

Rechtsanwalt Holger Gautzsch, Dortmund, den 09.04.2011

Kosten der Unterkunft gemäß SGB II und SGB XII

## I. Einleitung<sup>1</sup>

Ende März 2011 ist das neue SGB II – und das neue SGB XII - mit umfassenden Änderungen im Bundesgesetzblatt verkündet worden<sup>2</sup>. Die Änderungen sind in vielen Bereichen sehr umfassend, betreffen auch die bisherigen Kosten der Unterkunft. Die zur Regelung der Kosten der Unterkunft dienenden Normen sind erweitert worden, im SGB II finden sich entsprechende Ansprüche nun in den §§ 22, 22a, 22b und 22c, im SGB XII statt in § 29 nunmehr in den §§ 35; 35a und 36 SGB XII.

Faktisch wie rechtlich spielt das Mietrecht, das die Realität der meisten Hilfebedürftigen gestaltet, eine erhebliche Rolle. Der Sache nach geht es um das Verhältnis des Mieters zum Transferleistungsträger. Wirtschaftlich kommen letztendlich die Leistungen der Vermieterseite zugute, solange sie der Absicherung des Mietverhältnisses zu Gunsten des Mieters dienen. Mit anderen Worten handelt es sich eine Subjektförderung von Wohnen auf Grundsicherungsniveau.

Der einfachgesetzlich garantierte Grundsicherungsanspruch zum Wohnen<sup>3</sup> gliedert sich in folgende Bestandteile:

- Miete bei Mietwohnungen oder anderen angemieteten Unterkünften
- Betriebskosten, Vorauszahlungen und Abrechnungssalden
- Kosten der Reparatur der Wohnung, soweit mietvertraglich wirksam übertragen
- Kosten der Schönheitsreparaturen
- Kosten für einen erforderlichen Umzug
- Kosten für eine Kautions- oder einen Genossenschaftsanteil
- Kosten der Beheizung und der Warmwasserbereitung

Daneben finden sich in diesem Kontext noch Ansprüche auf eine Erstausrüstung der Wohnung<sup>4</sup> und ein Anspruch auf ergänzende Leistungen für Miete bei nicht ausreichender Ausbildungsförderung<sup>5</sup>.

Im folgenden konzentriere ich mich auf die Frage der Angemessenheit von Miete, Betriebs- und Heizkosten.

## II. Grundsätzliches zum grundsicherungsrechtlichen Anspruch auf Kosten der Unterkunft

In Anbetracht der Neuregelung aber auch der Überlagerung durch die bisherige politische

---

<sup>1</sup> Soweit im folgenden Urteile des BSG und des BGH zitiert werden, sind diese, soweit nicht anders angegeben unter [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de) oder [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de) im Volltext einsehbar

<sup>2</sup> Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des SGB II und des SGB XII BGBl. I 2011 S. 453

<sup>3</sup> §§ 22; 22a-c SGB II und 35; 35a; 36 SGB XII ohne Ansprüche des grundsicherungsberechtigten Eigentümers

<sup>4</sup> §§ 24 III Nr.1 SGB II; 31 I Nr.1 SGB XII

<sup>5</sup> § 27 III SGB II

<sup>6</sup> Ansprüche des grundsicherungsbedürftigen Eigentümers bleiben hier, da diese keine Relevanz für ein Mietverhältnis haben, außer Betracht

Diskussion erscheint es sinnvoll vorab mit Blick auf die Realität, aber auch auf die dogmatischen und verfassungsrechtlichen Vorgaben zu klären, worum es bei den Kosten der Unterkunft geht.

### 1. Statistische Realitäten der betroffenen Haushalte

Menschen die bedürftig, d.h. leistungsberechtigt im Sinne der Grundsicherung sind, erhalten im Rahmen des Anspruchs auf Existenzsicherung auch Leistungen für Bedarfe der Unterkunft. Hiervon betroffen sind derzeit in Deutschland rd. 3,6 Millionen Haushalte<sup>7</sup>. Derzeit sind somit zwischen 9 und 10 %<sup>8</sup> aller rd. 39 Millionen Haushalte in Deutschland im Grundsicherungsbezug, erhalten somit - zumindest ergänzend - Kosten der Unterkunft<sup>9</sup>. Rd. 91% der Betroffenen beziehen Leistungen nach SGB II. Rd. 88 % der Haushalte im Grundsicherungsbezug wohnen zur Miete<sup>10</sup>.

Statistisch existieren derzeit in Deutschland insgesamt 39.791.000 Wohneinheiten, genutzt von 37.192.000 Haushalten. Die Haushaltsgrößen verteilen sich unterschiedlich stark. Rd. 40% aller Haushalte sind Einpersonenhaushalte, rd. 34 % Zweipersonenhaushalte, rd. 12,7% Dreipersonenhaushalte. Statistisch wird von einem Trend des Anstiegs von Single-Haushalten ausgegangen. In der Gruppe der Haushalte im Grundsicherungsbezug sind die Anteile der Ein- und Zweipersonenhaushalte tendenziell eher höher.

Interessant an dieser Stelle ist jedoch die Konkurrenzsituation von Grundsicherungsempfängern im Hinblick auf angemessen große Wohnungen. Dafür kann zunächst von identischen Haushaltsgrößenanteilen ausgegangen werden. Nach dem letzten Erhebungsstand werden in Deutschland rd. 8.072.000 Wohnungen mit einer Größe bis zu 60 qm bewohnt. Hiervon sind rd. 1,687 Millionen Wohnungen mit einer Wohnfläche unter 40 m<sup>2</sup>. Demgegenüber stehen rd. 14,8 Millionen Einpersonenhaushalte<sup>11</sup>, davon zumindest 1,5 Millionen im Grundsicherungsbezug.

### 2. Unterschiede der Bedarfe Regelleistung und Kosten der Unterkunft

Bei den Kosten der Unterkunft geht es im konkreten Fall immer um eine einzelne Wohnung. Letztendlich handelt es sich um die Kosten von Stückgut. Dieses Kosten sind nur auf einer mittelfristigen Zeitschiene verhandel- oder änderbar. Dementsprechend ist die objektive Möglichkeit zu wirtschaften gering. Wenn das Budget knapp ist, kann nicht für den Rest des Monats sparsamer gewohnt werden. Es besteht auch, anders als z.B. bei Lebensmitteln, keine vergleichbare Preisauswahl für ein qualitativ vergleichbares und überall verfügbares Angebot. Eine modernisierte Wohnung in ansonsten eher einfacher Ausstattung anzumieten, ist eher Glücksache, von dem geschickten Marktverhalten eines kostenbewussten Verbrauchers weitgehend unabhängig.

Diesen Realitäten wird auch auf der Ebene der Dogmatik des einfachen Sozialrechts versucht Rechnung zu tragen. Neben der als Pauschale ausgestalteten Regelleistung, nebst Mehr- und Sonderbedarfen, ist der Anspruch auf Kosten der Unterkunft ausgestaltet als bedarfsdeckender Anspruch. Umgekehrt bedeutet dieses, dass die gesetzliche Regelung so ausgeformt, oder durch die Rechtsprechung so interpretiert werden muss, dass unvermeidbare Kosten nicht ungedeckt bestehen bleiben. Noch konkreter dürfen weder Schulden beim Vermieter entstehen, noch der Mieter genötigt sein, Bedarfsreste anderweitig, im Zweifel aus der hierzu nicht vorgesehenen Regelleistung, zu decken.

### 3. Verfassungsrechtliche Vorgaben

<sup>7</sup> Bundesagentur für Arbeit; Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland März 2011 S.24

<sup>8</sup> Alle hier verwandten Zahlen sind zu unterschiedlichen Zeitpunkten erfasst, können aber die betroffenen Dimensionen wiedergeben.

<sup>9</sup> Statistisches Bundesamt; Sozialhilfestatistik 2008, Wiesbaden 2010

<sup>10</sup> Bundesagentur für Arbeit; Grundsicherung für Arbeitssuchende: Wohnsituation und Wohnkosten, 10/2006, die Mieterquote bezogen auf alle Haushalte beträgt rd. 58 %

<sup>11</sup> Statistisches Bundesamt, Bautätigkeit und Wohnen, Wiesbaden 2008

Die Kosten der Unterkunft sind wesentlicher Bestandteil des Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Die Existenz eines solchen verfassungsrechtlichen Anspruchs ist durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 09.02.2010<sup>12</sup> bekräftigt und inhaltlich konkretisiert worden. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts beziehen sich dabei auf den gesamten Anspruch, keinesfalls nur auf die Regelleistung.

Für den gesamten existenzsichernden Anspruch – damit auch die Bedarfe der Unterkunft – hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass der einheitliche verfassungsrechtliche Anspruch auf Existenzsicherung sowohl Bedarfe der physischen Existenz des Menschen, hierunter fällt auch die Unterkunft, wie auch Bedarfe der Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, umfasst. Verfassungskonform umgesetzt ist dieser Anspruch nur dann, wenn der existenznotwendige Bedarf restlos erfüllt ist, eine Verletzung von Verfassungsrecht liegt bereits vor, wenn der existenznotwendige Bedarf nicht vollständig, realitätsgerecht, transparent und nachprüfbar ermittelt wurde<sup>13</sup>.

### III. Stand der Rechtsprechung zur Frage der Angemessenheit der Kosten der Unterkunft

Zum Zeitpunkt der erstmaligen Beantragung<sup>14</sup> von Leistungen nach SGB II oder SGB XII oder dann, wenn eine als angemessenen anerkannte Miete sich unvermeidbar ändert, steht dem Hilfebedürftigen ein Anspruch auf vollständige, seit dem 01.01.2011 tatsächlich uneingeschränkt, d.h. ohne den bisherigen in vielen Fällen berechneten Warmwasserabzug, restlose Übernahme der Unterkunftskosten zu.

Ein Mitwirkungsanspruch in der Form, diese Kosten durch eigene Bemühungen, zur Not durch Umzug, zu senken, setzt voraus, dass der kommunale Träger in einem transparenten, sachgerechten und überprüfbarem Verfahren eine Angemessenheitsgrenze ermittelt, diese dem Betroffenen unmissverständlich mitteilt und diesem innerhalb eines angemessenen Zeitraums eine Kostensenkung objektiv möglich und subjektiv zumutbar ist.<sup>15</sup>

Folge einer unangemessenen hohen Kostenbelastung für Bedarfe der Unterkunft kann daher sein, dass der Anspruch auf das angemessene Maß gekürzt werden kann.

#### 1. Bezugspunkt der Angemessenheit

Bezugspunkt der Angemessenheit sind bereits dem Wortlaut des § 22 I S.1 SGB II nach die Kosten einer Unterkunft, nicht die Unterkunft selbst. Beides ist zwar weitgehend, wenn aber auch nicht ausschließlich und zwingend miteinander verknüpft.

Weder Verfassungsrecht noch einfaches Recht enthalten eine Rechtsgrundlage dafür, zu bestimmen, wie arme Menschen zu leben haben. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf Existenzsicherung orientiert sich nicht an Gewohnheiten der unteren Einkommensgruppen oder gar Vorstellungen der oberen Einkommensgruppen über Lebensweisen, sondern an objektiven Bedürfnissen. § 22 SGB II stellt in der alten wie der neuen Fassung auf die Kostenseite ab. Zum einen wird der Anspruch eines Hilfebedürftigen hierdurch begrenzt, andererseits die Allgemeinheit vor einer nicht erforderlichen Kostenbelastung geschützt.

Der Gegenstand der Angemessenheitsbewertung richtet sich nach dem Wortlaut des § 22 SGB I, demnach ist entweder eine getrennte Angemessenheitsbewertung von Nettomiete, Betriebskosten oder Heizkosten denkbar, oder aber eine Gesamtbetrachtung einer Bruttokaltmiete einerseits, daneben getrennt zu bewertender Heizkosten<sup>16</sup>.

<sup>12</sup>BVerfG Urteil vom 9. Februar 2010 - 1 BvL 1/09 - - 1 BvL 3/09 - - 1 BvL 4/09

<sup>13</sup>BVerfG Urteil vom 9. Februar 2010 - 1 BvL 1/09 - - 1 BvL 3/09 - - 1 BvL 4/09 Ziff. 137

<sup>14</sup>Auch bei erneutem Antrag nachdem der Grundsicherungsanspruch (rückwirkend betrachtet nur vorübergehend) entfallen war, vgl. BSG v. 30.08.2010 - B 4 AS 10/10 R – Ziff. 19

<sup>15</sup>So zuletzt zusammenfassend BSG v. 17.12.2009 - B 4 AS 19/09 R- Ziff. 13 ff

<sup>16</sup>BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 50/10 R – Ziff. 26; BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 50/10 R - Ziff. 18, gegen eine Bruttowarmmietgrenze BSG v. 02.07.2009 - B 14 AS 33/08 R- Ziff. 29

Die Rechtsprechung bedient sich zur Umsetzung dieses Rechtsgedankens und als Einstieg in die Ermittlung von Angemessenheitswerten der sog. Produkttheorie. Der Name hat eher eine historische Bedeutung. Bis Anfang 2005 vertrat der für Sozialhilfesachen zuständige 5. Senat des Bundesverwaltungsgerichts<sup>17</sup> die Auffassung, dass fast jedes Detail einer Unterkunft für sich betrachtet angemessen sein müsste, neben dem Preis auch die Größe, sowie der Ausstattung, die Lage, usw.. Durch die Produkttheorie wird die Angemessenheitsprüfung auf zwei Kriterien begrenzt, ein angemessener Mietwert ergibt sich aus dem Produkt der Multiplikation einer angemessen großen Fläche mit einem angemessen teuren Mietwert. Die Angemessenheit beider Faktoren spielt keine Rolle, soweit die realen Kosten das rechnerisch ermittelte Produkt nicht überschreiten<sup>18</sup>.

## 2. Qualität der Wohnung

In der Rechtsprechung wird der Standard der für die weiteren Ermittlungen wichtigen Referenzwohnung als einfach ausgestattete Wohnung definiert. Im Regelwerk eines Mietspiegels ist vom unteren, aber nicht untersten Bereich des Mietspiegels die Rede. Es geht im mindesten um eine abgeschlossene Wohnung, mit innenliegendem Bad, Heizung oberhalb des Niveaus eines Einzelofens und mit Thermopane Fenstern versehen<sup>19</sup>. Davon abgesehen soll die Wohnung hinsichtlich ihrer Ausstattung, Lage und Bausubstanz einfachen und grundlegenden Bedürfnissen genügen<sup>20</sup>. In dem seit dem 01.04.2011 geltenden § 22a III S.1 SGB II ist von Wohnungen einfachen Standards die Rede.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts muss es um einfach ausgestattete Wohnungen jeglichen Baualters gehen, d.h. es ist keine Beschränkung auf eine Errichtungsphase zulässig<sup>21</sup>. Damit entfällt der Modernisierungszustand als Ausschlusskriterium. Konkret heißt dieses, dass auch eine im Übrigen schlicht ausgestattete Wohnung mit dem Modernisierungsstandard der Wärmeschutz- und Energieeinsparverordnung in die Definition der Referenzwohnung passt.

## 3. Ermittlung der angemessenen Kostengrenze

### 3.1 Die angemessene Wohnfläche

Erheblicher Streit bestand und wird wohl weiterhin bestehen im Hinblick auf die korrekte Bestimmung einer angemessenen Wohnfläche. Das Bundessozialgericht vertrat hierzu bislang einerseits, dass diese Vorgabe durch den Gesetzgeber zu regeln sei, nicht der Sozialgerichtsbarkeit überlassen werden dürfe. Der Gesetzgeber habe dieses an das Bundesministerium für Wirtschaft als Verordnungsgeberin delegiert.<sup>22</sup> Gemeint war die bisher in § 27 SGB II (a.F.) enthaltene Verordnungsermächtigung. Nur als Übergangslösung hat sich das Bundessozialgericht dann dahingehend festgelegt, dass zur Bestimmung der Wohnflächengrenzen die Verwaltungsbestimmungen der Länder zum Wohnungsförderungsrecht herangezogen werden müssen. Tauglich dazu waren dann jeweils die Vorschriften, die tatsächlich Flächenwerte nach Haushaltgröße nannten. Nicht verwertbar waren Bestimmungen, die nach Raumzahl differenzierten<sup>23</sup>. Der Sache nach geht es um die Formel von 50 oder z.T. 45 qm für die erste, weitere 15 qm für jede weitere Person des Haushalts.

Andererseits hatte das Bundessozialgericht zur bisherigen Rechtslage aber auch unmissverständlich klargestellt, dass es zur Auslegung von Bundesrecht einer bundeseinheitlichen

<sup>17</sup> Aufgegeben unter nunmehr konsequenter Anwendung der Produkttheorie in BVerwG v. 08.04.2005 -5 C 15.04-

<sup>18</sup> BSG v. 18.06.2008 B 14 11 b AS 61/06 Ziff. 18

<sup>19</sup> Vgl. Rips/Gautzsch Unterkunfts-kosten und Heizkosten, Berlin 2009, S.28 m.Nw.

<sup>20</sup> BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 50/10 R – Ziff. 25

<sup>21</sup> BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 50/10 R Ziff. 28; BSG v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R Ziff. 21

<sup>22</sup> Vgl. statt aller BSG v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R- Ziff. 18

<sup>23</sup> BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 2/10 R – Ziff. 22

Regelung bedarf, die von Bundesland zu Bundesland im Detail bestehenden Differenzen wären nur Übergangsweise – bis zur Erlass der Bundesverordnung – hinzunehmen. Zum Erlass der Verordnung ist es nie gekommen, durch die gesetzliche Neuregelung ist die Ermächtigungsnorm entfallen.

### 3.2 Angemessener Quadratmeterpreis

Das Bundessozialgericht betont, dass es sich bei dem Tatbestandsmerkmal der Angemessenheit um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, welcher seitens der Sozialverwaltung sorgfältig und nachprüfbar auszufüllen ist. Die konkrete Bestimmung der Angemessenheit ist – ohne dass ein der Nachprüfung entzogener Beurteilungsspielraum verbleibt – vollständig gerichtlich überprüfbar<sup>24</sup>. Das Bundessozialgericht legt hierbei Wert darauf, dass im Rahmen der erforderlichen gerichtlichen Überprüfung keine Verlagerung der der Sozialverwaltung obliegenden Amtsermittlung auf die Sozialgerichtsbarkeit erfolgt, diese ggf. verpflichtet bleibt, im laufenden Gerichtsverfahren entsprechende Daten nachzuliefern<sup>25</sup>.

Räumliche Bezugsgröße ist das kommunalverfassungsrechtliche Gebiet des Wohnortes des Hilfebedürftigen<sup>26</sup>.

Die Bestimmung der Angemessenheit bedeutet zunächst die Bestimmung einer abstrakten Angemessenheitsgrenze. Abstrakt in diesem Sinne bedeutet, ohne auf die individuellen Umstände des Betroffenen Rücksicht zu nehmen.

In Anbetracht der immer gegebenen Komplexität des zu verwertenden Sachverhaltes und dem Erfordernis der lückenlos möglichen gerichtlichen Überprüfung bedeutet dieses, dass seitens der Sozialverwaltung ein sogenanntes schlüssiges Konzept vorgelegt werden muss. Ein Konzept liegt lt. BSG zunächst dann vor, wenn „... *ein planmäßiges Vorgehen des Grundsicherungsträgers im Sinne der systematischen Ermittlung und Bewertung genereller, wenngleich orts- und zeitbedingter Tatsachen für sämtliche Anwendungsfälle im maßgeblichen Vergleichsraum und nicht nur ein punktuelles Vorgehen von Fall zu Fall. ...*“ gegeben ist<sup>27</sup>.

Weiter heißt es:

„...Schlüssig ist das Konzept, wenn es mindestens die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

- Die Datenerhebung darf ausschließlich in dem genau eingegrenzten und muss über den gesamten Vergleichsraum erfolgen (keine Ghettobildung),
- es bedarf einer nachvollziehbaren Definition des Gegenstandes der Beobachtung, zB welche Art von Wohnungen
  - Differenzierung nach Standard der Wohnungen, Brutto- und Nettomiete (Vergleichbarkeit),
  - Differenzierung nach Wohnungsgröße,
- Angaben über den Beobachtungszeitraum,
- Festlegung der Art und Weise der Datenerhebung (Erkenntnisquellen, z.B. Mietspiegel),
- Repräsentativität des Umfangs der eingezogenen Daten,
- Validität der Datenerhebung,
- Einhaltung anerkannter mathematisch-statistischer Grundsätze der Datenauswertung und

<sup>24</sup> BSG v. 17.12.2009 - B 4 AS 27/09 R - Ziff. 24

<sup>25</sup> BSG v. 17.12.2009 - B 4 AS 27/09 R - Ziff. 23

<sup>26</sup> Z.B. auch das gesamte Stadtgebiet Berlin, BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 50/10 R- Ziff. 24

<sup>27</sup> Hierzu BSG v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R – Ziff. 19; BSG v.1 9.10.2010 - B 14 AS 15/09 R- Ziff. 19

- Angaben über die gezogenen Schlüsse (z.B. Spannoberwert oder Kappungsgrenze).<sup>28</sup>

Nach Auffassung des Bundessozialgerichts kann ein diesen Kriterien genügendes Konzept im Detail erheblich variieren. Bei eigenen Erhebungen kann je nach Wohnungsmarkt eine Abfrage lokaler Wohnungsgesellschaften genügen, wenn deren Wohnungsbestand in der Kommune nicht räumlich konzentriert und ausreichend dominant und somit repräsentativ ist.<sup>29</sup>

Denkbar wäre eine Datenerhebung des Gesamtmietwohnungsbestandes, wie auch eine Erhebung der Mieten des Wohnungsbestandes mit einfachem Standard. Dann muss dieses Kriterium nachprüfbar definiert werden. Als Referenzwert kommt im letzteren Fall nur der Oberwert der ermittelten Spanne in Betracht.<sup>30</sup> Bei der Datenerhebung dürfen auch Bestandsmieten berücksichtigt werden. Ebenfalls zu berücksichtigen sind Mieten des preisgebundenen sozialen Wohnungsbaus.<sup>31</sup> Ausgeschlossen sind Mieten von Herbergen, Ferienunterkünften, u.Ä..<sup>32</sup>

Die Mietstruktur der erhobenen Mieten muss vergleichbar sein, ermittelte Mieten müssen auf die zu erzielende Netto- oder Bruttostruktur bereinigt oder hochgerechnet werden, ggf. um Zuschläge bereinigt werden.<sup>33</sup>

Soweit die Sozialverwaltung nicht auf bereits bestehende Konzepte zurückgreifen kann, welche im übrigen den o.g. Kriterien entsprechen müssen, sondern ein eigenes Konzept erstellt, soll ein Umfang einer Datenerhebung im Umfang einer Stichprobe genügen. Das Bundessozialgericht verweist hierzu auf die für Mietspiegel geltenden Kriterien.<sup>34</sup> Zuvor hatte das Bundessozialgericht bereits angeführt, dass eine Stichprobe zumindest Daten in der Größenordnung von 10 % des Wohnungsmarktes umfassen müsse<sup>35</sup>.

#### 4. Absolute Kostengrenzen

In ständiger Rechtsprechung hatte das Bundessozialgericht seit 2006 geurteilt, dass die in § 8 bzw. § 12 genannten Höchstwerte der Wohngeldtabelle nicht Kriterium einer angemessenen Miete im Sinne des § 22 I SGB II sein können. Insbesondere dürfen sich kommunale Träger nicht auf diese Werte als Prüfmaßstab beschränken. Vorrangig ist die konkrete und sachgerechte Ermittlung der Preisverhältnisse auf dem konkreten Wohnungsmarkt. Ggf. muss dieses im laufenden sozialverwaltungsrechtlichen oder sozialgerichtlichen Verfahren nachgeholt werden.<sup>36</sup>

In nachfolgenden neueren Entscheidungen hat dann jedoch das Bundessozialgericht die Tabellenwerte des § 12 WoGG als objektive Obergrenze, im Sinne einer absoluten Kappung bezeichnet<sup>37</sup>. Die tatbestandlichen Details hierzu sind noch unklar, in den bislang entschiedenen Fällen kam es auf diese Grenze nicht an. Grund hierfür soll sein, dass zwar im Detail über die angemessene Miethöhe gestritten werden könne, solange der kommunale Träger die Überschreitung einer korrekt ermittelten Angemessenheitsgrenze nicht nachweisen könne, die tatsächliche Miete zu zahlen sei, bei Überschreiten der Tabellenwerte des WoGG jedoch jedes erträgliche Maß überschritten sein soll. Fraglich könnte daher sein, ob diese Grenze absolut, von Anfang an gilt, oder erst im Zuge eines Kostensenkungsverfahrens. Das Bundessozialgericht führt an, dass die Tabellenwerte ggf. maßvoll erhöht werden müssten, da diese nur in großen zeitlichen Abständen angepasst werden.<sup>38</sup>

<sup>28</sup> BSG v. 22.09.2009 a.a.O

<sup>29</sup> BSG v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R – Ziff. 20

<sup>30</sup> BSG v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R – Ziff. 21

<sup>31</sup> BSG v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R – Ziff. 22

<sup>32</sup> BSG v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R – Ziff. 22

<sup>33</sup> BSG v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R – Ziff. 23

<sup>34</sup> BSG v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R – Ziff. 24

<sup>35</sup> BSG v. 18.06.2008 - B 14 7b AS 44/06- Ziff. 16

<sup>36</sup> So z.B. BSG v. 07.11.2006 - B 7b AS 18/06 R - Ziff. 17

<sup>37</sup> BSG v. 17.12.2009 - B 4 AS 50/09 R - Ziff. 27

<sup>38</sup> BSG v. 17.12.2009 - B 4 AS 50/09 R - Ziff. 27

Letztendlich stellt sich die Frage, ob § 12 WoGG überhaupt als Legitimation einer absoluten Obergrenze taugt. Gemäß § 1 I WoGG dient das Wohngeld der wirtschaftlichen Sicherung angemessenen und familiengerechten Wohnens. Es könnte mehr als fraglich sein, ob hier unterschiedliche Angemessenheitsbegriffe im WoGG einerseits wie in SGB II und SGB XII andererseits vorliegen<sup>39</sup>. Selbst wenn dieses rechtsdogmatisch der Fall sein sollte, kann sich dieses in Realität, bei dem hier fraglichen Wohnungsmarktsegment auflösen. Die Tabellenwerte des § 12 WoGG sind Kaltbruttowerte, beziehen sich auf Nettomiete zuzüglich Betriebskosten, ohne Heizkosten. Ob allein dieses ausreichen sollte, um eine absolute Obergrenze zu definieren ist ebenfalls fraglich.

Letztendlich verbleibt bei der der Bestimmung absoluter Angemessenheitsgrenzen das Problem, wieweit dieses vom Betroffenen zu vertreten oder zu steuern wäre. Sinn und Zweck der Kenntnis ist die Handlungskompetenz, um – ggf. durch eine Kostensenkung - den Zustand der lückenlosen Kostenübernahme wieder herzustellen<sup>40</sup>. Eine Kenntnis von Details des WoGG kann nicht vorausgesetzt werden.

## 5. Verfügbarkeit angemessenen Wohnraums

Als eigenen Prüfungspunkt fordert das Bundessozialgericht die tatsächliche Verfügbarkeit angemessenen teuren Wohnraums auf dem zu prüfenden Markt. Zu dem zuvor ermittelten Grenzwert muss für den betroffenen Hilfebedürftigen Wohnraum konkret anmietbar sein<sup>41</sup>.

## 6. Einzelfallprüfung

Sämtliche bislang erörterte Faktoren dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass es - entsprechend dem unmissverständlichen Gesetzeswortlaut – im Ergebnis immer um eine Einzelfallprüfung geht und gehen muss. Hinzu kommen subjektive Umstände des konkret betroffenen Hilfebedürftigen.

Das Bundessozialgericht fasst hier mögliche Hinderungsgründe wie folgt zusammen:

Ein Recht auf Aufrechterhalten des sozialen Umfelds wird dem Grunde nach anerkannt, dieses schließt jedoch im Regelfall einen Umzug nicht aus, solange der Betroffene auf die Inkaufnahme von Fahrzeiten, wie bei Pendlern üblich, verwiesen werden kann<sup>42</sup>.

Berücksichtigt werden besondere Ausnahmegründe, entweder grundrechtsrelevante Sachverhalte oder Härtegründe, wie z.B. Rücksichtnahme auf die soziale und schulische Situation Minderjähriger zur Vermeidung eines Schulwechsels oder das konkret nur vor Ort gegebene und erforderliche soziale Umfeld für Alleinerziehende<sup>43</sup>. Ähnliches kann für behinderte oder pflegebedürftige Menschen oder deren betreuende Angehörige gelten, die zur Sicherung der Teilhabe behinderter Menschen auf eine besonders wohnungsnahen Infrastruktur angewiesen sind<sup>44</sup>. Gleiches gilt, wenn krankheitsbedingt die Wohnung mit Hilfsmitteln ausgestattet ist, auf die der Betroffene angewiesen ist. Bei Einschränkungen der geh- und Bewegungsfähigkeit, mit entsprechender Angewiesenheit auf ein nur lokal vorhandenes Umfeld kann das Gebiet eines zumutbaren Umzuges einschränken<sup>45</sup>.

Allein die affektive Bindung an ein Umfeld, somit die Unzumutbarkeit einer Umgewöhnung, scheidet im Regelfall aus. Offengelassen hat dieses das BSG für den Fall, dass ein (bedarfsdeckender) Rentenbeginn absehbar bevorsteht<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> Vgl. zur Auffassung, die Tabellenwerte des WoGG als Untergrenze zu begreifen, Putz info also 2009, 255

<sup>40</sup> Vgl. BSG v. 01.06.2010 - B 4 AS 78/09 R – Ziff. 14

<sup>41</sup> BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 2/10 R – Ziff. 19

<sup>42</sup> BSG v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R - Ziff. 34; v. 17.12.2009 . B 4 AS 27/09 R – Ziff. 35

<sup>43</sup> BSG v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R - Ziff 35

<sup>44</sup> BSG v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R - Ziff 35

<sup>45</sup> BSG v. 17.12.2009 B 4 AS 27/09 R – Ziff. 33

<sup>46</sup> BSG v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R – Ziff. 36

#### IV. Änderungen durch die SGB II-Reform 2011

Die wesentlichen Änderungen der SGB II-Reform 2011 im Bereich der Kosten der Unterkunft sind<sup>47</sup>:

- Kosten der Warmwasserenergie gelten nunmehr als Kosten der Unterkunft, soweit diese bei dezentraler Produktion in der Wohnung selbst anfallen, wird neben der Regelleistung ein bezifferter Mehrbedarf gewährt (§ 21 VII SGB II)
- Die § 22 I vorgesehene Absenkung der Kostenübernahme von den unangemessen hohen tatsächlichen Kosten auf das angemessene Kostenmaß wird unter einen Wirtschaftlichkeitsvorbehalt gestellt.
- Die Möglichkeit einer Direktzahlung von Mieter an den Vermieter ist präzisiert worden, der Hilfebedürftige hat einen Anspruch darauf, über die Direktzahlung informiert zu werden.
- In dem neu geschaffenen § 22 a werden die Bundesländer ermächtigt, wiederum die Kreise und kreisfreien Städte zu ermächtigen oder zu verpflichten, die Kriterien der Angemessenheit per Satzung festzulegen. Ebenfalls können Kreise und kreisfreie Städte ermächtigt werden, Bedarfe für Unterkunft und Heizung durch eine Pauschale abzugelten.
- In § 22 a III SGB II werden zur Bestimmung der Angemessenheit auf dem zuvor beschriebenen Wege inhaltliche Vorgaben gegeben.
- In dem neu geschaffenen § 22 b SGB II wird der notwendige Inhalt einer ggf. zu erlassenen Satzung definiert. Die Satzung soll sowohl die angemessene Wohnfläche, wie auch die angemessenen Aufwendungen bestimmen. Auch ein angemessener Wert für Heizkosten darf bestimmt werden, desgleichen auch ein Bruttokalt- oder Bruttowarm-Angemessenheitswert. Die Satzung muss bestimmte Sonderfälle des Wohnens berücksichtigen.
- In dem neuen § 22c wird dann die Art und Weise der Datenermittlung vorgegeben, dergestalt, dass entweder auf Mietspiegel oder auf andere geeignete Datenquellen zurückgegriffen wird, oder ggf. auf beides. Berücksichtigt werden sollen Neuvermietungs- wie Bestandsmieten. Hilfsweise darf auf § 12 des Wohngeldgesetzes zurückgegriffen werden. Kaltmietwerte müssen alle zwei Jahre, Heizkostenwerte jedes Jahr überprüft werden.

Nun zu den gesetzlichen Neuregelungen im Einzelnen;

##### 1. Neuregelung des Bedarfs für Energiekosten zur Warmwasserzubereitung

Die Energiekosten der Warmwasserzubereitung wurden nunmehr den Kosten der Unterkunft zugeschlagen. Die bisherige Situation war aufgrund gesetzgeberischer Fehler dringend reformbedürftig. Bereits das LSG Sachsen hatte nachgewiesen, dass bei der tatsächlichen Kalkulation der Energiekostenanteile der Regelleistung für 2005 Energiekosten zur Wassererwärmung nicht berücksichtigt worden waren<sup>48</sup>. Kurz nach Inkrafttreten des SGB II besserte der Gesetzgeber die gesetzliche Definition der Regelleistung nach und stellte klar, dass durch die Regelleistung<sup>49</sup> auch die Warmwasserenergiekosten abgegolten gelten sollten<sup>50</sup>. Nach Auffassung des Bundessozialgerichts war und ist die Regelleistung als Pauschale nicht auf einzelne Bestandteile hin überprüfbar, es war somit dem Gesetzgeber zu folgen<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Vgl. Kofner WuM 2011 S. 71

<sup>48</sup> LSG Sachsen v. 29.03.2007 L 3 AS 101/06

<sup>49</sup> § 20 SGB II

<sup>50</sup> Gesetz zur Fortentwicklung der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 20. Juli 2006 (BGBl I 1706)

<sup>51</sup> BSG v. 27.02.2008 - B 14/11b AS 15/07 R – Ziff. 22



Dieses führte dazu, dass Mieter, welche Warmwasser mittels eines elektrisch betriebenen Warmwasserboilers bezogen, mit der insoweit unterkalkulierten Regelleistung auskommen mussten. Mieter, die Warmwasserenergie aufgrund der Existenz einer zentralen verbundenen Anlage zusammen mit den Heizkosten berechnet erhielten, mussten sich zur Vermeidung von Doppelleistungen einen Abzug gefallen lassen. Soweit die zur Warmwasserproduktion erforderliche Energiemenge nicht erfasst wurde, beschränkte sich der Abzug von den Gesamtheiz- und Warmwasserkosten auf den Betrag, welcher rechnerisch als Bestandteil der Regelleistung vermutet wurde. Für einen allein lebenden Erwachsenen zuletzt 6,47 € im Monat<sup>52</sup>.

Für die Mietvertragssituation bedeutete dieses, dass der Hilfebedürftige die ihm zustehenden Kosten der Unterkunft abzüglich des genannten Differenzbetrages erhielt, die Deckung der Kosten der Unterkunft durch Entnahme aus der Regelleistung selbst herstellen musste.

Diese Situation könnte nun bereinigt sein<sup>53</sup>. Soweit Warmwasserenergie aufgrund einer zentralen verbundenen Heizanlage anfällt, unterfällt diese den Kosten der Unterkunft, wird nach § 22 SGB II erstattet. Bei Anfall solcher Energiekosten im Rahmen des ansonsten durch die Regelleistung abgegoltenen Privatstroms wird gemäß § 21 VII SGB II ein pauschalierter Mehrbedarf gezahlt. Für einen alleinstehenden Erwachsenen beläuft sich dieser auf 8,37 € im Monat. Bisher ist nicht bekannt, wie dieser Wert kalkuliert wurde. Auffällig ist, dass dieser Betrag nicht nur als Prozentwert der jeweiligen Regelleistung formuliert ist, sondern zusätzlich noch nach den unterschiedlichen Regelleistungshöhen differiert, d.h. mit jeder Regelleistungsstufe überproportional absinkt. Die Kosten der Warmwasserenergie scheinen proportional vom Alter der betroffenen Person abzuhängen, was sich mit der Lebenswirklichkeit nicht vereinbaren lässt. Soweit hiervon abweichende Kosten entstehen, existiert eine Öffnungsklausel<sup>54</sup>.

In diesem Zusammenhang irritiert, dass die Kosten der Warmwasserenergie lediglich in negativer Form in § 20 SGB II Erwähnung finden, umgekehrt in § 22 mit keiner einzigen Silbe erwähnt werden. Der Anspruchsinhalt des § 22 I S.1 SGB II muss somit im Rückschluss ermittelt werden. Bei der Auslegung des § 22 SGB II durch Rückschluss irritiert zusätzlich, dass § 21 VII SGB II einen Mehrbedarf davon abhängig macht, dass Warmwasser dezentral erzeugt und deswegen für eine zentrale Warmwasserversorgung keine Leistung im Rahmen der Bedarfe der Unterkunft erfolgt. Hieraus könnte oder müsste sogar zurück geschlossen werden, dass Bedarfe der Unterkunft stets eine zentrale Versorgung beinhalten, in der Realität ist dieses jedoch in einem sehr erheblichen Teil der Fälle – z.B. bei Existenz einer Gaskombitherme - nicht der Fall. Es spricht pragmatisch alles dafür, die vom Mieter geleisteten Gaspreiskosten als Bedarfe für Heizung und - soweit diese (technisch nicht quantifizierbar) auch der Erzeugung von Warmwasser dienen - trotz der Dezentralität als Bedarfe der Unterkunft anzuerkennen. Andernfalls wäre eine Teilanrechnung des Mehrbedarfs nach § 21 VII SGB II und bei der Erzielung eines Abrechnungsguthabens eine komplexe Herausrechnung zur Teilanrechnung auf die Kosten der Unterkunft erforderlich.<sup>55</sup>

## **2. Der Wirtschaftlichkeitsvorbehalt bei der Absenkung der Kostenerstattung für unangemessen hohe Kosten der Unterkunft**

Die nun in das Gesetz übernommene Regelung entspricht bereits der Verwaltungspraxis zahlreicher kommunaler Träger. Im Interesse der Betroffenen wie auch der Steuerzahler ist diese Regelung nur zu begrüßen.

Die Probleme liegen im Detail. Im Ergebnis könnte eine Kostensenkung davon abhängen, ob ein Betroffener den Umzug selbst in Eigenarbeit und unter Einsatz eines (kostenlosen) Bekanntenkreises vollziehen kann, oder aber, wegen gesundheitlicher Einschränkung, hierfür professionelle Kosten anfallen. Eine Kostensenkung durch Umzug kann aber auch dann unwirtschaftlich sein, wenn z.B. modernisierungsbedingt hiermit der Anfang einer Umzugskette gesetzt wird.

Des Weiteren stellt sich die Frage, inwieweit ein subjektiver Anspruch auf Einhaltung der

<sup>52</sup> Zur Hochrechnung des Teilbetrages vgl. BSG v. 22.09.2009 - B 4 AS 8/09 R, BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 65/09 R – Ziff. 38

<sup>53</sup> Vgl. § 22 VIII SGB II und § 30 VII SGB XII

<sup>54</sup> § 21 VII S. 2 a.E. SGB II

<sup>55</sup> s. § 22 III 1. Hs. SGB II

Wirtschaftlichkeit besteht<sup>56</sup>. Auf der Grundlage zur Anwendung gebotener Verwaltungsvorschriften wird sich ein Gleichbehandlungsanspruch aus Artikel 3 I GG ergeben.

### 3. Die Präzisierung der Voraussetzungen der Direktzahlung

Die bisherige Regelung einer Direktzahlung von Miete seitens des kommunalen Trägers direkt an den Vermieter<sup>57</sup> ist im SGB II wie im SGB XII inhaltlich beibehalten worden. Sprachlich mit aufgenommen wurde die auch bislang bereits bestehende Möglichkeit, dass der Hilfebedürftige sein Bestimmungsrecht ausübt, eine Zahlung an Dritte veranlasst oder seinen Anspruch abtritt. Soweit eine Direktzahlung aus den bislang zulässigen Gründen direkt erfolgt, muss der Hilfebedürftige nunmehr hierüber schriftlich informiert werden. Ziel der Regelung ist, die Handlungsfähigkeit aber auch Verantwortung des Hilfebedürftigen weitgehend zu erhalten<sup>58</sup>.

### 4. Die Satzungsermächtigung an Kreise und kreisfreie Städte

Zu dieser Neuregelung wäre zunächst anzumerken, dass hiermit die Bundesländer zwar berechtigt, keineswegs aber verpflichtet werden. Im Ergebnis erscheint dieses auch sinnvoll, es ist bisher nicht ersichtlich, dass sich durch die Neuordnung der Kompetenzregelung die bisherige Regelungsvielfalt<sup>59</sup> ändern wird.<sup>60</sup>

In der Gesetzesbegründung ist ausdrücklich festgehalten, dass eine materiellrechtliche Änderung der Bestimmung der Angemessenheit der Unterkunftskosten nicht beabsichtigt sei. § 22a - § 22c haben daher primär verfahrensrechtliche Bedeutung.

Dieses bedeutet zunächst, dass sich weder materiellrechtlich noch verfahrensrechtlich etwas ändert, noch etwas ändern muss. Hierbei darf nicht vergessen werden, dass es vorliegend um die Umsetzung von Bundesrecht geht. Relevante lokal differierende Sachverhalte sind nur bei der Miethöhe denkbar. Alle anderen Faktoren würden schon am Gleichheitssatz scheitern. So kann es nicht vom lokalen Wohnungsmarkt abhängen, ob Hilfebedürftigen Wohnungen mit Kohleofen zuzumuten wären. Auch der Raum- und Platzbedarf einer alleinerziehenden Mutter bestimmt sich rechtlich nicht danach, wo diese letztendlich lebt.

Die eigentliche Bedeutung erhält die Satzungsermächtigung durch flankierende Änderungen des Sozialgerichtsgesetzes. Soweit ein Bundesland von der Ermächtigung Gebrauch macht, gelten Neuregelungen im Rechtsschutz. Zum einen wird ein besonderes Klagerecht eingeführt. Jede aktuell oder zukünftig von der Satzung betroffene Person ist berechtigt, die Nichtigkeit, weil Rechtswidrigkeit, der Satzung feststellen zu lassen<sup>61</sup>. Ein solches Verfahren ist konzentriert beim örtlich zuständigen Landessozialgericht<sup>62</sup>. Eine Feststellung darf nur mit Wirkung für die Zukunft erfolgen<sup>63</sup>.

Neben diesem Verfahren ist es keinem Betroffenen verwehrt, einen ihn beschwerenden Bescheid wegen gekürzter Kosten der Unterkunft im Wege des normalen Rechtsschutzes anzugreifen. Soweit dieser Bescheid allerdings auf der Vorfrage der Nichtigkeit einer Satzung beruht, ist das Sozialgericht berechtigt, das Verfahren auszusetzen, bis ein zur Satzung bereits beim LSG anhängiges Verfahren zum Abschluss gebracht wurde<sup>64</sup>.

Die Satzungsermächtigung dient vor allem einer Verfahrensentlastung der Sozialgerichtsbarkeit. Ob dieses in nennenswertem Umfang gelingen kann, erscheint fraglich. Selbst eine rechts-

<sup>56</sup>In der Begründung des Gesetzentwurfes verneint, BT-Drs.17/3404 S. 98

<sup>57</sup>Oder andere Berechtigte, ggf. auch von Energiekostenabschlägen an den Versorger

<sup>58</sup>Vgl. Begründung Gesetzentwurf BT-Drs. 17/3404 S.99

<sup>59</sup>Die wohl umfassendste Sammlung von Verwaltungsrichtlinien der Kommunen zu den Kosten der Unterkunft findet sich bei [www.harald-thome.de](http://www.harald-thome.de)

<sup>60</sup>Vgl. zu dem unvermeidbaren Regelungswirrwarr Kofner WuM 2011, 71 ff

<sup>61</sup>§ 55a SGG

<sup>62</sup>§ 29 II Nr.4 SGG

<sup>63</sup>§§ 55 a V S.3 SGG; 183 VwGO

<sup>64</sup>§ 114 IIa SGG

konforme Satzung kann zwangsläufig nur ein begrenztes Spektrum Normalfälle regeln. Nicht geregelte Sondersituationen dürften genauso streitanfällig sein, wie zuvor. Nicht zu verkennen ist auch ein bereits in formaler Hinsicht erforderlicher kommunaler Aufwand. Dieser ist wesentlich höher, als es derzeit bei der Formulierung und ggf. kurzfristigen Änderung und Anpassung einer Verwaltungsvorschrift der Fall wäre. Soweit nach bisheriger Rechtslage das Instrument der Sprungrevision genutzt wird, ergibt sich zur rechtlichen Prüfung einer kommunalen Verwaltungspraxis ebenfalls ein lediglich zweinstanzlicher Rechtsweg, endend beim für Bundesrecht unverzichtbaren Bundessozialgericht.

## 5. Die Ermächtigung zur Pauschalierung

Die gesetzliche Ermöglichung zur Pauschalierung ist nicht neu, bereits unter dem BSHG existierte hierzu eine Experimentierklausel, welche jedoch – soweit bekannt – bundesweit nur von einer einzigen Kommune genutzt wurde<sup>65</sup>. Im SGB XII war eine Pauschalierung seit Einführung dieses Gesetzes zugelassen. Inwieweit dieses dann für die eher geringe Gruppe Betroffener umgesetzt wurde, ist nicht bekannt.

Die mögliche Ermächtigung zur Pauschalierung begegnet bereits erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Gemeint ist die Zahlung eines Fixbetrages, mit dem der Hilfebedürftige dann seine Unterkunftskosten bestreiten muss. Sind seine tatsächlichen Kosten niedriger – oder mindert er gemäß § 536 BGB die Miete - darf er die Differenz behalten, liegen seine Kosten hierüber, steht ihm kein ergänzender Anspruch zu.

Bereits einfach gesetzlich ist die Zulässigkeit einer derartigen abgeltenden Pauschalierung daran gebunden, dass auf einen Wohnungsmarkt ausreichend freier Wohnraum zur Verfügung steht, eine Pauschalierung dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit entspricht<sup>66</sup>.

Es ist bei näherer Betrachtung nicht ersichtlich, welchen Zweck diese Ermächtigung haben soll.

Bereits sachlich können Kosten der Unterkunft nicht Gegenstand einer Pauschalierung sein. Eine existenzsichernde Pauschale setzt voraus, dass im Umgang mit den zu bewirtschaftenden Kosten eine zeitnah zu steuernde Varianz zu erzielen ist. Bei der Kombination zu beschaffender Lebensmittel ist dieses möglich, hier stehen im Regelfall vergleichbare Qualitäten mit einer nicht unerheblichen Preisspanne ohne Zugangsbeschränkungen zur Verfügung. Dieses kann der Sache nach bereits nicht funktionieren, wenn mit einer Pauschale nicht kurzfristig zu beeinflussende Fix- und Stückkosten abgedeckt werden müssen.

Insofern wird eine Pauschale im Detail nicht von einer Angemessenheitsgrenze im bisherigen Sinne abweichen können<sup>67</sup>, hierüber weder inhaltlich noch strukturell hinausgehen können. Mehr als fraglich wäre, welche Teilkosten von einer Wohnpauschale erfasst wären. Wie verhält es sich mit unvermeidbaren Mieterhöhungen? Wären dann erforderliche Umzugskosten mit abgegolten?

Es ist auch nicht ansatzweise erkennbar, welche positiven Auswirkungen eine Pauschalierung auf die Einsparung von Verwaltungsaufwand haben könnte. Auswirkungen auf die Belastung der Sozialgerichtsbarkeit sind ebenfalls nicht zu erwarten. Es verbleibt das Experiment, vor dem Hintergrund des unumstößlichen und gerade nicht im Beurteilungsspielraum der Verwaltung stehenden Erfordernisses der lückenlosen Bedarfsdeckung mit unüberschaubarem Aufwand eine Regelung zu schaffen, die schon auf der rein sachlichen Ebene an Unmöglichkeit grenzt. Nicht möglich wäre die Kalkulation einer Pauschale, welche eine Unterfinanzierung in Kauf nimmt<sup>68</sup>. Einfach gesetzlich ausgeschlossen ist eine Pauschalierung, die eine Unterfinanzierung ausschließt, damit aber die konkrete Bedarfsdeckung übererfüllt. Da auch bei der letzteren Variante eine Einsparung beim Verwaltungsverfahren nicht zu erwarten ist, führt eine der Bedarfsdeckung gerecht werdende Pauschale immer zu einer Mehrbelastung der kommunalen Träger bei den Kosten der Unterkunft. Hinzu kommt, dass preistreibende Effekte auf dem Wohnungsmarkt sich

<sup>65</sup> Rothkegel (Hrsg.): Sozialhilferecht, Baden Baden 2005, S. 177 Rn. 43 ff; Münder/Berlit, Sozialgesetzbuch XII, 8.Aufl., Baden-Baden 2008 § 29 Rn. 77

<sup>66</sup> § 22a II S.1 SGB II

<sup>67</sup> Vgl. Knickrehm, Soziale Sicherheit 2010 S.190, 192

<sup>68</sup> So zum bisherigen Recht Rothkegel (Hrsg.): Sozialhilferecht, Baden Baden 2005, S. 177 rn. 44; Münder/Berlit, Sozialgesetzbuch XII, 8.Aufl., Baden-Baden 2008 § 29 Rn. 77

desto stärker auswirken werden, je einfacher, weil undifferenzierter, die Leistungsfähigkeit der Kunden eingeschätzt werden kann.

## 6. Materiell- und/oder verfahrensrechtliche Änderungen

Die Neuregelungen der §§ 22a-c SGB II im Übrigen stellen inhaltliche Anforderungen an die ggf. durch Kreise und kreisfreie Städte zu bestimmende Angemessenheit der Kosten der Unterkunft. Es stellt sich die Frage zu § 22 I 1 SGB II. Die Angemessenheit – als unbestimmter Rechtsbegriff – ist hier nach wie vor an zentraler Stelle enthalten. Gemäß der Gesetzesbegründung zu § 22 I SGB II n.F. sollte eine materiellrechtliche inhaltliche Änderung gerade nicht erfolgen, d.h. die Frage der Angemessenheit soll sich nach wie vor nach den hierzu entwickelten, bzw. noch zu entwickelnden Kriterien des Bundessozialgerichts richten.

Der Wortlaut und der Aufbau der Regelungen der §§ 22a-c ist eindeutig. Inhaltliche Vorgaben werden hier ausschließlich für die Gestaltung einer Satzung gegeben, setzen somit eine landesgesetzliche Ermächtigung voraus. Hinsichtlich des überwiegenden Teils der in §§ 22 a-c enthaltenen inhaltlichen Vorgaben ist dieses auf den ersten Blick wenig konfliktrichtig, da hier der Stand der Rechtsprechung des BSG zu § 22 I 1 SGB II weitgehend übernommen wurde, Weiterungen und Alternativen sprachlich nicht ausgeschlossen wurden.

## 7. Festsetzung von Flächengrenzen auf Kreisebene

Fraglich und problematisch ist die Regelung in § 22 b I S. 1 Nr. 1 SGB II. Hierin heißt es, dass in einer zu erlassenden Satzung die angemessene Wohnfläche entsprechend der Struktur des örtlichen Wohnungsmarktes zu bestimmen ist. Nach bisheriger Rechtslage hat das Bundessozialgericht nachhaltig die Auffassung vertreten, dass die Grenze der angemessenen Wohnfläche bundeseinheitlich bestimmt werden muss<sup>69</sup>. Auch die bisherigen je nach Bundesland divergierenden Flächengrenzen der Wohnungsbauförderung unterlagen diesen rechtlichen, aus dem Gleichheitssatz entnommenen Bedenken<sup>70</sup>. Die Frage stellt sich, ob § 22 b I S.1 Nr. 1 SGB II lediglich eine Verfahrensvorschrift für die Ausgestaltung einer Satzung trifft, oder die an dieser Stelle des Gesetzes ansonsten unangetastete Bestimmung der Angemessenheit ausgestaltet? Es ist nicht zu verkennen, dass schwer zu legitimieren ist, warum eine alleinerziehende Mutter mit schulpflichtigem Kind einen angemessenen Raum- und Wohnflächenbedarf in Abhängigkeit von sich temporär ändernden lokalen Gegebenheiten haben soll.

Unabhängig von dieser grundsätzlichen Betrachtung stellt sich die Frage, wie zumindest im Fall einer gegebenen Satzungsermächtigung oder gar Pflicht die angemessene Wohnfläche nach der Struktur des örtlichen Wohnungsmarktes zu bestimmen wäre.

Mit dem Begriff der angemessenen Wohnfläche nimmt der Gesetzgeber Bezug auf die bislang von der Rechtsprechung ausdifferenzierte Produkttheorie zur Bestimmung der Angemessenheit der Kosten der Unterkunft. Ziel und Zweck der Produkttheorie ist die Formulierung einer Kostengrenze. Es soll hierbei gerade keine reale Grenzwohnung oder gar eine typische Referenzwohnung abgebildet werden. Bei der Ermittlung des angemessenen Quadratmeterpreises trägt das Bundessozialgericht diesem Rechnung, indem es fordert, auf den Maximalwert einer Spanne abzustellen, wenn sich die Mietwertspanne wiederum nur aus angemessenen Wohnungen des unteren Wohnungsmarktsegmentes zusammensetzt<sup>71</sup>. Übertragen auf die lokal zu bestimmende angemessene Wohnfläche wäre somit die Wohnflächenspanne zu bestimmen, innerhalb derer arme Haushalte tatsächlich wohnen. Ausschlaggebend wäre dann der Maximalwert der Spanne.

Es ist in großstädtischen Siedlungsgebieten kaum vorstellbar, dass der Maximalwert unterhalb der Werte liegt, welche als Flächengrenzen der Wohnungsförderung dienen. Es sind faktisch die Werte, bzw. entsprechen inhaltlich den Werten, die als Grenzen zur aktuellen Erteilung eines Wohnungsberechtigungsscheins dienen. Nach den Feststellungen des Bundessozialgerichts umfasst z.B. in Berlin der geförderte Wohnungsbau noch einen Marktanteil von 12 %. Das entspricht der

<sup>69</sup> BSG v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R - Ziff. 16

<sup>70</sup> von Wehrs in Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht § 10 WoFG Anm.3

<sup>71</sup> BSG v. 22.09.2009 - B 4 AS 18/09 R - Ziff. 21

Dimension nach dem Bundesdurchschnitt des Marktsegmentes der Mieter im Grundsicherungsbezug.

Demnach kann eine Neubestimmung mit der Folge der Senkung von Unterkunftskosten nur auf lokalen Wohnungsmärkten eine Rolle spielen, auf denen geförderte Wohnungen nie eine Rolle gespielt haben. Selbst dann müsste die in Betracht kommende Spanne sorgfältig ermittelt werden. Durchschnittswerte sind hier irrelevant. Letztendlich ist dann die tatsächliche Verfügbarkeit entsprechender Wohnungen ausschlaggebend.

Die lokale Bestimmung der angemessenen Wohnfläche kann auch zu erheblichen Erweiterungen führen. In ländlichen Gebieten wird der Wohnungsmarkt von vermieteten Eigenheimen dominiert. Bei Bau von freistehenden Eigenheimen gelten andere Dimensionen als im Mehrgeschossmietwohnungsbau. Bei der Frage der Verwertungspflicht von Eigentum, insbesondere Wohnungseigentum, hat das Bundessozialgericht eine Wohnung bis zu 80 qm für eine alleinstehende Person als angemessen, im Sinne von nicht zu verwerten erachtet<sup>72</sup>. Nach der bisherigen Rechtsprechung hatte dieses keine Auswirkungen auf die Kalkulation angemessener Unterkunftskosten, diese wurden wie bei Mietwohnungen, ggf. für eine fiktive Maximalfläche von 45 – 50 qm, kalkuliert. Wenn Derartiges lokal markttypisch ist, wird sich dieses erheblich ändern müssen.

Die gesetzliche Neuregelung ist streitträchtig. Die Flächenbestimmung muss der Funktion der Fläche im Rahmen Produkttheorie gerecht werden. Inhaltlich müssen die Probleme gelöst werden, die sich daraus ergeben, dass in allen Einkommensschichten die Singlehaushalte rasant ansteigen, der durchschnittliche Wohnflächenbedarf ebenfalls steigt, die Konkurrenz von Hilfebedürftigen mit Nichthilfebedürftigen im Kleinwohnungssektor überproportional groß ist.

Fraglich ist nach wie vor, wie Lebenssituationen abgebildet werden, die sich dem klassischen aber überholten Gesellschaftsbild entziehen. Die Wohnflächenstaffelung des Wohnungsbauförderungsrechtes modelliert die klassische Entwicklung eines familiären Haushalts. Der Zweipersonenhaushalt eines Ehepaares hat unter diesem Blickwinkel einen anderen Flächenbedarf als der des Haushaltes einer Alleinerziehenden mit minderjährigem Kind. Gleiches gilt für das erwachsene Kind, welches mit einem Elternteil zusammenlebt. Ähnliches gilt bei Schwerbehinderung oder Pflegebedarf eines Haushaltsmitgliedes. Fast alle Koordinaten verändern sich, wenn das Unterkunftsangebot durch vermietete Eigenheime geprägt wird.

## **V. Schnitt- oder Kollisionsstellen zwischen Miet- und Sozialrecht bei den Kosten der Unterkunft**

Soweit nunmehr im Gesetz selbst inhaltliche Vorgaben zur Bestimmung der Angemessenheit der Kosten der Unterkunft erfolgen, spiegeln diese fast ausschließlich Elemente der bereits dargestellten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wieder. Dieses bietet Anlass sich anlässlich deren gesetzlicher Verankerung anhand der folgenden Schnittstellen zum Mietrecht und mietrechtlich relevanten Zusammenhängen kritisch mit diesen Neuregelungen auseinanderzusetzen.

### **1. Angemessenheit und (energetische) Modernisierung**

Es stellt sich die Frage, inwieweit die für einen Mieter unabwendbare Rechtsfolge einer Mieterhöhung, nach vorangegangener Modernisierung, sich im Rahmen der Kosten der Unterkunft auswirkt. Dahingestellt bleiben kann hier im Grundsatz, ob die Mieterhöhung gemäß § 558 BGB oder § 559 BGB erfolgt. Einfach und kollisionsfrei verhält es sich, wenn auch durch die Mieterhöhung die Grenze der Angemessenheit nicht überschritten wird. Wie bereits ausgeführt, ist im Rahmen der Bestimmung des angemessenen Mietpreiswertes auf einfach ausgestattete Wohnungen jeden Baualters abzustellen<sup>73</sup>. Somit auch auf Baualtersklassen, die durch nachträgliche Modernisierung auf den technischen Stand gebracht werden, der für spätere Errichtungen zwingend gilt. Zu beachten ist hierbei, dass der Standard der einfach ausgestatteten

<sup>72</sup> BSG v. 15.04.2008 B 14/7b AS 34/06 R

<sup>73</sup> BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 50/10 R Ziff. 28; BSG v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R Ziff. 21

Wohnung sich nach dem konkret bewerteten Wohnungsmarkt richtet. Auf einem kommunalen Wohnungsmarkt mit hohem und durchgängigen Modernisierungsgrad, ist dieser Modernisierungsgrad für alle Einkommensgruppen Standard. Mietmehrkosten aufgrund einer baurechtlich zwingenden Vorgabe müssen dann zu einer Anpassung der Angemessenheitsgrenze oder Tolerierung gemäß § 22 I S.4 SGB II führen, soweit diese ausnahmslos und nach Ablauf der üblichen Nachrüstspflicht für den gesamten Bestand gelten.

Nach § 22 I S.4 SGB II (n.F.) kann eine Kostensenkung unterbleiben, soweit diese unwirtschaftlich wäre. Da insbesondere energetische Modernisierungen zu einer tatsächlichen Einsparung von Heizenergie führen, wäre zumindest insoweit eine Kostensenkung durch Umzug nicht erforderlich, soweit die erhöhte Nettomiete durch eingesparte Heizkosten kompensiert wird. Zur Wirtschaftlichkeitsberechnung ist auf Durchschnittsheizkosten abzustellen, soweit die Modernisierungsmieterhöhung gemäß § 559 BGB sich ebenfalls nach Flächenwerten rechnet. Zu prüfen wäre auch, inwieweit der Aufwand von Umzugskosten u.Ä. dann unwirtschaftlich wäre, wenn auf Dauer von der Wahrscheinlichkeit einer Modernisierung auch im neuen Objekt mit dem Erfordernis eines weiteren Wohnungswechsels zur Kostensenkung ausgegangen werden muss.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BSG soll eine Ghettobildung verhindert werden<sup>74</sup>. Gemäß § 22a III Nr.3 und 4 sollen bei der Bestimmung der Angemessenheitsgrenze einerseits alle verschiedenen Anbietergruppen berücksichtigt, wie auch der Schaffung und Erhaltung sozial ausgewogener Bewohnerstrukturen Rechnung getragen werden. Ein Anlass zum Umzug in einen preisgünstigeren Stadtteil ist ein sprunghafter Mietpreisanstieg nach einer Mieterhöhung gemäß § 559 BGB. Das Kriterium der Erhaltung von sozial ausgewogenen Bewohnerstrukturen muss bei der Festsetzung von Angemessenheitsgrenzen in der Form berücksichtigt werden, dass ein Kostensenkungsgrund aufgrund letztendlich politisch gewollter energetischer Modernisierung oder aber Angleichung des Wohnungsstandard an das übliche Niveau<sup>75</sup> nicht entsteht.

## **2. Die Tauglichkeit von Mietspiegeln als Erkenntnisquelle zur Bestimmung der angemessenen Nettomiete**

In der bisherigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wird ein Mietspiegel nach § 558c BGB oder ein qualifizierter Mietspiegel gemäß § 558d BGB als eine Erkenntnisquelle im Rahmen des schlüssigen Konzepts zur Ermittlung der Angemessenheitsgrenze anerkannt. In § 22c I Nr.1 SGB II werden einfache und qualifizierte Mietspiegel, neben anderen Erkenntnisquellen, genannt.

Es stellt sich die Frage, inwieweit das rein mietpreisrechtliche Instrument eines Mietspiegels Grundlage für die Gewinnung von Angemessenheitswerten zur Sicherstellung der Deckung des Existenzminimums im Bereich Wohnen sein kann. Gerade, da die Anforderungen an das schlüssige Konzept sich durchaus von den Erstellungskriterien eines Mietspiegels unterscheiden<sup>76</sup>, erstaunt, wie unhinterfragt in einigen Fällen die Aussagen eines Mietspiegels im Kontext des § 22 SGB II absolut gesetzt werden<sup>77</sup>.

Um die Frage der Tauglichkeit von Mietspiegeln als Erkenntnisquelle zu beantworten, muss zunächst das Instrument Mietspiegel grundsätzlich betrachtet werden. Die Bedeutung eines Mietspiegels liegt darin, einer der größten Verbrauchergruppen und deren Vertragspartnern im Dauerschuldverhältnis ein kalkulierbares Verfahren zur Sicherung des Dauerschuldverhältnisses und Sicherung der Rendite aus dem Eigentum zu gewähren. Allein die im Massenverfahren Mieterhöhung andernfalls erforderlichen Gutachterkosten würden in einem grob unwirtschaftlichen Verhältnis zum Aufwand einer Mietspiegelerstellung stehen<sup>78</sup>. Auf der eher abstrakten Betrachtungsebene verhält es sich so, dass wissenschaftlich gesicherte Grundlagen für einen Mietspiegel zumindest umstritten sind<sup>79</sup>. Die einzige bekannte Anleitung sind die „Arbeitshilfen zur

<sup>74</sup> BSG v. 19.02.2009 - B 4 AS 30/08 R Ziff. 21; Eicher/Spellbrink-Lang/Link SGB II 2.A. 2008 § 22 Rn. 45b

<sup>75</sup> Vgl. § 554 II S.4 BGB, hierzu Schmidt-Futterer/Eisenschmid MietR 10.A 2011 § 554 BGB Rn. 230 ff

<sup>76</sup> Vgl. Münder-Berlit SGB II 3.A. 2009 § 22 Rn.42

<sup>77</sup> So z.B. in LSG NW v. 16.02.2009 - L 19 AS 62/08, als Sachverhaltsfeststellung übernommen in BSG v. 17.12.2009 - B 4 AS 27/09 R

<sup>78</sup> Schmidt-Futterer/Börstinghaus MietR 10.A 2011 §§ 558c, 558d BGB Rn. 11

<sup>79</sup> Schmidt-Futterer/Börstinghaus MietR 10.A 2011 §§ 558c, 558d BGB Rn. 56 f.

Erstellung von Mietspiegeln<sup>80</sup>, zunächst formuliert von einer ministeriellen Arbeitsgruppe, zuletzt überarbeitet von zwei privatwirtschaftlichen Unternehmen, die sich auf die Mietspiegelerstellung spezialisiert haben<sup>81</sup>. Mietrechtliche Rechtsprechung zu den inhaltlichen Anforderungen an einen Mietspiegel existiert in nur geringem Umfang<sup>82</sup>. Prozessual ist es im Miethöheprozess zulässig, die Bestimmung der ortsüblichen Miete einem Gutachter zu überlassen, unabhängig davon, ob dieses das Problem nun sachgerechter löst.

Ein Mietspiegel muss Mietpreisveränderungen der letzten vier Jahre wiedergeben. Nach zwei weiteren Jahren kann der Mietspiegel entweder nach der Verbraucherstatistik oder durch eine weitere Stichprobe gestützt fortgeschrieben werden<sup>83</sup>. Denkbar ist somit ohne weiteres, dass ein qualifizierter Mietspiegel im vierten Geltungsjahr trotz allen Erhebungsaufwandes letztendlich sieben Jahre alte Mietpreisanpassungen, zwischenzeitlich fortgeschrieben durch den sachfremden – weil z.B. durch Energiepreisentwicklungen dominierten - Verbraucherpreisindex, wiedergibt.

Ein Mietspiegel gibt somit repräsentativ das Mietpreisgefüge eines Wohnungsmarktes wieder. Ein Wohnungsmarkt wird hierdurch im Regelfall gerade nicht abgebildet.

Die eigentlichen Bedenken unter grundsicherungsrechtlichem Blickwinkel ergeben sich aber aus der bei Mietspiegel üblichen, dort auch ausreichend sachgerechten, Datenerhebung. Dass ein Mietspiegel ein bestimmtes Mietniveau eines bestimmten Marksegmentes ausweist, sagt wenig darüber aus, in welcher Größenordnung es dieses Segment überhaupt gibt. Erhebungstechnisch ist es oftmals unmöglich, alle Marktsegmente quantitativ zu ermitteln, dann proportional abzufragen und dann entsprechend aufbereitet darzustellen. Oft wird ein Mietspiegel umgekehrt erstellt. D.h. wenn ein Mietwert für ein Baualter in einer bestimmten Beschaffenheits- und Ausstattungsvariante interessiert und abgebildet werden soll, ist hierfür eine Mindestzahl<sup>84</sup> von Daten erforderlich. Das hat dann nichts mehr damit zu tun, ob und mit welchem Anteil dieses Wohnungsmarktsegment auf dem Markt existiert. Für das Miethöheverfahren spielt dieses auch nur eine geringe Rolle.

Das markanteste Beispiel ist ein sogenannter Regressionsmietspiegel. Hiermit wird eine Methodik beschrieben, ein maximal modelliertes Mietwertbild mit möglichst breitem Anwendungsbereich zu gewinnen. Dem Verfahren nach wird aufgrund eines bestimmten Datenbestandes eine Formel formuliert, mit der dann jede einzelne Wohnung unter Berücksichtigung aller dort gegebenen Merkmale hinsichtlich ihres ortsüblichen Mietwerts berechnet werden kann<sup>85</sup>. Für die Anwender ergibt sich der Reiz, dass sich für jede Wohnung ein Preis modellieren lässt. Derartige Regressionsmietspiegel lassen sich schon auf einer sehr geringen Datenbasis erstellen<sup>86</sup>.

Das Gegenmodell ist der sogenannte Spannenmietspiegel. Dieser trägt dem Umstand Rechnung, dass in der Realität ein derartig individuell modellierter Mietpreismarkt selten ist. Bei Anmietung einer Wohnung wird eher selten über jedes einzige Wohnungsmerkmal hinsichtlich der Mietpreishöhe verhandelt. Ein Spannenmietspiegel geht davon aus, dass typischerweise vergleichbare Wohnungen nicht beim gleichen Preis landen, sondern sich zwangsläufig eine Preisvarianz ergibt. Streitig wäre dann, nach welchen Kriterien wo in die Spanne eingeordnet wird.

Letztendlich ist fraglich, welche Bedeutung Sozialwohnungen für die Bestimmung der Angemessenheitsgrenze haben. Solange ein solches Wohnungsmarkt Segment existiert, spricht

<sup>80</sup> Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln 2002 abgedruckt in Schmidt-Futterer MietR 10.A 2011 Nach §§ 558c, 558d BGB S. 1907 ff.

<sup>81</sup> Zur Bewertung vgl. Schmidt-Futterer/Börstinghaus MietR 10.A 2011 §§ 558c, 558d BGB Rn. 57

<sup>82</sup> BGH v. 16.06.2010 VIII 99/09 Ziff. 11 stellt die Vermutung eines einfachen Mietspiegels dem eines qualifizierten Mietspiegel weitgehend gleich.

<sup>83</sup> § 558 d BGB

<sup>84</sup> Vgl. Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln 2002 abgedruckt in Schmidt-Futterer MietR 10.A 2011 Nach §§ 558c, 558d BGB S. 1907 ff. Rn. 98: 30 WE reichen aus

<sup>85</sup> Zur Kritik im Hinblick auf einen möglichen mangelnden Realitätsbezug vgl. Schmidt-Futterer/Börstinghaus MietR 10.A 2011 §§ 558c, 558d BGB Rn. 72

<sup>86</sup> Vgl. Hinweise zur Erstellung von Mietspiegeln 2002 abgedruckt in Schmidt-Futterer MietR 10.A 2011 Nach §§ 558c, 558d BGB S. 1907 ff. Rn. 100: 500 WE oder 1% reichen aus

alles dafür, dieses mit einzubeziehen, zumal die Förderzwecke übereinstimmen. Anders verhielte es sich, wenn Neuvermietungen in diesem Segment zu vernachlässigen wären. Geförderte Mieten dürfen aber nicht Bestandteil eines Mietspiegels sein<sup>87</sup>.

Irritierend sind daher zu beobachtende Schlüsse, die allein aus der Existenz eines Mietspiegels abgeleitet werden. Beispielsweise wurde allein aus den Lagebeispielen des für die gesamte Stadt Essen geltenden Regressionsmietspiegel geschlossen, dass ein niedrigpreisiges Marktsegment mit über das gesamte Stadtgebiet verteilt vorhanden sei. Konkret war ein Mietwert durch eigene Erhebungen der Stadt ermittelt worden, wurde dann anhand des Mietspiegels abgeglichen. Dieses, obwohl der Mietspiegel das Mietpreissegment im unteren Bereich nicht ausreichend repräsentierte<sup>88</sup>. Trotzdem dienten die somit erklärtermaßen nicht aussagekräftigen Lagebeispiele als Beleg, für eine flächendeckende Präsenz eines bestimmten Mietwerts.

Im Sinne des nunmehr gesetzlich vorgesehenen Tatbestandsmerkmals Mietspiegel taugt das auf Mieterhöhungsverfahren zugeschnittene eigentliche Instrument Mietspiegel wenig. Anders verhält es sich jedoch mit der einem Mietspiegel zugrundeliegenden Datensammlung. Bei qualifizierten Mietspiegeln muss die Datenerfassung und Auswertung dokumentiert werden.

In der jüngsten Rechtsprechung zu Berlin hat das Bundessozialgericht bereits ansatzweise diesen Weg beschritten. Zum Berliner Mietspiegel wurde es als nicht zulässig erkannt, rein rechnerische Mittelwerte unter der Kombination von Mittelwerten mehrerer Tabellenfelder zu berechnen<sup>89</sup>. Wohl soll es aber zulässig sein, anhand der im Tabellenfeld dokumentierten Mieten eine qualitative Gewichtung vorzunehmen<sup>90</sup>. Fraglich - bzw. zu klären - bleibt hier, welchen Umfang ein unter Anwendergesichtspunkten abgegrenztes Mietspiegelfeld auf dem realen Wohnungsmarkt hat.

### **3. Die Festsetzung von Betriebskostenbelastungen und Heizkostengrenzwerten durch Betriebskosten- und Heizpiegel**

#### **3.1. Die Angemessenheit von Betriebskosten (ohne Heizkosten)**

Die Angemessenheit von Betriebskosten ist Bestandteil der Angemessenheitsprüfung der Kosten der Unterkunft, dem Gesetzeswortlaut nach zusammen mit der Angemessenheitsprüfung der Nettomiete vorzunehmen. Einzelheiten, Maßstäbe und Rechtsfolgen hierzu sind in der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts weitgehend ungeklärt.

In Anbetracht der überwiegend zwingenden mietrechtlichen Regelungen des Komplexes Betriebskosten, einer Realität mit erheblicher Kostenbandbreite einerseits, geringen Steuermöglichkeiten andererseits, erscheint eine Angemessenheitsprüfung von Betriebskosten, zumal mit einem – einen solchen Aufwand rechtfertigenden - denkbaren Rechtsfolgen, kaum möglich, geschweige denn sinnvoll.

Es ist bereits schwierig, einen sachlichen Bezugspunkt für die Prüfung zu finden. Nicht in Betracht kommen kann die Höhe von Vorauszahlungen. Zumindest bei Beginn eines Mietverhältnisses liegt deren Höhe im Ermessen des Vermieters, mietrechtlich darf er nach derzeitigem mietrechtlichen Stand Vorauszahlungen beliebig untersetzt, bis zu einer schwer zu bestimmenden Grenze aber auch übersetzt verbindlich festsetzen<sup>91</sup>. Deren realitätsgerechte Anpassung bleibt dann dem Zeitpunkt nach der ersten Abrechnung vorbehalten.

Das reine Kostenniveau von Betriebskosten schwankt nicht nur regional<sup>92</sup> nach Größe der Kommune, Preiskalkulation des Versorgers, sondern auch nach Umfang des tatsächlich anfallenden Kostenkataloges, Größe des Objekts, dem Verbrauchsverhalten der Nachbarn und

<sup>87</sup> § 558 II S.2 BGB

<sup>88</sup> LSG NW v. 16.02.2009 - L 19 AS 62/08 S.7

<sup>89</sup> BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 50/10 R - Ziff. 30

<sup>90</sup> BSG a.a.O. unter Hinweis auf die Vorarbeiten einer Arbeitsgruppe von Richtern des SG Berlin, vgl. Schifferdecker, Irgang, Silbermann in Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2010 S. 28

<sup>91</sup> Schmidt-Futterer/Lagenberg MietR 10.A 2011 § 556 Rn. 275 f.

<sup>92</sup> so BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 65/09 R Ziff. 37



auch den Bewirtschaftungsbemühungen des Vermieters. Alle diese Faktoren haben Schwankungsbreiten von über 100%, sind allesamt nicht vom einzelnen Nutzer steuerbar. Hinzu kommt, dass es schwer zu bestimmende, z.T. gegenläufige Kausalitäten zwischen Grundmiete und Betriebskosten gibt. Im Marktsegment der Siedlungsbestände des ehemaligen oder noch bestehenden sozialen Wohnungsbaus sind bereits dem Grunde nach Kostenpostionen unvermeidlich, die im kleinteiligeren Innenstadtbereich nicht anfallen. Kostenpostionen wie Grünflächenpflege für Abstandsgrün, Fahrstuhlkosten, Hausmeister und zurückhaltend bewirtschaftete Abfallbeseitigungskosten können dem Kostenvolumen nach eine Betriebskostenbelastung verdoppeln.

Das Bundessozialgericht hat entschieden, dass eine Angemessenheitsprüfung nicht oder nur im Ausnahmefall nach den Durchschnittswerten des Betriebskostenspiegel des Deutschen Mieterbundes erfolgen könne<sup>93</sup>. Dieses wird der Funktion und dem Zweck dieses Betriebskostenspiegels gerecht. Der Betriebskostenspiegel dient der Markorientierung, soll durch die Wiedergabe von Durchschnittswerten eine zusätzliche Transparenz und Orientierung erlauben. Allerdings ist es durch solche Werte nicht möglich, die Kostenbelastung einer konkreten Wohnung mit entsprechenden mietrechtlichen oder sozialrechtlichen Konsequenzen abzubilden.

Hinzu kommt, dass bereits auf der Zeitschiene eine mit Konsequenzen verbundene Angemessenheitsprüfung mehr als schwierig ist. Mietrechtlich beinhaltet ein Streit um nicht oder teilweise nicht gezahlte Vorauszahlungen immer das Risiko einer nicht heilbaren Kündigung. Wie bereits ausgeführt ist mietrechtlich ein Rückschluss von Vorauszahlungen auf die tatsächliche Kostenbelastung spekulativ. Sobald die tatsächliche Kostenbelastung durch Abrechnungserteilung feststeht, wirkt die damit erst mögliche Angemessenheitsprüfung auf den Zeitpunkt des Entstehens der Kosten zurück.<sup>94</sup>

Was letztendlich bleibt als Bezugspunkt der Angemessenheitsprüfung ist die formelle wie materielle Richtigkeit der Abrechnung. Angemessen kann nur eine korrekte Abrechnung, bzw. die aus einer derartigen Abrechnung entstehende Kostenlast sein. Deren Prüfung muss dann dem Hilfebedürftigen ermöglicht werden.

### 3.2 Die Angemessenheit von Heizkosten

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist die Angemessenheit von Heizkosten, entsprechend dem Gesetzeswortlaut separat zu prüfen. In Anbetracht der Komplexität der für die Heizkostenbelastung ausschlaggebenden Faktoren ist eine Angemessenheitsprüfung im Detail regelmäßig nicht möglich<sup>95</sup>.

Das Bundessozialgericht formuliert jedoch eine Maximalwertgrenze, oberhalb derer Heizkosten nicht erstattet werden brauchen<sup>96</sup>. Hierzu sollen die Hochverbrauchswerte des jeweiligen kommunalen, oder aber des bundesweiten Heizspiegels<sup>97</sup> dienen.

Dieses ist allein schon in Anbetracht der hier gegebenen technischen Details nur schwer nachvollziehbar. Der Sache nach sind die Kriterien eines – zumal – bundesweiten Heizspiegels nur sehr eingeschränkt tauglich. Zum einen handelt es sich um rein rechnerische Durchschnittswerte eines Objekts, ohne Bezug zur Lage der Wohnung im Haus, tatsächlicher Nutzung der Wohnung, oder anderem Nutzerverhalten. Die Bewertung als Gering-, Normal- oder Hochverbrauchswert erfolgt nach objektiven Kriterien, knüpft auch nicht daran an, ob die Ursache hier das Alter, Funktionsfähigkeit oder Bewirtschaftung der Heizanlage, der Modernisierungsgrad des Objekts oder aber ein u.U. sogar legitimes, wenn die Kosten auch potenzierendes, Verbraucherverhalten sein kann. Sinn und Zweck des Heizspiegels ist die erstmalige Bereitstellung einer Klassifizierung zu Vergleichszwecken und aber als Anreiz zur Modernisierung und/oder Optimierung von Beheizungssystemen<sup>98</sup>. Die ausgewiesenen Werte sind allein nach Fläche kalkulierte Durch-

<sup>93</sup> BSG v. 19.10.2010 - B 14 AS 65/09 R- Ziff. 37

<sup>94</sup> BSG v. 06.04.2011 - B 4 AS 12/10 -

<sup>95</sup> So i.E. BSG v. 02.07.2009 - B 14 AS 33/08 R Ziff. 29

<sup>96</sup> Die Rechtsprechung des BSG schwankt hier zwischen Angemessenheitsgrenze, so BSG v. 20.08.2009 - B 14 AS 41/08 R Ziff. 30, oder Regelkappung, bei welcher der Hilfebedürftige sich entlasten muss, BSG v. 02.07.2009 - B 14 AS 33/08 R Ziff. 33

<sup>97</sup> [www.heizspiegel.de](http://www.heizspiegel.de)

<sup>98</sup> Vgl. [www.heizspiegel.de](http://www.heizspiegel.de), Hengstenberg WuM 2011, 69

schnittswerte eines Objekts. Verbrauchsverhalten lässt sich im Heizspiegel nur schlecht verorten, würde den Informationswert eines solchen Marktinstrumentes auch konterkarieren. Der Ersteller des Heizspiegels hat zwischenzeitlich die sachlichen Bedenken gegen eine Tauglichkeit des Heizspiegels als Heizkostenobergrenze spezifiziert.<sup>99</sup>

Problematisch ist die Anwendung derartiger Werte auch vor dem Hintergrund weiterer typischer Sachverhalte. Zum einen verhält es sich so, dass das bei der Ermittlung der Angemessenheitswerte analysierte Wohnungsmarksegment sich faktisch durch nichtmodernisierte Objekte auch baulich eher schlichter Ausstattung auszeichnet. Hinzu kommt noch der mietrechtliche Umstand, dass durch die Änderung der Heizkostenverordnung 2009 gerade bei energetisch nicht modernisierten Objekten überdurchschnittlicher Verbrauch überproportional bewertet und dementsprechend teurer abgerechnet werden muss. Für Objekte, die dem Standard der Wärmeschutzverordnung 1994 nicht entsprechen, müssen Verbräuche zwingend zu 70% nach Verbrauch verteilt werden<sup>100</sup>. Dieses potenziert eine Verbrauchsspreizung, jeder überdurchschnittliche Verbrauch, sei er lagebedingt unvermeidbar oder allein dadurch bedingt, dass Erwerbslose ihre Wohnung zwangsläufig intensiver nutzen müssen, als Erwerbstätige, führt überproportional zu einer Kostensteigerung<sup>101</sup>.

Erstmalig mit der Heizkostenabrechnung 2009 berücksichtigt werden Wärmeverlusteffekte bei ungedämmten Rohrleitungen und Einrohrheizungen<sup>102</sup>. Wenn auch regional unterschiedlich verteilt, dürften derartige Konstruktionen im hier fraglichen Wohnungsmarksegment erheblich vertreten sein. Die mit Abstand größten Verbrauchsspreizungen ergeben sich bei einer unvermeidbaren Mitverteilung von Rohrwärmeverlusten. Seit Beginn 2009 ermöglicht es die Neufassung der Heizkostenverordnung derartige Verbrauchsverzerrungen in einem rechnerisch aufwendigen Verfahren zu bereinigen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass in der Arbeitsteilung von Eigentümern und den die Heizkostenabrechnung erstellenden Fachfirmen quasi automatisch oder flächendeckend derartige Effekte berücksichtigt und korrekt umgesetzt werden<sup>103</sup>.

Alle hier dargelegten Bedenken bestehen in gleichem Maße gegen eine nach § 22a II SGB II nun mögliche Pauschalierung oder aber die in § 22b I S.2 SGB II vorgesehene Bildung eines angemessenen Verbrauchswertes. In Anbetracht der selbst innerhalb eines Objektes unvermeidbaren Verbrauchsspreizungen<sup>104</sup> und dem verfassungsrechtlichen Gebot der Bedarfsdeckung dürfte eine Pauschalierung ausscheiden<sup>105</sup>. Gleiches gilt dem Grunde nach für eine Angemessenheitsgrenze, was verbliebe wäre zur Verwaltungserleichterung eine Prüf- im Sinne einer Nichtaufgriffsgrenze.

Letztendlich stellt sich bei den Heizkosten ebenfalls das Problem der mietrechtlich korrekten Abrechnung, weniger des Verbrauchsverhaltens des Hilfebedürftigen.

<sup>99</sup> Hengstenberg WuM 2011, 69; Cottmann/Hillebrand info also 2011, 28

<sup>100</sup> Vgl. § 7 I HkVO

<sup>101</sup> Zur Kritik der Neuregelung unter Billigkeitsgesichtspunkten Wall WuM 2009 S. 5, 6; Schmidt-Futterer/Lammel MietR 10. A 2011 § 7 HeizkostenV Rn. 9

<sup>102</sup> Vgl. § 7 I HkVO

<sup>103</sup> Zur Kritik der Korrekturberechnung und Berechtigung dererem Unterlassung Schmidt-Futterer/Lammel MietR 10. A 2011 § 7 HeizkostenV Rn. 13 und 12

<sup>104</sup> Vgl. Hengstenberg WuM 2011, 69

<sup>105</sup> Berlit, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2010, S.84, 98f; Rothkegel (Hrsg.): Sozialhilferecht, Baden Baden 2005, 167, zu den Auswirkungen Kofner WuM 2011, 71 ff