken ist, dass Joachim die An-

8 Martin Borowsky, „Mit Stolz kann man auch auf die erste arbeitsgerichtliche Nachkriegsgeneration zurückblicken“, *Betrifft Justiz* 148 (2021), S. 187-190 (188 und 190).

erkennung der Dissertation nicht gefährden wollte, ist Spekulation. Zweifellos ist der Eintritt in die NSDAP im Zusammenhang mit der Absicht, die Dissertation vorzulegen, ein Zeugnis von großem Opportunismus, wie auch bei den rassistischen Zitaten und der Übernahme des NS-Vokabulars in der Dissertation. Gleichwohl ist dies im Unterschied zu den konkreten Taten der anderen Untersuchten kein zwingendes Zeichen für eine überzeugte Anhängerschaft an die NS-Ideologie, wie wir heute aus vielen Beispielen von Günter Grass bis Walter Jens und anderen wissen.

Joachim nimmt daher bei Borowsky eine Sonderstellung ein. Im Gegensatz zu allen anderen untersuchten Personen findet er bei ihm keine konkreten belastenden Handlungen, sondern begnügt sich mit der Hervorhebung extrem rassistischer Äußerungen, aus denen er schwerwiegende Folgerungen ableitet. Sein Urteil ist so endgültig, dass er auf den weiteren Lebensweg und die Frage der Kontinuität seiner Verwendung in der Justiz der Nachkriegszeit nicht mehr eingeht und schließlich mit der Einordnung von Joachim in die Kategorie der schwer NS-belasteten Richter am Bundesarbeitsgericht endet. Das halten wir gemessen an den von Borowsky selbst entwickelten Kriterien zur Beurteilung der NS-Belastung für unhaltbar.

Da sich die Beurteilung Joachims anhand der bisherigen Kriterien als unzutreffend erwiesen hat, stellt sich die Frage, wie mit seiner dennoch vorhandenen Schuld angemessen umgegangen werden kann. Es besteht eine Wechselwirkung zwischen der Schwere der Schuld und den Folgerungen. Die rassistische Dissertation Joachims ist eine schwere Verfehlung, aber keine, aus der alleine auf eine schwere NS-Belastung geschlossen werden kann. Auch sein jugendliches Lebensalter muss ihm zugute gehalten werden und verweist allein aus diesem Grund auf seinen weiteren Lebensweg.

Die Zeit nach 1945

Die Lebensleistung Joachims in der Zeit nach 1945 verdeutlicht, dass er sich zur Schuld, die er auf sich geladen hat, bekannt hat und versucht hat, sie durch eine neue Geisteshaltung und seine berufliche Praxis auszugleichen.

Joachim hat nach dem Krieg 1946 sein juristisches Referendariat abgeleistet und 1948 die 2. Staatsprüfung abgelegt. Er trat zunächst in die hessische Arbeitsverwaltung ein und wurde 1952 erstmals Richter am Arbeitsgericht in Frankfurt. Nach Stationen am LAG war er von 1959 an für gut zwei Jahre Richter am BAG. Auch dieser Teil seines Lebenslaufes unterscheidet ihn diametral von den übrigen von Borowsky untersuchten Richterinnen und Richtern aus der Ahnengalerie am BAG. Joachim kam nicht wie die belasteten Richterinnen und Richter kurz nach Gründung des BAG und zumeist auf Veranlassung des ersten Präsidenten Hans Carl Nipperdey, wie Borowsky selbst schreibt, ohne vorherige Richterlaufbahn an einem bundesdeutschen Arbeitsgericht an das BAG, sondern er durchlief sozusagen rechtsstaatlich-demokratisch den normalen Beförderungsweg.

Joachim war für die Zeit von April 1959 bis Dezember 1961 Richter am Bundesarbeitsgericht. Aufschlussreich ist, dass er noch während der Präsidentschaft von Hans Carl Nipperdey (1954 bis 1963) ans BAG gelangte. Joachim hat daher Nipperdey als die alles beherrschende Figur am BAG aus nächster Nähe kennengelernt. Aus seinem im ersten Heft der *Kritischen Justiz* niedergelegten richterlichen Selbstverständnis und seiner Verteidigung der richterlichen Unabhängigkeit kann geschlossen werden, dass er der am

BAG unter Nipperdey herrschenden autoritären und am völkischen Gedankengut verhafteten Geisteshaltung ablehnend gegenüberstand.⁹

Joachim hat sich in wenigen, aber prägnanten Stellungnahmen mit der Rechtsprechung des BAG kritisch auseinandergesetzt. In einem Aufsatz aus dem Jahre 1964 nimmt er einen letzten Kampf gegen die Rechtsprechung des BAG zur Verdachtskündigung auf, der mit dem schönen Satz schließt: „Werfen wir lieber das Scheusal Verdachtskündigung in die Wolfsschlucht“.¹⁰ Besonders vehement ist seine Kritik an der Rechtsprechung des BAG zum Streikrecht, die er auf einer wissenschaftlichen Veranstaltung der Gewerkschaft IG-Metall im September 1973 vortrug.¹¹ An diese frühe Kritik kann auch heute noch angeknüpft werden.¹² Joachim lässt sich geradezu als der fortschrittliche Gegenpol zu Nipperdey verstehen.

Schließlich wird gegen Joachim von Borowsky ein weiterer Vorwurf zu Unrecht erhoben, wenn er schreibt „Bedauerlicherweise verschwiegen die Belasteten nicht nur ihre Schuld, sondern auch ihre Wandlungsprozesse“. Das lässt außer Acht, dass Joachim von Anfang seiner Laufbahn an auf seine Dissertation hingewiesen hat, wie Ministerpräsident Holger Börner und Sozialminister Armin Clauss im Zuge der Debatten um die ersten Veröffentlichungen im Spiegel über Joachims Dissertation im Jahre 1978 deutlich machten. Einen Wandlungsprozess, wie Borowsky vielen der anderen untersuchten ehemaligen BAG-Richtern (und auch Joachim) zugute hält, brauchte Joachim nicht explizit transparent zu machen. Sein gesamtes berufliches wie juristisches Leben stand dafür.

In aller Kürze sei hier noch einmal auf folgende Fakten hingewiesen: Joachim war kein aktiver Jurist in der Nazizeit und ist auch nicht bei oder nach Gründung des BAG „von oben“ in dieses Gericht eingestiegen. Er hat den normalen Beförderungsweg durchlaufen und kam erst 1959 für gut zwei Jahre an das BAG.

Joachim hat sich schon sehr früh in den fünfziger Jahren auf kommunaler Ebene parteipolitisch in der SPD engagiert. Er sah dort wie in seinen arbeitsrechtlichen Veröffentlichungen die Notwendigkeit, die gesellschaftlichen Machtungleichgewichte zu thematisieren und wo möglich ein wenig einzuebrennen. Arbeitsrechtlich hoben sich seine Überlegungen deutlich von dem Gedankengut ab, das über Nipperdey und andere Belastete aus der Nazizeit für Jahrzehnte dem bundesdeutschen Arbeitsrecht mit der Betonung des Gemeinschafts- und Treuegedankens seine Prägung aus vorkonstitutioneller Zeit gab.

Joachim hat sich als Mitbegründer der *Kritischen Justiz* für ein modernes demokratisches Rechtsverständnis insgesamt und der Justiz im Besonderen eingesetzt. Sein Aufsatz zur Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt als notwendiges Korrektiv zur Bedrohung durch eine übermächtig werdende Exekutive und als Garant der Rechtsstaatlichkeit hat bis heute und gerade heute wieder erhebliche Bedeutung.

9 Über die Rolle Nipperdeys als Präsident und seinen Einfluss auf die Rechtsprechung des BAG, insbesondere zum Streikrecht, aber auch über die Kontinuität seiner Haltung zu völkischem Gedankengut, liegen ausführliche Untersuchungen vor, vgl. z.B. Theresa Tschenker, Streikrecht ja, Streiks besser nicht, *Kritische Justiz*, 4/2022, S. 412-425.

10 Hans G. Joachim, Zur Problematik der Verdachtskündigung, *Arbeit und Recht* 1964, S. 33-39.

11 Hans G. Joachim, Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomens „Arbeitskampf“, *Arbeit und Recht* 1973, S. 289-295.

12 Vgl. Tschenker (Fn. 10), S. 423 f.

Fazit

Die grundsätzlich verdienstvolle Untersuchung der Nazibelastung von Richtern am BAG kommt nicht an durchgängig stimmiger Argumentation und Bewertung vorbei. Dies ist Borowsky im Falle Joachim nicht gelungen. Weder war Joachim aktiver Nazi-jurist und als solcher aktiver Täter, wie die übrigen von Borowsky als erheblich oder schwer belastet eingestuften Personen, noch ist er als solcher und in Kenntnis seiner früheren Tätigkeiten direkt an das neu aufgebaute BAG gekommen. Untersuchungen, die deutliche und inakzeptable Verfehlungen wie die Dissertation von Joachim erneut thematisieren, sollten den weiteren Lebenslauf der betroffenen Person und die für sie heute bestehende Unmöglichkeit, sich zur Wehr zu setzen, mit bedenken. Der Nachruf auf Joachim 1989 von Perels in der *Kritischen Justiz*, der die schlimmen Entgleisungen in der Dissertation aufgreift, hat dies noch in den Blick genommen.¹³

Aus unserer Sicht ist an Joachims Bild in der Ahnengalerie des BAG nichts zu kritisieren. Er verkörpert einen Juristen, der in seiner Jugend in der NS-Zeit auf gedanklichen schlimmen Irrwegen wandelte, ohne konkret Unheil anzurichten. Der sich aber in der späteren Bundesrepublik Deutschland als geläuterter Erwachsener stets für das demokratische Gemeinwesen einsetzte. Insofern ist er doch eher einer der Glücksfälle in der Arbeitsgerichtsbarkeit der Nachkriegszeit.

13 Joachim Perels, Zum Gedenken an Hans G. Joachim, *Kritische Justiz* 4/1989, S. 482 f.

Martin Fritz

Wohltätiger Zwang bei fehlender Einwilligungsfähigkeit: eine grundrechtliche Perspektive

I. Der wohltätige Zwang im Betreuungsrecht

Jüngst entschied das BVerfG erneut über die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu Zwangsbehandlungen.¹ In gewohnter Manier finden sich die hauptsächlichen Erwägungen der Entscheidung in der Angemessenheitsprüfung, bei der alle relevanten Belange umfassend abgewogen wurden. In der Literatur wurde die Problematik der Unzulässigkeit ambulanter Zwangsbehandlungen kritisiert, weil damit im Einzelfall durch die notwendige Unterbringung nicht notwendige Belastungen einhergehen.² Das ist eine Erwägung der Erforderlichkeit. Diese Diskrepanz gibt Anlass, zu untersuchen, inwiefern eine allumfassende Abwägung der zu beachtenden Belange bei einer wohltätigen Zwangsmaßnahme der Problematik gerecht wird.³

Bei fehlender Einwilligungs- und Geschäftsfähigkeit können Gefahren entstehen, bei denen sich die betroffene Person nicht selbst helfen kann, weil sie keine rechtlichen Erklärungen wirksam abgeben kann. Das Betreuungsrecht stellt dafür eine Person als Betreuer*in mit Befugnissen zur Stellvertretung zur Verfügung (§ 1823 BGB). Die Betreuer-tätigkeit muss jedoch nicht zwingend im Einvernehmen mit der betreuten Person erfolgen. So gibt es Gefahrenlagen, in denen gegen den ausgedrückten natürlichen Willen⁴ vorgegangen werden kann. Bei erheblichen Gesundheitsgefahren kann die Person untergebracht werden (§ 1831 BGB) und im Rahmen der Unterbringung sind Zwangsbehandlungen (§ 1832 BGB) möglich.⁵ Dabei kann es um die Behandlung der Grunderkrankung z.B. mit Neuroleptika gehen, welche die Ursache für die Einwilligungsfähigkeit ist.⁶ Es kann aber auch um die Behandlung anderer Erkrankungen gehen, die krankheitsbedingt

1 BVerfG Urt. v. 26.11.2024 – 1 BvL 1/24.

2 Lutz Milzer, DNotZ 2014, 95, 97 f.; Andreas Spickhoff, FamRZ 2017, 1633, 1638 f.; BeckOGK/Brilla, 15.6.2023, BGB § 1832 Rn. 48; Ronald Zabel, Zur Ambulantisierung der ärztlichen Zwangsbehandlung im aktuellen Betreuungsrecht, 2019, 83–84.

3 Zum Begriff des wohltätigen Zwangs siehe Deutsche Ethikrat, Hilfe durch Zwang? Professionelle Sorgebeziehungen im Spannungsfeld von Wohl und Selbstbestimmung. Stellungnahme, 2018.

4 Der natürliche Willensausdruck ist der verbleibende Willensausdruck bei fehlender Einwilligungsfähigkeit (vgl. § 1832 Abs. 1 BGB).

5 Die Beschränkung von Zwangsbehandlungen auf das Umfeld von stationären Aufenthalten wurde für teilweise verfassungswidrig erklärt: BVerfG Urt. v. 26.11.2024 – 1 BvL 1/24.

6 Z. B. Behandlung von Schizophrenie: AG Oldenburg Beschl. v. 6.12.2018 – 67 XVII (M) 6152, BeckRS 2018, 43556.

abgelehnt wird.⁷ Eine weitere Fallkonstellation von wohltätigem Zwang ist die Aufgabe des Wohnraums durch den*die Betreuer*in (§ 1833 BGB), selbst wenn die betreute Person einen gegenteiligen (natürlichen) Willen ausdrückt.⁸ In diesen Beispielen sind verschiedene Grundrechte betroffen, z.B. das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) bei Zwangsbehandlungen, die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) bei Unterbringungen und das Eigentums- und Besitzrecht (Art. 14 GG) bei der Aufgabe von Wohnraum⁹.

Zwar bestehen zum Schutz der betroffenen Person hohe Anforderungen an das Verfahren: die Einholung eines Gutachtens (§ 321 FamFG); die persönliche Anhörung (§ 319 FamFG); die Bestellung eines Verfahrenspflegers (§ 317 FamFG); der vorherige Überzeugungsversuch (§ 1832 Abs. 1 Nr. 4 BGB). Das BVerfG sieht diese Vorkehrungen auch als grundrechtsrelevant an.¹⁰ Die Verfahrensrechte regeln jedoch nicht, ob eine Zwangsmaßnahme überhaupt zulässig ist. Das Betreuungsrecht verlangt nach § 1821 Abs. 2 BGB grundsätzlich, dass nach den Wünschen der betroffenen Person gehandelt wird. In Fällen des wohltätigen Zwangs liegt solch ein Wunsch allerdings nicht vor. Dabei wird zum Wohle der betroffenen Person gehandelt.¹¹ Dafür müssen gemäß des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes legitime Zwecke verfolgt werden und die Mittelauswahl muss zulässig sein.

Ausdrücklich genannte Zwecke sind nach dem Betreuungsrecht die Bekämpfung von Gesundheitsgefahren (§§ 1831 Abs. 1 Nr. 1 BGB; 1832 Abs. 1 Nr. 1 BGB) und Gefahren für das Vermögen (§ 1833 BGB). Die Psychischkrankenhilfegesetze der Länder zielen bei Zwangsbehandlungen außerdem auf die Wiederherstellung der Selbstbestimmungsfähigkeit ab (z. B. § 20 Abs. 3 Nr. 1 lit. b) PsychKHG BW), was durch die Behandlung der Grunderkrankung erfolgen soll. Der BGH hat diesen Zweck implizit auch für Zwangsbehandlungen nach dem Betreuungsrecht gebilligt.¹² Das BVerfG hat bereits die Verfolgung des Freiheitsinteresses¹³ und die Besserung des Gesundheitsschutzes¹⁴ als legitime Zwecke anerkannt und zu Schutzpflichten erhoben¹⁵.

Weiter ist zu beachten, dass die betroffene Person trotz fehlender Einwilligungsfähigkeit nicht völlig willenlos ist. Es ist das (verbleibende) allgemeine Persönlichkeitsrecht zu berücksichtigen,¹⁶ weshalb der mutmaßliche Wille ermittelt werden muss. Das ist für Zwangsbehandlung ausdrücklich in § 1832 Abs. 1 Nr. 3 BGB geregelt und ergibt sich im

7 Z. B. Corona-Schutzimpfung: AG Elmshorn Beschl. v. 18.5.2021 – 75 XVII 10394 (2), BeckRS 2021, 24603.

8 LG Freiburg Beschl. v. 22.12.2023 – 4 T 23/23, BeckRS 2023, 39890.

9 Der Besitz von Wohnraum ist von Art. 14 GG geschützt: BVerfGE 89, 1.

10 BVerfGE 128, 282, juris Rn. 62 ff.

11 Im Wortlaut des Betreuungsrechts wurde das Wort „Wohl“ entfernt (BT-Drucks. 19/24445, S. 126, 132, 138, 261), das ändert aber nichts daran, dass Zwangsmaßnahmen weiterhin zum Wohle der betreuten Person möglich sind.

12 BGH, FamRZ 2021, 1739 Rn. 27. A. A. Tobias Fröschle, JZ 2020, 687, 690, der diese Auslegung für zu weitgehend hält und für solch einen tiefgreifenden Eingriff eine eindeutige Rechtsgrundlage des Gesetzgebers fordert.

13 BVerfGE 128, 282, juris Rn. 47 ff.

14 BVerfGE 142, 313, juris Rn. 71.

15 BVerfGE 128, 282; BVerfGE 142, 313.

16 BVerfGE 142, 313, juris Rn. 74. An anderer Stelle formuliert das BVerfG auch, dass ein Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verbleibt: BVerfG Urt. v. 26.11.2024 – 1 BvL 1/24, Rn. 100.

Übrigen aus § 1821 Abs. 4 BGB. Der wohltätige Zwang entspricht dem mutmaßlichen Willen der betroffenen Person, wenn sie bei bestehender Selbstbestimmungsfähigkeit diesen wohltätigen Zwang befürworten würde.¹⁷

Die zu beachtenden Belange lassen sich somit in drei Kategorien einteilen und können exemplarisch für den Fall einer Zwangsbehandlung dargestellt werden. Eine Zwangsmedikation mit Neuroleptika kann in Betracht gezogen werden, um eine schizophrene Episode mit Suizidhandlungen zu verhindern. Dadurch werden die Rechtsgüter Körper und Leben geschützt (verfolgte Zwecke). Die Zwangsmedikation geht mit einem schwerwiegenden Eingriff in die körperliche Integrität einher und wird von den betroffenen Personen i.d.R. als besonders belastend wahrgenommen (einhergehende Nachteile). Weiter muss ermittelt werden, wie die Person zu einer solchen Zwangsmedikation stehen würde, wenn sie dieser nicht krankheitsbedingt widersprechen würde, wofür vorhergehende Ausdrücke und der akute Widerwille zu berücksichtigen sind (Ermittlung des mutmaßlichen Willens).

II. Die Verhältnismäßigkeit der Zwangsmaßnahme

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt nach der allgemeinen Definition, dass die Maßnahme geeignet, erforderlich und angemessen sein muss. Bei Zwangsbehandlung wurde dies detailliert geregelt (§ 1832 Abs. 1 Nr. 1, 5 und 6 BGB). Die Angemessenheit wird unhinterfragt auf Fälle des wohltätigen Zwangs angewendet und ein Überwiegen der Vorteile gegenüber den Nachteilen gefordert. Dabei wird angenommen, dass alle relevanten Belange in einer Abwägung einzustellen sind. Darunter fallen die Vorteile durch den verfolgten Zweck, die Nachteile durch die ausgeübte Zwangsmaßnahme sowie die Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹⁸

Rechtsgrundlagen anderer wohltätiger Zwangsmaßnahmen, wie etwa zur Unterbringung, enthalten solche Vorgaben nur ansatzweise. So verlangt § 1831 Abs. 1 BGB lediglich die Erforderlichkeit einer Unterbringung. Es ist aber anerkannt, dass auch hier eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit, wie bei einer Zwangsbehandlung, zu erfolgen hat.¹⁹ Bei der Aufgabe von Wohnraum fordert § 1833 Abs. 1 S. 2 BGB den Ausschluss konkreter alternativer milderer Maßnahmen. Eine Angemessenheitsprüfung ergibt sich nicht aus dem Wortlaut, allerdings wird auch in diesen Fällen ein aufzulösender Konflikt zwischen dem Wunsch und dem Wohl der betreuten Person gesehen.²⁰

Während im Rahmen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit die Zulässigkeit des beabsichtigten Mittels in sachgerechter Weise geprüft werden kann, bleibt bei der Ange-

17 So z. B. die Definition im Rahmen einer medizinischen Behandlung: BeckOGK/Diener, 1.5.2023, BGB § 1827 Rn. 107.

18 Jüngst: BVerfG Urt. v. 26.11.2024 – 1 BvL 1/24. Außerdem: BVerfGE 128, 282, juris Rn. 61; BVerfGE 142, 313, juris Rn. 80; Michael Sachs, Grundrechte: Schutzpflicht zur Zwangsbehandlung, JuS 2016, 1147–1149, 1147; Marschner/Lesting/Wolfgang/Saage/Göpinger/Volckart/Lesting, 5. Aufl. 2010, Rn. B 208; Kammeier/Wagner, 3. Aufl. 2010, Rn. D 152; Christian Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992, 121. Für die Etablierung eines Rangverhältnisses betroffener Belange: Dieter Schwab, Probleme des materiellen Betreuungsrechts, FamRZ 1992, 493–507, 503.

19 Siehe nur die Darstellung in: BeckOGK/Brilla, 15.6.2023, BGB § 1831 Rn. 87–90.

20 BeckOGK/Schmidt-Recla, 1.10.2024, BGB § 1833 Rn. 48; LG Freiburg Beschl. v. 22.12.2023 – 4 T 23/23, BeckRS 2023, 39890, Rn. 27 unter Verweis auf BGHZ 182, 116.

messenheit unklar, wie eine Abwägung der aufgezeigten Belange konkret aussehen soll. Dies lässt sich bislang keiner Gerichtsentscheidung entnehmen. Das BVerfG spricht nur davon, dass bei erheblichen Gefahren eine solche Abwägung offensichtlich vorgezeichnet sei.²¹ Es bleibt somit ungeklärt, in welchem Verhältnis die oben aufgezeigten drei Belange – den verfolgten Zweck, die drohenden Nachteile und den mutmaßlichen Willen – zueinanderstehen sollen. Es gibt sogar unterinstanzliche Entscheidungen zu Zwangsbehandlungen, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht und den mutmaßlichen Willen, und damit einen maßgeblichen Belang, überhaupt nicht ansprechen.²²

III. Keine Abwägung konfligierender Interessen bei wohltätigem Zwang

Bei Fällen des wohltätigen Zwangs kann eine allgemeine Abwägung konfligierender Interessen aus verschiedenen Gründen nicht stattfinden. Denn das besondere dieser Konstellation ist es gerade, dass es um den Schutz von verschiedenen Grundrechten derselben Person geht.

1. Keine Abwägung von Interessen verschiedener Rechtssubjekte

Auch bei wohltätigem Zwang gibt es Vor- und Nachteile, die zu betrachten und zu bewerten sind. Entscheidend ist jedoch, dass keine Abwägung von Interessen verschiedener Rechtssubjekte vorgenommen werden muss. Sind verschiedene Rechtssubjekte betroffen, bedarf es einer Beurteilung aus objektiver Perspektive, da die subjektive Perspektive der betroffenen Personen zu kurz greift, weil diese lediglich ihr eigenes Interesse verfolgen. Aus objektiver Perspektive sind die gegenläufigen Interessen ins Verhältnis zu setzen und abzuwägen, damit eine akzeptable Entscheidung für verschiedene Rechtssubjekte getroffen werden kann.²³

Ist allerdings nur eine einzige Person betroffen, dann ist auch nur ihre subjektive Perspektive entscheidend, weshalb die Grundrechte grundsätzlich lediglich auf eine wirksame Einwilligung abstellen. Bei fehlender Einwilligungsfähigkeit muss durchaus eine außenstehende Person die Vor- und Nachteile einer Zwangsmaßnahme gegenüberstellen. Dies geschieht jedoch lediglich aus der Perspektive der betroffenen Person und es müssen keine widerstreitenden Interessen ins Verhältnis gebracht werden, da nur das Interesse der betroffenen Person relevant ist.²⁴ Damit ist keine Abwägung notwendig, sondern lediglich eine Gegenüberstellung der Vorteile des verfolgten Zwecks und die Nachteile, die mit dem Grundrechtseingriff einhergehen. Überwiegen die Nachteile, dann ist die Maßnahme bereits nicht geeignet, da der verfolgte wohltätige Zweck nicht erreicht werden kann (und umgekehrt). Was bei wohltätigem Zwang oft als Abwägung und Angemessenheitsprüfung bezeichnet wird, ist eigentlich die Prüfung, ob die Vorteile

21 BVerfGE 142, 313, juris Rn. 80.

22 LG Gießen, Beschl. v. 8.6.2020 – 7 T 155/20, juris; LG Hamburg, Beschl. v. 10.9.2021 – 301 T 369/20, juris.

23 Dietmar von der Pfordten, Über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Tübingen 2015, 261-275, 273.

24 In diese Richtung auch schon: Dagmar Brosey, Wunsch und Wille des Betreuten bei Einwilligungsvorbehalt und Aufenthaltsbestimmungsrecht, Hamburg 2009, 54 ff.

überwiegen und die Maßnahme deshalb überhaupt wohltätig und damit zwecktauglich und geeignet ist.

2. Keine Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Wie aufgezeigt, sind zwei grundrechtlich betroffene Bereiche zu berücksichtigen: zum einen der Eingriff in ein grundrechtlich geschütztes Integritätsrecht, wie das der körperlichen Unversehrtheit, der Freiheit der Person oder das Eigentumsrecht, und zum anderen das allgemeine Persönlichkeitsrecht. In der Literatur²⁵ und Rechtsprechung²⁶ werden diese beiden Grundrechtspositionen gegenübergestellt und als Abwägungsproblem dargestellt. Es ist aber nicht der Fall, dass diese beiden Grundrechtspositionen miteinander im Widerspruch stehen und eine Konfliktlage besteht, nach der eine Grundrechtsposition zugunsten der anderen zurücktreten muss. Vielmehr ist es so, dass beide Grundrechtspositionen parallel zu beachten sind. Beispielsweise darf nach diesen Grundsätzen eine Zwangsmedikation lediglich erfolgen, wenn diese in ihrer Gesamtheit für die Gesundheit vorteilhaft ist, weil die damit einhergehenden Nachteile weniger schwer wiegen. Gleichzeitig muss vorher sichergestellt werden, dass die betroffene Person die Zwangsmedikation auch billigen würde, wenn sie einwilligungsfähig wäre (mutmaßlicher Wille). Beide Anforderungen dienen dem Wohl der betroffenen Person und schränken sich nicht gegenseitig ein.

Bei der Angemessenheitsprüfung geht es um die Proportionalität von Zweck und Mittel.²⁷ Hinsichtlich beider aufgezeigten Grundrechtspositionen werden zwei verschiedene Zwecke verfolgt: einmal die Erlangung eines Vorteils für ein gefährdetes Rechtsgut und zum anderen die Befolgung des mutmaßlichen Willens. Damit stehen die beiden Grundrechtspositionen nicht im Verhältnis von Zweck und Mittel. Es wird nicht in das Integritätsrecht eingegriffen, um den mutmaßlichen Willen zu erfüllen. Dies wäre nur bei schädigenden Handlungen der Fall. Außerdem wird nicht in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen, um gefährdete Rechtsgüter zu schützen. Es ist vielmehr der Fall, dass wegen der fehlenden Einwilligungsfähigkeit eine stellvertretende Entscheidung notwendig ist, um handlungsfähig zu bleiben und dabei ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beachten.

Den Staat trifft bei der Gefährdung einwilligungsunfähiger Personen eine Schutzpflicht.²⁸ Diese Schutzpflicht wird bei wohltätigem Zwang durch Eingriffe in die dargestellten Grundrechtspositionen erfüllt. Deshalb geht das BVerfG von einer „Abwägung zwischen den kollidierenden Grundrechten“²⁹ aus. Allerdings beruhen sowohl die Schutzpflicht als auch die Eingriffsbefugnis auf derselben Erwägung, nämlich, dass die betroffene Person einwilligungsunfähig ist, sich bei Gefahren nicht selbst helfen

25 Sachs (Fn. 18), 1147; Bijan Fateh-Moghadam, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, 39, 43. So im Ansatz schon: Georg Hermes, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Heidelberg 1987, 203. Ähnlich Tanja Henking/Jochen Vollmann, Zwangsbehandlung psychisch kranker Menschen, Berlin 2015, 100-104.

26 BVerfGE 142, 313, juris Rn. 80; BGH FamRZ 2021, 1739, juris Rn. 31; LG Duisburg Beschl. v. 23.2.2023 – 12 T 2/23, juris Rn. 10.

27 Detlef Merten, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: HGR III, § 68, Rn. 71.

28 BVerfGE 142, 313.

29 BVerfGE 142, 313, juris Rn. 80.

kann und deshalb eine stellvertretende Entscheidung zulässig sein kann. Davon ausgehend, stehen die Grundrechte in keinem Kollisionsverhältnis, sondern zeigen ergänzende Anforderungen auf, damit gewährleistet wird, dass dem Wohl der betroffenen Person gedient wird. So weist Brosey zurecht darauf hin, dass das (verbleibende) Selbstbestimmungsrecht gerade nicht zu einem Abwägungsgegenstand werden darf, sondern dass dieses so weit wie möglich berücksichtigt werden muss.³⁰

3. Geeignetheit und Erforderlichkeit ausreichend bei wohlütigem Zwang

Der wohlütige Zwang muss im Kern geeignet und erforderlich zum Schutz der nicht einwilligungsfähigen Personen sein. Soweit die verfolgte Maßnahme ungeeignet ist, kann sie schon gar nicht als wohlütig bezeichnet werden. Soweit eine Maßnahme mit weniger Nachteilen verbunden ist, gebietet das Gebot der Erforderlichkeit, dass diese vorrangig zu wählen ist.

Das Wohl – der Schutz der Rechtsgüter der betroffenen Person und insbesondere ihrer Selbstbestimmung – ist der einzig verfolgte Zweck und aufgrund der bestehenden Geeignetheit und Erforderlichkeit wird bereits sichergestellt, dass dieser Zweck erreicht wird. Es ist deshalb nicht ersichtlich, welche Erwägungen überhaupt noch in einer Angemessenheitsprüfung zu berücksichtigen wären. Entspricht die Zweckverfolgung den Belangen und Interessen des betroffenen Grundrechtsträgers, entfällt die Angemessenheitsprüfung.

IV. Fazit

Bei wohlütigem Zwang liegen stets zwei Arten von Grundrechtseingriffen vor. Zum einen wird in ein Integritätsrecht – die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person, das Eigentumsrecht – eingegriffen, um dasselbe oder ein anderes Rechtsgut zu schützen. Zum anderen wird eine stellvertretende Entscheidung für die betreute Person getroffen und dabei muss ihr mutmaßlicher Wille bestmöglich verfolgt und damit das allgemeine Persönlichkeitsrecht beachtet werden. Diese Zwecke und Belange müssen nebeneinander berücksichtigt werden. Auch ohne eine Prüfung der Angemessenheit kann auf diese Weise ein besserer Grundrechtsschutz erreicht werden, weil immer auch das Selbstbestimmungsrecht in Gestalt des mutmaßlichen Willens beachtet werden muss. Sollte beispielsweise eine Zwangsmedikation noch so vorteilhaft sein, darf diese nur durchgeführt werden, wenn es einen eindeutigen übereinstimmenden mutmaßlichen Willen gibt, was nicht durch die vermeidbaren Gefahren einer Selbstschädigung überspielt werden darf. Lediglich in Bezug auf das betroffene Integritätsrecht kann verlangt werden, dass die damit einhergehenden Nachteile geringer sind als die Vorteile des verfolgten wohlütigen Zwecks. Sollte dies nicht der Fall sein, ist die Maßnahme bereits ungeeignet und das stellt kein Problem der Angemessenheit dar. So kann sichergestellt werden, dass eine Zwangsmaßnahme nur dann erfolgt, wenn die Vorteile des verfolgten Zwecks objektiv die einhergehenden Nachteile überwiegen, ohne z.B. vorhergehende Willensbekundungen der betroffenen Person als mildernden Umstand zu berücksichtigen.³¹ Der

³⁰ Brosey (Fn. 24), 54 ff.

³¹ Gegenbeispiel dafür: BGH FamRZ 2021, 1739, juris Rn. 31.

Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts muss unabhängig davon gewahrt werden, weshalb eine Zwangsmaßnahme deshalb nur erfolgen darf, wenn sie sicher mit dem mutmaßlichen Willen übereinstimmt.

Anstatt bei Zwangsbehandlungen abstrakt ein Überwiegen von Vorteilen zu fordern (§ 1832 Abs. 1 Nr. 6 BGB), könnte der Gesetzgeber für zusätzliche Rechtssicherheit durchaus klarstellen, wie die zu beachtenden Belange der betroffenen Person im Verhältnis zueinanderstehen. Hierfür müsste der Gesetzgeber die bei Zwangsmaßnahmen zu verfolgenden Zwecke genauer benennen.³² So könnte zwischen der Wiederherstellung der Selbstbestimmungsfähigkeit und der Bekämpfung erheblicher Gesundheitsgefahren unterschieden werden, was auch zu einer differenzierteren Bewertung der verfolgten Zwecke in der Einzelfallprüfung führen könnte. Die allgemeine Vorgabe, dass die Vor- die Nachteile überwiegen müssen, könnte so präzisiert werden, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht unabhängig von einer solchen Abwägung vollumfänglich zu berücksichtigen ist, eine Zwangsmaßnahme also nur erfolgen darf, wenn sie dem mutmaßlichen Willen entspricht. In den Rechtsgrundlagen des wohltätigen Zwangs sollten solche Vorgaben konkretisiert werden.

32 Dafür plädierend schon: Frösche (Fn. 12).

REZENSION

Nicolas Bueno, Beryl ter Haar, Nuna Zekić (Hg.), *Labour Law Utopias: Post-Growth and Post-Productive Work Approaches*, Oxford University Press, 2024, 288 Seiten, Open access (Hardcover 90 GBP) Rezension

Transformation in allen gesellschaftlichen Bereichen ist erforderlich, wenn die Welt lebbar bleiben soll; darauf dürften sich viele einigen können. Aber was heißt das für einzelne gesellschaftliche Bereiche? Dieses Buch buchstabiert die Herausforderungen für das Arbeitsrecht durch und denkt dabei auch über Utopien nach.¹ Ausgehend von den vielfachen Krisen, in welche der Planet und kapitalistische Wachstumsgesellschaften geraten sind, fragt es unter Bezug auf Degrowth- und Postwachstums-Theorien für Wirtschaft und Gesellschaft² nach neuen Ansätzen für die Arbeit und für das Arbeitsrecht.

Inhaltsüberblick

Die Beiträge eröffnen ein breites Spektrum von Ansätzen. Den Anfang macht **Brian Langille** mit „The Coast of (Labour Law’s) Utopia“, der am „Capability Approach“ ansetzt, einer normativen Orientierung an Verwirklichungschancen der Menschen, wie sie Amartya Sen erstmals entwickelt hat, und die für das Arbeitsrecht bereits breit diskutiert wird.³ Der Artikel setzt bei der Entwicklung seiner These, das Gründungsnarrativ des Arbeitsrechts sei in Seenot geraten, zwar mehr auf Seefahrtmetaphern als auf Argumente, stellt aber gerade deshalb eine gute Eröffnung für das Buch dar. Er plädiert für eine Öffnung des Arbeitsrechts für andere Formen der Arbeit jenseits der abhängigen Beschäftigung.

Inhaltliche Grundlagen legt dann **Beryl ter Haar** in „Economic Paradigm Shifts for Labour

Law“, wo sie die Debatten, die zu einem neuen „Wohlstandsparadigma“ führen müssen, sehr gut wiedergibt. **Nuna Zekić** in „Labour Law for Degrowth and Meaningful Work“ führt dies genauer aus, indem sie erläutert, dass ökologische Maßnahmen Fragen der Umverteilung immer im Blick haben müssen. Nicht nur müsse das Arbeitsrecht seine Ziele erweitern, um eine wirksame Bekämpfung des Klimawandels unterstützen; es müsse auch berücksichtigt werden, welche Bedeutung bezahlte Arbeit im Leben von Menschen und in der Gesellschaft habe. Viele Prinzipien des Arbeitsrechts blieben auch in einer Transformation relevant. Hier taucht zum ersten Mal ein Gesichtspunkt auf, der einen der roten Fäden des Buchs bildet, nämlich die Zielsetzungen einer allgemeinen quantitativen Reduktion der Arbeitszeit in der bezahlten oder „produktiven“ Beschäftigung sowie einer qualitativen Neuorientierung in Richtung sozial und ökologisch notwendiger Arbeit.

Rodrigo Carelli wird in „First Lines for an Ecological Labour Law: A Social Utopia for the Anthropocene“ konkreter: Auch gesellschaftliche Organisationen wie insbesondere Gewerkschaften müssten multidisziplinäre und holistische Perspektiven entwickeln, um „das traditionelle soziale“ Ziel des Arbeitsrechts mit einem „ökologischen“ zu verbinden. Dabei seien Arbeitszeit, universelles Grundeinkommen und Schutz der Arbeitsumwelt die zentralen Eckpfeiler. Vergütung nach Aufgaben oder Ergebnissen müsse untersagt werden. Auch ihm ist es wichtig, dass nicht nur die bezahlte Erwerbsarbeit, sondern alle menschlichen Aktivitäten in den Blick genommen werden.

Die Aufgabe, die Perspektive des Globalen Südens einzubringen, haben **Surya Deva** und **Pushkar Anand** übernommen. In „A Global South Perspective on Labour Rights and Supply Chains for a Post-Growth World“ weisen sie darauf hin, dass ein „Degrowth“-Modell nicht automatisch auch schon die Ausbeutungsstrukturen der bestehenden globalen Lieferketten adressieren wird. Produktion zurück in den globalen Norden zu bringen bzw. Aufträge im globalen Süden aus Gründen ethischen und reduzierten Konsums zurückzufahren, könnte die Ausbeutung eher verschärfen. Sie formulieren drei Anforderungen, die ein Modell von differenziertem Degrowth berücksichtigen müsste: Erstens müsse

1 Für die Herausgeber:innen bedeutet dies, über die existierende Welt hinaus sich ideale Alternativen vorzustellen (Einleitung S. 2).

2 Ausgangspunkte sind insbesondere (siehe Einleitung von Nicolas Bueno/Beryl ter Haar/Nuna Zekić): Kate Raworth, *Doughnut Economics*, 2018; Jason Hickel, *Less is More. How Degrowth will Save the World*, 2021; Tim Jackson, *Post Growth. Life after Capitalism*, 2021; Lorenzo Fioramonti, *Wellbeing Economy*, 2017; Irmi Seidl/Angelika Zahrnt, *Post-Growth Work*, 2021.

3 Zum Beispiel: Brian Langille (Hg.), *The Capability Approach to Labour Law*, 2019.

eine Reduktion von Konsum im globalen Norden und Produktion im globalen Süden dazu genutzt werden, bessere und nachhaltigere Beschäftigung zu schaffen. Zweitens müssten die Länder des globalen Nordens sowie multinationale Unternehmen für das historische Unrecht von Sklaverei, Ausbeutung und Enteignung Verantwortung übernehmen. Drittens sollten Länder des globalen Südens bestimmte „Entwicklungsschritte“ überspringen und kollektive und gemeinschaftliche Formen des Zusammenlebens und Teilens fördern.

Nicolas Bueno geht in „The Value of Work in Labour Law“ dann auf die konkrete Frage der Bewertung von Arbeit ein. Statt den Marktwert zur Grundlage zu machen, müsse es künftig darauf ankommen, den gesellschaftlichen Wert von Arbeit zu bewerten, insbesondere die Frage, inwieweit Arbeit einen positiven oder negativen Einfluss auf das Leben von Menschen habe. **Rafael Encinas de Muñagorri** hat sich in „Labour Law for Care and Wellbeing“ ein ähnliches Thema vorgenommen: die traditionelle Sichtweise, dass Sorgearbeit und Hausarbeit unproduktiv seien und natürliche Aufgabe von Frauen. Eine utopische Gesellschaft solle aber nicht auf einer allgemeinen Verpflichtung zu Sorgearbeit beruhen; es müsse deshalb darüber nachgedacht werden, wer die Sorgearbeiter:innen sein könnten und unter welchen Bedingungen sie arbeiten würden. Wohlfahrts- und Arbeitsrechtssysteme müssten eine Gleichverteilung von Sorgearbeit zwischen den Geschlechtern zum Ziel haben.

Einen ganz anderen Ansatz wählt **Paolo Tomassetti** in „Labour Law and the Utopia of the Commons“. Er zeigt, wie das Konzept der Commons die Spaltung zwischen öffentlich und privat überwinden könne, und diskutiert seine Implikationen als „Idealtypus“ für neue Arbeitsrechtsmodelle. Denn hier gehe es darum, von Unterordnung und Hierarchie zu Solidarität zu kommen. Da Commons untrennbar mit ihrem Kontext verbunden seien und grundsätzlich relational gestaltet, forderten sie auch dazu auf, rechtliche Rationalität und Subjektivität grundsätzlicher in Frage zu stellen.

Einat Albin denkt in „Channeling Technologies to Benefit Employees via Labour Law“ über die Rolle von Technologien, Automatisierung und Digitalisierung nach, insbesondere über die Frage, wie eine Alternative zum prokapitalistischen Paradigma aussehen könnte, in dem der Einsatz von Technologien der alleinigen Entscheidungsmacht des Unternehmens unterliege. Sie knüpft an die rechtlichen Regeln über „angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen“ an, die vor-

schreiben, dass der Mensch und seine optimale Unterstützung im Mittelpunkt stehen müssen. Dies führe dazu, dass Unternehmen, die Technologien entwickeln und herstellen, diese Zielsetzung bereits bei der Konzeption zur Grundlage machen. Sie ist davon überzeugt, dass ein solcher Ansatz für Unternehmen ebenfalls Vorteile bringe – wohl der Grund dafür, dass ihre Utopie darin besteht, dass Arbeitgeberentscheidungsmacht nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird, sondern gleichgewichtig neben Beschäftigteninteressen tritt.

Alexander De Becker und Flore Claus geht es in „Social Security and the Right to Laziness Beyond just Basic Income“ nicht nur darum, wie ein Recht auf ein allgemeines Grundeinkommen ein Recht auf Faulheit bzw. Freiheit zur Arbeit unterstützen könnte. Sie diskutieren auch, wie dies mit einer möglicherweise schrumpfenden Erwerbsbevölkerung finanziert werden kann und schlagen hierfür Verbrauchssteuern vor.

Grundsätzlich wird es wieder in „Utopia, Power and Free Labour“; **Sergio Gamonal C.** analysiert hier Konzepte und Probleme von Macht; schließlich sei es eine der wesentlichen Errungenschaften des Arbeitsrechts, mit Macht umgehen zu können. Er zeigt die Ideen von „Free Labour“ auf, die der radikale Republikanismus des 19. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten in der Auseinandersetzung mit Sklaverei einerseits und abhängiger Arbeit andererseits entwickelt habe. Daraus schließt er, dass Transformation zunächst Fälle von Ausbeutung und Zwangsarbeit in den Blick nehmen müsse und parallel Demokratie am Arbeitsplatz fördern solle.

Das Recht auf Arbeit und das Recht der Arbeit

Während der einführende Text von **Nicolas Bueno, Beryl ter Haar und Nuna Zekić** („Labour Law Beyond Growth and Productivism: An Introduction“) einen Überblick über die im Buch verwendeten Texte gibt, bemüht sich der abschließende Text „Conclusion: Utopias for an Ecological Social Law and How to Get There“ von **Élise Dermine und Daniel Dumont** um eine Zusammenfassung; er stellt eine Art Rezension innerhalb des Buchs dar. Dieser Text ist deshalb ein guter Ausgangspunkt für eine eigene Bewertung. Insbesondere beschäftigen Dermine und Dumont sich genauer mit dem Zusammenhang von Transformation, Reaktion auf Krisen und Utopien, ein Zusammenhang, der im Buch nicht explizit diskutiert wird. Dermine/Dumont verwenden Ernst Blochs Kategorien der Möglichkeit⁴ und hier ins-

4 Ernst Bloch, Das Prinzip Hoffnung, 1954/59.

besondere die des „objektiv-real Möglichen“, um Pfade für die Transformation zu beschreiben. Im Recht gebe es bereits Mechanismen und latente Utopien, an denen angeknüpft werden könne.

Dieser Text bringt einige der Leitgedanken des Buchs sehr gut auf den Punkt: Immer wieder geht es um die Frage der Quantität und der Qualität der Arbeit in dem Sinn, dass viele Texte darauf abstelen, dass künftig die Arbeit nach ihrem sozialen und ökologischen Wert bemessen werden soll. Ob die Transformation nach weniger oder nach mehr Arbeit verlangt, darüber besteht keine Einigkeit; dementsprechend breit ist die Bandbreite zwischen Arbeit als Recht und Recht zur Faulheit. Dermine/Dumont plädieren hier klar für ein Recht auf Arbeit („right to work“); Arbeit sei eben nicht nur menschliches Bedürfnis, sondern auch Motor gesellschaftlicher Integration. Das Recht auf Arbeit müsse aber so reformuliert werden, dass es eine ökologische Transformation begründen oder zumindest fördern könne, also insbesondere auf sozialen und ökologischen Nutzen orientiert sein. Auch wenn sie dem allgemeinen Grundeinkommen nicht ablehnend gegenüberstehen, sehen sie größere Wirklichungschancen für Regelungsmodelle, die latent in Sozialordnungen bereits angelegt seien, wie insbesondere die Förderung und der Schutz von Arbeit jenseits bezahlter Beschäftigung.⁵ Sie haben vor allem Sozialversicherung und wohlfahrtsstaatliche Leistungen im Blick, wenn sie den Zugang zu sozialen Leistungen weniger von Beiträgen zum Bruttosozialprodukt als vom sozialen und ökologischen Nutzen einer Tätigkeit abhängig machen wollen.

Sie thematisieren damit eine Spannung, die dem Buch implizit zugrunde liegt: In den meisten Texten geht es weniger um Arbeitsrecht als solches als um das Recht der Arbeit in einem weiten Sinn, insbesondere Sozialversicherungs- und Arbeitsförderungsrecht, aber auch Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Technologierecht, etc. Dermine/Dumont schlagen insofern zu Recht vor, hier (wieder⁶) mit dem Begriff „soziales Recht“ zu arbeiten, der in der Weimarer Zeit für den Anspruch entwickelt wurde, unterschied-

liche Rechtsgebiete im Interesse einer sozialen Regulierung von Arbeit zusammenzudenken.

Utopien – aber nicht für das Arbeitsrecht

Dermine/Dumont bringen damit den Gegenstand und Diskussionsbeitrag des Buchs gut auf den Punkt. Damit ist aber auch klar: Zu Utopien des Arbeitsrechts im engeren Sinn hat es nicht viel beizutragen. Und das liegt ganz wesentlich auch daran, dass die Autor:innen sich wenig mit dem Arbeitsrecht beschäftigen, oder dies jedenfalls nicht auf einer theoretischen Ebene tun, dass sie sich also überwiegend keine Rechenschaft darüber ablegen, wie Arbeitsrecht eigentlich funktioniert.

Häufig werden in der Sache nicht das Arbeitsrecht, sondern der Kapitalismus, der Neoliberalismus oder bestimmte Anwendungen des Arbeitsrechts kritisiert. Was als Rolle oder Funktion des Arbeitsrechts beschrieben wird (Umverteilung, soziale Sicherung, ökonomische Produktivität), sind meist entweder Inhalte des Arbeitsrechts (Entgelt, Arbeitszeit) oder ökonomische Funktionen („more and better paid jobs“), nicht aber die spezifische Funktion, die rechtliche Regulierungen von Arbeit als „Abhängigkeit“ adressieren. Die ironische Bemerkung von Bertrand Russell in Bezug auf das sowjetische System („making the northern coasts of Siberia warm, just to occupy people“), die Langille zitiert, ohne sie weiter zu erläutern, hat eben allenfalls nur sehr indirekt mit Arbeitsrecht zu tun. Oder wenn Bueno behauptet, der Wert der Arbeit orientiere sich am Marktwert, so ist das ökonomisch nicht ganz falsch. Die rechtlichen Regelungen zur Bewertung von Arbeit hingegen orientieren sich ganz überwiegend an Qualifikation und Belastung; ohne diese Regelungen konkret zu analysieren, kann man jedenfalls rechtlich nicht zu überzeugenden neuen Lösungen kommen. Zeki wiederum, die ein breiteres Verständnis von „guter Arbeit“ einfordert, muss gleichzeitig zugestehen, dass die Philadelphia-Erklärung, die der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation seit 1944 zugrundeliegt,⁷ bereits anerkennt, dass „alle Menschen [...] das Recht [haben], sowohl ihr materielles Wohlergehen als auch ihre geistige Entwicklung unter Bedingungen von Freiheit und Würde, wirtschaftlicher Si-

5 Sie sehen sich hier in der Traditionslinie des Suptot-Reports (Suptot et al., *Beyond Employment*, 2001).

6 Zur Begriffsgeschichte siehe u.a. Eberhard Eichenhofer, *Soziales Recht. Bemerkungen zur Begriffsgeschichte*, SR 2012, 76–83; Achim Seifert, „Von der Person zum Menschen im Recht“. Zum Begriff des sozialen Rechts bei Hugo Sinzheimer, SR 2011, 62–73.

7 ILO Declaration of Philadelphia, concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation, 10.5.1944, <https://webapps.ilo.org/static/english/inwork/cb-policy-guide/declarationofPhiladelphia1944.pdf> (Abruf 13.12.24)).

cherheit und Chancengleichheit“ zu verfolgen. Hier ist die Utopie, die viele der Autor:innen des Buchs formulieren, also bereits präsent.

Also wo genau besteht die Rolle des Arbeitsrechts für die Verwirklichung solcher Ziele? Zekić ist dem auf der Spur, wenn sie darauf hinweist, dass der Arbeitsvertrag als Rechtsinstitut „zunächst die Macht an den Arbeitgeber verteilt, bevor sie durch die Gesetze, die den Arbeitsvertrag regeln, eingeschränkt wird“. Damit wird auf das Weisungsrecht, also die Unterordnung angespielt. Aber ist das Weisungsrecht wirklich etwas, das einfach hinweggedacht werden kann – ist es nicht vielmehr ein notwendiges Phänomen bestimmter (hierarchischer) Organisationsformen der Arbeit, auf die das Arbeitsrecht reagiert?⁸

Auf diese Frage der Organisationsformen von Arbeit (und damit auch der Organisation von Gesellschaft) lässt sich Tomassetti ein, wenn gleich auch er sich im engeren Sinn nicht auf das Arbeitsrecht und die Organisationsformen, auf die es reagiert, bezieht. Er erwähnt aber als einziger „das eherne Gesetz der Oligarchie“ und thematisiert mit den „Commons“ die Frage, was an die Stelle von Unterordnung/Weisungsbindung treten kann und wie dies geschehen kann. Das Stichwort „Solidarität“ verweist insofern auf nicht-hierarchische Koordination; diese müsse eingebettet sein in kulturelle, soziale und ökologische Kontexte. Nicht zufällig thematisiert er auch den Charakter des Rechts und der Subjektivierung, die es mit sich bringt. In diesem sehr nachdenklichen Text geht es nicht um Lösungsvorschläge, sondern grundsätzliche Fragen menschlichen Zusammenlebens und damit indirekt auch um Kooperation durch und in Arbeit.

Dabei wird auch indirekt auf die Problematik geantwortet, die sich in vielen Texten findet, nämlich die Frage, wie eine rechtliche Neubewertung von Arbeit, zugunsten von Arbeit, die „Bedeutung“ hat („meaningful“), vonstatten gehen kann. Wer auf individuelle Rechte setzt, wird eher die Bedeutung für einzelne betonen; diese muss mit der gesellschaftlichen Bedeutung nicht notwendig etwas zu tun haben und wird die Transformationsziele von Degrowth leicht verfehlen. Auch Carelli ist sich dessen bewusst; er vertritt insgesamt einen eher dirigistischen und politischen Ansatz, wenn er (im Bereich der ILO) künftig vor allem auf Expert:innen statt auf politische Akteur:innen setzen möchte. Emanzi-

patorisch ist das eher nicht, entgegen dem Anspruch der meisten Autor:innen in diesem Buch.

Tomassetti reflektiert auch diese Problematik zumindest implizit mit Hilfe von Ansätzen der Critical Legal Studies. Seine Betonung des „kontextuellen und kontingenten Charakters der Commons“ stellt das Konzept der subjektiven Rechte auf der Ebene konkreter Lebens- und Arbeitsformen in Frage. Hier ließe sich weiterdiskutieren, z.B. in Richtung „relationaler“ Rechte.⁹ Alternativ hätten Konzepte gesellschaftlicher Planung in Bezug auf Arbeit diskutiert werden können, auch diese haben zuletzt wieder Konjunktur bekommen.

Die fehlende Auseinandersetzung mit theoretischen Überlegungen zur Funktionsweise des Rechts und insbesondere des Arbeitsrechts ist wohl auch der Grund dafür, dass viele der vorgeschlagenen Reformen eigenartig wenig utopisch klingen. Die schweizerische direkte Demokratie, Vereinbarkeitsmodelle für Familie und Beruf oder pluralistische Ansätze für Unternehmensführung und Arbeitsbeziehungen werden ja schon vielfach erprobt, ohne zu fundamentalen Transformationen geführt zu haben. Um den utopischen Charakter solcher „objektiv-realen Möglichkeiten“ erkennen zu können, bedürfte es konkreterer Auseinandersetzungen mit der Wirkkraft von Recht und der Bedeutung von Organisationsformen für die konkrete Arbeit in Betrieben und Familien.

Abschließende Bewertung

Das Buch ist aber letztlich gerade durch seine Unzulänglichkeiten anregend. Es beweist in der Summe der Artikel, wie am Ort der Wissenschaft Dinge neu gedacht werden können: Das Buch funktioniert insofern dort am besten, wo es keine konkreten Vorschläge macht. Und es funktioniert wahrscheinlich am besten für Leser:innen, die eigene Fragen an die Fülle gesammelter Ideen herantragen. Um die innovative Frage nach der Transformation von Arbeit mit Mitteln des Rechts anzugehen, stellt das Buch eine Vielfalt von interessanten Ansätzen vor und bringt diese in ein Gespräch miteinander. Für die mittlerweile breit geführten Debatten um die rechtliche und ökonomische Bewertung von sozial und ökolo-

8 Ausführlich Kocher, Digital Work Platforms at the Interface of Labour Law. Regulating Market Organisers, 2022.

9 Siehe Jennifer Nedelsky, Law's relations. A relational theory of self, autonomy, and law, 2011; siehe auch den Schwerpunkt „Beziehungen“ in KJ 3/2021 und insb. Lucy Chebout/Eva Kocher/Inga Schuchmann/Dana-Sophia Valentiner, Beziehungen – Einleitung in den Schwerpunkt, KJ 2021, S. 265–267.

gisch notwendiger Arbeit liefert es wichtige Beiträge.

Eva Kocher

Autorinnen und Autoren

- Hartmut Bäumer* geb. 1948, Ministerialdirektor i.R., Richter am Arbeitsgericht a.D.
Kontakt: hartmutbaeumer68@gmail.com
- Luisa Bornscheuer* geb. 1997, Maîtrise en droit, LL.M., Externe Doktorandin an der MLU Halle-Wittenberg
Kontakt: lbornscheuer@protonmail.com
- Franziska Brachthäuser* geb. 1991, LL.M., Ass. iur., Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Freie Universität Berlin
Kontakt: franziska.brachthaeuser@fu-berlin.de
- Undine Christian* geb. 1995, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Freien Universität Berlin
Kontakt: undine.christian@fu-berlin.de
- Klaus Feser* geb. 1940, Vorsitzender Richter, Thüringer Landesarbeitsgericht bis Dezember 2005
Kontakt: jaegerfeser@web.de
- Martin Fritz* geb. 1993, Ass. iur., Richter, Amtsgericht Lörrach
Kontakt: martin-fritz@gmx.de
- Alina Holze* geb. 1995, Dipl. jur., Doktorandin (Leibniz Universität Hannover) und wiss. Mitarbeiterin, CMS Hasche Sigle (Berlin)
Kontakt: alina.holze@gmail.com
- Eva Kocher* geb. 1965, Prof. Dr., Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)
Kontakt: Kocher@europa-uni.de
- Dennis Jekal* geb. 1999, B.A. Politik und Recht, Student der Rechtswissenschaft, Universität Münster
Kontakt: djekal@uni-muenster.de
- Anna-Katharina König* geb. 1997, Rechtsreferendarin, Landgericht Bonn
Kontakt: anna-katharina.koenig@fau.de
- Joachim Kummer* geb. 1988, Dr., Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Freie Universität Berlin
Kontakt: joachim.kummer@fu-berlin.de
- Timo Laven* geb. 1997, Rechtsreferendar und Doktorand, OLG Köln/Akademie für europäischen Menschenrechtsschutz, Universität zu Köln
Kontakt: t.laven@uni-koeln.de
- Emma Sammet* geb. 1995, Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Universität Bielefeld
Kontakt: emma.sammet@uni-bielefeld.de
- Lukas Thum* geb. 1997, Bachelor of Arts in Philosophie, Masterstudent der Philosophie an der Universität Münster
Kontakt: lthum@uni-muenster.de

Kritische Justiz

Geschäftsführung (ViSdP)

PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Leibniz Universität Hannover
Schneiderberg 50, 30167 Hannover
Email: kj-redaktion@ipw.uni-hannover.de

Rezensionen

Prof. Dr. Felix Hanschmann
Bucerius Law School
Jungiusstr. 6
20355 Hamburg
Email: felix.hanschmann@law-school.de

Redaktion

Dr. Samira Akbarian, Goethe-Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Cengiz Barskanmaz, LL.M., Hochschule Fulda
Prof. Dr. Boris Burghardt, Philipps-Universität Marburg
Dr. Klaas Hendrik Eller, Universität Amsterdam
Prof. Dr. Aziz Epik, LL.M. (Cambridge), Universität Hamburg
Prof. Dr. Isabel Feichtner, LL.M., Universität Würzburg
Prof. Dr. Felix Hanschmann, Bucerius Law School Hamburg
PD Dr. Tanja Hitzel-Cassagnes, Universität Hannover
Dr. Johan Horst, LL.M. (Georgetown), Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. Eva Kocher, Universität Frankfurt (Oder)
Prof. Dr. Nora Markard, WWU Münster
Dr. Kolja Möller, TU Dresden
Prof. Dr. Cara Röhner, Hochschule RheinMain, Wiesbaden
Dr. Dana Schmalz, LL.M., Max-Planck-Institut aöRV Heidelberg
Thilo Scholle, Ass. iur., Bundesministerium für Arbeit und Soziales
Dr. Inga Schuchmann, Humboldt-Universität zu Berlin
Dr. Tim Wihl, Universität Erfurt

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Susanne Baer, Humboldt Universität Berlin,
Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe
Prof. Dr. Uwe Berlit, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig
Hans-Ernst Böttcher, Präsident des Landgerichts i.R., Lübeck
Prof. Dr. Sonja Buckel, Universität Kassel
Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Universität Bremen
Prof. Dr. Günter Frankenberg, Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Monika Frommel, Universität Kiel
Prof. Dr. Thomas Groß, Universität Osnabrück
Prof. Dr. Klaus Günther, Universität Frankfurt am Main
Prof. Dr. Roland Hefendehl, Universität Freiburg
Prof. Dr. Armin Höland, Universität Halle-Wittenberg
Prof. Dr. David Kennedy, Harvard Law School, Cambridge, Mass., USA
Prof. Dr. Martti Koskeniemi, University of Helsinki, Finland
Prof. Dr. Anne Lenze, Hochschule Darmstadt
Prof. Dr. Ulrich Mückenberger, Universität Hamburg
Prof. Dr. Joachim Perels, Universität Hannover
Prof. Dr. Sibylle Raasch, Universität Hamburg
Prof. Dr. Dagmar Schiek, Universität Leeds, England
Prof. Dr. Christoph U. Schminck-Gustavus, Universität Bremen
Prof. Ulrich Stascheit, Fachhochschule Frankfurt am Main
Prof. Dr. Leonie Steinl, LL.M. (Columbia), Universität Münster
Prof. Dr. Dieter Sterzel, Universität Oldenburg
Prof. Dr. Hans Vorländer, TU Dresden
Prof. Dr. Maria Wersig, Fachhochschule Dortmund
Prof. Dr. Gerd Winter, Universität Bremen
Prof. Dr. Peer Zumbansen, York University, Toronto, Kanada