

mieterstadt.de

Netzwerk für soziales Wohnen und
bürgernahe Stadtentwicklung e.V.



Entwurf einer Rechtsverordnung

zur Änderung von Vorschriften über wohnungswirtschaftliche
Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz
(II. Berechnungsverordnung)

**Erste Verordnung zur Korrektur der Berechnung
von Kostenmieten im Sozialen Wohnungsbau in Berlin**

vorgelegt von

Prof. Dr. Martin Schwab

mieterstadt.de - Netzwerk für soziales
Wohnen und bürgernahe Stadtentwicklung e.V.

Prof. Dr. Martin Schwab
martin.schwab@uni-bielefeld.de

mieterstadt.de - Netzwerk für soziales Wohnen und bürgernahe Stadtentwicklung e.V.
info@mieterstadt.de

Bielefeld und Berlin, den 15. Dezember 2017

Sehr geehrter Herr Regierender Bürgermeister, sehr geehrter Herr Müller,
sehr geehrter Herr Senator, sehr geehrter Herr Behrendt,
sehr geehrte Frau Senatorin, sehr geehrte Frau Lompscher,
sehr geehrter Herr Senator, sehr geehrter Herr Kollatz-Ahnen,

in den letzten Wochen haben Objekte des öffentlich geförderten Sozialen Wohnungsbaus im Bezirk Neukölln erhebliche Aufmerksamkeit in den Medien gefunden. Die 99 Mietparteien der Sozialwohnungen in der Manitusstraße 17-19 und am Maybachufer 40-42 sind von dramatischen Mieterhöhungen bedroht.

Hier offenbart sich eine Fehlstellung bei den Vorschriften zur Berechnung der Kostenmieten im Sozialen Wohnungsbau, in der sogenannten II. Berechnungsverordnung, die nicht nur der Bewohnerschaft dieser Objekte zum Nachteil gereicht, sondern eine derzeit nicht überschaubare Vielzahl an weiteren Mieterhaushalten bedroht. Die Fehlstellung besteht darin, daß den Vermietern nach geltender Rechtslage erlaubt ist, Zinsen auch für bereits zurückgezahlte Darlehensbeträge in die Berechnung der Mieten einfließen zu lassen. Da diese Zinsen nicht an Darlehensgeber abgeführt werden, sondern bei den Vermietern verbleiben, entstehen hierdurch sogenannte Entschuldungsgewinne.

Diese Fehlstellung bietet nicht nur Raum für unnötig hohe Mieten im Sozialen Wohnungsbau, sondern birgt außerdem die Gefahr, daß die betreffenden Objekte am Ende der Belegungs- und Mietpreisbindung mit übersteuerten Mieten irreparabel ins Vergleichsmietensystem entlassen werden und sich dort negativ bemerkbar machen.

Bei den Objekten, bei denen die Bindungen zum Jahresende 2017 entfallen - dazu gehören die eingangs erwähnten Objekte in Neukölln -, ist besonders rasches Handeln geboten: Wenn den Vermietern nicht noch in diesem Jahr verboten wird, bei der Berechnung der Kostenmieten Zinsen auf getilgte Darlehen anzurechnen, drohen den Betroffenen Mieten in wirtschaftlich nicht erforderlicher Höhe.

Zumindest für die Mieter der Sozialwohnungen in der Manitusstraße und am Maybachufer steht eine juristische und finanzielle Hängepartie bevor: Hier ist gerichtlich ungeklärt, ob der Vermieter vom Erhalt der Anschlussförderung bis heute wirksam auf die Entschuldungsgewinne verzichtet hat oder ob er den Mietern diese der II. Berechnungsverordnung entsprechend in Rechnung stellen darf. Die

Erfahrung lehrt, dass, um dieser Unsicherheit zu entgehen, viele Mieterhaushalte wohl ihre Wohnungen aufgeben werden. Um dies effektiv zu vermeiden und die Sozialwohnungen für die Betroffenen unabhängig vom Ausgang der verwaltungs- und zivilgerichtlichen Entscheidungen zu sichern, muss der jetzige Rechtszustand korrigiert werden.

Wir erlauben uns daher, Ihnen unseren Entwurf für eine Rechtsverordnung vorzulegen, mit der die Berechnung der Kostenmieten von Sozialwohnungen in Berlin hinsichtlich der Geltendmachung von Entschuldungsgewinnen repariert werden kann. Würde diese Verordnung vom Berliner Senat noch in diesem Monat beschlossen und sofort in Kraft gesetzt, könnte nicht nur den Mietern geholfen, sondern auch die Steuerzahler entlastet werden. Einzelheiten entnehmen Sie bitte den beigefügten Erläuterungen zum nachstehenden Verordnungsentwurf.

Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, stellen wir klar, dass mit der vorgeschlagenen Regelung selbstverständlich nicht alle Probleme des Sozialen Wohnungsbaus Berliner Prägung gelöst werden können. Vielmehr ist unser Vorschlag als eine Art Notfallmaßnahme zu verstehen.

Wir bitten Sie daher, anliegenden Verordnungsentwurf wohlwollend zu prüfen, nach Möglichkeit noch in der Senatssitzung am 19.12.2017 zu beschließen und noch im Dezember in Kraft zu setzen.

Für etwaige Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Martin Schwab
Ulf Glandien (für mieterstadt.de)

ENTWURF EINER RECHTSVERORDNUNG

zur Änderung von Vorschriften über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (II. Berechnungsverordnung)

Erste Verordnung zur Korrektur der Berechnung von Kostenmieten im Sozialen Wohnungsbau in Berlin

Auf Grund des § 28 des Wohnungsbindungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. September 2001 (BGBl. I S. 2404), das zuletzt durch Artikel 126 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist, wird verordnet:

§ 1 Anwendungsbereich

(1) Diese Rechtsverordnung gilt für Wohnungen im Bundesland Berlin, die mit Aufwendungshilfen gefördert wurden und bei denen im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Rechtsverordnung die Eigenschaft „öffentlich gefördert“ besteht.

(2) Durch diese Rechtsverordnung werden Vorschriften der Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (Zweite Berechnungsverordnung) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Oktober 1990 (BGBl. I S. 2178), zuletzt geändert durch Artikel 78 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2614), geändert.

§ 2 Änderung von Vorschriften der II. Berechnungsverordnung

(1) In § 12 Absatz 4 Satz 3 der Zweiten Berechnungsverordnung werden die Worte „in der bisherigen Weise“ gestrichen.

(2) § 21 der Zweiten Berechnungsverordnung wird wie folgt geändert:

1. § 21 Absatz 3 Satz 2 wird wie folgt neu gefaßt: „Der niedrigere Zinssatz bleibt nach der Ersetzung des Fremdmittels durch andere Mittel, deren Kapitalkosten höher sind, maßgebend, wenn die Ersetzung auf Umständen beruht, die der Bauherr zu vertreten hat; § 23 Abs. 5 bleibt unberührt.“
2. Folgender Absatz 5 wird eingefügt: „Soweit Fremdmittel im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung planmäßig getilgt sind, ist für sie eine Verzinsung in Höhe von Null vom Hundert anzusetzen und auszuweisen.“
3. Folgender Absatz 6 wird eingefügt: „Soweit Fremdmittel nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung planmäßig getilgt werden, gilt folgendes:
 1. Für Tilgungsbeträge, die in der ersten Jahreshälfte erbracht werden, ist bis zum 30. Juni des Jahres, in dem sie erbracht worden sind, die bisherige Verzinsung und danach eine Verzinsung in Höhe von Null vom Hundert anzusetzen und auszuweisen.
 2. Für Tilgungsbeträge, die in der zweiten Jahreshälfte erbracht werden, ist bis zum 31. Dezember des Jahres, in dem sie erbracht worden sind, die bisherige Verzinsung und danach eine Verzinsung in Höhe von Null vom Hundert anzusetzen und auszuweisen. Dies gilt auch für Tilgungen, die zwischen dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung und dem 31.12.2017 geleistet werden.“

4. Folgender Absatz 7 wird eingefügt: „Soweit nach den Absätzen 5 und 6 für getilgte Fremdmittel eine Verzinsung von Null vom Hundert anzusetzen und auszuweisen ist, leiten sich aus diesen Fremdmitteln Kapitalkosten in Höhe von Null Euro ab.“

(3) In § 22 wird folgender Absatz 6 eingefügt: „Planmäßig getilgte Fremdmittel sind keine unverzinslichen Fremdmittel im Sinne des Absatzes 1“.

(4) § 23 Absatz 4 Satz 2 wird wie folgt neu gefaßt: „Durch die planmäßige Tilgung von Fremdmitteln ändern sich die Kapitalkosten nur nach Maßgabe von § 21 Absatz 5 bis 7.“

§ 3 Inkrafttreten

Diese Rechtsverordnung tritt am Tage nach der Verkündung im Gesetzes- und Verordnungsblatt von Berlin in Kraft.

ERLÄUTERUNGEN

I. Dringlichkeit

Bei dieser Verordnung geht es um die kurzfristige Reparatur eines Rechtszustands, der zu vermeidbar hohen Mieten führt. Alle Objekte, die mit dem Jahreswechsel 2017/2018 die Eigenschaft „öffentlich gefördert“ verlieren, drohen durch diesen Rechtszustand mit einer vermeidbar hohen Ausgangsmiete ins Vergleichsmietensystem entlassen zu werden. Die Objekte unterliegen dann dem Regime der §§ 558 ff. BGB und sind dem Zugriff des Berliner Landgesetzgebers fortan entzogen, mithin für mietenpolitische Maßnahmen des Landes Berlin nicht mehr erreichbar - vor allem dann nicht, wenn die Ausgangsmiete oberhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt; denn dann greift auch die Mietpreisbremse nicht mehr.

Weitere politische Veränderungen im preisgebundenen Mietrecht - sei es im System des Kostenmietrechts selbst, sei es in Gestalt einer Systemumstellung - werden durch diese Verordnung weder ausgeschlossen noch inhaltlich präjudiziert.

II. Der zu behebende Rechtszustand

Das bisherige Kostenmietrecht erlaubt es Vermietern, die Sozialwohnungen mit Fremdmitteln finanziert und diese planmäßig getilgt haben, in die Berechnung der Kostenmieten Kostenpositionen einzusetzen, denen keine Zahlungsverpflichtungen gegenüberstehen. Es handelt sich um die sogenannten Entschuldungsgewinne. Mit diesem Begriff wird in der juristischen Diskussion das Phänomen bezeichnet, daß Vermieter Zinsen auf Fremdmittel (insbesondere Darlehen) auch dann noch ansetzen dürfen, wenn bzw. soweit sie selbst keine Zinsen mehr an die Banken bezahlen müssen, weil sie die Fremdmittel bereits ganz oder teilweise zurückgeführt haben.

Die Entschuldungsgewinne haben sich in der Vergangenheit als erheblicher Kosten- und damit Mietentreiber erwiesen. Eine plausible ökonomische Rechtfertigung für den Ansatz von Entschuldungsgewinnen in der Kostenmiete ist bis heute nicht vorgetragen worden (ausführliche Dokumentation des Streitstandes bei *Schwab*, Rechtsfragen des sozialen Wohnungsbaus, 2015, Seite 73 ff.). Werden die Vermieter gezwungen, die Entschuldungsgewinne *noch im Jahr 2017* aus den

Wirtschaftlichkeitsberechnungen herauszustreichen, so hat dies zum gemeinsamen Nutzen von Mietern und Steuerzahlern folgende positive Effekte:

- Tritt diese Verordnung beispielsweise mit Wirkung zum 24.12.2017 in Kraft, kommt es für alle Mieter von Berliner Sozialwohnungen, bei denen Entschuldungsgewinne einen Teil der Miete ausmachen, am 24.12.2017 zur Mietsenkung. Dies kommt auch einem Weihnachtsgeschenk an die Steuerzahler gleich, da bei Transferleistungsempfängern geringere Transferleistungen und bei Mietzuschussempfängern geringere Mietzuschüsse bezahlt werden müssen.
- Die Miete, die für Dezember 2017 zu bezahlen ist, wurde zwar schon zu Monatsbeginn fällig, muß aber über den ganzen Monat hinweg von den Vermietern verdient werden. Werden die Entschuldungsgewinne z.B. zum 24.12.2017 gestrichen, sinken zu diesem Termin die Aufwendungen der Vermieter. Die Folge hiervon ist, dass in diesem Zeitpunkt automatisch die Kostenmieten und die von den Mietern zu bezahlenden Mieten gesenkt werden (§ 5 Abs. 1 Neubaumietenverordnung). Die Vermieter müssen dann eine neue Wirtschaftlichkeitsberechnung aufstellen und die für das letzte Monatsviertel zu viel gezahlte Miete erstatten (entsprechend § 8 Abs. 2 Satz 2 Wohnungsbindungsgesetz).
- Im Hinblick auf die Wohnungen, die mit Ablauf des Jahres 2017 ihre Sozialbindung verlieren, bedeutet dies: Die Wohnungen werden mit geringeren Ausgangsmieten in das Vergleichsmietensystem entlassen. Wenn die Entschuldungsgewinne spätestens mit Wirkung zum 31.12.2017 aus der Kostenmietenberechnung entfernt werden, tragen die mit Steuermitteln geförderten Wohnungen weniger zur Erhöhung der ortsüblichen Vergleichsmiete bei, als dies bisher der Fall ist.

III. Kompetenz des Senats von Berlin zum Erlaß dieser Rechtsverordnung

Mit der Föderalismusreform gelten das Wohnungsbindungsgesetz und die II. Berechnungsverordnung als Landesrecht weiter und können durch die Organe der Landesgesetzgebung geändert werden. Da die II. Berechnungsverordnung nur in ihrem bisherigen Rang als Rechtsverordnung weiter gilt, kann sie durch eine Rechtsverordnung des Senats von Berlin geändert werden.

IV. Reichweite der vorgesehenen Änderung

1. Da es an einer ökonomischen Rechtfertigung für den Ansatz von Entschuldungsgewinnen fehlt, spricht nichts dagegen, die vorgeschlagene Verordnung in gleicher Weise auf Objekte mit und ohne Anschlußförderung zu erstrecken.

2. Es ist nach der hier vertretenen Ansicht zwar rechtlich nicht zwingend, könnte sich aber unter Umständen als politisch opportun erweisen, den Vermietern im Gegenzug zur Streichung der Entschuldungsgewinne in maßvollem (!) Umfang entgegenzukommen:

a) Man hat versucht, den Ansatz von Entschuldungsgewinnen damit zu rechtfertigen, daß den Vermietern auf diese Weise eine - allerdings dann sehr großzügig bemessene - zusätzliche Instandhaltungsreserve zur Verfügung steht. Streicht man den Ansatz von Entschuldungsgewinnen, könnte in einem zweiten Schritt eine Erhöhung der

Instandhaltungspauschale nach § 28 Abs. 2 der II. Berechnungsverordnung in Betracht gezogen werden.

b) Die bisherige Rechtslage ist durch folgende Eigenheit gekennzeichnet: Fremdmittel, die *planmäßig getilgt* werden, bleiben ihrem Rechtscharakter nach Fremdmittel. Die Vermieter dürfen für planmäßig getilgte Beträge die bisherigen Zinssätze ansetzen (§ 23 Abs. 4 Satz 2 der II. Berechnungsverordnung) - eben die Entschuldungsgewinne, die deshalb so heißen, weil die Vermieter im Umfang der Tilgung keine Zinslasten mehr treffen. Fremdmittel, die *abgelöst* werden, verwandeln sich dagegen in Eigenmittel. Im zuletzt genannten Fall findet eine Umfinanzierung statt mit der Folge, daß die Vermieter ab sofort die gesetzliche Eigenkapitalverzinsung ansetzen dürfen (§ 23 Abs. 4 Satz 3 der II. Berechnungsverordnung).

Diese Rechtslage enthält bereits jetzt eine Ungleichbehandlung: Die Vermieter, die Fremdmittel planmäßig tilgen, werden hinsichtlich des Kostenansatzes anders behandelt als die Vermieter, die Fremdmittel durch Eigenmittel ablösen. Die planmäßige Tilgung ist - anders als die Ablösung - nach der ausdrücklichen Wertung durch den Ordnungsgeber keine Umfinanzierung. Diese Ungleichbehandlung mag sich bald zugunsten der einen, bald zugunsten der anderen Vermieter auswirken: Nach planmäßiger Tilgung entstehen bei Fremdmitteln, die hoch verzinslich sind, hohe Entschuldungsgewinne, die u.U. die Gewinne aus der gesetzlich vorgesehenen Eigenkapitalverzinsung (§ 20 Abs. 2 der II. Berechnungsverordnung) überschreiten können. Bei niedrig verzinslichen Fremdmitteln fällt der Entschuldungsgewinn hingegen geringer aus als der Gewinn aus der Eigenkapitalverzinsung.

Wenn der Ansatz von Entschuldungsgewinnen als Ganzes verboten wird, verschärft sich die heute bestehende Ungleichbehandlung zum Nachteil derjenigen Vermieter, die Fremdmittel planmäßig getilgt haben; denn sie dürfen dann gar keine Verzinsung mehr ansetzen - während die Vermieter, die Darlehen mit Eigenmitteln ablösen, nach wie vor die gesetzliche Eigenkapitalverzinsung geltend machen dürfen. Es mag sich daher anbieten, den Vermietern, die Fremdmittel planmäßig tilgen, nach der Inkraftsetzung dieser Verordnung in einem zweiten Schritt ein Stück weit entgegenzukommen - indem man ihnen eine maßvolle Mindestverzinsung zubilligt. Die Ungleichbehandlung wirft jedoch - und zwar egal, ob man sie teilweise nivelliert oder nicht - kein verfassungsrechtliches Problem unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 Abs. 1 GG auf. Der Ordnungsgeber hat politisch entschieden, daß die Ablösung von Fremdmitteln durch Eigenmittel wirtschaftlich etwas anderes ist als die planmäßige Tilgung von Fremdmitteln. Also darf er diese beiden Fallgruppen auch rechtlich unterschiedlich behandeln. Wollte man dies anders sehen, so wäre bereits der jetzige Stand der II. Berechnungsverordnung in diesem Punkt verfassungswidrig.

c) Die Streichung der Entschuldungsgewinne hätte eigentlich zur Folge, daß mit jeder planmäßigen Tilgungsleistung die Wirtschaftlichkeitsberechnung geändert werden müßte. Um den hiermit verbundenen administrativen Aufwand für die Vermieter auf ein vertretbares Maß zu begrenzen, wird die Regelung des neuen § 21 Abs. 6 vorgeschlagen. Hiernach ändern sich die Kapitalkosten im Rechtssinne nur alle halbe Jahre durch planmäßige Tilgung. Dadurch bleiben den Vermietern die Entschuldungsgewinne bis zu einem halben Jahr lang erhalten. Dieses Entgegenkommen an die Vermieterseite ist ebenfalls optional und nicht zwingend. Im Ergebnis verringern sich die Mieten

auf der Grundlage des hier vorgeschlagenen § 21 Abs. 6 durch die planmäßige Tilgung von Fremdmitteln nicht in kürzeren Abständen als alle sechs Monate.

3. Verwaltungskostenbeiträge sind gem. § 21 Abs. 1 Satz 3 der II. Berechnungsverordnung wie Zinsen zu behandeln. Da nach dem hier vorgelegten Regelungsvorschlag Zinsen auf planmäßig getilgte Fremdmittel nicht mehr angesetzt werden dürfen, gilt dies auch für Verwaltungskostenbeiträge.

4. Sollte für die Bedienung von Fremdmitteln eine Bürgschaft in Anspruch genommen werden, sind die Fremdmittel im Rechtssinne nicht getilgt, sondern es wird nur der Gläubiger ausgewechselt: An die Stelle des bisherigen Fremdkapitalgläubigers tritt der Bürge als Regreßgläubiger. Dieser Fall bedarf damit keiner eigenständigen Regelung.

V. Verfassungsrechtliche Aspekte

Der hier vorgeschlagene Verordnungsentwurf minimiert verfassungsrechtliche Risiken:

- Die nach Art. 64 der Verfassung von Berlin erforderliche Ermächtigungsgrundlage findet sich in § 28 WoBindG. Diese Vorschrift gilt, seitdem das Recht des Sozialen Wohnungsbaus in die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer gefallen ist, als Landesrecht fort.
- Das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Rückwirkungsverbot wird beachtet. Denn der Ansatz von Entschuldungsgewinnen wird lediglich für die Zukunft ausgeschlossen.
- Sollte ein Verstoß gegen das Gleichheitsgrundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt werden, wäre dieser Vorwurf auch gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage zu erheben (näher oben IV.2.b).
- Mit Blick auf die für das kommende Jahr angekündigte Novelle des Berliner Wohnraumgesetzes ist hervorzuheben, dass der vorgeschlagene Verordnungsentwurf das öffentlich verlautbarte Bestreben der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen aufgreift, Kostenpositionen zu neutralisieren, denen keine Zahlungsverpflichtungen der Vermieter gegenüberstehen. Dies bedeutet: Sollte die Streichung von Entschuldungsgewinnen auf verfassungsrechtliche Hindernisse im Zusammenhang mit dem Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 GG stoßen, so würden eben diese Hindernisse auch bei dem von der Senatsverwaltung angestrebten Gesetzesvorhaben bestehen.

Wird die hier vorgeschlagene Regelung in Form einer Rechtsverordnung in Kraft gesetzt und stellt sich dann vor Gericht heraus, dass eine ersatzlose Streichung der Entschuldungsgewinne trotz der fehlenden ökonomischen Rechtfertigung (näher oben II.) nicht zulässig ist, wäre der Mißerfolg in seiner Reichweite überschaubar. Da es nur um einen punktuellen Eingriff in das System geht, würde auch nur dieser punktuelle Eingriff von den Gerichten rückgängig gemacht: Es bliebe dann ganz einfach bei der bisherigen Rechtslage. Die mietenbegrenzenden Elemente des Kostenmietrechts würden in Kraft bleiben. Wird die Streichung der Entschuldungsgewinne hingegen im Rahmen einer umfassenden gesetzlichen Änderung bewirkt und hat diese dann vor Gericht keinen Bestand, so besteht die Gefahr, daß jene mietenbegrenzenden Elemente ohne eine gleichwertige Ersatzregelung zum Schutze der Mieter wegfallen. Die Streichung der Entschuldungsgewinne per Rechtsverordnung ist daher das Mittel der Wahl.