

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

verkündet am 25. April 2013

Az.: L 36 AS 2095/12 NK



Neumann
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Verfahren

- 1) P S,
Zstraße , B,
- 2) J S,
gesetzl. vertreten d. d. Antragstellerin zu 1),
Zstraße , B,

Prozessbevollmächtigte zu 1) und 2):
Rechtsanwälte L, T, W,
Mstraße 30, B,

- Antragsteller -

gegen

Land Berlin,
vertreten durch die Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales,
Oranienstraße 106, 10969 Berlin,

- Antragsgegner -

hat der 36. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Düe, den Richter am Landessozialgericht Bornscheuer und die Richterin am Landessozialgericht Sinner-Gallon sowie den ehrenamtlichen Richter Krapp und die ehrenamtliche Richterin Kruschel für Recht erkannt:

Die Verordnung zur Bestimmung der Höhe der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung nach dem Zweiten und Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (Wohnaufwendungsverordnung - WAV) vom 03. April 2012 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, Seite 99) ist unwirksam.

Der Antragsgegner hat die außergerichtlichen Kosten der Antragsteller zu tragen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Antragsteller begehren die Feststellung der Unwirksamkeit der vom Senat von Berlin in seiner Sitzung vom 03. April 2012 unter Berufung auf § 8 des Gesetzes zur Ausführung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch (AG-SGB II) erlassenen Verordnung zur Bestimmung der Höhe der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung nach dem Zweiten und Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (Wohnaufwendungsverordnung – WAV), die am 13. April 2012 verkündet worden (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin <GVBl> S 99) und am 01. Mai 2012 in Kraft getreten ist (§ 8 WAV).

Die Antragsteller stehen im Leistungsbezug nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II). Der im August 2007 geborene Antragsteller zu 2 ist der Sohn der erwerbsfähigen und ledigen 1966 geborenen Antragstellerin zu 1, der das alleinige Sorgerecht zusteht. Sie bewohnen gemeinsam (bis zum 31. Juli 2008 mit einer erwachsenen männlichen Person) eine ca 83,91 qm große Drei-Zimmer-Wohnung unter der im Rubrum angegebenen Adresse (nach dem Straßenverzeichnis des Berliner Mietspiegels in einer mittleren Wohnlage), die durch eine Zentralheizung mit Wärme und Warmwasser versorgt wird. Die Sanierung der Wohnung erfolgte mit Fördermitteln des Berliner Senats; die Wohnung unterliegt daher einer besonderen (Netto-)Mietobergrenze, die seit dem 01. Januar 2012 4,85 EUR pro qm beträgt (Bekanntmachung der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung: Besondere Mietobergrenze für die 1995 bis 2001 geförderten Projekte umfassender Modernisierung, Amtsblatt für Berlin <ABl> 2010, S 607). Für diese Wohnung hatte die Antragstellerin zu 1 ursprünglich eine Bruttowarmmiete von monatlich 577,42 EUR zu zahlen. Jedenfalls seit dem 01. Januar 2012 schuldet sie eine solche von monatlich 578,26 EUR (Nettokaltmiete von 404,96 EUR <4,85 EUR x 83,91 qm>, Betriebskostenvorauszahlungen von 85,65 EUR und einer Heizkostenvorauszahlung in gleicher Höhe).

Mit Schreiben vom 29. Dezember 2009 hatte der für die Antragsteller örtlich zuständige Grundsicherungsträger diese aufgefordert, ihre Unterkunftskosten bis zum 30. Juni 2010 auf das aus seiner Sicht angemessene Maß von monatlich 444,00 EUR zu senken, da dies der Richtwert für eine angemessene Bruttowarmmiete für einen Zwei-Personen-Haushalt (Nettokaltmiete und monatliche Zahlungen für Betriebs- und Heizkosten) nach den Ausführungsvorschriften zur Gewährung von Leistungen gemäß § 22 SGB II und §§ 29 und 34 SGB XII zur Ermittlung angemessener Kosten der Wohnung der Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales vom 10. Februar 2009 (ABl S 502 <im Folgenden: AV-

Wohnen>) sei. Nach Ablauf der den Antragstellern gesetzten Frist hat der zuständige Grundsicherungsträger bei der Berechnung des Arbeitslosengeldes II bzw des Sozialgeldes der Antragsteller als angemessenen (zunächst) nur noch Kosten der Unterkunft und Heizung von insgesamt monatlich 488,40 EUR (444,00 EUR sowie eines Zuschlags von 10 vH für Alleinerziehende nach Ziff 3.2.1 Abs 4 Buchst a der AV-Wohnen) anerkannt.

Für die Zeit seit Inkrafttreten der WAV (vorläufiger Änderungsbescheid vom 25. Juli 2012 betrifft den Leistungszeitraum vom 01. Mai 2012 bis zum 31. Juli 2012) legt der zuständige Grundsicherungsträger der Berechnung des Arbeitslosengeldes II bzw des Sozialgeldes der Antragsteller neben dem jeweiligen Regelbedarf und einem Mehrbedarf für Alleinerziehende für die Antragstellerin zu 1 einen (Gesamt-)Bedarf für Unterkunft und Heizung von monatlich 534,60 EUR zugrunde. Der zuletzt genannte Betrag entspricht einem Richtwert bruttowarm von 475,00 EUR für eine Bedarfsgemeinschaft von zwei Personen bei einer Gebäudefläche von mehr als 1000 qm und einer Beheizung mit Fernwärme nach der Anlage 2 der WAV (zu § 4 Gesamtangemessenheitsgrenze), Tabelle A (zu § 4 Satz 2 bis 4), wobei die Richtwerte basierend auf den Werten des Berliner Mietspiegels 2011 und der darin veröffentlichten Berliner Betriebskostenübersicht 2011 auf der Grundlage der Betriebskostenabrechnungen für 2009 in Abhängigkeit der Anzahl der Mietglieder der Bedarfsgemeinschaft und der Art des Energieträgers sowie der beheizten Gebäudefläche aufgelistet werden, ergänzt um einen Zuschlag für zentrale Warmwasserversorgung von 11,00 EUR für eine Bedarfsgemeinschaft von zwei Personen nach der Anlage 2 der WAV (zu § 4), Tabelle B <zu § 4 Satz 4>, und erhöht um 48,60 EUR wegen eines Zuschlags von 10 vH bei Alleinerziehenden nach § 6 Abs 2 Buchst a WAV.

Dieser Betrag wird nicht vollständig gezahlt, weil zu Lasten der aus den Antragstellern bestehenden Bedarfsgemeinschaft nach dem SGB II schwankendes Erwerbseinkommen der Antragstellerin zu 1 aus künstlerischer Tätigkeit sowie bei dem Antragsteller zu 2 Kindergeld und Unterhalt als Einkommen berücksichtigt werden, wodurch nicht nur der Bedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts (mit Mehrbedarf für Alleinerziehung), sondern auch teilweise der Bedarf für Unterkunft und Heizung gedeckt wird. Sowohl der Bescheid vom 25. Juli 2012 als auch die für nachfolgenden Leistungszeiträume (vom 01. August 2012 bis zum 31. Januar 2013 und vom 01. Februar 2013 bis zum 31. Juli 2013) erlassenen (vorläufigen) Bewilligungsbescheide, denen weiterhin ein Bedarf für Unterkunft und Heizung von insgesamt monatlich 534,60 EUR zugrunde gelegt wird, sind noch nicht bestandskräftig.

Die Antragsteller machen geltend, der Normenkontrollantrag sei zulässig, da der vom Grundsicherungsträger berücksichtigte Bedarf für Unterkunft und Heizung, wie er sich aus der WAV ergebe, hinter ihren tatsächlichen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung (der Wohnungsmiete bruttowarm) zurückbleibe.

Der WAV fehle es an einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage. Durch § 22a – § 22c SGB II, § 8 AG-SGB II überantworte der Gesetzgeber seine Pflicht, grundrechtswesentliche Entscheidungen selbst zu regeln, an die Exekutive. Damit würden der Parlamentsvorbehalt sowie der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz verletzt.

Die WAV sei bereits in formeller Hinsicht rechtswidrig, weil es bzgl der Kosten für Heizung an einer Darlegung der Methode der Datenerhebung und der Datenauswertung fehle, wenn lediglich auf den bundesweiten Heizspiegel verwiesen werde; dies gelte insbesondere auch für die kommentarlose Übernahme der Zuschlagsbeträge für Warmwasser.

Die WAV beachte die materiell-rechtlichen Vorgaben der §§ 22a – 22 c SGB II nicht. Die Vorschriften seien im Lichte der zu § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II ergangenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) auszulegen, dh der Bestimmung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung müsse ein schlüssiges Konzept iS dessen Rechtsprechung zu Grunde liegen. Zum schlüssigen Konzept habe das BSG vorgegeben, dass der Grundsicherungsträger für den Fall, dass er seine Datenerhebung nicht den Gesamtwohnungsbestand, sondern nur den Bestand an Wohnungen einfachen Standards zu Grunde lege, darlegen müsse, nach welchen Gesichtspunkten er die Auswahl getroffen habe, und in diesem Fall den oberen Wert der zu diesem Bestand ermittelten Mietpreisspanne zu Grunde zu legen habe (Bezugnahme auf BSG, Urteil v 18. Juni 2008 – B 14/7b AS 44/06 R RdNr 21, <alle RdNr-Angaben betr Gerichtsentscheidungen im Folgenden nach juris>). Hier bestehe ein Defizit. Weder die den Rasterfeldern zugeordneten Werte noch die diesen zugrunde liegenden Grundlagendaten seien angesichts der dynamischen Entwicklung auf dem Berliner Wohnungsmarkt, der durch erhebliche Unterschiede zwischen Bestands- und Angebotsmieten gekennzeichnet sei, ohne weitere Ermittlungen zur Bestimmung des grundsicherungsrechtlichen Existenzminimums geeignet (Bezugnahme auf SG Berlin, Urteil v 22. Februar 2013 – S 37 AS 30006/12).

Die nach den Richtwerten der WAV ermittelten Bedarfe seien damit nicht so gewählt, dass es den Hilfebedürftigen möglich sei, im konkreten Vergleichsraum eine angemessene Wohnung anzumieten (Hinweis auf BSG, Urteil v 19. Oktober 2010 - B 14 AS 50/10 R <Berlin> RdNr 25). Das verfassungsrechtlich garantierte Existenzminimum sei deshalb nicht gewährleistet. Unter Beachtung der Verhältnisse am Berliner Wohnungsmarkt lege die WAV Angemessenheitsgrenzen fest, zu denen Wohnraum für alle Hilfebedürftigen gar nicht zur Verfügung stehe. Im Bereich der Wohnungen von 40 – 60 qm enthielten die Mietspiegelfelder für einfache Wohnlagen ca 108.000 Wohnungen, denen eine gleich hohe oder sogar höhere Anzahl von Bedarfsgemeinschaften gegenüber stehe (die mit den sonstigen Bewerbern konkurriere). Die Mietspiegelwerte berücksichtigten zudem die aktuelle Angebotssituation nicht ausreichend, weil der Berliner Mietspiegel 2011 Neumieten lediglich ab dem 01. September 2010 rückwirkend berücksichtige und Wiedervermietungen nur anteilig. In Ansehung der hohen Differenz zwischen Bestandsmieten und in neuen Verträgen vereinbarten Mieten würden letztere nicht angemessen dargestellt, solange nicht Untersuchungen über aktuelle Angebotsmieten ergänzend berücksichtigt würden.

Es sei nicht rechtmäßig, bzgl der kalten Nebenkosten die Durchschnittswerte der Betriebskostenübersicht zum Berliner Mietspiegel heranzuziehen; wie bei den Heizkosten müsse auf einen oberen Grenzwert zurückgegriffen werden. Erst dessen Überschreitung bedinge Unangemessenheit. Ähnliches gelte bzgl des Warmwasseranteils in zentral beheizten Wohnungen; hier werde in der WAV nicht ein Unangemessenheit indizierender Grenzwert, sondern ein (flächenbezogener) Durchschnittswert berücksichtigt.

Die Antragsteller beantragen,

die Verordnung zur Bestimmung der Höhe der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung nach dem Zweiten und Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (Wohnaufwendungsverordnung – WAV) vom 03. April 2012 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, Seite 99) für unwirksam zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Normenkontrollantrag zurückzuweisen.

Er hält den Normenkontrollantrag für zulässig, aber unbegründet. Die WAV beruhe auf einer verfassungsgemäßen Grundlage und sei in formeller und materieller Hinsicht rechtmäßig. Der Normenkomplex der §§ 22a bis 22c SGB II entspreche dem Parlamentsvorbehalt und dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

Richtig sei, dass der Gesetzgeber im Bereich der Sicherung des Existenzminimums, welches auch den Bedarf an Unterkunft und Heizung umfasse, grundsätzlich selbst durch Gesetz die konkretisierenden Regelungen bzgl Tatbestand und Rechtsfolge treffen müsse. Zwar sei hier die Verwaltung zur Bestimmung durch Rechtsverordnung ermächtigt worden, damit habe sich der Gesetzgeber aber nicht seinen Pflichten entzogen, da er der Verwaltung keinen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum eingeräumt habe. Vielmehr habe die Verwaltung lediglich die bzgl Verfahren und Datenerhebung näher konkretisierte Aufgabe, eine auf empirischen Erkenntnissen beruhende Feststellung zur Handhabung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Angemessenheit zu treffen.

Der Antragsgegner führt weiter aus, die WAV beruhe, anders als die Antragsteller meinten, auf einem schlüssigen Konzept iS der Rechtsprechung des BSG (Bezugnahme insbesondere auf BSG, Urteil v 19. Oktober 2010 – B 14 AS 2/10 R <Berlin>). Das BSG habe klargestellt, dass die jeweiligen Rasterfelder des Mietspiegels, die jeweils eine Grundgesamtheit von Wohnungen mit bestimmten Alters-, Größen- und Ausstattungsmerkmalen repräsentierten mit ihrem gewichteten arithmetischen Mittelwert zu berücksichtigen seien. Dem genüge die Bildung der Richtwerte in der WAV. Es würden nicht einfach die Mittelwerte des Berliner Mietspiegels übernommen, sondern es finde auch Berücksichtigung, in welchem Umfang die den Rasterfeldern entsprechenden Wohnungstypen tatsächlich vorhanden seien; dies werde in dem im Anhang zur WAV mitveröffentlichten Konzept beschrieben. Der Berliner Mietspiegel seinerseits werde unter strikter Einhaltung der Vorgaben des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) gebildet. Da nach § 558 Abs 2 BGB nur die Mieten von Wohnungen zu berücksichtigen seien, die in den letzten vier Jahren neu vereinbart (Neuvermietungsanteil 45,3 vH) oder geändert worden seien (dies betreffe 54,7 vH der berücksichtigten Mietwerte), biete der Mietspiegel die Gewähr, dass die Marktdynamik angemessen berücksichtigt werde.

Die Überlegungen der Antragsteller zur Verfügbarkeit von Wohnungen seien nicht überzeugend. Da die Richtwerte auf Grundlage eines schlüssigen Konzepts ermittelt worden seien, könne davon ausgegangen werden, dass es in ausreichendem Maße entsprechende Wohnungen gäbe (Bezugnahme auf BSG, Urteil v 22. August 2012 – B 14 AS 13/12 R <Kiel>). Zudem könnten Leistungsberechtigte ausgehend von der Produkttheorie auch Wohnungen außerhalb einfacher Wohnlagen in Anspruch nehmen.

Die durchschnittlichen kalten Betriebskosten würden in der WAV entsprechend der Rechtsprechung des BSG berücksichtigt. Bzgl des Warmwasseranteils der Heizkosten differenziere der Bundesweite Heizspiegel nicht nach oberem und unterem Grenzwert, deshalb unterbleibe dies auch in der WAV.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte, insbesondere auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze, einen vom Antragsgegner zusammengestellten, zum Vorgang übersandten Ordner, den die WAV betreffenden Mitzeichnungsvorgang der Senatsverwaltung für Justiz (Az 6362/11/9) sowie einen Auszug aus den die Antragsteller betreffenden Leistungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

1. Der Normenkontrollantrag ist zulässig.

1.1 Der Antrag ist statthaft und vor dem instanziiell und örtlich zuständigen Gericht gestellt worden.

Nach §§ 29 Abs 2 Nr 4, 55a Abs 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) entscheidet das Landessozialgericht (LSG) im ersten Rechtszug auf Antrag über die Gültigkeit von Satzungen oder anderen im Rang unter einem Landesgesetz stehenden Rechtsvorschriften, die nach § 22a Abs 1 Satz 1 SGB II und dem dazu ergangenen Landesgesetz erlassen worden sind. Nach § 22a Abs 1 SGB II, der mWv 01. April 2011 in das SGB II eingefügt wurde, können die Länder die Kreise und kreisfreien Städte durch Gesetz ermächtigen oder verpflichten, durch Satzung zu bestimmen, in welcher Höhe Aufwendungen für Unterkunft und Heizung in ihrem Gebiet angemessen sind. Nach § 22a Abs 1 Satz 3 SGB II bestimmen die Länder Berlin und Hamburg, welche Form der Rechtssetzung an die Stelle einer nach Satz 1 vorgesehenen Satzung tritt. Der Berliner Landesgesetzgeber hat von dieser bundesrechtlich eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht und den Senat von Berlin in § 8 AG-SGB II ermächtigt, durch Rechtsverordnung auf der Grundlage der §§ 22a bis 22c SGB II zu bestimmen, in welcher Höhe Aufwendungen für Unterkunft und Heizung im Land Berlin angemessen sind. Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit der Umsetzung des Bildungs- und Teilhabepaketes durch Artikel IV Nr 2 des Gesetzes zur Änderung des Schulgesetzes, des Kindertages-

förderungsgesetzes und weiterer Gesetze vom 13. Juli 2011 (GVBl S 344) in das AG-SGB II (v 15. Dezember 2010 <GVBl S 557>) eingefügt und am Tag nach der Verkündung des Gesetzes im GVBl Nr 18/2011 vom 26. Juli 2011 in Kraft getreten. Mit der WAV liegt eine nach § 8 AG-SGB II erlassene untergesetzliche Norm vor; die Antragsteller haben einen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Norm, der nicht fristgebunden ist, schriftlich und damit formgerecht iS von § 90 SGG (der zur Anwendung gelangt, vgl Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl, § 55a RdNr 6) bei dem LSG Berlin-Brandenburg gestellt. Dieses LSG ist auch örtlich zuständig (§ 57 Abs 6 SGG).

1.2 Die Antragsteller sind ohne Einschränkung antragsbefugt.

1.2.1 Nach § 55a Abs 2 Satz 1 SGG kann den Normenkontrollantrag jede natürliche Person stellen, die geltend macht, durch die Anwendung der Rechtsvorschrift in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Die Vorschrift dient dazu, den Zugang zur abstrakten Normenkontrolle nur Antragstellern zu eröffnen, deren subjektive Rechte betroffen sein können und damit Popularanträge auszuschließen. Sie verfolgt damit dasselbe Ziel, wie die Regelung zur Klagebefugnis im § 54 Abs 1 Satz 2 SGG bzw § 42 Abs 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). § 55a Abs 2 Satz 1 SGG ist so zu verstehen, dass zur Bejahung der Antragsbefugnis positiv festgestellt werden muss, dass ein subjektiv-öffentliches Recht des Antragstellers von der zur gerichtlichen Überprüfung gestellten Norm betroffen ist und dass eine Rechtsverletzung durch die Norm möglich erscheint (vgl Senatsentscheidung, Urteil v 07. August 2012 – L 36 AS 1162/12 NK RdNr 20 mwN).

1.2.2 Die Antragsteller stehen im Leistungsbezug nach dem SGB II. Die Antragstellerin zu 1 kann als erwerbsfähige Leistungsberechtigte nach § 7 Abs 1 Satz 1 SGB II nicht nur selbst Arbeitslosengeld II (§ 19 Abs 1 Satz 1 SGB II) beanspruchen, sondern vermittelt zugleich nach § 7 Abs 2 Satz 1 SGB II dem nach § 7 Abs 1 Nr 3 SGB II hilfebedürftigen Antragsteller zu 2, mit dem zusammen sie nach § 7 Abs 3 Nr 4 SGB II eine Bedarfsgemeinschaft bildet, Sozialgeldansprüche (§ 19 Abs 1 Satz 2 SGB II). Nach § 19 Abs 1 Satz 3 SGB II umfassen die Leistungen (Arbeitslosengeld II und Sozialgeld) ua die Bedarfe für Unterkunft und Heizung, bzgl derer § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II bestimmt, dass sie in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anerkannt werden, soweit diese angemessen sind. Diese Bestimmungen konkretisieren für den Bereich der Unterkunftskosten die grundrechtlich gesicherte Gewährleistung des Existenzminimums, die die Bedarfe für Unterkunft und Heizung umfasst (Bun-

desverfassungsgericht <BVerfG>, Urteil v 09. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 3/09,4/09 RdNr 135, 148 aE; Krauß in Hauck/Noftz, SGB II, § 22 RdNr 6, vgl Senatsentscheidung, Urteil v 07. August 2012 – L 36 AS 1162/12 NK RdNr 44 mwN). Im Falle ihrer Gültigkeit bestimmt die WAV gemäß ihrem § 1 für das Land Berlin, in welcher Höhe Aufwendungen für Unterkunft und Heizung angemessen sind. Damit ist eine Rechtsverletzung durch die WAV, in deren räumlichen Geltungsbereich die Antragsteller ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, möglich, wenn die in der WAV getroffenen Bestimmungen formellem und/oder materiellem Recht nicht entsprechen und deshalb unwirksam sind (eine ausnahmslose Begünstigung durch die WAV gegenüber einer Subsumtion unter § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II steht nicht in Frage <dazu unten 1.3>), so dass die Antragsbefugnis nach § 55a Abs 2 Satz 1 1. Alt SGG gegeben ist.

1.2.3 Der Umstand, dass die Antragsteller offensichtlich nicht durch alle Bestimmungen der WAV betroffen sind, steht einer umfassenden Antragsbefugnis nicht entgegen, vielmehr ist das Normenkontrollverfahren mit dem unbeschränkt gestellten Antrag zulässig, der auch nicht im Wege der Auslegung einzuschränken ist.

Die Antragsteller haben ihren Antrag nicht auf einzelne Vorschriften der WAV beschränkt und ihr Vortrag bietet keinen Anhaltspunkt, eine Begrenzung des Antrags durch Auslegung vorzunehmen. Allein dass ein berechtigtes (Individual-) Interesse an der Feststellung sie nicht betreffender Regelungen nicht besteht, reicht dazu ohne weitere Voraussetzungen (dazu sogleich) nicht aus (die Geltung der Dispositionsmaxime im Normenkontrollverfahren bejahend vgl Bundesverwaltungsgericht <BVerwG>, Beschluss v 18. Juli 1989 – 4 N 3/87 RdNr 26 <die im Folgenden zitierte verfahrensbezogene verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung ist durchweg zu § 47 VwGO ergangen>; Ziekow in Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl, § 47 RdNr 285).

Die WAV enthält ersichtlich Regelungen, die die Antragsteller nicht betreffen und von denen für sie keine Rechtsverletzungen ausgehen können. Dies betrifft etwa die Bestimmung in § 6 Abs 2 Buchst d WAV für über 60-jährige Leistungsberechtigte und in § 6 Abs 3, 5 und 6 sowie 9 WAV zum Leistungsumfang bei Behinderung bzw bei Wahrnehmung eines Umgangsrechts mit Kindern getroffenen Regelungen. Dies führt aber nur dann zur Unzulässigkeit eines Antrages, der die Erklärung auch solcher Regelungen für unwirksam zum Gegenstand hat, wenn diese Normen einen abtrennbaren Bestandteil der angegriffenen Rechtsverordnung

bilden (BVerwG, Urteil v 17. Februar 2005 – 7 CN 6/04 RdNr 15). Da es darum geht, mögliche Unwirksamkeitsgründe bereits auf der Ebene der Zulässigkeit auszuschneiden, ist zudem vorauszusetzen, dass „den Antragsteller nicht berührende Normenteile... schon auf Grund vorläufiger Prüfung offensichtlich und damit auch für den Antragsteller erkennbar unter Berücksichtigung der Ziele des Normgebers eigenständig lebensfähig und damit abtrennbar sind“ (BVerwG, Beschluss v 04. Juni 1991 – 4 NB 35/89 RdNr 30; Urteil v 17. Februar 2005, aaO; Oberverwaltungsgericht <OVG> Brandenburg, Urteil v 27. August 2003 – 3 D 5/99. NE RdNr 97; Gerhardt/Bier in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 47 RdNr 53). Dass sich die gerichtliche Prüfung damit auch auf Bestandteile der Norm richten kann, bzgl derer, wären sie isoliert zu betrachten, eine Antragsbefugnis nicht besteht (Beispiel oben), ist Konsequenz des Umstandes, dass das Normenkontrollverfahren (auch) ein objektives Rechtsbeanstandungsverfahren ist. Die Antragsbefugnis hat die Funktion, den Anstoß des Verfahrens in einem bestimmten Maße von einer subjektiven Betroffenheit des Antragstellers abhängig zu machen, im Rahmen dessen eine kassatorische (bzw in diesem Sinne deklaratorisch feststellende) Entscheidung aber, anders als die Klage im Verfahren des Individualrechtsschutzes, eine Rechtsverletzung nicht voraussetzt (BVerwG, Beschluss v 18. Juli 1989 – 4 N 3/87 RdNr 27; Urteil v 17. Februar 2005, aaO; Ziekow in Sodan/Ziekow, aaO RdNr 354). Eine Ausnahme besteht – wie gesagt – nur, soweit sich das Normenkontrollverfahren gegen solche Teile der Norm richtet, die offensichtlich abtrennbar sind und auf die sich die die Antragsbefugnis begründende, mögliche Rechtsverletzung nicht bezieht. In diesem Fall ist eine einschränkende Auslegung des Antrages zu erwägen (BVerwG, Beschluss v 18. Juli 1989 – 4 N 3/87 RdNr 28).

Die WAV enthält als Kernregelung in § 3 Abs 1 – 3, § 4 WAV (mit Anlagen) Bestimmungen, die für in Mietwohnungen lebende Leistungsberechtigte die Höhe der im Land Berlin angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung unter Beachtung der unterschiedlichen Größen der Bedarfsgemeinschaften und der Heizungsarten regeln und insoweit Gesamtangemessenheitsgrenzen festlegen. Alle weiteren Bestimmungen bauen auf dieser Regelung auf. Dies gilt insbesondere für die Regelungen besonderer Bedarfslagen in § 6 WAV, die zur Bedarfsbestimmung überwiegend mit im Vergleich zu den „Basis-Richtwerten“ erhöhten Prozentsätzen operieren. Weitere Bestimmungen ergänzen sie (etwa die Regelungen für Bewohner von Eigenheimen, § 2 Abs 2 und 3 WAV, oder die Regelung zur Quadratmeterhöchstmiete, § 5 Abs 1 WAV) oder betreffen die Anpassung anzuwendender Werte (§ 7 WAV). Aufgrund dieser Abhängigkeit ist deutlich, dass die genannten Bestimmungen nicht abtrenn-

bar sind. Es ist nicht ersichtlich, dass sie ohne die Grundregelung sinnvoll Bestand haben könnten bzw vom Normgeber so erlassen worden wären. Es steht vielmehr in Frage, dass sie schon regelungstechnisch ohne die Regelung in § 4 WAV nicht hätten erlassen werden können.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der soeben als Kernregelung bezeichnete Normkomplex „vom Rest“ der WAV abtrennbar ist, ob also unter rechtlicher Wertung nach § 139 BGB davon auszugehen ist, dass der Normgeber der WAV die in den Regelfällen geltenden Richtwerte auch ohne die – dies ist der praktisch interessierende Normkomplex – in § 6 WAV zu den besonderen Bedarfen getroffenen Regelungen, so wie in der WAV geschehen, eingeführt hätte. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil ein Unwirksamkeitsgrund, der allein aus den in § 6 WAV getroffenen Regelungen resultiert, für den Fall, dass die Bestimmungen nicht trennbar sind, einen (eigenständigen) Grund für die Unwirksamkeit der WAV insgesamt ergibt, selbst wenn der Regelungskomplex der Bestimmung der Richtwerte nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen sollte. Damit handelt es sich um einen die materielle Rechtmäßigkeit der WAV betreffenden Gesichtspunkt, der in der Begründetheitsprüfung aufzugreifen ist (dazu 2.5).

1.3 Den Antragstellern ist auch nicht das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis unter dem Gesichtspunkt abzusprechen, dass ihnen die begehrte Entscheidung offensichtlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann, und deshalb die Inanspruchnahme des Gerichts als unnütz angesehen werden muss (OVG Brandenburg, Urteil v 27. August 2003 – 3 D 5/99.NE RdNr 97 aE – Unterfall: Unwirksamkeitserklärung der untergesetzlichen Norm lässt gesetzliche Norm gleichen Inhalts unberührt, Bezugnahme auf BVerwG, Beschluss v 07. März 2002 – 4 BN 60.01 RdNr 6). Eine solche Sachlage besteht hier nicht. Zwar bewirkt die Bildung einer Gesamtangemessenheitsgrenze in der Weise, wie sie in der WAV vorgenommen wird, in Konstellationen wie der vorliegenden, dass der Gesamtbedarf höher ist als die Summe aus dem Einzelbedarf für Unterkunft (bestimmt nach dem „Richtwertbestandteil-Bruttokalt“ <Tabelle A zu § 3 Abs 4 Satz 1 und § 5 Abs 2 WAV>) und den tatsächlichen Heizkosten, da für die Heizkosten nach § 3 Abs 3 WAV iVm Tabelle B zu § 3 Abs 4 Satz 2 WAV Werte angesetzt sind, die den tatsächlichen Verbrauch im Regelfall übersteigen. Die Aussage, dass eine Bestimmung des Bedarfs der Antragsteller für Unterkunft und Heizung unter Anwendung des § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II (ohne Berücksichtigung der WAV) zwingend nicht höher zu bestimmen wäre, kann dennoch nicht getroffen werden, denn es steht nicht

fest, wie für diesen Fall die Bruttokaltmiete anzusetzen wäre. Eine Entscheidung nach § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II, die nicht auf die WAV zurückgreifen kann, setzt voraus, dass ein schlüssiges Konzept zur Bestimmung der Angemessenheit vorliegt. Welches Konzept dabei zur Anwendung gelangt, ist nicht absehbar. Ein schlüssiges Konzept kann auf verschiedene Weise gebildet werden und damit unterschiedliche Werte für den angemessenen Bedarf für Unterkunft zum Ergebnis haben (anschaulich BSG, Urteil v 22. September 2009 – B 4 AS 18/09 R RdNr 19ff, insbes RdNr 21). Zu bestimmen, welches Konzept verfolgt wird, ist zunächst Sache des Leistungsträgers (§ 6 Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGB II), dessen Vorgehensweise erst im weiteren der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, wobei Unzulänglichkeiten der verwaltungsseitigen Bildung des schlüssigen Konzepts von den Gerichten auszugleichen sein sollen, bevor um 10 vH gesteigerte Wohngeldsätze (diese Berechnungsweise würde im vorliegenden Fall zu höheren Leistungen führen als den Antragstellern bewilligt sind: Höchstbetrag nach § 12 Abs 1 Wohngeldgesetz für zwei Haushaltsmitglieder in der für Berlin maßgeblichen Mietenstufe IV: 435,00 EUR + 43,50 EUR = 478,50 EUR + 83,50 EUR <Heizkosten> = 562,00 EUR) zur Anwendung kommen (vgl BSG, Urteil v 22. März 2012 – B 4 AS 16/11 R RdNr 20ff mwN). Wenn somit nach den rechtlichen Vorgaben nicht nur ein Ergebnis möglich ist und keine der Verwaltung „vorgreifende Bestimmung“ durch die Gerichte stattfindet, bleibt ausgehend von der Unwirksamkeit der WAV abzuwarten, zu welchen Ergebnissen der Leistungsträger gelangt. Für die Beurteilung des Rechtsschutzbedürfnisses, dessen Maßstab es ist, dass die Antragsteller von der Inanspruchnahme des Gerichts mit Gewissheit keinen Vorteil haben werden, ist entscheidend, ob nach den rechtlichen Vorgaben ein solcher Vorteil ausgeschlossen ist, und nicht, ob er nach Ausübung zukünftiger Rechtsanwendungsoptionen wahrscheinlich oder unwahrscheinlich ist. Hier besteht überdies kein Anlass, gesichert zu prognostizieren, dass sich keinesfalls die Richtwerte der WAV überschreitende Bedarfe für Unterkunft und Heizung bei Nichtanwendung der WAV (infolge Unwirksamkeit) ergeben können, denn da der Antragsgegner mit der Schaffung der WAV verdeutlicht hat, dass ihm deren Ergebnisse sachgerecht erscheinen, muss nicht vermutet werden, dass diese Werte – durch eine neue Verordnung oder in der einer zukünftigen Einzelentscheidung nach § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II zu Grunde gelegten Verwaltungspraxis – nicht durch methodisch besser fundierte, gleich hohe oder (durch Fortschreibung oder Anpassung) erhöhte Werte ersetzt werden.

2. Der damit in vollem Umfang zulässige Normenkontrollantrag ist begründet.

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der WAV ist § 8 AG-SGB II. Danach wird der Senat von Berlin nach § 22a Abs 1 Satz 3 SGB II ermächtigt, durch Rechtsverordnung auf der Grundlage der §§ 22a bis 22c SGB II zu bestimmen, in welcher Höhe Aufwendungen für Unterkunft und Heizung im Land Berlin angemessen sind. Dass der Berliner Landesgesetzgeber den Senat von Berlin zum Erlass einer Rechtsverordnung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes (öffentliche Fürsorge – Art 74 Abs 1 Nr 7 Grundgesetz <GG>) ermächtigen konnte, beruht auf § 22a Abs 1 Satz 1 und Satz 3 SGB II, der ergänzt wird durch weitere Regelungen in §§ 22a bis 22 c SGB II, die (auch für den Landesgesetzgeber) verbindliche Festlegungen über Inhalt, Verfahren (nebst Vorschriften über Datenerhebung und deren Auswertung) und Begründung der zu schaffenden Norm enthalten.

Es begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass § 22a Abs 1 SGB II eine Zuständigkeit des Landesgesetzgebers im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung begründet (dazu 2.1) und die gewählte Konstruktion enthält keinen Verstoß gegen verfassungsrechtlich zwingende Normen der Verwaltungsorganisation (dazu 2.2). Die WAV ist formell rechtmäßig. Sie wurde erlassen, ohne dass Verfahrensfehler ersichtlich wären oder das Zitiergebot unbeachtet geblieben wäre (dazu 2.3). Der Ermächtigungsgrundlage, die die materiellen Anforderungen der §§ 22a bis 22c SGB II beinhaltet, genügt allerdings die in § 4 WAV vorgenommene Festlegung einer Gesamtangemessenheitsgrenze nicht (dazu 2.4). Ausgehend von dem der WAV zu entnehmenden Ziel, ein Bruttowarmmietenkonzept zu entwickeln, führt dies zur Unwirksamkeit der gesamten Verordnung (dazu 2.5). Gleiches gilt auch für Teile der Regelungen über die „besonderen Bedarfe“ in § 6 WAV (dazu 2.6 und 2.7). Bezüglich der Datengrundlagen der WAV und der rechtlichen Zulässigkeit weiterer Einzelregelungen bestehen Bedenken, ohne dass dies für die Entscheidung über den Normenkontrollantrag der Antragsteller tragend geworden ist (dazu 2.8).

2.1 Die Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin für den Erlass des § 8 AG-SGB II besteht. Das Land Berlin kann für den Erlass dieser Vorschrift nicht die originäre Gesetzgebungskompetenz der Länder (Art 70 Abs 1 GG) in Anspruch nehmen, denn das Grund sicherungsrecht unterfällt dem Begriff der öffentlichen Fürsorge iS von Art 74 Abs 1 Nr 7 GG, ist somit Materie der konkurrierenden Gesetzgebung und der Bund hat mit Schaffung und Aktualisierung des SGB II von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht (vgl BVerfG, Urteil v 09. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09 RdNr 181). Das

Grundsicherungsrecht ist nicht von der Kernkompetenz (Art 72 Abs 1 GG – die in Art 74 Abs 1 GG genannten Materien, die nicht Art 72 Abs 2 und 3 GG unterfallen) umfasst, von der der Bund voraussetzungslos Gebrauch machen kann, sondern gehört in den Bereich der so genannten Erforderlichkeitskompetenz des Art 72 Abs 2 GG. Dass der Bundesgesetzgeber das SGB II und die das SGB II ändernden Gesetze – auch das Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 24. März 2011 (BGBl I S 453), mit dem §§ 22a bis 22c SGB II eingefügt wurden – unter Wahrung des Erforderlichkeitskriteriums erlassen hat, wird – soweit ersichtlich – nicht problematisiert und wird auch hier vom Senat nicht in Frage gestellt, wenn auch eine gewisse Irritation darin liegt, dass Gleichwertigkeit und Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse bei Ergänzung des SGB II um § 22a bis 22c SGB II gerade dafür in Anspruch genommen werden, regional differenzierende Regelungen zu schaffen (BT-Drucks 17/3404 zu § 22a Abs 1 <S 100>, zu § 22b Abs 1 <S 101>, zur Frage der Erforderlichkeit bei weitreichender Ermächtigung des Landesgesetzgebers BVerfG, Urteil v 09. Juni 2004 – 1 BvR 636/02 <Ladenschluss>; vergleichbar bzgl einer bundesgesetzlichen Ermächtigung zur Schaffung regional differenzierender Regelungen <Fehlbelegungsabgabe – Abschöpfungsabgabe zur Subventionsrückabwicklung> BVerfG, Beschluss v 08. Juni 1988 – 2 BvL 9/85 und 3/86 RdNr 54ff).

Die Landeskompetenz ergibt sich aus § 22a Abs 1 Satz 1 und Satz 3 SGB II, mit denen der Bund die Länder punktuell – begrenzt auf die „Weitergabe“ der Rechtsetzungskompetenz – zur Gesetzgebung im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende ermächtigt hat. Diese Vorgehensweise ist zulässig; ein auf einer solchen Ermächtigung beruhendes Gesetz ist nicht aus diesem Grunde verfassungswidrig (vgl Pieroth in Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl, Art 72 RdNr 11, die durch ausgeübte Bundeskompetenz aus Art 72, 74 GG erzeugte Sperrwirkung führt zur Unwirksamkeit eines Landesgesetzes, das dieselbe Materie regelt, entspr Fallgestaltung BVerfG, Beschluss v 09. Dezember 1987 – 2 BvL 16/84 RdNr 38, 48). Teilweise wird eine Ermächtigung bzw „ein Vorbehalt zugunsten des Landesgesetzgebers“ ohne weiteres für möglich gehalten (BVerfG, Beschluss v 30. Oktober 1990 – 2 BvR 562/88 <Freiheitsentziehung> RdNr 27; Pieroth, aaO Art 72 RdNr 10). Aber auch soweit im verfassungsrechtlichen Schrifttum diskutiert wird, dass im Bereich der hier betroffenen konkurrierenden Gesetzgebung eine Ermächtigung nicht in Betracht komme, da sie – anders als dies im Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes in Art 71 GG der Fall ist – nicht vorgesehen sei (Stöttner in Dreier, GG, 2. Aufl, Art 71 RdNr 12; Maunz/Dürig/Uhle, GG, Art 71 RdNr 44; im Ausgangspunkt wohl auch BVerfG, Beschluss v 09. Mai 1973 – 2

BvL 43/71 und 44/71 <Wegfall des Vorverfahrens> RdNr 25ff), wird die Überlegung durchweg nicht als ergebnisbestimmend angesehen. Vielmehr wird allgemein angenommen, soweit der Landesgesetzgeber ermächtigt werde, liege in diesem Vorgang (so Heintzen in v Mangold/Klein/Starck, GG, 5. Aufl, Art 71 RdNr 10) bzw ergebe sich durch Auslegung (Maunz/Dürig/Uhle, aaO; ebenso BVerfG, Beschluss v 09. Mai 1973, aaO; ähnlich BVerfG, Beschluss v 09. Dezember 1987 – 2 BvL 16/84 <Bauleitplanung> RdNr 49 und BVerwG, Urteil v 26. April 2006 – 7 C 15.05 RdNr 11, 14), dass der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz teilweise keinen Gebrauch mache und damit keine Sperrwirkung des Bundesgesetzes für den Regelungsgegenstand der Ermächtigung eintrete. Dieser Betrachtungsweise schließt sich der Senat an, auch wenn damit in der Sache eine fachgesetzliche Detaillösung – die Eröffnung eines bestimmten Modus zur Festlegung der angemessenen Bedarfe für Unterkunft und Heizung – die Rückwirkung hat, die grundgesetzliche Kompetenzordnung zu bestimmen.

2.2 §§ 22a bis 22c SGB II treffen keine staatsorganisationsrechtlich unzulässigen (den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Verwaltungsorganisation aus Art 30, Art 81ff GG nicht genügenden) Regelungen. In Frage steht ein Verstoß gegen Art 84 Abs 1 Satz 7 GG (so genanntes Durchgriffsverbot), wonach durch Bundesgesetz Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden dürfen. Art 84 Abs 1 Satz 7 GG ist am 01. September 2006 in Kraft getreten und galt damit nicht für das SGB II einschließlich dessen Änderungen bis zum 31. August 2006 (Übergangsbestimmungen im Art 125a, 125b GG), gilt aber für die mit Wirkung vom 01. April 2011 in Kraft getretenen §§ 22a bis 22c SGB II. Art 91e Abs 1 GG hat nicht die verfassungsrechtliche „Erlaubnis“ einer Aufgabenzuweisung an die Kommunen/Kommunalverbände, als die §§ 22a bis 22c SGB II angesehen werden könnten, zum Inhalt (anders Berlit, LPK-SGB II, 4. Aufl, § 22a RdNr 3; Piepenstock, jurisPK-SGB II, 3. Aufl, § 22a RdNr 22, 23). Mit der in Art 91e Abs 1 GG getroffenen Bestimmung, dass bei der Ausführung von Bundesgesetzen auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitsuchende Bund und Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Gemeinden und Gemeindeverbände in der Regel zusammenwirken, hat die Vorschrift allein die gemeinsame Aufgabenwahrnehmung zum Gegenstand und ermöglicht diese (so Hermes in Dreier, GG, 2. Aufl, Supplementum 2010, Art 91e RdNr 4; es wird auch angenommen – und kritisch gesehen –, dass eine Pflicht zur Mischverwaltung bestehe, Henneke in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Aufl, Art 91e RdNr 75). Zwischen diesem Regelungsgegenstand und der Frage, ob der kommunale Träger bzgl der in seiner Trägerschaft stehenden Leistungen zusätzlich für die

Aufgabe optionaler oder pflichtiger untergesetzlicher Normgebung (die zur Verwaltungstätigkeit rechnet, Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl, § 46 RdNr 2) herangezogen werden kann, besteht kein Zusammenhang.

Die Zulässigkeit ist vielmehr bezogen auf die regelhaft in Trägerschaft der Kreise und kreisfreien Städte stehenden Leistungen nach § 6 Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGB II (damit auch der „Unterkunftskosten“) zu prüfen. Bzgl dieser Leistungen liegt der Regelfall der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder als eigene Angelegenheit vor, wobei der Bund unter Geltung des Art 84 Abs 1 GG in der bis zum 31. August 2006 geltenden Fassung von einer punktuellen Annexkompetenz, selbst Aufgabenzuweisungen an die kommunale Verwaltungsebene vorzunehmen (die in ihren Einzelheiten rechtlich hoch umstritten war), Gebrauch gemacht und die in § 6 Abs 1 Satz 1 Nr 2 SGB II genannten Gemeinden und Gemeindeverbände – unter Ausschluss „landesinterner Zuordnung“ – zu Leistungsträgern bestimmt hatte (vgl Henneke, aaO, Art 84 RdNr 20, 23; Rixen in Eicher/Spellbrink, SGB II, 2. Aufl, § 6 RdNr 6f; zum Fortbestand der heute so nicht mehr zulässigen Zuordnung Art 125a Abs 1, Art 125b Abs 2 GG – landesrechtliche Regelungen sind nicht ergangen). Davon ausgehend stehen die §§ 22a bis 22c SGB II mit Art 84 Abs 1 Satz 7 GG nicht in Einklang, wenn sie eine Übertragung zusätzlicher Aufgaben und nicht lediglich eine quantitative Erweiterung bestehender Aufgaben beinhalten (Komplexität der Fragestellung verdeutlicht bei Henneke, aaO Art 84 RdNr 25ff), wenn es sich – sofern eine zusätzliche Aufgabe anzunehmen ist – nicht um eine von der Fortgeltungsbestimmung des Art 125a GG gedeckte Ergänzung handelt (dazu Henneke, aaO RdNr 26, 29c <enge Sichtweise>; Pieroth, aaO, Art 84 RdNr 7a <weite Sichtweise>) und wenn dem Fehlen der kommunalen Ebene im Land Berlin im vorliegenden Zusammenhang – als Ausnahmefall – im Rahmen eines generell unzulässigen Aufgabendurchgriffs keine Bedeutung zugemessen wird.

Diese Fragen müssen indes nur dann geklärt werden, wenn eine Aufgabenübertragung durch Bundesgesetz iS von Art 84 Abs 1 Satz 7 GG auch dann vorliegt, wenn – wie hier – der Eintritt der Rechtswirkung des Bundesgesetzes vom Erlass eines Landesgesetzes abhängig ist, das die Anwendung des Bundesgesetzes vorsieht. Diese Frage ist zu verneinen. Zwar ist nicht zu verkennen, dass durch einen solchen Regelungszusammenhang die Autonomie der Länder, über ihre Verwaltungsorganisation zu bestimmen, die von Art 84 Abs 1 Satz 7 GG geschützt ist, beeinträchtigt wird (vgl Maunz/Dürig/Kirchhof, GG, Art 84 RdNr 160, der aus diesem Grunde eine bundesrechtliche Verordnungsermächtigung, die die Pflicht eines Landes

vorschreibt, die Aufgabe an eine Kommune zu übertragen, für unzulässig hält, s auch Henneke, aaO RdNr 20, 24). Auch kann, zumindest nachdem ein Landesgesetz zur Anwendung ergangen ist, begrifflich durchaus angenommen werden, dass mit der Möglichkeit oder der Verpflichtung zum Satzungserlass durch Bundesgesetz übertragene Aufgaben begründet sind. Entscheidend ist aber, dass es in der alleinigen, vom Bundesgesetzgeber nicht zu beeinflussenden Entscheidungsmacht des Landesgesetzgebers steht, ob den Kommunen/Kommunalverbänden eine zusätzliche Aufgabe zuwächst. Damit ist dem weiteren wesentlichen Zweck des Durchgriffsverbotes, das im Schutz der Kommunen vor Aufhebung der Konnexitätsregelungen (Kirchhof aaO, angesprochen in BVerfG, Urteil v 20. Dezember 2007 – 2 BvR 2433/04 ua RdNr 132) und der Wahrung der in Art 28 Abs 2 GG garantierten kommunalen Selbstverwaltung (Henneke, aaO Art 84 RdNr 29 mwN) besteht, hinreichend Rechnung getragen.

2.3 Die WAV ist als Rechtsverordnung des Senats von Berlin, dessen Zuständigkeit begründet ist (dazu 2.3.1), erlassen, ohne dass Verfahrensfehler ersichtlich sind oder das Zitiergebot unbeachtet geblieben ist (dazu 2.3.2).

2.3.1 Die Zuständigkeit des Senats von Berlin für eine Verordnung nach § 22a bis 22c SGB II ist durch § 8 AG-SGB II begründet. Die Möglichkeit, den Senat von Berlin als Ermächtigungsadressaten zu bestimmen, ist durch Art 64 Abs 1 Satz 1 Verfassung von Berlin (VerfvB) eröffnet, dem entspricht die Zuständigkeitsregelung des § 10 Nr 6 Geschäftsordnung des Senats von Berlin (GeschOSvB). Bei der WAV handelt es sich nicht um eine Rechtsverordnung auf der bundesrechtlichen Grundlage des Art 80 Abs 1 GG mit der Landesregierung von Berlin – dies ist nach Art 55 Abs 1 VerfvB der Senat – als Delegatar. Denn § 22a Abs 1 Satz 1 SGB II ist nicht als bundesrechtliche Ermächtigungsnorm für die Landesregierungen ausgestaltet, sondern als Grundlage für den jeweiligen Landesgesetzgeber, die Landkreise und kreisfreien Städte zu untergesetzlicher Rechtssetzung zu ermächtigen (mehrstufige Ermächtigung vgl Piepenstock in jurisPK-SGB II, 3. Aufl, § 22a RdNr 15; Groth in Groth /Luik/Siebel-Hufmann, Das neue Grundsicherungsrecht, RdNr 368 „Kaskadenermächtigung“; dazu auch Berlit in LPK-SGB II, 4. Aufl, § 22a RdNr 9). Die Zuständigkeit des Senats von Berlin ist durch § 8 AG-SGB II begründet worden, indem dort, wie in § 22a Abs 1 Satz 3 SGB II (Stadtstaatenklausel) als eine Möglichkeit vorgesehen – Berlin hätte auch ein entsprechendes Landesgesetz erlassen können –, die Rechtsverordnung (des Senats von Berlin) an die Stelle der nach § 22a Abs 1 Satz 1 SGB II vorgesehenen Satzung tritt.

2.3.2 Die Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Verordnungsgebungsverfahren sind gewahrt. Vorschriften, die das Verfahren bei Erlass einer Rechtsverordnung des Senats regeln, finden sich in Artikel 64 VerfvB. Weitergehende Regelungen sind im Abschnitt VII der Gemeinsamen Geschäftsordnung für die Berliner Verwaltung, Besonderer Teil (GGO II), enthalten, die interne Vorschriften für das Verfahren und die Willensbildung bei Erlass einer Rechtsverordnung sowie die Begründung, Ausfertigung und Verkündung einer Rechtsverordnung vorsehen. Besondere Beteiligungsrechte, Anhörungsverfahren, Mitwirkungserfordernisse oder Ähnliches sind gesetzlich weder im Landes- noch im Bundesrecht allgemein für jede Rechtsverordnung oder speziell für eine Verordnung nach § 8 AG-SGB II vorgesehen, auch wenn mit Blick auf die Verteilung der Aufgaben des kommunalen Trägers nach § 6 Abs 1, Abs 3 SGB II zwischen Haupt- und Bezirksverwaltung (§ 44b Abs 3 SGB II iVm § 3 Abs 1 AG-SGB II) eine Beteiligung der Bezirke (§ 14 Gesetz über die Zuständigkeiten in der Allgemeinen Berliner Verwaltung: Beteiligung der Bezirksämter durch Anhörung des Rats der Bürgermeister, § 16 Abs 1 GGO II) vor Erlass der Verordnung nahe gelegen hätte. Dass die interne Willensbildung des Senats von Berlin nach Maßgabe der GeschOSvB stattgefunden hat, dies betrifft das Vorliegen einer abstimmungsfähigen Beschlussvorlage und eine Beschlussfassung gemäß § 14 Abs 6 GeschOSvB, ist nicht in Zweifel zu ziehen. Auch insoweit gilt, dass ein Verstoß gegen die GeschOSvB, bei er es sich um organschaftliches Innenrecht ohne Auswirkung für andere Verfassungsorgane oder Individuen handelt, einen Regierungsakt – hier der Erlass der WAV – nach außen nur unwirksam machen würde, wenn es sich zugleich um einen evidenten Verfassungsverstoß handelte (so für eine im Umlaufverfahren beschlossene Rechtsverordnung des Bundes BVerfG, Urteil v 11. Oktober 1994 – 1 BvR 337/92 RdNr 101, 131ff).

Für die Verordnung nach § 8 AG-SGB II sind durch die Verweisung dieser Vorschrift auf §§ 22a – 22c SGB II die in §§ 22b Abs 2 Satz 1 und 2, 22c Abs 1 Satz 4 SGB II bestimmten besonderen Begründungspflichten in Bezug genommen, deren Einhaltung zumindest auch formelles Wirksamkeitserfordernis der Rechtsverordnung ist (ein Begründungszwang für den Ordnungsgeber ist nicht allgemein angeordnet vgl zum Bundesrecht Bauer in Dreier, GG, 2. Aufl, Art 80 RdNr 46). Mit dem der WAV beigegebenen Konzept zur WAV (mitveröffentlicht im GVBl) ist das Begründungserfordernis erfüllt, und zwar unabhängig davon, ob die Begründung einer inhaltlichen Überprüfung standhält. Als Wirksamkeitsvoraussetzung reicht die Existenz der Begründung aus. Die WAV wurde von der erlassenden Stelle, dem Senat von

Berlin, nach Maßgabe der in dessen Geschäftsordnung vorgesehenen Regelung, § 3 Abs 2 GeschOSvB, durch den Regierenden Bürgermeister ausgefertigt (zu dieser Verfahrensweise Neumann in Pfennig/Neumann, Verfassung von Berlin, 3. Aufl, Art 64 RdNr 20 – entsprechende Regelung in Art 82 Abs 1 Satz 2 GG, zur Bedeutung bundesrechtlicher Grundsätze für Verordnungen nach Landesrecht vgl Pieroth in Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl, Art 80 RdNr 4) und in der vorgesehenen Form durch Abdruck im GVBl verkündet (§ 3 Abs 2 Satz 1 GeschOSvB, § 1 des Gesetzes über die Verkündung von Gesetzen und Rechtsverordnungen – Berlin). Die in Art 64 Abs 3 Satz 1 VerfvB vorgesehene Vorlage an das Abgeordnetenhaus zur Kenntnisnahme hat stattgefunden (Verordnung Nr 17/032: Abgeordnetenhaus Berlin Drucksache 17/0265 vom 18. April 2012).

Das Zitiergebot aus Art 64 Abs 1 Satz 3 VerfvB ist beachtet. Erforderlich ist die exakte Benennung der Ermächtigungsnorm. Sofern in Frage steht, dass einzelne Verordnungsbestimmungen auf unterschiedlichen Ermächtigungsnormen beruhen, bedarf es keiner Zuordnung im Einzelnen (BVerfG, Urteil v 06. Juli 1999 – 2 BvF 3/90 <Hennenhaltungsverordnung> RdNr 152ff, 157). Im Falle der Weiterübertragung einer Verordnungsbefugnis ist dem Zitiergebot nur Genüge getan, wenn sowohl die (Ausgangs-)Ermächtigungsvorschrift als auch die Delegationsvorschrift angegeben werden, da erst beide Bestimmungen zusammen die Ermächtigungsgrundlage bilden (Bauer, aaO RdNr 44 aE mwN). Die WAV benennt nachfolgend zur Überschrift und vor § 1 den § 8 AG-SGB II und im § 1 die §§ 22a bis 22c SGB II als ihre Grundlage. Dies ist ausreichend, auch wenn, wie es naheliegend erscheint, der hier bestehende Gesetzesaufbau – bundesgesetzliche Ermächtigung der Länder zur Schaffung einer landesrechtlichen Satzungsermächtigung (bzw im Falle des Landes Berlin einer Verordnungsermächtigung) – als der Subdelegation einer Verordnungsermächtigung rechtsähnlich beurteilt wird.

2.4 Zur Beurteilung ihrer Bestimmtheit ist eine Ermächtigungsgrundlage auszulegen. Die insoweit allgemein anwendenden Grundsätze (dazu 2.4.1) ergeben angewandt auf § 8 AG-SGB II, dass – die Beachtung der Rechtsprechung des BSG zu § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II vorausgesetzt – eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage vorliegt (2.4.2). Der Normgeber ist auch zur Regelung einer Gesamtangemessenheitsgrenze ermächtigt (2.4.3). Die dazu in § 4 WAV getroffene Regelung ist aber unzulänglich und begründet die Unwirksamkeit der WAV (2.4.4).

2.4.1 §§ 22a bis 22c SGB II stellen bundesrechtlich einen bestimmten Ermächtigungsrahmen für den Erlass einer so genannten Angemessenheitssatzung (hier: Angemessenheitsverordnung, § 22a Abs 1 Satz 3 SGB II) zur Verfügung, dessen (verfassungs-)rechtlich zulässiger Inhalt und dessen Grenzen sich durch Auslegung und aus der Bestimmung des Maßes der dem untergesetzlichen Normgeber zustehenden Rechtssetzungskompetenz ergeben.

Die Anforderungen an die Ermächtigungsnorm des § 8 AG-SGB II sind nach dem Maßstab zu bestimmen, der nach Art 64 VerfvB für Rechtsverordnungen gilt; lägen nur die abweichenden (im Grundsatz weniger engen) Anforderungen an eine Satzungsermächtigung vor, würde dies nicht ausreichen. Während eine Ermächtigungsnorm nur dann wirksam zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt, wenn sie dem Bestimmtheitsgebot des Art 64 Abs 1 Satz 1 VerfvB (Inhalt, Zweck, Ausmaß) genügt, kann Satzungsautonomie (allerdings unter Beachtung der so genannten Wesentlichkeitstheorie, etwa BVerfG, Beschluss v 09. Mai 1972 – 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64 <Facharzt> RdNr 104ff, 108; Urteil v 14. Dezember 1999 – 1 BvR 1327/98 <anwaltschaftliche Berufsordnung> RdNr 32) vergleichsweise pauschaler verliehen werden. Materielle Gültigkeitsvoraussetzung einer Satzung ist, dass ihre Regelungen den Rahmen der verliehenen Autonomie nicht verlassen und nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Der Anlass, zu erwägen, dass auch im vorliegenden Zusammenhang „nur“ die bei der Rechtskontrolle einer Satzung Geltung beanspruchenden Erfordernisse erfüllt sein müssen, besteht deshalb, weil §§ 22a bis 22c SGB II die Ermächtigung von Kommunen bzw Kommunalverbänden zum Satzungserlass vorsehen, die Kautelen einer Rechtssetzung durch Rechtsverordnung dem Bundesgesetzgeber also regelhaft nicht angezeigt erscheinen. Sofern es zu einer abweichenden Rechtsformwahl durch die so genannte Stadtstaatenklausel (§ 22a Abs 1 Satz 3 SGB II) kommt, weil die an sich vorgesehene Rechtsform aus landesorganisationsrechtlichen Gründen nicht zur Verfügung steht, erscheint es nicht ohne weiteres zwingend, dass damit auch eine Verschiebung der Anforderungen einhergeht, die an die materielle Rechtmäßigkeit der unter diesen Voraussetzungen zustande kommenden Normen zu stellen sind. So hat das BVerfG bzgl eines unter Anwendung der Stadtstaatenklausel des Bundesbaugesetzes, deren Nachfolgeregelung im Baugesetzbuch Vorbild der Regelung in § 22a Abs 1 Satz 3 SGB II ist (BT-Drucks 17/3404 zu § 22a Abs 1 aE < S 100>), als Landesgesetz erlassenen Bebauungsplanes nicht die Form, sondern den Inhalt bzw die regelhafte Rechtsform als maßgeblich dafür angesehen, wie gerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren ist (BVerfG, Beschluss v 14. Mai 1985 – 2 BvR 397-399/82 <Bauleitplanungsgesetz Hamburg> RdNr 62ff, 66). Im Ergebnis handelt es sich bei dieser Überlegung um eine mögliche, nicht aber um

eine vorzugswürdige Sichtweise. Sofern – wie hier – die notwendigerweise eingeräumte Rechtsformenwahl bewusst und eindeutig getroffen wird, sind die Konsequenzen daraus allenfalls dann zu modifizieren, wenn die Formenwahl den Rechtsschutz im Vergleich zu den Verhältnissen ausschließt oder verkürzt, welche die regelhaft vorgesehene Handlungsform kennzeichnen. Diese Situation ist hier nicht gegeben, da Satzung und Rechtsverordnung in gleicher Weise der Normenkontrolle nach § 55a SGG unterliegen und die Rechtsverordnung im Vergleich zur Satzung durch eine eher festere Anbindung an gesetzliche Vorgaben gekennzeichnet ist (wobei allerdings auch eine Angemessenheitssatzung einen engen, den in §§ 22a und 22b SGB II bestimmten, Ermächtigungsrahmen zu beachten hätte und nur sehr begrenzt ein Akt autonomer Rechtsetzung wäre; vgl Berlit in LPK-SGB II 4. Aufl, § 22a RdNr 6, § 22b RdNr 2; Piepenstock in jurisPK-SGB II, 3. Aufl, § 22a RdNr 8, aber auch § 22b, 22c jeweils RdNr 8; KSW/Knickrehm zu §§ 22a – 22c SGB II RdNr 3 – Unterschiede in Satzungen können nur durch regionale Besonderheiten gerechtfertigt werden; großzügigere Betrachtungsweise bei Groth in Groth/Luik/Siebel-Hufmann, Das neue Grundsicherungsrecht, RdNr 367, „nicht unbeschränktes normatives Ermessen des Normgebers“; allgemein Gerhardt/Bier in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 47 RdNr 104; Nachw zur Geltung der Wesentlichkeitstheorie bereits oben). Soweit mit dem Erlass einer Rechtsverordnung ein Verzicht auf das ausweislich der Gesetzesmaterialien mittels der Rechtsform der Satzung angestrebte „Legitimationsniveau“ (BT-Drucks 17/3404 zu § 22a <S 99>) bestehend in einer (vermuteten) höheren Akzeptanz von durch die kommunale Vertretung gesetzten Recht (BT-Drucks 17/3404 zu § 22a Abs 1 < S 100>, Groth, aaO RdNr 366f) einhergeht, ist dies kein Defizit, das für Ausgangspunkt und Maß der rechtlichen Überprüfung Bedeutung erlangt, sondern eine hinzunehmende Konsequenz aus dem Verwaltungsaufbau im Land Berlin (Hinweis zu durch die Stadtstaatenklausel verursachten Akzeptanzdefiziten bei Lauterbach in Gagel, SGB II/SGB III, § 22a SGB II RdNr 3 aE; andere Lösungsmöglichkeiten sind denkbar; vgl etwa §§ 4ff Gesetz zur Ausführung des Baugesetzbuches – Berlin idF v 07. November 1999 <GBl S 578>, zuletzt geändert durch Gesetz v 03. November 2005 <GBl S 692> Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen Senat und Bezirken, dort § 7 Abs 1 und 2, wonach Bebauungspläne bei dringendem Gesamtinteresse Berlins durch Rechtsverordnung der zuständigen Senatsverwaltung mit Zustimmung des Abgeordnetenhauses erlassen werden).

2.4.2 In der möglichen und gebotenen Auslegung entspricht die Verordnungsermächtigung in § 8 AG-SGB II den Anforderungen des Art 64 Abs 1 Satz 1 VerfvB. Inhalt, Zweck und Ausmaß sind hinreichend bestimmt.

Nach Art 64 Abs 1 Satz 1 VerfvB müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Gesetz bestimmt werden. Das BVerfG hat das in Art 80 Abs 1 Satz 2 GG verankerte Bestimmtheitsgebot, das dem Bestimmtheitsgebot in Art 64 Abs 1 Satz 1 VerfvB entspricht (Neumann, aaO RdNr 6f) in ständiger Rechtsprechung konkretisiert. Danach soll sich das Parlament seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll. Die Ermächtigung muss in ihrem Wortlaut nicht so genau wie irgend möglich gefasst sein, sie hat nur hinreichend bestimmt zu sein. Dazu genügt es, wenn sich die dort geforderte Bestimmtheit durch Auslegung nach den allgemeinen Auslegungsmethoden ermitteln lässt. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm kann herangezogen werden. Welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der Maßnahme abhängig. Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muss vor allem der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird. Greift die Regelung erheblich in die Rechtsstellung des Betroffenen ein, so müssen höhere Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung gestellt werden, als wenn es sich um einen Regelungsbereich handelt, der die Grundrechtsausübung weniger tangiert (BVerfG, Beschluss v 20. Oktober 1981 – 1 BvR 640/80 <Schulabschluss> RdNr 61ff; Kammerbeschluss v 04. Mai 1997 – 2 BvR 509/96, 2 BvR 511/96 <Betäubungsmittel> RdNr 17f; Beschluss v 18. Juli 2005 – 2 BvF 2/01 <Risikostrukturausgleich> RdNr 276; BSG, Urteil v 28. Oktober 2009 – B 14 AS 55/08 R RdNr 20). Die Auslegung prüft nicht nur den der Norm selbst zu entnehmenden Inhalt auf seine Aussagekraft. Aus dem rechtlichen Kontext einer wenig oder zu bestimmten Fragestellungen nichts besagenden Ermächtigungsnorm und systematischen Zusammenhängen kann sich ergeben, dass diese Norm, einen bestimmten Inhalt vorausgesetzt (der dann in der Verordnung seine Entsprechung finden muss), wirksam ermächtigen kann (vgl BVerfG, Beschluss v 08. Juni 1988 – 2 BvL 9/85 und 3/86 <Fehlbelegungsabgabe> RdNr 62ff; zur Arbeitslosenhilfe BSG, Urteil v 27. Mai 2003 – B 7 AL 104/02 R RdNr 21ff; Urteil v 09. Dezember 2004 – B 7 AL 30/04 R

RdNr 13, ähnlich zur Bestimmung von Gemeinden mit erhöhtem Wohnungsbedarf BVerwG, Urteil v 24. August 1988 – 8 C 26/86 RdNr 8f; Bundesfinanzhof, Beschluss v 24. November 1993 – X R 5/91 RdNr 43ff).

§ 8 AG-SGB II überantwortet es mit dem uneingeschränkten Rückgriff auf die in §§ 22a bis 22c SGB II enthaltenen Vorgaben der Satzung/Rechtsverordnung den unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit des Bedarfs an Unterkunft (und Heizung) zu konkretisieren. Dazu enthalten diese in Bezug genommenen Vorschriften Hinweise und Einzeldirektiven. Es wird indes zunächst nicht ohne weiteres deutlich, welche Vorgaben die Angemessenheit im Kern – das Anspruchsniveau – bestimmen sollen.

Nach § 22b Abs 1 Satz 1 SGB II ist in der Satzung/Rechtsverordnung zu bestimmen, welche Wohnfläche entsprechend der Struktur des örtlichen Wohnungsmarktes angemessen ist (Nr 1) und in welcher Höhe Aufwendungen für die Unterkunft als angemessen anerkannt werden (Nr 2). Nach § 22a Abs 3 Satz 1 SGB II soll die Bestimmung der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung die Verhältnisse des einfachen Standards auf dem örtlichen Wohnungsmarkt abbilden. Für die Wohnfläche kann der Hinweis, die angemessene Fläche in Ansehung der Struktur des örtlichen Wohnungsmarktes zu bestimmen, als präzisierende Handlungsanweisung angesehen werden. Allein durch diese Begrifflichkeiten ergibt sich indes kein hinreichend bestimmter Inhalt der Verordnungsermächtigung, weil damit keine anwendbare Definition oder vollziehbare Anweisung zur Festlegung des einfachen Standards oder der angemessenen Wohnfläche formuliert ist. Dieses Defizit führt nicht zur Unbestimmtheit, da §§ 22a bis 22c SGB II deutlich zu entnehmen ist, dass zur Bestimmung der angemessenen Bedarfe auf die von der Rechtsprechung des BSG zu § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II entwickelten Grundsätze zurückzugreifen ist. Dies verdeutlicht bereits der aus § 22b Abs 1 Satz 1 SGB II abzuleitende Umstand, dass die Bestimmung des angemessenen Bedarfs als Produkt aus Wohnfläche und einem qm-Preis vorausgesetzt wird (was nicht bereits aus dem Begriff „angemessen“ folgt – Produkttheorie für § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II „statuiert“ durch BSG, Urteil v 07. November 2006 – B 7b AS 18/06 R RdNr 20; zuvor zur Sozialhilfe bereits BVerwG, zuletzt Urteil v 28. April 2005 – 5 C 15/04 RdNr 11; auch BSG Urteil v 18. Juni 2008 – B 14/7b 44/06 R RdNr 13) und erweist sich auch an den Gestaltungsmöglichkeiten, die bei Erlass einer Satzung/Rechtsverordnung eröffnet sein sollen. Wenn in § 22b Abs 1 Satz 3 SGB II die Bildung einer Gesamtangemessenheitsgrenze ausdrücklich ermöglicht wird, geschieht dies ersichtlich in Abgrenzung zu den Ergebnissen der Rechtsprechung des BSG

(BSG, Urteil v 02. Juli 2009 – B 14 AS 36/08 R RdNr 18; Urteil v 02. Juli 2009 – B 14 AS 33/08 R <Nordhorn> RdNr 28f; Urteil v 22. September 2009 – B 4 AS 70/08 R <Oberwiesental> RdNr 19; später auch Urteil v 13. April 2011 – B 14 AS 32/09 R <Berlin> RdNr 38), setzt aber damit deren Systematik und deren Ergebnisse voraus. Die Grundzüge der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die § 8 AG-SGB II/§§ 22a bis 22c SGB II hinreichend bestimmten Inhalt geben, hat der Senat in seinem Urteil vom 07. August 2012 (L 36 AS 1162/12 NK RdNr 43ff) wie folgt zusammengefasst:

„Gegenstand einer Satzung/Verordnung nach §§ 22a bis 22c SGB II sind Bestimmungen im Anwendungsbereich des § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II, dass heißt die Normsetzungsbefugnis besteht für Regelungen, die Bedarfslagen abstrakt generell regeln, indem sie allgemein den Leistungsumfang vorgeben, der zu decken ist, um bezogen auf das Grundbedürfnis Wohnen das Existenzminimum zu gewährleisten. Das BSG strukturiert die Ansprüche der Leistungsberechtigten, soweit sie bestimmt sind, die Bedarfe für Unterkunft und Heizung zu decken, wie folgt: Zu erbringen sind (für den Fall, dass der Leistungsberechtigte zur Miete wohnt) nach § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II die tatsächlichen Aufwendungen, wobei die Prüfung der Angemessenheit der Aufwendungen für die Heizung getrennt von der für die Unterkunft und nach eigenen Regeln erfolgt (BSG, Urteil v 02. Juli 2009 – B 14 AS 36/08 R RdNr 18); die Aufwendungen werden – vorbehaltlich vorübergehender Mehrleistungen – nur erbracht, soweit sie angemessen sind. Was die Bedarfe für Unterkunft angeht, wird die Angemessenheit bezogen auf das im Rahmen der Sicherung des Existenzminimums gebotene Niveau (unteres Quintil, KSW/Knickrehm, 2. Aufl, § 22 SGB II RdNr 15 mwN) abstrakt generell bestimmt. Dies wird realisiert, indem die Faktoren Wohnfläche und durchschnittliche Bruttokaltmiete begrenzt werden, und zwar bzgl der Fläche auf den im sozialen Wohnungsbau geltenden (von der Zahl der Bewohner abhängigen) Wert (etwa BSG, Urteil v 19. Oktober 2010 – B 14 AS 50/10 R RdNr 22; instruktiv BSG, Urteil v 19. Februar 2009 – B 4 AS 30/08 R <München> RdNr 15ff Rückgriff auf diese Werte mangels Alternative aus Gründen der Rechtssicherheit und Praktikabilität) und bzgl des Mietpreises auf die Durchschnittsmiete für Wohnungen einfachen Standards (dazu etwa BSG, Urteil v 19. Oktober 2010 – B 14 AS 2/10 R RdNr 19 mwN <hier nachgetragen: verkürzte Bezugnahme auf die Formulierung des insoweit grundlegenden Urteils v 07. November 2006 – B 7b AS 18/06 R RdNr 20, Wohnungen, die nach Ausstattung, Lage und Bausubstanz einfachen und grund-

legenden Bedürfnissen genügt und keinen gehobenen Wohnstandard aufweisen>) im örtlichen Vergleichsbereich. ...

Ausgehend von dieser Ausfüllung des § 20 Abs 1 Satz 1 SGB II bedürfen im Weiteren die Sachlagen (verschiedenster Art) der Regelung, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Referenzmiete zuzüglich der tatsächlichen Heizkosten den konkreten Bedarf nicht deckt. § 22 Abs 1 Satz 3 SGB II bestimmt dazu, dass – soweit die Aufwendungen für die Unterkunft und Heizung den der Besonderheit des Einzelfalls angemessenen Umfang übersteigen – sie als Bedarf solange anzuerkennen sind, wie es dem Leistungsberechtigten oder der Bedarfsgemeinschaft nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, durch einen Wohnungswechsel, durch Vermieten oder auf andere Weise die Aufwendungen zu senken, in der Regel jedoch längstens für sechs Monate. Nach dieser Vorschrift regeln sich alle „Überschreitungsfälle“, unabhängig von der Ursache des Mehraufwandes – von fehlender Verfügbarkeit hinreichend preiswerten Wohnraums bis zum <gerechtfertigten> (Flächen-) Mehrbedarf eines behinderten Menschen – (BSG, Urteil v 19. Februar 2009 aaO <München>, RdNr 32ff), ... Soweit § 22 Abs 1 Satz 3 SGB II zur Anwendung gelangt, ist einzelfallbezogen zu prüfen, ob ein Mehraufwand übernommen wird. Dies geschieht nach § 22 Abs 1 Satz 3 SGB II immer vollständig, wenn die Notwendigkeit (wegen Fehlens von hinreichend preiswertem Alternativwohnraum, individuellen Mehrbedarfs, Unzumutbarkeit eines Wohnungswechsels etc) bejaht wird; dies ist zwingend, da es sich bei Unterkunft und Heizung um einen Teil des physischen Existenzminimums handelt, der stets gedeckt sein muss (BVerfG, Urteil v 09. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09 RdNr 135, 148 aE; vgl auch BVerwG, Urteil v 30. Mai 1995 – 5 C 14/95 RdNr 11). Die nach § 22 Abs 1 Satz 3 SGB II zu ordnenden Sachlagen sind einer Regelung durch Satzung oder Verordnung nicht zugänglich, weil vielfältigste konkrete Bedarfslagen tatbestandlich abgebildet werden müssten, und sie sollen auch in der WAV nicht geregelt werden, wie sich daran erweist, dass dort als Rechtsfolge des Vorliegens eines der zitierten „Erhöhungstatbestände“ <hier nachgetragen: betraf Tatbestände des § 6 WAV> mit der Erbringung einer prozentual aufgestockten Referenzmiete im Ergebnis eine Kappungsgrenze bestimmt ist, also gerade keine dem Entscheidungstyp des § 22 Abs 1 Satz 3 SGB II (tatbestandliche Anerkennung des Bedarfs führt zur vollen Deckung) entsprechenden Regelungen vorgesehen sind.“

Dem ist hinzuzufügen, dass die dargestellte Unterscheidung von abstrakter und konkreter Angemessenheit, insbesondere der Aspekt, dass individuelle Bedarfslagen keine anderweitige Bestimmung der abstrakt angemessenen Werte für Fläche und Referenzmiete (bruttokalt) bedingen, zwischenzeitlich vom BSG nochmals hervorgehoben worden ist (Urteil v 22. August 2012 – B 14 AS 13/12 R <Kiel> RdNr 20; Urteil v 11. Dezember 2012 – B 4 AS 44/12 R RdNr 15, beide mit dem Hinweis, dass aus der nunmehr in § 22b Abs 3 SGB II vorgesehene Möglichkeit, in der Satzung für Personen mit einem besonderen Bedarf für Unterkunft und Heizung eine Sonderregelung zu treffen, nicht die Notwendigkeit einer Abweichung von der gestuften <abstrakt – konkret> Angemessenheitsprüfung begründe).

Wird die Ermächtigungsgrundlage – § 8 AG-SGB II iVm §§ 22a bis 22c SGB II – im Lichte dieser Vorgaben ausgelegt, ist sie hinreichend bestimmt. Auch soweit §§ 22a bis 22c SGB II Elemente enthalten, die dezidiert abweichen (Pauschalierungssatzung/qm-Höchstmiete/Gesamtangemessenheitsgrenze), stellt dies nicht die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage in Frage, da unmissverständlich ist, welche Freiräume – welche alternativen Gestaltungsmöglichkeiten – dem Normgeber eröffnet werden sollen. Problematisch ist insoweit vielmehr, ob nach dem Maßstab der Wesentlichkeitstheorie, in der Eröffnung dieser Spielräume nicht ein zu weit gehender Rückzug des Gesetzgebers liegt, der dem Satzungs- bzw (hier) Verordnungsgeber im grundrechtsrelevanten Bereich (s bereits oben BVerfG, Urteil v 09. Februar 2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09 RdNr 135) Entscheidungen überlässt, die das Potenzial haben, die Lebensverhältnisse der Betroffenen in bedeutsamem Umfang zu prägen. Die dazu vorliegenden Äußerungen im Schrifttum gehen nahezu durchgängig davon aus, dass dem untergesetzlichen Normgeber – wenn überhaupt – nur sehr begrenzte Gestaltungsmöglichkeiten zustehen können (bereits oben Berlit in LPK-SGB II, 4. Aufl, § 22a RdNr 6, § 22b RdNr 2; Piepenstock in jurisPK-SGB II, 3. Aufl, § 22a RdNr 8; KSW/Knickrehm, zu §§ 22a – 22c SGB II RdNr 3; Groth in Groth/Luik/Siebel-Hufmann, Das neue Grundsicherungsrecht, RdNr 367).

2.4.3 Der Umfang der kommunalen Gestaltungsmöglichkeiten muss hier nicht im Einzelnen ausgelotet werden. Der Senat von Berlin hat die in § 8 AG-SGB II iVm §§ 22a bis 22c SGB II eröffneten Optionen zum Erlass einer Pauschalierungssatzung/Pauschalierungsverordnung (§ 22a Abs 2 SGB II), zur Bestimmung der Wohnfläche entsprechend der Struktur des örtlichen Wohnungsmarktes (§ 22b Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB II) und zur Bildung mehrerer Vergleichsräume (§ 22b Abs 1 Satz 4 SGB II) nicht wahrgenommen, sondern zu diesen Punkten auf die vom BSG in den Entscheidungen zu Sachverhalten aus Berlin nicht

beanstandeten bzw in obiter dicta perspektivisch für akzeptabel erachteten Verfahrensweisen zurückgegriffen (vgl BSG, Urteile v 19. Oktober 2010 – B 14 AS 2/10 R RdNr 20ff, B 14 AS 50/10 R RdNr 26ff, B 14 AS 65/09 R RdNr 25ff; Urteile v 13. April 2011 – B 14 AS 32/09 R RdNr 18ff, B 14 AS 85/09 R RdNr 22ff) und damit insoweit die Ermächtigungskonformität seiner Regelung hergestellt. Auch die Entscheidung für ein Bruttowarmmietenkonzept ist von der Ermächtigung gedeckt, sie ist aber in der konkreten Ausgestaltung nicht wirksam. Dies gilt auch für die in § 6 WAV getroffenen Regelungen zur Bestimmungen besonderer Bedarfe.

Die Entscheidung für ein so genanntes Bruttowarmmietenmodell ist nicht als wesentlich im oben dargelegten Sinne dem Gesetzgeber vorbehalten, sondern konnte im Grundsatz, wie im § 22b Abs 1 Satz 3 SGB II vorgesehen, vom untergesetzlichen Normgeber getroffen werden. Wesentlich sind Entscheidungen von erheblicher leistungsrechtlicher Konsequenz. Bei der Bestimmung abstrakt angemessener Bedarfe für Unterkunft und Heizung sind dies Regelungen, die geeignet sind, deutlich zu beeinflussen, welche Bedarfswerte abstrakt angemessen sind. Allein von der rechnerischen Vorgehensweise – Bildung eines Summenwertes – geht dazu keine nachhaltige Wirkung für den Einzelfall aus, wenn sowohl der Unterkunftsbedarf als auch der Bedarf für Heizung nach schlüssigen Konzepten angemessen bestimmt werden. Dem entspricht es, dass das BSG ein Bruttowarmmietenkonzept im Rahmen der Rechtsanwendung des § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II wohl nicht generell verworfen hat, also nicht angenommen hat, angemessene Bedarfe für Unterkunft und Heizung könnten grundsätzlich nicht durch einen Summenwert dargestellt werden. Es hat vielmehr die getrennte Feststellung angemessener Werte für Unterkunft einerseits und Heizung andererseits für notwendig gehalten, weil es für die Bestimmung abstrakt angemessener Heizung an entsprechendem Datenmaterial fehlte (vgl BSG, Urteil v 02. Juli 2009 – B 14 AS 36/08 R RdNr 19; Krauß in Hauck/Noftz, SGB II, § 22 RdNr 79f).

2.4.4 Die Bildung der Gesamtangemessenheitsgrenze nach § 4 Satz 1 WAV iVm § 3 WAV entspricht nicht der Ermächtigung. Sie folgt nicht in ausreichendem Maße den oben näher dargelegten, aus § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II in der Ausformung, die diese Norm durch die Rechtsprechung des BSG erfahren hat, folgenden Anforderungen an die Bestimmung abstrakt angemessener Bedarfe auf – dies gilt jedenfalls für die Heizkosten – belastbarer Datengrundlage. Dies ist – wie dargelegt – nicht daraus zu folgern, dass sich der Ordnungsgeber überhaupt für ein so genanntes Bruttowarmmietenmodell entschieden hat, sondern aus dem Umstand, dass er die Richtwerte (= Gesamtangemessenheitsgrenzen für die Bedarfsgemein-

schaften unterschiedlicher Kopffzahl, vgl § 4 Satz 2 WAV) durch die Kombination von zwei Werten (für Bruttokaltmiete zum einen und für Heizkosten <ohne Kosten einer zentralen Warmwasserbereitung> zum anderen) gebildet hat, die – so wie es der Normgeber der WAV praktiziert – unterschiedlichen Herkommens und unterschiedlicher Funktion sind (dazu 2.4.4.1). Wenn nur ein Wert (der für den Bedarf bzgl der Bruttokaltmiete) dem gebotenen Modus bzgl Herleitung und Ermittlung folgt, der andere ergebnisrelevante Faktor (Bedarf für Heizung) hingegen nicht, kann die Summe regelmäßig die abstrakt angemessenen Kosten für Unterkunft und Heizung nicht ermächtigungskonform darstellen. Dies jedenfalls dann nicht, wenn aus der unzureichenden Methodik in einer erheblichen Zahl von Fällen nicht unbeachtliche „Verzerrungen“ folgen (dazu 2.4.4.2).

2.4.4.1 Die WAV bestimmt die angemessene Bruttokaltmiete im Grundsatz nach der in § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II gebotenen Weise. Insoweit besteht für Berlin eine durch höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisierte Grundlage insoweit, als das BSG mehrfach (vgl BSG, Urteile v 19. Oktober 2010 – B 14 AS 2/10 R RdNr 20ff, B 14 AS 50/10 R RdNr 26ff, B 14 AS 65/09 R RdNr 25ff, Urteile v 13. April 2011 – B 14 AS 32/09 R RdNr 18ff, B 14 AS 85/09 R RdNr 22ff) zu den in Berlin angemessenen Bedarfen für Unterkunft und Heizung entschieden hat. Es hat dabei bzgl der Bestimmung der angemessenen Wohnfläche auf die anerkannte Wohnraumgröße für Wohnberechtigte im sozialen Mietwohnungsbau abgestellt und als maßgeblichen Vergleichsraum das gesamte Stadtgebiet von Berlin herangezogen. Es hat weiter bzgl der Bestimmung der Nettokaltmiete das Modell, das den gewichteten arithmetischen Mittelwert aus dem Berliner Mietspiegel nach Verteilung der in der Grundgesamtheit abgebildeten Wohnungen in den jeweiligen Bauklassen (unter Ausklammerung sogenannter Substandardwohnungen) in den Blick nimmt, welches von Richterinnen und Richtern des SG Berlin entwickelt worden ist (vollständige Darstellung: Schifferdecker/Irgang/Silbermann, Einheitliche Kosten der Unterkunft in Berlin. Ein Projekt von Richterinnen und Richtern des Sozialgerichts Berlin, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2010, S 28ff), perspektivisch als geeignet erachtet, den Anforderungen zu genügen, die an ein schlüssiges Konzept zu stellen sind (dazu allgemein BSG, Urteil v 22. September 2009 – B 4 AS 18/09 R <Wilhelmshaven> RdNr 19ff; Knickrehm, Aktuelles aus dem Bereich: Kosten von Unterkunft und Heizung in: Das SGB II in der Praxis der Sozialgerichte – Bilanz und Perspektiven, S 79ff, 88f). Dabei hat das BSG verdeutlicht, dass es die Beschränkung auf einen einfachen Wohnungsstandard unter den in Berlin gegebenen Verhältnissen durch den Rückgriff auf die Mietspiegelwerte für einfache Wohnlagen akzeptabel repräsentiert sieht

(BSG, Urteil v 19. Oktober 2010 – B 14 AS 2/10 R RdNr 27, Ausführungen zur Bandbreite der vom Durchschnittswert für einfache Wohnlagen erfassten Bestand). Ferner hat es bzgl der Betriebskosten einen Rückgriff auf örtliche Übersichten und die sich daraus ergebenden Durchschnittswerte gebilligt. Die Bestimmung der Bruttokaltmiete in der WAV folgt diesen Grundsätzen im Wesentlichen. Diese Feststellung ist im vorliegend verfolgten Argumentationszusammenhang ausreichend, für den es auf die Vergleichbarkeit der zur Bildung der Gesamtangemessenheitsgrenze herangezogenen Werte (für Unterkunftsbedarf und für Heizbedarf) ankommt. Soweit sich im Detail Problemlagen (etwa bzgl der Verwendung hinreichend aktueller Werte und weiterer, möglicherweise verfehlten Anforderungen aus §§ 22a bis 22c SGB II) ergeben, werden diese gesondert angesprochen (dazu 2.8).

Mit dem für die Bruttokaltmiete im Rahmen der Bildung der Gesamtangemessenheitsgrenze angesetzten Wert wird – vorbehaltlich der zu 2.8 darzustellenden Bedenken – der (auch für die ausreichende Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage – dazu oben – vorausgesetzte) Anspruch erfüllt, eine belastbare abstrakte Angemessenheitsbestimmung vorzunehmen. Eben dieser Anspruch besteht grundsätzlich auch bzgl der Heizkosten. Diese sind in gleicher Weise, ohne von den Unterkunfts-kosten unterschieden zu werden, in § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II genannt und auch bzgl der Heizkosten wird im Ausgangspunkt nur der angemessene, dh der abstrakt angemessene Bedarf befriedigt. Wie für den Unterkunftsbedarf gilt auch für den Heizbedarf, dass Besonderheiten des Einzelfalls die regelmäßig zeitweise, faktisch auch dauerhafte Übernahme der tatsächlichen Heizkosten durch den Grundsicherungsträger rechtfertigen können und insoweit die (dauerhafte) Kostensenkungsobliegenheit durch entsprechende Aufforderung herbeigeführt werden kann. Dennoch sind Bemühungen um schlüssige Konzepte, wie sie bzgl der Bruttokaltmiete erforderlich sind und deshalb regelhaft stattgefunden haben, zur Festlegung abstrakt angemessener Heizkosten nicht in vergleichbarer Weise erfolgt. Dies dürfte darauf beruhen, dass ihre Bestimmung im Hinblick auf hohe Volatilität bzw Disparität der Einflussfaktoren auf ungleich höhere Schwierigkeiten stößt (Krauß in Hauck/Noftz, SGB II, § 22 RdNr 197ff). So schwanken Energiepreise und Winterhärte und bzgl des technischen Standards von Heizungsanlagen, der Energiesparstandards der Gebäude und der Lage der Wohnung dürften deutlich unterschiedliche Verhältnisse anzutreffen sein. Zudem sind die Grundlagen des Anspruchs, das bzgl Heizdauer und Raumtemperatur als angemessen zustehende Maß des Heizens, bislang unbestimmt geblieben (vgl BSG, Urteil v 02. Juli 2009 – B 14 AS 36/08 R RdNr 19, das „als angemessen anzusehende Heizverhalten des Einzelnen“ müsse einfließen). Diese Umstände haben dazu geführt, dass die Bestimmung des

angemessenen Bedarfs für Heizung derzeit nicht dem Modell der Bildung einer allgemeinen, realitätsnahen Angemessenheitsgrenze folgt, sondern im Rahmen des § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II die tatsächlichen Kosten bis zu einem Grenzwert übernommen werden, dessen Überschreitung unwirtschaftliches Heizverhalten vermuten lässt.

Als Grenzwert werden die Werte des „Bundesweiten Heizspiegels“ in der jeweils geltenden Fassung herangezogen. Es handelt sich dabei um von der co2online gGmbH in Kooperation mit dem Deutschen Mieterbund und gefördert vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit jährlich erstelltes Zahlenwerk, das für Öl-, Erdgas- und Fernwärme beheizte Wohnungen, gestaffelt nach Größe der Wohnanlagen, Daten bereit hält, die hinsichtlich des Heizenergieverbrauchs in der Reihung optimal, durchschnittlich, erhöht und extrem hoch gestaffelt sind. Für die Bestimmung des Grenzwertes auf Grund dieses Bundesweiten Heizspiegels sind also zunächst der Energieträger und die insgesamt zu beheizende Fläche des Hauses zu ermitteln, in dem die jeweilige Wohnung gelegen ist. Der diesem Segment zugeordnete Wert für extrem erhöhte Aufwendungen wird als Grenzwert angesehen. Nur wenn die Heizkosten diesen Wert übersteigen besteht Anlass dazu, die entsprechenden Aufwendungen auf Grundlage des weiteren Vorbringens des Leistungsberechtigten konkret auf ihre Angemessenheit hin zu prüfen. Dabei wird die Überschreitung des oberen Grenzwertes zum Indiz für fehlende Angemessenheit erhoben und ist in der Folge Auslöser einer individuellen Prüfung (BSG, Urteil v 02. Juli 2009 – B 14 AS 36/08 R RdNr 22; Urteil v 20. August 2009 – B 14 AS 41/08 R <Augsburg> RdNr 30; Urteil v 22. September 2009 – B 4 AS 70/08 R <Oberwiesenthal> RdNr 19).

Der Rückgriff auf die obersten Werte des Heizspiegels als Auslöser für eine ggfs anschließende individuelle Prüfung zeigt nochmals, dass es insoweit nicht um die Bestimmung der abstrakten Angemessenheit geht, sondern um eine Verfahrensvereinfachung im Rahmen der Prüfung, ob tatsächlich anfallenden Heizkosten vermutlich unwirtschaftliches Verhalten zu Grunde liegt und sie in diesem Sinne überhöht und damit unangemessen sind. Die so zu beschreibende Beschaffenheit des Grenzwertes schließt es aus, ihn unter Wahrung der § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II zu entnehmenden Grundsätze zur Bestimmung abstrakt angemessener Bedarfe (die allein Gegenstand der Verordnungsermächtigung sind, dazu bereits oben) und im weiteren dann zur Bildung der Richtwerte (= Gesamtangemessenheitsgrenzen vorbehaltlich eines „Warmwasserzuschlages“) heranzuziehen, so wie dies in § 3 Abs 3 WAV mit Blick auf den jeweils geltenden Bundesweiten Heizspiegel geschehen ist.

Die Bedeutung einer Gesamtangemessenheitsgrenze in § 4 WAV liegt darin, dass Einzelgrößen, aus denen sich in dem im Einzelfall zu beurteilenden Lebenssachverhalt die Bedarfe für Unterkunft und Heizung zusammensetzen, nicht mehr der isolierten Betrachtung bzgl der gesetzlichen Vorgaben der Angemessenheit unterliegen, sondern dies nur noch den Gesamtbetrag betrifft. Daraus folgt, dass es einzelfallbezogen zur Befriedigung unangemessen hoher Bedarfe für Unterkunft oder Heizung kommen kann, wenn ein überhöhter Bedarf bzgl einer der Positionen ausgeglichen wird. Damit entfernt sich jedes Bruttowarmmietenkonzept von dem Ideal einer punktgenauen Bedarfsbestimmung, da es Austauschwirkungen zulässt. Dies kann (auch im Blick auf die Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie) hingenommen werden, wenn alle Elemente eines zusammengesetzten Bedarfs realitätsnah bestimmt sind, denn für diesen Fall stehen nur geringe und damit tolerierbare Einzelabweichungen in Frage. Diese Situation ist aber hier nicht gegeben, da eine Position nicht einen abstrakten Bedarf repräsentiert, sondern eine Unwirtschaftlichkeitsgrenze. Diese ist dadurch gekennzeichnet und so gewählt, dass sie den Ausnahmesachverhalt extrem erhöhter Heizkosten markiert und damit den oberen Eckpunkt einer Bandbreite von Fällen bildet, deren Durchschnittsbereich deutlich unter dem Grenzwert liegt. Die Heranziehung des Grenzwertes zur Bildung der Gesamtangemessenheitsgrenze eröffnet damit regelhaft (systematisch) ein Aufstockungspotenzial für Bruttokaltmieten, die über den abstrakt angemessenen Werten liegen. In diesem Sinne „infiiziert“ der durch die Sachverhaltsvielfalt verursachte Verzicht auf die Bildung einer abstrakten Angemessenheitsgrenze bzgl der Heizkosten die funktionierende Angemessenheitsbestimmung bzgl der Bruttokaltmiete und verzerrt deren Ergebnisse, so dass die folgenden Leistungen, die sich infolge der Gesamtbedarfsbestimmung der WAV ergeben, im Einzelfall nicht mehr den nach § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II maßgebenden Bedarfen entsprechen.

Auch der unwirtschaftliches Heizen nahe liegende Grenzwert wandelt durch die Einbindung in die Bildung der Gesamtangemessenheitsgrenze Funktion und Bedeutung. Während er bei getrennter Bestimmung der angemessenen Bedarfe für Unterkunft und Heizung nur ausnahmsweise Bedeutung für die Höhe des (Gesamt-)Bedarfs für Unterkunft und Heizung erlangt (dann, wenn die Heizkosten mehr als extrem überhöht sind und keine weitere Einzelfallklärung stattfindet), ist der Grenzwert im Kontext einer Gesamtangemessenheitsgrenze bereits immer dann für die Höhe des Bedarfs bestimmend, wenn diese Grenze ausgeschöpft wird. In allen Fällen, in denen die Summe aus Kosten der Unterkunft und Kosten der Heizung die Gesamtangemessenheitsgrenze überschreiten, nähert sich die Bedarfsbestimmung der Kosten

der Heizung im Rahmen eines solchen Richtwertes einer pauschalen Berücksichtigung an (die nach § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II nicht zulässig ist: BSG, Beschluss v 16. Mai 2007 – B 7b AS 40/06 R RdNr 8ff, Krauß, aaO, RdNr 199), weil die Bedarfsbestimmung und in ihrer Folge die Höhe des Anspruchs nicht mehr davon abhängt, welcher Bedarf tatsächlich entsteht.

Eine in zulässiger Weise gebildete Gesamtangemessenheitsgrenze muss deshalb mit einem methodisch akzeptabel ermittelten Wert für den abstrakt angemessenen Bedarf für Heizung operieren. Dem entspricht es, dass im Schrifttum angenommen wird, von der Ermächtigung zur Bildung einer Gesamtangemessenheitsgrenze Gebrauch zu machen, erfordere Bemühungen um Datenmaterial zu den Heizkosten und dessen Bewertung (Krauß, Die Neuordnung der Kosten der Unterkunft und Heizung – eine erste Stellungnahme aus richterlicher Sicht, Sozialrecht aktuell 2011, S 147 „erheblicher Ermittlungsaufwand“; Knickrehm, Schlüssiges Konzept, „Satzungslösung“ und Anforderungen des BVerfG vom 9. 2. 2010, Sozialrecht aktuell 2011, S 129/130 sowie in KSW, §§ 22a bis 22c SGB II RdNr 11 aE; Deutscher Verein, Empfehlungen zur Ausführung einer Satzungsermächtigung bei den Kosten der Unterkunft und Heizung im SGB II und XII S 6f; auch Berlitz in LPK-SGB II, 4. Aufl, § 22 RdNr 41aE). Dass die abstrakte Bestimmung der Heizkosten auf erhebliche Schwierigkeiten stößt, ist bereits dargelegt worden. Da auch hier Herangehensweise und Datenauswahl zunächst Sache des Leistungsträgers sind, kann auch nicht aufgezeigt werden, wie Ergebnisse erzielt werden können, die auf jeden Fall tragfähig sind. Die Bestimmung eines abstrakt angemessenen Bedarfswertes steht unter der Vorgabe, die tatsächlichen Verhältnisse realitätsnah abzubilden. Dies dürfte jedenfalls die Einbindung zeitnah erfasster Energiepreise – getrennt nach Energieträgern – und auch die Berücksichtigung der Energiepreise bei der Nutzung von Einzel- und Mehrraumöfen und Etagenheizungen erfordern; diese Formen der im Bundesweiten Heizspiegel nicht abgebildeten Beheizung ist in ca 20 vH der Wohnungen in Berlin vorzufinden ist (Amt für Statistik Berlin-Brandenburg: Statistischer Bericht F I 2 – 4j/10 Ergebnisse des Mikrozensus im Land Berlin 2010 Wohnsituation). Mit dem Heikos-Berechnungsmodell (Söhner, Heikos 2.0 – das Heilbronner Modell zur Berechnung angemessener Heizkosten, ARCHIV für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2010, S 72ff) liegt ein Konzept vor, das die Angemessenheitsgrenze aus einem teils individuell, teils allgemein erfassten Datensatz beträchtlichen Umfangs im Ergebnis bezogen auf das jeweilige Wohngebäude festlegt. Darin ist zunächst eine Bestätigung dafür zu sehen, dass eine methodisch zufrieden stellende Fixierung abstrakter Angemessenheitsgrenzen nicht unmöglich sein dürfte, sofern ein nicht ganz unerheblicher Aufwand geleistet wird. Die damit

erreichte Tiefenschärfe ist aber kein zwingender Maßstab. Aus dem Umstand, dass viele Variablen eingehen, würde der erkennende Senat eher den Schluss ziehen, dass keine besonders hohen Anforderungen an die Validität einer abstrakten Angemessenheitsgrenze zu stellen sind. Insoweit könnte in Abhängigkeit von der Gesamtkonzeption, eine weitaus gröbere Erfassung der Bausubstanz (oder ein gänzlicher Verzicht darauf) im Vergleich zum Heikos-Modell ausreichen, wenn bzgl Art und Menge der betrachteten Wohnungen, Nachvollziehbarkeit der Datenerhebung, Argumentation zur Bildung eines Durchschnitts oder eines Spannenwertes (eventuell dem Abgleich mit einem fortgeschriebenen Wert in der Vergangenheit tatsächlich erbrachter Leistungen) und (insbesondere) der Aktualisierung ein annehmbares Herleitungsniveau erreicht wird.

2.4.4.2 Die Auswirkungen der nicht der Systematik des § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II entsprechenden und insoweit zu beanstandeten Bildung der Richtwerte sind nicht als Bagatelle zu vernachlässigen. Ihr Ausmaß kann in nicht untypischen Einzelfällen eine erhebliche Größenordnung erreichen und es sind nicht nur wenige Fälle betroffen. Zum zuerst genannten Aspekt lässt sich die Höhe des wirtschaftlichen Vorteils, der aus einer Bestimmung der Heizkosten nach Maßgabe des Grenzwertes folgt, wenn der Heizkostenbedarf durchschnittlich und die Bruttokaltmiete „zu hoch“ ist (in einem Umfang, der nicht hinter der Differenz von grenzwertigen und durchschnittlichen Heizkosten zurückbleibt), für bzgl der Heizbedingungen unterschiedliche Wohnverhältnisse unmittelbar aus dem Heizspiegel ablesen. Für eine „mittlere Konstellation“ – Heizen mit Erdgas, Wohneinheit von 251 bis 500 qm – gilt nach dem Heizspiegel 2011, dass zwischen dem Mittelwert der Spannenwerte für mittlere Kosten (7,70 EUR bis 12,10 EUR) von 9,90 EUR/qm und dem Grenzwert für zu hohe Kosten von 16,10 EUR/qm eine Differenz von 6,20 EUR/qm jährlich bzw knapp 0,52 EUR/qm monatlich liegt. Dieser Betrag, der „in die Bruttokaltmiete fließt“, wenn der Bedarf für Heizung durchschnittlich in eben vorausgesetzten Sinne ist, ist als substantielle Verschiebung der im Rahmen des schlüssigen Konzept gewonnen Angemessenheitswerte zu bewerten; er macht mehr als 10 vH der angemessenen Nettokaltmiete und mehr als 1/3 der kalten Betriebskosten aus. Die Einbeziehung des Grenzwertes in die Richtwertbestimmung führt damit jede filigrane Überlegung zur Bestimmung der anderen Größen ad absurdum.

Bei den Verschiebungen zwischen angemessener Bruttokaltmiete und Heizkostenbedarfen, die nach den Grenzwerten des Heizspiegels bestimmt sind, handelt es sich nicht um eine im Hinblick auf die betroffene Fallzahl nur randständige Erscheinung. Dies zeigt die hohe Zahl

von Bedarfsgemeinschaften für die Bedarfe für Unterkunft und Heizung über der Richtwertgrenze anfallen; es handelt sich um 63.658 Fälle (Anlage 1a des Wortprotokolls der 20. Sitzung des Ausschusses für Gesundheit und Soziales des Berliner Abgeordnetenhauses am 25. Februar 2013).

Die bisherigen Ausführungen haben außer Betracht gelassen, dass die Bestimmung der Bedarfe für Heizung ein Begrenzungselement beinhalten, das darin besteht, dass Bedarfe bis zum Grenzwert nur bezogen auf die abstrakt angemessene qm-Zahl berücksichtigungsfähig sind (vgl BSG, Urteil v 02. Juli 2009 – B 14 AS 36/08 R RdNr 22). Darin wird ein Korrektiv hinsichtlich der Höhe (gemeint wohl: des großzügig angesetzten Grenzwertes, vgl Krauß in Hauck/Noftz, SGB II, § 22 RdNr 151) der Heizkosten gesehen. Zugleich wird angenommen, auch die Vergleichbarkeit der Heizkosten mit denen einer typischerweise angemessenen Wohnung werde ermöglicht (BSG, aaO). In dem hier verfolgten Argumentationszusammenhang wäre diese Begrenzung dann von Bedeutung, wenn sie darauf abzielte und dazu geeignet wäre, den als Kosten der Heizung zu Grunde gelegten Bedarf auf eine abstrakt generell bestimmte Angemessenheitsgrenze zurückzuführen. Dies ist nicht der Fall. Es handelt sich vielmehr (nur) um die Kappung eines weiterhin mittels eines die Unwirtschaftlichkeit indizierenden Grenzwertes bestimmten Bedarfs. Dabei verschärft es die oben dargestellte Verzerrungsproblematik, wenn Leistungsberechtigte eine die abstrakt angemessene qm-Zahl unterschreitende Wohnung bewohnen.

2.5 Der Umstand, dass die Gesamtangemessenheitsgrenze keinen Bestand hat, führt zur Unwirksamkeit der WAV insgesamt. Entscheidend für die Beurteilung, wie weit die Unwirksamkeit reicht, ist der Begriff der Abtrennbarkeit; abtrennbare Teile einer Norm bzw eines Normkomplexes werden von dem Unwirksamkeitsgrund nicht erfasst und behalten Bestand. Abtrennbar ist (unter Heranziehung der Rechtsgedanken des § 139 BGB) der Teil einer Norm bzw eines Normkomplexes, der mit dem gesamten restlichen Normgefüge nicht so verflochten ist, dass die Restbestimmungen ohne den abgetrennten nicht sinnvoll bestehen können, etwa weil der verbleibende Teil allein nicht der Rechtsordnung entspricht oder den gesetzlichen Regelungsauftrag verfehlt (Gerhardt/Bier in Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 47 RdNr 110; ähnlich bereits BVerfG, Beschluss v 12. November 1958 – 2 BvL 4/56 ua RdNr 111 „Teil einer Gesamtregelung, die ihren Sinn und ihre Rechtfertigung verlöre, nähme man einen ihrer Bestandteile heraus“). Weiter muss (iS einer kumulativen Voraussetzung) mit Sicherheit anzunehmen sein, dass der Normengeber die Restbestimmung ohne den ab-

zutrennenden Teil erlassen hätte (hypothetischer, objektiver Wille des Normengebers, Gerhardt/Bier, aaO; bzgl der Teilbarkeit von Bebauungsplänen, die ebenfalls den Rechtsgedanken des § 139 BGB folgt, BVerwG, Beschluss v 06. April 1994 – 4 NB 43/92 RdNr 11). Ein „isolierbarer Fehler“ – Gerhardt/Bier, aaO RdNr 110 aA – ist nicht vorauszusetzen; wenn er nicht vorliegt, also alle Teile der Norm fehlerhaft sind, stellt sich die Frage nach der Teilbarkeit nicht.

Eindeutig ist danach zunächst, dass Regelungen, die auf die Gesamtangemessenheitsgrenze aufbauen, wie etwa die Regelungen zu den besonderen Bedarfen (§ 6 WAV) oder sie ergänzen (so ausdrücklich § 5 Abs 1 WAV – Quadratmeterhöchstmiete) keine weitere Wirksamkeit beanspruchen können, wenn ihr Bezugspunkt entfällt. Bezüglich ergänzender Begriffsbestimmungen (§ 3 Abs 2 und 3 WAV – selbst bewohntes Wohneigentum) und Anpassungsregelungen (§ 7 WAV) wird man annehmen können, dass sie Bestand behalten, wenn ein geeigneter Bezugspunkt für ihren Regelungsinhalt erhalten bleibt. Dies ist im Ergebnis nicht der Fall. Die Voraussetzungen der Abtrennbarkeit liegen auch für den „Richtwertbestandteil bruttokalt“ (Tabelle A zu § 3 Abs 4 Satz 1 und § 5 Abs 2 WAV) nicht vor. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Verordnungsgeber zumindest die Referenzmiete (§ 3 Abs 2 WAV) bruttokalt – so wie geschehen – festgelegt hätte, wenn die Unwirksamkeit der ausgehend von diesen Werten im weiteren in der WAV bestimmten Gesamtangemessenheitsgrenzen bekannt gewesen wäre. Für eine solche Feststellung spräche es, wenn die Fixierung einer Bruttokaltmiete, die für jede Form der Gewährung von Arbeitslosengeld II bzw Sozialgeld – bei satzungs- bzw verordnungsfreier Bestimmung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung als Erarbeitung eines schlüssigen Konzept – notwendig ist, zwingend zu eben den Beträgen führen würde, die Tabelle A zu § 3 Abs 4 Satz 1 und § 5 Abs 2 WAV ausweist. Diese Aussage kann aber so nicht getroffen werden. Zum einen ist bereits aufgezeigt, dass der Normgeber der WAV – und dessen Tätigwerden war die Situation, in der die Tabellenwerte zustande kamen – Gestaltungsmöglichkeiten hatte (Pauschalierungssatzung bzw Pauschalierungsverordnung, Bestimmung der Wohnfläche entsprechend der Struktur des örtlichen Wohnungsmarktes, Bildung mehrere Vergleichsräume), von denen ggfs – die Unwirksamkeit des Bruttowarmmietenkonzepts in der konkreten Ausprägung der WAV vorausgesetzt – anders Gebrauch gemacht worden wäre. Zudem ist die Festlegung der Bruttokaltmiete im Rahmen der Bildung eines schlüssigen Konzepts kein reiner Erkenntnisakt in dem Sinne, dass am Ende nur ein bestimmtes Ergebnis stehen kann. Die zutreffende Beachtung normativer und das Erkenntnisverfahren betreffender Vorgaben kann zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Insoweit ist nicht zwingend, dass alle im Zusammenhang mit dem

Erlass der WAV bzgl der Bildung des „Richtwertbestandteils bruttokalt“ (Tabelle A zu § 3 Abs 4 Satz 1 und § 5 Abs 2 WAV) angestellten oder unterlassenen Überlegungen im Kontext der Erarbeitung eines schlüssigen Konzepts (alleiniger Gegenstand wäre dann die Bestimmung einer angemessenen Bruttokaltmiete gewesen) die gleiche Rolle gespielt hätten. Diese Überlegungen finden ihre Bestätigung in den dokumentierten Verwaltungsabläufen. Die Verwaltungsvorgänge der (federführenden) Senatsverwaltung für Gesundheit und Soziales weisen aus, dass dort zunächst eine zu höheren Bruttokaltmieten führende Einbeziehung mittlerer Wohnlagen des Berliner Mietspiegels favorisiert wurde, von Durchsetzungsbestrebungen für diese Variante aber Abstand genommen wurde, nachdem eine Bestimmung des Bedarfs für Heizen nach Maßgabe der Grenzwerte des Bundesweiten Heizspiegels vorgeschlagen war, (Sachbearbeitungsvermerk GesSoz II A 25 v 23. Januar 2012 „... Einfache Wohnlagen ohne Kleinstwohnungen wären aus hiesiger Sicht hinnehmbar, wenn die Heizkosten nach BSG ermittelt würden und mit ihrer dort recht großzügigen Berechnung Bestandteil der Bruttowarmmiete werden könnten, weil in diesem Fall die Verschiebbarkeit aller Bestandteile des Richtwertes gegen einander wieder möglich wäre“).

2.6 Die in § 6 WAV getroffenen Regelungen sind zum Teil ohne Ermächtigung bzw nicht ermächtigungskonform. Dies führt nicht allein zur Unwirksamkeit dieser Bestimmungen, sondern bildet – mangels Abtrennbarkeit dieser Regelungen – einen (weiteren) eigenständigen Unwirksamkeitsgrund der „Basisregelung“ betreffend die Bestimmung der Bedarfe für Unterkunft und Heizung unter Bildung von Gesamtangemessenheitsgrenzen (dazu 2.7).

Nach § 22b Abs 3 SGB II soll in der Satzung für Personen mit einem besonderen Bedarf für Unterkunft und Heizung eine Sonderregelung getroffen werden (Satz 1) und zwar insbesondere für Personen, die wegen einer Behinderung oder wegen der Ausübung eines Umgangsrechts einen erhöhten Raumbedarf haben (Satz 2). Die WAV vollzieht diesen Regelungsauftrag – dies hält § 6 Abs 1 WAV mit dem Hinweis, es handle sich um eine individuelle Bestimmung der Angemessenheit, ausdrücklich so fest – durch die in § 6 Abs 2 bis 9 WAV getroffenen Bestimmungen.

Mit dem überwiegenden Teil der dazu getroffenen Regelungen verlässt der Verordnungsgeber den Regelungsbereich, der nach § 8 AG-SGB II iVm §§ 22a bis 22c SGB II satzungrechtlicher – hier verordnungsrechtlicher – Regelung zugänglich ist, weil er Materien ordnet, die § 22 Abs 1 Satz 3 SGB II unterliegen. Als solche sind sie einer abstrakten Angemessenheits-

bestimmung (die alleiniger Gegenstand der Ermächtigung in § 8 AG-SGB II ist) jedenfalls nicht in der Form zugänglich, die in § 6 WAV vorzufinden ist. Abstrakte Angemessenheitsbestimmungen für bestimmte Personengruppen mit besonderen Bedarfslagen sind vorstellbar, derartige Regelungen werden in § 6 WAV aber nicht getroffen.

§ 6 WAV enthält zunächst verschiedene limitierte Erhöhungstatbestände. § 6 Abs 2 WAV sieht vor, dass die Richtwerte des § 4 WAV „in besonders begründeten Einzelfällen ... aus sozialen Gründen und in Härtefällen um bis zu 10 vH überschritten werden können“ und nennt sechs Tatbestände (Alleinerziehung, Wohndauer von mindestens 15 Jahren, wesentliche soziale Bezüge <etwa Schulweg/Betreuungseinrichtungen Kindertagesstätten>, Lebensalter von mehr als 60 Jahren, Schwangerschaft, absehbares Ausscheiden aus den Leistungsbezug), bei deren Vorliegen dies regelmäßig der Fall ist („... insbesondere...“). Die Regelung gilt nach § 6 Abs 4 WAV entsprechend, für dort so bezeichnete ambulante Wohnformen (betreutes Wohnen, therapeutische Wohngemeinschaften etc). Eine Überschreitung der Richtwerte des § 4 WAV um 10 vH gilt weiter unter den in § 6 Abs 8 WAV genannten Voraussetzungen als angemessen, bei Neuanmietung von Wohnraum durch wohnungslose oder von Wohnungslosigkeit bedrohte Leistungsberechtigte und ihnen nach § 6 Abs 8 Satz 2 WAV gleichgestellte von häuslicher Gewalt betroffene Frauen. § 6 Abs 6 und Abs 9 WAV nennen Sachverhalte, bei deren Vorliegen zugunsten einer aus einer oder mehreren Personen bestehenden Bedarfsgemeinschaft ein erhöhter Bedarf in der Weise gewährt wird, dass (fiktiv) der Bedarf einer größeren Bedarfsgemeinschaft als angemessen angesehen wird. Dies gilt, wenn sich Kinder eines Leistungsberechtigten im Rahmen eines Umgangsrechts bei ihm aufhalten (Abs 9) und nach näherer Bestimmung des § 6 Abs 6 WAV für chronisch Kranke mit erhöhtem Raumbedarf. Eine nicht in Abhängigkeit von den Richtwerten des § 4 WAV stehende Bedarfsbestimmung ist in § 6 Abs 5 WAV (ihrem Zweck entsprechend genutzte behindertengerechte Wohnungen), in § 6 Abs 7 WAV (Unterbringung von Wohnungslosen in Einrichtungen, die nach Tagessätzen abrechnen) und in § 6 Abs 3 WAV (nur die Heizkosten betreffend: gesundheits- oder altersbedingter Mehrbedarf) vorgesehen.

Zu diesem verordnungsrechtlichen Regelungskomplex ist zunächst festzuhalten, dass er keinen Bestand haben kann, wenn – wie es der Wortlaut nahe legt – die Regelungen in § 6 Abs 2 WAV (und die darauf Bezug nehmenden Bestimmungen) als Ermessensvorschriften verstanden werden, denn für Ermessensentscheidungen ist weder bei der Bestimmung abstrakter Angemessenheitsgrenzen Raum noch im Rahmen der Anwendung des § 22 Abs 1

Satz 3 SGB II, denn über die Deckung einer konkreten Bedarfslage wird durch die Subsumtion auf Tatbestandsseite (ist ein Umzug zumutbar, steht bezugsfähiger angemessener Wohnraum aktuell zur Verfügung etc) entschieden; die Rechtsfolge ist zwingend und besteht ggfs in der vollständigen Übernahme abstrakt nicht angemessener Bedarfe. Im Interesse einer Geltungserhaltung erscheint allerdings ein Verständnis als gebundene Norm („Kompetenz-Kann“ dazu BSG, Urteil v 26. September 1991 – 4/1 RA 33/90 RdNr 22) möglich und wird hier im Weiteren zugrunde gelegt (bereits Senatsentscheidung, Urteil v 07. August 2012 – L 36 AS 1162/12 NK RdNr 48).

Es ist bereits ausgeführt worden, dass § 8 AG-SGB II iVm §§ 22a bis 22c SGB II nur zum Erlass von untergesetzlichen Normen ermächtigt, deren Ziel die Bestimmung abstrakt angemessener Bedarfe ist. Abstrakt angemessene Bedarfe sind nach dem derzeitigen Stand in Verwaltungspraxis und Rechtsprechung nur für „normale Bedarfsgemeinschaften“ fixiert, nicht aber für besondere Bedarfslagen, wie sie etwa durch Krankheit oder Alter entstehen können. Derartige Problemstellungen sind vielmehr nachzeitigem Sachstand allein auf Grundlage des § 22 Abs 1 Satz 3 SGB II zu lösen, indem gefragt wird, ob vorübergehend die tatsächlichen, den abstrakt angemessenen Bedarf überschreitenden Kosten, mangels (zumutbarer) Alternative als konkret angemessener Bedarf übernommen werden (dazu bereits oben). Dazu hatte der Senat in seinem ersten, die Normenkontrolle der WAV betreffenden Urteil weiter ausgeführt:

„... nach Personengruppen differenzierte abstrakte Angemessenheitsgrenzen ... dürften aber jedenfalls im Sinne einer systematischen Weiterentwicklung durch § 22b Abs 3 SGB II möglich sein. Wie bereits dargelegt ordnet die Rechtsprechung zu § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II Sachlagen, die zu einer Überschreitung der Referenzmiete führen, § 22 Abs 1 Satz 3 SGB II zu, ...es verbleibt ... bei der Referenzmiete, die ausgehend von weder positiv noch negativ ... vom Normalmaß abweichenden Bedarfslagen standardisiert ist. Dies bedeutet insbesondere, dass auch in diesen Zusammenhängen (sofern entsprechend aufgefordert wurde) der Druck der Kostensenkungsobliegenheit bestehen bleibt. Dieser Befund besagt aber nicht, dass § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II keine Differenzierung abstrakt angemessener Aufwendungen erlauben würde, er verdeutlicht nur, dass die Bildung unterschiedlicher Referenzmieten und deren Zuordnung zu vom Regelfall abweichenden Bedarfslagen durch die Leistungsträger bislang nicht stattgefunden hat. Rechtliche, aus dem Normzusammenhang resultierende Bedenken be-

stehen nicht, denn derartige Differenzierungen fördern eine strikt am Bedarf orientierte Leistungserbringung ... Zudem ergibt sich – wie bereits dargetan – ein tragfähiges Normverständnis der in § 22b Abs 3 SGB II getroffenen Regelung nur, wenn differenzierte Referenzmieten Gegenstand der satzungs- bzw verordnungsrechtlichen Regelungen sein können.“

Die im Hinblick auf die in der mehrfach zitierten Senatsentscheidung allein zur Diskussion stehenden Bestimmungen zu besonderen Bedarfslagen wegen Alters – § 6 Abs 2 Buchst b – d, Abs 3 und 4 WAV – hatte der Senat dahingehend bewertet, dass sie jedenfalls nicht die abstrakte Bestimmung einer Bedarfslage beinhalten. Die hier wiederholte Argumentation gilt ebenso für die oben dargestellten Tatbestände des § 6 Abs 2, 4 und 8 WAV.

„Mit den in § 6 Abs 2 Buchst b – d, Abs 3 und 4 WAV genannten Regelungen werden die Anforderungen dagegen verfehlt, weil es sich nicht um Regelungen handelt, die von einem spezifischen Bedarf ausgehen und auf dessen Art und Umfang reagieren Es handelt sich nach Inhalt, Herkunft und Begründung nicht um (abstrakte) Regelungen, die Modifizierungen zu der nach § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II der Bestimmung der Angemessenheit allgemein zu Grunde liegenden Bedarfssituation treffen, sondern es handelt sich um vom Ergebnis entwickelte Bestimmungen zur Vermeidung von Härten.

Den Grundzügen der Anwendung dieser Vorschrift <§ 22 Abs 1 Satz 1 SGB II> zur Ermittlung einer allgemeinen Angemessenheitsgrenze muss auch eine untergesetzliche Norm zur Festlegung einer Angemessenheitsgrenze entsprechen, die nur für eine bestimmte Gruppe von Leistungsberechtigten Geltung beansprucht. Der Normgeber hat zu erwägen, welchen Kriterien folgend Flächen- und/oder Preiskomponente abzuwandeln sind. Dies setzt voraus, dass Abweichungen bzgl des Wohnflächen- und/oder Qualitätsbedarfs analysiert werden und unter wertender Vorgabe (im Rahmen der Rechtsanwendung des § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II derzeit repräsentiert durch die Flächenbegrenzung des sozialen Wohnungsbaus und die Beschränkung auf einfachen Standard) Vorstellungen entwickelt werden, welche Aufwendungen es regelhaft erfordert, Wohnungen des vorgesehenen (Flächen-/Ausstattungs-/Preis-) Standards anzumieten. Sofern eine Regelung dieses Typs getroffen ist, unterliegt sie ggfs nach § 55a SGG der Prüfung, ob sie gesetzeskonform ist, insbesondere den Rahmen der

Ermächtigung gewahrt hat. ... Vorbehaltlich ... der Frage nach einer hinreichend belastbaren Datengrundlage folgt etwa die in § 22b Abs 3 Satz 2 Nr 2 SGB II „geforderte“ und in § 6 Abs 9 WAV umgesetzte Regelung für Sachverhalte der Ausübung eines elterlichen Umgangsrechts diesen Vorgaben, indem der Flächenbedarf generell erhöht wird und es bzgl des Preisfaktors unverändert bei der gemäß § 22 Abs 1 Satz 1 SGB II geltenden Regel bleibt.

Mit den in § 6 Abs 2 Buchst b – d, Abs 3 und 4 WAV genannten Regelungen werden die Anforderungen dagegen verfehlt, weil es sich nicht um Regelungen handelt, die von einem spezifischen Bedarf ausgehen und auf dessen Art und Umfang reagieren.

Mit der – abstrakten – Berücksichtigung eines besonderen Unterkunftsbedarfs älterer Menschen ist dem Satzungs- oder Ordnungsgeber nichts Unmögliches auferlegt. Zwar stellt sich die Frage, ob das Lebensalter isoliert betrachtet einen besonderen Bedarf für Unterkunft und Heizung begründen kann. So wird sich kaum fundiert herleiten lassen, dass ein bestimmtes Lebensalter eine besondere Wohnungsgröße, eine besondere Wohnungslage oder eine besondere Wohnungsausstattung erfordert (<hier berichtet> Berlitz in LPK-SGB XII, 9. Aufl, § 35a RdNr 3). Maßgeblich sind insofern vielmehr körperliche Defizite (insbesondere mangelnde Beweglichkeit), die zwar häufig mit dem Lebensalter einhergehen, mit diesem aber keineswegs zwangsläufig verbunden sind. Die Berücksichtigung besonderer Unterkunfts- und Heizbedarfe älterer Menschen ist jedoch in der Weise – abstrakt – möglich, dass die Bedarfsermittlung wie bei der Bestimmung des Regelbedarfs zur Sicherung des Lebensunterhalts nach § 20 SGB II nach der Statistikmethode (vgl § 20 Abs 5 SGB II iVm § 1 des Gesetzes zur Ermittlung der Regelbedarfe nach § 28 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch <Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz – RBEG>) erfolgt, dh die statistisch ermittelten Verbrauchsausgaben der untersten Einkommensgruppen innerhalb der Gruppe der älteren Menschen maßgeblich sind (wobei ggf diejenigen Haushalte nicht als Referenzhaushalte heranzuziehen sind, die unterhalb eines für Ältere angemessenen erachteten Unterkunfts-niveaus leben <vgl BVerfG, Urteil v 09. Februar 2010 – ua 1 BvL 1/09, juris RdNr 169; Lenze in LPK-SGB II, 4. Aufl, § 3 RBEG RdNr 3>; dabei ist nicht auszuschließen, dass sich eine ausreichende Datengrundlage bereits aus den Erhebungen des Mikrozensus ergibt). ...

Derartige abstrakte Bestimmungen zur Berücksichtigung besonderer Unterkunftsbedarfe älterer Menschen finden sich in der WAV nicht, insbesondere genügen die Härtefallregelungen des § 6 Abs 2 WAV mit den dort benannten Fallgruppen der „längeren Wohndauer“ (mindestens 15 Jahre, Buchstabe b), der „wesentlichen sozialen Bezüge“ (Buchstabe c) und der „über 60-jährigen Hilfeempfangenden“ (Buchstabe d) nicht den diesbezüglichen Anforderungen des § 35a Abs 1 Satz 1 SGB XII. Denn diese Härtefallregelungen tragen keinem besonderen Bedarf älterer Menschen Rechnung. Insofern ist aus Sicht des Ordnungsgebers nur die bisherige Härtefallregelung der Ausführungsvorschriften zur Gewährung von Leistungen gemäß § 22 SGB II und §§ 29 und 34 SGB XII (AV-Wohnen) in die Rechtsverordnung übernommen worden (Begründung zu § 6 Satz 2 WAV). ... Aber auch wenn § 6 Abs 2 WAV auch für Neuanmietungen gilt, ist keine Regelung gegeben, die den Bedarf älterer Menschen berücksichtigt. Denn es bliebe dabei, dass sie nicht auf einen besonderen Bedarf dieser Personengruppe reagiert (vgl zum Ganzen auch Stölting, aaO). Das folgt schon daraus, dass nicht ansatzweise erkennbar ist, dass zu dessen Bestimmung Ermittlungen erfolgt bzw Daten erhoben bzw ausgewertet worden wären, vielmehr wird in der Sache ein – was die hier interessierenden Vorschriften angeht altersbezogener – Bonus gewährt. Gegen die Annahme einer abstrakt den Bedarf älterer Menschen berücksichtigenden Regelung spricht zudem entscheidend, dass dieser Bonus der Höhe nach für sämtliche von den Buchst a – f erfassten Personengruppen bzw Fallgruppen in gleicher Weise prozentual begrenzt ist. Zum einen verdeutlicht die Gleichbehandlung ua mit Alleinerziehenden und Schwangeren, dass nicht auf einen altersspezifischen Bedarf reagiert wurde, sondern man aus sozialen Gründen ua der Gruppe der über 60-jährigen Leistungsberechtigten mit einem gewissen Wohlwollen begegnen wollte. Und zum anderen zeigt der Umstand, dass der Prozentsatz, um den der Richtwert überschritten werden darf, immer gleich ist, dass er offenbar „gegriffen“ und nicht durch Bedarfsermittlungen untermauert ist, und damit keinem besonderen Bedarf Rechnung getragen ist. ...“

Diese Ausführungen gelten für die in § 6 Abs 2 WAV erfassten Sachverhalte, die keinen Bezug zum Lebensalter der Leistungsberechtigten aufweisen (sowie für § 6 Abs 4 und 8 WAV), in gleicher Weise; es ist auch insoweit durchweg nicht erkennbar und wird auch in Konzept und Begründung zur WAV nicht geltend gemacht, dass die Privilegierungen nach Auswahl der Begünstigten und Umfang der Begünstigung und zielgruppenspezifische Bedarfsermitt-

lungen oder anderweitig tatsächengestützte Feststellungen beruhen. Rechtsfolge der in § 6 Abs 3, 5 und 7 WAV fixierten Sachverhalte ist die Übernahme des im Einzelfall bestehenden Bedarfs. Es werden damit nicht Bedarfslagen abstrakt erfasst, vielmehr werden Fallgruppen genannt, die nach § 22 Abs 1 Satz 3 SGB II – konkrete Angemessenheit – zu behandeln sind, wozu (auch wenn dies für die Rechtsanwendung im Einzelfall unschädlich sein mag) § 8 AG-SGB II iVm §§ 22a bis 22c SGB II keine Rechtsgrundlage bieten. § 6 Abs 6 und Abs 9 WAV enthalten nach ihrer Regelungsstruktur abstrakte Bedarfsfestlegungen (dazu bereits oben), wobei empirische Grundlagen der „Sonderbedarfsbemessung“ allerdings nicht erkennbar werden. Dennoch dürfte was § 6 Abs 9 WAV – Wahrnehmung eines Umgangsrechts – angeht, eine ermächtigungskonforme Lösung insoweit vorgesehen sein, als die Regelung als Reaktion auf eine klar abgrenzbare Bedarfslage (<temporäre> Unterbringung weiterer Personen) verstanden werden kann, zu der sich keine greifbaren Alternativen aufdrängen. Es verbleibt aber dabei, dass die Bedarfsbestimmung nach § 6 Abs 9 (und Abs 6) WAV auf Grundlage der nicht ermächtigungskonformen Richtwerte stattfindet und zumindest deshalb nicht wirksam ist.

2.7 Der soeben erörterte Normkomplex der besonderen Bedarfslagen – § 6 WAV – ist von der allgemeinen Bedarfsbestimmung – Bildung der Richtwerte, §§ 3, 4 WAV – nicht abtrennbar; mit anderen Worten, die Unwirksamkeit der in § 6 WAV getroffenen Regelung greift auf die allgemeine Bestimmung der Bedarfe über und bedingt deren Unwirksamkeit iS eines eigenständigen Grundes, der auch dann die Unwirksamkeit herbeiführen würde, wenn die Gesamtangemessenheitsgrenzen ermächtigungskonform gebildet wären. Zu entscheiden ist in Anwendung der oben (zu 2.5) im Einzelnen darlegten Grundsätze zur Abtrennbarkeit.

Hier kann offen bleiben, ob eine trennungsfeindliche Verflochtenheit bereits aus § 22b Abs 3 SGB II folgt, der Sonderregelungen für Personen mit einem besonderen Bedarf – iS einer Sollbestimmung – zum regelhaft obligatorischen Inhalt einer Satzung/Rechtsverordnung macht. Jedenfalls ist nicht erkennbar, dass eine Regelung, der als Konzept die Bildung einer Gesamtangemessenheitsgrenze zu Grunde liegt, vom Normengeber auch dann verwirklicht worden wäre, wenn von einer Unwirksamkeit der Sonderregelung im § 6 WAV (zumindest im wesentlichen Teilen) auszugehen gewesen wäre. Dies gilt deshalb, weil, die Unwirksamkeit der Sonderregelungen in § 6 WAV vorausgesetzt, der Vereinfachungsvorteil, der ein entscheidender Reiz des Bruttowarmmietenmodells ist, für einen nicht unerheblichen Teil der Bedarfsgemeinschaften nicht greift und somit die Attraktivität des Modells insgesamt gemin-

dert ist. Da außerdem im vorliegenden Zusammenhang die Regelungen des § 6 WAV nur hinweggedacht werden können, aber keine andere Gestaltung durch den untergesetzlichen Normgeber hinzugedacht werden kann, muss zudem davon ausgegangen werden, dass in den durch § 6 WAV erfassten Sondersachverhalten im Zweifel die individuelle Bestimmung der angemessenen Heizkosten erfolgen muss bzw jedenfalls gegenüber dem Bruttowarmmietenstandard keine systematische Privilegierung (indem für eine Rechengröße ein Missbrauch signalisierender Grenzwert angesetzt wird) stattfinden kann. Die sich dann ergebende Gesamtregelung beinhaltet Verwerfungen, denn „Standardhaushalte“ kommen in den Genuss der prinzipiell vorteilhafte Betrachtungsweise, wonach Heizkosten immer zu Höchstwerten eingestellt werden, wogegen in vermutlich bedarfsintensiveren Haushalten dieses begünstigende Element ausfällt. Deshalb erscheint nicht gesichert, dass der Normgeber unter diesem Bedingungen am Bruttowarmmietenkonzept festgehalten hätte.

2.8 Die WAV ist aus den zu 2.4 bis 2.7 aufgezeigten Gründen unwirksam. Das Gericht ist nicht verpflichtet, darüber hinaus zu prüfen, ob weitere Fehler vorliegen, die die Unwirksamkeit der WAV insgesamt oder die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen der WAV bedingen (BVerwG, Beschluss v 11. Dezember 2002 – B 4 BN 16/02 RdNr 7f; Gerhardt/Bier, aaO RdNr 87). Da nicht abzuschätzen ist, ob das Projekt einer Angemessenheitsverordnung weiter verfolgt wird, gibt eben dieser Umstand der „unvollständigen Prüfung“ Anlass, zur Förderung der Produktivität eventueller weiterer Rechtssetzungsaktivitäten zu einigen Regelungen/Regelungszusammenhängen der WAV Stellung zu nehmen, deren isolierte oder ausstrahlende Unwirksamkeit aus Sicht des Gerichts mehr oder weniger nahe liegt. Diese Äußerungen sind nicht nur nicht tragend für die Entscheidung über den Normenkontrollantrag der Antragsteller, sie beruhen auch nicht auf einer abschließenden Willensbildung. Damit liegt der kursorische und problembeschreibende Charakter in der Natur der Sache.

2.8.1 Nettokaltmiete: Die Bestimmung der Nettokaltmiete nach einem schlüssigen Konzept ist kein Selbstzweck. Die prozeduralen Vorgaben dienen dazu, Bedarfswerte zu erarbeiten, die die Gewähr bieten, dass Leistungsberechtigte eine Wohnung einfachen Standards behalten bzw anmieten können (vgl BSG, Urteil v 17. Dezember 2009 – B 4 AS 27/09 R RdNr 21). Zur Sicherung der angestrebten realitätsnahen Abbildung des Mietmarktes ergänzt das BSG die Erwägungen zum schlüssigen Konzept um das Gebot, diesen zu beobachten und erhebliche Veränderungen zeitnah zu berücksichtigen (BSG, Urteil v 19. Oktober 2010 – B 14 AS 2/10 R <Berlin> RdNr 21: Ausgangsdaten sind zu korrigieren, wenn es zu nicht vorher-

sehbarer Preissprüngen gekommen ist). Dem entspricht die Aktualisierungsverpflichtung in § 22c Abs 2 iVm Abs 1 Satz 1 SGB II, der die Datensichtung und -auswertung betrifft. Die Einwendungen der Antragsteller zielen darauf ab, dass die Preissteigerungen am Berliner Mietmarkt von großer Dynamik sind und beträchtliche Abstände zwischen Bestands- und Angebotsmieten bestehen (dazu mit Substanz SG Berlin, Urteil v 22. Februar 2013 – S 37 AS 30006/12 RdNr 40ff) und beides in der WAV keinen Niederschlag findet. Hier ist nicht zu untersuchen, ob eine Datenlage (zu den Quellen, die zusätzlich zu den dem Mietspiegel zugrunde liegenden Daten herangezogen werden können, vgl die vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung herausgegebene Arbeitshilfe zur Bestimmung der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung im Rahmen kommunaler Satzungen <Stand Januar 2013>, www.bmvbs.de/SharedDocs/DE/Artikel/SW/arbeitshilfe-kdu.html) die Feststellung trägt, dass der „Richtwertbestandteil bruttokalt“ keine realitätsnahe Abbildung des Mietmarktes (mehr) darstellt. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass zwischen dem schlüssigen Konzept, das konkret zur Anwendung gelangt, und der Intensität der Verpflichtung, Veränderungen am Mietmarkt zu beobachten und auf sie zu reagieren, eine Beziehung besteht. Je größer die Zahl der Wohnungen ist, die der Bildung der Referenzmiete zugrunde gelegt werden, desto widerstandsfähiger ist der ermittelte Wert gegen Preissteigerungen am Markt, denn er wird als Durchschnitts- oder Spannenwert gebildet, so dass die absolute Zahl der tatsächlich zur Anmietung zur Verfügung stehenden Wohnungen mit der Zahl der herangezogenen Wohnungen steigt. Preissteigerungen haben auch dann die Wirkung, die Zahl der Wohnungen zu senken, die zu dem festgelegten abstrakten Bedarfswert gemietet werden können, und die finanzielle Erreichbarkeit auf Objekte mit unterdurchschnittlichen Mietpreisen zu beschränken. Die daraus resultierenden Einschränkungen bei der Wohnungssuche sind aber in Relation zur Menge der in die Betrachtung einbezogenen Wohnungen geringer. Dies hat zur Konsequenz, dass sich der Normgeber erhöhten Aktualisierungspflichten aussetzt, wenn er bei der Bildung des schlüssigen Konzepts auf einen relativ begrenzten Wohnungsbestand zurückgreift. Zwar verbieten sich „einfache Rechnungen“, die den keineswegs auf Leistungsberechtigte nach dem SGB II beschränkten Kreis derer, die preiswerten Wohnraum nachfragen müssen, der Zahl der in die Angemessenheitsbestimmung eingehenden Wohnungen gegenüberstellt, da ua weder Berücksichtigung findet, welche Personenkreise zu welcher Quote im Bestand wohnen, noch welche kleinen Wohnungen in nicht einfacher Lage in Ansehung der Produkttheorie und welche teureren Objekte (bei relativer Lastengleichheit) für so genannte Aufstocker erschwinglich sind. Es bleibt aber doch festzuhalten, dass in dem Rückgriff allein auf einfache Wohnlagen (vom BSG perspektivisch

akzeptiert mit der Vorstellung, damit gelange einfacher Standard angemessen zur Darstellung) eine in Relation zur Nachfrage als eher knapp bemessen zu beurteilende Wohnungsmenge in Bezug genommen wird, zumal nicht alle tatsächlich marktrelevanten Wohnungen (solche von weniger als 40 qm, aus der Sozialbindung entlassene Wohnungen) erfasst werden. Ausgehend von dem vom Normgeber der WAV präferierten schlüssigen Konzept liegt es daher nicht fern, den derzeit vorzufindenden Standard bzgl der Datenaktualität – den Rückgriff allein auf die Mietspiegelrohdaten (ortübliche Vergleichsmiete zum Stichtag 01. September 2010) ohne nachgehenden Abgleich mit anderen Quellen – für unzureichend zu halten.

2.8.2 Kalte Betriebskosten: auch die kalten Betriebskosten sind abstrakt so zu bestimmen, dass sie die tatsächlichen Gegebenheiten auf dem Mietwohnungsmarkt des Vergleichsraumes abbilden (BSG, Urteil v 22. August 2012 – B 14 AS 13/12 R <Kiel> RdNr 27). In der WAV wird der Durchschnittswert der tatsächlich gezahlten Betriebskosten bezogen auf den Gesamtwohnungsbestand zugrunde gelegt. Diese Verfahrensweise ist tragfähig, wenn in dem Bestand, der zur Bestimmung der abstrakt angemessenen Bruttokaltmiete herangezogen wird, regelmäßig (nur) diese Kosten anfallen, dh typischerweise in diesem Bestand Betriebskostenarten wie im Gesamtwohnungsbestand. Es ist insoweit zu erwägen, dass der (höhere) Wert für die Summe aller Betriebskosten zugrunde gelegt werden muss, solange keine datengestützten Erkenntnisse für die im Referenzbestand tatsächlich anfallenden Betriebskosten präsentiert werden können (ähnlich SG Berlin, aaO RdNr 60). Die bereits zur Nettokaltmiete angesprochene Aktualisierungsproblematik besteht auch für die Betriebskosten; der Mietspiegel 2011 greift insoweit auf Betriebskostenabrechnungen für das Jahr 2009 zurück.

2.8.3 Warmwasserzuschlag: § 3 Abs 3 S 2 WAV geht zutreffend davon aus, dass – sofern in der Satzung bzw Rechtsverordnung auch Regelungen über die als angemessen anerkannten Aufwendungen für die Heizung getroffen werden – neben den Kosten für die Beheizung des Raumes auch die angemessenen Kosten der zentralen Warmwassererzeugung zu bestimmen sind. Nach § 20 Abs 1 Satz 1 SGB II in der seit 01. Januar 2011 geltenden Fassung sind die Kosten der Herstellung und Erzeugung von Warmwasser nicht mehr der Haushaltsenergie und damit dem Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts zuzurechnen. Sie gehören nunmehr zu den Kosten der Heizung (vgl zur systematischen Herleitung: Krauß, in Hauck/Noftz, SGB II, § 22 RdNr 195 unter Bezugnahme auf Brehm/Schifferdecker, Der neue Warmwasserbedarf im SGB II, SGB 2011, S 505ff, 506). Höchstrichterliche Rechtsprechung zu der Frage, wie die Angemessenheit der Kosten der zentralen Warmwasserbereitung im

Rahmen eines schlüssigen Konzepts zu bestimmen sind, liegt bislang nicht vor. Dem erkennende Senat erschließt sich nicht, warum es plausibel sein kann, die Kosten der Warmwasserbereitung mit dem flächenbezogen abgeleiteten Wert gleichzusetzen, der nach dem Bundesweiten Heizspiegel zur Herstellung der Vergleichbarkeit von den Heizkostenabrechnungen hinzugerechnet wird (im Heizspiegel 2011: 2,10 EUR je qm und Jahr, dh 0,75 EUR pro qm und Monat <Konzept 1.3.2>). Denn die Warmwasserkosten sind von der Bewohnerzahl (so auch das Konzept in § 21 Abs 7 SGB II), eventuell deren Alter und dem zur Warmwasseraufbereitung verwandten Energieträger abhängig und allenfalls höchst mittelbar von der Wohnungsgröße.

2.8.4 Quadratmeterhöchstmiete: Die Regelung zur Quadratmeterhöchstmiete in § 5 WAV steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem in § 22a Abs 3 Satz 2 Nr 1 SGB II enthaltenen Programmsatz, wonach die Bestimmung der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung die Auswirkungen auf den örtlichen Wohnungsmarkt ua hinsichtlich der Vermeidung Mietpreis erhöhenden Wirkungen berücksichtigen soll (offensichtlicher Zielkonflikt zu § 22a Abs 3 Satz 2 Nr 4 SGB II, Erhaltung sozial ausgeglichener Bewohnerstrukturen, vgl Berlitz in LPK-SGB II, 4. Aufl, § 22b RdNr 23). Mit der Bestimmung soll Mietpreisüberhöhungen im Segment kleiner und kleinster Wohnungen entgegengewirkt werden. Sie hat damit eine auf die Steuerung des Wohnungsmarktes gerichtete Zielsetzung, die „von der Produkttheorie ... wegführt“ (Krauß, Die Neuordnung der Kosten der Unterkunft und Heizung – eine erste Stellungnahme aus richterlicher Sicht, Sozialrecht aktuell 2011, S 144ff, 146), dh deren Geltung in diesem Segment beschneidet. § 5 WAV ist damit nicht Teil eines grundsicherungsrechtlichen Bedarfsdeckungskonzepts, sondern trägt das Potential in sich, eine nach den Regeln der Produkttheorie sachgerechte Bedarfsdeckung zu hemmen (vgl Berlitz, aaO RdNr 22; Knickrehm, Schlüssiges Konzept, „Satzungslösung“ und Anforderungen des BVerfG vom 9.2.2010, Sozialrecht aktuell 2011, S 125ff, 129). Davon ausgehend ist bislang nicht begründet, warum die Ausgestaltung des Quadratmeterhöchstpreises gerade von einem nach grundsicherungsrechtlichen Notwendigkeiten gebildeten Wert – Nettokaltmiete nach Spalte 3 der Tabelle A der Anlage 1 zu § 3 Abs 4 und 5 Abs 2 WAV – ausgeht (der dann in Anlehnung an Rechtsprechungsgrundsätze zum Mietwucher „hochgerechnet“ wird <vgl Abgeordnetenhaus Berlin Drucks 17/0265 – Begründung zu § 5 WAV>). Die wohnungsmarktpolitische Zielsetzung lässt jedenfalls vorrangig einen „allgemeinen Wert“, etwa des Durchschnitt aller Wohnungen (einer bestimmten Größe) plausibel erscheinen.

2.8.5 Anrechnungsvorschriften des § 2 WAV: Soweit der Verordnungsgeber in § 2 WAV den Inhalt von in Bundesgesetzen enthaltenen Begriffen „geregelt“ hat, ist dies aus kompetenzrechtlicher Sicht solange nicht zu beanstanden, als lediglich die bundesgesetzlichen Regelungen wiederholt werden. Dies trifft jedenfalls nicht auf die Bestimmung in § 2 Abs 2 Satz 2 WAV für Fälle des selbst bewohnten Wohneigentums zu. Wenn der Erhalt des Wohneigentums durch den Wegfall der Anschlussförderung gefährdet ist und nach den jeweils geltenden Härteausgleichsvorschriften Zuwendungen gewährt werden, mindern diese – so § 2 Abs 2 Satz 2 WAV – die tatsächlichen Aufwendungen in entsprechender Höhe. Dabei dürfte es sich um eine Einkommensanrechnungsvorschrift und nicht um eine Bestimmung der Angemessenheit handeln. Sofern damit eine Bestimmung des Zwecks der genannten Subventionsleistung vorgenommen werden soll (vgl zur Eigenheimzulage als zweckbestimmte Einnahme BSG, Urteil v 18. Februar 2010 – B 14 AS 74/08 R) bietet jedenfalls § 8 AG-SGB II iVm §§ 22a bis 22c SGB II keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage. Auch soweit § 2 Abs 3 Buchst a WAV Bestimmungen über die Zurechnung von unabweisbaren Aufwendungen für Instandhaltung und Reparatur zu den mit dem selbst bewohnten Wohneigentum verbundenen Belastungen trifft, bestehen Bedenken, da diese Regelung weder die Begrenzung in § 22 Abs 2 SGB II auf Kosten bei Nutzung eines nach § 12 Absatz 3 Satz 1 Nr 4 SGB angemessenen Eigenheims bzw Eigentumswohnung noch die Begrenzung anhand der Ermittlung der jährlichen Kosten enthält. Schließlich enthält § 2 Abs 3 Buchst f WAV eine Bestimmung zur Frage, wann ausnahmsweise auch Tilgungsleistungen als Kosten der Unterkunft anzuerkennen sind. Damit wird nicht definiert, in welcher Höhe Leistungen angemessen sind, sondern welche Leistungen zu berücksichtigen sind. Insoweit fehlt es aber an einer Ermächtigungsgrundlage.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG; § 197a SGG ist nicht einschlägig, weil die Antragsteller zu dem nach § 183 Satz 1 iVm Satz 4 SGG privilegierten Personenkreis gehören. Bei der fehlenden Bezugnahme in § 183 Satz 4 SGG auf den im vorliegenden Fall einschlägigen § 55a Abs 1 Satz 2 1. Alt SGG handelt es sich offensichtlich um ein redaktionelles Versehen.

Die Revision war wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache nach § 160 Abs 2 Nr 1 SGG zuzulassen.

Rechtsmittelbelehrung und Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe

I. Rechtsmittelbelehrung

Dieses Urteil kann mit der Revision angefochten werden.

Die Revision ist von einem bei dem Bundessozialgericht zugelassenen Prozessbevollmächtigten innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundessozialgericht
Postfach 41 02 20
34114 Kassel

Graf-Bernadotte-Platz 5
34119 Kassel,

einzulegen. Die Revisionsschrift muss bis zum Ablauf der Monatsfrist bei dem Bundessozialgericht eingegangen sein.

Die elektronische Form wird durch eine qualifizierte signierte Datei gewahrt, die nach den Maßgaben der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundessozialgericht (ERVVOBSG) vom 18. Dezember 2006 (BGBl I 3219) in den elektronischen Gerichtsbriefkasten zu übermitteln ist. Die hierfür erforderliche Software kann über das Internetportal des Elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfachs (www.egvp.de/) unter "Downloads" lizenzfrei heruntergeladen werden.

Als Prozessbevollmächtigte sind zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt,
3. selbständige Vereinigungen von Arbeitnehmern mit sozial- oder berufspolitischer Zwecksetzung für ihre Mitglieder,
4. berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft für ihre Mitglieder,
5. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
6. Vereinigungen, deren satzungsgemäße Aufgaben die gemeinschaftliche Interessenvertretung, die Beratung und Vertretung der Leistungsempfänger nach dem sozialen Entschädigungsrecht oder der behinderten Menschen wesentlich umfassen und die unter Berücksichtigung von Art und Umfang ihrer Tätigkeit sowie ihres Mitgliederkreises die Gewähr für eine sachkundige Prozessvertretung bieten, für ihre Mitglieder,
7. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in den Nrn. 3 bis 6 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren

Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Die Organisationen zu Nrn. 3 bis 7 müssen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse sowie private Pflegeversicherungsunternehmen können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe der Nrn. 1 bis 7 zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Die Revisionschrift muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils schriftlich oder in elektronischer Form zu begründen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen bezeichnen, die den Mangel ergeben.

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung einer Vorschrift des Bundesrechts oder einer sonstigen im Bezirk des Berufungsgerichts geltenden Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt.

II. Erläuterungen zur Prozesskostenhilfe

Für die Revision vor dem Bundessozialgericht kann ein Beteiligter Prozesskostenhilfe zum Zwecke der Beiordnung eines Rechtsanwalts beantragen.

Der Beteiligte kann die Prozesskostenhilfe selbst beantragen. Der Antrag ist beim Bundessozialgericht entweder schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen oder mündlich vor dessen Geschäftsstelle zu Protokoll zu erklären.

Dem Antrag sind eine Erklärung des Beteiligten über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie entsprechende Belege beizufügen. Hierzu ist der für die Abgabe der Erklärung vorgeschriebene Vordruck zu benutzen. Der Vordruck kann von allen Gerichten oder durch den Schreibwarenhandel bezogen werden. Er kann auch über das Internetportal des Bundessozialgerichts (www.bsg.bund.de) unter "Das Gericht" - "Zugang zur Revisionsinstanz" - "Prozesskostenhilfe" heruntergeladen und ausgedruckt werden.

Wird Prozesskostenhilfe bereits für die Einlegung der Revision begehrt, so müssen der Antrag und die Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse - gegebenenfalls nebst entsprechenden Belegen - bis zum Ablauf der Frist für die Einlegung der Revision beim Bundessozialgericht eingegangen sein. Soll der Vordruck beim Bundessozialgericht in elektronischer Form eingereicht werden, ist ein Vordruck in Papierform auszufüllen, zu unterzeichnen und mittels Einscannen in eine Datei umzuwandeln, die qualifiziert signiert ist und nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundessozialgericht (s.o.) in den elektronischen Gerichtsbriefkasten zu übermitteln ist.

Mit dem Antrag auf Prozesskostenhilfe kann ein zur Vertretung bereiter Rechtsanwalt benannt werden.

Ist dem Beteiligten Prozesskostenhilfe bewilligt worden und macht er von seinem Recht, einen Anwalt zu wählen, keinen Gebrauch, wird auf seinen Antrag der beizuordnende Rechtsanwalt vom Bundessozialgericht ausgewählt.

Düe

Sinner-Gallon

Bornscheuer