

Marktzugangsregelungen für Wohnungsunternehmen: Verfassungs- und EU-rechtliche Spielräume

Einleitung

„Die Tatsache, dass der Grund und Boden unvermehrbar und unentbehrlich ist, verbietet es, seine Nutzung dem unübersehbaren Spiel der freien Kräfte und dem Belieben des Einzelnen vollständig zu überlassen; eine gerechte Rechts- und Gesellschaftsordnung zwingt vielmehr dazu, die Interessen der Allgemeinheit beim Boden in weit stärkerem Maße zur Geltung zu bringen als bei anderen Vermögensgütern. Der Grund und Boden ist weder volkswirtschaftlich noch in seiner sozialen Bedeutung mit anderen Vermögenswerten ohne weiteres gleichzustellen; er kann im Rechtsverkehr nicht wie eine mobile Ware behandelt werden.“

Dieses Zitat stammt nicht aus einem kapitalismuskritischen Wahlprogramm, sondern aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1967, getroffen zum Grundstücksverkehrsgesetz in seiner damaligen Fassung.¹ Das Gesetz stellte ein Genehmigungserfordernis für landwirtschaftliche Grundstücksverkäufe auf und damit unter bestimmte Voraussetzungen des öffentlichen Wohls. Außerhalb des Agrarwesens erwog der Gesetzgeber demgegenüber zu keinem Zeitpunkt, den Grundstücksverkehr dem öffentlichen Wohl zu unterstellen. Das hat Folgen:

Grund und Boden werden ein halbes Jahrhundert nach dieser Entscheidung noch immer (weitgehend) wie mobile Waren behandelt. Materiell sind die Grundstücksmärkte nahezu frei von lenkender staatlicher Einflussnahme. Das gilt auch für die in sozialer Hinsicht besonders sensiblen Märkte für Wohnraum. Die Teilnahme am Wohnungsmarkt ist anbieterseitig voraussetzungslos jedem Unternehmen freigestellt. Der Staat beschränkt sich auf mietrechtliche Rahmenbedingungen, mit denen besonders krasse negative Auswirkungen des freien Marktes begrenzt werden. Im Übrigen lässt das Recht die Marktkräfte unberührt wirken. Der Staat verzichtet also auf jede Regulierung der Immobilienmärkte. Grund und Boden können gehandelt werden wie mobile Waren, heute sehr verbreitet sogar anteilig als Kapitalanlage. Der Staat wird damit seiner Aufgabe, ein soziales Wohnungswesen zu gewährleisten, nicht gerecht.

¹ BVerfGE 21, 73, 82 f. (Grundstücksverkehrsgesetz)

Im Weiteren soll anknüpfend an ein vom Verfasser ausgearbeitetes Rechtsgutachten² aufgezeigt werden, dass es dabei nicht bleiben muss. Der Grundstücksverkehr könnte speziell in dem besonders sensiblen Bereich des Wohnungswesens einem öffentlich-rechtlichen Regime unterworfen werden. Regelungsbefugt sind, das mag überraschen, die Länder. Sie sind kompetenzrechtlich, aber auch sonst verfassungs- und EU-rechtlich dazu befugt, eigenständig Marktzugangsbeschränkungen aufzustellen, mit denen die Treiber der Grundstückspreise und der unverhältnismäßigen Überrenditen vom Wohnungsmarkt ausgeschlossen werden.

I. Hintergrund/Motivation: Was veranlasst das Nachdenken über Zugangsbeschränkungen zum Wohnungsmarkt?

Die Wohnungsmärkte sind vielerorts auf besorgniserregende Weise überhitzt, besonders in attraktiven Metropolen wie in Berlin, München, Hamburg oder Frankfurt. Die Situation ist geprägt von über viele Jahre enorm gestiegenen Mieten, der „Herausmodernisierung“ von Mietenden, von spekulativem Leerstand und Vernachlässigung, groß angelegten Umwandlungen in Eigentum und nicht zuletzt von einem enormen Druck auf die Grundstückspreise, der durch das steuerliche Privileg der „Share Deals“ noch verstärkt wird und ein Gegenlenken durch Neubau erschwert. Die verschiedenen Einzelphänomene kulminieren in einem sozialen Verdrängungsdruck, der die gewachsenen Bevölkerungsstrukturen destabilisiert und den gesellschaftlichen Zusammenhalt gefährdet.

Das vorhandene gesetzliche Instrumentarium löst die Probleme nicht, seine Schwächen sind Teil des Problems. Das Bundes-Mietrecht mit der sog. Mietpreisbremse reduziert die Möglichkeiten zu Mietpreissteigerungen und sehr hohen Mieten bei Neuvermietungen, bremst die Erhöhungsdynamik jedoch nicht vollständig und kann den bisher geschehenen Hochlauf der Mieten ohnehin nicht rückgängig machen. Das BauGB bietet mit seinem neuen § 250 BauGB immerhin partielle Abhilfe gegen spekulative Umwandlungen in Eigentum.³ Doch der von Unternehmenskäufen und Modernisierungen ausgehende Verdrängungsdruck bleibt erhalten, zumal den Kommunen soeben durch das BVerwG die Möglichkeit genommen wurde, dem wenigstens durch Vorkaufsrechte in Milieuschutzgebieten Einhalt zu gebieten.⁴ Ein öffentlich-rechtlich steuerndes Grundstücksverkehrsrecht gibt es nur im Agrarwesen und (sehr eng) für die Bauleitplanung. Die steuerliche Privilegierung der sog. Share Deals, die 2021 noch einmal bei unwesentlicher Abschwächung gesetzlich bestätigt wurde, reizt weiter zu Unternehmenskäufen an, die in Wahrheit steuerbefreite Grundstückskäufe sind – was die Situation fortwährend anheizt.

² Klinski: Zur Zulässigkeit eines Landesgesetzes zur sozialverträglichen Ordnung des Berliner Wohnungsmarkts, durch das bestimmte Unternehmen vom Mietwohnungsmarkt ausgeschlossen werden (2022): <http://gesellschaftfuernachhaltigkeit.de/wp-content/uploads/2022/03/Klinski-Gutachten-Wohnungsmarkt-2022-02-11.pdf>
Siehe auch Klinski: Ausschluss kapitalmarktbasierter und unseriöser Unternehmen vom Wohnungsmarkt, WuM 4/2022, S. 185-195; Klinski: Wohnungsmarkt ohne Börsendruck (Verfassungsblog): <https://verfassungsblog.de/wohnungsmarkt-ohne-borsendruck/>

³ Siehe dazu den Gesetzentwurf in BT-Drs. 19/24838, S. 21.

⁴ BVerwG, Urt. v. 09.11.2021 - BVerwG 4 C 1.20 (siehe insb. Rn. 21 ff.).

Die Ursachen sind vielfältig. Zu ihnen gehören auch allgemeine Tendenzen wie die über viele Jahre zunehmenden Einkommen und Vermögen in den höheren Einkommensschichten und die Attraktivität der Metropolen. Strukturell wesentlich ist aber auch die in den letzten drei Jahrzehnten stattgefundenene „Finanzialisierung des Wohnungsmarkts“, mit der die zunehmenden Aktivitäten von Finanzinvestoren und Anlagemodellen am Wohnungsmarkt bezeichnet wird.⁵ Ein stark angewachsener Teil der Wohnungsunternehmen wird von den Finanzmärkten getrieben, wo der Wert der Unternehmen nicht am Wert ihrer Immobilien bemessen wird, sondern an dem (unter Spekulationseinfluss zustande kommenden) Börsenkurs ihrer Aktien. Hinter diesen Modellen stehen Erwartungen stetig sehr hoher Renditen, die mit der sozialen Aufgabenstellung des Wohnungsmarkts, bezahlbaren Wohnraum für die gesamte Bevölkerung zu sichern, im Zielkonflikt stehen. Die hohen Renditen sind heute die Leitgröße für die Wohnungsmärkte. Zugleich birgt die Kapitalmarktabhängigkeit spezielle (Ausfall-) Risiken für den Wohnungsmarkt – wie sich aktuell am Beispiel der strauchelnden Adler Group zeigt. Die fehlende staatliche Marktsteuerung und Kontrolle hat zudem das Entstehen einer Vielzahl von unseriösen Geschäftsmodellen begünstigt – in Extremfällen bis hin zur Ausnutzung für Geldwäsche. Die Wohnungsmärkte funktionieren daher in den begehrten Städten nicht mehr – jedenfalls nicht im Sinne der Ziele der sozialen Sicherung der Wohnraumversorgung.

II. Marktzugangsbeschränkungen: Wie könnten Zugangsbeschränkungen für den Wohnungsmarkt aussehen?

1. Marktzugangsbeschränkungen in anderen Rechtsgebieten

Mit Marktzugangsbeschränkungen könnte diesen destruktiven Marktverhältnissen entgegengewirkt werden. In anderen Rechtsgebieten gehören Marktzugangsbeschränkungen seit langem wie selbstverständlich zum Instrumentenkasten der Steuerung von Märkten. Hierfür lassen sich zahlreiche Beispiele finden:

- Personenbeförderungsrecht: Dort wird zum einen mit kapazitätsbeschränkenden Lizenzen gearbeitet (privates Taxigewerbe), zum anderen mit (teils durch Ausschreibung begründeten) Monopolberechtigungen (ÖPNV, öffentliche oder private Unternehmen).
- Telekommunikationsrecht: Dort werden Frequenzlizenzen an geeignete private Unternehmen vergeben.
- Örtliche Wasserversorgung: Hier tragen die Gemeinden auf Grundlage von Art. 28 Abs. 2 GG seit jeher die Aufgabe der öffentlichen Versorgung im Gebietsmonopol. Die Aufgabenübertragung an Private ist möglich, aber nicht weit verbreitet.

⁵ Vertiefend u.a. Heeg (2013), Wohnen als Anlageform: vom Gebrauchsgut zur Ware, in: Emanzipation 3.2, S. 5-20.; Aalbers, (2017): The Variegated Financialization of Housing, in: International Journal of Urban and Regional Research 41, Issue 4, S. 542–554; Heeg (2017): Finanzialisierung und Responsibilisierung, in: Schöning/Kadi/Schipper (Hg), Wohnraum für Alle?! S. 47-59; Tim/Sommer (2021): Wohnungsmarkt, in: Holm (Hg.): Wohnen zwischen Markt, Staat und Gesellschaft, S. 97-122.

- Anbieten von Finanzdienstleistungen nach dem Kreditwesengesetz: Die Zulassung steht unter Erlaubnisvorbehalt; es gelten hierfür relativ hohe Anforderungen.
- Rettungsdienste: Landesgesetze sehen zum Teil ein Monopol oder eine Beschränkung auf öffentliche Unternehmen vor.

Bewirkt wird durch Marktzugangsbeschränkungen entweder ein Ausschluss von Unternehmen, die den jeweiligen Anforderungen nicht genügen – oder (weitergehend) ein Ausschluss aller anderen Unternehmen/Anbieter, indem eine bestimmte Aufgabe allein einem bestimmten Unternehmen oder mehreren gemeinsam überantwortet wird.

2. Zugangsbeschränkungen für den Wohnungsmarkt

Begründet werden Marktzugangsbeschränkungen typischerweise mit der Sicherstellung einer Versorgungsaufgabe sowie mit Erwägungen der Gefahrenabwehr. So könnte es auch hier sein. Auch hier würde es darum gehen, den Märkten Regeln zu geben, um Belange des Allgemeinwohls zu wahren. Der in meinem Rechtsgutachten beschriebene Modellansatz läuft darauf hinaus, in Gebieten mit angespannter Wohnungsversorgungslage solche Unternehmen vom Wohnungsmarkt auszuschließen, deren Geschäftsmodelle mit der sozialen Funktion des Wohnungsmarkts unvereinbar sind:

- Unternehmen, deren Geschäftsmodell mit dem öffentlichen Anliegen, eine angemessene Wohnraumversorgung für die gesamte Bevölkerung sicherzustellen, nicht vereinbar ist (dieses gefährden), erhalten keinen Zugang zum (örtlichen) Wohnungsmarkt.
- Die Umsetzung lässt sich über einen Genehmigungsvorbehalt (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) erreichen. Die Genehmigung wird versagt, wenn bestimmte Negativkriterien erfüllt (oder Positivkriterien nicht erfüllt) werden.
- Ergänzend würde geregelt: dass die ausgeschlossenen Unternehmen ihre Bestandsimmobilien innerhalb eines bestimmten Zeitraums an Dritte veräußern müssen (am Markt, einige Jahre Frist).
- Hinzu kämen flankierende Regelungen zu Umnutzung-/Umwandlungsverboten, Sanktionen usw.

Zu klären ist hierfür insbesondere die Frage, welche Unternehmen der Ausschluss konkret treffen würden bzw. welche Kriterien für die Entscheidung hierüber zur Anwendung kommen. Der Kreis der ausgeschlossenen Unternehmen müsste treffsicher diejenigen Unternehmen umfassen, von denen in typischer Weise besondere Gefährdungen für das Funktionieren eines sozialverträglichen Wohnungswesens/Wohnungsmarkts ausgehen. Das ist für Unternehmen anzunehmen, von denen entweder auf Grund der in ihrem Geschäftsmodell begründeten Interessenlage oder bewirkt durch ihr konkretes Geschäftsgebaren typischerweise besonders ausgeprägter Renditedruck ausgeht, der mit dem öffentlichen Interesse an der dauerhaften Sicherung bezahlbaren Wohnraums im Konflikt steht. Das ist insbesondere für zwei Gruppen von Unternehmen anzunehmen, jeweils unter Einschluss ihrer Tochterunternehmen:

- Gruppe 1: Unternehmen, deren Anteile oder die selbst an einem Kapitalmarkt gehandelt werden (einschl. Kapitalverwaltungsgesellschaften) – insb. börsennotierte Unternehmen inkl. offene Immobilienfonds sowie geschlossene Immobilienfonds,
- Gruppe 2: Unternehmen, denen die für die Teilnahme am Wohnungsmarkt erforderliche Zuverlässigkeit fehlt, insb. weil sie ihre wirtschaftlichen Beteiligungsverhältnisse nicht offenlegen.

III. Grundrechtseingriff: Wären Marktzugangsbeschränkungen verhältnismäßig?

1. Vereinbarkeit mit Art. 12 und 14 GG

Die Marktzugangsbeschränkung stellt einen schwerwiegenden Eingriff in Grundrechtspositionen der betroffenen Unternehmen dar. Was den künftigen Marktzugang betrifft, liegt der Belastungsschwerpunkt im Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Was die damit verbundene Pflicht betrifft, Bestandsimmobilien innerhalb eines bestimmten (ggf. mehrjährigen Zeitraumes) an Dritte veräußern zu müssen, liegt ein Eingriff in die Eigentumsgarantie vor (Art. 14 Abs. 1 GG). Um eine Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) handelt es sich allerdings nicht, denn dafür müsste der Staat die betreffenden Immobilien für eigene Zwecke nutzen wollen, was hier – anders als bei der Vergesellschaftung – nicht der Fall wäre.

Beide Eingriffe wiegen schwer. Sie machen in ihrem Anwendungsbereich für die betroffenen Unternehmen die Wahrnehmung ihres Geschäftsmodells unmöglich. Daher kann davon ausgegangen werden, dass das BVerfG eine besonders strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen und darauf abstellen würde, ob die Regelung dem Schutz eines „überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes“ dient und ohne die Regelung von einer ernsthaften Gefährdung für dieses Gut ausgegangen werden kann.⁶

Es dürfte kein ernstlicher Zweifel daran bestehen, dass die Ausgangslage in Städten wie Berlin, München, Hamburg oder Frankfurt die aufgezeigten Marktzugangsbeschränkungen rechtfertigen würde. Der Wohnungsmarkt ist dort nicht nur gefährdet, er ist bereits geschädigt, denn breite Teile der Bevölkerung haben bereits keinen Zugang mehr zu bezahlbarem Wohnraum. Und die Grundstückspreise sind derart gestiegen, dass es nicht mehr möglich ist, preislich angemessenen Wohnraum neu zu bauen. Der Wohnungsmarkt ist dort in eine extreme Schieflage geraten. Mehr Legitimation kann nicht verlangt werden, um den Eingriff in die Artikel 12 und 14 GG zu rechtfertigen.

2. Insbesondere: Verhältnismäßigkeit

Für beide Grundrechte ergibt auch die weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung ein klar positives Bild:

- An der Geeignetheit bestehen ohnehin keine Zweifel.

⁶ BVerfGE 126, 112, Rn. 96 (Privater Rettungsdienst); vgl. auch BVerfGE 7, 377, 407 f.; BVerfGE 102, 197, 214.

- Hinsichtlich der Erforderlichkeit wäre an mildere Mittel zu denken. Aber welche sollten dies sein? Das Mittel müsste ja nicht nur milder, sondern auch vergleichbar effektiv sein. Es geht nicht lediglich um die Miethöhe, sondern um die Bewältigung marktstruktureller Probleme, so dass auch an diesen angesetzt werden muss. Ein milderes, vergleichbar effektives Mittel ist daher nicht zu erkennen.
- Auch die Angemessenheit ist zu bejahen. Die Unternehmen hätten die Möglichkeit, ihre Immobilien zu Marktpreisen an Dritte zu veräußern. Die kapitalmarktbasieren Wohnungsunternehmen sind weder auf einen bestimmten lokalen Markt noch überhaupt auf den Wohnungsmarkt angewiesen, denn ihr Geschäftsprinzip beruht darauf, dass sie ihr Kapital in verschiedenster Weise und für die verschiedensten Zwecke anlegen können. Dass sie durch die Neuordnung finanzielle Nachteile hinnehmen würden, kann ihnen zugemutet werden. Das ist unternehmerisches Risiko.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass hier in die „Gewerbefreiheit“ eingegriffen wird. Verfassungsrechtlich stellt sich eine Beschränkung der Gewerbefreiheit als Beschränkung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) dar, nicht als davon gesondert zu betrachtende Beschränkung der Gewerbefreiheit.⁷ Freiheitsbeschränkungen werden hinsichtlich ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit an Verfassungsnormen geprüft, nicht an unter dem Verfassungsrang stehenden Einzelregelungen des sog. einfachen Rechts (hier: der Gewerbeordnung). Die Gewerbefreiheit ist weder ein über Art. 12 GG hinausgehendes noch (erst recht) ein absolutes, uneinschränkbares Recht.

Weder Art. 12 Abs. 1 GG noch Art. 14 GG gibt eine Garantie dafür, dass eine bisher günstige Rechtslage auf Dauer fortbesteht. Unternehmen müssen stets mit der Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen ihres Tuns rechnen. Namentlich die Eigentumsgarantie gebietet nach der Rechtsprechung des BVerfG „nicht, einmal ausgestaltete Rechtspositionen für alle Zukunft in ihrem Inhalt unangetastet zu lassen [...]. Selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechtspositionen kann unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein“.⁸

Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG sind grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Maßnahmen, die für sich genommen die Zumutbarkeitsgrenze überschreiten würden, hat der Gesetzgeber durch geeignete Vorkehrungen zu vermeiden, abzumildern oder zu kompensieren. Dabei kommt sachlichen Übergangs- und Ausgleichsregelungen gegenüber finanziellen grundsätzlich ein Vorrang zu. Sofern dem Vertrauensschutz durch eine auf mehrere Jahre angelegte Übergangsfrist mit Veräußerungsmöglichkeit ausreichend Rechnung tragen würde, bedürfte es keiner Entschädigung.

3. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG

Auch für Art. 3 Abs. 1 GG kann davon ausgegangen werden, dass eine verfassungskonforme Lösung möglich ist. Auch hier ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzulegen, bei der es darum geht, ob die jeweiligen Rechtfertigungsgründe für die Differenzierung „in

⁷ Für alle Pielow, in: BeckOK GewO, Gewerbeordnung, § 1 Rn. 70.

⁸ BVerfGE 83, 201, 212 (Bundesberggesetz) m.w.N. für die ständige Rechtsprechung.

angemessenem Verhältnis zu dem Grad der Ungleichbehandlung“ stehen. Im Ergebnis würde diese Prüfung hier auf das Gleiche hinauslaufen wie bei den Freiheitsgrundrechten.

Das aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Gebot der Folgerichtigkeit verpflichtet den Gesetzgeber, wenn er sich zu einer bestimmten rechtlichen Bewertung entschlossen hat, diese Entscheidung in den betreffenden Regelungen auch folgerichtig umzusetzen⁹ – womit insbesondere gemeint ist, sich bei Einzelregelungen nicht ohne besonderen Grund in Widerspruch zu den gesetzten Zielen zu begeben. Dem kann hier Genüge getan werden, wenn die Regelungen so gestaltet werden, dass die Ausschlussregelung konsequent an diejenigen Unternehmen adressiert sind, deren Geschäftsmodelle typischerweise im Zielkonflikt zu dem Anliegen stehen, eine angemessene Wohnraumversorgung für die gesamte Bevölkerung sicherzustellen.

Im Übrigen darf der Gesetzgeber bei seinen Regelungen auch typisieren, pauschalisieren und generalisieren, soweit er sich dabei an Regelsituationen orientiert und nicht atypische Fälle zur Regel erklärt.¹⁰

IV. Gesetzgebungskompetenz: Wer darf regeln – Bund oder Länder?

Die rechtsdogmatisch vielleicht spannendste Frage ist, wem die Gesetzgebungskompetenz für ein solches Regelungskonstrukt zustehen würden – und hierbei insbesondere, ob die Länder hierzu eigenständige gesetzliche Regeln aufstellen könnten. Denn dass der Bund in dieser Richtung tätig wird, kann politisch derzeit nicht erwartet werden.

1. Grundlagen

Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Soweit dem Bund für ein Rechtsgebiet eine „konkurrierende“ Gesetzgebungsbefugnis für eine der im Katalog des Art. 74 Abs. 1 GG bezeichneten Materien zukommt, steht den Ländern die Gesetzgebung zu, solange und soweit der Bund von ihr nicht Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

Aus dem Blickwinkel der hiesigen Betrachtung muss sich die Fragestellung folglich darauf richten, ob es Regelungen des Bundesrechts gibt, die *erstens* auf einen der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 GG gestützt sind und *zweitens* ihrem rechtlichen Gehalt nach dergestalt als erschöpfend angesehen werden können, dass sie keinen Raum für eigenständiges oder ergänzendes Landesrecht lassen.¹¹

Im Falle des Berliner Mietendeckels ergab sich die dem Landesrecht entgegenstehende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, der dem Bund die Kompetenz für das „bürgerliche Recht“ zuweist. In Betracht kommen außerdem noch Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG mit seinen Titeln „städtebaulicher Grundstücksverkehr“ und „Bodenrecht“ sowie als allgemeinere und daher ggf. nur subsidiär relevante Bestimmung Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für das „Recht der Wirtschaft“. Nach früherem Recht (bis zur Föderalismusreform 2006) stand

⁹ BVerfGE 121, 317, Rn. 135 (Rauchverbot).

¹⁰ BVerfGE 122, 210, Rn. 60 (Entfernungspauschale).

¹¹ Deziert und vertiefend BVerfGE 157, 223 (Berliner Mietendeckel), Rn. 89 ff., 148 ff.

dem Bund außerdem in Nr. 18 noch der Titel „das Wohnungswesen“ zu. Doch diesen Kompetenztitel gibt es nicht mehr. Er wurde bis auf in Nr. 18 verbliebene Einzeltitel dem Bund zugunsten der Länder entzogen.

2. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft)

Die Ordnung von Märkten kann grundsätzlich (gut passend) Gegenstand des „Rechts der Wirtschaft“ sein. Doch der Bund hat für den Wohnungsmarkt keine gesetzlichen Regelungen zu einer Marktordnung geschaffen. Sollte der Kompetenztitel einschlägig sein, so hat der Bund hiervon jedenfalls nicht erschöpfend Gebrauch gemacht. Namentlich die Gewerbeordnung löst insoweit keine Sperrwirkung aus. Sie regelt den Berufszugang, nicht den Zugang zu Märkten.¹² Ungeklärt ist allerdings, ob der Bund hinsichtlich des Wohnungswesens überhaupt von Nr. 11 Gebrauch machen darf, denn der aus Nr. 18 gestrichene Titel „Wohnungswesen“ war die speziellere Regelung und sollte (bis auf die verbliebenen Reste) nach der Föderalismusreform den Ländern zufallen.¹³

In der Konsequenz ist davon auszugehen, dass die Materie „Wohnungsmarkt“ derzeit den Ländern zufällt – entweder *neben* dem Bund in Wahrnehmung der von ihm nicht ausgeschöpften Kompetenz zum „Recht der Wirtschaft“ oder *allein* in originärer Landeskompetenz auf Grundlage der den Ländern zugefallenen Kompetenz für das „Wohnungswesen“. Etwas anderes würde nur gelten, wenn eine Sperrwirkung für die Länder auf Grund eines auf einem anderen Kompetenztitel beruhenden Bundesgesetzes bestehen sollte.

3. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Bürgerliches Recht)

Das BVerfG ordnet die Regelungen des „Berliner Mietendeckels“ dem „bürgerlichen Recht“ zu. Denn bei dem Mietendeckel gehe es um die Miethöhe, die im BGB abschließend bundesrechtlich geregelt sei.¹⁴ Würde es hier um die Miethöhe oder um Mietvertragsregelungen gehen, so wäre danach auch hier das „bürgerliche Recht“ einschlägig. Doch beides ist nicht der Fall. Gegenstand ist nicht die Miete, sondern der Wohnungsmarkt.

Es sollen die marktlichen Rahmenbedingungen im Wohnungswesen geändert werden, und dies nicht nur mit Blick auf die Miethöhen, sondern auch mit Blick auf die Eindämmung anderer sozialer Verdrängungsmechanismen – und nicht zuletzt auf die Beeinflussung der Grundstückspreise. Wohnungsmarktregelungen sind der Sache nach weder Mietrecht noch überhaupt bürgerliches Recht. Das lässt auch das BVerfG in seiner Mietendeckelentscheidung erkennen, indem es klarstellt, dass Maßnahmen, die auf „mehr oder weniger weitreichende Wohnraumbewirtschaftung“ gerichtet sind, nicht zum bürgerlichen Recht gehören.¹⁵

¹² Vgl. Pielow, in: BeckOK GewO, § 1 Rn. 1 ff.; Tettinger/Ennuschat, in: Ennuschat/Wank/Winkler, Gewerbeordnung, Einl. Rn. 16 f. sowie § 1 Rn. 84 ff.; Eisenmenger, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, § 1 Rn. 51 f.

¹³ Dies stellt auch BVerfGE 157, 223 (Berliner Mietendeckel) nicht in Frage, siehe Rn. 182 ff.

¹⁴ BVerfGE 157, 223 (Berliner Mietendeckel), Ls. 1.

¹⁵ BVerfGE 157, 223 (Berliner Mietendeckel), Rn. 115.

4. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG (Bodenrecht, städtebaulicher Grundstücksverkehr)

Bodenrecht umfasst die öffentlich-rechtlichen Normen, welche „die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln“.¹⁶ Es umschließt damit insb. das Bauplanungsrecht (Städtebaurecht). Dort ist aus der Perspektive der städtebaulichen Entwicklung geregelt, auf welche Weise der Boden genutzt werden darf. Das BauGB des Bundes gilt insofern als abschließend. Hier geht es jedoch um eine Marktordnung, weder dem Gegenstand nach um die Zulässigkeit der Bodennutzung noch intentional um die städtebauliche Entwicklung.

Auch der „städtebauliche Grundstücksverkehr“ ist hier nicht einschlägig. Die Marktzugangsregelungen beziehen sich auf die Möglichkeit der Teilnahme am Wohnungsmarkt, nicht auf den Erwerb bzw. die Veräußerung von Grundstücken. Allerdings gilt das für die ergänzende Bestimmung der Veräußerungspflicht nicht. Das stellt die landesrechtliche Kompetenz aber ebenfalls nicht in Frage. Denn das BVerfG betrachtet Einzelregelungen kompetenzrechtlich nicht isoliert, sondern in ihrem jeweiligen Regelungskontext.¹⁷ Der Hauptregelung beruht auf Art. 74 I Nr. 11 GG oder originärem Landesrecht. Das dürfte demnach auch für die Veräußerungspflicht gelten. Zudem erstreckt sich die Bundeskompetenz (ohnehin) nur auf den „städtebaulichen“ Grundstücksverkehr, während es hier nicht um den Städtebau geht.

5. Sperrwirkung für Landesrecht auf Grund absichtsvollen Regelungsverzichts des Bundes?

Eine kompetenzrechtliche Sperrwirkung kann nach der Rechtsprechung auch eintreten, sofern von einem „absichtsvollen Regelungsverzicht“ des Bundes auszugehen ist. Davon kann ausgegangen werden, wenn sich der Bundesgesetzgeber mit in Betracht kommenden ergänzenden oder weitergehenden Regelungen auseinandergesetzt hat, diese aber in der Norm bewusst unberücksichtigt gelassen hat.¹⁸ Dafür ist hier – anders als es das BVerfG für ergänzende landesrechtliche Mietregelungen aus der Gesetzgebungsentwicklung ableitet – nichts ersichtlich.

6. Steht dem Bund (ebenfalls, ggf. abschließend) die Gesetzgebungsbefugnis zu?

Diese Frage lässt sich auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG nicht eindeutig beantworten. Geht man von der Einschlägigkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG aus, so ist das grundsätzlich zu bejahen. Nimmt man – wofür viel spricht – jedoch an, dass die Regelungen dem Kompetenzbereich „Wohnungswesen“ zuzuordnen sind, so ist dem Bund ein eigenes gesetzliches Handeln nicht möglich.

Zu beachten ist, dass der Bund, wenn Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG anzuwenden sein sollte, hierbei an die Einschränkung des Art. 72 Abs. 2 GG gebunden wäre: Eine bundesgesetzliche Regelung müsste konkret „zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich“ sein. Falls der Bund eine weitreichende Marktsteuerung

¹⁶ BVerfGE 3, 407, 423 f. (Baurechtsgutachten).

¹⁷ BVerfGE 97, 228, 251 f. (Kurzberichterstattung). Dem folgend BVerfGE 98, 145, 158 (Inkompatibilität/Vorstandstätigkeit); BVerfGE 98, 265, 299 (Bayerisches Schwangerenilfeergänzungsgesetz).

¹⁸ BVerfGE 157, 223 (Berliner Mietendeckel), Rn. 94.

vorsehen sollte, könnte diese Hürde möglicherweise überwunden werden. Umgekehrt dürfte das aber nicht gelten: Eine Regelung, die allein dafür geschaffen würde, das Nichtvorhandensein einer Wohnungsmarktsteuerung festzuschreiben, dürfte sich nicht als im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich darstellen, denn es ist nicht ersichtlich, warum es unter dem Gesichtspunkt der Rechts- oder der Wirtschaftsreinheit dem gesamtstaatlichen Interesse widersprechen sollte, wenn die Länder auf bestimmte lokale/regionale Problemsituationen zugeschnittene eigenständige Regelungen treffen.

V. EU-Recht: Lässt das EU-Recht solche Beschränkungen zu?

Der EuGH ordnet Eingriffe in die Grundstücks- und Wohnungsmärkte im Schwerpunkt als Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV) ein. Wie bei den anderen EU-Grundfreiheiten geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung auch für die Kapitalverkehrsfreiheit davon aus, dass Beeinträchtigungen aus „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ zulässig sind, sofern diese geeignet sind und nicht weiter gehen, als es zur Erreichung des verfolgten Zieles erforderlich ist.¹⁹

Auch hier stehen hinter den Regelungen anzuerkennende zwingende Gründe des Allgemeininteresses. Das lässt sich aus mehreren EuGH-Entscheidungen ableiten, in denen es um ähnliche Regelungsintentionen ging. Anerkannt hat der EuGH u.a. folgende Motivationen: die Bekämpfung des Drucks auf den Grundstücksmarkt, den Schutz traditioneller Bewirtschaftungsformen in der Landwirtschaft, den Erhalt einer „beständigen Bevölkerung in ländlichen Gebieten“ (Vorstehendes in der Entscheidung *Festersen*)²⁰, ferner wohnungspolitische Motivationen wie die Behebung eines strukturellen Wohnraummangels (so im Fall *Servatius*)²¹ sowie die Befriedigung des Immobilienbedarfs wenig begüterter Bevölkerungsschichten (so im Fall *Libert*).²²

Auf der zweiten und dritten Stufe der Prüfung fragt der EuGH danach, ob die jeweils ergriffenen Maßnahmen geeignet sind, die verfolgten (legitimen) Interessen zu erreichen, und ob die Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit nicht weitergeht, als es hierfür erforderlich ist. Für beide Kriterien nimmt der EuGH eine strenge Sichtweise ein, wie sich an den erwähnten Entscheidungen zeigt. Kritisch beurteilt der EuGH interessanterweise insbesondere Maßnahmen, mit denen die jeweiligen Intentionen nicht konsequent genug oder nicht auf folgerichtige Weise verfolgt wurden.

So bemängelte er im Fall *Festersen* u.a., dass an Stelle der streitgegenständlichen Wohnspflicht auf landwirtschaftlichen Grundstücken von bis zu 30 ha Größe, die mit dem Schutz ländlicher Bevölkerungsstrukturen begründet wurde, nicht erwogen wurde, auch größere Grundstücke einzubeziehen oder die Steuern für den Wiederverkauf zu erhöhen. Im Fall *Servatius* ging es um die Einführung einer Genehmigungspflicht für Investitionen in Wohnimmobilien, mit der sichergestellt werden sollte, dass ein Teil des Wohnraums der Befriedigung des

¹⁹ EuGH, Rs. C-171/08 (Portugal Telekom - Golden Shares), Rn. 69. Ähnlich EuGH, Rs. C-112/05 (VW-Gesetz), Rn. 72 m.w.N. für vorangehende Entscheidungen.

²⁰ EuGH, Rs. C-370/05 (Festersen), siehe auch EuZW 2007, 215.

²¹ EuGH, Rs. C-197/11, C-203/11 (Libert), siehe auch EuZW 2013, 507.

²² EuGH, Rs. C-567/07 (Servatius), siehe auch EuZW 2009, 829

Wohnraumbedarfs finanziell schlecht gestellter Bevölkerungsgruppen dient. Hier störte sich der EuGH daran, dass die Genehmigung im Ermessen der zuständigen Behörde stehe und das Ermessen nicht durch klare Vorgaben im Sinne der Zielsetzung gesteuert werde. Im Fall *Libert* hielt er eine Beschränkung von Grundstücksverkäufen auf Einheimische, die mit dem Schutz einkommensschwacher Ortsansässiger begründet wurde, nicht für zielgerecht geeignet, weil Einheimische ungeachtet ihrer Einkommensverhältnisse bevorzugt würden.

Aus der Rechtsprechung des EuGH lässt sich zweierlei folgern: Erstens können auch die hier verfolgten Steuerungsintentionen, bei denen es um den Erhalt der sozialen Balance in der Bevölkerungsstruktur und die Verminderung des Drucks auf den Mietwohnungs- und den Grundstücksmarkt geht, als den Eingriff in die Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigende „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ eingeordnet werden. Zweitens kommt es hinsichtlich der Geeignetheit und der Erforderlichkeit darauf an, ob/dass die Marktzugangsbeschränkung zielgerecht und konsequent auf diejenigen Unternehmen gerichtet wird, von denen durch ihre Geschäftsmodelle bedingt besonderer Druck auf die Mietpreise, die Grundstückspreise und in der Folge auf die Zusammensetzung der Bevölkerung ausgeht. Das sind einerseits die finanzmarktgetriebenen Unternehmen und andererseits Unternehmen, deren Geschäftsmodelle undurchsichtig und unseriös sind. Wenn es gelingt, die Regelungen im Sinne der verfolgten Ziele folgerichtig auszugestalten, sie also insbesondere nicht durch zielfremde Rücksichtnahmen abgeschwächt werden, dürften sich auch aus dem EU-Recht keine Hindernisse für das Konzept der Marktzugangsbeschränkung ergeben.

VI. Fazit

Marktzugangsregelungen für Wohnungsunternehmen begegnen weder verfassungsrechtlich noch EU-rechtlich ernstlichen Bedenken, sofern sie entsprechend ihren Zielsetzungen folgerichtig ausgestaltet werden. Den von Ausschlussregelungen betroffenen Unternehmen können die Grundrechtseingriffe zugemutet werden. Die Gesetzgebungskompetenz liegt, da der Bund insofern kein abschließendes Recht geschaffen hat, bei den Ländern.