

### Aufgabe

M. bewohnt eine Mietwohnung des Wohnungsunternehmens X-GmbH. Die Wohnung gehört zu einem öffentlich geförderten Block, der 10 Wohnungen à 70 qm umfaßt und 1965 fertiggestellt wurde. Der Mietpreis beträgt DM 420,- monatlich. Lt. Wirtschaftlichkeitsberechnung berechnet er sich wie folgt:

1. 4% Zins auf DM 50.000,- Eigenkapital	DM 2.000,- pro Jahr
2. 8% Zins auf DM 500.000,- Fremdmittel	DM 40.000,- pro Jahr
3. 1% Abschreibung auf DM 400.000,- Baukosten	DM 4.000,- pro Jahr
4. DM 240,- Verwaltungskosten × 10 Wohnungen	DM 2.400,- pro Jahr
5. DM 9,- Instandhaltungskosten × 700 qm	DM 6.300,- pro Jahr
6. Betriebskosten	DM 24.000,- pro Jahr
7. 2% Mietausfallwagnis auf Summe 1.-6.	DM 1.574,- pro Jahr
<hr/>	
laufende Aufwendungen insgesamt	DM 80.274,- pro Jahr
	DM 6.670,- monatl.
	DM 9,53 mtl. pro qm

Der Kostenpreis von DM 9,53/qm wird durch Aufwendungszuschüsse auf einen Mietpreis von DM 6,-/qm gesenkt.

Im März 1980 teilt die X-GmbH dem M. mit, die Miete müsse um monatlich DM 62,- oder DM -,89/qm angehoben werden. Das Unternehmen begründet die Steigerung wie folgt:

Anhebung des Eigenkapitalzinses um 3%	DM 1.500,- pro Jahr
1% Abschreibung auf 75% der Baukosten	DM 3.000,- pro Jahr
DM 4,-/qm zusätzliche Instandhaltungspauschale	DM 2.800,- pro Jahr
Anpassung des Mietausfallwagnisses	DM 146,- pro Jahr
<hr/>	
Zusätzliche laufende Aufwendungen	DM 7.446,- pro Jahr
	DM 621,- monatl.
	DM 0,89 mtl. pro qm

M. unternimmt nichts gegen die Mieterhöhung. Jedoch erfährt die zuständige Wohnungsbehörde davon. Diese läßt sich die letzte Wirtschaftlichkeitsberechnung der X-GmbH vorlegen. Später schickt sie der X-GmbH ein Schreiben mit Anlage, in dem es heißt<sup>1</sup>:

Sehr geehrte Herren,  
die uns eingereichte Wirtschaftlichkeitsberechnung haben wir geprüft. Eine Fotokopie, aus der Sie die berechtigten Ansätze entnehmen wollen, fügen wir bei.  
Nach unserer Auffassung beträgt die zulässige Durchschnittsmiete DM 6,-/qm Wohnfläche monatlich.

Mit der von Ihnen zuviel verlangten Miete von DM 0,89/qm Wohnfläche verstoßen Sie daher gegen §§ 8 ff. des WoBindG. Wir bitten Sie deshalb, die zuviel geforderten Mietleistungen den Mietern zu erstatten und vom Empfang an zu verzinsen.  
Die Durchführung dieser Maßnahme wollen Sie uns innerhalb 4 Wochen bestätigen und uns gleichzeitig erklären, daß Sie nunmehr die Kostenniete nehmen.  
Mit freundlichem Gruß

Die X-GmbH erhebt nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Anfechtungsklage beim zuständigen Verwaltungsgericht. Sie hält einen hoheitlichen Eingriff in ihr privates Mietverhältnis mit M. für unzulässig. Daß sie die höhere Miete verlangen könne, begründet sie wie folgt: Angesichts günstiger Renditen für Beteiligungen und Anlagen sei der Eigenkapitalzins von 4 % viel zu niedrig. Man schieße dabei zu. – Abschreibung auf die ursprünglichen Baukosten widerspreche jeder vernünftigen betrieblichen Rechnung. Es sei üblich, auf den Betrag der Wiederbeschaffungskosten abzuschreiben. Ein Zuschlag von 75 % der ursprünglichen Baukosten sei da ein Minimum. – Das Gebäude verursache mit zunehmendem Alter größeren Instandhaltungsaufwand. Eine (unstreitig vorliegende) repräsentative Untersuchung der Wohnungswirtschaft habe ergeben, daß DM 9,-/qm für 15 Jahre alte Gebäude im Durchschnitt bei weitem nicht den Aufwand für Instandhaltung deckten, auch nicht, wenn man berücksichtige, daß in den ersten Jahren nach Fertigstellung nicht die ganze Instandhaltungspauschale verwendet werde und verzinslich angelegt worden sei. Wenn dabei auf sonstige freie Ertragsteile verwiesen werde, so möge dergleichen bei einer so »dichten« Preiskontrolle wie der der II. Berechnungsverordnung erst einmal benannt werden; im übrigen müßten die Instandhaltungskosten allein aus der Pauschale abdeckbar sein.

Wie wird das Gericht entscheiden?

### Vorüberlegungen

Der Fall führt in das Recht des sozialen Wohnungsbaus. Obwohl er Probleme des allgemeinen Verwaltungs- und Verfassungsrechts aufwirft, werden diese doch nicht voll verständlich, wenn der Bearbeiter sich nicht ein Stück weit in die Spezialmaterie hineinbegibt. An sozialwissenschaftlichen Feldern, die wiederum zum Verständnis der Spezialmaterie soziales Wohnungsbaurecht beitragen, sind Ausschnitte aus der Betriebswirtschaftslehre (hier: Kostenrechnung) und aus der Rechtssoziologie (hier: Lehre vom Zu-

gang zum Recht) heranzuziehen.

Bei Fällen, die in unbekannte Spezialgebiete führen, ist es nicht sinnvoll, gleich mit der Lösung zu beginnen, also hier die Rechtmäßigkeit der behördlichen Verfügung zu prüfen, ohne daß man sich vorher einige Grundkenntnisse des Gebietes angeeignet hat.

Einen Überblick über das Recht des sozialen Wohnungsbaus verschafft auf wenigen Seiten die Einleitung zu dem Loseblatt-Kommentar von *Fischer-Dieskau u. a.*<sup>2</sup>.

Man erfährt dort die einschlägigen Rechtsnormen. Es sind: das 2. Wohnungsbaugesetz (II. WoBauG), das Wohnungsbindungsgesetz (WoBindG) und die II. Berechnungsverordnung (II. BV). Diese Normen regeln zum einen die Voraussetzungen der Vergabe öffentlicher Mittel für Wohnungsbau, enthalten also Subventionsrecht; zum anderen regeln sie die Bindungen, die mit der Mittelvergabe insbesondere hinsichtlich der Preisgestaltung bei Wohnungsverkauf und -vermietung verknüpft werden, enthalten also Preisrecht. Zu den Vergabevoraussetzungen lese man §§ 1, 2, 5, 6, 25, 54, 63, 72 II. WoBauG, zu den Bindungen § 105 Abs. 1 II. WoBauG, §§ 8, 8a, 16 WoBindG und – die Preisberechnung im einzelnen betreffend – §§ 3, 5, 12, 18, 31 Abs. 3 II. BV. Dabei werden einige Fachausdrücke verständlich, die im Fall vorkommen: »Öffentlich geförderte Wohnungen« werden in § 5 II. WoBauG definiert. Was »Eigenkapitalkosten« und »Fremdkapitalkosten« sind, sagen §§ 20, 21 II. BV; »Verwaltungs- und Instandhaltungskosten« finden sich in §§ 28, 29 II. BV. Zur zuständigen Wohnungsbehörde und ihrem Wirkungskreis, soweit er hier interessiert, geben §§ 2, 3 WoBindG Hinweise. Weniger deutlich ergibt sich aus §§ 2 Abs. 2, 26, 63 II. WoBauG, daß die beiden Haupttypen geförderter Wohnungen Mietwohnungen und sog. Eigentumsmaßnahmen sind, wobei bei den letzteren noch zwischen Bau durch den Eigentümer selbst und Bau durch einen Bauträger, der die »Kaufeigenheime« oder »Kaufeigentumswohnungen« dann verkauft, unterschieden werden muß. Die Subventionsform »Aufwendungszuschuß«, die die laufenden Aufwendungen (§ 18 II. BV) senkt, ist in § 42 II. WoBauG vorgesehen. Mieterhöhungen werden gem. § 10 WoBindG durch einseitige Erklärung wirksam.

Daß es auf eine rechtssoziologische Fragestellung (Zugang zum Recht) ankommen wird, ist auf den ersten Blick schwer ersichtlich. Immerhin fällt im Sachverhalt auf, daß der Mieter selbst nichts unternimmt. Trotzdem wäre es uferlos, sich daraufhin gleich breit in die Rechtssoziologie einzulesen. Man wird dazu im Zusammenhang der Frage der Eingriffskompetenz der Behörde noch gedrängt<sup>3</sup>.

Deutlicher wird im Sachverhalt, daß es auf Fragen der Kostenberechnung ankommt. Hier ist es zur Schärfung des eigenen Problematisierungsvermögens sinnvoll, sich mit dem Kostenbegriff zu befassen.

Der Aufbau der Lösung folgt dem bekannten Schema von Anfechtungsklagen.

### Ausgewählte Literatur

Schneider/Kornemann, Soziale Wohnungsmarktwirtschaft, 1977; Derleder/Winter, Zur verfassungsrechtlichen Stellung des Mieters: Das Beispiel der Mobilisierung öffentlicher Wohnungsbaumittel, JZ 1967, 657-664; Derleder, Das System des sozialen Mietrechts und seine Grundprobleme, JA 1977, 337, 436, 490, 538; Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, 1959, Stichwort »Kostenrechnung«.

### Lösungsvorschlag

#### A. Zulässigkeit der Klage

Problematisch ist hier nur, ob ein Verwaltungsakt vorliegt (§ 42 Abs. 1 VwGO). Der Form des Schreibens nach ist das nicht der Fall: es fehlt eine Bezeichnung als Bescheid, Verfügung o. ä., eine Gliederung in verfügendem Tenor und Begründung, eine Zwangsandrohung, eine Rechtsbehelfsbelehrung.

Kann das Schreiben der Behörde dennoch ein Verwaltungsakt (VA) sein, wenn es inhaltlich die Voraussetzungen des § 35 VwVfG erfüllt? Die Antwort ist nicht selbstverständlich positiv, denn der Terminus VA in § 42 VwGO könnte sich nur auf die formelle und der in § 35 VwVfG nur auf die inhaltliche Ausgestaltung eines Verwaltungshandelns beziehen. In der Tat müssen so diejenigen verstanden werden, die die zu wählende Klageart allein von der Form des Verwaltungshandelns abhängig machen<sup>4</sup>. § 35 VwVfG wäre dann eine Legaldefinition nicht für einen Terminus, an den sich die Form des Rechtsschutzes anknüpft, sondern für einen Terminus, an den sich materiell-rechtliche Regelungen wie insbesondere die Fehlerlehre des VwVfG anschließen.

Nach h. M. ist dennoch die materielle Definition maßgeblich<sup>5</sup>. Die Form ist lediglich Rechtmäßigkeitsvoraussetzung (§§ 37 ff. VwVfG) und im übrigen Indiz dafür, ob eine Regelung i.S.d. § 35 VwVfG vorliegt oder nicht. Zwar ist eine weite Auslegung des VA-Begriffs wegen des Auswegs des über die allgemeine Leistungsklage nicht mehr dringlich<sup>6</sup>, doch bestehen Unterschiede der Anfechtungs- und Leistungsklage im Hinblick auf Fristen, Vorverfahren, aufschiebende Wirkung, einstweiligen Rechtsschutz (und dessen Kosten, vgl. § 80 VwGO mit § 123 Abs. 3 VwGO, § 945 ZPO) fort. Insgesamt dürfte hier die Anfechtungsklage unter Rechtsschutzgesichtspunkten günstiger abschneiden, so daß der h. M. gefolgt werden soll.

Von den Kriterien des § 35 VwVfG sind alle unproblematisch gegeben mit Ausnahme der »Regelung«. Eine Regelung kann u. a. in einem Verhaltensgebot und in der Feststellung eines in concreto bisher unklaren Rechtszustandes bestehen.

Als Gebote kommen der 5. und 6. Satz des Schreibens in Betracht (Erstat-

tung, Verzinsung, Bestätigung, Erklärung), als Feststellungen der 3. und 1. Satz (zulässige Durchschnittsmiete, Gesetzesverstoß). Zweifel am Regelungsgehalt dieser Aussagen könnten möglicherweise die im Schreiben benutzten Abschwächungen »nach unserer Auffassung«, »wir bitten Sie« aufkommen lassen, die, wie der ganze Duktus des Schreibens zeigt, nicht bloß Höflichkeit zeigen, sondern Verbindlichkeit vermeiden wollen. Doch kommt es für die Auslegung nicht auf die Absicht der Behörde an, sondern darauf, wie der Betroffene die Maßnahme verstehen durfte<sup>7</sup>.

Für ihn ist eindeutig festgelegt, daß er zuviel Miete erhalten hat, zurückzahlen soll und in Zukunft nur eine geringere Miete nehmen darf. Für ihn ist klar, daß die Behörde nicht nur eine Auskunft zur Rechtslage erteilt oder eine Anregung gibt, sondern, wie insbesondere der letzte Satz des Schreibens zeigt, mit diesem Schreiben unmittelbar eine Veränderung des Verhaltens des Klägers herbeiführen will. Demgegenüber fällt nicht ins Gewicht, daß die Behörde offen läßt, ob sie bei Nichtbefolgung Verwaltungszwang gebrauchen will. Das Schreiben enthält deshalb in den genannten Sätzen einen VA mit gebietenden und feststellenden Teilen. Die Anfechtungsklage ist somit die richtige Klageart.

## **B. Begründetheit der Klage**

Zu prüfen ist, ob der VA rechtswidrig ist (§ 113 Abs. 1 VwGO). Der VA beeinträchtigt die Berufsausübung und das Eigentum der Kl. und bedarf gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Grundlage<sup>8</sup>. Hierbei ist zu unterscheiden, ob die Behörde zum Einschreiten durch Gebot und Feststellung ermächtigt ist, und – wenn ja – ob ihr VA auch inhaltlich von der gesetzlichen Grundlage gedeckt ist.

### **I. Bestehen einer Eingriffskompetenz**

1. Zunächst sind spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlagen zu prüfen. In Betracht kommt hier das WoBindG: Eine ausdrückliche Ermächtigung für die Behörde, bei Preisverstößen des Vermieters durch entsprechende Feststellungen und Gebote einzuschreiten, enthält das Gesetz jedoch nicht. § 8 WoBindG<sup>9</sup> reagiert auf Preisverstöße privatrechtlich: Die Vereinbarungen eines die rechtmäßige Kostenmiete übersteigenden Entgelts ist unwirksam (§ 8 Abs. 2); bei einer später eintretenden Erhöhung der laufenden Aufwendungen gilt nur die dieser Erhöhung entsprechende Mietsteigerung als vereinbart (§ 8a Abs. 3). Dennoch erbrachte Leistungen kann der Mieter zurückverlangen (§ 8 Abs. 2 Satz 2). Der Gläubiger des öffentlichen Darlehens, d. i. – je nach Land unterschiedlich – die Bewilligungsbehörde oder eine sog. darlehensverwaltende Stelle (Bank, Landeskreditan-

stalt), kann aufgrund des Darlehensvertrages (vgl. § 27) oder eines gesetzlichen Kündigungsrechts (§ 25 Abs. 2) auch das Darlehen kündigen, wenn Preisverstöße vorliegen. An öffentlichrechtlichen Reaktionen kennt das WoBindG ausdrücklich nur das Aufgeld gem. § 25 Abs. 1 und die Geldbuße gem. § 26 Abs. 1 Ziff. 3; daneben kommt nach allgemeinen Vorschriften Widerruf der Bewilligung der öffentlichen Mittel in Betracht (§ 49 Abs. 2 Ziff. 2 VwVfG)<sup>10</sup>.

Eine Ermächtigung zur Feststellung und Untersagung von Preisverstößen könnte sich aber auch schlüssig ergeben. Welche Anforderungen dabei an den Argumentationshaushalt zu stellen sind, ist – zwar nicht explizit, wohl aber in praxi – vom OVG Münster und dem BVerwG unterschiedlich entschieden worden. Während das OVG Münster sehr zurückhaltend mit der Annahme von Ermächtigungsgrundlagen ist<sup>11</sup>, scheint das BVerwG großzügiger zu sein<sup>12</sup>. Zwar spricht aus rechtsstaatlichen Gründen der Bestimmtheit hoheitlicher Eingriffe mehr für eine strenge Auffassung, doch ist es kaum fruchtbar, den Auffassungsunterschied abstrakt auszutragen.

Bezogen auf das WoBindG und unseren Fall ergeben sich folgende Auslegungsgesichtspunkte:

**Historisch**<sup>13</sup>: Öffentlich geförderte Wohnungen unterlagen ebenso wie freifinanzierte Wohnungen bis 1960 der Preisbeschränkung nach den Bundesmietengesetzen, die als Reaktionen auf Verstöße privatrechtliche Abwicklungen vorsahen. Mit der sog. Abbaugesetzgebung wurden die öffentlich geförderten Wohnungen hinsichtlich ihrer Zweckbindung unter ein besonderes Gesetz, das WoBindG 1960 gestellt, das ebenfalls nur privatrechtliche Reaktionen auf Preisverstöße kannte. Da dabei erhebliche Vollzugsdefizite auftraten, führte das WoBindG 1965 daneben öffentlichrechtliche Maßregelungen ein, und zwar 1965 das Aufgeld (§ 25) und 1968 das Bußgeld (§ 26).

1974 kam eine Ermächtigung zum Einschreiten bei bestimmungswidriger Nutzung hinzu (§ 6 Abs. 6). Es gibt also eine gewisse Tendenz zur Erweiterung der behördlichen Kompetenzen<sup>14</sup>.

**Gesetzgeberischer Wille**: Die Begründungen zum WoBindG 1965 und seinen späteren Novellierungen lassen nicht erkennen, daß die beteiligten Politiker an eine Kompetenz zu Verfügungen bei Preisverstößen gedacht haben. Andererseits ist sie aber auch nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden<sup>15</sup>. Daraus zu folgern, der Gesetzgeber habe keine weiteren Kompetenzen einräumen *wollen*<sup>16</sup>, geht jedoch zu weit. Man hat schlicht nicht daran gedacht.

**Systematischer Zusammenhang**: §§ 25, 26 sind relativ harte Reaktionen, die privatrechtlichen sind dagegen relativ weich. Zwischen ihnen fehlt ein Mittelmaß – eben die feststellende und gebietende Verfügung. Hinzu

kommt, daß §§ 25, 26 bewußte Preisverstöße voraussetzen; unbewußte können also öffentlich-rechtlich nicht sanktioniert werden.

Auch § 24 deutet auf eine Kompetenz zur Durchsetzung der Bindung hin<sup>17</sup>. Zwar enthält er sie nicht selbst, sondern eröffnet nur den Weg zum Verwaltungszwang; doch setzt er voraus, daß das Gesetz Kompetenzen einräumt. Schließlich ließe § 2 Abs. 3 leer. Dort werden der Behörde »zur Sicherung der Zweckbestimmung der Wohnungen« Untersuchungsrechte gegeben. Dies wäre sinnlos, wenn die Behörde bei festgestellten Preisverstößen nicht auch Konsequenzen ziehen dürfte.

**Teleologisch:** Es gibt zwar im deutschen Recht keine strikte Ableitung von Kompetenzen aus Zwecken (sog. implied powers), doch kann es als *zusätzlicher* Grund für die Annahme von Kompetenzen dienen, wenn diese die Verfolgung gesetzlich aufgetragener Zwecke erleichtern. § 2 trägt der zuständigen Behörde die »Sicherung der Zweckbestimmung« auf. Hierzu ist die Feststellung rechtswidrigen und das Gebot rechtmäßigen Verhaltens das nächstliegende und auch effektivste Mittel.

**Verfassungskonforme Auslegung:** Die in Frage stehenden Kompetenzen können auch mit dem Übermaßverbot in Verbindung mit §§ 25, 26 begründet werden. Das Übermaßverbot in der Ausprägung des Erforderlichkeitsprinzips würde, wenn die Behörde den Weg über ein Aufgeld oder ein Bußgeld beschreiten darf, verlangen, daß mildere Mittel gewählt werden, wenn diese zur Zielerreichung ebenso effektiv sind. Der feststellende und gebietende Verwaltungsakt ist ein solches milderes Mittel.

**Folgenanalyse:** Das OVG Münster hat es für »nicht mehr nötig erachtet, die strikte Einhaltung der maßgebenden Bestimmungen im öffentlichen Interesse zu erzwingen«. Die privatrechtlichen Folgen von Preisverstößen hielt es für genügend<sup>18</sup>. Es meint vermutlich, die Mieter würden in den meisten Fällen Preisverstöße selbst korrigieren. Das ist eine Folgenprognose, die *sozialwissenschaftlich* überprüft werden kann. Veröffentlichte Untersuchungen dazu liegen nicht vor. Es gibt jedoch in manchen Bundesländern eine größere Zahl von Preisprüfungen auf der Grundlage von § 2, aus denen hervorgeht, daß insbesondere kleinere Vermieter in beträchtlicher Zahl gegen Preisvorschriften verstoßen, ohne daß dies den Mietern bekannt wäre, geschweige denn von ihnen von sich aus gerügt würde.

#### **Hinweis**

*Über solche Prüfungsergebnisse kann sich der Bearbeiter durch einen Anruf bei der Wohnungsbehörde seines Hochschulortes informieren. Eine Anfrage beim Prüfungsverband der gemeinnützigen Wohnungsunternehmen seines Landes würde ihn weiterhin genauer über die Häufigkeit ungerügter Preisverstöße bei Unternehmen unterrichten. Auch kann er direkt bei einem größeren Wohnungsunternehmen anfragen, wie häufig Mieter selbst Preisverstöße behaupten und gerichtlich geltend machen. Bei*

*Amtsgerichten, die besondere Mietrechtsdezernate eingerichtet haben, kommt auch eine Befragung der zuständigen Richter in Betracht.*

Auch soweit empirische Ergebnisse nicht vorliegen oder zu schwer zu beschaffen sind, kann die Falschheit der Hypothese des OVG Münster mit Theorien und Daten aus der allgemeineren Rechtssoziologie belegt werden. Diese hat vielfältig gezeigt, daß der Zugang zum Recht für den Normalbürger von »Barrieren« und »Defiziten« verstellt ist<sup>19</sup>. »Barrieren« liegen auf der Seite des Rechts; sie bestehen vor allem in der Kompliziertheit des Rechts (hier: der II. BV), dem Fehlen kostenloser und ausreichend kompetenter Rechtsberatung und der Kostspieligkeit gerichtlicher Verfahren. »Defizite« liegen auf der Seite der Betroffenen; sie bestehen vor allem in Unkenntnis des Rechts, mangelnder Konfliktbereitschaft, sozialer Distanz gegenüber dem Gericht und untragbarem Kostenrisiko. All diese Hindernisse, namentlich die Kompliziertheit der II. BV und mangelnde Konfliktbereitschaft gegenüber dem Vermieter, liegen auch hier vor. Insgesamt spricht die theoretische und empirische Plausibilität dagegen, daß Mieter von sich aus privatrechtlich auf Preisverstöße reagieren. Da bei der Wohnungsbehörde zumindest die genannten »Defizite« entfallen, dürfte ihre Einschaltung effektiver sein.

Aus der *Tatsachenbehauptung*, daß das behördliche Einschreiten effektiver ist als das Einschreiten durch den Mieter selbst, kann nun ohne Verstoß gegen die Regel der Semantik nicht unvermittelt abgeleitet werden, daß eine entsprechende Kompetenz der Behörde auch *vernünftig* ist, und erst recht nicht, daß sie auch *rechtlich gewollt* ist<sup>20</sup>.

Mittelbar ist eine solche »Ableitung« aber möglich, wenn man einen Zwischenschritt einlegt. Dieser besteht für die Begründung von Werturteilen mit Tatsachenurteilen in der Benutzung von »Brückenprinzipien« (II. Albert), d. h. von – bei der Begründung von Werturteilen allgemein anerkannten – Argumentationsweisen in »Wenn-dann«-Form, bei denen die Prämisse (»wenn...«) aus Tatsachenurteilen und die Folgerung (»dann...«) aus einem Werturteil besteht. Zu diesen Argumentationsweisen gehört zum Beispiel die Maxime »Sollen impliziert Können«, genauer: »Es spricht für einen zu bewertenden Vorschlag, wenn der Vorschlag ausführbar ist«. Um diese Maxime über den Bereich allgemeinen Wertens hinaus auch im Zusammenhang juristischer Interpretation verwendbar zu machen, muß sie rechtlichen Rang haben. Sie hieße dann etwa: »Es spricht für eine von verschiedenen (semantisch möglichen) Interpretationsvarianten, wenn sie ausführbar ist«. Es ist nachweisbar, daß die Maxime in Rechtsprechung und Literatur – wenn auch meist nicht explizit – vielfach verwendet wird. Ihr rechtlicher Rang ergibt sich, wenn man sie als »Methoden-Gewohnheitsrecht« auffaßt.

Wendet man die Maxime auf die Folgenanalyse an, so ergibt sich: Der Interpretationsvorschlag, der behördliches Einschreiten anerkennt, ist aus-



föhrbar, während der Vorschlag, der sich auf privatrechtliche Reaktionen verläßt, kaum ausführbar ist. Das spricht für den ersten Vorschlag (könnte aber nicht als *alleiniger* Grund tragen, denn soweit reicht die o. g. Maxime nicht).

**Schlußfolgerung:** Die überwiegenden Gründe sprechen für die Annahme einer behördlichen Kompetenz zum Einschreiten durch Gebot und Feststellung, wenn Preisverstöße vorliegen<sup>21</sup>.

#### **Hinweis**

*Vertretbar ist aber auch eine differenzierende Lösung, bei der zwar eine Kompetenz zur Feststellung des Preisverstoßes angenommen, dagegen eine solche zum Gebot der korrekten Preisbestimmung und Rückzahlung des überzahlten Betrages abgelehnt wird. In diesem Fall ist die Prüfung unten zu II. nur auf die inhaltliche Rechtmäßigkeit der Feststellung zu beziehen.*

2. Statt der spezialgesetzlichen kommt auch eine Ermächtigung durch die polizeigesetzliche Generalklausel in Betracht. Diese ist jedoch dann unanwendbar, wenn das Spezialgesetz die Befugnisse der Verwaltung in dem betreffenden Gebiet abschließend regelt, sei es in der Weise, daß eine Eingriffsbefugnis vorgesehen wird oder auch nicht<sup>22</sup>.

Eine abschließende Regelung ist nicht schon dann getroffen, wenn das Gesetz Verhaltensvorschriften (lediglich) strafrechtlich bewehrt. Im Gegenteil bringt der Gesetzgeber damit eine besondere Schädlichkeit der Rechtsverstöße zum Ausdruck, die als Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu werten ist, so daß polizeiliche Abwehr zulässig ist<sup>23</sup>. Ob dasselbe für eine Bewehrung durch Ordnungswidrigkeitsnormen gilt, wie es beim WoBindG der Fall ist, kann hier offenbleiben. Denn das WoBindG geht, indem es das Aufgeld und verschiedene Eingriffsbefugnisse einführt, darüber hinaus. Auch die Tatsache, daß es neben den öffentlichrechtlichen privatrechtliche Sanktionen vorsieht, deutet auf eine abschließende spezialgesetzliche Regelung hin.

Darauf, ob die öffentliche Sicherheit durch Verstöße gegen jedwede Norm des öffentlichen Rechts gefährdet ist, oder bei diesen Normen noch zwischen spezifisch polizeilichen und andersartigen zu unterscheiden ist, kommt es deshalb nicht mehr an<sup>24</sup>.

## **II. Wahrnehmung der Eingriffskompetenz**

Eine Feststellung rechtswidrigen Verhaltens ist selbst rechtswidrig, wenn das Verhalten rechtmäßig war. Ein Gebot einer Verhaltensänderung ist selbst rechtswidrig, wenn das beanstandete Verhalten rechtmäßig ist. Zu prüfen ist also, ob der vom Kläger verlangte Mietpreis den Preisvorschriften entspricht.

1. Zunächst soll geprüft werden, ob die gerügten Ansätze gegen die II. BV verstoßen.

Der Ansatz von 7% auf die Eigenleistungen ist zu hoch: Gem. § 20 Abs. 2 Satz 2 II. BV dürfen für den Teil der Eigenleistungen, der 15% der Gesamtkosten nicht übersteigt, nur 4% Zinsen angesetzt werden. Da hier nicht mehr als 15% Eigenleistungen eingesetzt worden sind (nämlich 50 T. von 550 T.), dürfen nur 4% angesetzt werden.

§ 25 Abs. 2 bezieht die *Abschreibung* auf die Baukosten. Diese sind gem. § 5 Abs. 3 II. BV u. a. die Kosten des Gebäudes. Die Baukosten werden in der Höhe angesetzt, in der sie tatsächlich entstehen (§ 7 Abs. 1 II. BV). Dieser Betrag bleibt trotz später eintretender Baupreissteigerungen unverändert (§ 4 a Abs. 1 II. BV; sog. Einfrierungsgrundsatz). Daraus folgt, daß auch die Abschreibung nur auf die ursprünglich entstandenen Baukosten bezogen werden darf. Mit anderen Worten ist nur eine Abschreibung auf die Anschaffungskosten, nicht eine solche auf die Wiederbeschaffungskosten zulässig.

Der Ansatz für *Instandhaltungskosten* widerspricht § 28 Abs. 2 Ziff. 2 II. Berechnungsverordnung. Hiernach darf nur DM 9,-/qm und Jahr eingesetzt werden.

2. Die II. BV bedarf als Verordnung einer Delegationsnorm (Art. 80 Abs. 1 GG). Zu prüfen ist, ob sie deren Voraussetzungen entspricht und auch sonstiges übergeordnetes Recht nicht verletzt. Delegationsnorm ist § 105 Abs. 1 II. WoBauG. Aus dessen Buchst. b ergibt sich, daß Höchstsätze für Kapital- und Bewirtschaftungskosten festzusetzen sind. Aus § 72 II. WoBauG ist weiterhin zu entnehmen, daß eine »Miete zu genehmigen (ist), die zur Deckung der laufenden Aufwendungen erforderlich ist (Kostenmiete)«. Ähnlich lautet § 8 Abs. 1 WoBindG. § 8 a WoBindG enthält nunmehr sogar die präzise Beschränkung der Eigenkapitalverzinsung auf 4%. Somit folgt – weniger deutlich aus § 105, deutlicher aus § 72 II. WoBauG –, daß die Miete geeignet sein muß, die Kosten zu decken. Damit ist freilich noch kein ausreichender Maßstab gewonnen. Versucht man den Terminus »Kosten« mit Hilfe der Wirtschaftswissenschaft zu definieren, so zeigt sich eine verwirrende Vielfalt. Ein Hauptunterschied besteht zwischen dem betriebswirtschaftlichen und dem finanzwirtschaftlichen Kostenbegriff<sup>25</sup>. Diese ergeben hinsichtlich der drei in Frage stehenden Ansätze folgendes:

Die *Eigenkapitalverzinsung* ist betriebswirtschaftlich an sich nicht als Kosten ansetzbar, sondern eine Restgröße (der Gewinn); soweit sie – wie in der Preiskalkulation – als Kosten berücksichtigt wird, werden jedoch nicht nur 4% angesetzt, sondern ein Zinssatz, der den sog. Opportunitätskosten entspricht. Diese machen soviel aus, wie der Unternehmer durch anderweitigen Einsatz des Eigenkapitals (z. B. durch Wertpapierkauf) hätte erwirtschaften können. Finanzwirtschaftlich entfällt eine Eigenkapitalverzinsung ganz. Die *Abschreibung* wird betriebswirtschaftlich auf die Wiederbeschaf-

fungspreise bezogen, da diese nach Abnutzung des Produkts bezahlt werden müssen. Finanzwirtschaftlich gilt dagegen nicht der Wertverzehr, also eine Abschreibung, sondern die jährliche Zahlung, also der Tilgungssatz als Kosten. (Insofern finden derzeit freilich Wandlungen statt<sup>26</sup>.) Die *Instandhaltungskosten* sind nach beiden Definitionen Kosten. Jedoch würde finanzwirtschaftlich der jährliche tatsächliche Aufwand angesetzt werden, während betriebswirtschaftlich auch Pauschalen in Betracht kommen.

Der Blick in die Ökonomie zeigt nicht nur, welche Kostenbegriffe denkbar sind, sondern auch, daß die jeweils angemessene Definition von dem Verwendungszusammenhang abhängt. Der betriebswirtschaftliche Kostenbegriff dient der Preiskalkulation und soll dabei für angemessenen Gewinn, Rückgewinnung des Kapitals zur Wiederbeschaffung und Verstärkung schwankender Ausgaben (wie der für Instandhaltung) sorgen. Der finanzwirtschaftliche Kostenbegriff soll vorgegebene Einnahmen (aus Steuern) so verteilen, daß zumindest alle Ausgaben gedeckt sind.

Es ist deshalb zu fragen, welchen Verwendungszweck das II. WoBauG dem Kostenbegriff setzt. An oberster Stelle steht hier der sozialstaatliche Zweck, daß die Mieter zu tragbaren Mieten wohnen sollen. Um dies zu erreichen, wird öffentliche Förderung eingesetzt. Diese wäre jedoch vertan, sie würde »mitgenommen«, wenn den geförderten Bauherren eine freie Preisbildung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen gestattet würde. Die Förderung wird gegen eine Bindung eingetauscht<sup>27</sup>. Mit der Bindung an die »Kostenmiete« ist gemeint, daß weitgehend sozial- und förderungs-politische Gesichtspunkte bestimmen sollen, was als »Kosten« anzuerkennen ist. Zu diesen gehört, daß die Mietergenerationen, die nacheinander eine Wohnung bewohnen, ungefähr gleichmäßig mit den Kosten der Wohnung belastet sein sollen, daß also nicht z. B. die Erstmieter relativ mehr als die späteren Mieter tragen sollen; zu ihnen gehört weiterhin, daß es im staatlichen Ermessen stehen muß, ob der Vermieter das Kapital zur Wiederbeschaffung soll ansammeln können, oder ob für den zukünftigen Ersatzbau erneut öffentliche Förderung eingesetzt werden soll, die Eigenkapitalbildung in erheblichem Umfang überflüssig macht.

Hieraus folgt für die in Rede stehenden Ansätze: Die Verminderung der Eigenkapitalverzinsung stellt eine Gewinnbeschränkung dar, die gerechtfertigt ist, weil sie die Tragbarkeit der Mieten sichert. Abschreibung nur auf die Anschaffungskosten zu beschränken, entspricht der legitimen Entscheidung dafür, den Ersatzbau nicht voll aus den Einkünften des ersten Objekts zu finanzieren. Die Instandhaltungskosten als Pauschale auszuweisen, in der sich aufwendige und nicht aufwendige Jahre ausgleichen, wird dem Ziel gerecht, die wechselnden Mieter gleichmäßig zu belasten.

3. Entspricht somit die II. BV in den angesprochenen Punkten den §§ 72, 105 II. WoBauG und §§ 8, 8a WoBindG, so ist weiter zu prüfen, ob diese Bestimmungen in der entwickelten Interpretation dessen, was Deckung der Kosten heißt, mit dem *Grundgesetz* übereinstimmen. Insbesondere kommt

eine Verletzung des Art. 14 GG in Betracht.

a) Zunächst ist zu fragen, ob Wohnungsunternehmen nicht auf den Eigentumsschutz verzichten, wenn sie sich auf öffentlich geförderten Wohnungsbau einlassen. Auf Grundrechte oder doch einzelne aus ihnen fließende Befugnisse kann man verzichten<sup>28</sup>, soweit sie nicht Ausfluß der Menschenwürde sind<sup>29</sup>.

Wer öffentlich gefördert Mietwohnungen baut, weiß, daß er an die Kostenmiete gebunden ist. Wie hoch seine Erträge sein werden, kann er aufgrund der präzisen Vorschriften der II. BV errechnen. Decken diese nicht die bei ihm nach seiner Definition entstehenden tatsächlichen Kosten, braucht er sich auf das Projekt nicht einzulassen und kann z. B. freifinanzieren bauen. Läßt er sich darauf ein, geht das Risiko der Fehlkalkulation zu seinen Lasten<sup>30</sup>. Er verzichtet auf die Befugnis eines Eigentümers, selbst zu bestimmen, wo seine Kostendeckungsgrenze liegt. Dies gilt jedenfalls für die Posten, bei denen das Ausmaß der Abweichung von normaler betriebswirtschaftlicher Rechnung eindeutig fixiert ist, in unserem Fall also für die Reduktion der Eigenkapitalverzinsung auf 4% und den Bezug der Abschreibung auf die Anschaffungspreise.

Die Pauschale für Instandhaltungskosten wird dagegen in Abständen der Preisentwicklung angepaßt<sup>31</sup>. Hier kann der Bauherr eine ungefähre Kostendeckung erwarten. Läßt er sich darauf ein, kann darin kein Verzicht gesehen werden.

b) Eine mögliche Verletzung des Eigentumsschutzes ist also nur noch hinsichtlich der Instandhaltungspauschale zu prüfen. Diese könnte Art. 14 zum einen dadurch verletzen, daß sie die ganz verschiedenen Kostenstrukturen verschiedener Eigentümer in einer Pauschale nivelliert, zum anderen dadurch, daß der Durchschnittsbetrag niedriger liegt als die durchschnittlichen Kosten aller Eigentümer zusammen. Hier ist nur die zweite Variante problematisch<sup>32</sup>.

Als verletztes Eigentumsrecht ist das *Grundeigentum* zu prüfen. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert Privatnützigkeit, die jedoch durch die Belange derer, die auf die Nutzung des Eigentumsobjektes angewiesen sind, beschränkt ist<sup>33</sup>. Je größer dieses Angewiesensein ist, desto stärker darf das Eigentum beschränkt werden<sup>34</sup>. Allerdings ist eine Minimalgrenze einzuhalten. Diese wird unterschiedlich umschrieben, wobei in den jüngeren einschlägigen Entscheidungen ohne Rücksicht auf den Theorienstreit zur Abgrenzung von Sozialbindung und Enteignung<sup>35</sup> meist Kriterien benutzt werden, die unmittelbar auf die Grundstücksnutzung Bezug nehmen. So sieht das BVerfG die Grenze jedenfalls dann noch nicht als unterschritten an, wenn der Eigentümer »eine Rendite in Höhe der vertraglichen Miete, der Kostenmiete oder der ortsüblichen Vergleichsmiete erhält«<sup>36</sup>. Nach dem BVerwG ist die Grenze erreicht, wenn die Einnahmen »nicht einmal die Bewirtschaftungskosten des Gebäudes (...) decken oder dem Grundeigentümer doch eine auf lange Zeit nicht zu tilgende Kapitalschuld auferlegt

wird<sup>37</sup>. Für Instandhaltungskosten deutet der BGH an, daß die Grenze unterschritten ist, wenn die Pauschale *keinem* Vermieter Deckung seiner Kosten verschafft<sup>38</sup>.

Die genannten Kriterien sind zu unscharf und unsystematisch, um weiterzuhelfen. Sie zeigen erneut, daß Aussagefähigkeit der Maßstäbe nur erreichbar ist, wenn man sich genauer auf die Kostenrechnung bei Vermietung einläßt. Zu konkretisieren ist einmal in zeitlicher Hinsicht: Mit der Eigentumsgarantie ist es angesichts der besonderen Sozialbindung im Wohnungssektor noch vereinbar, wenn es das WoBauG und das WoBindG aus Gründen der Kostenverteilung auf mehrere Mietergenerationen zulassen, daß die Einkünfte aus der Pauschale in manchen Jahren über, in manchen Jahren aber eben auch *unter* den tatsächlich anfallenden Ausgaben liegen. Nicht verwendete Beträge aus fetten Jahren können verzinslich angelegt werden und decken so Lücken magerer Jahre. – Zu konkretisieren ist zum anderen in rechnungstechnischer Hinsicht: In der Kostenrechnung werden Kosten den sog. Kostenträgern (hier: Ansätze für Instandhaltungsarbeiten) zugeordnet<sup>39</sup>. Die Eigentumsgarantie fordert nun nicht, daß jeder Kostenträger aus den ihm zugeordneten Kosten finanziert werden muß. Rentabilität wird, wenn überhaupt, nicht für jede Kostenquelle gesondert gefordert, sondern allenfalls auf das Gesamtprojekt bezogen. Deshalb ist es zumutbar, für die Instandhaltungskosten nicht nur die Einkünfte aus der Pauschale, sondern auch nicht verwendete sonstige Ertragsanteile aus dem Objekt heranzuziehen<sup>40</sup>. Hierzu gehören z. B. die Eigenkapitalverzinsung (§ 20 II. BV), Teile der Differenz zwischen bezahltem Grundstückskaufpreis und ansetzbarem Verkehrswert (§ 6 Abs. 1 Ziff. 3 II. BV), nicht gebrauchte Anteile des Mietausfallwagnisses (§ 29 II. BV), trotz Entschuldung weiter angesetzte Fremdmittelzinsen (§ 21 Abs. 3 Ziff. 1 II. BV). Eine Verletzung der Eigentumsgarantie liegt also nicht vor<sup>41</sup>.

### III. Ergebnis

Die Mieterhöhung war also rechtswidrig. Daß die Behörde dies feststellte, war rechtmäßig, ebenso, daß sie die gesetzmäßige Miete gebot. Die Klage ist somit als unbegründet abzuweisen.

#### Zusammenfassung

Die Klage ist als Anfechtungsklage zulässig, weil das Schreiben der Behörde einen feststellenden und gebietenden Verwaltungsakt enthält. Sie ist jedoch nicht begründet. Die Behörde hat die Befugnis, Mietpreisverstöße festzustellen und zu untersagen. Die Mietpreiserhöhung im vorliegenden Fall verstößt gegen die II. Berechnungsverordnung. Die II. BV ist mit ihren gesetzlichen Grundlagen, diese wiederum sind mit dem Grundgesetz vereinbar.