

Rechtskonzepte zur Beseitigung des Staus energetischer Sanierungen im Gebäudebestand

UMWELTFORSCHUNGSPLAN DES
BUNDESMINISTERIUMS FÜR UMWELT,
NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT

Förderkennzeichen 3708 18 100
UBA-FB 001307

Rechtskonzepte zur Beseitigung des Staus energetischer Sanierungen im Gebäudebestand

von

Prof. Dr. jur. Stefan Klinski
Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin (HWR)

unter beratender Mitwirkung von

Veit Bürger
Öko-Institut e.V., Freiburg

Michael Nast
Deutsches Zentrum für Luft- und Raumfahrt (DLR), Stuttgart

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

UMWELTBUNDESAMT

Diese Publikation ist ausschließlich als Download unter http://www.umweltbundesamt.de/uba-info-medien/mysql_medien.php?anfrage=Kennnummer&Suchwort=3862 verfügbar. Hier finden Sie auch eine Kurzfassung auf Deutsch und Englisch.

Die in der Studie geäußerten Ansichten und Meinungen müssen nicht mit denen des Herausgebers übereinstimmen.

ISSN 1862-4804

Herausgeber: Umweltbundesamt
Postfach 14 06
06813 Dessau-Roßlau
Tel.: 0340/2103-0
Telefax: 0340/2103 2285
Email: info@umweltbundesamt.de
Internet: <http://www.umweltbundesamt.de>

Redaktion: Fachgebiet I 1.3
Michael Börner

Dessau-Roßlau, Oktober 2009

Berichts-Kennblatt

1. Berichtsnummer UBA-FB 001307	2.	3.
4. Titel des Berichts Rechtskonzepte zur Beseitigung des Staus energetischer Sanierungen im Gebäudebestand		
5. Autor(en), Name(n), Vorname(n) Klinski, Stefan	8. Abschlussdatum 07/2009	
	9. Veröffentlichungsdatum 10/2009	
6. Durchführende Institution (Name, Anschrift) Prof. Dr. jur. Stefan Klinski Am Hegewinkel 104 14169 Berlin	10. UFOPLAN-Nr. 3708 18 100	
	11. Seitenzahl 274	
	12. Literaturangaben 87	
7. Fördernde Institution (Name, Anschrift) Umweltbundesamt, Postfach 14 06, 06813 Dessau-Roßlau	13. Tabellen und Diagramme 0	
	14. Abbildungen 4	
	15. Zusätzliche Angaben unter Mitwirkung von: Veit Bürger, Öko-Institut e.V. Michael Nast, Deutsches Zentrum für Luft- und Raumfahrt (DLR)	
16. Kurzfassung In dem vorliegenden Forschungsprojekt wurde untersucht, <ol style="list-style-type: none"> 1. ob und inwieweit sich aus den Bestimmungen des BGB zur Wohnungsmiete einerseits angemessene Anreize und andererseits rechtliche Hemmnisse für die energetische Gebäudesanierung ergeben, 2. auf welche Weise, d.h. mit Hilfe welcher Änderungen des geltenden Wohnungsmietrechts diese Hemmnisse behoben und stattdessen deutliche Impulse für die energetische Gebäudesanierung im Mietwohnungsbestand gesetzt werden können. Der Endbericht enthält eine Vielzahl von Empfehlungen für eine „energetische Reform“ des Mietrechts. Dazu gehören unter anderem: <ul style="list-style-type: none"> ▪ das Entfallen der mietrechtlichen Duldungspflicht für Modernisierungen bei Verstößen gegen die Vorgaben des Energieeinsparungsrechts und bei klimaschädlichen Modernisierungsmaßnahmen, ▪ die generelle Berücksichtigung energetischer Beschaffenheitsmerkmale im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete („energetische Vergleichsmiete“, „ökologischer Mietspiegel“) ▪ die Schaffung einer Möglichkeit zur Erhebung eines an die Heizkostensparnis gekoppelten Pauschalzuschlags zur energetischen Verbesserung auf die Miete (bei gleichzeitigem Entfallen der Möglichkeit zur Erhebung einer Modernisierungsumlage nach § 559 BGB). 		
17. Schlagwörter Gebäudesanierung, Modernisierung, energetische Gebäudesanierung, Mietrecht, Energieeffizienz, Energieeinsparung, Wärmedämmung, Wärmeschutz, erneuerbare Energien, Solaranlagen, Duldungspflicht, Modernisierungsumlage, Investor-Nutzer-Dilemma, Vermieter-Mieter-Dilemma, Mietspiegel, ökologischer Mietspiegel, Vergleichsmiete, Mietminderung, Wirtschaftlichkeit, Klimaschutz, Warmmietenneutralität, Betriebskosten, Heizkosten		
18. Preis	19.	20.

Report Cover Sheet

1. Report No. UBA-FB 001307	2.	3.
4. Report Title Legal concepts to eliminate the bottleneck in energy-saving modernisations for existing buildings		
5. Autor(s), Family Name(s), First Name(s) Klinski, Stefan		8. Report Date 07/2009
6. Performing Organisation (Name, Address) Prof. Dr. jur. Stefan Klinski Am Hegewinkel 104 14169 Berlin		9. Publication Date 10/2009
		10. UFOPLAN-Ref. No. 3708 18 100
		11. No. of Pages 274
		12. No. of Reference 87
7. Sponsoring Agency (Name, Address) Umweltbundesamt, Postfach 14 06, 06813 Dessau-Roßlau		13. No. of Tables, Diagrams 0
		14. No. of Figures 4
		15. Supplementary Notes with assistance of: Veit Bürger, Öko-Institut e.V. Michael Nast, Deutsches Zentrum für Luft- und Raumfahrt (DLR)
16. Abstract The research project looked at the following: <ol style="list-style-type: none"> 1. Whether and to what extent the German tenancy law creates, on the one hand, adequate incentives for energy-saving modernisations of existing buildings, on the one hand, and, on the other, whether it creates legal obstacles. 2. How these obstacles could be eliminated i.e. by changing existing tenancy law and instead creating stimuli for energy-saving modernization of existing rental buildings. The report contents a number of specific recommendations for an energy-related reform of the German tenancy law. Major recommendations are: <ul style="list-style-type: none"> ▪ to eliminate the current toleration duty for modernisation measures if changes are made to the building that conflict with the duties arising from the energy saving provisions of public law, ▪ to consider energy-saving characteristics in the reference rent customary in the locality, ▪ to create a possibility for imposing a flat-rate surcharge which is linked to the savings in heating costs for energy-saving improvement 		
17. Keywords building modernization, energy saving modernization, tenancy law, energetic improvement, energetic efficiency, energy saving, thermal protection, thermal insulation, renewable energy sources, solar heating, toleration duty, modernization surcharge, investor-user dilemma, landlord-tenant dilemma, system of representative rents (Mietspiegel), ökologischer Mietspiegel, energy-related reference rent, rent reduction, economic viability, climate change, running charges, heating charges		
18. Price	19.	20.

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung	7
2 Problemhintergrund	12
2.1 Energetische Gebäudesanierung und Klimaschutz	12
2.1.1 Bedeutung für den Klimaschutz	12
2.1.2 Anforderungsprofil der energetischen Gebäudesanierung	14
2.2 Das rechtliche Steuerungs- und Anreizinstrumentarium	21
2.2.1 Pflichten zu Wärmeschutz und energetischer Effizienz (EnEV)	22
2.2.2 Pflichten zum Einsatz erneuerbarer Energien	28
2.2.3 Förderprogramme	28
2.2.4 Steuerliche Regelungen	30
2.2.5 Begrenzungen durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen	31
2.2.6 Begrenzungen durch zivilrechtliche Bestimmungen	32
2.3 Die Funktionen des Mietrechts: Rahmenbedingungen und Anreize	33
2.4 Heterogene Ausgangslage – das Motivationsproblem	35
3 Problemanalyse: Der mietrechtliche Rahmen für energetische Sanierungen	41
3.1 Übersicht	41
3.2 Duldungspflichten für energetische Maßnahmen	43
3.2.1 Das Regelungsgerüst zu den Duldungspflichten	43
3.2.2 Zuordnung von Sachverhalts- und Tatbestandsvarianten	45
3.2.2.1 Erhaltungs- und Pflichtmaßnahmen mit absoluter Duldungspflicht	46
3.2.2.2 Verbesserungsmaßnahmen mit relativer Duldungspflicht	51
3.2.3 Voraussetzungen der Duldungspflicht	56
3.2.3.1 Abwägung mit Mieterinteressen bei § 554 Abs. 2 BGB	57
3.2.3.2 Verfahrensanforderungen bei § 554 Abs. 2 BGB	60
3.3 Mieterhöhungen auf Grund energetischer Investitionen	62

3.3.1	Das Regelungsgerüst der Bestimmungen zur Miethöhe	62
3.3.1.1	Mieterhöhung nach § 558 BGB	63
3.3.1.2	Mieterhöhung nach § 559 BGB	64
3.3.2	Modernisierungsmieterhöhung - § 559 BGB	66
3.3.2.1	Anwendungsbereich der Vorschrift	67
3.3.2.2	Tatbestandliche Alternativen und Voraussetzungen	69
3.3.2.3	Berechnungsvorgaben	73
3.3.2.4	Erläuterungsanforderungen	74
3.3.3	Wirtschaftlicher Anreiz? – Das Investor-Nutzer-Dilemma	76
3.3.3.1	Allgemeines	76
3.3.3.2	Die Mieterseite	79
3.3.3.3	Die Vermieterseite	87
3.3.3.4	Folgerungen	94
3.4	Gebrauchstauglichkeit und Mietminderung	98
3.4.1	Mietminderung während der Bauphase	98
3.4.2	Mangelnder Wohnkomfort durch Energieeinsparung?	100
3.4.3	Anforderungen des sommerlichen Wärmeschutzes	101
3.5	Mieteransprüche auf Energieeffizienzmaßnahmen?	104
3.6	Abrechnung von Verbrauchskosten	107
3.7	Beschränkungen aus dem Nachbarschaftsverhältnis	114
3.8	Zwischenergebnisse	116
4	Erörterung von Lösungsvorschlägen	118
4.1	Zur Systematisierung der Lösungsvorschläge	118
4.2	Einzelvorschläge zur Beseitigung von Hemmnissen	119
4.2.1	Begriffsklärung: Ersatz der Formel „Einsparung von Energie“	119
4.2.2	Änderungen in Bezug auf Duldungspflichten	126
4.2.2.1	Ausdrückliche Duldungspflicht bei gesetzlichen Verpflichtungen	126
4.2.2.2	Sonderstellung von Klimaschutzmaßnahmen in § 554 Abs. 2 BGB	129
4.2.2.3	Änderungen bei der Abwägung bei relativen Duldungspflichten	131

4.2.2.4	Änderungen des Verfahrens bei relativen Duldungspflichten	133
4.2.2.5	Einschränkungen für klimaschädliche Maßnahmen	134
4.2.3	Änderungen in Bezug auf Mieterhöhungen nach § 559 BGB	136
4.2.3.1	Tatbestandliche Voraussetzungen	137
4.2.3.2	Anwendbarkeit auf besondere Mietvertragsarten	138
4.2.3.3	Änderungen bei den Berechnungsvorgaben	140
4.2.3.4	Änderungen bei den Erklärungsvorgaben	141
4.2.4	Änderungen in Bezug auf Gebrauchstauglichkeit und Mietminderung	142
4.2.4.1	Mietminderung während der Bauphase	142
4.2.4.2	Mangelnder Wohnkomfort durch Energieeinsparung?	144
4.2.4.3	Umgang mit klimaschädlichen Maßnahmen, sommerlicher Wärmeschutz	144
4.2.5	Änderungen in Bezug auf Mieteransprüche	145
4.2.5.1	Zur Verknüpfung von Mieteransprüchen mit öffentlichem Recht	145
4.2.5.2	Ansprüche im Hinblick auf materielle Anforderungen der EnEV	148
4.2.5.3	Dokumentations- und verfahrensbezogene Ansprüche	151
4.2.5.4	Ansprüche im Hinblick auf den Einsatz erneuerbarer Energien	157
4.2.6	Änderungen in Bezug auf die Verbrauchskosten	158
4.2.7	Änderungen von Beschränkungen aus dem Nachbarschaftsverhältnis	160
4.2.8	Zwischenergebnisse	162
4.3	Grundlegende Änderungen des Anreiz- und Steuerungs- instrumentariums	164
4.3.1	Konzeptionelle Vorüberlegungen	164
4.3.1.1	Verfassungsrechtliche Vorüberlegungen	164
4.3.1.2	Europarechtliche Vorüberlegungen	171
4.3.1.3	Vorüberlegungen zur Funktion der Instrumente	172
4.3.2	Verbesserungen des Anreizinstrumentariums zur Miethöhe	179
4.3.2.1	Grundlage: Mindestanforderungen im öffentlichen Recht	179
4.3.2.2	Ortsübliche Vergleichsmiete mit energetischen Kriterien – „ökologischer Mietspiegel“/„energetische Vergleichsmiete“	184
4.3.2.3	Quantitative Modifizierungen der Modernisierungumlage	193
4.3.2.4	Entkoppelung der Modernisierungumlage von der Vergleichsmiete	195

4.3.2.5 Konkrete Ausformung als „energetische Modernisierungsumlage“	198
4.3.2.6 Mietanstiegsbegrenzung bei Nichterfüllung von Mindeststandards	202
4.3.2.7 „Warmmietenmodell“ / „Teilwarmmiete“	204
4.3.2.8 Energetischer Pauschalzuschlag	205
4.3.2.9 „Abschreibung“ über die Heizkostenkostenumlage	211
4.3.3 Diskussion und Bewertung	213
4.3.3.1 Allgemeines – Grundlagen	213
4.3.3.2 Basis: energetische Kriterien bei der Vergleichsmiete, flankierende Regelungen zur Mietminderung	215
4.3.3.3 Das Aufgabenprofil zusätzlicher Anreizinstrumente ...	218
4.3.3.4 ... im Spannungsfeld von Vermieter- und Mieterinteressen	220
4.3.3.5 Vergleichsbetrachtung der einzelnen Optionen	221
4.3.3.6 Die Wechselwirkung zwischen Mietrecht und Energieeinsparungsrecht	230
4.3.3.7 Empfehlungen	234
5 Kurzfassung – Zentrale Ergebnisse	236
5.1 Aufgabenstellung / Problemhintergrund	236
5.2 Analytischer Teil: Bestandsaufnahme der Hemmnisse und Anreizmängel	237
5.3 Lösungsvorschläge zur Hemmnisbeseitigung	240
5.4 Lösungsvorschläge zur Anreizverbesserung	242
6 Summary: Legal concepts to eliminate the bottleneck in energy-saving modernisations for existing buildings	253
6.1 Project definition / problem background	253
6.2 Analytical section: Survey of obstacles and inadequate incentives	254
6.3 Proposed solutions to removing obstacles	256
6.4 Proposed solutions to improving incentives	258
7 Literatur	268

1 Einleitung

Aufgabenstellung und Abgrenzung

In dem vorliegenden Forschungsprojekt soll untersucht werden,

1. ob und inwieweit sich aus den Bestimmungen des BGB zur Wohnungsmiete einerseits angemessene Anreize und andererseits rechtliche Hemmnisse für die energetische Gebäudesanierung ergeben,
2. auf welche Weise, d.h. mit Hilfe welcher Änderungen des geltenden Wohnungsmietrechts diese Hemmnisse behoben und stattdessen deutliche Impulse für die energetische Gebäudesanierung im Mietwohnungsbestand gesetzt werden können.

Das Projekt gliedert sich damit in einen **analytischen** und einen **konzeptionell** ausgerichteten Teil. Im analytischen Teil (Abschnitt 3) geht es um die genaue Identifizierung der rechtlichen Problemstellungen. Im konzeptionellen Teil (Abschnitt 4) soll herausgearbeitet werden, welche Vorschläge (existierende oder auch neue) zur Veränderung des geltenden Rechts vom Ansatz her in Betracht kommen, rechtlich umsetzbar sind und erwarten lassen, dass die angestrebte Wirkung auch praktisch erreicht werden kann. Abschließend sollen Empfehlungen für rechtliche Änderungen ausgesprochen werden.

Das Projekt betrachtet die Aufgabenstellungen aus **juristischer Sicht** und arbeitet mit den üblichen rechtswissenschaftlichen Methoden. Da die mietrechtlichen Regelungen zum Teil einen engen Bezug zu Fragen der Bau- und Energietechnik sowie zur Wirtschaftlichkeit aufweisen, sollen nach Möglichkeit auch fachwissenschaftliche Erkenntnisse hierzu berücksichtigt werden. Das ist innerhalb einer juristisch angelegten Arbeit jedoch nur begrenzt machbar. Die nähere Ausgestaltung einzelner Instrumentenvorschläge des zweiten Teils dieser Studie bedarf deshalb einer ergänzenden baulich-technischen und/oder ökonomischen Betrachtung.

Das Projekt fokussiert auf das **(Wohn-) Mietrecht des BGB**. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass dieses in einem Wechselverhältnis zu bestimmten öffent-

lich-rechtlichen Vorschriften steht. Diese gegenseitigen Bezüge werden in der Betrachtung mit zu berücksichtigen sein, insbesondere auch in Bezug auf die zu diskutierenden Änderungsvorschläge für das geltende Recht. Zumindest „mitgedacht“ werden auch die auf energetische Sanierungsmaßnahmen zugeschnittenen öffentlichen Förderprogramme, ohne hierbei allerdings in Detailbetrachtungen eintreten zu können.

Die Studie blendet auf Grund der begrenzten Aufgabenstellung von vornherein die Besonderheiten der Rechtsbestimmungen für den **öffentlich geförderten Wohnraum** aus, deren Rechtsgrundlagen sich im Wohnraumförderungsgesetz¹ und im Wohnungsbindungsgesetz² und den hierzu ergangenen Verordnungen finden. Das gleiche gilt für das im WEG³ geregelte **Wohnungseigentumsrecht**, in dem einige bereichstypische Hemmnisse bestehen, die auf die komplizierten Beteiligungsverhältnisse zurückzuführen sind.⁴

Auch das für Wohnungsbauinvestitionen einschlägige **Steuerrecht** wird im Rahmen der Studie nicht näher betrachtet, obgleich die steuerlichen Bestimmungen großen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit von energetischen Verbesserungsmaßnahmen haben können – sowohl was die Hemmnisseite als auch was mögliche Förderungseffekte betrifft. Um der Komplexität und Differenziertheit der für die verschiedenen Arten von Wohnungsunternehmen geltenden steuerlichen Regelungen mit Bezug zu Wohnungsbauinvestitionen gerecht werden zu können, bedarf es der Heranziehung spezifisch steuerrechtlichen Sachverständs.

Für eine (ggf. an anderer Stelle vorzunehmende) genauere Betrachtung dieser drei Rechtsgebiete soll die Studie jedoch wichtige Grundlagenerkenntnisse liefern und Anknüpfungspunkte für konkrete Verbesserungsvorschläge aufzeigen.

¹ Gesetz über die soziale Wohnraumförderung (Wohnraumförderungsgesetz – WoFG) vom 13. Sept. 2001 (BGBl. I S. 2376), zul. geänd. durch Gesetz v. 24. Sept. 2008 (BGBl. I S. 1856).

² Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen (Wohnungsbindungsgesetz - WoBindG) i.d.F. vom 13. Sept. 2001 (BGBl. I S. 2404), zul. geänd. durch Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

³ Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz) in der im BGBl. III, Glied.-Nr. 403-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zul. geänd. durch Gesetz vom 26. März 2007 (BGBl. I S. 370).

⁴ Zur WEG-Novelle von 2007 vgl. Klimesch, ZMR 2009, S. 342 ff.

Begriffliche Vorklärungen

Gegenstand dieser Untersuchung ist nach dem Titel des Projekts die „energetische Sanierung im Gebäudebestand“ oder (kurz) die „**energetische Gebäudesanierung**“.

Diese Bezeichnungen werden im fachlichen und politischen Raum als Oberbegriff für sämtliche Arten von Maßnahmen verwendet, die der **Verbesserung der energetischen Qualität von Gebäuden** dienen. So sollen sie auch im vorliegenden Zusammenhang verstanden werden.

Wesentliche Verbesserungen der energetischen Gebäudequalität können auf verschiedene Weise erreicht werden. Ein generell sehr wichtiger Weg ist die Erhöhung des gebäudlichen **Wärmeschutzes** (d.h. die verbesserte Wärmedämmung der Gebäudehülle insgesamt und einzelner Bauteile). Bedeutende Beiträge zur energetischen Verbesserung können darüber hinaus durch die Wahl von **Wärme- und Kältetechniken** geleistet werden, die entweder selbst einen geringeren Endenergieverbrauch aufweisen oder und einen geringeren Verbrauch an fossiler Primärenergie induzieren (z.B. durch Verwendung regenerativer Wärme oder Bezug von Fern-/Nahwärme aus Kraft-Wärme-Kopplung).

Hinter der Strategie der energetischen Gebäudesanierung steht als Hauptzweck das Ziel, die durch die Nutzung des Gebäudes verursachten **Emissionen an Treibhausgasen** zu vermindern. Vorteilhaft sind solche Maßnahmen angesichts der zunehmenden Knappheit der energetischen Rohstoffe darüber hinaus auch für die **Versorgungssicherheit** allgemein sowie im Speziellen zur dauerhaften Sicherung einer für die Endverbraucher **bezahlbaren Energieversorgung**. Zur Erreichung dieser Ziele ergeben sich die größten Leistungspotenziale für den heutigen Entwicklungsstand aus der verbesserten Wärmedämmung. Die anlagentechnische Seite kann aber schon heute ebenfalls eine wichtige Rolle spielen, erst recht mit dem Blick auf die längerfristige technologische Entwicklungsperspektive.

Nicht als Teil der energetischen Gebäudesanierung im engeren Sinne ist die Änderung des Verbraucherverhaltens zu begreifen. Diese kann zwar praktisch ebenfalls einen wichtigen Anteil an der Verbesserung der energetischen Bilanz der Gebäudenutzung

haben (oder auch zur Verschlechterung führen, wie bei den sog. Rebound-Effekten⁵). Durch die Eigenschaften des *Gebäudes* kann das Verbraucherverhalten aber nur mittelbar beeinflusst werden.

Juristisch wirft die Formel von der „energetischen Gebäudesanierung“ insofern ein Problem auf, als die mietrechtlichen Bestimmungen für Maßnahmen zur „**Erhaltung**“ des Wohnraums zum Teil andere Rechtsfolgen vorsehen als für solche zur „**Modernisierung**“: So liegt es insbesondere in den Anwendungsfeldern der mieterseitigen Duldungspflicht für Änderungen an der Mietsache (§ 554 BGB) sowie bei der Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB. In diesen Zusammenhängen wird der Terminus der „Sanierung“ geläufig mit Maßnahmen zur (bloßen) Erhaltung bzw. Wiederherstellung des vorherigen Zustands verbunden, während Verbesserungen an der Mietsache – und damit auch energetische Verbesserungen – dem Begriff der Modernisierung zugeordnet werden (siehe zum Ganzen auch unten, Kap. 3.3.2.2).

Somit ergibt sich, dass der Untersuchungsgegenstand des Projekts in der mietrechtlichen Sprache eher als „energetische Modernisierung“ denn als „energetische Sanierung“ bezeichnet werden müsste. Aber auch die Verwendung des Begriffes der „energetischen Modernisierung“ würde gewisse Schwierigkeiten mit sich bringen, weil der mietrechtliche Terminus der „Modernisierung“ durch § 559 BGB genau definiert wird, während der Begriff der „energetischen Gebäudesanierung“ im hiesigen Kontext als allgemein gehaltener Arbeits- und Oberbegriff verstanden werden soll.

In der vorliegenden Ausarbeitung sollen die Begrifflichkeiten so gewählt werden, dass juristische Missverständnisse vermieden werden, ohne dabei sachliche Fehldeutungen hervorzurufen. Deshalb wird an Stelle des Begriffes der „energetischen Gebäudesanierung“ zumeist neutral von der „**energetischen Verbesserung**“ gesprochen. Gelegentlich wird auch das Begriffspaar der „energetischen Gebäudesanierung“ verwandt, dies aber nur in Zusammenhängen, bei denen nicht der Eindruck entstehen kann, es gehe um

⁵ Damit werden Verhaltensweisen und Entwicklungstendenzen umschrieben, die der angestrebten technischen/baulichen Verbesserung entgegen laufen und deren Wirkung damit vermindern oder zunichte machen. Typische Beispiele dafür sind die dem verbesserten Wärmeschutz entgegenlaufenden Tendenzen zur Erhöhung der Wohnfläche pro Person oder zu einem erhöhten Warmwasserverbrauch nach Anschaffung einer moderneren Anlage.

die „Sanierung“ in Abgrenzung zur „Modernisierung“ des Wohnraums (z.B. wenn von einer „Strategie der energetischen Gebäudesanierung“ die Rede ist).

Gang der Untersuchung

Die Darstellung ist auf eine Zweiteilung zwischen dem Untersuchungsteil (Abschnitt 3 mit Unterkapiteln) und dem konzeptionellen Teil (Abschnitt 4 mit Unterkapiteln) angelegt.

Die Aufgabenstellung des Projekts bezieht sich sowohl auf die Beseitigung bestehender **Hemmnisse** für energetische Verbesserungsmaßnahmen im Mietrecht als auch darauf, inwieweit sich im Mietrecht **wirtschaftliche Anreize** für die Vornahme energetischer Maßnahmen verankern lassen.

Im Rahmen des Untersuchungsteils kann zwischen der Hemmnis- und der Anreizdimension der einzelnen Vorschriften nicht von vornherein unterschieden werden, weil in diesem Arbeitsschritt die verschiedenen Wirkungen der Rechtsvorschriften zunächst umfassend analysiert werden müssen, ohne sie dabei im Vorhinein bestimmten Wirkungskategorien zuordnen zu können. Im anschließenden konzeptionellen Teil erscheint es aber sinnvoll, beide Dimensionen bzw. Funktionen des Mietrechts klar zu trennen. Deshalb werden nacheinander zuerst Vorschläge zum Abbau von bestehenden Hemmnissen und Problemen erörtert (siehe Kap. 4.2 mit Unterkapiteln), bevor konzeptionelle Ansätze zur Verbesserung der wirtschaftlichen Anreize vorgestellt und diskutiert werden (siehe Kap. 4.3 mit Unterkapiteln).

Das Schlusskapitel ist zugleich als **Kurzfassung** konzipiert. Es enthält deshalb zum Teil textliche Redundanzen, die verziehen werden mögen, weil anderenfalls die Kurzfassung aus dem Gesamttext hätte herausgenommen werden müssen.

2 Problemhintergrund

2.1 Energetische Gebäudesanierung und Klimaschutz

2.1.1 Bedeutung für den Klimaschutz

Deutschland hat sich auf nationaler wie auf internationaler Ebene zu anspruchsvollen Zielen des Klimaschutzes bekannt. Bis zum Jahr 2020 sollen die maßgebend für den Klimawandel (mit-) verantwortlichen Emissionen an Kohlendioxid in Deutschland um rund 40 % gegenüber dem Vergleichsjahr 1990 gesenkt werden. Hierzu wurde in Rahmen des Integrierten Energie- und Klimaschutzprogramms (IEKP, sog. Meseberger Beschlüsse)⁶ eine Vielzahl von Einzelmaßnahmen gesetzlicher, administrativer und förderpolitischer Art beschlossen. Es ist absehbar, dass die Verwirklichung dieser Maßnahmen zu wesentlichen Fortschritten bei der Minderung der Treibhausgasemissionen führen wird, erscheint aber wenig wahrscheinlich, dass das gesetzte Ziel mit den auf Grundlage des Programms beschlossenen Maßnahmen allein vollständig erreicht werden kann.⁷

Die „amtlich“ angestrebte Senkung der Emissionen um 40 % für 2020 (gegenüber dem Vergleichsjahr 1990) kann nur eine Zwischenstufe auf dem Weg kontinuierlich weitergehender Emissionsminderungen sein. Angesichts der verdichteten Erkenntnisse über den weltweiten Klimawandel und seine absehbare Zuspitzung wird es im Vierten

⁶ BMWi/BMU: Bericht zur Umsetzung der in der Kabinettsklausur am 23./24.08.2007 in Meseberg beschlossenen Eckpunkte für ein Integriertes Energie- und Klimaprogramm, Berlin, 5. Dezember 2007.

⁷ So kommt die Wirkungsanalyse des Sachverständigenrats für Umweltfragen (SRU) im Umweltgutachten 2008 zu dem Ergebnis, dass mit den Maßnahmen bei erfolgreicher Umsetzung etwa 36 % Emissionsminderung erreicht werden können; vgl. BT-Drs. 16/9990, Rdrrn. 104 ff. (insb. Tab. 3-1).

Sachstandsbericht des Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)⁸ für geboten erachtet, die Politik der entwickelten Industriestaaten auf das Ziel auszurichten, die Treibhausgasemissionen bis zur Mitte des Jahrhunderts um 80 bis 95 % des Standes von 1990 zu reduzieren. Der Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU) kommt auf dieser Grundlage zu dem Schluss, dass das bisher in Deutschland als anspruchsvoll diskutierte Ziel einer Emissionsminderung um bis zu 80 % bis 2050 die Erfordernisse des Klimaschutzes noch immer nicht zureichend widerspiegeln und empfiehlt daher auch für Deutschland, dem näheren Zielbildungsprozess das Globalziel einer Treibhausgasreduktion der Industriestaaten von 80 bis 95 % zugrunde zu legen.⁹

Der Bereich der Gebäudewärme gehört zu den **Schlüsselsektoren** für den Erfolg jeder Klimaschutzstrategie. Der Anteil der Gebäudewärme (Heizung und Warmwasser, ohne sonstige Wärme- und Kältenutzungen) am gesamten Endenergieverbrauch in Deutschland lag nach den Daten des Bundeswirtschaftsministeriums 2006 bei 35,3 %.¹⁰ Der Primärenergieverbrauch für Raumwärme und Warmwasser in den Bereichen Haushalte und Gewerbe/Handel/Dienstleistungen (ohne Industrie) wird vom Sachverständigenrat für Umweltfragen für das Jahr 2003 mit 28,8 % des gesamten Primärenergieverbrauchs in Deutschland angegeben, wobei allein auf die privaten Haushalte – praktisch also auf die Wohngebäude – 19,3 % entfallen.¹¹

Der weitaus größte Teil des Potenzials zur CO₂-Minderung im Gebäudesektor liegt bei den **Bestandsgebäuden**. Der Wohnungsmarkt wird zu etwa zwei Dritteln von Gebäuden dominiert, die in Zeiten errichtet wurden, als es noch keine Wärmeschutzanforderungen gab (bis 1978); nennenswert anspruchsvolle Wärmedämmstandards sind erst seit Mitte der 1990er Jahre vorgegeben (auf Grundlage der Wärmeschutzverordnung in der

⁸ Barker, T. u. a.: Mitigation from a cross-sectoral perspective. In: IPCC (Hrsg.): Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press, S. 39 und 90.

⁹ SRU: Umweltgutachten 2008 – Umweltschutz im Zeichen des Klimawandels, BT-Drs. 16/9990, Rdnr. 98.

¹⁰ BMWi: Energieverbrauch nach Anwendungen (Stand: 29.04.2008), Download (20.12.2008): <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Energie/energiestatistiken,did=176660.html>.

¹¹ SRU, in: BT-Drs. 16/9990, Rdnr. 119 (Tabelle 3-4).

Fassung von 1995¹²). Eine genaue Datenerhebung für die Altersstruktur des Wohngebäudebestands existiert nicht. Nach teils daten-, teils abschätzungsgestützten Angaben des *Instituts für Wohnen und Umwelt (IWU)* liegt der Anteil der vor dem zweiten Weltkrieg errichteten Gebäude bei ca. 22 % des gesamten Wohngebäudebestands, der Anteil der zwischen dem 2. Weltkrieg und vor der ersten Wärmeschutzverordnung (1978) errichteten Gebäude bei 41 % und der Anteil von neueren Gebäuden bei 37 %.¹³ Das Institut schätzt den Anteil der Gebäude mit einem vergleichsweise anspruchsvollen energetischen Standard für 2007 auf nur rund 15 %.¹⁴

2.1.2 Anforderungsprofil der energetischen Gebäudesanierung

Auf Grund der seit Jahren abnehmenden Neubautätigkeit kann nicht damit gerechnet werden, dass die gebotenen Ziele der Emissionsminderung durch einen allmählichen Ersatz von Altbauten durch energieeffiziente Neubauten auch nur annähernd erreicht werden könnten. Hinzu kommt, dass die sog. Rebound-Effekte berücksichtigt werden müssen.¹⁵ So wurden die in den letzten Jahren erreichten Verbesserungen bei der energetischen Qualität von Neubauten größtenteils durch die gleichzeitige Zunahme der Pro-Kopf-Wohnfläche in Deutschland aufgezehrt, so dass der gesamte verursachte Wärmeenergieverbrauch nur unterproportional zurückging.¹⁶

Der durchschnittliche **Heizwärmebedarf** aller Wohngebäude in Deutschland liegt gegenwärtig in der Größenordnung von jährlich rund 135 kWh/m² Wohnfläche und Jahr (Angaben des IWU für 2006), wobei sich für die vor 1978 errichteten Gebäude ein durchschnittlicher Bedarf von rund 170 kWh/m² im Jahr und für dem Standard der E-

¹² Verordnung über einen energiesparenden Wärmeschutz bei Gebäuden WärmeschutzV - Wärmeschutzverordnung vom 16. August 1994, BGBl. I S. 2121.

¹³ IWU, Querschnittsbericht Energieeffizienz im Wohngebäudebestand – Techniken, Potenziale, Kosten und Wirtschaftlichkeit, Studie im Auftrag des Verbandes der südwestdeutschen Wohnungswirtschaft (VdW südwest), Darmstadt 2007, S. 17 m.w.N.

¹⁴ IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 18 m.w.N.

¹⁵ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 23 f. m.w.N.

¹⁶ Zum Ganzen SRU, in 16/9990, Rdnr. 131 m.w.N.

nergieeinsparverordnung (EnEV) von 2007¹⁷ für energetisch sanierte Bestandsgebäude entsprechende Bauten immer noch ein Durchschnittsbedarf von rund 80 kWh/m² im Jahr ergibt.¹⁸

Stellt man dies der klimapolitisch ins Auge gefassten Senkung der Treibhausgasemissionen um 80-95 % bis zur Mitte des Jahrhunderts gegenüber, so wird schnell deutlich, dass weit über das gegenwärtige Anforderungsniveau hinausgehende Verbesserungen der energetischen Standards angestrebt werden müssen, die nur erreichbar sein können, wenn weitreichende Verbesserungsmaßnahmen sowohl im Hinblick auf die **Wärmedämmung** als auch in Bezug auf die eingesetzten **Techniken und Energieträger** ergriffen werden – und dies für alle Marktsegmente und Gebäudetypen.

Der praktische Erfolg einer Strategie der energetischen Modernisierung des Gebäudebestands ergibt sich aus dem Produkt von dem jeweils zugrunde gelegten **energetischen Zielstandard** und der **Sanierungsrate**. Mit anderen Worten: Es ist einerseits wesentlich, welches Niveau der energetischen Qualität im Einzelfall realisiert wird, andererseits, wie groß die Zahl (oder die anteilige Rate) derjenigen Fälle ist, in denen es zu Maßnahmen der energetischen Sanierung kommt.

Da die energetische Gebäudequalität primär von Bauteilen der Gebäudehülle abhängt (insbesondere: Fassaden, Dächer, obere Geschossdecken, Kellerdecken, Fenster und Außentüren)¹⁹, und größere Investitionen in die Gebäudehülle aus Gründen der Wirtschaftlichkeit üblicherweise nur in relativ **langen Zyklen** durchgeführt werden, ist davon auszugehen, dass einmal ergriffene Maßnahmen über sehr lange Zeiträume in die Zukunft hinein wirken. So nimmt z.B. das *IWU* an, dass grundlegende bauliche Maßnahmen an der Gebäudehülle (Putzerneuerung, Dachneueindeckung, Fensteraustausch) durchschnittlich etwa alle 40 Jahre vorgenommen werden (entsprechend 2,5 % des Ge-

¹⁷ Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden (Energieeinsparverordnung – EnEV) vom 24. Juli 2007, BGBl. I S. 1519.

¹⁸ *IWU*, Querschnittsbericht (2007), S. 18 f. m.w.N.; ähnlich die Zahlen von Wolff: Äquivalenter Energiepreis bei der Modernisierung mit passivhaustauglichen Komponenten (Vortrag auf der Internationalen Passivhaustagung 2007/Bregenz), S. 4.

¹⁹ Vgl. *IWU*, Querschnittsbericht (2007), S. 3 ff.

bäudebestands pro Jahr).²⁰ Energetische Sanierungsmaßnahmen, die heute im Zuge von ohnehin stattfindenden Änderungen an der Gebäudehülle unterlassen oder nur auf ein geringeres Verbesserungsniveau hin ausgelegt werden, belasten die Treibhausgasbilanz deshalb für mehrere Jahrzehnte.

Genauere Erkenntnisse über die tatsächliche energetische **Sanierungsrate** liegen nicht vor. Auf der Grundlage verschiedener Studien und Stellungnahmen kann angenommen werden, dass jährlich zwischen 0,5 % und 1,0 % der Bestandsgebäude (statistisch gesehen) vollständig mit einem Wärmeschutz versehen werden.²¹ Sollten diese Annahmen der Realität entsprechen, so kann davon ausgegangen werden, dass in der Mehrzahl der Fälle grundlegender baulicher Erneuerungen an der Gebäudehülle energetische Maßnahmen unterbleiben, obwohl hierfür unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten ideale Anknüpfungspunkte vorliegen – und häufig sogar eine Rechtspflicht nach der Energieeinsparverordnung besteht.

Einen positiveren Eindruck vermitteln auf den ersten Blick die auf Befragungen beruhenden Angaben im CO₂-Gebäudereport für das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) von 2007, in denen von einer Sanierungsrate von 2,2 % für das Jahr 2006 gesprochen wird.²² Zu bedenken ist jedoch, dass sich diese Angabe nur auf einen Teil der Bestandsgebäude (Baujahre 1900 bis 1979) bezieht, dass Sanierungen einzelner Gebäudeteile anteilig mitgerechnet wurden und dass insbesondere Modernisierungen der Heizanlage einbezogen wurden, die wesentlich häufiger stattfinden als Maßnahmen an der Gebäudehülle und deshalb das Ergebnis erheblich günstiger erscheinen lassen. Nur knapp 40 % der angegebenen energetischen Verbesserungen erstreckten sich auf Maßnahmen der Wärmedämmung.²³

²⁰ IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 19 m.w.N.

²¹ Vgl. Diefenbach/Enseling (IWU): Potentiale zur Reduzierung der CO₂-Emissionen bei der Wärmeversorgung von Gebäuden in Hessen bis 2012, Darmstadt 2007, S. 4 (Fn. 7 m.w.N.).

²² co2online / Fraunhofer Institut für Bauphysik: CO₂-Gebäudereport 2007 (Hrsg.: BMVBS), Berlin 2007, S. 42 ff. Die Angaben beruhen auf einer durch die Technomar durchgeführten Befragung. Die Befragungsergebnisse werden im CO₂-Gebäudereport nicht mit einer nachvollziehbaren Quellenangabe belegt. Sie sind offenbar nicht veröffentlicht worden.

²³ Vgl. CO₂-Gebäudereport 2007, a.a.O. S. 45 f.

Das Potenzial der energetischen Sanierung wird zum Teil auch durch **baulich-technische** sowie durch **rechtliche Restriktionen** beeinflusst, die sich auf die Durchführbarkeit und/oder auf die Wirtschaftlichkeit von Wärmeschutzmaßnahmen erheblich auswirken können. Das gilt namentlich für den Denkmalschutz und für in der Wirkung vergleichbare Auflagen auf Grund von baurechtlichen Gestaltungsvorgaben. Aber auch außerhalb förmlicher Bindungen können sich im Gebäudebestand wegen der vorgefundenen baulich-technischen Gegebenheiten im Einzelfall Schwierigkeiten für die Umsetzung des baulichen Wärmeschutzes ergeben (z.B. auf Grund der Konstruktionsweise des Gebäudes oder der Fassadengestaltung).²⁴ Für einen (mangels belastbaren Daten) nicht näher quantifizierbaren Anteil der Gebäude muss deshalb damit gerechnet werden, dass ein baulicher Wärmeschutz nur eingeschränkt möglich ist.²⁵

Hinsichtlich des zu erreichenden **wärmeschutztechnischen Standards** ist zu bemerken, dass das sowohl gegenwärtig (Mitte 2009) noch geltende Anforderungsniveau der EnEV 2007 als auch das Niveau der soeben bekannt gegebenen novellierten Fassung von 2009²⁶ für die wärmeschutztechnische Sanierung von Bestandsgebäuden fachlich noch nicht als zureichend betrachtet werden kann.²⁷ Geht man mit dem Konzept des § 9 EnEV davon aus, dass die energetische Sanierung (sinnvollerweise) zeitlich dann erfolgt, wenn die maßgebenden Bauteile ohnehin ausgetauscht bzw. erneuert werden, lässt sich zu wirtschaftlich annehmbaren Konditionen zumeist ein weit höherer wärmeschutztechnischer Standard verwirklichen. Bei dem Einsatz von Niedrigenergiehaus-Komponenten würde nach den Erkenntnissen des *IWU* der Heizwärmebedarf nur noch in der Größenordnung von jährlich 60 kWh/m² Wohnfläche und bei dem unter Umstän-

²⁴ Zusammenfassend *IWU*, Querschnittsbericht (2007), S. 15 f.

²⁵ So nimmt das *IWU* an, dass ein baulicher Wärmeschutz bei ca. 15 % aller Gebäude nur eingeschränkt möglich ist (vgl. *IWU*, Querschnittsbericht (2007), S. 19.

²⁶ EnEV i.d.F. der Verordnung zur Änderung der Energieeinsparverordnung vom 29. April 2009, BGBl. I S. 954.

²⁷ Vgl. *IWU*, Querschnittsbericht (2007), S. 18 f.; dezidiert kritisch auch zum Entwurf der EnEV 2009 *IWU*, Fachliche Stellungnahme zum Entwurf der Energieeinsparverordnung (EnEV) vom 18. April 2008, Darmstadt, 6. Mai 2008, S. 5 und 12.

den ebenfalls möglichen Einsatz von Passivhaus-Komponenten nur noch bei ca. 35 kWh/m² Wohnfläche pro Jahr liegen.²⁸

Besonders eindringlich wird die Diskrepanz zwischen dem Ist-Stand der rechtlichen Anforderungen und dem klimapolitische Notwendigen in der nachfolgenden Grafik des IWU deutlich, in der die spezifischen CO₂-Emissionen des Gebäudebestands (ganz links), der verschiedenen existierenden und diskutierten Anforderungsniveaus und das klimapolitisch anzustrebende Zielniveau (ganz rechts) gegenübergestellt werden:

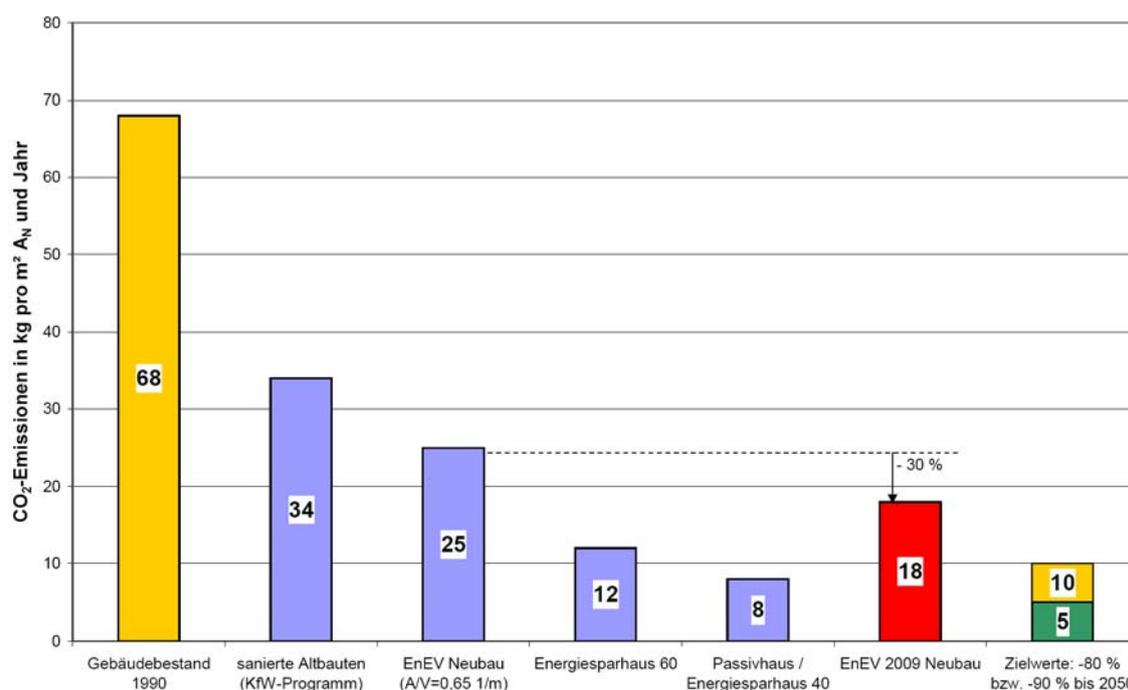


Abb. 1: Spezifische CO₂-Emissionen für den Gebäudebestand und verschiedene energetische Anforderungsniveaus (Quelle: IWU 2008).²⁹

Einen wichtigen Beitrag zur Senkung des Primärenergieverbrauchs und der CO₂-Emissionen kann auch der Einsatz **effizienterer Energietechniken** und der Wechsel zu **Energieträgern mit günstigerer Treibhausgasbilanz**, insbesondere zu den **erneuerbaren Energien** leisten.

²⁸ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 18 f.; zur Wirtschaftlichkeit differenzierend S. 32 ff.

²⁹ IWU: Fachliche Stellungnahme zum Entwurf der Energieeinsparverordnung (EnEV) vom 18. April 2008, Darmstadt, 6. Mai 2008, S. 12.

Derzeit befindet sich noch eine Vielzahl von sehr **ineffizienten** – nämlich mit einem schlechten Wirkungsgrad arbeitenden – **Heiz- und Warmwassersystemen** in der Benutzung, und die Marktanteile von das Klima überproportional stark belastenden Energieträgern wie Kohle und Heizöl sind noch immer hoch:

- Energetisch besonders ineffizient sind elektrisch betriebene Nachtspeicherheizungen, die in rund 4 % aller Wohnungen betrieben werden,³⁰ aber auch für die stark verbreiteten elektrischen Warmwassergeräte (Durchlauferhitzer und Boiler), die sich in rund einem Fünftel der Wohnungen finden.³¹ Der Austausch von Elektroheizungen kann wegen des neu erforderlichen Leitungssystems relativ hohe Modernisierungskosten mit sich bringen, so dass sich hierdurch erhebliche Mietsprünge ergeben können.
- Ein weiteres bedeutsames strukturelles Problem liegt in dem trotz sinkender Tendenz noch immer sehr großen Anteil der Ölheizungen, die gegenüber Gasheizungen zwei wesentliche energetische Nachteile haben: einerseits eine um etwa ein Drittel höhere spezifische direkte CO₂-Emission³², andererseits einen vergleichsweise schlechteren technischen Entwicklungsstand (da sich die Brennwertechnik bei der Ölfeuerung noch nicht zum Standard für Neuanlagen entwickelt hat).
- Die Nutzung von netzgebundener Fernwärme (sowie sog. Nahwärme) aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen führt in der Regel gegenüber den beiden anderen dominierenden konventionellen Energieträgern Gas und Öl zu einem deutlich geringeren Primärenergieverbrauch. Sie kann angesichts der beschriebenen anspruchsvollen Klimaschutzziele längerfristig aber nur dann als tragfähiger Weg angesehen werden, wenn sie nicht auf dem Einsatz von besonders CO₂-intensiver Kohle beruht.

³⁰ Statistisches Bundesamt; Bautätigkeit und Wohnungen; Mikrozensus-Zusatzerhebung 2006, Bestand und Struktur der Wohneinheiten, Wohnsituation der Haushalte; Fachserie 5 / Heft 1; Wiesbaden, S. 68 ff.

³¹ Ebenda.

³² Vgl. Umweltbundesamt (DEHSt): Emissionsfaktoren und Kohlenstoffgehalte (2007). Danach liegt der Emissionsfaktor für leichtes Heizöl bei 0,074 t CO₂/GJ, bei Erdgas im Bereich von 0,055 t CO₂/GJ.

- Kohleöfen wurden zwar in den letzten Jahrzehnten im Wege der Wohnungsmodernisierung weitgehend aus dem Markt gedrängt. Noch immer werden allerdings rund 1 % der Wohnungen in Deutschland mit Kohle beheizt,³³ wobei sich regional zum Teil durchaus noch eine größere Verbreitung feststellen lässt. In diesem Marktsegment wirft der Energieträgerwechsel auch ein soziales Härteproblem auf, weil mit dem Wechsel zu einer Zentralheizung erhebliche Modernisierungskosten verbunden sind.

Die Nutzung von **erneuerbaren Energien** steht in Deutschland erst am Anfang der Entwicklung. Die technologisch besonders interessante Solarthermie kann den Warmwasserbedarf auf Grundlage heutiger Techniken um 60 bis 70 % abdecken und zusätzlich in gewissem Umfang Heizunterstützung leisten, eignet sich aber nicht für alle Arten von Gebäuden, Ortslagen und Bauweisen. Feste Biomasse (insb. Holzpellets und Scheitholz) kann den Heizwärmebedarf vollständig decken, allerdings verbunden mit einem relativ hohen Raumbedarf zur Lagerung des Brennstoffs; außerdem sind die Holzressourcen begrenzt. Wärmepumpensysteme sind energetisch nur sinnvoll, wenn sie besonders effizient arbeiten, was in der Regel den Einsatz in sehr niedrigen Temperaturbereichen (wie bei Fußbodenheizungen) erfordert, so dass in Bestandsgebäuden meist keine befriedigenden Ergebnisse möglich sind. Und für flüssige und gasförmige Biomasse ergeben sich deutlich weniger günstige Treibhausgasbilanzen, weil die Treibhausgasemissionen in der Kette der Erzeugung von Brennstoffen verhältnismäßig hoch sein können (abgesehen von besonderen Problemzuspitzungen im Falle der Umnutzung von Wäldern zu Anbauflächen); außerdem wirkt sich auch hier die Begrenztheit der Fläche als limitierender Faktor aus.³⁴

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass ambitionierte Klimaschutzziele im Bereich der Gebäudewärme ohne eine **allgemeine Verbreitung sehr anspruchsvoller Wärmedämmstandards** im Gebäudebestand nicht erreicht werden können. Die Verbesserung in der **Anlageneffizienz** und der Wechsel zu **erneuerbaren Energieträgern** können

³³ Statistisches Bundesamt, a.a.O. (Fn. 30).

ebenfalls erhebliche – und wichtige – Beiträge zum Klimaschutz leisten; ihre potenziellen Beiträge sind bei der Gebäudewärme aber weniger groß als derjenige des baulichen Wärmeschutzes. Am größten sind die Erfolgchancen, wenn auf beide Wege zugleich gesetzt wird.³⁵

In diesem Sinne wird in der 2007 erstellten Querschnittsstudie des *IWU* über die energetische Sanierung im Gebäudebestand für Deutschland dargestellt, dass es notwendig und **machbar** ist, über die nächsten 20 Jahre jährlich zu einer energetischen **Sanierungsrate von ca. 2,5 %** des Wohngebäudebestands pro Jahr (gegenüber 0,5 bis 1,0 % bisher) zu kommen, mit der sich eine Reduzierung der CO₂-Emissionen von ca. 3 % pro Jahr erreichen lässt, wenn dabei *zugleich* ein ausreichend anspruchsvolles **Sanierungsniveau** verwirklicht wird. Insofern wird angenommen, dass die bauliche Wärmeschutzsanierung auf Basis von **Niedrigenergiehaus-Komponenten** durchgeführt wird – also weit über den gegenwärtig nach der EnEV vorgegebenen Mindeststandard für Fälle der energetischen Gebäudesanierung hinaus geht – und es hinsichtlich der Wärmeerzeugungstechnologien zu einem vollständigen Ersatz von Kohle-, Öl- und Nachtspeicherheizungen sowie (stets) zu einem Einsatz der **besten verfügbaren Effizienztechniken** kommt.³⁶

2.2 Das rechtliche Steuerungs- und Anreizinstrumentarium

Die bislang in Rechtsform gegossenen Steuerungsinstrumente zur Erhöhung der energetischen Qualität von Gebäuden adressieren in erster Linie den Neubau. Maßnahmen der energetischen Sanierung des Gebäudebestands werden nur zum Teil einbezogen. Der

³⁴ Eingehend zur Problematik Peht/Vogt: u. a.: Biomasse und Effizienz: Vorschläge zur Erhöhung der Energieeffizienz von §8- und §7-Anlagen im Erneuerbare-Energien-Gesetz (2007); ferner SRU, Klimaschutz durch Biomasse (2007).

³⁵ Eingehend IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 17 ff.

³⁶ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 18 ff. (insb. S. 21 f., zusammenfassend); zur Wirtschaftlichkeit differenzierend S. 32 ff.

Gebäudebestand wird bisher in erster Linie über gezielte finanzielle Förderprogramme angesprochen.³⁷ Im Einzelnen:

2.2.1 Pflichten zu Wärmeschutz und energetischer Effizienz (EnEV)

Die auf Grundlage des Energieeinspargesetzes (EnEG) ergangene, inzwischen mehrfach novellierte Energieeinsparverordnung (EnEV) verlangt in Fortführung der früheren Wärmeschutzverordnung für Neubauten die Einhaltung bestimmter Standards. Diese finden ihren Ausdruck im Maßstab des Primärenergiebedarfs des Gebäudes.

Für bestehende Gebäude sieht die EnEV (bis September 2009 noch maßgebend in der Fassung des Jahres 2007 – „**EnEV 2007**“)³⁸ insbesondere vor:

1. Nach Maßgabe von **§ 9 EnEV** darf im Falle von wesentlichen Änderungen an bestimmten Außenbauteilen (z.B. Putzerneuerung, Fensteraustausch, Dacheindeckung) für das gesamte Gebäude ein bestimmter Wert des Jahres-Primärenergiebedarfs nicht überschritten werden (der 40 % über dem Wert für Neubauten liegt, § 9 Abs. 1 EnEV). Diese Vorgabe gilt als erfüllt, wenn bestimmte quantitative Wärmeschutzstandards für die jeweiligen Bauteile eingehalten werden (§ 9 Abs. 3 in Verbindung mit Anlage 3 der EnEV). Die Pflichtauslösung ist dabei daran gekoppelt, dass die Änderungen jeweils einen bestimmten Mindestanteil an Bauteilflächen betreffen (vgl. § 9 Abs. 4 EnEV).
2. Zum Nachweis der Einhaltung der Anforderungen aus § 9 EnEV ist nach Maßgabe von **§ 16 Abs. 1 Satz 2 und 3 EnEV** ein Energieausweis zu erstellen, wenn für das gesamte Gebäude eine Energiebedarfsberechnung durchgeführt wird (also nicht beim bauteilsbezogenen Verfahren nach § 9 Abs. 3 EnEV). Dieser ist der Behörde auf Verlangen vorzulegen.

³⁷ Kritisch zum Gesamtrahmen Ekardt/Schenderlein, WUM 2008, 170 ff.; darauf aufbauend Ekardt / Heitmann, RdE 2009, 118 ff.

³⁸ Verordnung über den energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik (Energieeinsparverordnung – EnEV) vom 24. Juli 2007, BGBl. I S. 1519.

3. Nach **§ 10 EnEV** müssen bestimmte sehr alte Heizkessel (Baujahr bis 1978) ausgetauscht werden.
4. Nach Maßgabe von **§ 11 EnEV** ist sicherzustellen, dass sich die energetische Qualität des Gebäudes nicht verschlechtert.
5. **§ 14 Abs. 5 EnEV** verlangt, dass neu installierte Heizungs- und Warmwasserleitungen wärmegeklämt ausgeführt werden müssen.
6. Die Übergangsbestimmung von **§ 30 Abs. 3 EnEV** sieht vor, dass ungedämmte, aber zugängliche Geschossdecken im obersten Gebäudegeschoss nach Maßgabe von **§ 9 Abs. 3 EnEV 2004**³⁹ zu dämmen sind.

Dieses Regelungsgerüst wird – bei einigen zum Teil nicht unerheblichen Änderungen in Details – auch im Zuge der Novellierung im Jahr 2009 („**EnEV 2009**“) weitenteils beibehalten.⁴⁰ Die Änderungen treten zum 1. Oktober 2009 in Kraft.

Für den hier diskutierten Zusammenhang sind folgende **Änderungen** wichtig:

1. Die Systematik von **§ 9 Abs. 1** für die Änderung von wärmedämmungsrelevanten Außenbauteilen wird geändert. Die Option der Einhaltung bestimmter bauteilsbezogener Anforderungen wird in Absatz 1 Satz 1 verschoben und soll damit den Regelfall markieren. Die ursprüngliche Primäroption der Einhaltung eines Primärenergiebedarfswertes für das gesamte Gebäude wird in Absatz 1 Satz 2 verschoben und soll damit etwas in den Hintergrund rücken.⁴¹
2. Die bauteilsbezogenen Anforderungen der Anlage 3 werden weiter ausdifferenziert und zum Teil erheblich angehoben (siehe dort Tabelle 1).

³⁹ Energieeinsparverordnung in der Fassung vom 2. Dezember 2004, BGBl. I S. 3146.

⁴⁰ Vgl. die Bestimmungen der Änderungsverordnung zur EnEV vom 29. April 2009, BGBl. I S. 954. Siehe dazu auch den Entwurf der Bundesregierung BR-Drs. 569/08 sowie die Änderungsbeschlüsse des Bundesrates in BR-Drs. 569/08(B).

⁴¹ Die Nutzung der auf den Primärenergiebedarf des Gebäudes bezogenen Option kann dazu führen, dass wichtige bauteilsbezogene Verbesserungen unterlassen werden und dadurch ein unzureichender Zustand auf Jahrzehnte hin zementiert wird (z.B. bei Durchführung einer vollständigen Putzerneuerung ohne anspruchsvolle Wärmedämmung). Deshalb wird diese Option aus fachlicher Sicht für problematisch erachtet (vgl. IWU: Fachliche Stellungnahme zum Entwurf der Energieeinsparverordnung (EnEV) vom 18. April 2008, Darmstadt, 6. Mai 2008, S. 5 ff.).

3. Das Anforderungsniveau des Gebäude-Primärenergiebedarfs (40 % über dem Neubauwert) steigt ebenfalls an, da das Referenzniveau für die Neubauten abgehoben wird (durchschnittlich um ca. 30 %).⁴²
4. Die Nachrüstungspflichten aus § 10 EnEV werden ausgedehnt, insbesondere auf die nachträgliche Wärmedämmung der obersten Geschossdecken.
5. Es wird ein neuer § 10a EnEV eingeführt, nach dem elektrische Nachtspeicherheizungen innerhalb eines Zeithorizonts von 30 Jahren (gerechnet auf Einbau) grundsätzlich durch andere Heizsysteme auszutauschen sind.
6. Der neue § 26a EnEV sieht vor, dass die für den Einbau von Bauteilen und Anlagen Verantwortlichen eine „Unternehmererklärung“ abzugeben haben, die vom Eigentümer mindestens fünf Jahre aufbewahrt werden muss. Die weitergehende Regelung des ursprünglichen Regierungsentwurfs, nach der die Landesbehörden verpflichtet werden sollten, die Richtigkeit der Unternehmererklärungen mindestens stichprobenartig zu überprüfen, konnte im Bundesrat nicht durchgesetzt werden.⁴³
7. Nach dem neuen § 26b EnEV sollen die für die bauordnungsrechtliche Feuerstättenschau zuständigen Schornsteinfeger die Aufgabe bekommen, die Einhaltung der Pflichten aus § 10 EnEV zum Kesselaustausch und zur Dämmung von Wärmeleitungen zu überprüfen.
8. In die Vorschrift über Ordnungswidrigkeiten (§ 27) wird erstmals ein Tatbestand eingeführt, nach dem die vorsätzliche oder grob fahrlässige Nichteinhaltung der Wärmeschutzanforderungen bußgeldbewehrt ist. Das gilt auch für Änderungen an bestehenden Gebäuden nach § 9.

Ein wesentlicher Schwachpunkt der Energieeinsparverordnung ist ihr **Vollzug**. Das gilt insbesondere für den Bereich der Bestandsgebäude. Die Regelung des Überwachungsverfahrens obliegt, soweit die EnEV nicht selbst dazu Vorgaben macht, grundsätzlich

⁴² Vgl. zur Erläuterung BR-Drs. 569/08, insb. S. 63 ff., 80, 121.

⁴³ Vgl. einerseits § 26a EnEV in der Fassung des Regierungsentwurfs (BR-Drs. 569/08), andererseits Änderungsbeschluss Nr. 14 des Bundesrates in BR-Drs. 569/08(B).

den Bundesländern. In den meisten Ländern⁴⁴ wurden dazu spezielle Verordnungen erlassen, die im Hinblick auf die bauordnungsrechtliche Überwachung zum Teil durch die jeweiligen Landesbauordnungen ergänzt werden.

Ohne hier eine eingehende Analyse der einzelnen landesrechtlichen Vorschriften⁴⁵ vornehmen zu können, lassen sich die wesentlichen Aspekte für das bisherige Recht (also ohne Berücksichtigung der Änderungen durch die EnEV-Novelle 2009) wie folgt zusammenfassen:

- Für Änderungen an Gebäuden, die nach § 9 EnEV zu bestimmten energetischen Verbesserungspflichten führen, ist grundsätzlich nicht vorgesehen, dass die Maßnahmen (vor der Durchführung) genehmigt oder gegenüber einer Behörde angezeigt werden müssen. In der Regel bedürfen sie weder einer Baugenehmigung noch einer Anzeige im bauaufsichtlichen Verfahren.
- In den meisten Bundesländern ist vorgesehen, dass über die Einhaltung der Pflichten aus § 9 EnEV (ggf. vor Beginn der Baumaßnahmen) Nachweise ausgestellt werden müssen. Zum Teil wird bereits hierauf verzichtet.⁴⁶ Zur Ausstellung der Nachweise nach § 9 EnEV sind in den anderen Bundesländern üblicherweise die ausführenden Architekten oder Fachfirmen selbst berechtigt⁴⁷ (die keine spezielle Qualifikation im Hinblick auf die energetische Seite vorweisen müssen und zudem in einem Interessenkonflikt stehen, weil sie ihre eigene entgeltliche Leistung zu beurteilen haben). Abweichend hiervon ist in Berlin (seit Kurzem) geregelt, dass die Nachweise durch spezielle Sachverständige auszustellen oder zu bestätigen sind.⁴⁸

⁴⁴ Ausnahmen sind Hamburg und Hessen.

⁴⁵ Siehe dazu auch (auf dem Stand von 2005) Bürger et.al. (Öko-Institut), Klimapolitische Eckpunkte für die Novelle des Energieeinsparungsgesetzes (2006), S. 111 ff.

⁴⁶ So z.B. in Niedersachsen (DVO-EnEV Nds. vom 18. August 2008, GVBl. Nr. 17) und in Sachsen (SächsEnEVDVO vom 14. November 2008, GVBl. S. 630).

⁴⁷ So z.B. in Baden-Württemberg (§§ 2 und 3 EnEV-DVO BW vom 6. Mai 2003, GBl. S. 228, zul. geänd. durch VO vom 14.12.2004, GBl. S. 884); in Bayern (ZVEnEV Bay. vom 22. Januar 2002, GVBl. S. 18, zul. geänd. durch VO vom 12. Februar 2008, GVBl. S. 43) und in Bremen (§§ 4 und 5 EnEV-DVO Bremen vom 14. März 2008, GBl. S. 59).

⁴⁸ Vgl. § 1 EnEV-DVO Bln vom 17. Juli 2008, GVBl. S. 222.

- Soweit der Nachweis (auch bei Bestandsgebäuden) über Energieausweise zu führen ist, sieht § 16 Abs. 1 Satz 3 EnEV vor, dass die Nachweise der zuständigen Behörde auf Verlangen vorzulegen sind. Die landesrechtlichen Vorschriften lassen üblicherweise nicht erkennen, ob hiervon in bestimmtem Umfang Gebrauch zu machen ist (z.B. durch Stichproben). Soweit der Nachweis demgegenüber *nicht* über Energieausweise zu führen ist (z.B. bei den Bauteilsanforderungen nach § 9 Abs. 3 EnEV), ist im jeweiligen Landesrecht zu regeln, ob und wann Nachweise vorzulegen sind. Ein Teil der Bundesländer sieht auch hierfür eine Vorlage auf Verlangen der zuständigen Behörde vor (die es in der Praxis aber allem Anschein nach außerordentlich selten gibt).⁴⁹ Andere Länder verzichten darauf sogar gänzlich.⁵⁰
- Die inhaltliche Richtigkeit der Nachweise wird bei Baumaßnahmen, die keiner bauordnungsrechtlichen Genehmigungs- oder Anzeigepflicht unterliegen, üblicherweise nicht behördlich überprüft. § 16 Abs. 1 Satz 3 EnEV regelt nur die Vorlagepflicht für die Energieausweise, nicht aber die sachliche Überprüfung ihres Inhalts durch eine Behörde. Diese Regelungslücke wird durch die Durchführungsbestimmungen der Länder typischerweise nicht geschlossen.⁵¹ Im Land Berlin ist durch die Bauordnung sogar ausdrücklich ausgeschlossen, dass der Wärmeschutznachweis im Rahmen von Baugenehmigungsverfahren inhaltlich geprüft wird.⁵²
- Die Nichteinhaltung der Anforderungen aus § 9 EnEV ist üblicherweise nicht bußgeldbewehrt.⁵³
- Die Nichteinhaltung der Nachweispflichten zum Wärmeschutz ist nicht in allen Bundesländern bußgeldbewehrt.⁵⁴

⁴⁹ Z.B. Baden-Württemberg und Bremen (Fn. 47).

⁵⁰ Z.B. Bayern, Berlin und Sachsen (Fn. 47 und 48).

⁵¹ Vgl. die Durchführungsregelungen in: Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Niedersachsen und Sachsen (Fn. 46 bis 48).

⁵² Vgl. § 67 Abs. 3 Satz 1 BauO Bln.

⁵³ Vgl. die Durchführungsregelungen in: Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Niedersachsen und Sachsen (Fn. 46 bis 48).

⁵⁴ So z.B. nicht in: Bayern, Berlin, Niedersachsen und Sachsen (Fn. 46 bis 48).

Dementsprechend kann, wenngleich genaue quantitative Aussagen mangels Datenerhebung nicht möglich sind, davon ausgegangen werden, dass die Wärmeschutzanforderungen der EnEV für den Gebäudebestand bislang in einem weiten Umfang ignoriert werden.⁵⁵ So wird z.B. durch das *IFEU*-Institut in einer Studie aus dem Jahr 2005 angenommen, dass im Zuge des regulären Erneuerungszyklus für die relevanten Bauteile der Gebäudehülle bislang für Kellerdecken, Außenwand und Dach nur ein Anteil von 20 bis 50 % unter Beachtung der Wärmeschutzanforderungen aus der EnEV erfolgt.⁵⁶ Das *IWU* nimmt an, dass derzeit nur rund 0,75 % des Gebäudebestands pro Jahr einer energetischen Modernisierung unterzogen werden, während diese bei Koppelung an den regulären Erneuerungszyklus realistischerweise bei etwa 2,5 % liegen müsste.⁵⁷

Durch die Novelle des Jahres 2009 treten im Vollzug einige Veränderungen ein, von denen sich (noch) nicht klar sagen lässt, ob sie sich eher als Verbesserung, als Verschlechterung oder neutral auswirken werden. Ein verbessernder Effekt dürfte sicher durch die nun erfolgte Einstufung von Verstößen gegen die Wärmeschutzanforderungen als Ordnungswidrigkeiten eintreten. Andererseits könnte sich die bundesweite Einführung der Unternehmerklärung für den Nachweis der Pflichterfüllung als neues Vollzugshindernis erweisen, weil diese Neuerung (entgegen dem Regierungsentwurf) nicht mit einer Verpflichtung der Landesbehörden zur Stichprobenkontrolle verbunden wurde. Ohne ein Mindestmaß an behördlicher Überprüfung besteht die Gefahr einer verhältnismäßig hohen Umgehungs- und Täuschungsquote, weil die für den Bau und die Technik verantwortlichen Personen und Unternehmen ein wirtschaftliches Eigeninteresse daran haben, es sich selbst möglichst einfach und billig zu machen.

⁵⁵ Eingehend Bürger et. al. (Öko-Institut), Klimapolitische Eckpunkte für die Novellierung des EnEG (2006), S. 111 ff. m.w.N.; vgl. auch *IWU*, Querschnittsbericht (2007), S. 20.

⁵⁶ *IFEU/IWU*, Beiträge der EnEV und des KfW-CO₂-Gebäudesanierungsprogramms zum Nationalen Klimaschutzprogramm (2005), S. 42 f.

⁵⁷ Vgl. Diefenbach/Enseling (*IWU*), Potentiale zur Reduzierung der CO₂-Emissionen bei der Wärmeversorgung von Gebäuden in Hessen bis 2012 (2007), S. 4 f.; ferner *IWU*, Querschnittsbericht (2007), S. 20.

2.2.2 Pflichten zum Einsatz erneuerbarer Energien

Seit dem 1. Januar 2009 ist nach dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG)⁵⁸ bei **neuen Gebäuden** in Deutschland grundsätzlich sicherzustellen, dass zu Zwecken der Gebäudewärme (insb. also zum Heizen und zur Warmwasserbereitung) anteilig erneuerbare Energien zum Einsatz kommen. Dabei stellt das Gesetz den verpflichteten Eigentümern ein ganzes Bündel von verschiedenen Alternativen zur Verfügung, welches vom Einsatz erneuerbarer Energien selbst bis hin zu Ersatzmaßnahmen des Bezuges von Fernwärme aus Kraft-Wärme-Kopplung oder zum verbesserten Wärmeschutzstandard des Gebäudes reicht (vgl. §§ 3 bis 7 EEWärmeG).⁵⁹

Das Gesetz spricht den **Gebäudebestand** in zwei Bestimmungen an:

- Zum einen räumt **§ 3 Abs. 2 EEWärmeG** den Ländern die Möglichkeit ein, vergleichbare Verpflichtungen auch für den Gebäudebestand einzuführen. Bereits im Vorfeld des EEWärmeG hat Baden-Württemberg eine entsprechende Regelung aufgestellt, die allerdings erst ab 2010 gilt.⁶⁰
- Zum anderen sehen die **§§ 13 bis 15 EEWärmeG** vor, dass für Maßnahmen des Einsatzes von erneuerbaren Energien, die über die gesetzlichen Verpflichtungen aus dem EEWärmeG hinausgehen, relativ großzügige Förderprogramme des Bundes aufgestellt werden sollen (Mittelvolumen: bis 500 Mio. €/Jahr). Diese Mittel sollen insbesondere auch für Maßnahmen im Gebäudebestand zur Verfügung stehen.⁶¹

2.2.3 Förderprogramme

Die Fördermittel-Landschaft ist im Wesentlichen durch zwei (zum Teil miteinander kombinierbare) Förderinstrumente geprägt:

⁵⁸ Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz – EEWärmeG) vom 7. August 2008, BGBl. I S. 1658.

⁵⁹ Zum EEWärmeG mit Blick auf die mietrechtliche Dimension: Ekardt/Heitmann, RdE 2009, 118 ff.; ferner Schläger, ZMR 2009, S. 339 ff.

⁶⁰ Gesetz zur Nutzung erneuerbarer Wärmeenergie in Baden-Württemberg (EWärmeG) vom 20. November 2007, GBl. S. 531.

- Einerseits fördert der Bund die Installation besonders zukunftsweisender Techniken des Einsatzes von erneuerbaren Energien und Kraft-Wärme-Kopplung für Zwecke der Heizung und Warmwasserbereitung im Rahmen des sog. **Marktanreizprogramms für erneuerbare Energien** (MAP)⁶² und – seit Mitte 2008 – der Richtlinie zur Förderung von **Mini-KWK-Anlagen**.⁶³ In diesen Programmen arbeitet der Bund in erster Linie mit direkten Investitionszuschüssen, die jedoch nach geltendem Recht überwiegend nur von Privatpersonen, freiberuflich Tätigen sowie kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) beantragt werden können.
- Andererseits fördert die dem Bund und den Ländern gemeinsam gehörende **Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)** Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung durch Gewährung zinsgünstiger Kredite.⁶⁴ Die betreffenden Darlehensprogramme, die zu einem gewissen Anteil auch Elemente mit direktem Zuschuss bzw. Schuldenerlass enthalten, sind auf verschiedene Adressatenkreise zugeschnitten und richten sich zum Teil auch an die private, genossenschaftliche und öffentliche Wohnungswirtschaft. Speziell das für die Wohnungswirtschaft im Zentrum stehende CO₂-Gebäudesanierungsprogramm orientiert sich grundsätzlich am energetischen Niveau von Neubauten (wobei alternativ auch bestimmte einzelne Maßnahmenpakete zusammengestellt werden können).

Ein besonderes konstruktionstechnisches Problem ergibt sich aus dem sog. Hausbankprinzip der KfW, nach dem KfW-Darlehen grundsätzlich nicht direkt bei der Kreditanstalt, sondern über die jeweilige Hausbank beantragt werden müssen. Dadurch fällt ein gewisser Anteil der potenziellen Antragsteller aus dem Kreis der Begünstigten heraus,

⁶¹ Vgl. BT- Drs. 16/8149, S. 29.

⁶² Vgl. die 2009 speziell für den Bereich der Wärme aus erneuerbaren Energien ergangenen „Richtlinien zur Förderung von Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Energien im Wärmemarkt“ vom 20. Februar 2009.

⁶³ Richtlinien zur Förderung von Mini-KWK-Anlagen vom 1. Januar 2009, http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/foerderrichtlinie_minikwk.pdf.

⁶⁴ Einzelheiten siehe unter www.kfw-foerderbank.de.

weil die Kriterien der Kreditwürdigkeit nicht erfüllt werden.⁶⁵ Außerdem können problematische Konkurrenzen zu den Interessen der Hausbank auftreten.

2.2.4 Steuerliche Regelungen

Das gegenwärtige Steuerrecht enthält keine gezielten Tatbestände zur Unterstützung der energetischen Gebäudesanierung.

Ob und inwieweit sich aus den einschlägigen Steuerarten für die verschiedenen Unternehmensformen und Kapitalanlagen im Einzelnen spezifische Hemmnisse oder Förderanreize für energetische Verbesserungen im Mietwohnungsbestand ergeben, ist offenbar noch nicht systematisch untersucht worden (jedenfalls sind dem Autor entsprechende Untersuchungen nicht bekannt). Auch an dieser Stelle ist eine gründliche Betrachtung dieses – für die Themenstellung wichtigen – Fragenkreises nicht möglich (zumal der Verfasser in diesem Bereich nur über Teilkenntnisse verfügt).

Im fachlich-politischen Raum wird speziell auf ein sehr gravierendes Hemmnis für die energetische Gebäudesanierung hingewiesen: Die Vorschriften des Einkommensteuergesetzes (EStG) stufen finanzielle Aufwendungen für Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen, die in den ersten drei Jahren nach dem Erwerb eines bestehenden Wohngebäudes anfallen, als „anschaffungsnahe Herstellungskosten“ ein. Das hat zur Folge, dass für derartige Aufwendungen sehr lange Abschreibungszeiten gelten (im Regelfall 50 Jahre). Die Durchführung von energetischen Verbesserungsmaßnahmen im direkten Anschluss an den Kauf einer Bestandsimmobilie wird dadurch extrem unattraktiv, obwohl der Zeitpunkt des Eigentümerwechsels an sich geradezu prädestiniert für umfassende energetische Maßnahmen am Gebäude ist.⁶⁶

⁶⁵ Kritisch Klinski, Stellungnahme zum Entwurf des EEWärmeG, BT- Ausschussdrucksache 16(16)394(B), S. 30.

⁶⁶ Kritisch Umweltbundesamt: Nachhaltiges Bauen und Wohnen (2008), S. 31 f.; zur steuerlichen Seite vgl. auch Ekardt/Heitmann, RdE 2009, 118/123.

2.2.5 Begrenzungen durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen

Die Durchführung von Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung ist allgemein nur zulässig, soweit die für die jeweilige Maßnahme einschlägigen öffentlich-rechtlichen Anforderungen erfüllt werden. Das gilt für bauliche Maßnahmen insbesondere hinsichtlich des (landesrechtlich geregelten) Bauordnungsrechts und für mit Emissionen verbundene Anlagen im Hinblick auf die Gebote des Bundes-Immissionsschutzgesetzes mit der auf seiner Grundlage erlassenen Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchV). Für bestimmte Arten von Maßnahmen können auch andere öffentlich-rechtliche Vorschriften wichtig sein (z.B. solche des Denkmalschutzrechts oder des Wasserrechts für Wärmepumpen).

Besonders hervorzuheben sind auf Grund ihrer möglichen Hemmniswirkung in Einzelfällen die Bestimmungen des (Landes-) Bauordnungsrechts über die **Abstandflächen** zu Nachbargebäuden. Werden an einem Gebäude nachträglich Wärmedämmungen angebracht, so kann es zu einem Überstand in die Abstandflächen hinein kommen. Nach traditionellem Bauordnungsrecht ist eine solche Inanspruchnahme der Abstandflächen grundsätzlich unzulässig.⁶⁷ Auch die von den Bauministern der Länder empfohlene (derzeit noch gültige) **Musterbauordnung** des Jahres 2002⁶⁸ sieht keine generelle Ausnahme für der Wärmedämmung dienende Bestandteile des Bauwerks vor. Demgegenüber enthält die **Berliner Bauordnung** seit 2006 eine Regelung, nach der neben Gesimsen und Dachüberständen auch „Außenwandbekleidungen zum Zwecke der Energieeinsparung bei bestehenden Gebäuden“ bei der Bemessung von Abstandflächen „außer Betracht bleiben“.⁶⁹ Die Rechtslage ist in verschiedenen Bundesländern also uneinheitlich, und es kann empfohlen werden, insoweit der Berliner Regelung zu folgen.

⁶⁷ So z.B. die bis 1991 geltende BauO Bln i.d.F. vom 28. Februar 1985 (GVBl. S. 522); siehe dort insb. § 6 Abs. 7.

⁶⁸ Vgl. Bauministerkonferenz (Arbeitsgemeinschaft der für Städtebau, Bau- und Wohnungswesen zuständigen Minister und Senatoren – ARGE Bau), Musterbauordnung 2002 (zuletzt geändert durch Beschluss vom Oktober 2008), dort insb. § 6 Abs. 6 (www.bauministerkonferenz.de)

⁶⁹ § 6 Abs. 6 Nr. 3 BauO Bln. i.d.F. v. 29. September 2005 (GVBl. S. 495).

Ähnlich, wenngleich etwas abgeschwächt, stellt sich die Problematik im Bauplanungsrecht, soweit in einem Bebauungsplan Baulinien festgesetzt sind (auf die zwingend zu bauen ist) oder Baugrenzen vorgegeben sind (die nicht überschritten werden dürfen). Insofern sieht § 23 Abs. 2 und 3 der **Baunutzungsverordnung** (BauNVO) vor, dass ein Vor- oder Zurückrücken von einzelnen Gebäudeteilen in geringem Ausmaß durch den Bebauungsplan zugelassen werden darf. Die Möglichkeit hat aber eine praktische Bedeutung nur, soweit der Bebauungsplan Entsprechendes konkret vorsieht. Im Übrigen bedarf eine Abweichung von den zwingenden Vorgaben für Baulinien und Baugrenzen aus Gründen der Wärmedämmung einer bauplanungsrechtlichen Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB, deren Erteilung im Ermessen der Behörde steht.

2.2.6 Begrenzungen durch zivilrechtliche Bestimmungen

Die Durchführung von Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung kann durch die Bestimmungen des Zivilrechts sowohl erleichtert als auch erschwert werden. Öffentlich-rechtliche Verpflichtungen und Anreize treffen auf vertragliche Vereinbarungen des Zivilrechts, mit denen sie mitunter kollidieren können. Daraus können sich rechtliche Hindernisse ergeben, die im Einzelfall sogar zur (rechtlichen) Unmöglichkeit der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten führen können, wenn die jeweilige öffentlich-rechtliche Bestimmung nicht so ausgestaltet ist, dass sie verbindlich in das Zivilrecht hinein wirkt und insofern Vorrang beansprucht.

Soweit es dabei um das Mietrecht geht, sollen die betreffenden Regelungen in dieser Ausarbeitung umfassend aufgearbeitet werden. Besonders hinzuweisen ist darüber hinaus darauf, dass sich weitere Begrenzungen auch aus anderen Bestimmungen des Zivilrechts ergeben können. Das gilt insbesondere für die **eigentumsrechtlichen** Beziehungen zwischen **Grundstücksnachbarn**. Denn was für den einen Nachbarn positiv ist, kann von seinem Nachbarn als Beeinträchtigung empfunden werden. Eine solche Konfliktlage entsteht, wenn es darum geht, das Grundstück des Nachbarn für eigene Wärmedämmungsmaßnahmen (mit) in Anspruch zu nehmen – was sich unter Umständen nicht vermeiden lässt, weil sich die vorhandene Hauswand bereits an oder auf der Grenze zum Nachbargrundstück befindet. Insofern stellt sich eine parallele Problematik zum

bauordnungsrechtlichen Abstandflächenrecht. Das Zivilrecht geht hier grundsätzlich davon aus, dass derartige Einwirkungen auf das Nachbargrundstück zu unterlassen sind. Wegen der inhaltlichen Nähe zum Thema der vorliegenden Ausarbeitung liegt es nahe, in der Untersuchung auch auf diese Problematik etwas näher einzugehen (siehe unten, Kap. 3.7 und 4.2.7).

2.3 Die Funktionen des Mietrechts: Rahmenbedingungen und Anreize

Das Wohnungsmietrecht des BGB ist nicht in spezifischer Weise auf Klimaschutzziele zugeschnitten. Es dient dazu, allgemeine Regelungen für den Bereich der Wohnungsmiete vorzugeben, deren Ziele häufig unter dem Schlagwort des „**sozialen Mietrechts**“ dahin zusammengefasst werden, die berechtigten Interessen von Mietern und Vermietern auf eine sozial verträgliche Weise auszubalancieren.⁷⁰ In dieses Regelungsgefüge können weitergehende gesellschaftliche Interessen wie diejenigen der Energieeinsparung oder des Klimaschutzes durchaus hineinwirken. Sie stehen als solche jedoch nicht im Zentrum des Mietrechts.

Das Wohnungsmietrecht des BGB enthält in seiner derzeitigen Gestalt gleichwohl einzelne Elemente, denen eine große praktische Bedeutung für den Klimaschutz zukommt. Dies sind:

- die **Duldungspflicht** für bestimmte bauliche Maßnahmen zur Energieeinsparung nach § 554 Abs. 2 BGB,
- die durch § 559 BGB gegebene Möglichkeit zur Erhöhung der Miete in Folge von Maßnahmen der energetischen **Modernisierung** (sog. Modernisierungsumlage in Höhe von jährlich 11 % der Modernisierungskosten und

⁷⁰ Vgl. Blank/Börstinghaus (Börstinghaus), Miete, Vorb. § 557 BGB, Rdnr. 4 m.w.N.

- die Vorgaben zur verbrauchsbezogenen **Betriebs- und Heizkostenabrechnung** nach Maßgabe von §§ 556, 556a und 560 BGB in Verbindung mit der Betriebskostenverordnung⁷¹ und der Heizkostenverordnung⁷².

Der historische Ursprung dieser Regelungen lag in gesetzgeberischen Intentionen des Umweltschutzes und der Energieeinsparung. Diese richteten sich ursprünglich nicht auf die Reduzierung von Treibhausgasen, sondern waren auf Erwägungen des gemeinen Wohls zur Versorgungssicherheit (im Gefolge der sog. Ölkrise der 1970er Jahre) und auf Ziele der Luftreinhaltung (vor dem Hintergrund schwerwiegender Luftverschmutzungsprobleme in den 1980er Jahren) zurückzuführen. Mit der Zeit hat sich ihre Funktion auf den Klimaschutz hin verschoben, ohne dass sich der Charakter der Vorschriften dadurch allerdings grundlegend gewandelt hätte.⁷³

Den genannten Regelungen soll eine gewisse **Anreizwirkung** zugunsten der energetischen Verbesserung der Wohnraumqualität zukommen.⁷⁴ Der Vermieterseite soll es praktisch erleichtert und wirtschaftlich attraktiv gemacht werden, ihre Gebäude energetisch auf einen besseren Stand zu bringen. Der Mieterseite soll zugemutet werden, im öffentlichen Interesse auch Mehrkosten hinzunehmen, die durch bauliche Maßnahmen der Energieeinsparung hervorgerufen werden, zumal auf ihrer Seite typischerweise mit Senkungen bei den Betriebskosten zu rechnen ist. Vom Ausmaß her werden die dadurch entstehenden Mieterhöhungen zugleich begrenzt.

Die meisten Bestimmungen des BGB-Wohnungsmietrechts treten den Vermietern indessen nicht in der Funktion von Anreizregelungen zur Energieeinsparung oder zur Vornahme von energetischen Sanierungsmaßnahmen entgegen, sondern in ihrer allgemeinen Aufgabe, die Interessengegensätze von Mietern und Vermietern auszutarieren. Sie fungieren also als „ganz normale“ rechtliche **Rahmenbedingungen** für das Verhal-

⁷¹ Verordnung über die Aufstellung von Betriebskosten (Betriebskostenverordnung – BetrKV) vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346, 2347).

⁷² Verordnung über Heizkostenabrechnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Januar 1989 (BGBl. I S. 115), geändert durch VO vom 2. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2375).

⁷³ Siehe zur historischen Würdigung BGH, Urteil vom 24. September 2008 - VIII ZR 275/07, Rdnr. 22 ff. (insb. Rdnrn. 23, 24 und 27).

⁷⁴ So die Gesetzesbegründung zur Mietrechtsreform im Jahr 2001, BT-Drs. 14/4553, S. 36.

ten der Vermieterseite, nicht als spezifische Steuerungsinstrumente des Umwelt- oder Klimaschutzes. Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass auch sonstigen, allgemeinen Bestimmungen des Mietrechts eine Bedeutung für die hier erörterten Ziele zukommt. Denn es kann sein, dass sich auch aus allgemeinen Bestimmungen des Mietrechts Rahmenbedingungen ergeben, die gerade für die energetische Sanierung von Wohngebäuden besondere Hemmnisse oder Probleme mit sich bringen.

Auf Basis dieser Vorüberlegungen wird im nachfolgenden Untersuchungskapitel (siehe unten, Kap. 3) daher zweierlei näher zu betrachten sein:

- einerseits, ob und inwieweit sich aus den allgemeinen Bestimmungen des Mietrechts **spezifische Hemmnisse** für die energetische Gebäudesanierung ergeben,
- andererseits ob die Bestimmungen zur Duldungspflicht bei Maßnahmen der Energieeinsparung, zur Modernisierungumlage und zur Verbrauchskostenabrechnung der ihnen zugeordneten **Anreizrolle** gerecht werden können.

2.4 Heterogene Ausgangslage – das Motivationsproblem

Die Gründe für den festzustellenden „Stau“ der energetischen Gebäudesanierung im Mietwohnungssektor sind vielfältig. Die spezifischen Probleme im Mietwohnbereich wurden, soweit es dem Verfasser bekannt ist, noch an keiner Stelle *umfassend* und *systematisch* wissenschaftlich analysiert⁷⁵, auch wenn sie schon lange immer wieder auf Tagungen und in Veröffentlichungen angesprochen werden.⁷⁶

⁷⁵ Anders als für den Bereich der Ein- und Zweifamilienhäuser. Auf diesen konzentriert sich der analytische Teil der Studie der Technomar: Abbau von Hemmnissen bei der energetischen Sanierung des Gebäudebestands, in: Schriftenreihe Bau- und Wohnforschung des Fraunhofer Informationszentrums Raum und Bau, 2005.

⁷⁶ Siehe bereits Fraunhofer-ISI/BMBF (1997): Bericht zum Experten-Seminar „Verhaltens- und Hemmnisforschung im Bereich Energie“, S. 9 ff.; ferner Knissel u.a., (IWU): Mietrechtliche Möglichkeiten zur Umsetzung von Energiesparmaßnahmen im Gebäudebestand, Darmstadt 2001, S. 34 f.; Vogler, Wirtschaftlichkeit von Energieeffizienzmaßnahmen im Gebäudebestand, Vortrag 2008; Wuppertal-Institut/Umweltbundesamt: Hintergrundpapier für die Veranstaltung „Zukunftsdialo g Rohstoffproduktivität und Ressourcenschonung“ (2007), S. 16 f.

Ohne an dieser Stelle eine quantitative oder gewichtende Aussage machen zu können, kann davon ausgegangen werden, dass die Gründe zu einem nicht unbedeutenden Anteil genau die gleichen oder ähnliche sind wie im Bereich der privaten, selbst genutzten Wohnungen bzw. Gebäude. Hierzu können Gründe gezählt werden wie:⁷⁷

- mangelndes **Problembewusstsein** (denn erst in den letzten zwei Jahren hat sich – auch auf Grund von Impulsen aus der Politik – das Bewusstsein über die Notwendigkeit energetischer Sanierungsmaßnahmen in der Öffentlichkeit weitgehend durchgesetzt),
- unzureichende **Kenntnisse** über den baulichen Wärmeschutz und/oder über die technischen Möglichkeiten des Einsatzes von Energieträgern und -techniken (sowohl auf Seiten der Eigentümer als auch bei den Architekten, den Bauingenieuren und den beteiligten Fachfirmen),
- fehlende, qualitativ schlechte oder interessengeleitete **Beratung** durch Fachfirmen (z.B. in Form von auf mangelnder eigener Erfahrung beruhenden Bedenken gegen bestimmte Maßnahmen),
- Vorbehalte wegen Befürchtungen im Hinblick auf den **Komfort** (die oftmals auf Fehleinschätzungen beruhen – tatsächlich ist in der Regel mit einer Komforterhöhung zu rechnen),
- Fehleinschätzungen im Hinblick auf **bauphysikalische Zusammenhänge** (speziell dass die Dämmung eines Gebäudes seine vermeintliche "Atmungsfähigkeit" beeinträchtigen würde),
- mangelndes **wirtschaftliches Beurteilungsvermögen** (und fehlende wirtschaftliche Beratung) im Hinblick auf energetische Investitionen,
- die generelle Bevorzugung von Investitionen in „**sichtbare**“ **Werte** (z.B. in Bad, Balkon, Parkett oder Treppenhaus) anstelle der Wärmedämmung,

⁷⁷ Instruktiv zum Ganzen die Auswertungen der Technomar-Studie 2005 für den Ein- und Zweifamilienhausbestand, a.a.O. (Fn. 75), S. 55 ff.

- **baulich-gestalterische Bedenken** (die wiederum oftmals auf Fehleinschätzungen beruhen, für einen relativ großen Anteil der Gebäude aber auch durchaus nicht unberechtigt sind, insbesondere im Falle eines förmlichen Denkmalschutzes oder bau-rechtlicher Gestaltungsauflagen).

Zu einem nicht genau bestimmbar, jedoch zweifellos beträchtlichen Anteil ist die zurückhaltende Einstellung der Wohnungsunternehmen bzw. Gebäudeeigentümer/innen gegenüber Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung darüber hinaus auf spezifische **wirtschaftliche Problemlagen** und Unsicherheiten zurückzuführen, die teils mit den mietrechtlichen Vorschriften des BGB zu tun haben, teils aber auch mit den heterogenen Marktverhältnissen und/oder einem allgemein eher passiv eingestellten Investitionsverhalten im Marktsegment der Bestandsimmobilien.

Im Hinblick auf die Bestimmungen des BGB wird häufig plakativ vom sog. **Investor-Nutzer-Dilemma** angesprochen (synonym auch vom „Vermieter-Mieter-Dilemma“).⁷⁸ Gemeint ist, dass eine objektiv sinnvolle Investition unterbleibt, weil deren finanzieller Nutzen nicht bei dem Investor liegt, sondern bei einem Dritten (im Falle der energetischen Sanierung in Gestalt der Einsparung von Brennstoffkosten bei den Mietern) – so dass auf der Vermieterseite der wirtschaftliche Anreiz fehlt, die Investition aufzunehmen.

Ob es im Bereich des Mietwohnrechts berechtigt ist, generell von einem Investor-Nutzer-Dilemma zu sprechen, ist **streitbar**⁷⁹ und erfordert eine auf unterschiedliche Ausgangssituationen hin **differenzierte Fallbetrachtung**.⁸⁰ Ganz so einfach stellt sich die Problemlage nämlich real nicht dar, weil die Vorschriften des BGB zur Miethöhe die besagte Wirkung modifizieren und relativieren (siehe dazu unten, Kap. 3.3.3). Ein-

⁷⁸ Vgl. nur SRU, Umweltgutachten 2008, BT-Drs. 16/9990, Rz. 138 ff. (Kap. 3.4.4.5); IWU, Querschnittsbericht (2007) S. 26; Schepers, BTR 2007. S. 158; Vogler, Refinanzierung von Investitionen in Energiesparmaßnahmen (2008); differenzierend Ekardt/Heitmann, RdE 2009, 118 ff., insb. S. 120 ff.

⁷⁹ Relativierend IFEU (2005): Verbrauchs- oder Bedarfspass, S. 14; ferner Klinski (2008), Stellungnahme Entwurf des EEWärmeG, in: BT- Ausschussdrucksache 16(16)394(B), S. 24 f.

⁸⁰ Differenzierend IWU: Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen für die selbst genutzte Immobilie und den vermieteten Bestand (Studie im Auftrag des Bundesverbands der Immobilienwirtschaft), Darmstadt 2008, S. 30 ff.

deutig scheint aber zu sein, dass sich jedenfalls unter ungünstigen Ausgangsbedingungen auf der Vermieterseite unter Umständen für energetische Sanierungsmaßnahmen kein wirtschaftlicher *Mehrertrag* gegenüber einem Verzicht auf die Maßnahmen einstellt.⁸¹ Das gilt namentlich dann, wenn sich auf dem lokalen Wohnungsmarkt nach erfolgter energetischer Sanierung kein Spielraum für eine die Mehrinvestition dauerhaft abbildende Erhöhung der Miete ergibt, sei es weil die Erhöhungsmargen der örtlichen Vergleichsmiete bereits ausgeschöpft sind oder – umgekehrt – weil sich für eine erhöhte Miete trotz verbesserter energetischer Qualität keine Mieter finden (was z.B. für Abwanderungsregionen gelten kann).⁸²

Viele Vermieter werden allerdings von vornherein gar **keinen Anlass** sehen, sich mit der Frage einer energetischen Sanierung intensiver auseinanderzusetzen, weil sie bislang aus eigener Sicht recht gut zurecht gekommen sind und dies auch für die Zukunft so annehmen. Denn im geltenden Mietrecht liegt es so, dass die Vermieter die Verbrauchskosten für Heizung und Warmwasser ohne weiteres auf die Mieter „durchreichen“ können, während sie für Maßnahmen der energetischen Sanierung selbst investieren müssen.⁸³ Damit ergibt sich ein strukturelles Investitionshemmnis, weil es jedenfalls auf kürzere Sicht wirtschaftlich günstig erscheinen kann, schlicht „alles beim Alten zu belassen“.

Dieses Hemmnis kann zwar überwunden werden, wenn auf Vermieterseite erkannt wird, dass sich eine energetische Sanierung längerfristig lohnt oder mit anderen objekt- oder marktbezogenen Vorteilen verbunden ist (z.B. mit einer Verbesserung des Erhaltungszustands des Gebäudes oder mit der Möglichkeit zur Steigerung von Mieteinnah-

⁸¹ Das ist entgegen dem Duktus der in diesem Zusammenhang zitierten Studien des IWU nicht gleichzusetzen mit einem fehlenden wirtschaftlichen Nutzen für die Vermieterseite. Es ist lediglich so, dass der Gewinn unterhalb der in der jeweiligen Vergleichsrechnung angenommenen Mindestkapitalverzinsung liegt.

⁸² Hierbei ergeben sich zum Teil bedeutsame Unterschiede zwischen den Varianten einer Sanierung im Mieterbestand und einer Neuvermietung nach der Sanierung. Eingehend IWU: Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen für die selbst genutzte Immobilie und den vermieteten Bestand, Darmstadt 2008, S. 30 ff., insb. S. 38 f.; ferner Enseling/Hinz (IWU): Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand vor dem Hintergrund der novellierten EnEV, Darmstadt 2008, S. 27 ff.

⁸³ So auch SRU, in: BT-Drs. 16/9990, Rdnr. 138.

men). Wer dazu jedoch keinerlei Überlegungen anstellt, wird diese Erkenntnis nicht gewinnen können. Im Übrigen werden sich solche Überlegungen zumindest unter unsicheren Marktverhältnissen häufig dennoch nicht durchsetzen können.

Eine wesentliche Rolle für die auffällig große Zurückhaltung der Wohngebäudeeigentümer in Bezug auf die energetische Sanierung dürfte im Übrigen das im Vergleich zu anderen Wirtschaftsbereichen ungewöhnlich **passiv eingestellte Investitionsverhalten** im Marktsegment der Bestandsimmobilien spielen, welches sich z.B. in einer tendenziell deutlich geringeren Bereitschaft zur Kreditaufnahme zeigt – die bei umfassenden energetischen Sanierungsmaßnahmen jedoch meist unumgänglich ist.⁸⁴ Dieser Umstand erhellt sich durch einen Blick auf die speziellen Anbieterstrukturen des Wohnungsmarktes. Nach Angaben des GdW entfallen von den insgesamt ca. 38,7 Mio. Wohnungen in Deutschland rund 15,1 Mio. auf Selbstnutzer (also Wohneigentümer), rund 13,8 Mio. auf die Kategorie „private Kleinanbieter/Amateurvermieter“ und nur rund 9,8 Mio. auf die „professionell-gewerblichen Anbieter“.⁸⁵ Unter den vermieteten Wohnungen stehen demnach fast 60 % des Bestands unter nicht oder nur bedingt professioneller Bewirtschaftung. Deshalb kann es nicht verwundern, wenn große Teile der Entscheidungsträger im Wohnungsmarkt selbst unter günstigen wirtschaftlichen Ausgangsbedingungen wenig Neigung zur Aufnahme von energetischen Sanierungsinvestitionen zeigen.

Auf Grund der in den kommenden Jahren vermutlich außerordentlich stark ansteigenden Kosten von Heizöl und Erdgas kann zwar damit gerechnet werden, dass Immobilien mit schlechten energetischen Eigenschaften zunehmend schwer vermietbar sein werden, so dass sich auf Vermieterseite ein wachsendes Eigeninteresse an der energetischen Modernisierung einstellen wird.⁸⁶ Bisher spielt die energetische Gebäudequalität bei der Wohnungswahl jedoch zumeist eine unbedeutende oder zumindest untergeordnete Rol-

⁸⁴ Vgl. Knissel u.a. (IWU): Mietrechtliche Möglichkeiten zur Umsetzung von Energiesparmaßnahmen im Gebäudebestand, Darmstadt 2001, S. 33.

⁸⁵ Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen (GdW), Anbieterstruktur auf dem deutschen Wohnungsmarkt (www.gdw.de; Download 18.12.2008).

⁸⁶ Vgl. WI/UBA (2007): Ergebnisprotokoll der Arbeitsgruppe „Bauen und Wohnen“ im Rahmen des „Zukunftsdialog Rohstoffproduktivität und Ressourcenschonung“, S. 9.

le.⁸⁷ Die Annahme, dies werde sich alsbald sehr durchschlagend ändern, steht deshalb auf recht unsicherem Boden, auch wenn zusätzliche Impulse durch die seit Kurzem vorgeschriebenen Energieausweise entstehen könnten.⁸⁸ Auf sie allein lässt sich eine zuverlässige Strategie der energetischen Sanierung in der Breite nicht stützen.

Für den gegenwärtigen Stand ist zu konstatieren, dass zu viele Wohnungsunternehmen und private Gebäudeeigentümer/innen die energetische Sanierung nicht als Angelegenheit ihres eigenen (wirtschaftlichen) Interesses begreifen. Die drängenden Erfordernisse des Klimaschutzes gebieten es, einen Wandel ihrer Einstellungen nicht abzuwarten, sondern alsbald weitergehende Steuerungs- und Anreizmechanismen in Gang zu setzen und bestehende rechtliche Hemmnisse gezielt zu beseitigen.

⁸⁷ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 22 f. m.w.N.

⁸⁸ Durch die in weiten Teilen des Wohnungsmarktes zulässige Wahl der Variante des sog. verbrauchsbezogenen Energieausweises wird dieser Impuls stark abgeschwächt, weil sich aus diesem keine belastbaren Aussagen über die energetische Gebäudequalität ableiten lassen.

3 Problemanalyse: Der mietrechtliche Rahmen für energetische Sanierungen

3.1 Übersicht

Aus den wohnungsmietrechtlichen Bestimmungen des BGB sollen nach dem Willen des Gesetzgebers Anreizwirkungen für die Energieeinsparung erwachsen. Entsprechende Ausführungen finden sich in der Gesetzesbegründung zum Mietrechtsreformgesetz 2001 an einer Vielzahl von Stellen. Hervorgehoben wird das Ziel der Energieeinsparung einerseits in den Ausführungen zu den Zielbestimmungen sowie im allgemeinen Teil der Begründung⁸⁹, andererseits in den Erläuterungen zu den Bestimmungen über die Duldungspflicht für bauliche Maßnahmen zur Energieeinsparung (§ 554 BGB)⁹⁰, über die Umlage der Modernisierungskosten (§ 559 BGB)⁹¹ und über die verbrauchsabhängige Betriebskostenabrechnung (§ 556a BGB)⁹². Ausdrücklich heißt es, die im (zuvor) geltenden Mietrecht bestehenden Anreize zur Energieeinsparung sollten „ausgebaut“ werden.⁹³

Die **Anreizwirkungen** für energiesparende Maßnahmen werden vor allem im Rahmen der Erörterung von Lösungsvorschlägen breiten Raum einnehmen, weil insofern weitreichende konzeptionelle Erwägungen anzustellen und zahlreiche Regelungsalternativen zu betrachten sind. Im Rahmen der Problemanalyse wird vorab zu prüfen sein, inwieweit die bestehenden Anreizregelungen ihrer Zwecksetzung gerecht werden können oder in bestimmten Fällen sogar Hemmnisse aus ihnen erwachsen können. Einzubeziehen sind jeweils die für die Anwendung der Vorschriften wichtigen Verfahrens- und Berechnungsbestimmungen.

⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 1 f. sowie S. 36 f.

⁹⁰ BT-Drs. 14/4553, S. 49.

⁹¹ BT-Drs. 14/4553, S. 58.

⁹² BT-Drs. 14/4553, S. 51.

⁹³ BT-Drs. 14/4553, S. 36.

Außerdem werden weitere Einzelregelungen näher zu betrachten sein, für die aus der Praxis berichtet wird, dass sich aus ihnen **Hemmnisse** für energetisch sinnvolle Maßnahmen ergeben (können). Das gilt namentlich für die Bestimmungen über Mängel der Mietsache (§ 536 ff. BGB), deren Anwendung auf Fälle der energetischen Modernisierung praktisch die Kosten solcher Maßnahmen auf der Vermieterseite in die Höhe treiben sollen.⁹⁴ Hieran anknüpfend drängt es sich auf, auch der umgekehrten Fragestellung nachzugehen, ob das Unterlassen sachlich oder rechtlich (insbesondere durch die EnEV) gebotener energetischer Maßnahmen einen mietrechtlichen Mangel begründet.⁹⁵

Aus der Sicht der Vermieter (Gebäudeeigentümer) können sich für energetische Maßnahmen am Gebäude auch außerhalb des Mietrechts spezifische Hemmnisse zivilrechtlicher Natur ergeben, und zwar namentlich auf Grund der sachenrechtlichen Bestimmungen zum Nachbarschaftsverhältnis (siehe oben, Kap. 2.2.6). Die betreffenden Probleme sollen, obwohl sie nicht Gegenstand des Mietrechts sind, wegen ihrer Bedeutung für die Ziele der energetischen Gebäudesanierung ebenfalls angesprochen werden.

Unter Berücksichtigung der inneren Zusammenhänge zwischen den Vorschriften ergibt sich folgende Struktur der Untersuchung:

1. Duldungspflicht für energetische Maßnahmen (insb. § 554 BGB, siehe Kap. 3.2),
2. Mieterhöhungen auf Grund energetischer Investitionen (§§ 558 ff. BGB, siehe Kap. 3.3),
3. Fragen der Gebrauchstauglichkeit und der Mietminderung (§§ 536 ff. BGB, siehe Kap. 3.4),
4. Mieteransprüche auf Energieeffizienzmaßnahmen (§ 535 BGB, siehe Kap. 3.5),
5. Abrechnung von Verbrauchskosten (§§ 556 ff. BGB, siehe Kap. 3.6),
6. Eigentumsrechtliche Beschränkungen im Nachbarschaftsverhältnis (insb. §§ 1004, 912 BGB, siehe Kap. 3.7).

⁹⁴ Eingehend Warnecke, DWW 2007, S. 282-285.

3.2 Duldungspflichten für energetische Maßnahmen

3.2.1 Das Regelungsgerüst zu den Duldungspflichten

Die zentrale Vorschrift zur Regelung von Duldungspflichten der Mieter für Maßnahmen des Vermieters zur Erhaltung oder Veränderung der Mietsache (der Wohnung und dem Gebäude einschließlich der zugehörigen technischen Anlagen)⁹⁶ ist § 554 BGB.

Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„§ 554 Duldung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen

(1) Der Mieter hat Maßnahmen zu dulden, die zur Erhaltung der Mietsache erforderlich sind.

(2) Maßnahmen zur Verbesserung der Mietsache, zur Einsparung von Energie oder Wasser oder zur Schaffung neuen Wohnraums hat der Mieter zu dulden. Dies gilt nicht, wenn die Maßnahme für ihn, seine Familie oder einen anderen Angehörigen seines Haushalts eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters und anderer Mieter in dem Gebäude nicht zu rechtfertigen ist. Dabei sind insbesondere die vorzunehmenden Arbeiten, die baulichen Folgen, vorausgegangene Aufwendungen des Mieters und die zu erwartende Mieterhöhung zu berücksichtigen. Die zu erwartende Mieterhöhung ist nicht als Härte anzusehen, wenn die Mietsache lediglich in einen Zustand versetzt wird, wie er allgemein üblich ist.

(3) Bei Maßnahmen nach Absatz 2 Satz 1 hat der Vermieter dem Mieter spätestens drei Monate vor Beginn der Maßnahme deren Art sowie voraussichtlichen Umfang und Beginn, voraussichtliche Dauer und die zu erwartende Mieterhöhung in Textform mitzuteilen. Der Mieter ist berechtigt, bis zum Ablauf des Monats, der auf den Zugang der Mitteilung folgt, außerordentlich zum Ablauf des nächsten Monats zu kündigen. Diese Vorschriften gelten nicht bei Maßnahmen, die nur mit einer unerheblichen Einwirkung auf die vermieteten Räume verbunden sind und nur zu einer unerheblichen Mieterhöhung führen.

⁹⁵ Eingehend Blank, WuM 2008, S. 311 ff.

⁹⁶ Zum Begriff der Mietsache eingehend Sternel, ZMR 2001, 937/941; Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 554 Rdnr. 15 m.w.N.

(4) Aufwendungen, die der Mieter infolge einer Maßnahme nach Absatz 1 oder 2 Satz 1 machen musste, hat der Vermieter in angemessenem Umfang zu ersetzen. Auf Verlangen hat er Vorschuss zu leisten.

(5) Eine zum Nachteil des Mieters von den Absätzen 2 bis 4 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Die Rechtsnorm des BGB unterscheidet demnach grundlegend zwischen Maßnahmen nach Absatz 1 (= Erhaltungsmaßnahmen), welche generell zu dulden sind, und Maßnahmen im Sinne von Absatz 2 „zur Verbesserung der Mietsache, zur Einsparung von Energie oder Wasser oder zur Schaffung neuen Wohnraums“, die (nur) unter den engeren Voraussetzungen von Absatz 2 Satz 2 bis 4 sowie von Absatz 3 der Vorschrift geduldet werden müssen.

Handelt es sich bei der jeweiligen Maßnahme um eine **Erhaltungsmaßnahme** im Sinne von Absatz 1 der Vorschrift, so haben die Mieter diese selbst dann zu dulden, wenn sich diese individuell als „Härte“ im Sinne von Absatz 2 Satz 2 bis 4 darstellen sollte. Für Maßnahmen, die **nicht lediglich der Erhaltung** dienen, gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift demgegenüber, dass eine Duldungspflicht nur besteht, soweit

- die Maßnahme von Absatz 2 Satz 1 der Vorschrift erfasst ist,
- keine Härte im Sinne von Absatz 2 Satz 2 bis 4 besteht und
- die formalen Anforderungen von Absatz 3 der Vorschrift eingehalten werden.

Zu beachten ist, dass nach herrschender Auffassung über § 554 BGB hinaus noch ein weiterer, **ungeschriebener Duldungstatbestand** existiert. So wird für Maßnahmen, zu denen der Vermieter gesetzlich verpflichtet ist, ein Duldungsanspruch des Vermieters aus „**Treu und Glauben**“ (§ 242 BGB) abgeleitet.⁹⁷ Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, den besonderen Duldungsgrund der gesetzlichen Verpflichtung in § 554 BGB

⁹⁷ Vgl. Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 77; Sternel NZM 2001, 1058/1060; Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 554 Rdnr. 1; Blank, WuM 2008, S. 311/313.

mit aufzunehmen, um zu verhindern, dass Mieter in derartigen Fällen Widersprüche unter Berufung auf Härtegründe erheben.⁹⁸

Zu beachten ist weiter, dass die verschiedenen Duldungsgründe jeweils in spezifischer Beziehung zum Tatbestand des **§ 559 BGB** für die Modernisierungsmieterhöhung stehen. Während nämlich bloße Erhaltungsmaßnahmen generell keine Modernisierungsmieterhöhung begründen können, kann das bei von § 554 Abs. 2 BGB erfassten Maßnahmen sowie bei gesetzlich vorgeschriebenen Änderungen unter bestimmten Voraussetzungen der Fall sein (siehe im Einzelnen unten, Kap. 3.3).

Im Kontext der vorliegenden Ausarbeitung ist zu klären, ob das System der Duldungspflichten dem Ziel, aus der Sicht des Klimaschutzes notwendig erscheinende Änderungen an den Gebäuden zu ermöglichen und zu erleichtern, gerecht wird. Dafür ist entscheidend, in welcher Weise die verschiedenen in Betracht kommenden Maßnahmen den einzelnen Duldungstatbeständen zuzuordnen sind (Kap. 3.2.2) und unter welchen (weiteren) Voraussetzungen die Duldungspflicht im Einzelnen steht (Kap. 3.2.3).

3.2.2 Zuordnung von Sachverhalts- und Tatbestandsvarianten

Die Frage, welche energetischen Maßnahmen von den Mietern unter welchen Voraussetzungen zu dulden sind, erfordert eine differenzierte Betrachtung.

Zu unterscheiden ist dabei:

- erstens danach, ob es sich um eine Maßnahme handelt, die (nur) der Erhaltung oder (darüber hinausgehend) der Verbesserung der Mietsache bzw. der Einsparung von Energie dient,
- zweitens danach, ob der Vermieter eine freiwillige Maßnahme oder eine solche durchführen möchte, zu der er verpflichtet ist, und

⁹⁸ So die Gesetzesbegründung, BT 14/4553, S. 49. [Anmerkung des Verfassers: Diese Begründung überzeugt nicht, weil es ebenso gut möglich gewesen wäre, den Fall der gesetzlichen Verpflichtung mit zum Gegenstand von § 554 Abs. 1 BGB zu machen.]

- drittens danach, ob die jeweils in Aussicht genommenen konkreten baulichen und technischen Maßnahmen, wenn sie denn als solche der Verbesserung der Mietsache oder der Einsparung von Energie zuzuordnen sein sollten, tatbestandlich von § 554 Abs. 2 BGB erfasst werden oder es – falls das nicht der Fall sein sollte – für sie an jeder Duldungspflicht fehlt.

Die ersten beiden Fragen stehen in unmittelbarem Zusammenhang miteinander. Sie sollen deshalb nachfolgend gemeinsam beantwortet werden (siehe unter 3.2.2.1). Im Kern geht es dabei um die Anwendung derjenigen Tatbestände, die mit einer uneingeschränkten Duldungspflicht verbunden sind. Die dritte Frage betrifft allein die **Auslegung** von § 554 Abs. 2 BGB (siehe dazu unter 3.2.2.2).

3.2.2.1 Erhaltungs- und Pflichtmaßnahmen mit absoluter Duldungspflicht

Fraglich ist, ob die jeweilige energetische Maßnahme vom Anwendungsbereich des § 554 Abs. 1 BGB, des § 554 Abs. 2 BGB oder des ungeschriebenen Duldungstatbestands aus § 242 BGB erfasst ist.

Vom Ansatz her gilt insofern:

- Beabsichtigt der Eigentümer die Durchführung einer energetischen Maßnahme, die lediglich der **Erhaltung** der Mietsache dient, so ist grundsätzlich § 554 Abs. 1 BGB anzuwenden. Ob eine gesetzliche Verpflichtung zu der Maßnahme besteht, kann hinsichtlich der Duldungspflicht dahinstehen, weil die Rechtsfolge insofern identisch wäre. In jedem Falle bestünde eine absolute Duldungspflicht, die nicht durch Härteerwägungen in Frage zu stellen wäre. Zu beachten ist aber, dass hinsichtlich der Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB verschiedene Rechtsfolgen eintreten: Während nämlich schlichte Erhaltungsmaßnahmen keine Modernisierungumlage gestatten, kann eine solche für Maßnahmen erhoben werden, zu denen eine gesetzliche Verpflichtung besteht⁹⁹ (siehe dazu unten, Kap. 3.3.2.2).

⁹⁹ Missverständlich insofern Artz, WuM 2008, S. 259/262, der Erhaltungsmaßnahmen ungeachtet gesetzlicher der Duldungspflicht nach § 554 Abs. 1 BGB zuordnet.

- Handelt es sich jedoch nicht um eine Erhaltungsmaßnahme, sondern um eine Maßnahme zur **Verbesserung der Mietsache oder zur Einsparung von Energie**, so ist danach zu differenzieren, ob die Maßnahme auf Freiwilligkeit oder auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruht:
 - Für **freiwillige** Maßnahmen dieser Art ergibt sich die klare Antwort, dass § 554 Abs. 1 BGB ausscheidet, weil sein tatbestandlicher Anwendungsrahmen überschritten würde,¹⁰⁰ und daher nur eine Anwendung von § 554 Abs. 2 BGB in Betracht kommen kann.
 - Verbessernde Maßnahmen, für die eine öffentlich-rechtliche **Verpflichtung** besteht, sind demgegenüber nach § 242 BGB („Treu und Glauben“) duldungspflichtig. Denn es würde zu einer in sich widersprüchlichen Rechtslage führen, wenn eine an den Gebäudeeigentümer gerichtete gesetzliche Pflichtmaßnahme zu Fall gebracht werden könnte, indem Mieter in Anwendung ihrer Widerspruchsmöglichkeit aus § 554 Abs. 2 Satz 2 bis 4 BGB Härtegründe geltend machen.¹⁰¹ Diese Sichtweise hat der BGH erst kürzlich ausdrücklich bestätigt; in der betreffenden Entscheidung ging es um den Anschluss zweier Wohnungen an eine Zentralheizung auf Grund einer behördlichen Anordnung.¹⁰²

Von diesem Ausgangspunkt aus ergeben sich für energetische Maßnahmen zwei rechtlich nicht abschließend geklärte Problemlagen:

1. Klärungsbedürftig ist, ob § 554 Abs. 1 BGB anwendbar bleibt, wenn eine Maßnahme zugleich erhaltenden und verbessernden Charakter trägt. Das kann zum Beispiel sein, wenn eine Fassade gleichzeitig saniert und durch Wärmedämmung ergänzt oder wenn eine alte Heizung durch eine modernere gleicher oder anderer Art ersetzt wird.
2. Nicht eindeutig ist weiter, ob die (einzelnen) Verpflichtungen aus der Energieeinsparverordnung oder aus landesrechtlichen Vorschriften ähnlich dem System des

¹⁰⁰ Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 78 m.w.N.

¹⁰¹ Vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 49. Ferner Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 77; Sternel NZM 2001, 1058/1060; Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 554 Rdnr. 1.

EEWärmeG als Pflichtmaßnahmen anzusehen sind, die nach Treu und Glauben stets – d.h. ohne Möglichkeit der Geltendmachung einer Härte – zu dulden sind.

Bei den **Erhaltungsmaßnahmen** geht es nach allgemeiner Ansicht um Maßnahmen, die zur Erhaltung des Gebäudes in seinem ursprünglichen wirtschaftlichen Bestand objektiv erforderlich sind.¹⁰³ Dabei wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine Maßnahme nicht allein der Erhaltung dient, wenn sich diese zugleich als eine solche der Verbesserung der Mietsache oder der Energieeinsparung im Sinne von § 554 Abs. 2 BGB darstellt.¹⁰⁴

Die Abgrenzung ist also vom Ansatz her einfach: Immer dann, wenn eine Maßnahme **nicht allein erhaltenden** Charakter trägt, wird sie von § 554 Abs. 1 BGB nicht (mehr) getragen. Lässt sich zwischen den verschiedenen Elementen eines Maßnahmenpakets danach trennen, welche von ihnen allein der Erhaltung dienen und welche darüber hinausgehen, ergeben sich ebenfalls keine Zuordnungsprobleme, wenn das Maßnahmenpaket dann entsprechend aufgeschlüsselt werden kann. Hängen solche Maßnahmen jedoch untrennbar zusammen, so können sie insgesamt nicht mehr von § 554 Abs. 1 BGB erfasst werden. Deshalb wird man bei Wärmedämmmaßnahmen, bei denen dem Baukörper etwas Neues hinzugefügt wird, stets davon ausgehen können, dass eine Berufung auf § 554 Abs. 1 BGB nicht möglich ist.¹⁰⁵

Schwieriger ist demgegenüber die Frage zu beantworten, was gilt, wenn es um den **Erersatz** einer alten **durch eine neue Anlage** geht, die bessere energetische Eigenschaften hat als die vorherige. Bei einer engeren Sichtweise könnte man meinen, dies sei eine Modernisierung bzw. – im Falle des Austauschs einer defekten Anlage – eine Erhaltungsmaßnahme mit Modernisierungscharakter. Zu bedenken ist jedoch, dass es Anlagen mit den gleichen technischen Eigenschaften wie zum Zeitpunkt des Einbaus der Al-

¹⁰² Vgl. BGH, Urt. v. 9. März 2009, VIII ZR 110/08.

¹⁰³ Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 BGB Rdnr. 16; Emmerich/Sonnenschein § 554 Rdnr. 2; Emmerich in: Staudinger § 554 Rdnr. 4.

¹⁰⁴ So z.B. LG Berlin NZM 1999, 1137; LG Köln WuM 1993, 608; für die Literatur Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 BGB Rdnr. 78 m.w.N.; Münchener Kommentar (Bieber), § 554 Rdnr. 9; a.A. Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 554 Rdnr. 2.

¹⁰⁵ Blank, WuM 2008, S. 311/315 f.

tanlage üblicherweise nicht mehr gibt. Deshalb spricht viel dafür, es insofern auf den jeweils üblichen Standard ankommen zu lassen, so dass etwa der Ersatz einer alten durch eine neue Heizanlage dann von § 554 Abs. 1 BGB abgedeckt ist, wenn die Neuanlage gleichartig ist und dem heute üblichen Effizienzstandard entspricht. Anders wäre es, wenn ein anspruchsvollerer technischer Standard gewählt würde.¹⁰⁶ Rechtsprechung existiert zu dieser Fallkonstellation offensichtlich noch nicht.

Auch die **Einordnung von gesetzlichen Pflichtmaßnahmen** im Hinblick auf die Duldungstatbestände wirft mitunter streitbare Fragen auf und führt nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen:

- Die Einstufung fällt rechtlich vom Ansatz her leicht, wenn sich aus der jeweils zugrunde liegenden Rechtsvorschrift eine **genau bestimmte Verpflichtung** ableiten lässt. In diesem Fall kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die jeweilige Maßnahme nach **Treu und Glauben** geduldet werden muss. Das gilt aber zweifelsfrei **nur**, wenn die konkrete Maßnahme nicht über die gesetzliche Mindestforderung hinausgeht. Die Problematik wird deutlich, wenn man sich den Fall vor Augen hält, dass ein alter Öl-Heizkessel durch einen neuen ersetzt werden soll. Soll dabei ein im Hinblick auf die Effizienz besonders gutes Modell angeschafft werden (was die EnEV nicht vorschreibt) oder soll eine Umstellung auf umweltfreundlicheres Gas erfolgen, so beruht die Maßnahme zwar nach wie vor auf der gesetzlichen Verpflichtung (weil sich aus dieser der Anlass zum Kesselaustausch ergibt), die konkrete technische Variante geht jedoch über die gesetzliche Forderung hinaus – und es ist daher unsicher, ob die Duldungspflicht noch aus § 242 BGB abgeleitet werden kann. Kann sie das nicht (wie es auch im Parallellfall der über die Erhaltung hinausgehenden Maßnahmen nach § 554 Abs. 1 BGB der Fall wäre), so muss tatbestandlich geprüft werden, ob § 554 Abs. 2 BGB einschlägig ist; die Mieter haben ein Widerspruchsrecht, und die Maßnahme muss unter Einhaltung bestimmter Formalien angekündigt werden.

¹⁰⁶ Überzeugend zum Ganzen Blank, WuM 2008, S. 311/314 f.; Artz, WuM 2008, S. 259/261.

- Ähnlich problematisch, allerdings mit noch größerer Tragweite, stellt sich die Ausgangslage auch beim **baulichen Wärmeschutz** dar. Denn § 9 Abs. 1 EnEV verlangt von den Eigentümern von Bestandsgebäuden nicht die Durchführung ganz bestimmter Wärmedämmmaßnahmen, sondern die Einhaltung eines Zielwertes für den Primärenergiebedarf. Dieser lässt sich grundsätzlich auf verschiedene Weise erfüllen. Der Gebäudeeigentümer kann sich außerdem alternativ zur Einhaltung dieses Zielwertes beim Austausch von einzelnen Bauteilen auch dafür entscheiden, für diese einzelnen Bauteile einen bestimmten Wärmedämmstandard einzuhalten (vgl. § 9 Abs. 3 EnEV). Von daher ist durchaus fraglich, ob für sämtliche Varianten der Erfüllung von § 9 EnEV von vornherein eine gesetzliche Duldungspflicht aus § 242 BGB angenommen werden kann. Denn immerhin wäre es denkbar, dass eine der Varianten für die Mieter zu geringeren baulichen oder finanziellen Belastungen führt als die andere. Entscheidend ist, ob man es in diesem Zusammenhang ausreichen lässt, dass die jeweilige Maßnahme auf einer gesetzlichen Verpflichtung **beruht**, oder ob weitergehend verlangt wird, dass die Maßnahme mit dem gesetzlich Geforderten **deckungsgleich** ist. Eine rechtliche Klärung dieser Frage steht noch aus.
- Soweit auf Grundlage von Landesrecht (oder künftigem Bundesrecht) eine **Nutzungspflicht für erneuerbare Energien** im Gebäudebestand eingeführt werden sollte, die auf dem Regelungsmuster des EEWärmeG basiert, würde sich die gleiche Problematik auch im Hinblick auf diese Regelungen stellen. Das EEWärmeG überlässt den jeweiligen Gebäudeeigentümern die Wahl zwischen mehreren, in ihrer konkreten Gestalt zum Teil stark voneinander unterscheidenden Arten der Pflicht- und Ersatzpflichterfüllung. Man könnte insoweit von einem Wahlpflichtsystem sprechen. Je nachdem, welche der Varianten gewählt wird, würden sich völlig unterschiedliche Konsequenzen für die Mieter ergeben.

Im **Ergebnis** ist zu konstatieren, dass gravierende rechtliche Unsicherheiten bestehen, inwieweit der ungeschriebene, aus § 242 BGB abgeleitete Duldungstatbestand für gesetzliche Pflichtmaßnahmen auf durch die EnEV veranlasste Änderungen am Gebäude und an der Wärmetechnik anzuwenden ist, weil nicht geklärt ist, wie mit gesetzlichen

Verpflichtungen zu verfahren ist, bei denen den Gebäudeeigentümern mehrere Erfüllungsvarianten zur Verfügung stehen. Entsprechendes gilt für mögliche Landesgesetze mit Nutzungspflichtregelungen für erneuerbare Energien bei Bestandsgebäuden nach dem Muster des EEWärmeG.

Hinsichtlich der **Reichweite** der Duldungspflicht aus § 554 Abs. 1 BGB für Erhaltungsmaßnahmen ist zu bemerken, dass die Vorschrift einen strukturellen Anreiz in die Richtung setzt, sich bei Wärmedämmmaßnahmen und beim Austausch alter Geräte nur an dem Mindeststandard bzw. dem üblichen Standard zu orientieren und nicht am Erreichen eines energetisch besonders anspruchsvollen Niveaus. Denn falls ein weitergehendes Energieeffizienzniveau angestrebt wird, besteht nur eine Duldungspflicht nach § 554 Abs. 2 BGB. Das mag sachgerecht sein, wenn es um umfangreichere oder deutlich kostenintensivere Maßnahmen geht, die zu anderen oder größeren Belastungen für die Mieter führen. Es erscheint aber jedenfalls in solchen Fällen nicht einsichtig, in denen sich auf der Seite der Mieter im Vergleich zur Umsetzung lediglich der Mindestanforderungen keine Änderungen der physischen Belastungen (insb. keine längeren Bauzeiten) ergeben und die ggf. entstehenden investitionsbedingten Kostenbelastungen durch Betriebskosteneinsparungen kompensiert oder sogar überkompensiert werden.

3.2.2.2 Verbesserungsmaßnahmen mit relativer Duldungspflicht

Wird eine Maßnahme ergriffen, die weder als Umsetzung einer gesetzlichen Verpflichtung noch als bloße Erhaltungsmaßnahme im Sinne von § 554 Abs. 1 BGB anzusehen ist, so sind die Mieter nur zur Duldung verpflichtet, wenn die Voraussetzungen bzw. Anforderungen aus § 554 Abs. 2 und 3 BGB erfüllt sind.

Die von § 554 Abs. 2 BGB angesprochenen Maßnahmen werden häufig unter dem Begriff „Modernisierungsmaßnahmen“ zusammengefasst.¹⁰⁷ Das Gesetz selbst verwendet diesen Begriff nicht. Es spricht von „Maßnahmen zur Verbesserung der Mietsache, zur Einsparung von Energie oder Wasser oder zur Schaffung neuen Wohnraums“.

¹⁰⁷ Vgl. Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 58; Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 554 Rdnr. 2.

Für bauliche und technische Maßnahmen zur Erhöhung der Energieeffizienz kommt insbesondere die Tatbestandsalternative der „Einsparung von Energie“ in Betracht. Auf die darüber hinaus denkbare Anwendung der Tatbestandsalternative der „Verbesserung der Mietsache“ wird nachfolgend ebenfalls einzugehen sein.

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der **Einsparung von Energie** war lange Zeit die auch im vorliegenden Zusammenhang entscheidende Frage strittig, ob es allein auf die Endenergieeinsparung ankommt oder auch auf die Primärenergie abzustellen ist.

Für Maßnahmen der **Wärmedämmung** ergibt sich bei beiden Auslegungsvarianten kein Problem; sie sind in jedem Falle von der Klausel erfasst. Das gleiche gilt für den Austausch von alten Heiz- oder Warmwasseranlagen durch neue gleichartige Anlagen mit **verbesserter Energieeffizienz**. Anders liegt es jedoch bei Maßnahmen, bei denen es zu einem **Austausch des Energieträgers** kommen soll, z.B. bei einer Umstellung von einer Öl- auf eine Gas- oder Holzheizung, bei einem Wechsel von elektrischen Nachtspeicheröfen auf eine Zentralheizung oder generell bei einem Anschluss an eine KWK-basierte Fernwärmeversorgung. Stellt man allein auf den **Endenergieverbrauch** ab, so können Maßnahmen der Energieträgerumstellung als solche nicht als Maßnahmen „zur Einsparung von Energie“ betrachtet werden. Einige Gerichte und Literaturäußerungen vertraten eine entsprechende Interpretation des § 554 Abs. 2 BGB unter Berufung auf den Wortlaut der Vorschrift und die systematischen Erwägung, dass es auf den Nutzen der Maßnahme aus Mietersicht ankommen müsse.¹⁰⁸

Der BGH ist dieser Ansicht in einer kürzlich ergangenen Grundsatzentscheidung, in dem über den Fall einer Energieträgerumstellung auf Fernwärme zu entscheiden war, ausdrücklich entgegengetreten. Unter eingehender Würdigung der Entstehungsgeschichte und des daraus abzuleitenden Zweckes der Vorschrift kommt er zu dem Ergebnis, dass es dem Gesetzgeber gerade nicht ausschließlich auf den Nutzen für die Mieterseite

¹⁰⁸ So LG Berlin, GE 1988, 731; LG Hamburg, WuM 2002, 375; eingehend Eisenschmid, WuM 2006, S. 119 ff.; Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 152; Meyer-Harport, NZM 2006, 524 ff. A.A. aber schon vor der Entscheidung des BGH die üM: LG Berlin, GE 2005, 1193; GE 2007, 849; LG Hamburg, NZM 2006, 536; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 554 Rdnr. 48; Staudinger (Emmerich), BGB, § 554 Rdnr. 19; Münchener Kommentar (Bieber), § 554 Rdnr. 18; Wilcken, NZM 2006, S. 521 ff.

ankam, sondern auf das objektive Interesse an einem sparsamen Umgang mit den fossilen Energieressourcen aus volkswirtschaftlichen und ökologischen Gründen, der seinerseits seinen Ausdruck in einem verringerten **Primärenergieverbrauch** findet.¹⁰⁹

Der Gerichtshof merkt allerdings klarstellend an, dass sich seine Entscheidung allein auf die Fernwärme beziehe und damit keine Festlegung für andere Maßnahmen der Einsparung von Primärenergie getroffen sei.¹¹⁰ Von daher kann auch im Nachgang zu der genannten BGH-Entscheidung nicht davon ausgegangen werden, dass die Einordnung sämtlicher Arten von Maßnahmen der Energieträgerumstellung *rechtssicher* geklärt ist, wenngleich die ausführlichen Begründungserwägungen des Gerichtshofs jedenfalls für die meisten relevanten Konstellationen eher für eine Anerkennung als Maßnahmen zur Einsparung von Energie sprechen.

Die entscheidende Frage ist dabei, ob auf die Einsparung von Primärenergie als solche oder speziell auf die Einsparung von *fossiler* Primärenergie abzustellen ist.¹¹¹ Der BGH hebt an einer Stelle seiner Begründungserwägungen ausdrücklich auf die Einsparung fossiler Energie ab. Wörtlich heißt es in dem betreffenden Satz:¹¹²

„Damit ist die Einsparung von Primärenergie durch einen möglichst geringen Verbrauch fossiler Brennstoffe weiterhin gesetzgeberisches Ziel.“

Für die verschiedenen **Fallgestaltungen** der **Energieträgerumstellung** lassen sich auf dieser Grundlage im Einzelnen folgende Aussagen treffen:

- Die Installation von *Solaranlagen* zur Erwärmung von Warmwasser und zur Heizungsunterstützung kann als positiv erfasst angenommen werden, da ihre Nutzung zur Einsparung von fossiler Primärenergie führt.¹¹³ Hinzu kommt, dass die Nutzung

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 24. September 2008 - VIII ZR 275/07 (= WuM 2008, 667 f.), Rdnr. 22 ff. (insb. Rdnrn. 23, 24 und 27). Eingehend dazu Ringel, WuM 2009, 71 ff.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 24. September 2008 - VIII ZR 275/07, Rdnr. 22 (am Ende).

¹¹¹ Mit beachtlichen Argumenten für das Abstellen auf fossile Energie Ringel, WuM 2009, 71/72 ff.

¹¹² BGH, Urteil vom 24. September 2008 - VIII ZR 275/07, Rdnr. 27.

¹¹³ Insoweit kommt es nicht auf die physikalische Energiebilanz an, auf die Eisenschmid (eingehend in: WuM 2006, S. 119/120) abstellen will, sondern auf den Verbrauch von energetischen Ressourcen. Der Auffassung Eisenschmids ist durch das BGH-Urteil vom 24.09.2008 der argumentative Boden entzogen.

von Solarenergie auf der Mieterseite zu Senkungen bei den Energiebezugskosten für Brennstoffe führt, so dass ohnehin von einer „Verbesserung der Mietsache“ auszugehen ist.

- Die Umstellung von *elektrischen Heizungen* auf andere Heizsysteme kann wegen des (in diesem Falle sogar besonders großen) Potenzials an Primärenergieeinsparungen als durch die Bestimmung abgedeckt angesehen werden, obgleich es nicht zu einer Endenergieeinsparung kommt.
- Ähnliches dürfte auch für im Gebäude betriebene KWK-Anlagen (sog. Mini-KWK-Anlagen) gelten, da es auch hier zu einer Primärenergieeinsparung kommen kann.
- Das trifft jedoch nicht für die aus Gründen des Klimaschutzes ebenfalls sinnvollen Umstellungen von *Öl- auf Gasheizungsanlagen* zu. In diesen Fällen liegt eine nennenswerte Einsparung weder von Primär- noch von Endenergie vor, so dass eine Duldungspflicht nicht angenommen werden kann.¹¹⁴
- Nicht eindeutig zu beantworten ist auf Basis der Rechtsprechung des BGH die Frage, wie die Umstellung von *Öl- oder Gasheizungen auf Holzheizsysteme* einzustufen ist. Dabei kommt es zwar zu einer Einsparung des Verbrauchs von *fossilen* Primärenergieträgern (zu denen Holz nicht zählt), aber nicht zu absoluten Einsparungen an Primärenergie. Die Formulierung des BGH, der Gesetzgeber ziele nach wie vor auf „einen möglichst geringen Verbrauch fossiler Brennstoffe“¹¹⁵, spricht eher für die Anerkennung als Maßnahme zur Einsparung von Energie. Eindeutig ist das aber nicht, zumal in dem Urteil im Übrigen allein auf den Primärenergieverbrauch als solchen abgestellt wird.

¹¹⁴ Nebenbei sei angemerkt, dass in der Rechtsliteratur gelegentlich ausgeführt wird, für Windkraftwerke und Fotovoltaikanlagen bestehe nach § 554 Abs. 2 BGB keine Duldungspflicht (so insb. Eisenschmid, WuM 2006, S. 119 ff.). Diese Aussagen sind praktisch ohne Bedeutung, da solche Anlagen allein der Stromerzeugung dienen und nicht ersichtlich ist, wie sie zu Energieeinsparungen in Wohngebäuden führen sollten. Allenfalls für Fotovoltaikanlagen wäre das theoretisch denkbar, wenn sie auf dem Dach eines Hauses installiert würden und der Erzeugung von Strom für die Nutzung in dem Gebäude dienen sollten. Das kommt aber praktisch nicht vor.

¹¹⁵ BGH, Urteil vom 24. September 2008 - VIII ZR 275/07, Rdnr. 27.

Bei alledem darf schließlich nicht übersehen werden, dass große Teile der Rechtsprechung und der Rechtsliteratur einer Anwendung der Tatbestandsalternative der Energieeinsparung auf Maßnahmen der Energieträgerumstellung bislang außerordentlich skeptisch bis ablehnend gegenüberstanden. Von daher muss abgewartet werden, wie die Entscheidung des BGH vom September 2008 in der Praxis aufgenommen wird.

Als „**Verbesserung der Mietsache**“ im Sinne von § 554 Abs. 2 BGB werden Maßnahmen begriffen, die den objektiven Gebrauchs- und Substanzwert der Räume oder Gebäudeteile im Rahmen ihres Zweckes erhöhen und eine bessere Benutzung ermöglichen.¹¹⁶

Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Begriff der Verbesserung **objektiv** zu bestimmen.¹¹⁷ Es kommt nicht darauf an, ob die Maßnahme von den konkreten Mietern individuell als Verbesserung gewertet wird. Entscheidend ist, „ob allgemein in den für das Mietobjekt in Betracht kommenden Mieterkreisen der Maßnahme eine Wohnwertverbesserung zugemessen wird, so dass der Vermieter damit rechnen kann, dass die Wohnung nach Durchführung der Maßnahme von künftigen Mietinteressenten - bei im Übrigen gleichen Konditionen - eher angemietet würde als eine vergleichbare Wohnung, bei der diese Maßnahme nicht durchgeführt worden ist“.¹¹⁸

Derartige Verbesserungen können grundsätzlich auch durch energiebezogene Maßnahmen herbeigeführt werden. Insbesondere gilt das für Maßnahmen der besseren Wärmedämmung, aber auch für den Einbau von Anlagen, die zur merklichen Senkung von Energiebezugskosten führen (wie z.B. für Solaranlagen oder besonders energiesparenden Heizungen) und dadurch den Marktwert der Wohnobjekte steigern. Praktisch besteht deshalb ein weitreichender Überlappungsbereich mit der weiteren Tatbestandsalternative der „Maßnahmen zur Einsparung von Energie“, jedenfalls soweit es um Maßnahmen geht, die zu einer Endenergieeinsparung führen. In der Diskussion um Energie-

¹¹⁶ Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Mietrecht, § 554 Rdnr. 9, Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 62 m.w.N.

¹¹⁷ Grundlegend BGH, Urteil vom 20. 7. 2005 - VIII ZR 253/04, NJW 2005, 2995; daran anknüpfend BGH, Urteil vom 13. 2. 2008 - VIII ZR 105/07, NZM 2008, 283.

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 20. 7. 2005 - VIII ZR 253/04, NJW 2005, 2995/2995 f.

effizienz und Mietrecht spielt dieser Aspekt allerdings keine große Rolle, weil in der Regel ohnehin die Alternative der Energieeinsparung greift.

Die oben als von dieser Tatbestandsalternative nicht (sicher) positiv erfasst herausgearbeiteten Fälle der Energieträgerumstellung auf Holz sowie des Wechsels von einer Ölheizung auf eine weniger klimaschädliche gasbetriebene Zentralheizung dürften jedoch auch nicht als „Verbesserung der Mietsache“ erachtet werden können, da nicht ersichtlich ist, dass die Umstellung den Gebrauchs- oder Substanzwert der Mietsache erhöht.

Im **Ergebnis** ist für diesen Abschnitt daher festzuhalten: Ein wesentlicher Teil der Rechtsliteratur und ein Teil der Rechtsprechung hat in den vergangenen Jahren praktisch jede Art der Energieträgerumstellung als *nicht* duldungspflichtig eingestuft, weil es im Hinblick auf § 554 Abs. 2 BGB nicht auf die Primär- sondern nur auf die Endenergieeinsparung ankomme. Der BGH ist dieser Auffassung in seiner im September 2008 ergangenen Entscheidung zur Umstellung auf Fernwärme entgegengetreten, so dass mit einiger Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass ein wesentliches Anwendungshemmnis des § 554 Abs. 2 BGB beseitigt ist. Gleichwohl ist auch auf dieser Grundlage nicht für sämtliche klimapolitisch wünschenswerten Arten der Energieträgerumstellung rechtssicher geklärt, dass seitens der Mieter eine Duldungspflicht nach § 554 Abs. 2 BGB besteht.

3.2.3 Voraussetzungen der Duldungspflicht

Ist eine Maßnahme der Duldungspflicht aus **§ 554 Abs. 1 BGB** oder als gesetzliche Pflichtmaßnahme einer Duldungspflicht nach **Treu und Glauben** zuzuordnen, so stellt sie das Gesetz nicht unter weitergehende Voraussetzungen. Es sind lediglich die allgemeinen rechtlichen Grundsätze zu beachten, nach denen die Maßnahmen den Mietern z.B. innerhalb eines sachlich angemessenen Zeitraumes angekündigt werden müssen und unzumutbare Beeinträchtigungen der Mieter zu unterlassen sind.¹¹⁹

¹¹⁹ Vgl. zum Ganzen Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 35 ff. m.w.N.

Anders liegt es bei der Duldungspflicht nach **§ 554 Abs. 2 BGB**. Die Duldungspflicht besteht nach § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB von vornherein nicht, wenn die Maßnahme für den Mieter, seine Familie oder einen anderen Angehörigen seines Haushalts „eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters und anderer Mieter in dem Gebäude nicht zu rechtfertigen ist“. Außerdem verlangt § 554 Abs. 3 BGB die Einhaltung eines bestimmten Prozederes.

3.2.3.1 Abwägung mit Mieterinteressen bei § 554 Abs. 2 BGB

Nach § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB hat eine **Abwägung**¹²⁰ zwischen einerseits den individuellen¹²¹ Belangen des Mieters und seinen Angehörigen andererseits dem berechtigten Änderungsinteresse des Vermieters (und ggf. der anderen Mieter¹²²) stattzufinden, die im Ernstfall dazu führen kann, dass sich das Verschonungsinteresse einer einzelnen Person gegenüber dem Änderungsinteresse des Vermieters durchsetzen und so zum Beispiel eine anspruchsvolle energetische Sanierung verhindern kann.¹²³ Dabei geht die herrschende Meinung davon aus, dass **öffentliche Interessen** – wie z.B. dasjenige am Klimaschutz – bei der Abwägung nicht berücksichtigt werden dürfen, es also allein auf die Abwägung zwischen dem Verschonungsinteresse des Mieters und dem Änderungsinteresse des Vermieters ankomme.¹²⁴

Satz 3 der Bestimmung erläutert Satz 2 legaliter, indem er beispielhaft („insbesondere“) aufzählt, welche Gesichtspunkte bei der Abwägung auf der Mieterseite von Bedeutung sein können. Insbesondere sind danach zu berücksichtigen: „die vorzunehmenden Arbeiten, die baulichen Folgen, vorausgegangene Aufwendungen des Mieters und die zu erwartende Mieterhöhung“. Der Katalog ist, da er nur Beispiele vorgibt, nicht als ab-

¹²⁰ Vgl. Blank/Börstinghaus (Blank), *Miete*, § 554 Rdnr. 29 m.w.N.; Schmidt-Futterer (Eisenschmid), *Mietrecht*, § 554 Rdnr. 187 m.w.N.

¹²¹ Vgl. Schmidt-Futterer (Eisenschmid), *Mietrecht*, § 554 Rdnrn. 186, 189 ff.; Blank/Börstinghaus, *Miete* (Blank), § 554 Rdnr. 29.

¹²² Schmidt-Futterer (Eisenschmid), *Mietrecht*, § 554 Rdnrn. 245 ff. m.w.N.

¹²³ Instruktiv Warnecke, *DWW* 2007, S. 282/283.

¹²⁴ Vgl. Blank/Börstinghaus (Blank), *Miete*, § 554 Rdnr. 29 m.w.N.; Schmidt-Futterer (Eisenschmid), *Mietrecht*, § 554 Rdnr. 187 m.w.N.

schließend zu verstehen.¹²⁵ Ausgeschlossen ist die Geltendmachung einer Härte umgekehrt schließlich nach **Satz 4** der Vorschrift, wenn die Mietsache (die Wohnung oder das Gebäude mit seinen technischen Einrichtungen)¹²⁶ lediglich in einen Zustand versetzt wird, der allgemein üblich ist.

In der Rechtsliteratur wird die praktische Reichweite der denkbaren Härtegründe namentlich von *Warnecke* kritisch beleuchtet¹²⁷, weil es auf dieser Grundlage möglich sei, einer im öffentlichen Interesse an sich wünschenswerten energetischen Sanierung mit Erfolg individuelle Verschonungsinteressen entgegenzusetzen, die sich auf Gesichtspunkte wie der Gesundheitszustand des Mieters¹²⁸, sein Alter¹²⁹, die Dauer des laufenden Mietvertrags¹³⁰, bevorstehende Abschlussprüfungen¹³¹, die Art der Sanierungsarbeiten¹³² sowie die baulichen Folgen wie etwa eine Verringerung der Belichtung der Wohnung durch eine Verkleinerung der Glasflächen durch Einbau von Fenstern und Sprossen¹³³, wobei es hierbei auch auf die Beeinträchtigung von Familienangehörigen ankommen könne¹³⁴.

In die gleiche Richtung gehen die kritischen Anmerkungen des *IVD*, der Beispiele anführt, bei denen sich Mieter erfolgreich gegen den Einbau von Verbundfenstern an Stelle von Kastendoppelfenstern wegen Komfortverlusts¹³⁵ oder von Fenstern mit Isolierverglasung wegen verminderten Lichteinfalls¹³⁶ zur Wehr setzten.

¹²⁵ Vgl. Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 189. Siehe dazu die vielzähligen Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung bei Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnrn. 189 bis 237.

¹²⁶ Vgl. Sternel, ZMR 2001, 937/941; Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 554 Rdnr. 15 m.w.N.

¹²⁷ So insb. von Warnecke, DWW 2007, S. 282/283, der in seiner Veröffentlichung die nachfolgenden Beispiele aufführt.

¹²⁸ Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 189 m.w.N.

¹²⁹ LG Berlin, GE 1983, 1067/1067.

¹³⁰ Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 189.

¹³¹ Münchener Kommentar zum BGB (Schilling), § 554 Rdnr. 30.

¹³² Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 200.

¹³³ AG Hamburg, WuM 1999, 160.

¹³⁴ Vgl. Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 192.

¹³⁵ AG Rostock, GE 1996, S. 1251 (wegen schlechterer Handhabbarkeit des Fensters).

¹³⁶ LG Berlin, MieterMagazin 2004, S. 124; AG Hamburg, WuM 1999, S. 160.

Die aufgeführten Beispiele können nicht als repräsentative Auswahl für die Linie der Rechtsprechung angesehen werden. Sie sind Einzelbeispiele aus der außerordentlich breiten Rechtsprechung zu § 554 BGB bzw. seiner Vorgängervorschrift, in denen es *nicht* um besonders anspruchsvolle Maßnahmen der energetischen Verbesserung ging.¹³⁷ Es ist nicht ersichtlich, dass die Rechtsprechung den Verbesserungseffekt der Energieeinsparung im Speziellen durch modernere Fenster im Regelfall als nachrangig oder relativ unbedeutend einstufen würde.¹³⁸ Gleichwohl machen die angeführten Einzelbeispiele schlaglichtartig deutlich, dass es auf Grundlage des § 554 Abs. 2 BGB in Einzelfallkonstellationen mitunter möglich sein, selbst hochrangig im öffentlichen Interesse stehende energetische Maßnahmen gegenüber den Interessen einzelner Mieter zurückstehen zu lassen.

Bedeutsamer als die Rechtstatsache, dass die Rechtsprechung eine sehr große Variationsbreite von Härtegründen grundsätzlich für berücksichtigungsfähig hält, ist im Hinblick auf die vorliegende Untersuchung der Umstand, dass innerhalb der Abwägung dem **öffentlichen Interesse** an der Energieeffizienz keine Bedeutung zukommen, sondern neben den Mieterinteressen allein auf das Eigeninteresse des Vermieters abzustellen sein soll.¹³⁹ Erst durch diese Beschränkung der Abwägung kann eine im Ergebnis problematische Schiefelage entstehen, weil das Vermieterinteresse daher im Falle energetischer Maßnahmen nicht höher bewertet werden kann als bei schlicht wirtschaftlich begründeten Modernisierungsmaßnahmen.

Daran wird deutlich, dass es **nicht sachgerecht** ist, energetische Verbesserungsmaßnahmen mit Maßnahmen der Modernisierung aus wirtschaftlichen Eigeninteressen des Vermieters ohne weiteres **gleichzustellen**. Sinnvoll und geboten ist vielmehr eine systematische Vorrangstellung der energetischen Verbesserungen gegenüber wirtschaftlichen Modernisierungsabsichten.

¹³⁷ Vgl. die einzelnen Fundstellen der voranstehenden Fußnoten.

¹³⁸ Vgl. die zahlreichen Einzelbeispiele bei Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 156 ff.

¹³⁹ Vgl. Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 554 Rdnr. 29 m.w.N.; Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 187 m.w.N.

3.2.3.2 Verfahrensanforderungen bei § 554 Abs. 2 BGB

Die Duldungspflicht des § 554 Abs. 2 BGB kann nur wirksam werden, wenn sie unter Beachtung der Anforderungen aus § 554 Abs. 3 BGB rechtzeitig angekündigt wird. Nach Satz 1 dieser Vorschrift hat der Vermieter dem Mieter „spätestens drei Monate vor Beginn der Maßnahme deren Art sowie voraussichtlichen Umfang und Beginn, voraussichtliche Dauer und die zu erwartende Mieterhöhung in Textform mitzuteilen“. Hat der Vermieter diese formellen Anforderungen nicht eingehalten, so entfällt die Duldungspflicht.¹⁴⁰

Im Rahmen der Ankündigung ist der Vermieter verpflichtet, die Mieter über sämtliche Aspekte zu informieren, die für die Geltendmachung von Härtegründen im Sinne von Absatz 2 Satz 2 und 3 der Bestimmung erforderlich sind.¹⁴¹ Diese Herangehensweise leuchtet unmittelbar ein, weil die Härteklausel anderenfalls ihren Sinn nicht entfalten könnte.

Für die Vermieterseite können die inhaltlichen Erklärungsanforderungen im Einzelfall eine **komplexe Herausforderung** darstellen, vor allem weil die zu erwartende Mieterhöhung relativ exakt vorzukalkulieren ist. Das gilt jedenfalls, sofern der Weg einer Mieterhöhung nach § 559 BGB eingeschlagen werden soll (sog. Modernisierungsumlage), weil dann die jeweiligen Erhaltungs- und Modernisierungsanteile voneinander quantitativ zu trennen sind (siehe Kap. 3.3.2.4).¹⁴² Aus der Praxis wird dazu immer wieder vorgetragen, durchschnittliche Vermieter seien zur rechtssicheren Abfassung korrekter Duldungs- und Modernisierungsankündigungen ohne Rechtsbeistand meist nicht in der Lage.¹⁴³

¹⁴⁰ Vgl. aus der Rechtsprechung KG, ZMR 1988, 459; OLG München, WuM 1991, 481; LG Hannover WuM 1981; zum Ganzen Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 293; Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 554 Rdnr. 51.

¹⁴¹ Vgl. Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 249 m.w.N.

¹⁴² Instruktiv Warnecke, DWW 2007, S. 282/284 m.w.N.

¹⁴³ Siehe z.B. das Papier des IVD: Ziele und Eckpunkte eines Gesetzentwurfs für die Beseitigung mietrechtlicher Hemmnisse beim Klimaschutz, 2008, S. 3; ähnlich Warnecke, DWW 2007, S. 282/284.

Speziell bei energetischen Maßnahmen erstreckt sich die Erklärungspflicht auch auf den angestrebten **Energieeinspareffekt**. Der BGH geht für die korrespondierende Vorschrift¹⁴⁴ des § 559b BGB zur Modernisierungsmieterhöhung davon aus, dass der Vermieter in einem derartigen Fall neben einer schlagwortartigen Bezeichnung der Maßnahme und einer Zuordnung zu den Positionen der Berechnung diejenigen Tatsachen darlegen muss, anhand derer überschlüssig beurteilt werden kann, ob die bauliche Anlage eine nachhaltige Einsparung von Energie bewirkt; dazu zählt er nicht nur die Angabe der wärmetechnischen Parameter für den künftigen, sondern auch für den bisherigen Zustand (im entschiedenen Fall der betreffenden Wärmedurchgangskoeffizienten).¹⁴⁵ Diese Rechtsprechung führt jedenfalls dann zu sachlich unsinnigen Zusatzaufwendungen, wenn mit fachlichem Sachverstand relativ einfach erkannt werden kann, welche ungefähre wärmetechnische Beschaffenheit die bestehenden Vorrichtungen haben, deren genaue Ermittlung aber kostenaufwendige gesonderte Messungen voraussetzen würde.¹⁴⁶ Dieses Problem relativiert sich jedoch dadurch, dass fachgerechte energetische Verbesserungsmaßnahmen ohnehin meist die Hinzuziehung energie- bzw. wärmetechnischen Sachverständs erfordern.

Diese Rechtsprechung zu § 559b BGB dürfte ohne weiteres auch auf § 554 Abs. 3 BGB zu übertragen sein, sofern es auch dabei auf den Nachweis des Energieeinspareffekts ankommt.

Die im Gesetz angelegte **Abhängigkeit der mieterseitigen Duldungspflicht** von der sauberen Einhaltung der formalen Anforderungen führt dazu, dass die Mieter eine an sich berechtigte energetische Verbesserungsmaßnahme über lange Zeiträume **blockieren** können, wenn sie beispielsweise geltend machen, dass die Ankündigungserklärung fehlerhaft oder nicht hinreichend transparent sei. Besonders problematisch ist dabei, dass die Mieter nicht dazu verpflichtet sind, ihre Bedenken in angemessener zeitlicher Nähe zum Erhalt der Ankündigung bzw. in angemessenem Abstand zum Beginn der

¹⁴⁴ So ausdrücklich BGH, Urteil vom 24. September 2008 - VIII ZR 275/07, Rdnr. 14.

¹⁴⁵ BGH, Urteil vom 25. Januar 2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, 1126/1126 (zum Einbau von wärmetechnisch anspruchsvolleren Fenstern).

¹⁴⁶ Überzeugend Warnecke, DWW 2007, S. 282/284.

Baumaßnahmen vorzubringen – mit der Folge, dass möglicherweise Hindernisse wie Zutrittsverweigerungen auftreten, bereits erteilte Bauaufträge zurückgenommen werden müssen oder Schadensersatzansprüche Dritter begründet werden. Aus diesem Grund wird von Seiten eines Interessenverbands der Wohnungswirtschaft konkret vorgeschlagen, eine Frist für die Geltendmachung von Bedenken seitens der Mieter einzuführen.¹⁴⁷

Diese Problematik lässt es erneut zweifelhaft erscheinen, Fälle der energetischen Verbesserung mit solchen der (wirtschaftlich begründeten) Modernisierung hinsichtlich der Duldungspflicht gleich zu behandeln.

3.3 Mieterhöhungen auf Grund energetischer Investitionen

3.3.1 Das Regelungsgerüst der Bestimmungen zur Miethöhe

Die Vorschriften des BGB über die Miethöhe, häufig als „soziales Mietrecht“ bezeichnet, zielen auf einen Ausgleich zwischen dem Interesse des Vermieters, eine möglichst hohe Miete erzielen zu können und dem Interesse des Mieters, möglichst von Mieterhöhungen verschont zu werden.¹⁴⁸

Die gesetzlichen Regelungen über die Erhöhung der Miete erstrecken sich dabei von vornherein nur auf Bestimmungen über **bestehende Mietverhältnisse**. Bei dem Neuabschluss von Mietverträgen soll es Sache der Vertragspartner – und damit der Marktkräfte – sein, sich über die Miethöhe zu einigen.¹⁴⁹ Allerdings sieht das Gesetz auch hierfür von vornherein eine Bindung an bestimmte Vertragstypen vor. Das Gesetz unterscheidet drei Grundvarianten:

¹⁴⁷ Immobilienverband Deutschland (IVD) – unter fachlicher Mitwirkung von Bethge und Partner Immobilienanwälte: Ziele und Eckpunkte eines Gesetzentwurfs für die Beseitigung mietrechtlicher Hemmnisse beim Klimaschutz, 2008, S. 3.

¹⁴⁸ Einen historischen und konzeptionellen Überblick geben Blank/Börstinghaus (Börstinghaus), *Miete*, Vor §§ 557-561, Rdnr. 1 ff. m.w.N.

¹⁴⁹ Vgl. nur Blank/Börstinghaus (Börstinghaus), *Miete*, Vor §§ 557-561, Rdnr. 6 f.; eine Begrenzung ergibt sich insofern nur aus § 5 WiStG i.V.m. dem Wucherverbot aus § 134 BGB.

- Mietverträge mit vorab festgelegten Erhöhungsraten (= **Staffelmietverträgen**) gemäß § 557 a BGB,
- Mietverträge mit an die allgemeine Teuerungsrate gekoppelten Miethöhen (= **Indexmietverträgen**) gemäß § 557 b BGB,
- sonstige Mietverträge, also solche ohne Vorab-Festlegung späterer Mietsteigerungen („normale“ **Mietverträge**).

3.3.1.1 Mieterhöhung nach § 558 BGB

In dem zuletzt genannten – mit Abstand häufigsten – Falle richtet sich die Möglichkeit der späteren Mieterhöhung nach dem in § 558 BGB angelegten Konzept der **ortsüblichen Vergleichsmiete**, für die das Gesetz in den Bestimmungen der §§ 558a bis 558e ergänzende Regelungen aufstellt. Insbesondere wird den Interessenverbänden der Mieter- und Vermieterseite und/oder den Gemeinden die Möglichkeit verliehen, die ortsübliche Vergleichsmiete in einem Mietspiegel auszuweisen (§§ 558c und 558d BGB).

Im Zentrum des **§ 558 BGB** steht der Grundsatz, dass die Miete auf die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete angehoben werden darf (Absatz 1), soweit die Kappungsgrenze von 20 % Mieterhöhung binnen drei Jahren nicht überschritten wird (Absatz 3). Dabei muss zwischen einzelnen Mieterhöhungen jeweils ein Zeitraum von mindestens 15 Monaten liegen (Absatz 1 Satz 1). Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder in einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum „vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder [...] geändert worden sind“ (Absatz 2 Satz 1).

Als Hilfsmittel zur Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete gibt das Gesetz die Möglichkeit zur Aufstellung eines **Mietspiegels**, wobei es zwischen einfachen und qualifizierten Mietspiegeln differenziert:

- Der einfache Mietspiegel nach § 558c BGB ist eine Übersicht über die ortsüblichen Vergleichsmieten, die von der Gemeinde oder von den Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter gemeinsam erstellt und anerkannt worden ist (Absatz 1).

- Unter einem qualifizierten Mietspiegel nach § 558d BGB ist ein nach anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen erstellter und von der Gemeinde oder von den Interessenvertretern der Vermieter und der Mieter anerkannter Mietspiegel zu verstehen (Absatz 1). Wenn die in Absatz 2 bestimmten Anforderungen eingehalten werden, wird gemäß Absatz 3 der Vorschrift (gesetzlich) vermutet, dass die in dem Mietspiegel bezeichneten Entgelte die ortsübliche Vergleichsmiete wiedergeben.

Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung den näheren Inhalt und das Verfahren zur Aufstellung von Mietspiegeln erlassen.

Die Erhöhung der Miete am Maßstab der ortsüblichen Vergleichsmiete erfolgt in einem bestimmten Procedere. Zur Begründung kann sich der Vermieter unter anderem auf den Mietspiegel beziehen, alternativ aber auch eine Mietdatenbank, ein Sachverständigen-gutachten oder auf Vergleichsfälle (vgl. § 558a Abs. 1 BGB). Die Mieterhöhung nach § 558 bedarf der Zustimmung des Mieters; wird diese nicht erteilt, so ist es dem Vermieter möglich, auf Zustimmung zu klagen (vgl. § 558b BGB). Die Zustimmungsbedürftigkeit führt dabei nicht zu einem Veto-Recht des Mieters. Wenn die Erhöhung nach Maßgabe von § 558 der Sache nach berechtigt ist und dem Vermieter keine formalen Fehler unterlaufen sind, wird das Gericht die begehrte Mieterhöhung bestätigen.

Eine gewisse Erhöhungsdynamik erhält die ortsübliche Vergleichsmiete dadurch, dass diese einerseits bei Neuvermietungen nicht beachtet werden muss, die Miethöhe der neu vermieteten Wohnungen jedoch bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete berücksichtigt wird. Durch Mieterhöhungen nach § 559 BGB wird diese Tendenz verstärkt.

3.3.1.2 Mieterhöhung nach § 559 BGB

Die Bestimmungen zur ortsüblichen Vergleichsmiete werden ergänzt durch die in § 559 BGB geregelte besondere Möglichkeit der Mieterhöhung im Falle der Modernisierung (Modernisierungsmieterhöhung), die ihrerseits durch bestimmte Regelungen zur Berechnung und zur formalen Abwicklung ergänzt wird (§§ 559a und 559b BGB).

Die Modernisierungsmieterhöhung tritt, soweit die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind, bei „normalen“ Mietverträgen nach Art einer **Wahlalternative** zur Möglichkeit der Erhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete hinzu. Die Modernisierungsmieterhöhung findet daher grundsätzlich keine Anwendung auf Vertragsgestaltungen der Staffel- und Indexmiete.¹⁵⁰

Aus der Perspektive der vorliegenden Untersuchung richten sich die meisten Fragestellungen auf die Modernisierungsmieterhöhung, da diese unter anderem bei Maßnahmen zur nachhaltigen Energieeinsparung und bei gesetzlichen Pflichtmaßnahmen zur Anwendung gebracht werden kann. Mit in den Blick zu nehmen sind dabei auch die Begrenztheit des Anwendungsbereichs, das Verhältnis zur ortsüblichen Vergleichsmiete und das Wechselverhältnis zu § 554 BGB.

Hinsichtlich der Fortwirkung in die Zukunft hinein ist der für die Bewertung des wirtschaftlichen Anreizes von § 559 BGB außerordentlich wichtige Umstand zu betonen, dass der durch § 559 BGB begründete Erhöhungsbetrag **nicht dauerhaft von der ortsüblichen Vergleichsmiete** getrennt bleibt. Vielmehr liegt es anerkanntermaßen so, dass der Erhöhungsbetrag nur im ersten Schritt unabhängig von der ortsüblichen Vergleichsmiete erhoben wird. Nachfolgend bleibt die Modernisierungsmieterhöhung für drei Jahre bei der Ermittlung der Kappungsgrenze gemäß § 558 Abs. 3 BGB unberücksichtigt, so dass für einen Zeitraum von drei Jahren die Modernisierungsmieterhöhung einerseits und Erhöhungen nach § 558 BGB andererseits nebeneinander geltend gemacht werden können.¹⁵¹ Danach wird der Betrag der Modernisierungsmieterhöhung zum Bestandteil der neuen einheitlichen (Grund-) Miete, für die uneingeschränkt die Bindung an die ortsübliche Vergleichsmiete gilt.¹⁵² In der Folgezeit sind dann weitere

¹⁵⁰ Einzige Ausnahme ist gemäß § 557b Abs. 2 Satz 2 BGB bei der Indexmiete die Anwendung bei Maßnahmen, die auf Grund von Umständen durchgeführt werden, die der Vermieter nicht zu vertreten hat.

¹⁵¹ Vgl. Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 558 BGB, Rdnr. 174 m.w.N.; OLG Hamm, Rechtsentsch. v. 30.10.1982, NJW 1983, 289; Rechtsentsch. v. 30.12.1992 NJW-RR 1993, 399.

¹⁵² BGH, Urteil vom 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848, 849; Vgl. auch Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, Vor § 558 BGB, Rdnr. 5 m.w.N.

Erhöhungen nur gestattet, soweit sich innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete Spielräume dafür ergeben.

Im Mittelpunkt einer Reihe von Veröffentlichungen über energetische Modernisierungen steht die Problematisierung des sog. **Investor-Nutzer-Dilemmas**, verbunden mit der Frage danach, ob sich dem Vermieter in Anwendung der Möglichkeiten zur Modernisierungsmieterhöhung ein ausreichender Anreiz für energetische Verbesserungsmieterhöhungen bietet (siehe dazu allgemein bereits oben, Kap. 2.4). Dies wird in einer Reihe von Ausarbeitungen – auch aus dem politischen und wirtschaftlichen Raum – verneint oder stark relativiert.¹⁵³ In anderen Veröffentlichungen wird der Schwerpunkt auf **Interpretations- und Anwendungsprobleme** der §§ 559 bis 559b BGB gelegt.¹⁵⁴

Nachfolgend werden die Auslegungs- und Anwendungsprobleme der Bestimmungen zur Modernisierungsmieterhöhung aus darstellungslogischen Gründen an den Anfang der Betrachtung gestellt (siehe Kap. 3.3.2). Anschließend wird die Thematik des Investor-Nutzer-Dilemmas erörtert; in diesem Zusammenhang wird auch das Verhältnis zur üblichen Form der Mieterhöhung nach § 558 BGB angesprochen (siehe Kap. 3.3.3).

3.3.2 Modernisierungsmieterhöhung - § 559 BGB

Gemäß § 559 BGB ist der Vermieter berechtigt, 11 % der gesamten Investitionskosten für eine bauliche Maßnahme auf die Jahresmiete umzulegen, wenn die jeweilige Maßnahme tatbestandlich von Absatz 1 der Vorschrift umfasst ist. Dazu zählt die Bestimmung unter anderem auch Maßnahmen, die „nachhaltig die Einsparung von Energie

¹⁵³ Differenzierend Enseling/Hinz (IWU), Wirtschaftlichkeit energetischer Sanierungen im Bestand (2008), S. 31 ff.; vgl. auch Schepers, BTR 2007, S. 158; Vogler, Refinanzierung von Investitionen in Energiesparmaßnahmen (2008). Ohne Durchdringung der Rechtslage zu § 559 BGB kritisch SRU, BT-Drs. 16/9990, Rz. 140.

¹⁵⁴ Vgl. IVD / Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008) S. 4; Warnecke, DWW 2007, S. 282/284; Haus & Grund Stellungnahme „Notwendige Novellierungen des Mietrechts zur Ermöglichung energetischer Sanierungen“ (2007); BSI, Immobilienwirtschaft Forderungen zur Bundestagswahl 2009.

bewirken“ und solche, die der Vermieter „auf Grund von Umständen durchgeführt hat, die er nicht zu vertreten hat“.

Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„BGB § 559 Mieterhöhung bei Modernisierung

(1) Hat der Vermieter bauliche Maßnahmen durchgeführt, die den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder nachhaltig Einsparungen von Energie oder Wasser bewirken (Modernisierung), oder hat er andere bauliche Maßnahmen auf Grund von Umständen durchgeführt, die er nicht zu vertreten hat, so kann er die jährliche Miete um 11 vom Hundert der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen.

(2) Sind die baulichen Maßnahmen für mehrere Wohnungen durchgeführt worden, so sind die Kosten angemessen auf die einzelnen Wohnungen aufzuteilen.

(3) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Die Vorschrift dient in erster Linie dazu, den Vermietern einen Anreiz zur Verbesserung der Wohnverhältnisse im Wege der Modernisierung zu bieten. Sie wurde im Zuge der Mietrechtsreform 2001 aus dem früheren ModEnG¹⁵⁵ in das BGB überführt, weil der Gesetzgeber der Auffassung war, dass es in Teilen Deutschlands noch immer einen erheblichen Nachholbedarf gibt, um in der Breite zu angemessenen Wohnverhältnissen zu kommen.¹⁵⁶

3.3.2.1 Anwendungsbereich der Vorschrift

§ 559 BGB ist grundsätzlich nur auf Wohnraummietverhältnisse anzuwenden, in denen keine Vorab-Festlegung von Mietsteigerungen erfolgt ist. Eine Anwendung auf Staffel- und Indexmietverträge ist nicht bzw. nur eingeschränkt vorgesehen. Im Einzelnen gilt:

- Für **Staffelmietvereinbarung** ordnet das Gesetz ausdrücklich – und ohne Ausnahme – ein Anwendungsverbot des Instruments der Modernisierungsmieterhöhung an (§ 557a Abs. 2 Satz 2 BGB).

¹⁵⁵ Gesetz zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen und von Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie (Modernisierungs- und Energieeinsparungsgesetz – ModEnG) vom 12. Juli 1978, BGBl. I S. 933 (bis zur Aufhebung 2002 mehrfach geändert).

- Demgegenüber spricht das Gesetz für die **Indexmiete** in § 557b Abs. 2 Satz 2 BGB nur ein grundsätzliches Anwendungsverbot aus, nach dem § 559 BGB weiterhin anwendbar ist, wenn die betreffenden Maßnahmen durch den Vermieter nicht zu vertreten sind. Das betrifft namentlich die durch Gesetz vorgeschriebenen Maßnahmen.

Die Möglichkeit der Modernisierungsmieterhöhung entfällt daher für Energieeffizienzmaßnahmen bei Staffelmietverträgen vollständig und bei Indexmietverträgen dann, wenn die betreffende Maßnahme nicht auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruht.

Der Umstand, dass bei der (in der Praxis seltenen) Indexmiete Modernisierungsmieterhöhungen für bauliche Maßnahmen der Energieeinsparung nur zulässig sind, wenn (und soweit) die Maßnahme durch Gesetz vorgegeben ist, führt wie bei der Duldungspflicht aus § 554 Abs. 1 BGB zu einem problematischen Anreiz, lediglich auf den gesetzlich geforderten Mindeststandard zu orientieren. Offen bleibt hier wie dort außerdem, wie mit gesetzlichen Verpflichtungen zu verfahren ist, die mehrere Erfüllungsalternativen ermöglichen (siehe dazu oben, Kap. 3.2.2.1).

Demgegenüber gilt für den – praktisch bedeutsameren – Fall der Staffelmiete, dass es auch bei solchen energetischen Modernisierungen, die durch eine Rechtsvorschrift geboten sind, keine über die vereinbarte Staffelmiete hinausgehende Modernisierungsmieterhöhung geben darf (§ 557a Abs. 2 Satz 2 BGB). Aus der Vermieterperspektive mag man darin einen Fehlanreiz in die Richtung sehen, keine energetischen Verbesserungen vorzunehmen und sogar gesetzlichen Pflichten zur energetischen Verbesserung nicht nachzukommen, weil sie in keiner Weise mietwirksam gemacht werden dürfen.¹⁵⁷

Zu bedenken ist insoweit jedoch, dass Staffelmietverträge typischerweise auf Betreiben des Vermieters hin abgeschlossen werden und darauf zielen, dem Vermieter für einen längeren Zeitraum eine gut auskömmliche Mieteinnahme zu sichern. Von daher lässt sich der beschriebenen Sichtweise entgegenhalten, dass es dem Vermieter zugemutet werden könne, entweder bei der Festlegung der Staffelmietbeträge von vornherein die

¹⁵⁶ Eingehend die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/4553, S. 36.

¹⁵⁷ Kritisch insb. Warnecke, DWW 2007, S. 282/284; ferner IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008), S. 6.

Planung von energetischen Verbesserungsmaßnahmen zu berücksichtigen oder auf eine Staffelmietvereinbarung zu verzichten.

Keine Anwendung findet § 559 BGB auch auf die Vermietung von sonstigen Grundstücken, Gebäuden und Räumen (insb. **Gewerbemietverhältnisse**). Das ergibt sich aus dem Fehlen eines Verweises in § 578 BGB auf § 559 BGB.¹⁵⁸ Als Hemmnis kann sich dies vor allem auswirken, wenn – wie es bei Gewerberäumen oft vorkommt – langfristige Zeitmietverhältnisse bestehen, in deren Laufzeit gesetzliche Pflichten zu energetischen Verbesserungsmaßnahmen entstehen, die der Vermieter bei seiner Mietforderung nicht berücksichtigen kann. Auch insofern fehlt im Gesetz ein adäquater Lösungsansatz.

3.3.2.2 Tatbestandliche Alternativen und Voraussetzungen

Die Bestimmung des § 559 Abs. 1 BGB verlangt für sämtliche seiner Tatbestandsalternativen – im Unterschied zu § 554 Abs. 2 BGB –, dass eine „**bauliche Maßnahme**“ vorliegt. Der Begriff der „baulichen Maßnahmen“ ist entsprechend seinem Sinn und Zweck weit auszulegen.¹⁵⁹ Er umfasst daher einerseits sämtliche Maßnahmen, die zur Änderung der Bausubstanz führen, andererseits auch das Einbringen und die Änderung von Gegenständen, die baulich mit dem Gebäude verbunden werden und damit zu seinen Bestandteilen werden, unter Umständen sogar sog. nur Scheinbestandteile im Sinne von § 95 BGB sind (wie z.B. die – feste – Verlegung von Teppichböden oder das Einbringen von Einbauküchen).¹⁶⁰

Von daher kann kein Zweifel bestehen, dass die typischen, kostenmäßig ins Gewicht fallenden energetischen Verbesserungsmaßnahmen wie das Anbringen von Wärmedämmungen oder der Austausch von zum Gebäude oder zur Wohnung gehörenden technischen Anlagen zur Heizung und Warmwasserbereitung als bauliche Maßnahmen zu verstehen sind.

¹⁵⁸ Vgl. Staudinger (Emmerich), BGB, § 559 BGB Rdnr. 16; Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 559 Rdnr. 41.

¹⁵⁹ Vgl. Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 559 Rdnr. 41.

¹⁶⁰ Vgl. Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 559 Rdnr. 44 m.w.N.

Die Anwendung des § 559 Abs. 1 BGB setzt weiter voraus, dass eine der vier folgenden **Tatbestandsalternativen** vorliegt: Es muss sich um eine bauliche Maßnahme handeln,

- a) die der dauerhaften Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse,
- b) die nachhaltige Einsparungen von Energie bewirkt,
- c) die nachhaltige Einsparungen von Wasser bewirkt, oder
- d) die der Vermieter auf Grund von Umständen durchführt, die er nicht zu vertreten hat.

Die ersten drei Alternativen fasst der Gesetzestext – anders als § 554 Abs. 2 BGB – legaliter unter dem Begriff „Modernisierung“ zusammen.

Die typischen energetischen Verbesserungsmaßnahmen werden auf Grundlage der jüngst erfolgten Klärungen durch den BGH¹⁶¹ in der Regel als Maßnahmen zur **nachhaltigen Einsparung von Energie** einzustufen sein, da mit ihnen weitenteils entweder erhebliche und dauerhafte Einsparungen an **Verbrauchsenergie** (Endenergie) verbunden sind (so insbesondere bei Wärmedämmungsmaßnahmen und beim Einbau von moderneren Heizaggregaten) oder durch sie erhebliche und dauerhafte Einsparungen an fossiler **Primärenergie** erwartet werden können (so beim Austausch von elektrischen Nachtspeicherheizungen oder bei einem Anschluss an KWK-gekoppelte Fernwärmenetze). Speziell für den Fall des Anschlusses an ein Fernwärmenetz hat der BGH für den Anwendungsbereich von § 554 Abs. 2 BGB ausdrücklich entschieden, dass es ausreicht, auf die Einsparung von Primärenergie abzustellen (siehe dazu bereits oben, Kap. 3.2.2.2).¹⁶²

Nicht erfüllt ist die Tatbestandsvoraussetzung der nachhaltigen Einsparung von Energie demnach lediglich (aber zugleich: immerhin) bei Konstellationen des Energieträgerwechsels, die *weder* mit einem verringerten Endenergieverbrauch *noch* mit einer Einsparung von Primärenergie verbunden sind, aber gleichwohl aus Klimaschutzgründen sinnvoll sind – wie z.B. der Wechsel von Öl- auf Gasheizung. Je nach rechtlicher

¹⁶¹ Grundlegend BGH, Urteil vom 24. September 2008 - VIII ZR 275/07, Rdnr. 22 ff.

¹⁶² Ebenda, Rdnr. 22 ff.

Sichtweise gilt dies möglicherweise auch für die Neuinstallation von modernen Holzheizungen (siehe dazu ebenfalls bereits oben, Kap. 3.2.2.2).¹⁶³

Der Begriff der Energieeinsparung in § 559 Abs. 1 BGB ist anerkanntermaßen im **Gleichlauf mit § 554 Abs. 2 BGB** zu interpretieren.¹⁶⁴ Er unterscheidet sich von jenem insofern lediglich durch das zusätzliche Erfordernis der Nachhaltigkeit.¹⁶⁵ Nach Auffassung des BGH ist jede Einsparung nachhaltig, wenn sie nur dauerhaft eintritt und damit der Allgemeinheit zugute kommt.¹⁶⁶ Im vorliegenden Zusammenhang ergibt sich hieraus folglich keine relevante Einschränkung.

Von daher dürfte für die von mehreren Gerichten und einer relativ großen Zahl von Literaturäußerungen vertretene Auffassung, es müsse eine Einsparung des mieterseitigen Verbrauchs an **(End-) Energie** vorliegen¹⁶⁷, für die Zukunft zumindest weitgehend die Grundlage entzogen sein. Im Einzelnen kann insofern auf die obigen Ausführungen zur Duldungspflicht verwiesen werden (siehe Kap. 3.2.2.2).

In der Rechtsprechung des BGH ist seit einigen Jahren auch geklärt, dass die Tatbestandsalternative der nachhaltigen Einsparung von Energie *weder* eine Einsparung bei den mieterseitigen **Verbrauchskosten** voraussetzt *noch* der Höhe nach durch das **Gebot der Wirtschaftlichkeit** begrenzt ist. Der BGH leitet dies aus dem hinter der Vorschrift stehenden öffentlichen Interesse am Umweltschutz ab.¹⁶⁸ Entgegen einer lange Zeit verbreiteten Rechtsprechungslinie der meisten Gerichte sind deshalb von § 559 BGB sogar

¹⁶³ Vgl. auch Klinski, Stellungnahme zum Gesetzentwurf des EEWärmeG, BT- Ausschussdrucksache 16(16)394(B), S. 21 ff.

¹⁶⁴ So ausdrücklich die Begründung des Gesetzentwurfs zur Mietrechtsreform, BT-Drs. 14/4553, S. 58; eingehend zum Verhältnis von § 554 BGB und § 559 BGB zueinander Münchener Kommentar zum BGB (Artz), § 559 Rdnr. 8; ferner Bamberger/Roth (Ehlert), BGB, § 559 Rdnr. 10.

¹⁶⁵ Vgl. Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 559 Rdnr. 70; zum Begriff der Nachhaltigkeit eingehend Münchener Kommentar zum BGB (Artz), § 559 Rdnr. 20.

¹⁶⁶ BGHZ 150, 277, 282.

¹⁶⁷ So LG Berlin, GE 1988, 731; LG Hamburg, WuM 2002, 375; eingehend Eisenschmid, WuM 2006, S. 119 ff.; Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 152; Meyer-Harport, NZM 2006, 524 ff. A.A. aber schon vor der Entscheidung des BGH die üM: LG Berlin, GE 2005, 1193; GE 2007, 849; LG Hamburg, NZM 2006, 536; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 554 Rdnr. 48; Staudinger (Emmerich), BGB, § 554 Rdnr. 19; Münchener Kommentar (Bieber), § 554 Rdnr. 18.

¹⁶⁸ Grundlegend BGH, Urteil vom 3. März 2004, - VIII ZR 149/03, NJW 2004, 1738/1739.

Mieterhöhungen umfasst, die über dem Doppelten der durch die jeweilige Maßnahme zu erreichenden Ersparnis an Brennstoffkosten liegen.¹⁶⁹

Soweit energetische Maßnahmen auf **öffentlich-rechtliche Verpflichtungen** (z.B. aus der EnEV) zurückzuführen sind, kommt darüber hinaus auch die Anwendung der weiteren **eigenständigen Tatbestandsvariante** der durch den Vermieter nicht zu vertretenden Umstände in Betracht. Hinsichtlich der insofern auftretenden Auslegungsfragen kann auf die obigen Ausführungen zur Duldungspflicht Bezug genommen werden (siehe insofern Kap. 3.2.2.1). Auch insofern besteht eine begriffliche Parallele.

Für den Vermieter ergibt sich aus dem Zusammenspiel von § 559 BGB mit den Regelungen zur Duldungspflicht erhebliche Vorteile für Maßnahmen, die auf eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung gestützt werden können. Soweit eine Maßnahme durch eine gesetzliche Pflicht geboten ist, haben die Mieter diese **strikt zu dulden**, ohne dass ihnen hiergegen die Möglichkeit der Berufung auf eine Härte offen stehen würde. Zugleich kann die Maßnahme in vollem Umfang und ohne weitergehende Voraussetzungen zum Anlass für eine **Mieterhöhung nach § 559 BGB** genommen werden, selbst wenn sie lediglich dem (in der EnEV zum Ausdruck gebrachten) heutigen Mindeststandard entspricht, über diesen also nicht hinausgeht.¹⁷⁰ Währenddessen muss der Vermieter, soweit die geplante Maßnahme *nicht* durch öffentlich-rechtliche Pflichtbestimmungen getragen wird (also auch: soweit sie vom energetischen Anspruchsniveau her über das gesetzlich gebotene Mindestmaß hinausgeht), die Hürde der Härtefallklausel des § 554 Abs. 2 BGB überwinden und das Risiko von Erklärungsfehlern im Hinblick auf die Duldungsankündigung tragen (siehe dazu oben, Kap. 3.2.3.1 und 3.2.3.2).

Problematisch bleibt im Zusammenhang mit gesetzlich gebotenen Maßnahmen – wie schon im Zuge der Ausführungen zu § 554 BGB erwähnt –, dass unklar ist, wie mit

¹⁶⁹ BGH, ebenda. Aus der früheren Rspr. der Untergerichte: OLG Karlsruhe, ZMR 1984, 412; LG Köln, ZMR 1998, 562; LG Lüneburg, WuM 2001, 83; zum Ganzen eingehend Börstinghaus, Urteilsanmerkung in LMK 2004, 97 f.; Münchener Kommentar BGB (Artz), § 559 Rdnr. 21.

¹⁷⁰ Missverständlich insofern Artz, WuM 2008, S. 259/262, der derartige Maßnahmen ungeachtet der gesetzlichen Verpflichtung als Erhaltungsmaßnahmen einstuft und auf dieser Grundlage der Duldungspflicht nach § 554 Abs. 1 BGB zuordnet.

Fallgestaltungen umzugehen ist, bei denen dem Gebäudeeigentümer nach den einschlägigen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen **mehrere Erfüllungsvarianten** zur Verfügung stehen. Außerdem verfestigt sich durch das Zusammenspiel mit § 554 BGB der Anreiz, über das gesetzlich geforderte Mindestniveau nicht hinaus zu gehen (siehe dazu oben, Kap. 3.2.3.1 und 3.2.3.2).

3.3.2.3 Berechnungsvorgaben

Die 11-prozentige Mietumlage bezieht sich nach § 559 Abs. 1 BGB auf die durch den Vermieter für die Modernisierung „aufgewendeten Kosten“. Dazu zählen nach allgemeiner Ansicht lediglich die Baukosten einschließlich der Baunebenkosten, **nicht** jedoch **Finanzierungskosten** oder mittelbare Aufwendungen wie solche zum Ausgleich von **Mietausfällen**.¹⁷¹

Die Nichtanrechnung speziell von Finanzierungskosten rechtfertigt sich daraus, dass die Zahlung der erhöhten Umlage auf Dauer verlangt werden kann, also auch über den Zeitpunkt der rechnerischen Amortisation hinaus (der ohne Berücksichtigung von Finanzierungskosten bei rund 9 Jahren liegt).¹⁷² Der Vermieter erhält dadurch die Möglichkeit, über die tatsächlichen Kosten hinausgehende Einnahmen zu erzielen, aus denen er ggf. auch die Finanzierungskosten tragen kann.

Umgekehrt müssen **öffentliche Zuschüsse** nach Maßgabe von § 559 a Abs. 1 BGB und **zinsverbilligte Darlehen** nach Maßgabe von § 559a Abs. 2 und 3 BGB zur Anrechnung gebracht werden. Hierdurch verringert sich die Bemessungsgrundlage für die Modernisierungsumlage, so dass sich relativ auch der Anreiz für den Vermieter zur Vornahme von Modernisierungen entsprechend vermindert. Sachlich ist dies als durchaus angemessen zu erachten, weil die Vermieter anderenfalls Aufwendungen mietwirksam machen könnten, die bei ihnen selbst gar nicht anfallen.

¹⁷¹ Vgl. Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 559 Rdnr. 160/161.

¹⁷² Vgl. Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 559 Rdnr. 160; Staudinger (Emmerich), BGB, § 559a BGB Rdnr. 7.

Ein besonderes Augenmerk muss der Vermieter bei energetischen Verbesserungen darauf legen, aus der Bemessungsgrundlage für die Umlage diejenigen Kostenbestandteile anteilig herauszulösen, die lediglich der **Erhaltung** dienen. Denn die der Erhaltung dienenden Kostenanteile dürfen, der inhaltlichen Logik des § 559 BGB folgend, bei der Modernisierungsumlage nicht berücksichtigt werden,¹⁷³ weil sie ohnehin angefallen wären und in das „normale“ Mietkalkül des Vermieters fallen, welches in der Mieterhöhungsmöglichkeit nach § 558 BGB einen ausreichenden Niederschlag findet. Zumeist liegt es in der Praxis so, dass Maßnahmen zur Verbesserung der energetischen Gebäudequalität (sinnvollerweise) in dem Zeitpunkt vorgenommen werden, in dem ohnehin Arbeiten an der Gebäudehülle bzw. der Wärmetechnik durchgeführt werden müssen. So sieht es auch § 9 EnEV vor. In derartigen Fällen verlangt die Rechtsprechung, die der Erhaltung und der Verbesserung dienenden Anteile strikt voneinander zu trennen. Das kann mitunter Schwierigkeiten bereiten, weil sich nicht immer einzeln abtrennbare Kostenpositionen ergeben.

Die Berechnungsvorgaben aus §§ 559 und 559a BGB werden in verschiedenen Veröffentlichungen insoweit als **Hemmnisfaktor** identifiziert, als sie den Anreiz zur Wahrnehmung des § 559 BGB im Verhältnis zur Möglichkeit der Mieterhöhung im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete vermindern.¹⁷⁴ Bestehen nach oben hin Spielräume für solche „normalen“ Mieterhöhungen, so ist es für den Vermieter sehr viel einfacher, diesen Weg zu gehen, weil er sich damit erheblichen Berechnungsaufwand – und daran anknüpfend einen entsprechend erhöhten Erläuterungsaufwand nach § 559 b BGB – ersparen kann.

3.3.2.4 Erläuterungsanforderungen

§ 559b Abs. 1 BGB sieht in Satz 1 vor, dass der Vermieter die Mieterhöhung in Textform zu erklären hat. Nach Satz 2 der Bestimmung ist die Erklärung nur wirksam, wenn

¹⁷³ Eingehend Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 559 Rdnr. 162 ff. m.w.N.; kritisch Warnecke, DWW 2007, S. 282/284; ähnlich IVD / Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008), S. 3.

¹⁷⁴ Dezidiert Warnecke, DWW 2007, S. 282/284; IVD / Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008) S. 3.

in ihr die Erhöhung auf Grund der entstandenen Kosten berechnet und entsprechend den Voraussetzungen der §§ 559 und 559a erläutert wird.

Das bedeutet, dass der Erhöhungsbetrag für das einzelne Mietobjekt (also die einzelne Wohnung) berechnet und in differenzierter Weise plausibel erläutert werden muss. Dazu bedarf es einer Ermittlung und Ausdifferenzierung der Gesamtkosten in Bezug auf alle einzelnen Maßnahmen mit ihren jeweiligen Gewerken, die Anrechnung von Drittmitteln, die Verteilung auf die einzelnen Wohnungen und ihre sachliche Zuordnung einerseits zur Instandhaltung und andererseits zu den weitergehenden Verbesserungsmaßnahmen.¹⁷⁵

Die Erläuterung schließt mit ein, über den Grund der Maßnahme im Einzelnen aufzuklären und hierbei – sofern die Maßnahme auf die Tatbestandsvariante der nachhaltigen Energieeinsparung gestützt wird – den **Energieeinspareffekt** plausibel darzulegen.¹⁷⁶ Hierbei verlangt der BGH, dass ein nachvollziehbarer Vergleich der energetischen Beschaffenheitsmerkmale vor und nach der Änderung aufzustellen ist, der es ggf. auch erfordert, die energetische Beschaffenheit des bisherigen Zustands im Einzelnen zu ermitteln.¹⁷⁷ Auf diese Forderung ist bereits oben in den Ausführungen zur Ankündigung der Duldungspflicht nach § 554 Abs. 2 kritisch eingegangen worden (siehe Kap. 3.2.3.2).

Anknüpfend an die gesonderte Ermittlung der **Erhaltungs-** und **Verbesserungsaufwendungen** muss bei der Erläuterung darauf geachtet werden, dass die beiden Kostenanteile auch getrennt auszuweisen und plausibel darzulegen sind.¹⁷⁸

Anders als im Falle einer fehlenden oder fehlerhaften Erklärung nach § 554 Abs. 3 BGB führen die Nichteinhaltung und die fehlerhafte Erfüllung dieser Anforderungen nicht zum Entfallen der Duldungspflicht für die baulichen Änderungen, sondern nur zur Unwirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens. Der Vermieter kann eine korrekte Form des

¹⁷⁵ Vgl. IVD / Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008), S. 4; Warnecke, DWW 2007, S. 282/284.

¹⁷⁶ BGH, Urteil vom 2. Januar 2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, S. 1126/1126.

¹⁷⁷ BGH, Urteil vom 2. Januar 2006 - VIII ZR 47/05, NJW 2006, S. 1126/1127.

¹⁷⁸ Vgl. KG, Rechtsentscheid vom 17. Januar 2002 - 8 RE-Miet 4/01, NZM 2002, S. 211; LG Kassel, Urteil vom 16-04-1992 - 1 S 709/91, NJW-RR 1992, S. 1361.

Mieterhöhungsverlangens jederzeit nachholen.¹⁷⁹ Von daher ist das Fehlerrisiko nicht mit demjenigen bei § 554 Abs. 3 BGB vergleichbar (siehe dazu oben, Kap. 3.2.3.2).¹⁸⁰

Ungeachtet dessen kann nicht übersehen werden, dass die Inanspruchnahme des § 559 BGB einen beträchtlichen finanziellen und fachlichen Berechnungs- und Erklärungsaufwand mit sich bringt, der insbesondere Eigentümer einzelner kleinerer Wohnobjekte häufig überfordern dürfte.

3.3.3 Wirtschaftlicher Anreiz? – Das Investor-Nutzer-Dilemma

3.3.3.1 Allgemeines

Die Vorschrift des § 559 BGB soll erklärtermaßen (unter anderem) einen Anreiz bieten, um im Interesse der Schonung energetischer Ressourcen energetische Maßnahmen im Bestand der Wohngebäude durchzuführen, die in erheblichem Umfang zur Einsparung von Energie führen.¹⁸¹

Im Mittelpunkt zahlreicher Äußerungen vor allem aus dem politischen und dem wirtschaftlichen Raum steht die These, dass § 559 BGB nicht geeignet sei, das strukturell im Mietverhältnis angelegte sog. Investor-Nutzer-Dilemma aufzuheben oder entscheidend zu relativieren (siehe dazu bereits einführend oben, in Kap. 2.4).¹⁸² Die einschlägigen juristischen Veröffentlichungen und die aktuellen Verbandsstellungen der Wohnungswirtschaft stellen diesen Punkt indessen überwiegend nicht ins Zentrum ihrer

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 25. Januar 2006, - VIII ZR 47/05, NJW 2006, S. 1126/1127.

¹⁸⁰ Das übersieht Warnecke, DWW 2007, S. 282/284, wenn er seine Kritik in erster Linie auf die Schwierigkeiten bei der Abfassung von Mieterhöhungsverlangen richtet.

¹⁸¹ BT-Drs. 14/4553, S. 36.

¹⁸² Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007) S. 26; SRU, Umweltgutachten 2008, BT-Drs. 16/9990, Rz. 138 ff. (Kap. 3.4.4.5); Schepers, BTR 2007, S. 158; Vogler, Refinanzierung von Investitionen in Energiesparmaßnahmen (2008).

ebenfalls großenteils kritischen Äußerungen. Sie bemängeln in erster Linie Schwierigkeiten in der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Einzelvorschriften.¹⁸³

Kern des wirtschaftlichen Problems ist der Umstand, dass Wohnungsunternehmen und private Vermieter die energetische Sanierung verbreitet **nicht als Angelegenheit ihres eigenen (wirtschaftlichen) Interesses** begreifen. Das liegt zu einem Gutteil daran, dass sie zwar die Investitionskosten tragen müssen, der Vorteil der Verbrauchskostenminderung jedoch (jedenfalls unmittelbar) bei den Mietern liegt. Während private Eigentümer von selbst genutzten Immobilien die durch energetische Investitionen erzielbaren Minderungen bei den Verbrauchskosten sogleich selbst spüren und in ihre eigene Kosten-Nutzen-Bilanz einstellen können, ist dies den Vermietern nicht möglich, weil die Verbrauchskostenminderung nicht bei ihnen selbst, sondern bei ihren Mietern anfällt. Verschärft wird das Problem dadurch, dass die Vermieter ggf. hohe Verbrauchskosten schlicht an ihre Mieter „durchreichen“ können. Steigende Verbrauchskosten spüren sie selbst wirtschaftlich somit nicht, solange die Mieter nicht wegen zu hoher Verbrauchskosten Gegenmaßnahmen einfordern.

Bei der Bewertung dieser Problematik wird häufig übersehen, dass die **Vermieter** in erheblichem Umfang mittelbar und/oder langfristig eigene **Vorteile** erlangen, die sich z.B. in einer höheren Lebensdauer und Werthaltigkeit des Gebäudes oder in einer besseren Vermietbarkeit wegen der niedrigeren Nebenkosten und dem erreichten Komfortgewinn niederschlagen – Merkmale, die unter bestimmten örtlichen Verhältnissen auch zur Reduzierung von Leerständen beitragen können.¹⁸⁴ Diese Vorteile sind aber weniger gut sichtbar, so dass sie in der Wahrnehmung auf der Vermieterseite oft unterschätzt werden. Blendet man sie aus und blickt *allein* auf das Auseinanderklaffen von Investitionslast und Verbrauchskosteneinsparung zwischen Vermieter- und Mieterseite, so entsteht der Eindruck eines „Dilemmas“ für die Vermieter.

¹⁸³ Vgl. IVD / Bethge und Partner, (2008) S. 4; Warnecke, DWW 2007, S. 282/284; Haus & Grund Stellungnahme „Notwendige Novellierungen des Mietrechts zur Ermöglichung energetischer Sanierungen“ (2007); BSI, Immobilienwirtschaft Forderungen zur Bundestagswahl 2009.

¹⁸⁴ Eingehend Enseling/Hinz (IWU), Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 20 f.; IWU, Querschnittsbericht (2007) S. 32.

Zu betonen ist, dass sich diese Problemlage – das sog. Investor-Nutzer-Dilemma – **nur dort** realisieren kann, wo der Vermieter nicht die Möglichkeit hat, die Miete in dem Umfang zu erhöhen, der zur Refinanzierung der Investition erforderlich ist. So liegt es typischerweise dort, wo die veranlasste Mieterhöhung an die Grenzen der zulässigen ortsüblichen Vergleichsmiete stößt oder wo die örtliche Marktsituation aus anderen Gründen (z.B. wegen eines Wohnungsüberangebots oder einer Abwanderungstendenz) keine ausreichenden Spielräume für die Mieterhöhung gibt. Geben die Marktverhältnisse vor Ort demgegenüber die Möglichkeit zu einer entsprechenden Mieterhöhung her, so gibt es auch kein „Investor-Nutzer-Dilemma“.

Mit § 559 BGB soll – so kann es dem Gesetzgeber unterstellt werden¹⁸⁵ – dem Investor-Nutzer-Dilemma entgegengewirkt werden. Die Vermieter sollen mit § 559 BGB einen besonderen wirtschaftlichen Anreiz zur Vornahme bestimmter – unter anderem energetischer – Investitionen erhalten, mit dem die Begrenzungen aus den Bestimmungen zur ortsüblichen Vergleichsmiete partiell aufgehoben werden. Konkret wird ihnen gestattet, eine Modernisierungsumlage zu erheben, die sich auf Dauer gewinnbringend auswirkt. Blickt man (isoliert) auf den in § 559 BGB hierfür als zulässige Höchstgrenze angesetzten Umlagebetrag von bis zu 11 % der Modernisierungskosten auf die Jahresmiete, so erscheinen ganz erhebliche Zusatzgewinne auf Vermieterseite möglich, weil die Vereinnahmung der Umlage nicht auf den Zeitraum bis zur Amortisation der jeweiligen Investition beschränkt, sondern auf Dauer zulässig ist.¹⁸⁶

Fraglich ist jedoch, ob der in § 559 BGB angelegte Anreizmechanismus tatsächlich in entsprechender Weise funktioniert oder ob sich das Investor-Nutzer-Dilemma – soweit es denn vor Ort tatsächlich besteht – an § 559 BGB vorbei bzw. gleichsam durch die Bestimmung hindurch in der Praxis durchsetzt.

Die prominentesten und fundiertesten (veröffentlichten) **wirtschaftswissenschaftlichen** Untersuchungen zur Problematik des Investor-Nutzer-Dilemmas stammen vom *Institut*

¹⁸⁵ Eine ausdrückliche Erklärung in diesem Sinne enthält die Gesetzesvorlage zum Mietrechtsreformgesetz 2001 nicht, doch würde es anderenfalls keinen Sinn ergeben, insofern von einem „Anreiz“ zu sprechen. Vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 1 f. sowie S. 36 f.

Wohnen und Umwelt (IWU) in Darmstadt, welches seine zentralen Erkenntnisse in dem bereits erwähnten „Querschnittsbericht Energieeffizienz im Gebäudebestand“ zusammengefasst hat.¹⁸⁷

Das *IWU* weist schon seit einigen Jahren in einem ganzen Bündel von Wirtschaftlichkeitsstudien für energetische Sanierungen darauf hin, dass der durch §§ 558 und (insbesondere) 559 BGB erreichbare wirtschaftliche Anreiz zur Vornahme von energetischen Verbesserungsinvestitionen im Wohngebäudebestand deutlich weniger groß ist, als es auf den ersten Blick der Fall zu sein scheint. Dabei betont das Institut, dass sich für das einzelne Wohnobjekt je nach dem energetischem Zustand vor und nach der geplanten jeweiligen Maßnahme, je nach dem Niveau der Miete vor den energetischen Verbesserungsmaßnahmen (unterhalb oder bereits an der Schwelle der ortsüblichen Vergleichsmiete?), je nach der Situation und der Perspektive des örtlichen Wohnungsmarktes (die sich in unterschiedlichen Mietpreisverläufen ausdrücken), je nach den zugrunde gelegten Entwicklungsprognosen für die Energiepreise und je nachdem, ob an eine energetische Sanierung innerhalb des Mieterbestandes oder auf anschließende Neuvermietung gesetzt wird, außerordentlich vielgestaltige Differenzierungen ergeben können, die eine Pauschalisierung weitgehend unmöglich machen.¹⁸⁸

3.3.3.2 Die Mieterseite

Grundlage der mieterseitigen Vorteile sind die durch energetische Verbesserungen erzielbaren **Einsparungen an (Wärme-) Energiekosten**. Der Wärmeenergiebedarf des einzelnen Gebäudes kann durch anspruchsvolle Maßnahmenkombinationen auf ein Ni-

¹⁸⁶ Vgl. Klinski (2008), Stellungnahme zum Gesetzentwurf für das EEWärmeG, in: Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 16(16)394(B), S. 24 f.

¹⁸⁷ Vgl. *IWU*, Querschnittsbericht Energieeffizienz im Wohngebäudebestand, Darmstadt 2007. Weiter ausdifferenzierend Enseling/Hinz (*IWU*): Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen für die selbst genutzte Immobilie und den vermieteten Bestand, Darmstadt 2008, S. 30 ff.

¹⁸⁸ Vgl. bereits Knissel u.a. (*IWU*): Mietrechtliche Möglichkeiten zur Umsetzung von Energiesparmaßnahmen im Gebäudebestand (2001), insb. S. 85 ff, 99 ff.; Enseling (*IWU*): Leitfaden zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Energiesparinvestitionen im Gebäudebestand (2003); ferner zur jüngeren Entwicklung Enseling/Hinz (*IWU*): Energetische Gebäudesanierung und Wirtschaftlichkeit (2006), S. 26 ff.; *IWU*: Querschnittsbericht Energieeffizienz im Wohngebäudebestand (2007), S. 27 ff.

veau von bis zu rund einem Zehntel des bisherigen Bedarfs sinken.¹⁸⁹ In der Praxis verbreitet sind bei den im CO₂-Gebäudesanierungsprogramm der KfW geförderten wärmetechnischen Verbesserungsmaßnahmen Senkungen des Wärmeenergiebedarfs auf ein Niveau von 40 bis unter 20 % des bisherigen Verbrauchs.¹⁹⁰

Die nachfolgende Grafik des *IWU* zeigt die **Spielräume der erreichbaren Verbrauchssenkungen** bei der Heizwärme auf: Geht man von dem Durchschnittsniveau des Heizwärmeverbrauchs für vor 1978 errichtete Bestandsgebäude von gut 170 kWh/m² Wohnfläche aus (das bei vielen Gebäuden real noch deutlich überschritten wird) und stellt diesem verschiedene Maßnahmenpakete der energetischen Verbesserung gegenüber, so wird deutlich, dass bereits die (relativ zurückhaltenden) Anforderungen der EnEV 2007 an die energetische Qualität der einzelnen Bauteilkomponenten für Sanierungen im Gebäudebestand im Durchschnitt mehr als eine Halbierung des Heizwärmebedarfs bewirken (Balken „EnEV-Komp.“). Bei der Verwendung von Niedrigenergiehaus-Komponenten (Balken „NEH-Komp.“) würde die Minderung bereits bei rund zwei Dritteln liegen und bei Verwendung von einzelnen Passivhauskomponenten (Balken „PH-Komp.“) bei annähernd 80 Prozent.¹⁹¹

¹⁸⁹ Vgl. Reuther/Weber, *Energetische Modernisierung von Wohngebäuden – Eine Chance für Veränderung*, Darmstadt 2008, S. 10.

¹⁹⁰ Vgl. Reuther/Weber, ebenda; Bremer Energie Institut (BEI) et. al., *Effekte des CO₂-Gebäudesanierungsprogramms 2007*, Bremen 2008, S. 14 ff.

¹⁹¹ Vgl. IWU, *Querschnittsbericht (2007)*, S. 18 f.

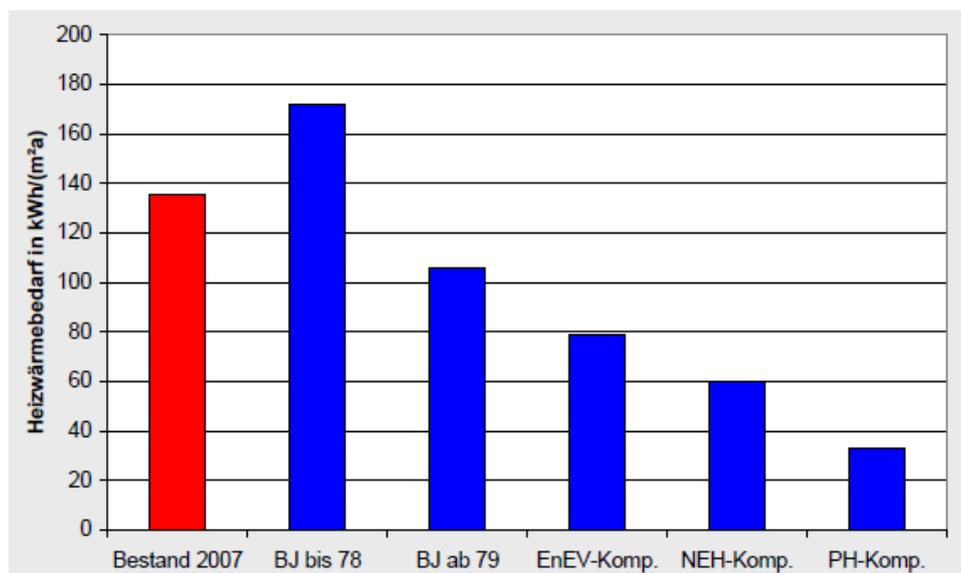


Abb. 2: Jährlicher Heizwärmebedarf für unterschiedliche Wärmestandards. Mittelwerte, berechnet jeweils für die Gesamtheit der Gebäude Deutschlands (Quelle: IWU 2007).¹⁹²

Dabei ist anzumerken, dass der **Wechsel zu einem höheren Anspruchsniveau** im Allgemeinen nicht zu einer linearen oder gar progressiven Steigerung der Investitionskosten führt. Vielmehr wird die weitergehende Verbrauchsminderung überwiegend durch die Wahl größerer Dämmstoffdicken oder qualitativ höherwertiger Materialien erreicht, so dass kein zusätzlicher baulicher Aufwand entsteht. Für derartige Fälle ist es typisch, dass die baulichen Mehrkosten im Verhältnis zur Verbrauchskostenminderung nur *unterproportional* ansteigen. Deshalb kommt es häufig vor, dass sich anspruchsvollere Maßnahmen bis zu einem gewissen Punkt gegenüber dem in der EnEV geforderten Mindestniveau als wirtschaftlich günstiger darstellen.¹⁹³ Das gilt erst recht bei Berück-

¹⁹² Aus: IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 19.

¹⁹³ Eingehend IFEU/IWU, Beiträge der EnEV und des KfW-CO₂-Gebäudesanierungsprogramms zum Nationalen Klimaschutzprogramm (2005), S. 136 ff.; ferner Enseling/Hinz (IWU): Energetische Sanierung und Wirtschaftlichkeit (2006), S. 30; ferner für das Beispiel des selbst genutzten Wohneigentums: Enseling/Hinz (IWU): Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen für die selbst genutzte Immobilie und den vermieteten Bestand (2008), S. 27 ff.

sichtigung öffentlicher Fördergelder, weil dadurch die wirtschaftlichen Konditionen für die Investition verbessert werden.¹⁹⁴

Deutlich wird dieser Zusammenhang durch die nachfolgende grafische Darstellung zur **Wirtschaftlichkeit unterschiedlicher Dämmstoffdicken** bei der Außenwand, die sich zwar auf die ältere EnEV 2004 bezieht, sinngemäß aber nach wie vor Gültigkeit hat. Die Grafik lässt erkennen, dass die im jeweiligen Barwert ausgedrückte Wirtschaftlichkeit von Maßnahmen der Außenwanddämmung ihr Optimum erst weit oberhalb des Mindeststandards der EnEV 2004 erreicht und noch bei einer mehrfachen Überschreitung der vorgeschriebenen Mindestdicke im positiven Bereich liegt (wobei anzumerken ist, dass dieser Effekt speziell bei der Fassadendämmung stärker ausgeprägt ist als bei anderen Bauteilen).¹⁹⁵

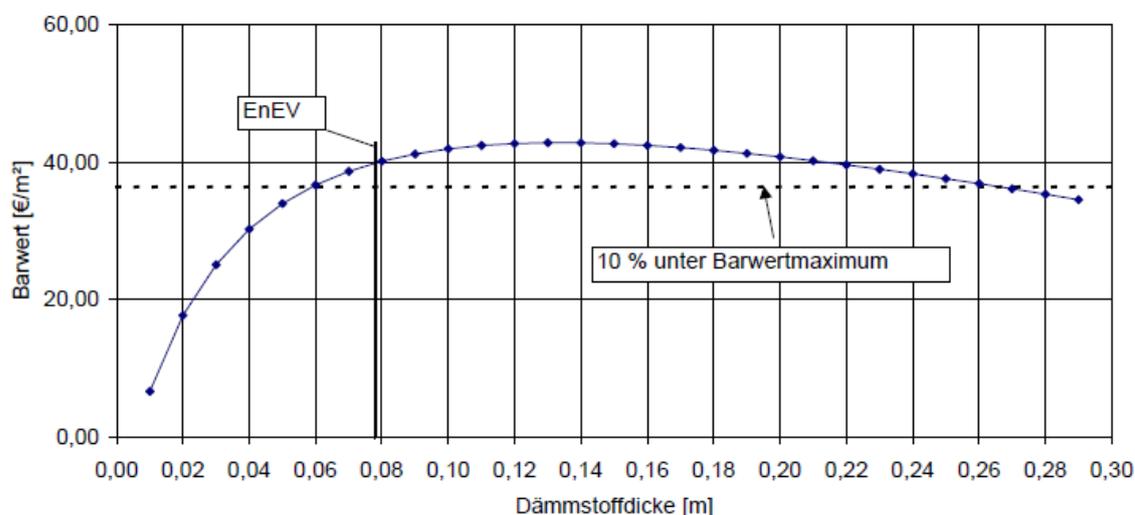


Abb. 3: Wirtschaftlichkeitsanalyse von Wärmeschutzmaßnahmen an der Außenwand. Barwert der Maßnahme pro m² Bauteilfläche im Vergleich zu einer reinen Instandsetzungsmaßnahme (Quelle: IFEU et.al.).¹⁹⁶

¹⁹⁴ Vgl. IWU: Querschnittsbericht (2007), S. 28 und 32.

¹⁹⁵ Eingehend IFEU/IWU, Beiträge der EnEV und des KfW-CO₂-Gebäudesanierungsprogramms zum Nationalen Klimaschutzprogramm, S. 136 ff.

¹⁹⁶ Aus: IFEU/IWU, Beiträge der EnEV und des KfW-CO₂-Gebäudesanierungsprogramms zum Nationalen Klimaschutzprogramm, S. 138.

Auf dieser Grundlage leuchtet es ein, dass für die Mieter (ebenso wie selbst nutzende Wohneigentümer) durch energetische Verbesserungsmaßnahmen **relativ hohe Einsparungen** bei den wärmebedingten Energiekosten erreicht werden können.

Als typisches (aber nur begrenzt verallgemeinerbares) Beispiel soll hier der vom IWU näher betrachtete Fall der Sanierung eines vom Heizenergiebedarf her durchschnittlichen (Bestands-) Mehrfamilienhauses verwiesen werden, bei dem sich durch Einsatz von einigen über das EnEV-Mindestniveau hinausgehenden Komponenten eine Reduzierung des Heizenergiebedarfs um rund zwei Drittel erreichen lässt. In dieser Konstellation ergab die Berechnung für das erste Jahr (d.h. für das Jahr der Durchführung) verbrauchsseitige Einsparungen für das Gesamtpaket der Maßnahmen von rund 0,86 €/m² Wohnfläche und Jahr.¹⁹⁷

Eine andere Frage ist, in welchem **Verhältnis** die erreichbaren Verbrauchskostensenkungen **zur Miete** stehen. Für die Antwort auf diese Frage kommt es im Einzelfall nicht nur auf die konkreten baulich-technischen Gegebenheiten und auf die im Einzelnen vorgesehenen Maßnahmen an, sondern auch darauf, inwieweit der Vermieter die energetische Verbesserung zum Anlass einer Mieterhöhung nimmt bzw. nehmen kann.

Im Allgemeinen wird man für die heutigen und künftigen Verhältnisse annehmen können, dass die Mieter auch unter Berücksichtigung der durch die Maßnahmen veranlassenden Mieterhöhungen zumindest mittel- und längerfristig, sehr häufig aber auch schon kurzfristig mit absoluten Entlastungen wegen der eintretenden Senkungen an Verbrauchskosten rechnen können, *wenn* die energetischen Verbesserungen überlegt geplant und qualitativ gut umgesetzt werden.¹⁹⁸ In der mehrjährigen Perspektive kann im Übrigen damit gerechnet werden, dass die **Vorteile der Verbrauchskostensenkung deutlich zunehmen**, weil zu erwarten ist, dass die Steigerungsraten für die Brennstoff-

¹⁹⁷ Enseling/Hinz (IWU), Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 31 ff; IWU (Querschnittsbericht (2007), S. 23 ff.

¹⁹⁸ Differenzierend für versch. Mietverlaufmodelle in unterschiedlichen Marktsituationen Enseling/Hinz (IWU), Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 31 ff.

kosten wegen der zunehmenden Knappheit auf den Rohstoffmärkten im Durchschnitt deutlich höher liegen als die Steigerungsraten bei den (Kalt-) Mieten.¹⁹⁹

Ergänzend hinzuweisen ist dabei darauf, dass die reale Verbrauchskostenminderung hinter der erwarteten Kostensenkung zurückbleiben kann, sofern die Verbraucher ihr Verhalten ungünstig anpassen (indem sie z.B. nach der Umstellung auf zentrale Warmwasserversorgung mehr Warmwasser verbrauchen oder wegen der guten Dämmung des Gebäudes die Heizung weniger sparsam betreiben). Solche sog. Rebound-Effekte spielen in der Praxis offenbar immer wieder eine bedeutende Rolle.²⁰⁰

Geht man von dem seitens der Mieterverbände angestrebten Ziel der **Warmmietenneutralität** aus – also davon, dass die durch die energetische Verbesserung begründete Mietsteigerung auf die Höhe der Einsparungen bei den Verbrauchskosten begrenzt bleiben soll²⁰¹ –, so eröffnet sich wegen des beträchtlichen Umfangs der erreichbaren Verbrauchskostenminderungen grundsätzlich ein relativ großer **Erhöhungsspielraum für die Grundmiete**. Dieser lässt sich aber von den Vermietern nur wahrnehmen, soweit die örtlichen Marktverhältnisse und die ortsübliche Vergleichsmiete dies zulassen.

Die Betrachtungen der verschiedenen *IWU*-Studien zeigen, dass die Mieter jedenfalls unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen, sofern sie nicht ohnehin Netto-Vorteile verzeichnen, regelmäßig zumindest nicht mit Erhöhungen rechnen müssen, die zu einer wesentlichen Anstieg des Warmmietniveaus führen. Zudem sind sie wegen des langfristigen Trends zu höheren Energiepreisen perspektivisch im Vorteil und erlangen durch die energetischen Maßnahmen einen Zuwachs an Behaglichkeit.²⁰²

Auf den ersten Blick scheint dieses Ergebnis schwerlich mit der Rechtsprechung in Einklang zu bringen sein, die den Vermietern weit über die eingesparten Betriebskosten hi-

¹⁹⁹ Nahe liegend die Annahme von Enseling/Hinz (*IWU*), Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 24.

²⁰⁰ Vgl. *IWU*, Querschnittsbericht (2007), S. 24.

²⁰¹ Zu beachten ist, dass sich durch eine Verbindung der energetischen Verbesserung mit anderweitigen Modernisierungsmaßnahmen gleichwohl effektiv Mieterhöhungen ergeben können. Diese sind aber im eigentlichen Sinne nicht auf die energetischen Maßnahmen zurückzuführen.

²⁰² Vgl. *IWU*, Querschnittsbericht (2007), S. 1/10/28/33.

nausgehende Mieterhöhungen gestattet.²⁰³ Hinter dieser Rechtsprechung steht eine ganze Anzahl von Fällen, in denen es tatsächlich zu Mieterhöhungen kam, die deutlich über der jeweils zu erreichenden Einsparung an Heizkosten lagen.²⁰⁴ Bei näherem Hinsehen lässt sich dieser scheinbare Widerspruch jedoch weitgehend aus der **historischen Entwicklung** heraus erklären, die davon geprägt ist, dass die durch energetische Sanierungsmaßnahmen im Gebäudebestand erreichte Verminderung des Heizenergieverbrauchs in den 1980er und 1990er Jahren in der Regel noch vergleichsweise gering war und die Brennstoffkosten gleichzeitig sehr viel niedriger lagen als heute.

Eine grundlegende Rolle für das Verhältnis zwischen Modernisierungskosten und Verbrauchskostenminderung spielt darüber hinaus die Frage, in welchem Umfang sich die **konkret gewählten Einzelmaßnahmen** verbrauchskostenmindernd auswirken. Die verschiedenen Arten von Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung unterscheiden sich insofern zum Teil stark voneinander. Sehr hoch ist die Minderungswirkung für die Heizkosten in der Regel bei der Wärmedämmung der Fassade, des Daches, der obersten Geschossdecken und Kellerdecken sowie bei den Fenstern.²⁰⁵ Auch die möglichen Einsparungen bei der Heiztechnik sind sehr groß.²⁰⁶ Eingeschränkt ist die verbrauchskostenmindernde Wirkung demgegenüber z.B. bei dem Wechsel auf einen (Primärenergie einsparenden) Fern- oder Nahwärmebezug. In gewissem Umfang zeigt sich diese Problematik (leider) auch bei der Installation von thermischen Solaranlagen, weil hier die anfänglichen Investitionskosten besonders hoch liegen, nur ein vergleichsweise geringer Teil der gesamten Brennstoffkosten eingespart wird und die Minderung der Verbrauchskosten erst nach einem langen Zeitraum spürbar werden kann.²⁰⁷ Bei der Umstellung von einer (billigen) Beheizung mit Kohleöfen auf eine Zentralheizung kann es sogar zu Verbrauchskostenerhöhungen kommen.

²⁰³ Vgl. BGH, Urteil vom 3. März 2004, - VIII ZR 149/03, NJW 2004, 1738/1739.

²⁰⁴ Siehe z.B. die Fälle: OLG Karlsruhe, ZMR 1984, 412; LG Köln, ZMR 1998, 562; LG Lüneburg, WuM 2001, 83.

²⁰⁵ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 3 ff.

²⁰⁶ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 7 f.

²⁰⁷ Vgl. Klinski (2008) unter Berufung auf Nast, in: Stellungnahme zum Gesetzentwurf für das EEWärmeG, in: Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 16(16)394(B), S. 25.

Wesentlich für die Verbrauchskostenminderung ist auch die **fachliche Qualität** der Baumaßnahmen. Werden diese schlecht ausgeführt – z.B. indem Wärmebrücken nicht fachgerecht beseitigt bzw. vermieden werden – so senkt das die energetische Wirksamkeit der Gesamtmaßnahmen überproportional und es kommt zu einer vergleichsweise schlechteren Kosten-Nutzen-Bilanz auf der Mieterseite.²⁰⁸

Relativ große Mieterhöhungseffekte können schließlich bei energetischen Verbesserungsinvestitionen dann auftreten, wenn das Ausgangsniveau der Miete ursprünglich sehr niedrig lag (namentlich, wenn es deutlich unter der ortsüblichen Vergleichsmiete angesiedelt war).²⁰⁹ Bei absolut gleich hoher Modernisierungsumlage ergibt sich für ein Objekt mit niedriger Ausgangsmiete ein größerer Erhöhungsprozentsatz als bei einem Objekt mit bereits zuvor vergleichsweise hohem Mietniveau.

Weniger entscheidend für die Wirtschaftlichkeit der Maßnahmen ist aus der *Mietersicht* – anders als für die Vermieterseite –, welcher **Zeitpunkt für die Maßnahmen** gewählt wird. Um die Kostenbelastungen des Investors niedrig zu halten, sollten die energetischen Verbesserungsmaßnahmen grundsätzlich dann stattfinden, wenn ohnehin umfangreiche Arbeiten an den betreffenden Bauteilen der Gebäudehülle bzw. an der Wärmetechnik des Gebäudes erforderlich sind („Koppelungsprinzip“).²¹⁰ Hiervon geht auch § 9 der Energiesparverordnung aus.

Durch die **Koppelung mit ohnehin erforderlichen baulichen Erhaltungsmaßnahmen** relativiert sich der Zusatzaufwand der energetischen Verbesserung erheblich. Es ist für den Vermieter also sehr wichtig, sich mit energetischen Verbesserungsinvestitionen am üblichen Erneuerungszyklus der jeweiligen Bauteile zu orientieren. Dieser Zusammenhang ist jedoch für die Anwendung von § 559 BGB (für § 558 BGB ohnehin) ohne Bedeutung. Die Modernisierungsumlage nach § 559 BGB darf ungeachtet dieses Umstands nur auf denjenigen Anteil der Kosten erstreckt werden, der durch die energeti-

²⁰⁸ Zur Bedeutung von Wärmedämmung und fachlicher Qualität IFEU/IWU, Beiträge der EnEV und des KfW-CO₂-Gebäudesanierungsprogramms zum Nationalen Klimaschutzprogramm (2005), S. 142 ff.

²⁰⁹ Vgl. Enseling/Hinz (IWU), Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 31 ff; IWU (Querschnittsbericht (2007), S. 31 ff.

²¹⁰ Vgl. IWU: Querschnittsbericht (2007), S. 27.

sche Verbesserung bedingt ist. Entscheidet sich ein Vermieter für eine energetische Modernisierung außerhalb des regulären Erneuerungszyklus', so berechtigt ihn das nicht dazu, eine höhere Modernisierungsumlage zu fordern, weil das Verhältnis von Erhaltungs- und Modernisierungsanteil zueinander (jedenfalls idealtypisch) das gleiche ist wie bei einer Umsetzung der Maßnahmen zu einem vom Renovierungszyklus her günstigeren Zeitpunkt. Der Verbrauchskostenvorteil auf Seiten der Mieter bleibt jedoch bestehen.

Bei der Bewertung der Ergebnisse ist auch zu berücksichtigen, dass die Vorteile für die Mieter aus sich heraus nicht in vollem Umfang **transparent** sind. Die Mieter sind zunächst für sich genommen mit einer Mieterhöhung konfrontiert, können die erreichte Verbrauchskostensenkung hierzu jedoch erst nach Abschluss des Abrechnungszeitraumes für die Heizkosten ins Verhältnis setzen. Ihnen wird nicht zugesichert, dass die Mieterhöhung warmmietenneutral bleibt. Zudem können sich auf Grund der Umstände des Einzelfalls durchaus Mieterhöhungen ergeben, die (zumindest anfangs) über der Verbrauchskostensparnis liegen. Arbeitet der Vermieter mit der 11-prozentigen Modernisierungsumlage, so wird dieses Problem aus Mietersicht noch einmal verschärft, weil diese den Eindruck erweckt, der Vermieter erhebe dauerhaft einen entsprechenden Zuschlag oberhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete. Psychologisch entsteht dadurch eine **Akzeptanzbarriere**, die von den Vermietern nicht ohne weiters überwunden werden kann. Dieses Problem dürfte einen nicht unbedeutenden Anteil daran haben, dass die Vermieter häufig die Spielräume der Modernisierungsumlage nicht ausschöpfen oder lieber gleich den Weg der „normalen“ Mieterhöhung über § 558 BGB gehen.

Im Übrigen bleibt aus Mietersicht festzuhalten, dass die „Beteiligung“ des Vermieters an den Vorteilen der Verbrauchskostenminderung in Gestalt von Mieterhöhungen in jedem Falle sowohl relativ als auch absolut zu einem **Abschmelzen** der wirtschaftlichen Vorteile auf Seiten der Mieter führt.

3.3.3.3 Die Vermieterseite

Auf der Vermieterseite geht die entscheidende Frage dahin, ob und ggf. wie sich die notwendigen, nicht unerheblichen Investitionen – möglichst mit einem zusätzlichen

Gewinn – refinanzieren lassen. Hierfür stellt das BGB zwei Möglichkeiten zur Verfügung: die „normale“ Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete nach § 558 BGB und die sog. Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB.

Anknüpfend an die Ausführungen in Kap. 3.3.3.1 ist festzuhalten, dass sich (auch anspruchsvolle) energetische Verbesserungsmaßnahmen unter bestimmten Ausgangsbedingungen unter Anwendung von **§ 558 BGB** (ggf. gewinnbringend) refinanzieren lassen. Dies gilt für zwei Grundkonstellationen:

1. wenn die Grundmiete zuvor einen so großen Abstand zur zulässigen Obergrenze des örtlichen Mietspiegels hat, dass die Modernisierungskosten darin aufgehen, und
2. wenn die energetische Verbesserung im Wohnungsmarkt vor Ort dadurch honoriert wird, dass der Wohnraum in eine qualitativ bessere Bewertungsklasse aufsteigt, bei der höhere Mieten realisiert werden können.²¹¹

Letzteres deutet sich in der Entwicklung der letzten Jahre zaghafte an, dass einige Gemeinden dazu übergegangen sind, die energetische Beschaffenheit mit zum Gegenstand der **Mietspiegel** zu machen.²¹² Bekanntestes Beispiel dafür ist der sog. ökologische Mietspiegel der Stadt Darmstadt.²¹³ Die Verpflichtung der EnEV zur Ausstellung von Energieausweisen kann dazu ebenfalls in gewissem Umfang beitragen; sie könnte dies wesentlich besser, wenn generell der bedarfsorientierte Energieausweis vorgeschrieben wäre anstatt der wenig aussagekräftigen verbrauchsbezogenen Variante, und wenn der bedarfsorientierte Ausweis hinreichend belastbare Aussagen über die Qualität der Gebäudehülle enthält.²¹⁴ Ob damit ein neuer Trend gesetzt werden kann, lässt sich noch nicht mit Bestimmtheit sagen. In der Vergangenheit spielte die energetische Beschaf-

²¹¹ Instrukтив die differenzierte Fallgruppendarstellung bei Enseling/Hinz (IWU), Wirtschaftlichkeit energetischer Sanierung im Gebäudebestand (2008), S. 30 ff./43 ff.

²¹² Vgl. Enseling/Hinz (IWU), Wirtschaftlichkeit energetischer Sanierung im Gebäudebestand (2008), S. 45 ff. m.w.N.

²¹³ Stadt Darmstadt, Amt für Wohnungswesen, Mietspiegel für Darmstadt 2008.

²¹⁴ Kritisch zur Aussagequalität des bedarfsbezogenen Passes in seiner jetzigen Gestalt IWU, Stellungnahme zum Entwurf der EnEV 2007, S. 4 ff.; vgl. auch Loga, Transparente Heizkostenabrechnung und Energiepass (2005).

fenheit des Wohnraums im Allgemeinen jedenfalls eine unbedeutende oder zumindest untergeordnete Rolle bei der Wohnungswahl.²¹⁵ Außerhalb derartiger Konstellationen – und damit in der Praxis vermutlich in der überwiegenden Zahl der Fälle – ist es die Aufgabe von **559 BGB** sicherzustellen, dass eine (gewinnbringende) Refinanzierung erfolgen kann. Nach dem Wortlaut von § 559 BGB müsste das eigentlich gewährleistet sein, weil die Modernisierungsmieterhöhung über den Amortisationszeitpunkt hinaus geltend gemacht werden kann. Bei statischer Betrachtung müsste sich eine Investition deshalb an sich nach rund neun Jahren amortisiert haben. Danach könnte der Vermieter die erhöhte Miete weiter verlangen, so dass er auf Dauer einen Gewinn vorantragen können müsste.²¹⁶

Diese Rechnung hinkt jedoch (wie bereits in Kap. 3.3.1.2 erläutert wurde), weil nicht bedacht wird, dass die Miethöhe ungeachtet der theoretisch zeitlich unbegrenzten Erhebung des Erhöhungsbetrages nach § 559 BGB an die **ortsübliche Vergleichsmiete** gebunden bleibt. Der Modernisierungszuschlag wird zwar zunächst getrennt von der Ursprungsmiete erhoben und bleibt für einen Zeitraum von drei Jahren bei der Ermittlung der Kappungsgrenze für Mieterhöhungen nach § 558 BGB unberücksichtigt (§ 558 Abs. 3 BGB). Danach ist er aber uneingeschränkter Bestandteil der Grundmiete, die ihrerseits an die ortsübliche Vergleichsmiete gebunden ist.²¹⁷ Deshalb wird der Zusatzbetrag aus § 559 BGB mehr oder weniger schnell durch die allgemeine (durchschnittliche) Mieterhöhung für vergleichbaren Wohnraum aufgezehrt.²¹⁸

Bildlich kann dieser Zusammenhang durch die nachfolgende Grafik des IWU (modellhaft) deutlich gemacht werden:

²¹⁵ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 22 f. m.w.N.

²¹⁶ Vgl. IFEU (2005): Verbrauchs- oder Bedarfsspass, S. 14; Klinski (2008), Stellungnahme zum Gesetzentwurf für das EEWärmeG, in: Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 16(16)394(B), S. 24 f.

²¹⁷ Ausdrücklich BGH, Urteil vom 10.10.2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848, 849; vgl. auch Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, Vor § 558 BGB, Rdnr. 5 m.w.N.

²¹⁸ Vgl. IWU, Mietrechtliche Möglichkeiten (2001), S. 17; Enseling/Hinz, Wirtschaftlichkeit energetischer Sanierung im Bestand (2008), S. 23 f.

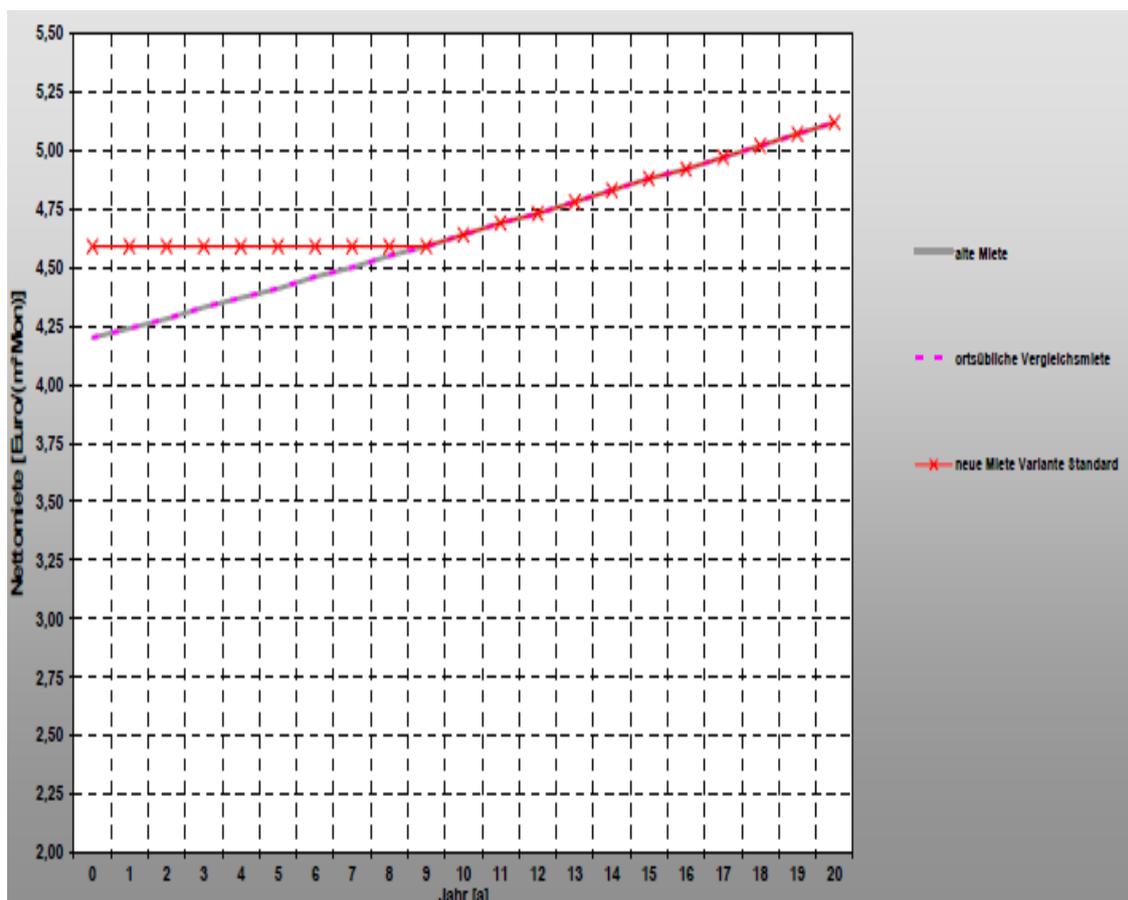


Abb. 4: Modell Mietentwicklung bei energetischen Verbesserungen bei Erhöhung nach § 559 BGB. Ausgangsbedingungen: Miete auf Niveau der ortsüblichen Vergleichsmiete, keine Höherstufung bei der ortsüblichen Vergleichsmiete durch Modernisierung (Quelle: IWU 2008).²¹⁹

Die rechtliche Konstruktion des Verhältnisses von §§ 558 und 559 BGB zueinander führt somit dazu, dass die wirtschaftlichen Vorteile der Mieterhöhung nach § 559 BGB aus Investorensicht für sich genommen nicht dauerhaft, sondern **nur vorübergehend spürbar** sind. Das gilt aber wiederum nicht oder nur eingeschränkt, *wenn* die Modernisierung *zugleich* einen Sprung in eine höhere Bewertungskategorie für die ortsübliche Vergleichsmiete bewirkt, an der die neue (Gesamt-) Miete nach Ablauf von drei Jahren im Anschluss an die Modernisierung dann zu messen ist. In diesem Fall ergibt sich zu

²¹⁹ Aus Enseling/Hinz (IWU): Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 23.

dem gewonnenen Mieterhöhungsspielraum aus § 558 BGB für einige Jahre sogar noch die Möglichkeit eines Zusatzgewinns aus der Modernisierungsumlage nach § 559 BGB.

Hinzu kommt das Problem, dass die **örtlichen Wohnungsmärkte** sehr verschiedenartige Ausgangsbedingungen bieten. Sie sind zum Teil von Wohnraumknappheit, zum Teil aber auch – insbesondere in einigen Abwanderungsgebieten Ost- und Westdeutschlands – von einem großen Wohnraumüberschuss bei niedriger Kaufkraft der Bewohnerschaft geprägt. Die Spielräume für Mieterhöhungen sind auf Grund der im letzten Jahrzehnt gesunkenen durchschnittlichen Realeinkommen und der Zunahme der Empfänger von Sozialleistungen vielerorts tendenziell kleiner geworden. Wer als Vermieter auf energetische Sanierungen setzt und zur Refinanzierung auf erhöhte Mieteinnahmen kalkuliert, muss davon überzeugt sein, dass er für sein verbessertes Wohnungsangebot auch genügend zahlungsfähige und zahlungswillige Mieter findet. Das ist möglich, wenn sich mieterseitig auf Grund der niedrigen Wohnnebenkosten gleichwohl mit einem Nettovorteil rechnen lässt, der sich am örtlichen Wohnungsmarkt auch vermitteln lässt. Solange dieses Kriterium am Markt aber nicht oder nur beschränkt ankommt, sind Unsicherheiten auf der Seite der potenziellen Investoren die Folge.

Vor diesem Hintergrund kommt das *IWU* in seinen jüngeren Ausarbeitungen zu Ergebnissen, nach denen sich Maßnahmen der energetischen Rundum-Sanierung von Bestandswohngebäuden aus der Sicht der Investoren im Falle der **anschließenden Neuvermietung** in aller Regel ohne weiteres als wirtschaftlich attraktiv darstellen, wenn hierbei auf einen anspruchsvollen, deutlich über dem Pflichtniveau der EnEV liegenden energetischen Qualitätsstandard mit Niedrigenergiehaus-Komponenten gesetzt wird. Interessanterweise ist die Wirtschaftlichkeit dabei tendenziell schlechter zu beurteilen, wenn stattdessen lediglich auf den Mindeststandard der EnEV für den Gebäudebestand gesetzt wird, weil die Mehrkosten des besseren Standards relativ unerheblich sind, während sich die deutlich größere Senkung der Verbrauchskosten am Markt als Attraktivi-

tätsvorteil ausspielen lässt und sich zusätzliche öffentliche Mittel in Anspruch nehmen lassen.²²⁰

Demgegenüber stellen sich nach diesen Erkenntnissen bei entsprechenden Maßnahmen im **vermieteten Bestand** deutlich heterogene Ergebnisse ein – je nachdem, wie gut die Aussichten zur Refinanzierung bzw. Gewinnerwirtschaftung im Hinblick auf die konkrete Marktsituation vor Ort sind.²²¹

Das deutet darauf hin, dass von den mietrechtlichen Vorschriften ein problematischer Anreiz dahin ausgeht, energetische Sanierungen vornehmlich im Falle einer Ausrichtung auf nachfolgende Neuvermietungen in Angriff zu nehmen, ihnen aber tendenziell reserviert gegenüberzustehen, wenn hierauf keine realistische Aussicht erkannt wird. In diese Richtung weisen auch die Erkenntnisse aus der übrigen Hemmnisanalyse des Mietrechts, da diese in vielerlei Hinsicht erhebliche praktische Schwierigkeiten erkennen lassen, im vermieteten Bestand energetisch zu sanieren. Das gilt namentlich für die Anwendung der Regelungen zur Duldungspflicht (siehe oben, Kap. 3.2.3) und für das Problem der während der Bauzeiten zu verkraftenden Mietausfälle (siehe oben, Kap. 3.4.1), aber auch für den mit § 559 BGB verbundenen hohen Berechnungs- und Erläuterungsaufwand (siehe oben, Kap. 3.3.2.3 und 3.3.2.4).

Eine allgemeine Tendenz, die energetische Beschaffenheit nur in den höherwertigen Wohnraumqualitäten in der Breite zu verbessern, wäre sowohl **sozial- als auch umweltpolitisch bedenklich**, denn dies würde einerseits sozialen Sprengstoff in sich bergen und andererseits zur Folge haben, dass die Gesamtstrategie der energetischen Sanierung in großen Bereichen des Wohnungsmarktes nicht ankäme.

Im Hinblick auf die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit ist weiter zu beachten, dass die Berechnungen des *IWU* auf mehreren Prämissen beruhen, die sich substantziell auf die Ergebnisse auswirken können. Hervorzuheben sind insbesondere zwei Aspekte:

²²⁰ Eingehend zum Ganzen Enseling/Hinz (IWU): Energetische Sanierung und Wirtschaftlichkeit (2006), S. 33 ff.; ferner Enseling/Hinz (IWU): Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 30 ff.

- einerseits die Annahme, dass die Verbesserungsmaßnahmen zu 100 % durch **Kredite** finanziert werden (mit der Folge, dass sich bei niedrigerem Finanzierungsanteil günstigere Wirtschaftlichkeitswerte erzielen lassen)²²²
- und andererseits die Berechnung der Wirtschaftlichkeit auf Grundlage der **Kapitalwertmethode**.²²³

Bei der Anwendung der Kapitalwertmethode wird zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit darauf abgestellt, ob sich die jeweiligen Maßnahmen gegenüber einer fiktiv angesetzten Mindestkapitalverzinsung als potenziell gewinnbringend darstellen. Es wird also unterstellt, dass vermierterseitig ein Interesse an der Investition nur besteht (bzw. ein eigener Vorteil nur gezogen werden kann), wenn sich ein oberhalb des Vergleichssatzes der Mindestkapitalverzinsung liegender Gewinn ergibt. In seinen jüngsten Untersuchungen legt das IWU dabei einen Zinssatz von 5 % bzw. 5,5 % zugrunde.²²⁴ Weitergehende längerfristige Zusatzvorteile des Vermieters (wie eine Verbesserung des baulichen Erhaltungszustands des Gebäudes) bleiben dabei unberücksichtigt.²²⁵

Methodisch ist zu beachten, dass die so beurteilte Wirtschaftlichkeit vom Wortsinne her nicht mit der **Refinanzierbarkeit** gleichgesetzt werden kann. Während es bei Refinanzierbarkeit nur darauf ankommt, ob der finanzielle Aufwand durch spätere Einnahmen vollständig wieder ausgeglichen wird, beurteilt die Kapitalwertmethode die Wirtschaftlichkeit danach, ob eine Maßnahme im Vergleich zu anderen Alternativen (hier: gegenüber dem Unterlassen der energetischen Verbesserung) hinreichend attraktiv ist, weil sie im Vergleich zu jener die **höheren Gewinnaussichten** verspricht.

Die Kapitalwertmethode ist im Rahmen der Betriebswirtschaft anerkannt und gängiger Standard zur Bewertung von Gewinnaussichten. Im Rahmen der mietrechtlichen Be-

²²¹ Eingehend Enseling/Hinz (IWU): Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 30 ff. sowie (zusammenfassend) 55 ff.; vgl. auch IWU: Querschnittsbericht (2007), S. 29 ff.

²²² Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 28.

²²³ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 28.

²²⁴ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 28; Enseling/Hinz (IWU): Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 43.

²²⁵ Vgl. IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 32 ff.

stimmungen ist ihre Anwendung auch konsequent, weil Investitionen in aller Regel nur dort stattfinden, wo sich der Vermieter hinreichende Gewinnaussichten verspricht. Im Kontext der Bewertung verschiedener Instrumente zur Durchsetzung der energetischen Gebäudesanierung stellt sich jedoch die weitergehende Frage, inwieweit es sinnvoll ist, dabei tragend auf Anreizmodelle zu setzen, deren Wirksamkeit davon abhängig gemacht wird, dass die Vermieter einen eigenen betriebswirtschaftlichen (Mindest-) Gewinn erlangen, der letztlich von anderen bezahlt werden muss und dazu führt, dass die gesellschaftlichen Gesamtkosten der energetischen Gebäudesanierung in die Höhe getrieben werden. Diese **Grundsatzfrage der Strategieausrichtung** wird weiter unten noch einmal aufzugreifen sein (siehe Kap. 4.3.1.3).

3.3.3.4 Folgerungen

Nach alledem kann festgehalten werden, dass das Investor-Nutzer-Dilemma jedenfalls aus der rein betriebswirtschaftlichen Brille der Vermieterseite trotz § 559 BGB kein Phantom ist, sondern für einen nicht unwesentlichen Teil der Marktverhältnisse durchaus Gültigkeit hat. Über die quantitative Relevanz lässt sich dabei keine belastbare Aussage machen. Im vorliegenden Zusammenhang war es lediglich möglich, die rechtlichen Strukturen danach abzu prüfen, ob und inwieweit ein Investor-Nutzer-Dilemma auf ihrer Basis entstehen kann.

Die Ergebnisse lassen sich für die **Vermieterseite** wie folgt zusammenfassen und bewerten:

1. Die Kosten energetischer Verbesserungsmaßnahmen können unter bestimmten Ausgangs- und Marktbedingungen durch Mieterhöhungen nach § 558 BGB im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete (ggf. gewinnbringend) refinanziert werden. Das setzt voraus, dass die Mieten nach erfolgter energetischer Verbesserung in dem jeweils erforderlichen Umfang erhöht werden können. Das ist in zwei Konstellationen denkbar: Entweder die Mieten haben zuvor entsprechend unterhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete gelegen oder die energetische Verbesserung bewirkt eine Höherbewertung im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete, die zu der jeweils erforderlichen Mieterhöhung berechtigt. Die

konkreten Marktverhältnisse müssen dabei die praktische Wahrnehmung der Möglichkeit zu einer auskömmlichen Mieterhöhung auch gestatten.

2. Lassen die örtlichen Verhältnisse die (gewinnbringende) Refinanzierung auf diese Weise nicht oder nicht vollständig zu, so kann durch den Gebrauch der Modernisierungsumlage nach § 559 BGB eine Zusatzeinnahme realisiert werden, die jedoch, weil die Umlage zum Bestandteil der Grundmiete wird und daher (bei steigenden Mieten) nicht auf Dauer zusätzlich zur ortsüblichen Vergleichsmiete vereinnahmt werden kann: Geht man davon aus, dass die ortsübliche Vergleichsmiete allmählich ansteigt, so geht die Umlage nach und nach in der ortsüblichen Vergleichsmiete auf. Für einen Teil der Objekte ist anzunehmen, dass durch die Umlage die Schwelle zur Wirtschaftlichkeit aus Vermietersicht erreicht werden kann. Das gilt aber nicht generell. Für den verbleibenden Anteil – der vermutlich recht groß ist, hier mangels belastbarer Erkenntnisgrundlagen aber nicht näher quantifiziert werden kann – lässt es sich rechtfertigen, davon zu sprechen, dass der Vermieter keinen (aus seiner Sicht befriedigenden) wirtschaftlichen Nutzen aus der energetischen Verbesserung ziehen kann (also ein Investor-Nutzer-Dilemma besteht).

Zugleich ist aus dem **Blickwinkel der Mieter** festzuhalten, dass energetische Verbesserungen grundsätzlich sehr hohe Minderungen bei den Verbrauchskosten bewirken *können*. Entscheidet sich ein Vermieter für energetisch gut wirksame Maßnahmen, die auch in der gebotenen Qualität ausgeführt werden, so spricht vom Ansatz her viel dafür, dass sich solche Maßnahmen warmmietenneutral umsetzen lassen oder Netto-Vorteile bei den Mietern verbleiben, auch wenn der Vermieter sie gewinnbringend refinanziert. Es können also durchaus sog. Win-Win-Situationen entstehen.

Das kann aber durch die mietrechtlichen Vorschriften nicht garantiert werden.²²⁶ Insbesondere kann es vorkommen, dass der Vermieter Maßnahmen durchführen lässt, die eine vergleichsweise geringere Senkung der Verbrauchskosten mit sich bringen, z. B. weil er sich für einen nur mäßigen Wärmedämmstandard entscheidet, obwohl der besse-

²²⁶ Hierauf weisen zu Recht auch Ekardt/Heitmann hin, in: RdE 2009, 118/120 ff.

re nur unwesentlich teurer wäre, oder weil die qualitative Ausführung der Arbeiten mangelhaft bleibt. Es ist aber auch denkbar, dass er besonders anspruchsvolle energetische Verbesserungen verwirklicht, die sich wegen der relativ höheren Kosten auf kürzere Sicht nicht als warmmietenneutral darstellen. Auf längere Sicht verbessert sich die Position der Mieter allerdings, weil zu erwarten ist, dass die Brennstoffkosten tendenziell stärker ansteigen als die Mieten, so dass der relative Vorteil der Verbrauchskosteneinsparung größer wird.

Alles in Allem kann gefolgert werden, dass die einschlägigen mietrechtlichen Vorschriften in ihrer jetzigen Form aus der Perspektive der potenziellen Investoren nicht für alle relevanten Fallsituationen in der Breite wirksame Anreizstrukturen für Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung bereithalten. Für die Mieter ist das insofern von Nachteil, als es dazu führen kann, dass ihnen an sich nutzbringende energetische Sanierungsmaßnahmen unterbleiben.

Eine weitergehende – hier nicht beantwortbare – Frage ist, ob dem Investor-Nutzer-Dilemma die in einigen öffentlichen Äußerungen zum Ausdruck kommende dominierende **praktische Bedeutung** für Investitionsentscheidungen zur energetischen Sanierung²²⁷ im Wohnraumbestand zukommt. Ohne an dieser Stelle auf konkrete Untersuchungen zurückgreifen zu können, erscheint doch in Anknüpfung an die oben erfolgte Beschreibung der Breite des Motivations- und Problemhintergrundes (siehe Kap. 2.4) die Vermutung nahe liegend, dass die Mehrzahl insbesondere der privaten Einzelvermieter bislang in aller Regel keine tiefgehenden Untersuchungen der Wirtschaftlichkeit angestellt hat, sondern sich bislang üblicherweise von erheblich schlichteren Überlegungen hat leiten lassen und sich mit den Chancen und Notwendigkeiten energetischer Sanierungen für das eigene Gebäudeobjekt bisher nicht offen und intensiv auseinandergesetzt hat. In derartigen Fällen kann das Investor-Nutzer-Dilemma nicht als rationale Überlegung eine Rolle gespielt haben, sondern allenfalls in der Form eines ungeprüften Vorbehalts.²²⁸

²²⁷ Relativierend auch IWU, Stellungnahme zum Entwurf der EnEV 2009, S. 16.

²²⁸ In diese Richtung dezidiert auch Ekardt/Heitmann, RdE 2009, 118/119 f.; vgl. für den Ein- und Zweifamilienhausbestand auch die Befragung der Technomar (2005) S. 55 ff.

Ein nicht unerheblicher Teil der Gebäudeeigentümer wagt sich vermutlich zudem schlicht deshalb nicht an grundlegende energetische Verbesserungsmaßnahmen heran, weil sich die Wirtschaftlichkeit der Maßnahmen in Ansehung der (zum Teil unwägbar) örtlichen Marktverhältnisse auf Grundlage der gegebenen mietrechtlichen Vorschriften **nicht klar genug überschauen** lässt. Da Wohnimmobilien im Allgemeinen eher als sichere Kapitalanlage begriffen werden, kann angenommen werden, dass die Risikobereitschaft auch in dieser Hinsicht in der Regel eher begrenzt ist – mit der Folge, dass ein beträchtlicher Anteil der an sich vorhandenen wirtschaftlichen Potenziale ungenutzt bleibt.

Aus der Sicht des **Klimaschutzes** ist zur Funktionsweise der Mieterhöhungsregelungen im Übrigen noch Folgendes zu bemerken:

- Die §§ 558 und 559 BGB setzen im Hinblick auf an sich wünschenswerte, besonders anspruchsvolle energetische Veränderungen im Gebäudebestand keine besonderen Anreize, sondern wirken diesen tendenziell sogar entgegen, indem sie die Spielräume für Mieterhöhungen begrenzen. Denn je anspruchsvoller die Maßnahmen sind, desto höher ist der Finanzierungsbedarf auf Seiten der Vermieter. Die Möglichkeiten zur Umlegung der Kosten auf die Miete sind aber ungeachtet des erreichten Verbesserungsstandards und der erzielbaren Verbrauchskostenminderung grundsätzlich gleich groß. Daher werden die Vermieter in der Tendenz versuchen, sich bei der Konzipierung von energetischen Maßnahmenpaketen jeweils an dem Kostenniveau zu orientieren, das sich in der jeweiligen örtlichen Situation unter Gebrauch von §§ 558 und 559 BGB aus ihrer Sicht zufrieden stellend refinanzieren lässt. In der Regel (d.h. abgesehen von besonders günstigen Marktlagen) werden die Vermieter aus Gründen der Risikovermeidung dazu neigen, die Mieterhöhungsspielräume und damit auch die Möglichkeiten der Refinanzierung von energetischen Verbesserungen eher vorsichtig einzuschätzen.
- Die Restriktionen für Mieterhöhungen sind vor dem Hintergrund der Aufgaben und Ziele des sog. sozialen Mietrechts konsequent, weil sie dem Ausgleich der beiderseitigen Interessen dienen. Von daher ist es vernünftig, sie auch im Kontext der energetischen Gebäudesanierung nicht grundsätzlich aufzugeben. Um angemessene

Anreize für besonders anspruchsvolle Maßnahmen zu setzen, ist daher eine passend zugeschnittene öffentliche Förderung wichtig, mit deren Hilfe die Refinanzierungslasten auf der Vermieterseite und in der Folge auch die Mietbelastungen überschaubar gehalten werden können.

- Ungeachtet dessen fällt auf, dass die §§ 558 und 559 BGB die mieterseitigen Kostenvorteile nicht in spezifischer Weise adressieren. Mit diesen wird zwar allenthalben argumentiert, sie spielen aber bei der praktischen Anwendung der Bestimmungen keine Rolle. Konkret: Die mieterseitigen Verbrauchskostenvorteile werden durch keine der Vorschriften zum Kriterium für die Zulässigkeit von Mieterhöhungen erhoben. Hierin liegt möglicherweise ein sinnvoller Ansatzpunkt für ein neues Instrument, mit dem gezielt ein Anreiz für besonders wirksame energetische Verbesserungsmaßnahmen gesetzt werden könnte.

3.4 Gebrauchstauglichkeit und Mietminderung

3.4.1 Mietminderung während der Bauphase

Die wirtschaftliche Kalkulation auf der Vermieterseite wird ungeachtet der späteren Miethöhe maßgeblich auch durch die während der Bauzeit entstehenden Mietausfälle beeinflusst. Während laufender baulicher Arbeiten reduziert sich die Miete nämlich nach Maßgabe von § 536 BGB wegen eines **Mangels** der Mietsache, sofern die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts nicht nur unerheblich gemindert ist. In der Immobilienwirtschaft und der Rechtsliteratur wird dieser Umstand zum Teil zu den bedeutsamsten Hemmnissen des Mietrechts für die energetische Sanierung gezählt.²²⁹

²²⁹ Kritisch insb. Schepers, BTR 2007, S. 158/159; Warnecke, DWW 2007, S. 282/282 f.; des Weiteren die unter fachlicher Mitwirkung von Bethge und Partner – Immobilienanwälte – entstandene Ausarbeitung „Ziele und Eckpunkte eines Gesetzentwurfs zur Beseitigung von Hemmnissen des Mietrechts für die energetische Sanierung“ des Immobilienverbands Deutschland (IVD), 2008, S. 5; ferner Haus & Grund Deutschland, Stellungnahme „Notwendige Novel-

Praktisch können sich durch die von baulichen Arbeiten am Gebäude und in der Wohnung ausgehenden vorübergehenden Beeinträchtigungen unter Umständen ganz **erhebliche Mietausfälle** ergeben, weil sich insbesondere Arbeiten an Fassaden, Decken, Dächern sowie an Leitungssystemen über mehrere Wochen und Monate hinziehen und hierbei die Wohnqualität deutlich herabsetzen können. *Warnecke* schätzt, dass der Vermieter bei energetischen Sanierungsarbeiten mit vorübergehenden Mietausfällen in der Größenordnung von 50 bis 100 % kalkulieren müsse und führt dazu schlaglichtartig eine Reihe von Einzelbeispielen an.²³⁰

Das erscheint (jedenfalls den unteren Wert betreffend) etwas hoch gegriffen, aber keineswegs unrealistisch, wenn umfangreiche, mit Minderungen der Belichtung, Lärm und Schmutz verbundene Änderungsarbeiten durchgeführt werden müssen oder wenn die Wohnung selbst in Anspruch genommen wird. In gravierenden Fällen von Beeinträchtigung der Wohnqualität durch Bauarbeiten kann die Mietminderung anerkanntermaßen durchaus die Höhe von bis zu 100 % erreichen.²³¹ Das gilt selbstverständlich immer, wenn die Wohnung vorübergehend unbewohnbar ist.²³² Alleine für das Anbringen eines mit einer Plane verhangenen Gerüsts ist (ohne Berücksichtigung von Lärm- und Schmutzeinwirkungen) mit einem Mietabschlag in der Größenordnung zwischen 15 und 30 % zu rechnen.²³³

Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass die Mietminderung nicht dadurch in Frage gestellt oder reduziert wird, dass der Mieter mit der Maßnahme einverstanden ist oder diese nach § 554 BGB dulden muss.²³⁴ Auch der Umstand, dass der Mieter die Wohnung tagsüber aus beruflichen oder sonstigen Gründen nicht nutzt, soll nicht zur Unerheblichkeit des Mangels führen.²³⁵ Auf ein Verschulden des Vermieters kommt es ohnehin

lierungen des Mietrechts zur Ermöglichung energetischer Sanierungen (A.) sowie zum energiesparenden Betrieb von Heizungsanlagen (B.)“, 2007, S. 1 f.

²³⁰ *Warnecke*, DWW 2007, S. 282, 282 f. m.w.N.; vgl. auch *Schepers*, BTR 2007, S. 158/159.

²³¹ *Schmidt-Futterer* (Eisenschmid), Mietrecht, § 536 Rdnr. 123 m.w.N.

²³² *Blank/Börstinghaus* (Blank), *Miete*, § 536 Rdnr. 14.

²³³ 15 %: *AG Hamburg WuM* 1996, S. 30; 30 %: *KG, GE* 2001, S. 620/621.

²³⁴ Vgl. *KG GE* 2002, 257; *LG Mannheim WuM* 1986, 139; *LG Berlin GE* 1997, 619; *Blank/Börstinghaus* (Blank), *Miete*, § 536 Rdnr. 14.

²³⁵ *Schmidt-Futterer* (Eisenschmid), *Mietrecht*, § 536 Rdnrn 46 und 123 m.w.N.

nicht an.²³⁶ Die Mietausfälle können bei späteren Mieterhöhungen nach § 559 BGB nicht zur Anrechnung gebracht werden.²³⁷

Eine besondere Unannehmlichkeit liegt für den Vermieter darin, dass die Mietminderung nicht nur dann greift, wenn der Mieter einen Minderungsanspruch geltend macht, sondern kraft Gesetzes eintritt.²³⁸ Das führt dazu, dass die Mieter ihr Minderungsverlangen sogar noch nachträglich stellen und sich der Vermieter nicht darauf berufen kann, der Mieter hätte sein Verlangen frühzeitiger geltend machen müssen. Selbst bei zunächst widerspruchsloser Zahlung der vollen Miete kann der Mieter von den Rückforderungsmöglichkeiten aus §§ 812 ff. BGB Gebrauch machen.²³⁹

3.4.2 Mangelnder Wohnkomfort durch Energieeinsparung?

In der aus dem Jahr 2007 stammenden Stellungnahme des Bundesverbandes *Haus & Grund* wird darüber hinaus problematisiert, dass die Rechtsprechung Schwierigkeiten für den energiesparenden Betrieb von Heizanlagen aufgebaut habe, indem sie für die Gewährleistung der Gebrauchstauglichkeit von Wohnraum hohe Mindestanforderungen aufgestellt habe. Im Einzelnen werden dabei folgende Maßstäbe angeführt:

- In Wohnräumen sei grundsätzlich eine Raumtemperatur von 20 Grad Celsius zu gewährleisten;
- nachts (d. h. zwischen 0 Uhr und 6 Uhr) sei eine Raumtemperatur von 16 Grad in den Wohnräumen zu gewährleisten;
- dies gelte für alle Räume der Wohnung – inkl. Wintergärten, Abstellkammern, u. ä.; die Betriebspflicht mit entsprechenden Mindesttemperaturen gelte für Winter und Sommermonate;

²³⁶ Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 536 Rdnr. 314.

²³⁷ Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 559 Rdnr. 161.

²³⁸ Grundlegend BGH, Urteil vom 29. Oktober 1986 - VIII ZR 144/85, NJW 1987, S. 432.

²³⁹ IVD / Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008), S. 5; vgl. auch Schepers, BTR 2007, S. 158/159; ferner Warnecke, DWW 2007, S. 282/283.

- eine im Sommer ausgeschaltete Heizungsanlage sei wieder in Betrieb zu nehmen, wenn die Temperatur in den Räumen nur an einem Tag unter 16 Grad sinkt und nicht mit einer Steigerung auf 20 Grad in den nächsten zwei Tagen gerechnet werden könne;
- eine formularmietvertragliche Einschränkung der Tagzeit auf 9 Uhr bis 22 Uhr sei ebenso unzulässig, wie die Vereinbarung einer Mindesttemperatur von 18 Grad.²⁴⁰

Dieser Kritik kann bereits aus **fachlichen Erwägungen** heraus nicht gefolgt werden. Die angeführten Beispiele lassen keine besonderen Herausforderungen für die Ziele der Energieeffizienz und der Energieeinsparung erkennen. Für den energieeffizienten (und damit im Ergebnis auch Energie einsparenden) Betrieb von modernen Heizungsanlagen in Gebäuden mit durchschnittlichem – und erst recht mit überdurchschnittlichem – Wärmedämmungsstandard sind größere Temperaturschwankungen zwischen Tag und Nacht oder zwischen verschiedenen Räumlichkeiten eher ungünstig. Eine energiesparende Betriebsweise wird durch zu große Temperaturunterschiede erschwert. Im Allgemeinen kann im Übrigen davon ausgegangen werden, dass modernere (energieeffizienter arbeitende) Heizanlagen und Wärmedämmung nicht zu vermindertem Wohnkomfort im Hinblick auf die Beheizbarkeit von Innenräumen kommt, sondern meist zu Verbesserungen durch bessere Regelbarkeit, geringere Temperaturschwankungen, Vermeidung von Zugluft oder geringere Feuchte Kondensation. Ein Betrieb auf sehr niedrigem Temperaturniveau ist damit nicht notwendigerweise verbunden.

3.4.3 Anforderungen des sommerlichen Wärmeschutzes

Wohn- und Gewerberäume müssen grundsätzlich so beschaffen sein, dass auch in den Sommermonaten erträgliche Innentemperaturen hergestellt werden können. Zu hohe **sommerliche Innentemperaturen** können dazu führen, dass Mieter Ansprüche auf Sonnenschutzvorkehrungen, auf Klimatisierung von Räumen oder – umgekehrt – auf Mietminderung wegen eines Mangels der Gebrauchstauglichkeit erheben.

Aus dem Blickwinkel des Klimaschutzes sind Ansprüche auf eine Herabsetzung der Innentemperatur in den Sommermonaten vor allem dann problematisch, wenn sie darauf hinauslaufen, den Einsatz von **Klimaanlagen** zu fordern. Denn Klimaanlagen haben einen außerordentlich großen Strombedarf und verschlechtern die Primärenergiebilanz des Gebäudes erheblich. Außerdem werden sie nach heutigem Standard zumeist mit besonders klimaschädlichen Kältemitteln betrieben. Aber auch andere bauliche und technische Maßnahmen können in einem Zielkonflikt zum Klimaschutz stehen. So verschlechtern z.B. Sonnenschutzverglasungen den von außen zugeführten Wärmeeintrag auch außerhalb der Sommermonate und steigern deshalb den Heizenergieverbrauch. Andere Anlagen und Geräte (wie z.B. elektrisch betriebene Lüftungsanlagen) sind ebenfalls mit einem (allerdings meist weniger erheblich) erhöhten Stromverbrauch verbunden.

Die Rechtsprechung einer ganzen Anzahl von Gerichten hat, einer Entscheidung des *OLG Hamm* aus dem Jahr 1994²⁴¹ folgend – in dieser Hinsicht ein beträchtliches Problempotenzial aufgebaut, indem für **Büro- und Arbeitsräume** die allgemeine Forderung entwickelt wurde, der Vermieter habe für normale Arbeitsräume zu gewährleisten, dass bei einer Außentemperatur *von bis zu 32°C die Innentemperatur 26°C nicht übersteigt* und bei höheren Temperaturen die Innentemperatur *mindestens 6°C unter der Außentemperatur liegt*²⁴². Auf den Bereich der **Wohnräume** ist diese Rechtsprechung nicht unmittelbar übertragbar, weil sie auf arbeitsschutzrechtlichen Erwägungen beruht. In der Rechtsprechung zum Wohnungsmietrecht wird aber inhaltlich zum Teil in die gleiche Richtung argumentiert.²⁴³

²⁴⁰ Haus & Grund, Stellungnahme (2007), S. 5.

²⁴¹ OLG Hamm, Urteil vom 18. Oktober 1994 - 7 U 132/931995, NJW-RR 1995, S. 143.

²⁴² OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. Juni 1998 - 24 U 194-96, NJW-RR 1998, S. 1307; OLG Rostock, Urteil vom 29. Dezember 2000 - 3 U 83/98, NJW-RR 2001, S. 802; KG, Urteil vom 2. September 2002, 8 U 146/01; OLG Naumburg, Urteil vom 17. 6. 2003 - 9 U 82/01, NZM 2004, S. 343; OLG Hamm (erneut), Urteil vom 28. Februar 2007, 30 U 131/06; LG Bielefeld, Urteil vom 26. März 2003, 3 O 411/01, IBR 2003, 474; zusammenfassend dazu Blank/Börstinghaus (Blank), *Miete*, § 536 Rdnrn. 46 f.

²⁴³ Vgl. AG Hamburg, Urteil vom 10. Mai 2006, 46 C 108/04; dazu Börstinghaus, *jurisPR* 5/2007, Anm. 2.

Dieser – in der spezifischen Rechtsliteratur kritisch aufgenommenen²⁴⁴ – Rechtsprechungslinie ist im Jahr 2007 das *OLG Frankfurt/Main* entgegengetreten. Danach ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Mietsache im Hinblick auf die Anforderungen des sommerlichen Wärmeschutzes den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen muss, die in Anforderungen des **öffentlichen Bau- und Energieeinsparungsrechts** ihren Ausdruck finden. Ausgangspunkt dessen sind die Bestimmungen der Energieeinsparverordnung, welche die Einhaltung bestimmter Sonneneintragskennwerte fordern, praktisch also, dass der Sonneneintrag durch geeignete Maßnahmen auf ein Mindestmaß beschränkt wird.²⁴⁵ Hat der Mieter Büroräume ohne Klimatisierung gemietet und genügt der sommerliche Wärmeschutz den Anforderungen dieser Vorgabe der EnEV, so ist eine gleichwohl entstehende hohe Innentemperatur nicht als Mangel zu bewerten, sondern dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen; gegebenenfalls ist es seine Sache und nicht diejenige des Vermieters, für niedrigere Innentemperaturen zu sorgen.²⁴⁶

Zu Recht kommt das *OLG Frankfurt/Main* zu dem Ergebnis, dass aus den **arbeitschutzrechtlichen Vorgaben** nichts anders hergeleitet werden könne und die Rechtsprechung des *OLG Hamm* darin keine Stütze finde.²⁴⁷ Denn die maßgebende arbeitschutzrechtliche Vorschrift der Arbeitsstätten-Richtlinie stellt lediglich einen Soll-Richtwert auf, keinen Maximalwert. Dort heißt es ausdrücklich: „Die Lufttemperatur in Arbeitsräumen soll +26 °C nicht überschreiten. Bei darüber liegender Außentemperatur darf in Ausnahmefällen die Lufttemperatur höher sein.“²⁴⁸

Aus der seitens des *OLG Hamm* zur Begründung weiter herangezogenen DIN 1946-2 ergibt sich nichts anderes. Diese DIN-Vorschrift, die sich an die Hersteller und Installa-

²⁴⁴ Vgl. Busse, NJW 2004, S. 1982; Harms, NZM 2005, S. 441; Herrlein, NZM 2007, S. 719; Pfeifer, jurisPR-MietR 9/2007 Anm. 2.

²⁴⁵ Danach ist die Menge des Sonneneintrags zu begrenzen durch Einhaltung der Sonneneintragskennwerte nach Anhang 1 Nr. 2.9 und Anhang 2 Nr. 4 der EnEV; zur Berechnung ist die DIN 4108-2 heranzuziehen.

²⁴⁶ OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 19. 1. 2007 - 2 U 106/06, NZM 2007, S. 330 ff.

²⁴⁷ OLG Frankfurt a. M., a.a.O. S. 330, 332 f.

²⁴⁸ Arbeitsstätten-Richtlinie zur Raumtemperatur ASR 6, Ausgabe: Mai 2001, BArbBl. 6-7/2001, S. 94.

teure von Klimaanlage und die Architekten richtet (und nicht an Arbeitgeber im Verhältnis zu Arbeitnehmern oder Vermieter im Verhältnis zu Mietern), verlangt es, klimatische Anlagen für Außentemperaturen von 32 °C oder mehr so auszulegen, dass die Temperaturdifferenz (nach unten!) **nicht mehr** als 6 °C beträgt, um beim Eintritt in die Räumlichkeiten „Kälteschocks“ zu vermeiden.²⁴⁹ Das *OLG Hamm* – und ihm folgend die bisherige Mehrzahl der Gerichtsentscheidungen – verkehrt diese Aussage in Verkennung ihres sachlichen Gehalts in ihr Gegenteil, wenn stattdessen gefordert wird, die Temperatur müsse „**mindestens**“ um 6 °C niedriger als die Außentemperatur liegen.

Durch die verbreitete gerichtliche Entscheidungspraxis der vergangenen Jahre hat sich eine bedenkliche Tendenz zur Überhöhung des sommerlichen Wärmeschutzes entwickelt, über die noch nicht sicher gesagt werden kann, ob sie durch die gegenläufige Entscheidung des OLG Frankfurt/Main ihr Ende gefunden hat. Von daher wird im Rahmen der Erörterung von Lösungsvorschlägen auch darüber nachzudenken sein, ob sich sinnvolle **Eingrenzungen innerhalb des Mietrechts** finden lassen.

3.5 Mieteransprüche auf Energieeffizienzmaßnahmen?

Auf den ersten Blick liegt es nicht nahe anzunehmen, Mieter könnten einen Anspruch auf Gewährleistung eines bestimmten, über den ursprünglichen Zustand hinausgehenden Energieeffizienzstandard der Mietsache haben, im Falle der Nichteinhaltung Ansprüche auf Beseitigung oder Mietminderung geltend machen oder hieran anknüpfend Schadensersatzansprüche erheben. Denn nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB schuldet der Vermieter dem Mieter lediglich die Erhaltung der Mietsache (der Wohnung oder des Gebäudes) zum vertragsgemäßen Gebrauch. Dementsprechend sieht das Gesetz in § 536 Abs. 1 eine Befreiung von der Mietzahlung bzw. deren Herabsetzung (Mietminderung) wegen eines Mangels nur vor, wenn von Anfang an ein Mangel vorliegt oder während

²⁴⁹ Deutsches Institut für Normung: DIN 1946-2:1994-01 – Raumluftechnik –, Teil 2: Gesundheitstechnische Anforderungen (mittlerweile aufgehoben). Vgl. auch Voss et.al.: Energieeinsparung contra Behaglichkeit (2007), S. 20.

der Mietzeit entsteht, der die Tauglichkeit der Mietsache für ihren vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder mindert.²⁵⁰

Auf dieser Grundlage herrscht die Auffassung vor, Mieter könnten (abgesehen von dem Sonderfall einer speziellen Vereinbarung) eine Anhebung des Energieeffizienzstandards der Wohnung grundsätzlich auch dann nicht beanspruchen, wenn durch die Energieeinsparverordnung (EnEV) bestimmte energetische Verbesserungen an Bestandsgebäuden verlangt werden.²⁵¹

Dem steht nicht entgegen, dass die **EnEV** bestimmte energetische Veränderungen auch für den Gebäudebestand gebietet, denn die EnEV richtet lediglich staatlicherseits Forderungen an den Gebäudeeigentümer. Sie trifft grundsätzlich keine Aussagen über unmittelbare Ansprüche im Verhältnis zwischen Mieter und Vermieter.

Die Aufstellung zivilrechtlicher Ansprüche auf Einhaltung von in der EnEV gesetzten energetischen Standards zwischen Vermieter (Gebäudeeigentümer) und Mieter (oder auch anderen Dritten, z.B. Kauf- oder Mietinteressenten) in der EnEV wäre zwar von der Ermächtigungsgrundlage im EnEG gedeckt (vgl. § 5 Abs. 4 EnEG, der ausdrücklich gestattet, in den nach dem Gesetz erlassenen Rechtsverordnungen näher zu bestimmen, wie sich die Regelungen auf die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten auswirken). Der Wortlaut der EnEV lässt aber – anders als § 2 der HeizKV²⁵² – nicht erkennen, dass in Bezug auf die verschiedenen Vorgaben für Bestandsgebäude von dieser Regelungsbefugnis Gebrauch gemacht worden ist oder werden sollte. Speziell im Falle der Energieausweise liegt es anders, weil § 16 Abs. 2 EnEV im Einklang mit der betreffenden Ermächtigungsgrundlage in § 5a Nr. 7 EnEG ausdrücklich bestimmt, dass die Energieausweise bestimmten Dritten zugänglich zu machen sind.²⁵³

²⁵⁰ Vgl. nur Blank, WuM 2008, S. 311 ff. m.w.N.

²⁵¹ Eingehend in diesem Sinne Blank, WuM 2008, S. 311 ff. m.w.N. und Friers, WuM 2008, S. 255 ff. m.w.N.; weitergehend mit beachtlichen Überlegungen jedoch Artz, WuM 2008, S. 259 ff. m.w.N.

²⁵² Dort ist ausdrücklich bestimmt, dass die Bestimmungen der HeizKV rechtsgeschäftlichen Bestimmungen vorgehen.

²⁵³ Differenzierend zur zivilrechtlichen Bedeutung der Energieausweise Blank, WuM 2008, S. 311/315 f.

Folglich geht die Rechtsliteratur einheitlich davon aus, dass die Vorgaben der EnEV im Übrigen allenfalls eine mittelbare Bedeutung im Zivilrecht erlangen können, soweit sich hierfür eine bezugsfähige zivilrechtliche Anspruchsgrundlage ergibt.²⁵⁴ Auf der konkreten Ebene lassen sich in der Rechtsliteratur dabei allerdings **Unsicherheiten** und **Meinungsverschiedenheiten** erkennen, die darauf hindeuten, dass sich hier in den kommenden Jahren möglicherweise Bewegungen zeigen werden.²⁵⁵

Für die bestehende Rechtslage geht z.B. *Friers* – unter Betonung des Grundsatzes, dass es auf den vertraglich vereinbarten Zustand ankomme – recht kategorisch davon aus, die Mieter könnten von der EnEV gebotene energetische Verbesserungen wie den Austausch von alten Heizkesseln, die nachträgliche Dämmung von Leitungen oder die Vornahme von Dämmmaßnahmen für Bauteile praktisch in keinem Falle verlangen und auch keine hierauf bezogenen Ausgleichsansprüche stellen, weil die EnEV nur einen gesetzlich gewünschten, aber nicht den üblichen Standard abbilde.²⁵⁶ Demgegenüber leitet *Artz* aus dem Charakter des Mietvertrags als Dauerschuldverhältnis ab, dass die Mieter (nach Ablauf der jeweiligen Änderungsfristen) einen Anspruch auf Durchführung derjenigen Maßnahmen haben, die nach Maßgabe der EnEV als verbindliche Mindeststandards vorgegeben werden, weil solche Standards mit Fristablauf zu allgemein üblichen Standards würden. Hiervon ausgehend könnten Mieter gegebenenfalls auch Schadensersatzansprüche geltend machen.²⁵⁷ *Blank* teilt diese weitreichenden Interpretationen nicht, sieht seitens der Mieter aber immerhin die Möglichkeit, unter Berufung auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz aus § 556 Abs. 3 BGB Einwendungen gegen Verbrauchskostenabrechnungen zu erheben, wenn durch unterlassene Anpassung an in der EnEV vorgegebene Mindeststandards im Vergleich zum üblichen Standard höhere

²⁵⁴ Zur Bedeutung der EnEV für das Mietverhältnis siehe wiederum einerseits *Blank*, WuM 2008, S. 311, und *Friers*, WuM 2008, S. 255, andererseits *Artz*, WuM 2008, S. 259.

²⁵⁵ Spezifische Rechtsprechung liegt zu dem Problemkreis noch nicht vor.

²⁵⁶ Vgl. *Friers*, WuM 2008, S. 255/256 ff.

²⁵⁷ Vgl. *Artz*, WuM 2008, S. 259/261 ff.; speziell zur Frage, ob ein Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zu Schadensersatzansprüchen oder zum Anspruch auf reduzierte Kostenumlage führt, siehe *Schmid*, ZMR 2007, 177.

Verbrauchskosten entstanden sind.²⁵⁸ Der *BGH* hat wiederum in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007 ausgesprochen, dass sich aus einem Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz grundsätzlich kein Modernisierungsgebot ableiten lässt; dabei hat er aber ausdrücklich offen gelassen, ob etwas anders gilt, wenn der Verstoß auf die Nichteinhaltung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zum Austausch einer alten Heizanlage zurückzuführen ist.²⁵⁹

Die betreffenden Fragen werden die Rechtsprechung in den kommenden Jahren sicher häufiger beschäftigen. Sie können hier nur angedeutet, jedoch nicht abschließend geklärt werden. Im Kontext der vorliegenden Untersuchung lassen sie vor allem erkennen, dass zu den konzeptionell zu diskutierenden Lösungsvorschlägen für die Beseitigung des Staus energetischer Gebäudesanierung auch solche zählen können, die auf ein engeres Zusammenspiel mit öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zielen. Denkbar wäre es in diesem Sinne insbesondere, in der EnEV für geeignete Fallgestaltungen ausdrücklich vorzusehen, dass die Mieter durch Durchführung bestimmter Maßnahmen verlangen können.

3.6 Abrechnung von Verbrauchskosten

Auch die Vorschriften zur Abrechnung der Verbrauchskosten sollen hier nur insofern angesprochen werden, als es speziell um die Bedeutung für energetische Standards und Verbesserungsmaßnahmen geht.

Auf praktische Schwierigkeiten mit den gesetzlichen Betriebskostenvorgaben wird in der Rechtsliteratur für bestimmte Fälle des **Austauschs des Energieträgers**²⁶⁰, für den

²⁵⁸ Vgl. Blank, WuM 2008, S. 311/315 f.; ähnlich (eingehend zum Wirtschaftlichkeitsgebot) Schwintowski, WuM 2006, S. 115 ff.

²⁵⁹ BGH, Urteil vom 31. Oktober 2007 - VIII ZR 261/06, NJW 2008, S. 142/142 f.; entgegen Schwintowski, WuM 2006, S. 115 ff.

²⁶⁰ Vgl. Warnecke, DWW 2007, S. 282, 285; ferner Haus & Grund (2007), S. 4 f.

Wechsel zum Wärmecontracting²⁶¹ sowie generell für **neue Betriebskostenpositionen** hingewiesen, auf die sich der bestehende Mietvertrag nicht erstreckt²⁶².

Die mietrechtlichen Vorschriften des BGB überlassen es grundsätzlich den Vertragsparteien, den Abrechnungsmodus für die Betriebskosten festzulegen (vgl. § 556 BGB). Hinsichtlich des anzuwendenden Abrechnungsmaßstabs ist § 556a BGB zu beachten, der für den Fall einer individuellen Erfassung des Verbrauchs grundsätzlich eine verbrauchsabhängige Umlegung verlangt. § 560 BGB wiederum regelt die Verfahrensweise bei Veränderungen der Höhe der Betriebskosten.

§ 556 Abs. 3 Satz 1 BGB statuiert den eben bereits erwähnten **Wirtschaftlichkeitsgrundsatz**, nach dem der Vermieter Betriebskosten nur umlegen darf, die in einem objektiv vertretbaren Kosten-Nutzen-Verhältnis stehen. Verbrauchskosten, die durch den unwirtschaftlichen Betrieb einer Anlage (z.B. einer veralteten Heizanlage) entstehen, dürfen dem Mieter nicht auferlegt werden.²⁶³ Umstritten ist dabei, ob ein Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz kraft Gesetzes zu einem verminderten Anspruch des Vermieters führt oder zu einem auf Ausgleich gerichteten Schadensersatzanspruch seitens des Mieters.²⁶⁴ Aus dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz kann nach der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich kein Modernisierungsanspruch abgeleitet werden; das kann aber anders sein, wenn eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zum Austausch einer Altanlage nicht eingehalten wurde.²⁶⁵

Welche Kosten zu den Betriebskosten zählen, ergibt sich im Regelfall aus der im Jahr 2003 nach § 19 Abs. 2 des Wohnraumförderungsgesetzes ergangenen **Betriebskostenverordnung** (BetrKV)²⁶⁶. Die BetrKV wurde zwar also solche für den Bereich des öffentlich geförderten Wohnungsbaus erlassen. Sie ist gemäß § 556 Abs. 1 Satz 3 BGB aber auch für die Definition von Betriebskosten im Sinne des Wohnungsmietrechts des

²⁶¹ Vgl. Flatow, Betriebskosten und energetische Modernisierung, S. 6 f.

²⁶² Vgl. IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008), S. 5

²⁶³ Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 556 Rdnr. 111 m.w.N.

²⁶⁴ Aktuell zum Meinungsstand Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 565 Rdnr. 119 m.w.N.

²⁶⁵ BGH, Urteil vom 31. Oktober 2007 - VIII ZR 261/06, NJW 2008, S. 142/142 f.

²⁶⁶ BGBl. I S. 2346, 2347.

BGB maßgebend. Abweichungen hiervon zu Lasten der Mieter sind gemäß § 556 Abs. 4 BGB unwirksam.²⁶⁷ Zu beachten ist dabei, dass für ältere Mietverhältnisse an ihrer Stelle insofern jedenfalls unter bestimmten Umständen noch § 27 und Anlage 3 der Zweiten Berechnungsverordnung²⁶⁸ (der Vorgängervorschrift zur Betriebskostenverordnung) maßgebend sein kann.²⁶⁹

Ergänzt und teilweise überlagert²⁷⁰ werden die Vorschriften des BGB über die Betriebskosten im Teilbereich der Heizkostenabrechnung durch die diesen gegenüber vorrangigen öffentlich-rechtlichen Vorgaben der auf Grund des Energieeinsparungsgesetzes ergangenen **Heizkostenverordnung** (HeizKV).²⁷¹ Diese verlangt eine verbrauchsabhängige Messung und eine Umlegung nach einem bestimmten vorgegebenen Schlüssel. Umstritten ist dabei, ob die HeizKV verlangt, dass alle Heizkosten in dem vorgeschriebenen Verfahren umgelegt werden, oder ob das in ihr festgelegte Verfahren lediglich anzuwenden ist, soweit eine Umlegung erfolgt.²⁷² Die Heizkostenverordnung wurde Ende 2008 novelliert, um den Eigenanreiz der Mieter an einem sparsamen Heizenergieverbrauch zu steigern.²⁷³

Für energiebezogene Verbesserungsmaßnahmen können sich in bestimmten Fallkonstellationen Probleme ergeben, wenn es während **laufender Mietverhältnisse** zu einer **Änderung** der Betriebskostenart oder zu einem Wechsel des Energielieferanten kommen soll. Grundsätzlich richtet sich die Abrechenbarkeit der Verbrauchskosten nämlich nach dem bestehenden Mietvertrag. Bei der Auslegung von Mietverträgen ist jeweils auf die

²⁶⁷ Vgl. Schmidt-Futterer (Langenberg), Mietrecht, § 556 Rdnr. 31 ff.

²⁶⁸ Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen (II. Berechnungsverordnung) vom 12. Oktober 1990 (BGBl. I S. 2178), zul. geänd. durch Gesetz vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2614).

²⁶⁹ Siehe dort insb. Anlage 3.

²⁷⁰ Zum Verhältnis zwischen HeizKV und zivilrechtlichen Vereinbarungen siehe Schmidt-Futterer (Lammel), Mietrecht, § 2 HeizKV Rdnr. 1 ff.; Hannemann/Wiegner (Gies), Wohnraummietrecht, § 36 Rdnr. 90 ff.

²⁷¹ Verordnung über Heizkostenabrechnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Januar 1989 (BGBl. I S. 115), geändert durch VO vom 2. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2375).

²⁷² Vgl. Schmidt-Futterer (Lammel), Mietrecht, § 2 HeizKV Rdnr. 7 m.w.N.

²⁷³ Verordnung vom 2. Dezember 2008, BGBl. I S. 2375; siehe hierzu auch BR-Drs. 570/08 sowie Wall, WuM 2007, S. 415 ff.

Rechtslage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Ist der bestehende Mietvertrag aus diesem Blickwinkel nicht so zu verstehen, dass dem Vermieter die beabsichtigte Umlegung der neuen Verbrauchskostenart ermöglicht wird, so muss eine entsprechende Änderung gesondert vereinbart werden. Anderenfalls können die nach der Änderung entstehenden Verbrauchskosten den Mietern nicht auferlegt werden.²⁷⁴

Ungünstig liegen daher die Voraussetzungen in den Fällen, in denen der bestehende Mietvertrag vorsieht, dass der Vermieter **nicht sämtliche Betriebskostenarten** über das Betriebskosten-Umlagesystem abwickelt, sondern nur einzelne Kostenpositionen beim Vermieter liegen. Das kommt insbesondere bei Heizanlagen vor, die der Beheizung nur einer einzelnen Wohneinheit dienen, so dass der Vermieter bisher keine Veranlassung sehen musste, für den Mieter die Betriebskosten dieser Anlage abzurechnen (häufig bei Gasheizungen für einzelne Wohnungen sowie bei mit Einzelöfen ausgestatteten Wohnungen). Soll hier eine Umstellung auf eine zentrale Heizanlage erfolgen, setzt dies grundsätzlich voraus, dass der Mieter mit der Vertragsänderung einverstanden ist.²⁷⁵ Praktisch wird er sich jedoch einer entsprechenden Änderungsvereinbarung bei Einhaltung der Anforderungen aus der Heizkostenverordnung (nach unterschiedlich begründeter, im Ergebnis aber übereinstimmender Auffassung²⁷⁶) grundsätzlich nicht verweigern können, namentlich wenn er die betreffende Änderung der Mietsache bereits auf Grund von § 554 BGB dulden musste.

Besonders gelagert ist das Problem bei einem Wechsel zum **Wärmecontracting**, der nach bisherigem Recht grundsätzlich nicht durch eine Duldungspflicht abgesichert ist. Unter Wärmecontracting ist die Beauftragung eines dritten Unternehmens zu verstehen, welches an Stelle des Vermieters die Lieferung von Energie übernimmt und hierfür – jedenfalls in der Regel – auch die Energieerzeugungsanlage stellt und betreibt. Für den Vermieter kann das vorteilhaft sein, weil er auf diese Weise bisher in der Grundmiete enthaltene investive Ausgaben in die Betriebskosten hinein verlagern kann – dazu

²⁷⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2005, VIII ZR 54/04, NJW 2005, S. 1776/1777; ferner BGH, Urteil vom 22. Februar 2006, VIII ZR 362/04, NJW 2006, S. 2185.

²⁷⁵ Vgl. die Kritik in IVD/ Bethge und Partner, Ziel und Eckpunkte (2008), S. 5.

²⁷⁶ Eingehend Flatow, Betriebskosten und energetische Modernisierung, S. 6 f. m.w.N.

sogleich –, außerdem weil er sich nicht um technische und betriebliche Fragen der Beheizung kümmern muss. Für die Mieter können sich Energieeinsparungen und damit Kosteneinsparungen ergeben, weil ein eigenständig wirtschaftender Fachbetrieb in der Regel dafür sorgen wird, dass eine moderne Anlage eingesetzt und energieeffizient betrieben wird. Grundsätzlich kann das Wärmecontracting daher sinnvolle Beiträge für eine Energieeffizienzstrategie im Gebäudebereich leisten.²⁷⁷

Mietrechtlich stellt sich dabei die Problematik, dass es beim Wärmecontracting üblich ist, die **Investitionskosten** für die Energieerzeugungsanlage anteilig in der Leistung des Dritten mit abzurechnen. Nach heutiger Rechtslage ist es gemäß § 2 Nr. 4c BetrKV grundsätzlich möglich, die Kosten des Fremdbezugs von Wärme vollständig als Betriebskosten umzulegen, so dass anteilig auch die Investitionskosten berücksichtigt werden können.²⁷⁸ Normalerweise sind die Investitionskosten von Heizanlagen jedoch nicht Teil der Verbrauchskosten, sondern der Grundmiete. Ein Wechsel zum Contracting führt deshalb dazu, dass der Vermieter den betreffenden Kostenanteil zu seinem Vorteil (und zu Lasten der Mieter) aus der Grundmiete in die variablen Verbrauchskosten hinein verlagern kann. Deshalb hat der BGH für den Übergang zum Wärmecontracting hohe Hürden aufgebaut.²⁷⁹ Danach ist dem Vermieter ein derartiger Wechsel grundsätzlich nur gestattet, wenn der Mietvertrag hierfür erkennbar Spielräume lässt oder eine gesonderte Vereinbarung geschlossen wird;²⁸⁰ zugleich kann eine in Verantwortung des Contractors erfolgte Erneuerung der Anlage nicht als Modernisierung im Sinne von § 559 BGB angesehen werden.²⁸¹ In der Folge dieser Rechtsprechung scheint es so zu

²⁷⁷ Vgl. Pöschk, Contracting in der Wohnungswirtschaft: Konzepte - Hemmnisse – Chancen, in: Pöschk (Hrsg.): Jahrbuch Energieeffizienz 2006, S. 155 ff.

²⁷⁸ Vgl. Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 556 Rdnr. 35.

²⁷⁹ Instruktiv zum Ganzen Milger, NZM 2008, S. 1 ff.; Beyer, Rechtliche Widersprüche (Vortrag, 2006); Beyer/ Lippert, Gutachten (2007); Flatow, Betriebskosten und energetische Modernisierung (Vortrag, 2007).

²⁸⁰ BGH, Urteil vom 22. Februar 2006, VIII ZR 362/04, NJW 2006, S. 2185/2186.

²⁸¹ Grundlegend BGH, Urteil vom 6. April 2005, VIII ZR 54/04, NJW 2005, S. 1776/1777; ferner BGH, Urteil vom 22. Februar 2006, VIII ZR 362/04, NJW 2006, S. 2185.

sein, dass sich das Interesse der Vermieterseite am Wärmecontracting deutlich vermindert hat.²⁸²

Für den Übergang zu **anderen Energieträgern** dürften sich demgegenüber in der Regel keine besonderen Hemmnisse aus dem Verbrauchskostenrecht ergeben. Das gilt auch für den in der Rechtsliteratur als unter Umständen schwierig dargestellten²⁸³ Fall des Einbaus einer der Wärmenutzung dienenden Solaranlage (also einer solarthermischen Anlage, die nicht mit einer der Stromerzeugung dienenden Fotovoltaikanlage verwechselt oder gleichgestellt werden darf). Das ergibt sich aus Folgendem:

Solarthermieanlagen werden in den meisten Fällen ausschließlich zur Bereitstellung von Warmwasser für zentrale Warmwasseranlagen eingesetzt. Verbreitet sind auch Anlagen mit kombinierter Warmwasserbereitung und Heizungsunterstützung. Die Heizkreise von Solarthermieanlagen sind stets technisch in das übrige Heizungs- bzw. Warmwassersystem des Gebäudes eingebunden, weil ein sinnvoller Betrieb eines Systems allein auf Basis der Sonnenwärme nicht möglich ist. Die Anlagen sind damit nach hiesiger Auffassung zweifelsfrei als integrierte **Bestandteile der jeweiligen Heizungsanlage** zu betrachten, so dass ihre Betriebskosten als Teile der Kosten des Betriebs einer **zentralen Heizungsanlage** im Sinne von § 2 Nr. 4a der BetrKV zu betrachten sind.²⁸⁴ Dabei ergeben sich auch keine Probleme wegen konkret nicht erfasster Kostenarten. Denn bei den Betriebskosten von Solarthermieanlagen geht es im Wesentlichen um ohnehin erfasste Kostenarten wie Betriebsstrom, Hilfsstoffe und Wartungskosten, zumal eine Lieferung von Brennstoffen nicht erforderlich ist. Dementsprechend erstreckt sich auch der Anwendungsbereich der HeizKV ausdrücklich auf zentrale Warmwasserversorgungsanlagen (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HeizKV).

Es ist auch nicht ersichtlich, dass für Verträge, deren Betriebskostenabrechnung noch auf Grundlage der Zweiten Berechnungsverordnung erfolgt, etwas anderes gelten würde. Auch dort dürfte eine Einordnung als Kosten des Betriebs einer zentralen Heizungs-

²⁸² Vgl. Pöschk, Contracting, in: Pöschk (Hrsg.), Jahrbuch Energieeffizienz 2006, S. 155 ff.

²⁸³ Warnecke, DWW 2007, S. 282/285; ähnlich Haus & Grund (2007), S. 4 f.

²⁸⁴ Vgl. Blank/Börstinghaus (Blank), Miete, § 556 Rdnrn. 21 ff.

anlage möglich sein (vgl. Anlage 3 Nr. 4a zur Zweiten Berechnungsverordnung).²⁸⁵ Selbst für Verträge, die vor Inkrafttreten der Zweiten Berechnungsverordnung geschlossen wurden, dürfte bei neu entstehenden Betriebskosten (insb. beim Wechsel von einer zur anderen Art der Zentralheizung oder Warmwasserbereitung sowie beim Wechsel von Einzelheizung zur Zentralheizung) nichts anderes gelten, weil regelmäßig davon ausgegangen werden kann, dass die Umlegung dem Willen der Mietparteien entspricht.²⁸⁶

Von daher bedarf es nach hiesiger Ansicht keiner spezifisch auf solarthermische Anlagen zugeschnittenen Änderung der Betriebskostenverordnung. Die betreffenden Bestimmungen der Betriebskostenverordnung lassen sich bei sachgerechter Interpretation ohne weiteres auf die Betriebskosten von Solarthermieanlagen erstrecken. Sinnvoll erscheint allenfalls eine **Klarstellung**, dann möglichst direkt im Gesetz, um den Aspekt auch für ältere Mietverträge eindeutig zu klären.

Anders läge es lediglich bei – allein der Stromerzeugung dienenden – **Fotovoltaikanlagen**.²⁸⁷ Diese werden üblicherweise jedoch nicht zur Nutzung in dem Gebäude selbst installiert, sondern stellen eigenständige gewerbliche Anlagen (i.d.R. des Hauseigentümers, unter Umständen aber auch eines Dritten) dar, die auf Grundlage des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) in ein öffentliches Netz einspeisen. Fotovoltaikanlagen leisten daher zur energetischen Gebäudesanierung keinen spezifischen Beitrag. Es besteht kein Grund, sie in das System der Verbrauchskostenabrechnung einzubeziehen. Nachgedacht werden könnte insofern allerdings über eine spezifische Art der Duldungspflicht, die es gegenwärtig noch nicht gibt.

²⁸⁵ Unverständlich daher die Kritik von Warnecke, DWW 2007, S. 282/285.

²⁸⁶ Überzeugend mit Nachweisen für die unterschiedlichen Begründungen in Rechtsprechung und Literatur Flatow, Betriebskosten und energetische Modernisierung (Vortrag, 2007), S. 6 f.

²⁸⁷ Auch diese sollen nach dem Vorschlag von Haus & Grund in das System der Betriebskostenumlage einbezogen werden (siehe dort S. 4).

3.7 Beschränkungen aus dem Nachbarschaftsverhältnis

Zu den typischen Maßnahmen zur Verbesserung der energetischen Gebäudequalität gehört das Anbringen von Wärmedämmung an der Gebäudefassade. Befindet sich eine Gebäudewand bereits an oder sogar auf der Grundstücksgrenze, so muss für das Anbringen weiterer Fassadenbekleidungen das Nachbargrundstück in Anspruch genommen werden.

Grundsätzlich liegt nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine Eigentumsbeeinträchtigung im Sinne von § 1004 vor, wenn ein Bauherr über die Grundstücksgrenze hinweg auf ein Nachbargrundstück baut.²⁸⁸ Der betroffene Grundstückseigentümer kann daher Beseitigung des Überbaus, also einen Teilabbruch des Gebäudes, verlangen oder eine Duldung von einer massiven Geldzahlung abhängig machen; außerdem gehört der Überbau grundsätzlich dem Eigentümer des überbauten Grundstücks. Darauf, wie schwerwiegend die Beeinträchtigung ist, kommt es grundsätzlich nicht an.²⁸⁹

§ 912 BGB regelt, unter welchen Voraussetzungen der Überbau zu dulden ist (und damit gemäß § 1004 Abs. 2 BGB der Beseitigungsanspruch entfällt):

„§ 912 Überbau; Duldungspflicht

(1) Hat der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne dass ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Überbau zu dulden, es sei denn, dass er vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat.

(2) Der Nachbar ist durch eine Geldrente zu entschädigen. Für die Höhe der Rente ist die Zeit der Grenzüberschreitung maßgebend.“

Die Vorschrift statuiert in Absatz 1 für den betroffenen Nachbarn gegenüber einem nicht schuldhaft erfolgten, rechtswidrigen Überbau eine Duldungspflicht und gewährt ihm in Absatz 2 als Ausgleich für dieses Sonderopfer eine Geldrente.

²⁸⁸ Grundlegend BGH WM 1968, 432.

²⁸⁹ Bamberger/Roth (Fritzsche), BGB, § 912 Rdnr. 1.

Die Duldungspflicht aus § 912 Abs. 1 BGB gilt nach allgemeiner Auffassung nur für den rechtswidrigen Überbau. Der rechtmäßige Überbau ist ohnehin zulässig. Dabei ist jedoch allein auf die Rechtmäßigkeit im zivilrechtlichen Sinne abzustellen. Rechtmäßig ist ein Überbau danach, wenn entweder eine sachenrechtliche (d.h. im Grundbuch eingetragene) oder eine schuldrechtliche (vertragliche) Verpflichtung zur Duldung besteht.²⁹⁰ Die Überbauung wird eigentumsrechtlich nicht dadurch rechtmäßig, dass sie öffentlich-rechtlich gefordert oder gestattet ist.

Demnach ist das Anbringen einer Wärmedämmung unter Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks bei Fehlen einer spezifisch zivilrechtlichen Duldungspflicht eigentumsrechtlich selbst dann untersagt, wenn hierzu eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung besteht. Die Durchführung der Maßnahme wird dadurch unmöglich, und es besteht wegen unbilliger Härte ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Freistellung von der Verpflichtung zu der energetischen Maßnahme (vgl. § 25 EnEV). Denn eine über § 912 BGB hinausgehende Duldungspflicht für Fälle der Überbauung, in denen eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zum Anbringen der Wärmedämmung besteht, kennen die eigentumsrechtlichen Bestimmungen des BGB nicht.²⁹¹ Das Gleiche gilt (erst recht) für freiwillige Maßnahmen zur Verbesserung der Wärmedämmqualität.

Ist die Maßnahme im Sinne der eigentumsrechtlichen Bestimmungen des BGB nicht rechtmäßig, so kommt nur noch eine Duldungspflicht nach § 912 Abs. 1 BGB in Betracht. Diese setzt voraus, dass die Inanspruchnahme des Grundstücks weder vorsätzlich noch fahrlässig erfolgt ist. Da von einem Grundstückseigentümer grundsätzlich erwartet werden kann, dass er die (zivilrechtliche) Rechtswidrigkeit kennt, wird sich er sich in aller Regel nicht auf fehlendes Verschulden zurückziehen können. Folglich scheidet auch die Anwendung von § 912 BGB aus.

Im Ergebnis bedeutet das: Bedarf es für das Anbringen einer Wärmedämmung einer (auch nur geringfügigen) Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks, so kann die Maßnahme nur durchgeführt werden, wenn sich der Nachbar – unter Umständen gegen Geldforderung – einverstanden erklärt. Erfolgt eine Überbauung ohne nachbarliches

²⁹⁰ Vgl. Bamberger/Roth (Fritzsche), BGB, § 912 Rdnr. 27 f. m.w.N.

Einverständnis, so kann der Nachbar die Beseitigung (Entfernung) beanspruchen oder eine Entschädigung einfordern.

3.8 Zwischenergebnisse

Im Rahmen der Problemanalyse konnten folgende rechtliche Hemmnisse als bedeutsam identifiziert werden:

- Die Bestimmungen zur Duldungspflicht (§ 554 BGB) und zur Modernisierungsmieterhöhung (§ 559 BGB) werfen bestimmte Auslegungsprobleme auf, die durch die Rechtsprechung überwiegend, aber nicht vollständig behoben wurden.
- Nicht befriedigend geklärt ist für die Duldungspflicht insbesondere der Umgang mit energetischen Verbesserungsmaßnahmen, für die verschiedene Realisierungsoptionen bestehen, des Weiteren generell die Einordnung von Maßnahmen, die auf einer rechtlichen Verpflichtung beruhen, außerdem die Anwendbarkeit bei einem Wechsel auf bestimmte andere Energieträger (von Öl auf Gas, allgemein auf Holz).
- Für die Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB ergeben sich ähnliche Auslegungsprobleme. Bedeutsamer ist jedoch, dass diese Vorschrift der ihr an sich zugedachten Anreizfunktion nicht auf zufrieden stellende Weise gerecht wird.
- Das Konzept der ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 ff. BGB) bietet grundsätzlich für viele (wenn auch nicht für alle) Praxisfälle potenzielle Spielräume dazu, energetische Verbesserungsmaßnahmen durchzuführen, die zu erheblichen Senkungen der Verbrauchskosten auf der Mieterseite führen können und zugleich eine auch für die Vermieter angemessene Refinanzierung der betreffenden Kosten möglich erscheinen lassen müssten. Diese Spielräume können aber weitenteils nicht erkannt oder wahrgenommen werden, weil die energetische Verbesserung keinen adäquaten Niederschlag in der ortsüblichen Vergleichsmiete findet

²⁹¹ Vgl. Bamberger/Roth (Fritzsche), BGB, § 912 Rdnr. 27 f.

- In Anbetracht der festzustellenden Unzulänglichkeiten beider Mieterhöhungsinstrumente ist zu konstatieren, dass das BGB-Mietrecht insgesamt kein passendes wirtschaftliches Anreizgerüst für die Vornahme energetischer Verbesserungsmaßnahmen bereithält.
- Aus §§ 554 und 559 BGB ergeben sich außerdem relativ hohe verfahrensbezogene Anforderungen (im Hinblick auf differenzierte Berechnungen und Erläuterungen). Diese rechtfertigen sich aber andererseits grundsätzlich aus der Funktion, die Mieter vor unberechtigten Mieterhöhungen zu bewahren
- Problematisch ist für die Anwendungsfelder von §§ 554 und 559 BGB des Weiteren, dass die Mieter Änderungen an den Gebäuden und ihren Wohnungen selbst dann hinnehmen müssen, wenn mit diesen Änderungen gegen die Vorgaben der Energieeinsparverordnung verstoßen wird (z.B. durch Unterlassen vorgeschriebener Wärmedämmung) oder sonstige Modernisierungsmaßnahmen ergriffen werden, die den Klimaschutzzielen entgegen laufen (z.B. nachträglicher Einbau von Klimaanlage)
- Die wirtschaftliche Kalkulation der Vermieterseite kann in erheblichem Umfang negativ durch Mietminderungen nach § 536 BGB beeinflusst werden, die im Zuge von Baumaßnahmen entstehen können. Aus dem öffentlichen Interesse am Klimaschutz heraus ließe es sich rechtfertigen, den Mietern für den Sonderfall der energetischen Verbesserungsmaßnahmen insofern gewisse weitergehende Einschränkungen zuzumuten.
- Nach dem Konzept der Energieeinsparverordnung und dem traditionellen Verständnis des BGB können die Mieter von den Vermietern grundsätzlich keine Maßnahmen zur Energieeinsparung verlangen.
- Ein bedeutendes Hemmnis kann sich in Einzelfällen auch aus den nachbarrechtlichen Bestimmungen des BGB zur Überbauung von Grundstücksgrenzen (§ 912 BGB) ergeben.

4 Erörterung von Lösungsvorschlägen

4.1 Zur Systematisierung der Lösungsvorschläge

Die vorstehende Analyse weist zwei strukturell verschiedene Arten von Problemstellungen aus:

- zum einen rechtliche Vorgaben, die dazu führen können, dass an sich investitionsbereite Vermieter von energetischen Verbesserungsmaßnahmen abgehalten werden (= mietrechtliche Hemmnisse),
- zum anderen Bestimmungen, denen an sich die Funktion von wirtschaftlichen Anreizregelungen zukommen soll, die dieser Funktion aber nicht auf die gewünschte Weise gerecht werden (= unzureichende mietrechtliche Anreizregelungen).

Für die nachfolgende Aufgabe der Erarbeitung von Verbesserungsvorschlägen soll zwischen beiden thematischen Bereichen systematisch getrennt werden, weil eine jeweils spezifische methodische Herangehensweise geboten erscheint. Während es bei den mietrechtlichen Hemmnissen vergleichsweise schlicht um die „Ausbesserung“ des bestehenden Rechts geht, stellen sich in Bezug auf die wirtschaftlichen Anreizfunktionen grundlegende konzeptionelle Fragen, und es bedarf einer Gegenüberstellung von sehr unterschiedlichen Steuerungs- und Anreizalternativen. Zum Teil muss dabei auch über die rein juristische Bewertungsebene hinaus gedacht werden.

Vom Aufbau her bietet es sich an, zunächst die Einzelvorschläge zum Abbau von vorhandenen Hemmnissen zu erörtern (siehe Kap. 4.2) und im Anschluss daran den konzeptionell weiter reichenden Fragen nachzugehen (siehe Kap. 4.3).

4.2 Einzelvorschläge zur Beseitigung von Hemmnissen

4.2.1 Begriffsklärung: Ersatz der Formel „Einsparung von Energie“

In der Problemanalyse wurde herausgearbeitet, dass sowohl für die Bestimmungen zur Duldungspflicht als auch für die Regelung des § 559 BGB zur Modernisierungsumlage bedeutsame rechtliche Unsicherheiten hinsichtlich der Auslegung der Formel „Einsparung von Energie“ bestehen, die möglichst einer einheitlichen definitorischen Lösung zugeführt werden sollten.

Sowohl in § 554 Abs. 2 BGB als auch in § 559 Abs. 1 BGB taucht die Formel von den Maßnahmen auf, die „der **Einsparung von Energie** dienen“. Für diese ist durch die jüngste Rechtsprechung des BGH zwar in Bezug auf den Fall der Umstellung auf Fernwärme geklärt, dass sie sich nicht nur auf die eingesparte Verbrauchsenergie erstreckt, sondern auch auf die Einsparung von Primärenergie beziehen kann.²⁹² Es ist aber (noch) nicht positiv geklärt, ob das generell für alle Formen des Energieträgerwechsels mit Effekten der Primärenergieeinsparung gilt. Zudem gibt es bestimmte klimapolitisch sinnvolle Arten des Energieträgerwechsels, die auch bei einem Abstellen auf die Primärenergieeinsparung nicht erfasst würden, nämlich der strukturpolitisch außerordentlich wichtige Wechsel von Kohle und Öl auf Brennstoffe mit geringeren Treibhausgasemissionen sowie – was nicht eindeutig geklärt ist – der Wechsel auf feste Biomasse (siehe zum Ganzen oben, Kap. 3.2.2.2 und 3.3.2.2).

Kriterien für die Begrifflichkeit

An die Stelle der Formel „zur Einsparung von Energie“ sollte daher in § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB und in § 559 Abs. 1 BGB eine (möglichst einheitliche) begriffliche Bestimmung treten, die im Sinne des Klimaschutzzieles sämtliche Maßnahmenarten umfasst, die einen Beitrag zur **Minderung** des von Gebäuden ausgehenden Potentials an

²⁹² BGH, Urteil vom 24. September 2008 - VIII ZR 275/07, Rdnr. 22 ff.

Treibhausgasemissionen erwarten lassen. Im Einzelnen sollte die neue Formel sicherstellen, dass folgende Maßnahmen einbezogen sind:

- sämtliche Formen der Einsparung von Verbrauchsenergie (Endenergie), insbesondere der Senkung des Heiz- und Warmwasserverbrauchs, aber auch des Stromverbrauchs (wie bisher ohnehin),
- sämtliche Formen der Minderung des (fossilen) Primärenergieverbrauchs (also der Wechsel auf andere Energieträger und andere Techniken und Versorgungsarten, die mit einem geringeren Einsatz von Primärenergieträgern verbunden sind, z.B. Wechsel von Direktheizungen auf KWK-Fernwärme, Wechsel von Strom auf Verbrennungsheizsystemen, anteiliger Ersatz von Strom oder Brennstoffen durch Solarenergie, Wechsel auf Contracting-Modelle mit Energieeinspareffekt),
- sämtliche sonstigen Arten des Energieträgerwechsels oder des Wechsels auf andere Techniken und Versorgungsarten, die mit einer Verringerung der Emissionen an Treibhausgasen verbunden sind (z.B. Wechsel von Öl auf Gas, Wechsel auf Holzbrennstoffe an Stelle von fossilen Energieträgern),
- und möglichst auch sonstige Änderungen, die mittelbar (im Gebäude) oder unmittelbar (an anderer Stelle) zur Senkung der Emissionen an klimawirksamen Stoffen führen (z.B. den Austausch von Klimaanlage mit besonders klimaschädlichen Kältemitteln).

Günstig wäre es außerdem, wenn sich die Begrifflichkeit auch für die Negativabgrenzung von Maßnahmen zur Änderung von Gebäuden verwenden lässt, die im Interesse der energetischen Gebäudesanierung möglichst unterbleiben sollten (z.B. Wohnungsmodernisierungen, die eine Erhöhung des Energieverbrauchs zur Folge haben). Auf diese Aspekte wird weiter unten näher eingegangen (siehe Kap. 4.2.2.5 und 4.2.4.3).

Zugleich ist aus Gründen der Rechtssicherheit darauf zu achten, dass die verwendeten Begriffe hinreichend präzise sind.

Bisher veröffentlichte Formulierungsvorschläge

Nicht hinreichend überzeugend erscheinen auf Grundlage dieser Kriterien die folgenden, von Seiten des Bundesverbandes „Haus und Grund“, von der Mehrheit im Bundesrat bzw. vom Immobilienverband Deutschland (IVD) vorgeschlagenen Änderungen des § 554 Abs. 2 BGB:

- Der **Bundesverband „Haus und Grund“** schlägt in einer Stellungnahme aus dem Jahr 2007 als neuen Oberbegriff für § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB die Formel „energetische Modernisierung“ vor,²⁹³ ohne diese allerdings näher zu definieren. Deshalb dürften auch hier zu viele Auslegungsprobleme entstehen. Notwendig wäre es gegebenenfalls, der Formel eine konkretisierende Erläuterung in einer Definitionsbestimmung zur Seite zu stellen. Dann ist aber nicht ersichtlich, warum die bisherige Formel nicht weiterhin verwandt werden soll. Im Vergleich zum bisherigen Recht birgt der Vorschlag zudem ein neues Auslegungsproblem, da er mit der Verwendung des Begriffs der „Modernisierung“ die Systematik zwischen § 554 BGB und § 559 BGB nicht beachtet. Der Begriff „Modernisierung“ wird in § 559 BGB nämlich ausschließlich auf Maßnahmen baulicher Art bezogen, während die Duldungspflicht nach § 554 BGB unter Umständen auch nicht bauliche Maßnahmen betreffen kann (z.B. bei einem Wechsel auf Fern-/Nahwärmebezug). Außerdem könnte der Begriff in § 559 BGB nicht ebenfalls verwendet werden, weil er innerhalb dessen zu einer Zirkeldefinition führen würde.
- Der **Bundesrat** hatte in den Verhandlungen zum Gesetzentwurf des EEWärmeG folgende Formel für § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB vorgeschlagen, die bisherige Formulierung durch die weitere Tatbestandsalternative „zur Gewährleistung der Nutzung Erneuerbarer Energien“ zu ergänzen.²⁹⁴ Diese Verfahrensweise würde die Rechtslage speziell für den Einsatz erneuerbarer Energien im Gebäude klären, die übrigen Auslegungsprobleme der bisherigen Formel aber beibehalten. Sie würde daher z.B. den Wechsel von einer Öl- zur Gasheizung oder den Ersatz einer mit besonders kli-

²⁹³ Haus & Grund Deutschland, Stellungnahme von 21. August 2007, S. 3.

²⁹⁴ BT-Drs. 16/8149, S. 38.

maschädlichen Kältemitteln betriebenen Klimaanlage nicht abdecken und erscheint daher ebenfalls nicht als vollständig befriedigend. Außerdem würde sie sich – wie auch der Vorschlag von „Haus und Grund“ – nicht zur Verwendung für Zwecke der Negativabgrenzung eignen.

- Der Ansatz des *IVD* geht dahin, als zusätzliche Tatbestandsalternative den „Wechsel zu einer umweltverträglicheren Energiequelle“ vorzusehen.²⁹⁵ Auch dieser Vorschlag würde allenfalls zu einer Teillösung führen. Außerdem könnte die Wendung „umweltverträglichere Energiequellen“ wiederum vielfältige Auslegungsprobleme herbeiführen (insbesondere dann, wenn sich Zielkonflikte zwischen mehreren unterschiedlichen Umweltkriterien ergeben sollten).

Weitere Vorschläge

Zur Bewältigung der Begriffsprobleme sieht der Verfasser vom Ansatz her drei sinnvolle Möglichkeiten:

1. die Beibehaltung der bisherigen Begrifflichkeit bei Ergänzung durch eine Definitionsvorschrift,
2. die Aufgliederung des Begriffs der „Einsparung von Energie“ in „Einsparung von Endenergie oder fossiler Primärenergie“
3. den Ersatz der bisherigen Begrifflichkeit durch eine gänzlich neue Formel, die nicht auf die Energieeinsparung, sondern auf das eigentliche Klimaschutzziel der Verminderung von Treibhausgasemissionen abstellt.

Am weitesten geht der dritte Regelungsansatz, bei dem auf die **Verminderung der Treibhausgasemissionen** abgestellt wird. Mit ihm ließen sich sämtliche Anforderungen des obigen Kriterienkatalogs erfüllen.

²⁹⁵ IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008), S. 7.

Dieser könnte zum Beispiel innerhalb des § 554 Abs. 2 BGB wie folgt umgesetzt werden (Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht sind unterstrichen, Formulierungsoptionen in [eckige Klammern] gesetzt.²⁹⁶):

„Maßnahmen (...) zur [nachhaltigen] Einsparung von [Energie oder] Wasser, zur Verminderung der [durch die bestimmungsgemäße Benutzung der Mietsache] veranlassten Treibhausgasemissionen oder (...) hat der Mieter zu dulden“.

In § 559 Abs. 1 BGB könnte es dann (sachlich und begrifflich übereinstimmend) heißen:²⁹⁷

„Hat der Vermieter bauliche Maßnahmen durchgeführt, die den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern, ~~oder~~ nachhaltig Einsparungen von [Energie oder] Wasser bewirken oder [nachhaltig] der Verminderung der [durch die bestimmungsgemäße Benutzung der Mietsache] veranlassten Treibhausgasemissionen dienen (Modernisierung)“ ...

Dieser Ansatz hat eine Reihe von **Vorzügen**:

- Durch die auf Treibhausgasemissionen abstellende Formulierung würde in kurzer Form präzise derjenige Maßstab angesprochen, auf den es für das Klimaschutzziel ankommt. In der Folge würden sämtliche Arten von Maßnahmen, die mit einem verminderten Verbrauch an Endenergie (Nutzenergie) oder mit einem verminderten Einsatz von (fossiler) Primärenergie verbunden sind, positiv erfasst.
- Zusätzlich würde auch der wichtige Fall des Energieträgerwechsels von Öl auf Gas mit abgedeckt, bei dem es nicht zu einer Energieeinsparung, aber zu einer wesentlichen Verminderung von Treibhausgasemissionen kommt. Diese Wirkung ließe sich bei keinem der anderen Vorschläge erzielen, sofern nicht gesonderte Klärungen in diesem Sinne erfolgen (was noch am Einfachsten bei der Variante der ergänzenden Definitionsvorschrift möglich wäre).

²⁹⁶ Redaktionell sei angemerkt, dass im Folgenden bei wörtlich formulierten Änderungsvorschlägen für das geltende Recht die Änderungen stets durch Unterstreichungen kenntlich gemacht werden.

- Die Begriffswendung eignet sich gut auch für Regelungen zur Negativabgrenzung im Hinblick auf Maßnahmen zur Änderung von Gebäuden, die klimapolitisch kontraproduktiv sind. Das ist für die Kontexte der Duldungspflichten und der Mietminderung vorteilhaft (siehe unten, Kap. 4.2.2.5 und 4.2.4.3).

Sehr wichtig ist für den inhaltlichen Gehalt der Vorschrift, dass auf die „**veranlassten**“ Treibhausgasemissionen abgestellt wird. Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich nicht um unmittelbare Emissionen des Gebäudes handeln muss, sondern auch um Minderungen der Treibhausgasemissionen gehen kann, die an anderer Stelle wirksam werden (z.B. in einem Kraftwerk). Damit ist auch eindeutig geklärt, dass auch der Verbrauch an fossiler Primärenergie mit adressiert ist.

Um die Vorschrift sprachlich nicht zu überfrachten, dürfte es zu bevorzugen sein, auf den in eckige Klammern gesetzten Zusatz „durch die bestimmungsgemäße Benutzung“ im Text der Vorschrift zu verzichten und auf den Zusammenhang in der Begründung mit hinreichender Deutlichkeit hinzuweisen.

Nachteilig kann an der Begrifflichkeit erscheinen, dass sie aus der fachlich „unvorbelasteten“ Sicht von Mietern und Vermietern schwer zugänglich erscheint und sich ihre praktische Bedeutung daher nicht auf Anhieb erschließt. Anders als bei der bisherigen Formel, die den Schein von Eindeutigkeit erweckt, ohne diesen Anspruch erfüllen zu können, dürfte ihre Anwendung jedoch weniger Auslegungsprobleme hervorrufen, denn das Kriterium der Treibhausgasemissionen ist ein mess- bzw. berechenbarer Parameter. Was Treibhausgase sind, wird in den Vorschriften zum Emissionshandelsrecht legal definiert. Durch das Abstellen auf die (durch die bestimmungsgemäße Benutzung des Gebäudes) „veranlassten“ Treibhausgasemissionen wird deutlich, dass es sich nicht um unmittelbare Emissionen des Gebäudes handeln muss, sondern auch um Minderungen der Treibhausgasemissionen gehen kann, die an anderer Stelle wirksam werden (z.B. in einem Kraftwerk).

²⁹⁷ Unberücksichtigt bleibt an dieser Stelle vorerst die weiter unten behandelte Frage, ob es sinnvoll ist, an der Anwendbarkeit von § 559 Abs. 1 BGB für die energetische Modernisierung festzuhalten (siehe einerseits Kap. 3.3.2, andererseits 4.3.2.3).

Ganz problemlos ist aber auch die diese Formulierung nicht, weil es in Einzelfällen sein kann, dass sich die veranlasste Treibhausgasminderung trotz theoretischer Berechenbarkeit praktisch nicht ohne weiteres ermitteln lässt. Schwierig kann das namentlich beim Einsatz von biogenen Heizstoffen sein, wenn diese nicht in nachhaltiger Bewirtschaftung gewonnen werden. Nach Auffassung des Verfassers dürfte dieses Problem jedoch praktisch vernachlässigt werden können, zumal mittelfristig damit gerechnet werden kann, dass sich das Problem auf Grund von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zur nachhaltigen Biomassenutzung ohnehin klären wird.

Da mit der Wendung „zur Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen“ ein neuer Oberbegriff geschaffen würde, könnte auf die bisherige Tatbestandsvariante „Einsparung von Energie“ verzichtet werden. Um verständlich klarzustellen, dass Maßnahmen zur Senkung des Verbrauchs an Energie (wie bisher) in jedem Falle erfasst sind, kann die Tatbestandsvariante aber auch beibehalten werden.

Die alternativ denkbare Option, die Formel „Einsparung von Energie“ durch „Einsparung von **Endenergie oder fossiler Primärenergie**“ zu ersetzen, hätte den Nachteil, dass der Fall der Umstellung von Öl auf Gas nicht umfasst wäre. Das gleiche gilt für den Austausch von Aggregaten, die nicht wegen des eingesetzten Ausstoßes an CO₂, sondern wegen anderer Arten von Treibhausgasemissionen unerwünscht sind (z.B. wegen klimawirksamen Kältemitteln). Sieht man von diesem inhaltlichen Nachteil ab, so kann die Formel im Übrigen ebenfalls als eine gute Lösung angesehen werden, obgleich auch sie stark wissenschaftlich-technisch wirkt und daher im Rahmen des Mietrechts wenig eingängig erscheinen mag. Insbesondere lassen sich mit ihr alle bisher bestehenden Auslegungsprobleme eindeutig lösen.

Die weitere Alternative, den bisherigen Begriff der „**Einsparung von Energie**“ beizubehalten, ihn jedoch an geeigneter Stelle (z.B. in einem § 554 Abs. 2a BGB) durch eine **erläuternde Definitionsvorschrift** zu ergänzen, würde ebenfalls zu einer Klärung der entscheidenden Auslegungsfragen führen.

Eine entsprechende Bestimmung könnte beispielsweise lauten:

„(2a) Als Maßnahmen zur Einsparung von Energie [im Sinne von Absatz 2 Satz 1] gelten Maßnahmen

1. zur Verbesserung des Wärmeschutzes der Mietsache,
2. zur Verminderung des Verbrauchs an Heiz-, Warmwasser-, Kühlungsenergie oder Strom für die bestimmungsgemäße Benutzung der Mietsache,
3. zur Verminderung des Verbrauchs an für die bestimmungsgemäße Benutzung der Mietsache verwendeter fossiler Primärenergie,
4. zum Einsatz von Energieträgern, deren Verwendung mit geringeren Emissionen an Treibhausgasen verbunden ist.“

In der Vergleichsbetrachtung neigt der Verfasser (ohne Leidenschaft) dazu, der Formel „**zur Minderung der veranlassten Treibhausgasemissionen**“ aus Gründen der inhaltlichen Klarheit, der Übersichtlichkeit, der sprachlichen Kürze und der guten Übertragbarkeit auf die verschiedenen anderen relevanten Einzelvorschriften den **Vorzug** zu geben. In den nachfolgenden Kapiteln wird deshalb redaktionell durchgehend mit dieser Klausel gearbeitet.

Die Alternative einer ergänzenden Definition für die Klausel „Einsparung von Energie“ hätte demgegenüber den konstruktionstechnischen Nachteil, dass zur Sicherstellung ausreichender Rechtsklarheit an mehreren anderen Stellen des Gesetzes Verweise angebracht werden müssten, um eine einheitliche Anwendung sicherzustellen.

4.2.2 Änderungen in Bezug auf Duldungspflichten

4.2.2.1 Ausdrückliche Duldungspflicht bei gesetzlichen Verpflichtungen

Nicht eindeutig geklärt ist im Hinblick auf die verschiedenen Duldungstatbestände, wie im Einzelnen mit energiebezogenen Maßnahmen umzugehen ist, die auf öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen (wie z.B. der EnEV) beruhen.

Vom Ansatz her gilt für gesetzlich gebotene Maßnahmen nach mittlerweile vom BGH bestätigter²⁹⁸ herrschender Auffassung eine ungeschriebene **Duldungspflicht nach**

²⁹⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 9. März 2009, VIII ZR 110/08.

Treu und Glauben (§ 242 BGB), so dass die Duldungspflicht in entsprechenden Fällen nicht von einer Härteabwägung nach § 554 Abs. 2 BGB abhängig ist.²⁹⁹

Bei näherer Betrachtung ergeben sich aber mehrere lösungsbedürftige Probleme (siehe im Einzelnen oben, Kap. 3.2.2):

- Die Existenz der ungeschriebenen Duldungspflicht ist für die Vermieter nicht hinreichend transparent und offenbar **weithin unbekannt**. Das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Klarstellung fordert das Missverständnis heraus, auch Pflichtmaßnahmen der energetischen Verbesserung unterfielen einer Härtefallprüfung nach § 554 Abs. 2 BGB. Diesem Missverständnis scheint auch eine Reihe von mietrechtlichen Veröffentlichungen zu unterliegen, in denen auf diese erhebliche Erleichterung bei gesetzlichen Verpflichtungen nicht eingegangen wird.³⁰⁰
- Darüber hinaus ist unklar, ob eine Berufung auf die ungeschriebene Duldungspflicht auch möglich ist, wenn die betreffende öffentlich-rechtliche Verpflichtung (wie es z. B. bei § 9 EnEV der Fall ist) Spielräume für **mehrere Erfüllungsvarianten** vorhält: Muss in diesem Falle auf § 554 Abs. 2 zurückgegriffen werden, obwohl der Maßnahme eine gesetzliche Pflicht zugrunde liegt?
- Schließlich kann problematisiert werden, dass die Besserstellung der Duldungspflicht für Erhaltungsmaßnahmen und für gesetzliche gebotene Maßnahmen gegenüber den übrigen energetisch sinnvollen Maßnahmen, die lediglich von § 554 Abs. 2 BGB erfasst werden, einen **Fehlanreiz** in die Richtung setzt, möglichst auf eine Übereinerfüllung von gesetzlichen Mindestanforderungen zu verzichten.

Die erste Problemstellung lässt sich durch einen Vorschlag lösen, wie ihn der *Bundesrat* im Gesetzgebungsverfahren zum EEWärmeG vorgebracht hat. Danach sollte § 554 Abs. 1 durch eine neue Einfügung geändert werden und dann wie folgt lauten:

²⁹⁹ So z.B. IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008); Warnecke, DWW 2007, S. 282 ff.

³⁰⁰ Schmidt-Futterer (Eisenschmid), Mietrecht, § 554 Rdnr. 77; Sternel NZM 2001, 1058/1060; Blank/Börstinghaus (Blank), Mieta, § 554 Rdnr. 1.

„Der Mieter hat Maßnahmen, die zur Erhaltung der Mietsache erforderlich sind oder zu denen der Vermieter gesetzlich verpflichtet ist, zu dulden.“³⁰¹

Diese Formel würde aus rechtlicher Sicht ausreichen, wenn es ausschließlich um die **Klarstellung** des bisher ungeschriebenen Tatbestands der Duldungspflicht aus § 242 BGB gehen würde. Sie führt jedoch nicht zu einer befriedigenden Klärung der übrigen Unsicherheiten.

Insbesondere bliebe es bei der rechtlichen Unsicherheit, wie mit den – häufigen! – Fällen zu verfahren ist, in denen das öffentliche Recht dem Vermieter verschiedene **Erfüllungsalternativen** zur Verfügung stellt (z.B. § 9 EnEV). Dieses Problem ließe sich z.B. lösen, wenn stattdessen in den bisherigen § 554 Abs. 1 folgender zweiter Satz eingefügt würde:

„Das gilt auch für Maßnahmen zur Erfüllung von gesetzlichen Pflichten.“

In der Gesamtschau bestehen allerdings Zweifel, ob ein derartiges Konzept zu angemessenen Lösungen führen würde. Denn in jedem Falle verbliebe der Fehlanreiz, möglichst nur auf die Erfüllung der gesetzlichen Mindestanforderungen zu setzen, weil anderenfalls eine Härtefallabwägung nach Maßgabe von § 554 Abs. 2 und 3 BGB durchgeführt werden müsste. Nachteilig wäre auch, dass auf diese Weise in den betreffenden Fällen nicht nur finanzielle Härtegründe bedeutungslos würden, sondern auch andersartige außergewöhnliche Belastungen (wie z.B. Krankheit, Pflegebedürftigkeit)³⁰².

Deshalb bietet es sich eher an, eine umgekehrte Lösung darin zu suchen, energetische Verbesserungsmaßnahmen grundsätzlich § 554 Abs. 2 BGB zuzuordnen, diese Vorschrift jedoch so zuzuschneiden, dass sie den Klimaschutzziele besser gerecht wird als bisher (dazu sogleich, Kap. 4.2.2.2 bis 4.2.2.4). Soweit das gelingt, könnte sogar auf eine Änderung des § 554 Abs. 1 BGB gänzlich verzichtet werden.

³⁰¹ BT-Drs. 16/8149, S. 38.

³⁰² Zu den nicht-finanziellen Härtegründen vgl. Münchener Komm. zum BGB (Bieber), § 554 Rdnr. 30 m.w.N.

4.2.2.2 Sonderstellung von Klimaschutzmaßnahmen in § 554 Abs. 2 BGB

Unangetastet bliebe demnach bei einer Lösung über § 554 Abs. 1 BGB das Problem, dass normstrukturell diejenigen besser gestellt werden, die sich lediglich am gesetzlichen Mindestniveau ausrichten, anstatt von sich aus Klimaschutzmaßnahmen zu ergreifen oder sich an dem baulich-/technischen und wirtschaftlichen Optimum zu orientieren (siehe im Einzelnen oben, Kap. 3.2.2). Denn Letztere müssen die Hürden aus § 554 Abs. 2 und 3 BGB überwinden, Erstere nicht.

Ungünstig ist das aus klimapolitischer Sicht vor allem deshalb, weil durch die gesetzlichen Mindestpflichten nach §§ 9 und 10 der Energieeinsparverordnung nicht annähernd das Maß des klimapolitisch Notwendigen, baulich-technisch Machbaren und wirtschaftlich Sinnvollen abgebildet wird.³⁰³ Dieses Problem ist zwar zuvörderst eines des öffentlichen Rechts. Gleichwohl lassen sich im Rahmen des Mietrechts verschiedene Ansatzpunkte finden, um es abzumildern oder zumindest eine weitere Verschärfung zu vermeiden.

Im System der Duldungspflichten lassen sich grundsätzlich zwei Wege hierfür vorstellen:

- zum einen eine Ausweitung der absoluten Duldungspflichten,
- zum anderen eine Abmilderung durch Erleichterungen bei der beschränkten Duldungspflicht nach § 554 Abs. 2 BGB.

Beide Wege sind grundsätzlich gangbar, aber jeweils mit verschiedenen Schwierigkeiten behaftet.

Eine Ausweitung der absoluten Duldungspflicht auch auf Fälle der Übererfüllung öffentlich-rechtlicher Mindestanforderungen wäre aus *reiner* Klimaschutzsicht an sich wünschenswert. Es ist jedoch zweifelhaft, ob das wohnungspolitisch akzeptabel wäre,

³⁰³ Differenzierend kritisch IWU: Fachliche Stellungnahme zum Entwurf der Energieeinsparverordnung (EnEV) vom 18. April 2008, Darmstadt, 6. Mai 2008, S. 5 ff.; danach wird die für 2009 vorgesehene Verschärfung im Hinblick auf die Aussicht auf schrittweise weitere Erhöhungen als (noch) „akzeptabel“ eingestuft, obwohl von einem Standard ausgegangen wird, der etabliert sei und keine besondere Herausforderung mehr darstelle, außerdem für den Gebäudebestand einige nicht gerechtfertigte Ausnahmen gemacht würden.

weil es damit im Falle von Klimaschutzmaßnahmen keinerlei Korrektiv mehr gäbe, mit dem sich Mieter gegen im Einzelfall gleichwohl (nicht nur in finanzieller Hinsicht) problematische Maßnahmen zur Wehr setzen könnten. Damit ergäbe sich auch eine gewisse Missbrauchsgefahr im Sinne des Ausnutzens der Vorschrift zur Verdrängung von Mietern.

Von dieser Warte aus liegt es näher, die Lösung in einer partiellen Lockerung der Härtefallabwägung im Rahmen des § 554 Abs. 2 BGB zu suchen.

Denkbar ist es in diesem Sinne z.B., das Nichtvorliegen einer Härte für bestimmte klimapolitisch gewünschte Maßnahmen gesetzlich zu fingieren. Die Einführung einer solchen gesetzlichen Fiktion ist z.B. durch folgende, an § 554 Abs. 2 Satz 4 BGB anschließende Formulierung (neuer Satz 5) möglich:

„Bei Maßnahmen zur Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen gilt eine durch die Maßnahmen begründete Mieterhöhung nicht als Härte, wenn [evtl.: für das Gebäude insgesamt] verbindlich sichergestellt ist, dass die Mieterhöhung innerhalb der ersten X [sechs?] Jahre nach Abschluss der Maßnahmen im Durchschnitt nicht höher liegt als die auf Grund der Maßnahmen zu erwartende Minderung der Kosten des Bezugs von Heizstoffen oder der Lieferung von Wärme; dabei ist für das jeweilige Verbrauchsgut die allgemeine Preisentwicklung der letzten fünf [drei?] vorangegangenen Jahre in Deutschland zugrunde zu legen.“

Eine derartig angelegte Regelung (die ggf. hinsichtlich der angegebenen Zahlenverhältnisse aus fachlicher Sicht noch weiterer Prüfung bedarf) sollte es möglich machen, eine weitgehende Gleichstellung von über das gesetzliche Mindestmaß hinausgehenden Maßnahmen mit unmittelbar aus gesetzlichen Pflichten resultierenden Änderungen zu erreichen, sofern die zu erwartende Mieterhöhung nicht unzumutbar hoch ist. Sofern es – wie weiter unten unter der Bezeichnung „energetischer Pauschalzuschlag“ vorgeschlagen (siehe Kap. 4.3.2.8) – zur Einführung einer ähnlich konstruierten Bestimmung im Kontext der Miethöheregelung kommen sollte, könnte auf diese Bezug genommen werden. Damit wären eine weitere Verfeinerung und eine bessere Handhabbarkeit erreichbar.

Ein solches Konzept hätte zwei wesentliche Vorzüge: Zum einen könnten die Vermieter die Duldungspflicht auch durch Abgabe einer entsprechenden rechtsverbindlichen Zusi-

cherung über die Miethöhe erlangen, zum anderen könnte damit – woran den Mieterverbänden gelegen sein dürfte – allzu starken Mietpreiserhöhungen entgegen gewirkt werden. Nach wie vor könnten im Übrigen individuelle Härtegründe nicht-finanzieller Art geltend gemacht werden (z.B. solche aus Gesundheitsgründen).

Von der Konstruktion her ist wichtig, dass die Rechtsfolge durch einseitige, aber rechtlich verbindliche (also einklagbare) Erklärung des Vermieters eintritt. Von einer Vereinbarung kann die Wirkung nicht abhängig gemacht werden, weil die Vorschrift sonst ihrer Funktion nicht gerecht werden könnte. In der Praxis wären Vereinbarungen aber möglich (und wünschenswert).

Denkbar wäre es auch, in diesem Punkt noch weiter zu gehen und – in Anlehnung an einen Vorschlag des IVD – § 554 Abs. 2 Satz 4 wie folgt zu fassen:³⁰⁴

„Die zu erwartende Mieterhöhung ist nicht als Härte anzusehen, wenn die Mietsache lediglich in einen Zustand versetzt wird, wie er allgemein üblich ist oder die Maßnahme der Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen dient.“

Mit dieser Formulierung würde ungeachtet der zu erwartenden Miethöhe eine vollständige Gleichstellung mit den gesetzlichen Duldungspflichten erreicht. Es ist jedoch zweifelhaft, ob sie noch als angemessen erachtet werden kann, weil selbst sehr große Mietsprünge von der Vorschrift ohne Abmilderungsmöglichkeit „gedeckelt“ würden. Die soeben vorgeschlagene Vermutungsregelung ist im Vergleich dazu aus dem Blickwinkel der Mieter als die ausgewogenere Lösung zu betrachten, zumal sich mit ihr zugleich Befürchtungen in Richtung steigender Warmmieten ausräumen lassen.

4.2.2.3 Änderungen bei der Abwägung bei relativen Duldungspflichten

Im Hinblick auf den nach § 554 Abs. 2 Satz 2 BGB notwendigen Abwägungsvorgang ist in der Problemanalyse darauf hingewiesen worden, dass die hinter der Energieein-

³⁰⁴ Der Vorschlag von IVD/ Bethge und Partner in: Eckpunkte (2008, dort S. 7) lautet: „Die zu erwartende Mieterhöhung ist nicht als Härte anzusehen, wenn die Mietsache lediglich in einen Zustand versetzt wird, wie er allgemein üblich ist oder es sich um eine Maßnahme der nachhaltigen Einsparung von Energie oder zum Zwecke des Wechsels auf eine umweltverträglichere Energiequelle handelt.“

sparung stehenden öffentlichen Interessen am Klimaschutz in der Härtefallabwägung keine Berücksichtigung finden würden, weil die Rechtsprechung hierbei allein auf die Einzelinteressen von Vermieter und Mieter abstelle (siehe oben, Kap. 3.2.3.1).

Diesem Problem ließe sich durch eine Formulierung begegnen, wie sie der *IVD* in seinem Gesetzentwurf entwickelt hat. Danach könnte § 554 Abs. 2 Satz 3 BGB wie folgt gefasst werden:³⁰⁵

„Dabei sind insbesondere die vorzunehmenden Arbeiten, die baulichen Folgen, vorausgegangene Aufwendungen des Mieters und die zu erwartende Mieterhöhung einerseits und die berechtigten Interessen des Vermieters an der Pflege und Erhaltung sowie der Werterhöhung seiner Immobilie und dem Allgemeininteresse an Maßnahmen zur nachhaltigen Einsparung von Energie oder zu einem Wechsel auf eine umweltfreundlichere Energiequelle andererseits zu berücksichtigen.

Auf Grundlage der oben erörterten einheitlichen Begrifflichkeiten ließe sich vereinfachend formulieren (Änderungen gegenüber dem vorstehenden Text *kursiv*):

„Dabei sind insbesondere die vorzunehmenden Arbeiten, die baulichen Folgen, vorausgegangene Aufwendungen des Mieters und die zu erwartende Mieterhöhung einerseits und die berechtigten Interessen des Vermieters an der Pflege und Erhaltung sowie der Werterhöhung seiner Immobilie und dem Allgemeininteresse an der Verminderung der veranlassten Treihausgasemissionen andererseits zu berücksichtigen.

Eine Veränderung in diesem Sinne ist sinnvoll und möglich. Sie würde zu einer Gewichtsverschiebung zugunsten des Vermieterinteresses an Klimaschutzmaßnahmen innerhalb der Abwägung führen.

Die Bedeutung einer solchen Änderung ist allerdings erheblich weniger groß, wenn – wie soeben diskutiert und vorgeschlagen – die entscheidenden Fallkonstellationen von Klimaschutzmaßnahmen bereits weitergehend dadurch abgesichert werden, dass eine Anwendung der Härtefallklausel in finanzieller Hinsicht von vornherein ausgeschlossen wird.

³⁰⁵ *IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte* (2008), S. 7.

4.2.2.4 Änderungen des Verfahrens bei relativen Duldungspflichten

Vom Ansatzpunkt her ähnlich liegt es bei der vom *IVD* vorgetragenen Idee, § 554 Abs. 3 BGB dadurch zu ändern, dass die Mieter verpflichtet werden, Einwendungen im Sinne der Härteklausele innerhalb einer bestimmten **Frist** vorzubringen. Mit einer derartigen Änderung könnte verhindert werden, dass Mieter ihre individuellen Härte-Bedenken erst kurzfristig vor oder sogar nach Beginn der Arbeiten geltend machen und dadurch die Bauarbeiten blockieren und/oder die Kosten erheblich in die Höhe treiben könnten (siehe dazu oben, Kap. 3.2.3.2).

Der Formulierungsvorschlag des *IVD* geht konkret dahin, in § 554 Abs. 3 BGB folgende Sätze 3 und 4 einzufügen:

„Innerhalb der in Satz 2 genannten Frist hat der Mieter etwaige Einwendungen gegen die angekündigte Maßnahme und den Inhalt der Mitteilung gemäß Satz 1 schriftlich beim Vermieter geltend zu machen. Unterbleibt eine fristgerechte Geltendmachung von Einwendungen durch den Mieter, hat er die angekündigte Maßnahme zu dulden.“

Praktisch würde das bedeuten, dass der Mieter seine Bedenken bis zum Ablauf des auf den Zugang der Ankündigung folgenden Monats vorzutragen hätte (vgl. § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB).

Diese Änderung erscheint dem Verfasser auch unabhängig von den hier nur betrachteten Maßnahmen im Interesse des Klimaschutzes grundsätzlich sachgerecht. Zu bemerken ist jedoch, dass die Verpflichtung zur fristgerechten Geltendmachung angemessenweise auf Umstände beschränkt werden müsste, die auf Grund der Ankündigung des Vermieters erkennbar sind.

Eine andere denkbare Änderung geht dahin, für den Fall der Geltendmachung von Härtegründen eine **Mehrheitsentscheidung** vorzusehen. Das erscheint aber wenig interessengerecht, weil Härtegründe häufig bei einzelnen Mietern oder einer Minderheit auftreten (z.B. wenn bestimmte Maßnahmen im besonderen Maße zu Beeinträchtigungen einzelner Wohnungen führen). Zudem soll es ja gerade darum gehen, dem öffentlichen Interesse am Klimaschutz zur Durchsetzung zu verhelfen. Mehrheitsentscheidungen der Mieter könnten sich insofern sogar kontraproduktiv auswirken.

Fraglich ist, ob es auf angemessene Weise möglich ist, den notwendigen Erklärungsinhalt zu vereinfachen, um den Aufwand auf Seiten des Vermieters zu verringern. Das ist der Sache nach nicht einfach, weil sichergestellt werden muss, dass die Mieter nicht versteckt mit unzureichenden Maßnahmen oder mit überzogenen Mietforderungen konfrontiert werden. Deshalb wird ein Mindestmaß an Verlässlichkeit des Erklärungsinhalts erwartet werden müssen. Die einzige Vereinfachung, die insofern relativ problemlos vorstellbar ist, dürfte eine Regelung sein, nach der für die Ermittlung der vorherigen energetischen Gebäudequalität auf eine gutachterliche Feststellung im Einzelfall verzichtet werden kann, wenn auf Grund allgemeiner fachlicher Erkenntnisse **plausible Annahmen** über die energetische Qualität der betreffenden Bauteile getroffen werden können.

Anzumerken ist, dass der Erklärungsaufwand geringer ausfallen könnte, wenn der Vermieter auf Grundlage des oben erörterten Vorschlags zu einem neuen § 554 Abs. 2 Satz 5 BGB rechtsverbindlich zusichern würde, in Folge der energetischen Verbesserungsmaßnahmen ein bestimmtes Mieterhöhungsniveau nicht zu überschreiten (siehe Kap. 4.2.2.2).

Im Übrigen ist es denkbar, weitere Vereinfachungen vorzusehen, soweit im materiellen **Miethöherecht** pauschalierende Regelungen getroffen werden sollten, auf die ggf. Bezug genommen werden kann (siehe dazu unten, Kap. 4.3.2.8).

4.2.2.5 Einschränkungen für klimaschädliche Maßnahmen

Die bislang angesprochenen Änderungsansätze zielen darauf, dem Klimaschutz dienende Maßnahmen zu erleichtern. Umgekehrt kann indessen auch daran gedacht werden, die Umsetzung von Maßnahmen zu erschweren, die in besonderem Maße zu einer Erhöhung des Energieverbrauchs bzw. der veranlassten Treibhausgasemissionen führen.

So kann es insbesondere bei bestimmten Arten von „normalen“ **Wohnwertverbesserungen** liegen, die mit einem **besonders hohen Energieverbrauch** verbunden sind (z.B. bei dem Einbau von elektrischen Fußbodenheizungen, der Installation von Klimaanlage, dem Einbau von luxuriösen Badeeinrichtungen oder der Einrichtung von Saunen). Aber auch z.B. die Verglasung von Balkonen kann problematisch sein, wenn die

betreffenden Räumlichkeiten anschließend beheizt werden, ohne hierbei die Mindestanforderungen des Wärmeschutzes zu beachten.

Das öffentliche Interesse am Klimaschutz steht bei derartigen Maßnahmen in einem **Zielkonflikt** mit dem Interesse des Vermieters an der Schaffung möglichst hochwertigen Wohnraums. Dieser Zielkonflikt sollte sowohl im Rahmen der Duldungspflichtbestimmungen als auch im Kontext der Modernisierungsmieterhöhung eindeutig zugunsten des öffentlichen Interesses gelöst werden.

Ein ähnlicher Zielkonflikt zwischen den Vermieterinteressen und den Gemeinwohlbelangen kann entstehen, wenn Vermieter bestimmte bauliche Änderungen im Sinne von Erhaltungsmaßnahmen vornehmen, für die das **öffentliche Recht** verlangt, dass sie nur durchgeführt werden dürfen, wenn bestimmte **Mindestanforderungen** des Wärmeschutzes erfüllt werden (namentlich z.B. beim Austausch von Fenstern, Fassadensanierungen und Dach-Neueindeckungen nach § 9 EnEV), die Bauherren sich aber entgegen dem öffentlichen Recht darauf beschränken, den ursprünglichen Wärmeschutzstandard wieder herzustellen. Auch in diesem Fall ist es angemessen, die Duldungspflicht entfallen zu lassen.

Die Frage nach der Praktikabilität einer solchen Regelung dürfte positiv zu beantworten sein. Zwar sind die Mieter regelmäßig nicht in der Lage, die energetische Qualität einzelner Bauteile selbst im Einzelnen zu beurteilen. Die Bestimmung wird die Vermieter jedoch gegebenenfalls veranlassen, geeignete Belege vorzuweisen (die sie selbst ohnehin benötigen). Im Übrigen sind die Mieter bei einigen typischen Arbeiten an der Gebäudehülle, durch die gemäß § 9 EnEV bestimmte Verbesserungspflichten ausgelöst werden (wie dem Austausch von Fenstern oder der Putzerneuerung) zumindest im Stande festzustellen, ob der Vermieter überhaupt energetische Verbesserungen durchführen lässt.

Klimapolitisch ist das Entfallen der Duldungspflicht in Fällen der Missachtung öffentlich-rechtlicher Vorgaben zum Wärmeschutz von sehr großer Bedeutung, weil sich Änderungen an den relevanten Bauteilen aus der Vermietersicht in der Regel nur als wirtschaftlich darstellen, wenn sie im Renovierungszyklus durchgeführt werden. Werden durch die EnEV gebotene Verbesserungen im Zuge von Erneuerungsmaßnahmen unter-

lassen oder nur unzureichend durchgeführt, so ist für eine Vielzahl von Jahren „der Zug abgefahren“. Das Entfallen der Duldungspflicht in derartigen Fällen kann verhindern, dass Vermieter entsprechend vorgehen und damit einen wesentlichen mittelbaren Beitrag zur praktischen Umsetzung der EnEV leisten (siehe hieran anknüpfend unten, Kap. 4.3.2.1).

Da es anders als bei den besonders energieträchtigen „Wohnwertverbesserungen“ nicht um die Anwendung von § 554 Abs. 2 BGB, sondern von Absatz 1 der Vorschrift geht, kann hierfür nicht allein an Absatz 2 angeknüpft werden.

Denkbar ist eine gemeinsame Adressierung in einem neuen Absatz 2a mit folgendem Wortlaut:

„(2a) Eine Duldungspflicht nach Absatz 1 und 2 [und eine Mieterhöhung nach § 559] kommt [kommen] nicht in Betracht für Maßnahmen, die

- a) zu einer nicht nur unerheblichen Erhöhung der veranlassten Treibhausgasemissionen führen oder
- b) ergriffen werden, ohne hierbei mindestens die aus Anlass der Maßnahmen einzuhaltenden Anforderungen der Energieeinsparverordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung zu erfüllen.“

Um sicherzustellen, dass im Zuge des § 559 BGB die gleichen Maßstäbe angelegt wird, kann eine entsprechende Ergänzung eingefügt werden (siehe oben: Zusatz in eckigen Klammern). Allerdings wäre dies systematisch an sich nicht die richtige Stelle, so dass auch eine Parallelregelung in § 559 BGB oder eine Bezugnahme auf den ggf. neu eingefügten § 554 Abs. 2a erwogen werden kann (siehe dazu auch sogleich, Kap. 4.2.3.1).

4.2.3 Änderungen in Bezug auf Mieterhöhungen nach § 559 BGB

Vorbemerkung: In diesem Kapitel werden nur Änderungen in Bezug auf die Mieterhöhung angesprochen, bei denen es um den Abbau von Hemmnissen innerhalb des bestehenden Rechts geht. Konzeptionell weitergehende Vorschläge zur Verbesserung oder

Ergänzung der Anreiz- und Steuerungswirkungen werden eingehend weiter unten erörtert (siehe Kap. 4.3).

4.2.3.1 Tatbestandliche Voraussetzungen

Im Hinblick auf die zentralen **Begrifflichkeiten** ist der Änderungsbedarf des § 559 Abs. 1 BGB bereits weitgehend in Kap. 4.2.1 diskutiert worden. Darauf kann hier Bezug genommen werden.

Danach könnte die Bestimmung des § 559 Abs. 1 BGB wie folgt lauten:

„Hat der Vermieter bauliche Maßnahmen durchgeführt, die den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern, ~~oder~~ nachhaltig Einsparungen von [Energie oder] Wasser bewirken oder [nachhaltig] der Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen dienen (Modernisierung), oder hat er andere bauliche Maßnahmen auf Grund von Umständen durchgeführt, die er nicht zu vertreten hat, so kann er die jährliche Miete um 11 vom Hundert der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen.“

Bis auf den durch Unterstreichung hervorgehobenen Satzteil müsste die Vorschrift nicht weiter geändert werden, um die bislang bestehenden definitorischen Probleme eindeutig und im Interesse des Klimaschutzes sachgerecht zu lösen (siehe dazu oben, Kap. 3.3.2.2).

Um darüber hinaus sicherzustellen, dass einzelne Vermieter die Modernisierungumlage nicht für Maßnahmen zum Ansatz bringen, welche den **Klimaschutzziele entgegenstehen** (siehe dazu bereits oben, Kap. 4.2.2.5), könnte – sofern nicht eine entsprechende Regelung bereits in § 554 BGB erfolgen sollte – folgender zweiter Satz angefügt werden:

„Eine Anwendung von Satz 1 kommt nicht in Betracht für Maßnahmen, die:

- a) zu einer nicht nur unerheblichen Erhöhung der veranlassten Treibhausgasemissionen führen oder
- b) ergriffen werden, ohne hierbei mindestens die aus Anlass der Maßnahmen einzuhaltenden Anforderungen der Energieeinsparverordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung zu erfüllen.“

Sinnvoll ist außerdem eine einschränkende Ergänzung für den Fall der Umstellung auf **Energiecontracting**, da die neue Formulierung dahin verstanden werden könnte, dass bei einem Wechsel zum Energiecontracting die Modernisierungsumlage erhoben werden dürfte. Damit würden die Mieter übervorteilt, weil es auf diese Weise zu einer doppelten Belastung für dieselbe Maßnahme käme. Denn beim Energiecontracting ist es üblich, dass der künftige Wärmelieferant eine Gesamtleistung erbringt, in welche die Investition in die Anlage bereits anteilig einfließt. Würde die Investition zugleich Gegenstand der Modernisierungsumlage werden können, käme es zu einer doppelten Anrechnung der Investitionskosten. Deshalb sollte an geeigneter Stelle geregelt werden, dass dies nicht zulässig ist.

Im Kontext des § 559 könnte dies z.B. durch einen eigenständigen Satz oder Absatz mit folgendem Wortlaut umgesetzt werden:

„Die Umstellung auf Wärmelieferung berechtigt nicht zu einer Mieterhöhung nach Satz 1 [Absatz 1].“

4.2.3.2 Anwendbarkeit auf besondere Mietvertragsarten

Als weiteres Hemmnis wurde im analytischen Teil der Umstand identifiziert, dass energetische Modernisierungen im Rahmen von **Index- und Staffelmietverträgen** sowie allgemein bei **Gewerberaummieten** nicht zu einer Modernisierungsumlage nach § 559 BGB berechtigten (siehe oben, Kap. 3.3.2.1).

Dieses Problem lässt sich, wie der *IVD* vorschlägt³⁰⁶, für die Index- und Staffelmietverträge relativ einfach beseitigen, indem die vorhandenen Bestimmungen in § 557a Abs. 2 Satz 2 BGB und § 557b Abs. 2 Satz 2 BGB, nach denen eine Mieterhöhung nach § 559 BGB während der Laufzeit nicht oder nur eingeschränkt zulässig ist, entsprechend korrigiert werden.

Zu beachten ist aber, dass die vom *IVD* vorgeschlagene Änderung auf eine generelle Öffnung für die Modernisierungsumlage nach § 559 BGB hinauslaufen würde, also auch für nicht durch Klimaschutzziele gerechtfertigte Modernisierungen. Aus der Per-

³⁰⁶ *IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte* (2008), S. 6/8.

spektive der vorliegenden Untersuchung besteht dafür kein Anlass. Vielmehr genügt es, wenn dies – ggf. unter Verwendung des neu eingeführten Oberbegriffs – im Speziellen für dem Klimaschutz dienende Veränderungen geregelt würde.

In diesem Sinne könnten die einschlägigen Vorschriften wie folgt gefasst werden:

§ 557a Abs. 2 Satz 2 BGB:

„Während der Laufzeit einer Staffelmiete ist eine Erhöhung nach den §§ 558 bis 559b ausgeschlossen; das gilt nicht für eine Erhöhung nach § 559 wegen einer Maßnahme, die der Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen dient.“

§ 557b Abs. 2 Satz 2 BGB:

„Eine Erhöhung nach § 559 kann nur verlangt werden, soweit der Vermieter bauliche Maßnahmen auf Grund von Umständen durchgeführt hat, die er nicht zu vertreten hat oder die der Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen dienen.“

Dabei sei ergänzend angemerkt, dass die dargestellte Änderung zur Staffelmiete in der Sache durchaus streitbar ist, weil dem Vermieter grundsätzlich zugemutet werden kann, energetische Investitionen bei Abschluss von Staffelmietverträgen von vornherein mit in den Blick zu nehmen (siehe oben, Kap. 3.3.2.1). Der Abdruck des Formulierungsvorschlags soll an dieser Stelle nur aufzeigen, dass dieser Vorschlag relativ leicht redaktionell umgesetzt werden könnte, nicht aber als ein Plädoyer für eine entsprechende Regelung verstanden werden.

Im Hinblick auf Mietverträge außerhalb des Wohnraummietrechts könnte **§ 578 Abs. 2 Satz 1 BGB** wie folgt umformuliert werden:

„Auf Mietverhältnisse über Räume, die keine Wohnräume sind, sind die in Absatz 1 genannten Vorschriften sowie § 552 Abs. 1, § 554 Abs. 1 bis 4 und 569 Abs. 2 entsprechend anzuwenden; das Gleiche gilt für § 559 Abs. 1 bis 3, § 559a Abs. 1 bis 4 sowie § 559b Abs. 1 und 2 in Bezug auf Maßnahmen, die der Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen dienen.“

Auch für diesen Formulierungsvorschlag gilt, dass er nicht als inhaltliche Regelungsempfehlung verstanden werden soll, sondern nur zum Zwecke der redaktionellen Ab-
rundung aufgenommen wurde. Bei gewerblichen Mietverträgen besteht grundsätzlich

eine offene Interessensituation, die nicht mit dem sog. sozialen Mietrecht des Wohnsektors zu vergleichen ist. Weder die Rechtslage und Rechtsprechung noch die Markt- und Interessenverhältnisse des Gewerberaummietrechts konnten im Rahmen des vorliegenden Vorhabens näher betrachtet werden, so dass es vermessen wäre, hierzu inhaltliche Empfehlungen auszusprechen.

4.2.3.3 Änderungen bei den Berechnungsvorgaben

Der *IVD* schlägt in seinem Gesetzentwurf zur Beseitigung mietrechtlicher Hemmnisse für den Klimaschutz vor, das Interesse der Vermieter an energetischen Verbesserungen dadurch zu steigern, dass ihnen im Rahmen der Modernisierungumlage nach § 559 BGB die Möglichkeit gegeben wird, den Anteil der Erhaltungskosten pauschaliert anzusetzen.

Der konkrete Textvorschlag des *IVD* besteht aus einem neuen Absatz 3 in § 559 BGB mit folgendem Wortlaut:³⁰⁷

„(3) Unbeschadet der Absätze 1 und 2 kann der Vermieter wahlweise statt einer konkreten Berechnung der in den aufgewendeten Kosten enthaltenen Instandsetzungskosten einen pauschalen Abschlag von [Prozentsatz einfügen...] auf die gesamten Investitionskosten ansetzen, es sei denn, der Ansatz des pauschalen Vom-Hundert-Satzes ist aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls grob unbillig.“

Diese Idee erscheint vom Ansatz her sinnvoll, trägt jedoch in sich das Problem, dass die Plausibilität der Pauschalierung nur schwer zu überprüfen ist. Der Missbrauchsmaßstab der groben Unbilligkeit gibt dem Vermieter einen nach Auffassung des Verfassers zu weitgehenden Spielraum.

Vorstellbar ist stattdessen auch eine Verknüpfung mit dem Erfordernis der Zustimmung durch eine (große) Mehrheit (z.B. zwei Drittel oder drei Viertel) der Mieter. Eine solche Lösung dürfte angemessener sein. Eine weniger zu Lasten der Mieterinteressen gehende

³⁰⁷ *IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte* (2008), S. 7; der Textvorschlag wurde durch den Verfasser auf die in Gesetzestexten übliche Schreibweise hin modifiziert.

Schlagseite dürfte auch bereits die Möglichkeit haben, statt der „groben“ Unbilligkeit die einfache Unbilligkeit zum Maßstab zu erheben.

Im Übrigen kann die Bedeutung des Auseinanderhaltens von Erhaltungs- und Verbesserungsanteilen bei den investiven Aufwendungen unter Umständen auch durch weitergehende Änderungen am mietrechtlichen Anreizsystem relativiert werden (siehe unten, insb. Kap. 4.3.2.4, 4.3.2.8 und 4.3.2.9).

4.2.3.4 Änderungen bei den Erklärungsvorgaben

Wie soeben und schon bei der Parallele der Erklärung zur Duldungspflicht nach § 554 Abs. 2 BGB (siehe Kap. 4.2.2.4) ist auch für § 559b BGB zu betonen, dass den Vermietern wesentliche Erleichterungen bei den Erklärungsanforderungen nicht leichtfertig eingeräumt werden dürfen, weil zu gewährleisten ist, dass die Mieter nicht versteckt mit unzureichenden Maßnahmen oder mit unbegründeten Mietforderungen überzogen werden.

Wie an der angegebenen Stelle bereits angesprochen, ist es sinnvoll und möglich, eine Regelung aufzustellen, nach der für die Ermittlung der vorherigen energetischen Gebäudequalität auf eine gutachterliche Feststellung im Einzelfall verzichtet werden kann, wenn auf Grund allgemeiner fachlicher Erkenntnisse **plausible Annahmen** über die energetische Qualität der betreffenden Bauteile getroffen werden können.

Hinsichtlich der geforderten Mieterhöhung kann demgegenüber nicht auf einen klaren Nachweis der die Höhe der verlangten Miete begründenden Tatsachen verzichtet werden. Etwas anderes kann allenfalls gelten, wenn an Stelle der auf Grundlage der nach Maßgabe von §§ 559 und 559a BGB zulässigen Modernisierungsumlage die Möglichkeit anderer Arten der Mieterhöhung eröffnet wird, zum Beispiel im Falle einer eigenständigen Mieterhöhungsvereinbarung auf Grund bestimmter ausdrücklich zugelassener Pauschalierungen (siehe dazu detailliert unten, Kap. 4.3.2.8).

4.2.4 Änderungen in Bezug auf Gebrauchstauglichkeit und Mietminderung

4.2.4.1 Mietminderung während der Bauphase

Auf Grund des herausragenden öffentlichen Interesses an einer umfassenden Strategie der energetischen Gebäudesanierung ist es – auch vor dem Hintergrund des Art. 20a GG – legitimiert und geboten, sowohl der Vermieter- als auch der Mieterseite bestimmte Belastungen zuzumuten, um die Durchsetzung dieses Interesses in der Praxis möglichst reibungslos sicherzustellen. Dazu gehört es auch, dass Mieter gewisse Nachteile hinnehmen müssen, die zu einer vorübergehenden Verschlechterung der Wohnraumqualität führen, um die notwendigen baulichen Arbeiten durchführen zu können. Das gegenwärtige Mietmängelrecht wird dem nicht gerecht. Es stellt vielmehr das individuelle Interesse an einem unbeeinträchtigten Wohnen praktisch über das öffentliche Interesse am Klimaschutz und baut für grundsätzlich an energetischen Investitionen interessierte Vermieter ein nicht unbedeutendes wirtschaftliches Hindernis auf (siehe oben, Kap. 3.4.1).

Dies könnte zum Beispiel durch eine Ergänzung des § 536 Abs. 1 BGB in Gestalt der beiden folgenden, neu einzufügenden Sätze 4 und 5 geändert werden:

„Bei Mietverträgen für die nicht nur kurzzeitige Überlassung von Räumen gilt eine Einschränkung der Tauglichkeit wegen Einwirkungen durch bauliche Maßnahmen an der Mietsache für einen Zeitraum von bis zu X Monaten [Wochen] als unerheblich, wenn die Maßnahmen der Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen dienen und zu diesem Zweck erforderlich sind. Satz 4 gilt nicht für eine eingeschränkte Beheizbarkeit während der Monate September bis April.“

Angemerkt sei, dass das Erfordernis „und zu diesem Zweck erforderlich ist“ gesondert herausgestellt ist, um zu vermeiden, dass die Bestimmung dahin missverstanden wird, es seien lediglich diejenigen Einwirkungen durch Bauarbeiten als unerheblich zu qualifizieren, die auf zwingenden öffentlich-rechtlichen Erfordernissen beruhen.

Satz 4 begrenzt den betreffenden Zeitraum auf eine bestimmte Anzahl von Monaten/Wochen. Damit soll sichergestellt werden, dass die Mieter nicht durch sehr lange

Bauzeiten übermäßig belastet werden. Satz 5 erklärt das Entfallen der Mietminderung für ausgeschlossen, soweit es um die Einschränkung der Beheizbarkeit während der (typischen) Heizperiodenmonate geht.

Für den Fall, dass diese Einschränkung des Anspruchs auf Mietminderung zu weitgehend erscheinen sollte, könnte auch eine prozentual zur Miethöhe festgelegte Höchstschwelle für den Minderungsanspruch bestimmt werden.

Zu einem ähnlichen Ergebnis würde auch der Vorschlag des *IVD* führen, nach dem § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB wie folgt formuliert werden sollte:³⁰⁸

„Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit oder eine Minderung der Tauglichkeit auf Grund von Maßnahmen, die der Mieter auf Grund einer Modernisierungsmaßnahme nach § 554 Abs. 2 zu dulden hat, bleiben außer Betracht.“

Im Unterschied zum Entwurf des *IVD* umfasst der hier entwickelte Änderungsvorschlag ausschließlich bauliche Maßnahmen zum Zwecke des Klimaschutzes. Ein darüber hinausgehender Bedarf an Freistellungen von der Mietminderung für sonstige Modernisierungsmaßnahmen kann hier nicht erkannt werden. Auslegungstechnisch problematisch ist an jenem Entwurf außerdem die sachlich nicht plausible Beschränkung auf den *zweiten* Absatz von § 554 BGB.

Eine weitergehende Frage ist, ob generell eine Änderung des Mietminderungsrechts angestrebt werden sollte, nach der der Minderungsanspruch nicht kraft Gesetzes eintreten sollte, sondern nur, soweit er von Mietern (bis zu einem bestimmten Zeitpunkt) geltend gemacht wird. Diese allgemeine mietrechtliche Fragestellung, die der Bundesverband *Haus & Grund* in seiner Stellungnahme vom August 2007³⁰⁹ aufwirft, muss hier nicht erörtert werden. Für den vorliegenden Zusammenhang lässt sich ein befriedigendes Ergebnis auch ohne einen derartigen Systemwechsel erzielen.

³⁰⁸ *IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte* (2008), S. 8.

³⁰⁹ *Haus & Grund, Stellungnahme* (2007), S. 2 f.

4.2.4.2 Mangelnder Wohnkomfort durch Energieeinsparung?

Einschränkungen der Mindestanforderungen an die Gewährleistung von behaglichen Mindesttemperaturen in Innenräumen werden nicht für erforderlich gehalten, weil die Anhebung der energetischen Gebäudequalität nicht mit einem Komfortverlust bei den Innenraumtemperaturen verbunden ist (siehe oben, Kap. 3.4.2).

4.2.4.3 Umgang mit klimaschädlichen Maßnahmen, sommerlicher Wärmeschutz

Das Interesse an möglichst niedrigen Innenraumtemperaturen während der Sommermonate kann in manchen Mietobjekten dem Interesse an einem möglichst optimalen winterlichen Wärmeschutz entgegenstehen. Das kann dazu führen, dass Mieter in Einzelfällen die Forderung stellen, die Innenraumtemperatur durch bestimmte Maßnahmen niedrig zu halten, die mit einem sehr hohen Energieverbrauch oder mit der Verwendung von besonders klimaschädlichen Kältemitteln verbunden sind (namentlich: Klimaanlage). Die Rechtsprechung einiger Gerichte hat dieser Tendenz lange Zeit Nahrung gegeben, insbesondere für gewerblich genutzte Räumlichkeiten. Die weitere Entwicklung in dieser Hinsicht lässt sich nicht klar voraussehen. Immerhin ist das OLG Frankfurt kürzlich in einer dezidiert vorgetragenen Entscheidung dieser Tendenz entgegengetreten (siehe oben, Kap. 3.4.3). Es erscheint daher sinnvoll, dem Anspruch auf sommerlichen Wärmeschutz Grenzen zu setzen.

Die betreffende Regelung sollte möglichst so gehalten werden, dass sie möglichst all-gemeingültig sämtliche Arten von Mängeln und sämtliche Arten von Maßnahmen zur Behebung von Mängeln umfasst, die den Zielen des Klimaschutzes entgegenstehen.

In diesem Sinne erscheint es möglich und sinnvoll, § 535 BGB durch folgenden neuen Absatz 1a zu ergänzen:

„(1a) Die Behebung eines Mangels kann nicht durch Maßnahmen verlangt werden, die nicht nur unerheblich zur Erhöhung der veranlassten Treibhausgasemissionen führen. Das gilt nicht, soweit ein ursprünglich vorhandener Zustand lediglich wieder hergestellt wird, eine gesetzliche Verpflichtung zu der Maßnahme besteht oder eine Behebung des Mangels durch andere Maßnahmen unmöglich ist.“

Denkbar ist auch, lediglich für den speziellen Fall des sommerlichen Wärmeschutzes eine eigenständige Regelung zu schaffen, in der es z.B. heißen könnte:

„(1a) Bei Mietverträgen über Räumlichkeiten liegt eine nachträgliche Einschränkung der Tauglichkeit auf Grund von hohen Innenraumtemperaturen während sommerlicher Hitzeperioden nicht vor, wenn der sommerliche Wärmeschutz dem ursprünglich vereinbarten Zustand entspricht.“

Zu beachten ist, dass die beiden Regelungen an unterschiedlichen Punkten des Gewährleistungsrechts ansetzen. Während der zweite Vorschlag für einen speziellen Sachverhalt bestimmt, dass rechtlich nicht von einem Mangel auszugehen ist – so dass weder ein Anspruch auf Beseitigung dieses Zustands noch ein Mietminderungsanspruch besteht –, lässt der erste Vorschlag durchaus Raum für eine Mietminderung, steht aber der Behebung des Mangels auf eine bestimmte (klimaschädliche) Weise entgegen. Deshalb können beide Vorschläge auch nebeneinander normiert werden.

4.2.5 Änderungen in Bezug auf Mieteransprüche

4.2.5.1 Zur Verknüpfung von Mieteransprüchen mit öffentlichem Recht

Nach traditioneller Auslegung des Mietrechts können die Mieter vom Vermieter grundsätzlich nur die Erhaltung des vereinbarten Zustands verlangen, nicht aber Verbesserungen an der Mietsache. Dieser Grundsatz wird in der Rechtsprechung allerdings bereits heute zum Teil eingeschränkt, wenn sich auf Grund veränderter Erkenntnisse oder Verhältnisse erweist, dass die Mietsache ihren Zweck nur noch erfüllen kann, wenn bestimmte Änderungen vorgenommen werden. So kann es z.B. auf Grund neuer Erkenntnisse über Gesundheitsgefährdungen durch verwendete Baustoffe liegen. Für an den Vermieter als Gebäudeeigentümer gerichtete Forderungen des öffentlichen Rechts ist eine vergleichbare Ausnahme nach herrschender Ansicht nicht gerechtfertigt, weil dies

zur Sicherstellung der Gebrauchstauglichkeit nicht erforderlich ist (eingehend zum ganzen oben, Kap. 3.5).³¹⁰

Eine entsprechende Verknüpfung von öffentlich-rechtlichen Vorgaben des Klimaschutzes ließe sich durch eine ausdrückliche Regelung im Mietrecht ohne weiteres herstellen. Auf diese Weise könnte der Gesetzgeber bestimmten mieterseitigen Ansprüchen die Funktion von Sanktionsdrohungen verleihen, durch die (zusätzlicher) Druck zur Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Vorgaben ausgelöst wird. Konkreter ausgedrückt: Wenn die Mieter gegenüber ihrem Vermieter Ansprüche auf Erfüllung bestimmter (auch ihnen selbst dienender) öffentlich-rechtlicher Vorschriften erheben oder im Falle der Nichteinhaltung Ersatzansprüche geltend machen können, werden die Vermieter eher dazu bereit sein, die betreffenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben zu erfüllen.

Die zentrale Aufgabe von an das öffentliche Recht anknüpfenden mietrechtlichen Anspruchsnormen liegt somit nicht darin, in bestimmten Konfliktsituationen eine ausgewogene Lösung zu finden (was nebenbei natürlich auch gewährleistet sein muss), sondern im Vorfeld der praktischen Anwendung der Anspruchsnorm dafür zu sorgen, dass es zu möglichst wenig praktischen Anwendungsfällen kommt.

Eine derartige Vorgehensweise ist im deutschen Rechtskreis zwar wenig verbreitet. Insbesondere im angloamerikanischen Rechtskreis und im Europarecht sind solche Instrumentalisierungen des Zivilrechts aber weit verbreitet.³¹¹ Auch im deutschen Recht existiert bereits eine größere Anzahl von Regelungen, die (zumindest auch) eine entsprechende Funktion zukommt. Das gilt namentlich für das Verbraucherschutzrecht mit der verbraucherschutzrechtlichen Verbandsklage, aber auch für das Produkthaftungsrecht und das Umwelthaftungsrecht. Von daher können solche Bestimmungen heute nicht mehr als Fremdkörper im Zivilrecht betrachtet werden.

In der Sache kann insbesondere eine Anknüpfung von mietrechtlichen Ansprüchen an **Vorgaben der Energieeinsparverordnung** einen bedeutenden Beitrag zu einer umfas-

³¹⁰ Vgl. Blank, WuM 2008, S. 311 ff.; relativ offen für Weiterungen mit beachtlichen Überlegungen Artz, WuM 2008, S. 259 ff.; enger Friers, WuM 2008, S. 255 ff.

³¹¹ Instrukтив insb. für den Bereich des europäischen Rechts Schröder, NVwZ 2006, S. 389 ff. m.w.N.; ferner Schoch, NVwZ 1999, S. 457 ff. m.w.N.

senden Strategie energetischen Gebäudesanierung und damit zum Klimaschutz leisten. Denn die betreffenden Regelungen der EnEV werden bislang größtenteils missachtet bzw. unterlaufen. Dahinter steht das Problem, dass die Einhaltung der Anforderungen für bauliche Änderungen im Gebäudebestand durch Behörden kaum wirksam kontrolliert werden kann (siehe im Einzelnen bereits oben, Kap. 2.2).

Das gilt vor allem für den Wärmeschutz von Bestandsgebäuden nach § 9 EnEV:

- Die betreffenden Vorgaben werden nach dem System von § 9 i.V.m. Anlage 3 der EnEV jeweils dadurch ausgelöst, dass bestimmte Erneuerungsmaßnahmen stattfinden (bestimmte Erneuerungsmaßnahmen an der Fassade, am Dach, Fensteraustausch, Türaustausch usw.).
- Die jeweiligen Baumaßnahmen bedürfen dabei in aller Regel keiner Baugenehmigung und keiner Anzeige bei einer Behörde. Sie können also praktisch an den Anforderungen der EnEV vorbei durchgeführt werden, ohne dass dies durch eine Behörde bemerkt wird.

Möglicherweise treten durch die Neuregelungen im Zuge der EnEV 2009 gewisse Verbesserungen ein. Sicher abschätzen lässt sich das aber nicht. Wichtig ist insbesondere, dass Verstöße gegen § 9 EnEV als Ordnungswidrigkeiten eingestuft werden. Neu ist darüber hinaus, dass die beteiligten Fachfirmen bei Änderungen bestimmter Bauteile oder Anlagen Unternehmererklärungen darüber abgeben müssen, dass die Bauteile den EnEV-Anforderungen genügen; eine behördliche Überprüfung der Richtigkeit (auch als Stichprobe) ist jedoch nicht vorgesehen. Schwierig liegt es bislang auch bei der Überprüfung der Einhaltung von § 14 EnEV, indem es um Beschaffenheitsmerkmale von wärmetechnischen Anlagen und Leitungen geht. Insofern ist nunmehr eine Überprüfung durch die Schornsteinfeger vorgesehen (siehe zum Ganzen oben, Kap. 2.2.1).

Etwas weniger problematisch sieht es hinsichtlich der Anforderungen zum Austausch von besonders alten (und daher sehr ineffizienten) Heizkesseln nach § 10 EnEV aus, da das Herstellungsdatum des Kessels grundsätzlich leicht überprüfbar ist.

Vor diesem Hintergrund ist die Schaffung von Anspruchsnormen des Mietrechts zur Einhaltung von Anforderungen aus der EnEV instrumentell sinnvoll und sachlich gebo-

ten, weil damit gerechnet werden kann, dass sich das Vollzugsdefizit der EnEV im Bereich der Vorschriften für den Gebäudebestand durch die Androhung mietrechtlicher Sanktionen wesentlich verkleinern lässt.

Mit diesen allgemeinen Erkenntnissen allein ist aber noch nichts darüber ausgesagt, auf welche Weise eine wirksame Verknüpfung auf geeignete Weise hergestellt werden kann. Konkret kommen verschiedene Arten von Ansprüchen bzw. Bezugnahmen in Betracht:

- Ansprüche auf Durchführung derjenigen Maßnahmen, die durch die EnEV vorgeschrieben werden (primäre Durchsetzungsansprüche),
- Abwehransprüche gegenüber Maßnahmen, die mit der EnEV nicht im Einklang stehen (primäre Abwehransprüche),
- Ansprüche auf finanziellen Ausgleich von Nachteilen die dem Mieter auf Grund von unterlassenen Maßnahmen entstanden sind (Sekundäransprüche),
- Ansprüche auf bestimmte Dokumentationen und Nachweise (verfahrensrechtliche Ansprüche).

Hinsichtlich der genauen Konstruktion stellt sich dabei die Schwierigkeit, dass die Vorschriften des BGB grundsätzlich zeitlich ungebunden ansetzen, während die EnEV häufigen Änderungen unterworfen ist, weil sich das Anforderungsniveau schrittweise verschärft. Wenn die Vorschriften dennoch als in das mietrechtliche System des BGB hinein passend angesehen werden sollen, ist es wichtig, die Verknüpfung zur EnEV nicht allzu speziell auszugestalten.

4.2.5.2 Ansprüche im Hinblick auf materielle Anforderungen der EnEV

Auf der primären Ebene ansetzende Ansprüche auf **Durchführung** bestimmter Maßnahmen lassen sich in erster Linie vorstellen im Hinblick auf eindeutig geregelte Anforderungen, die nach Maßgabe der EnEV innerhalb bestimmter Zeiträume zu erfüllen sind. Das gilt für den **Austausch von alten Heizanlagen** nach § 10 EnEV und für einzelne Maßnahmen zur Ausstattung von technischen Einrichtungen nach § 14 EnEV.

Weniger geeignet ist demgegenüber die Anknüpfung von primären Durchsetzungsansprüchen an die Anforderungen nach § 9 EnEV für den **gebäudlichen Wärmeschutz**, weil § 9 i.V.m. Anlage 3 der EnEV die Beachtung bestimmter Anforderungen nur verlangt, wenn bestimmte Änderungen durchgeführt werden, und dem Eigentümer außerdem verschiedene Erfüllungsvarianten überlässt. Würde hieran unmittelbar angeknüpft, so ergäbe sich kein konkret bestimmbarer Anspruchsinhalt. Zwar ist es vom theoretischen Ansatz her vorstellbar, dass Mieter den Anspruch haben, dass bestimmte energetische Standards eingehalten oder – ggf. auch wahlweise – bestimmte bauliche Änderungen durchgeführt werden müssen. Praktisch ist jedoch zu bedenken, dass die betreffenden Vorgänge typischerweise derart komplex sind, dass ein einzelner Mieter schwerlich adäquat mit einem bestimmten Änderungsanspruch ausgestattet werden kann (man denke nur an die Folgewirkungen im Hinblick auf Duldungspflichten Dritter oder auf die Miethöhe für andere Mietparteien). Deshalb dürfte sich für die zentrale Bestimmung des § 9 EnEV für die meisten typischen energetischen Verbesserungen allenfalls mit Abwehr-, Sekundär- und Verfahrensansprüchen arbeiten lassen.

Anders kann es aus der Sicht des Verfassers allerdings liegen, wenn es speziell um Ansprüche um Bauteile geht, die allein die Wohnung des betreffenden Mieters betreffen (z.B. den Austausch von Fenstern oder eines nur für die einzelne Wohnung dienenden Heizaggregats). Für derartige Fallgestaltungen ist es gut vorstellbar, einen Anspruch der Mieter auf Vornahme bestimmter energetischer Änderungen in der EnEV vorzusehen.

Eine spezifische Form des **Abwehranspruches** ist für Fälle der Nichteinhaltung von § 9 EnEV bereits oben für die Bereiche der Duldungspflichten und der Modernisierung vorgestellt worden (siehe oben, Kap. 4.2.2.5 und 4.2.3.1). Um den Zusammenhang zu verdeutlichen, soll die dort vorgeschlagene Änderung (Einfügung eines neuen Absatzes 2a in § 554 BGB) hier noch einmal wiedergegeben werden:

„(2a) Eine Duldungspflicht nach Absatz 1 und 2 [und eine Mieterhöhung nach § 559] kommt [kommen] nicht in Betracht für Maßnahmen, die:

- a) zu einer nicht nur unerheblichen Erhöhung der veranlassten Treibhausgasemissionen führen oder

- b) ergriffen werden, ohne hierbei mindestens die aus Anlass der Maßnahmen einzuhaltenden Anforderungen der Energieeinsparverordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung zu erfüllen.“

Mit einer solchen Vorschrift wäre aus der Sicht des Verfassers bereits ein wesentliches Druckmittel in Richtung der Einhaltung der Wärmeschutz-Mindestanforderungen aus § 9 EnEV aufgebaut.

Ergänzen ließe sich die Regelung grundsätzlich durch einen **Sekundäranspruch** auf Ausgleich von finanziellen Nachteilen, die durch die Nichteinhaltung der Vorschrift entstanden sind. Um hierbei komplexe Berechnungsprobleme zu vermeiden, müsste ggf. eine geeignete Form der **Pauschalierung** gefunden werden, etwa bezogen auf die Verbrauchskosten oder bezogen auf die Grundmiete. Ein solcher Anspruch wurde im Vorfeld der Novellierung der Heizkostenverordnung diskutiert. Danach sollte in § 12 HeizKV eine Bestimmung eingefügt werden, nach der Mieter die Heizkostenabrechnung um 12 % kürzen können sollten, wenn der Vermieter die Pflicht zum Austausch von Uralt-Heizkesseln nicht rechtzeitig erfüllt.³¹²

In diesem speziell gelagerten Fall hätte eine konkrete Lösung gefunden werden können. Allerdings wäre die praktische Bedeutung sehr gering gewesen, da die in Bezug genommene EnEV-Vorschrift zum Kesselaustausch nur noch wenige besonders gravierende Fälle betroffen hätte. Wirklich interessant werden könnte dieser Ansatz nur, wenn im Kontext der EnEV eine erheblich ambitioniertere Pflicht zum Kesselaustausch geschaffen würde.

Für die Nichteinhaltung der zentralen EnEV-Pflichten zum baulichen Wärmeschutz wäre eine pauschale Kürzungsmöglichkeit für die Heizkosten grundsätzlich ebenfalls denkbar. Es liegt zwar näher, insoweit – wie oben vorgeschlagen – mit einem Entfallen der Duldungspflicht zu arbeiten. Denn auf diese Weise könnte die Nichteinhaltung der betreffenden EnEV-Verpflichtungen im Vorhinein verhindert werden, während ein pauschalierter Anspruch der Miet- oder Heizkostenkürzung im Einzelfall erst greifen wür-

³¹² Der Vorschlag wurde aber bereits im Vorfeld des förmlichen Verfahrens zur Änderung der Heizkostenverordnung aufgegeben, so dass er in den Regierungsentwurf nicht einging (vgl. BR-Drs. 562/08).

de, wenn „das Kind schon in den Brunnen gefallen“ ist. Gleichwohl ist auch die (evtl. ergänzend gegebene) Möglichkeit einer pauschalen Kürzung der Miet- oder Heizkosten bei Nichteinhaltung bestimmter öffentlich-rechtlicher Pflichten insgesamt positiv zu bewerten, weil auch diesem Vorschlag in erster Linie eine präventive Wirkung zukommt (nämlich: den Eintritt solcher Problemfälle von vornherein zu vermeiden).

Die Option einer nachträglichen Kürzung von Zahlungsansprüchen hat gegenüber dem Entfallen der Duldungspflicht den Vorteil, dass die Mieter von ihr auch dann Gebrauch machen können, wenn erst im Nachhinein festgestellt wird, dass eine Pflicht nicht eingehalten wurde. Nachteilig ist andererseits, dass es regelungstechnisch erheblich schwieriger ist, geeignete öffentlich-rechtliche Anknüpfungspunkte zu definieren – da die betreffenden Sachverhalte sehr unterschiedlich gelagert sein können – und hierauf bezogen angemessene spezifische Kürzungsmargen festzulegen. Jedenfalls soweit bzw. solange das öffentliche Recht keine geeigneten Anknüpfungspunkte hierfür bietet, lässt sich die Idee nicht sinnvoll realisieren.

4.2.5.3 Dokumentations- und verfahrensbezogene Ansprüche

Über die Art und Weise der Gestaltung des Energieausweises ist eine breite Diskussion geführt worden, an deren Ende man sich dazu entschieden hat, für die große Mehrzahl der Wohneinheiten im Bestand (nämlich Bestands-Wohngebäude mit mehr als fünf Wohnungen, vgl. § 17 Abs. 2 EnEV) die Ausstellung eines Energieausweises auf Grundlage lediglich des erfassten Verbrauchs an Stelle des berechneten Energiebedarfs zu verlangen.³¹³

Die wesentlichen Merkmale der beiden Arten des Energieausweises sind:

- Der für Neubauten und kleinere Bestandsgebäude auszustellende **bedarfsbezogene Energieausweis** enthält grobe Angaben zur energetischen Gebäudequalität, indem

³¹³ Vgl. den Regierungsentwurf in BR-Drs. 282/07; aus der Rechtsliteratur Schmidt, ZUR 2008, S. 463 ff.; Hertel, DNZ 2007, S. 486 ff.; aus fachlicher Sicht Arbeitskreis Energieberatung: Nachweis, Label und Beratung – Der Energiepass auf dem Weg, Tagungsband (2005); Hertle u. a. (IFEU), Verbrauchs- oder Bedarfspass? (2005); Loga/Diefenbach/Knissel (IWU): Transparen-

er einerseits einen Kennwert für den Primärenergiebedarf und andererseits eine zusammenfassende Angabe für die energetische Qualität der Gebäudehülle ausweist (vgl. EnEV 2007, Anlage 6 Seite 2), jedoch keine Angaben über einzelne Gebäudeteile enthält. Hinsichtlich des Primärenergiebedarfs ist zu beachten, dass dieser stark durch die Wahl der jeweils eingesetzten Energieträger beeinflusst wird, so dass er über die energetische Qualität des eigentlichen Gebäudes keine Aussage zulässt.

- Der für alle anderen Gebäude vorgeschriebene **verbrauchsbezogene Energieausweis** enthält demgegenüber lediglich einen Energieverbrauchskennwert, jedoch weder Angaben für die energetische Qualität der Gebäudehülle noch einen Kennwert für den Primärenergiebedarf (oder -verbrauch). Er ist zu berechnen auf Grundlage des witterungsbereinigten Nutzerverhaltens mindestens der letzten drei abgeschlossenen Kalenderjahre (vgl. § 19 EnEV i.V.m. Anlage 6 Seite 3).

Beide Ausweise werden durch einen mehrfarbigen (von Grün über Gelb ins Rote gehenden) Balken illustriert und dominiert, auf dem mittels eines Pfeils der Endenergiebedarf des betreffenden Gebäudes markiert ist (bei bedarfsbezogenen Ausweis außerdem der Primärenergiebedarf). Mittig liegt beim Endenergiebedarf der Bereich zwischen 200 und 250 kWh (m²*a), so dass der Eindruck entstehen kann, schon durchschnittliche bis leicht unterdurchschnittliche Endenergiebedarfe in der Größenordnung von 150-200 kWh (m²*a) lägen tendenziell im „grünen Bereich“.

Der Energieausweis ist nach dem Konzept der EnEV 2007 das zentrale Dokument nicht nur zum Beleg der energetischen Qualität des Gebäudes bei zivilrechtlichen Geschäften wie dem Verkauf oder der Vermietung (siehe dazu § 16 Abs. 2 EnEV), sondern auch zum Nachweis über die Einhaltung der Anforderungen aus der Verordnung. Diese Doppelfunktion vereinfacht den Nachweisaufwand aus Betroffenenensicht, macht es aber mangels präziser Angaben zur energetischen Qualität einzelner relevanter Bauteile

schwierig, die Richtigkeit der Aussagen zu überprüfen. Er ist zum Qualitätsnachweis deshalb allenfalls bedingt geeignet.³¹⁴

Der Energieausweis muss nach den Vorschriften der EnEV 2007 (die durch die Novelle 2009 insoweit nicht geändert werden sollen) **nur potenziellen Käufern und Mietern** zugänglich gemacht werden, nicht aber allen Bewohnern bzw. Mietern (vgl. § 16 Abs. 2 EnEV). Hierin liegt ein weiteres deutliches Manko der Rechtskonstruktion, denn dadurch kann das Nachfragen nach dem Energieausweis in bestimmten Marktsituationen einen kontraproduktiven Einfluss auf die Auswahl der Gebäude- und Wohnungsinteressenten haben. Vermieter können in angespannter Wohnungslage nach dem Muster vorgehen: „Wer nach dem Energieausweis fragt, ist mir zu kritisch, kommt also nicht in Betracht“. In der Folge können sich potenzielle Interessenten unter Druck gesetzt fühlen, möglichst nicht nachzufragen. Auf diese Weise kann der Energieausweis den ihm zugedachten Zweck – nämlich einen mittelbaren Anreiz zur Verbesserung der energetischen Gebäudequalität durch Information über den energetischen Gebäudezustand zu setzen – nicht in der gewünschten Weise erfüllen.

Eine wesentliche Wirkungsverbesserung könnte folglich erzielt werden, wenn die Gebäudeeigentümer verpflichtet würden, die Energieausweise **sämtlichen Bewohnern (Mietern)** und Interessenten **zur Verfügung zu stellen** und/oder im jeweiligen Gebäude gut sichtbar auszuhängen (wie es für öffentliche Gebäude vorgesehen ist). Dadurch könnte auch eine allgemein bessere Informationsgrundlage für die Mieter geschaffen werden, die für die Durchführung von energetischen Verbesserungsmaßnahmen hilfreich sein kann.³¹⁵

Aus dem Blickwinkel der vorliegenden Untersuchung ist darüber hinaus dringend zu empfehlen, für Bestandsgebäude

1. in den Energieausweis **generell bedarfsbezogene** Angaben aufzunehmen,

³¹⁴ Kritisch zu Recht Loga/Diefenbach/Knissel (IWU): Transparente Heizkostenabrechnung und Energieeffizienzlabel (2005), S. 6 ff.

³¹⁵ In diese Richtung auch Blank, WuM 2008, S. 311/315.

2. diesen hinsichtlich der entscheidenden Parameter hinreichend zu detaillieren, d.h. mit konkreten Angaben über die **energetische Qualität der relevanten Bauteile und technischen Anlagen** (d.h. mit Kennwerten für Fassade, Dach, Fenster, Heizungsanlage usw.) zu ergänzen,
3. den Kreis der Ausstellungsberechtigten auf Personen mit **ausgewiesener spezifischer Qualifikation** einzugrenzen.

Nur auf diese Weise kann erreicht werden, dass der Energieausweis die Funktion ausfüllen kann, den Betroffenen (Eigentümern und Nutzern) fundierte Informationen über den energetischen Zustand des Gebäudes zu vermitteln, aus dem sich verwertbare Schlüsse zum energetischen Verbesserungsbedarf ziehen lassen. Zwar würde ein derartiger Energieausweis zu höheren Kosten auf Seiten der Gebäudeeigentümer führen. Dem steht jedoch gegenüber, dass er auch eine erheblich höheren Wertigkeit für den Eigentümer besitzt als der (rein) verbrauchsorientierte Pass, aus dem sich hinsichtlich des energietechnischen Sanierungsbedarfs keine verwertbaren Erkenntnisse gewinnen lassen.³¹⁶ In Anbetracht des Umstands, dass praktisch nahezu alle Bestandsgebäude innerhalb der nächsten Jahre bis Jahrzehnte einer grundlegenden energetischen Modernisierung unterzogen werden müssen, liegt es nahe, einen derartigen Energieausweis **flächendeckend zum selbstverständlichen Standard** für alle Gebäude zu machen.

Der (rein) verbrauchsbezogene Pass hat hinsichtlich der energetischen Gebäudequalität keine ausreichende Aussagequalität. Er lässt auf Grund der möglichen Verzerrungen durch das unterschiedliche individuelle Nutzerverhalten keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die energetischen Eigenschaften des Gebäudes selbst zu.³¹⁷ Zwar trifft es zu, dass sich unterschiedliche Verbrauchsgewohnheiten bei großen Wohnkomplexen statistisch tendenziell ausgleichen. Die Streubreite ist jedoch auch bei großen Objekten

³¹⁶ Vgl. Loga/Diefenbach/Knissel (IWU): Transparente Heizkostenabrechnung und Energieeffizienzlabel (2005), S. 6 ff.; ähnlich Hertle u. a. (IFEU): Verbrauchs- oder Bedarfspass? (2005), S. 17 ff./27 ff.; ferner IWU: Stellungnahme zum Entwurf der Energieeinsparverordnung (EnEV) vom 16. November 2006 / Kabinettsbeschluss vom 24. April 2007, S. 4 ff.

³¹⁷ Überzeugend Loga/Diefenbach/Knissel (IWU): Transparente Heizkostenabrechnung und Energieeffizienzlabel (2005), S. 6 ff.; eingehend Hertle u. a. (IFEU): Verbrauchs- oder Bedarfspass? (2005), S. 17 ff./27 ff.

noch erheblich.³¹⁸ Zudem kommt es für den Energieausweis auf die Bewertung des *einzelnen* Gebäudes an, bei dem die Abweichung erheblich über der statistischen Standardabweichung liegen kann. Richtig ist andererseits zwar, dass auch der (bisherige) bedarfsorientierte Energieausweis nur eine begrenzte Aussagekraft hat.³¹⁹ Das liegt aber nicht zuletzt daran, dass nach dem Umsetzungskonzept der EnEV auch Personen ausstellungsberechtigt sind, denen eine ausreichende spezifische Qualifikation fehlt (z.B. Architekten, ohne dass diese eine Qualifikation im Hinblick auf das energiesparende Bauen vorweisen müssten).

Eine spezielle Bedeutung hat das Vorhandensein eines aussagekräftigen Energiepasses darüber hinaus aus der Vermieterperspektive insoweit, als es ein derartiger Energieausweis erheblich erleichtern würde, die im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete bestehenden **Spielräume für Mieterhöhungsmöglichkeiten** im Anschluss an energetische Verbesserungsmaßnahmen erkennen und ausschöpfen zu können (siehe dazu bereits oben, Kap. 3.3.3.3). Denn durch energetische Verbesserungsmaßnahmen begründete Mieterhöhungen lassen sich am Markt nur durchsetzen, wenn sie durch verlässliche Informationen über die gehobene energetische Qualität des Gebäudes belegt werden können. Das wiederum setzt voraus, dass es allgemeine und transparente Maßstäbe gibt, auf deren Grundlagen verschiedene Gebäude und Wohnungen in Bezug auf ihre energetischen Beschaffenheitsmerkmale verglichen werden können. Deshalb ist der bedarfsorientierte Energieausweis auch ein notwendiges Element für einen funktionierenden „ökologischen Mietspiegel“ (siehe dazu weitergehend unten, Kap. 4.3.2.2).

Aus europarechtlichem Blickwinkel sei schließlich angemerkt, dass auch erhebliche Zweifel daran bestehen, ob die in der EnEV vorgesehene Wahlmöglichkeit des verbrauchsorientierten Energieausweises mit den **übergeordneten europarechtlichen Vorgaben** zu vereinbaren ist.

³¹⁸ Eingehend zum Ganzen Ehrhorn: Bedarf – Verbrauch: Ein Reizthema ohne Ende oder die Chance für sachliche Energieberatung? (2007), S. 7 ff.; ferner Loga, in: Arbeitskreis Energieberatung: Nachweis, Label und Beratung – Der Energiepass auf dem Weg, Tagungsband (2005), IV 3 ff.

³¹⁹ Instruktiv Vogler: Was kann und soll ein Energieausweis für Wohngebäude leisten? Ergebnisse eines Praxistests, Berlin 2005.

Die dem Energieausweis zugrunde liegende Richtlinie 2002/91/EG (Gebäudeenergieeffizienzrichtlinie)³²⁰ bestimmt in Art. 7 Abs. 1 Satz 1:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass beim Bau, beim Verkauf oder bei der Vermietung von Gebäuden dem Eigentümer bzw. dem potenziellen Käufer oder Mieter vom Eigentümer ein Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz vorgelegt wird.“

Was unter dem Schlüsselbegriff der Gesamtenergieeffizienz zu verstehen ist, definiert Art. 2 der Richtlinie 2002/91/EG unter Nr. 2:

„'Gesamtenergieeffizienz eines Gebäudes' die Energiemenge, die tatsächlich verbraucht oder veranschlagt wird, um den unterschiedlichen Erfordernissen im Rahmen der Standardnutzung des Gebäudes (u. a. etwa Heizung, Warmwasserbereitung, Kühlung, Lüftung und Beleuchtung) gerecht zu werden. Diese Energiemenge ist durch einen oder mehrere numerische Indikatoren darzustellen, die unter Berücksichtigung von Wärmedämmung, technischen Merkmalen und Installationskennwerten, Bauart und Lage in Bezug auf klimatische Aspekte, Sonnenexposition und Einwirkung der benachbarten Strukturen, Eigenenergieerzeugung und anderer Faktoren, einschließlich Innenraumklima, die den Energiebedarf beeinflussen, berechnet wurden.“

Diese Bestimmungen werden ergänzt durch Art. 3 der Richtlinie 2002/91/EG, der den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Berechnungsmethoden für die Gesamtenergieeffizienz auferlegt, sich auf den im Anhang der Richtlinie gesetzten allgemeinen Rahmen zu stützen. Dieser gibt wiederum vor, bei der Methode zur Berechnung der Gesamtenergieeffizienz eine Reihe von Merkmalen zu berücksichtigen, die sich sämtlich auf rein bauliche oder anlagentechnische Parameter beziehen.

Die Richtlinie 2002/91/EG lässt somit nicht erkennen, dass zur Ermittlung der Gesamtenergieeffizienz des Gebäudes allein auf den tatsächlichen Energieverbrauch der bisherigen Nutzer abgestellt werden können. Die einzige Stelle, aus der ein Hinweis auf diese Möglichkeit abgeleitet werden könnte, ist Satz 1 der Definitionsvorschrift in Art. 2 der Richtlinie, in der von der Energiemenge die Rede ist, die „tatsächlich verbraucht oder veranschlagt wird“, um den unterschiedlichen Erfordernissen gerecht zu werden. Der nachfolgende zweite Satz verlangt aber eindeutig, dass diese Energiemenge durch Indi-

³²⁰ Das lässt auch Vogler (Fn. 319) anklingen, a.a.O. S. 9.

katoren darzustellen ist, die unter Berücksichtigung von (rein) baulich-technischen Gegebenheiten wie „Wärmedämmung, technischen Merkmalen und Installationskennwerten, Bauart und Lage“ usw. „berechnet“ wurden. Der deutsche Verbrauchsausweis sieht genau das nicht vor. Er zeichnet sich vielmehr dadurch aus, dass auf die Ermittlung der baulich-technischen Gegebenheiten des jeweiligen Gebäudes an dem im Anhang der Richtlinie umschriebenen Kriterienspektrum für die energetische Gebäudequalität vorbei *in jeder Hinsicht* verzichtet wird.

Gleichwohl heißt es in der Begründung des Entwurfs zur EnEV 2007:³²¹

„Nach der Richtlinie darf zur Ermittlung der Gesamtenergieeffizienz sowohl der errechnete Energiebedarf als auch der erfasste Energieverbrauch herangezogen werden.“

Es ist dem Verfasser auch unter Einbeziehung der diversen Dokumente aus dem legislativen Verfahren zur Entstehung der Richtlinie 2002/91/EG³²² nicht ersichtlich, worauf diese Aussage gegründet wird.

4.2.5.4 Ansprüche im Hinblick auf den Einsatz erneuerbarer Energien

Zivilrechtliche Ansprüche der Mieter auf Maßnahmen zum Einsatz von erneuerbaren Energien sind auf bundespolitischer Ebene nicht denkbar, solange sich das Wirkungsfeld des EEWärmeG nur auf Neubauten bezieht.

Auf Grundlage landesrechtlicher Vorschriften ist es zwar grundsätzlich möglich, auch für Bestandsgebäude Pflichten zum (anteiligen) Einsatz von erneuerbaren Energien zu schaffen (vgl. § 3 Abs. 2 EEWärmeG). Im vorliegenden Zusammenhang kann diese Möglichkeit aber praktisch vernachlässigt werden.

³²¹ BR-Drs. 282/07, S. 83.

³²² RL 2002/91/EG über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. EG 2003 Nr. L 1, S. 65. Ende 2008 hat die EU-Kommission einen Vorschlag für eine überarbeitete Fassung vorgelegt: Drs. KOM(2008) 780 endg.

4.2.6 Änderungen in Bezug auf die Verbrauchskosten

Nach den obigen Ausführungen zur Thematik der Abrechnung von Verbrauchskosten sieht der Verfasser entgegen den Darstellungen in einzelnen Veröffentlichungen **keinen allgemeinen Neuregelungsbedarf** (siehe Kap. 3.6), soweit – wie oben vorgeschlagen (siehe Kap. 4.2.1) – durch geeignete Änderung der maßgebenden Begrifflichkeiten sichergestellt ist, dass sämtliche Maßnahmen, die unmittelbar oder mittelbar zu einer Senkung von Treibhausgasemissionen führen, einer **Duldungspflicht** nach § 554 Abs. 1 oder 2 BGB unterfallen.

Der *IVD* schlägt in seinem Gesetzentwurf die Einführung eines Absatzes 4 in § 556 BGB mit folgendem Text vor:³²³

„(4) Sofern die Vertragsparteien vereinbart haben, dass der Mieter Betriebskosten trägt, kann der Vermieter die Zustimmung des Mieters zur Umlage neu entstehender Betriebskostenpositionen verlangen, soweit diese auf einer vom Mieter gemäß § 554 Abs. 2 zu duldenden Modernisierungsmaßnahme beruhen oder mit ihr im Zusammenhang stehen und die bisherige Vereinbarung Betriebskosten zumindest dieser Art ebenfalls erfasst hat.“

Nach herrschender Auffassung wird sich ein Mieter bei einer Umstellung der Versorgung auf eine neue (effizientere) Anlage indessen grundsätzlich ohnehin nicht erfolgreich dagegen wehren können, nach Maßgabe der Heizkostenverordnung anteilig zur Zahlung der Betriebskosten herangezogen zu werden.³²⁴ Das gilt insbesondere (aber nicht nur³²⁵), wenn für die betreffenden Maßnahmen an der Mietsache eine Duldungspflicht besteht, weil anderenfalls die Duldungspflicht unterlaufen würde. Von daher bedarf es nach hiesiger Ansicht der dargestellten Änderung nicht. Zum Zwecke der Klarstellung könnte eine ausdrückliche Regelung allerdings dennoch sinnvoll sein (wobei

³²³ *IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte* (2008), S. 8.

³²⁴ Weitergehend Flatow, *Betriebskosten und energetische Modernisierung*, S. 6 f. m.w.N.

³²⁵ Vgl. zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen in Rechtsprechung und Literatur Flatow, a.a.O. S. 6 f. m.w.N.

diese dann sinnvollerweise entweder auf sämtliche Duldungspflichten des § 554 BGB oder lediglich auf dem Klimaschutz dienende Maßnahmen bezogen werden sollte).³²⁶

Auch für die von Bundesverband *Haus & Grund* vorgeschlagenen Änderungen der **Betriebskostenverordnung**³²⁷ ist ein Regelungsbedarf nicht zu erkennen, weil die betreffenden Probleme bereits durch sachgerechte Anwendung des bestehenden Rechts lösbar sind (siehe oben, Kap. 3.6).

Einer näheren Erörterung bedarf die Frage, ob es speziell für den Übergang zum **Wärmecontracting** geboten ist, weitergehende Rechtsänderungen vorzunehmen. Denn bei dem Übergang zur gewerblichen Wärmelieferung stellt sich nicht nur die Frage, ob die Kosten der gelieferten Wärme eigenständig abgerechnet werden dürfen, sondern auch das Problem, dass hier bisher in der Grundmiete (Kaltmiete) enthaltene Kostenpositionen zum Vorteil des Vermieters in die getrennt abzurechnenden Verbrauchskosten verlagert werden.³²⁸ Zur Lösung dieses Problems wurde von *Beyer* auf dem Mietrechtstag 2006 angeregt, eine gesetzliche Bestimmung zu schaffen, nach der der Vermieter den Mietern hierfür einen Ausgleich zu entrichten hat.³²⁹ Interessanterweise ist der Verfasser in einem später gemeinsam mit *Lippert* erstellten Gutachten von diesem Vorschlag abgerückt und schlägt nunmehr nur noch eine gesetzliche Duldungspflicht für die Umstellung auf Energieeinspar-Contracting vor.³³⁰

Auf der **Ebene der Duldungspflicht** kann das Problem nach den im vorliegenden Gutachten entwickelten Vorstellungen zur Änderung des § 554 Abs. 2 BGB grundsätzlich als gelöst angesehen werden, sofern die Umstellung zum Contracting zur Verminderung der klimawirksamen Emissionen führt (siehe oben, Kap. 4.2.2.2).

³²⁶ Unverständlich ist dabei die vorgesehene Beschränkung auf Maßnahmen nach § 554 Abs. 2 BGB, die überflüssigerweise auch sonstige Wohnwertverbesserungen umfasst.

³²⁷ Haus & Grund, Stellungnahme (2007), S. 4 f.

³²⁸ Eingehend Flatow, Betriebskosten und energetische Modernisierung, S. 6 f. m.w.N.

³²⁹ Überzeugend Beyer, Rechtliche Widersprüche zwischen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Contracting und den Effizienzzielen der EnEV (Vortrag, 2006), S. 9 f.

³³⁰ Vgl. Beyer/Lippert, Rechtliche Voraussetzungen einer Steigerung der Energieeffizienz durch Wärmecontracting in der Wohnungswirtschaft als Beitrag zu Energiesicherheit und Klimaschutz, Gutachten (2007), S. 55 ff.

Das Problem der **Mehrbelastung der Mieter** durch anteilige Auferlegung von Investitionskosten im Rahmen der Wärmelieferungskosten ließe sich rechtstechnisch lösen, indem an geeigneter Stelle nach dem Vorbild des § 556a Abs. 2 Satz 3 BGB festgelegt wird:

„Soweit bei der Umstellung auf Lieferung von Wärme durch Dritte Kosten bisher in der Miete enthalten sind, ist diese entsprechend herabzusetzen.“

Allerdings weisen *Beyer/Lippert* zu Recht darauf hin, dass sich insofern in der Praxis Probleme ergeben können, weil möglicherweise nur durch Sachverständige geklärt werden könnte, in welchem Umfang eine Herabsetzung der Miete angemessen ist.³³¹

Einfacher lösbar ist die Problematik, wenn es im Sinne des obigen Vorschlags zur Änderung des § 554 Abs. 2 BGB im Hinblick auf besonders anspruchsvolle Maßnahmen des Klimaschutzes gelingen sollte, eine Pauschalregelung zu schaffen, nach der die betreffenden Maßnahmen (strikt) zu dulden sind, wenn sich für die Mieter ein mittel- und langfristig günstiges Kosten-Nutzen-Verhältnis ergibt (siehe oben, Kap. 4.2.2.2). In diesem Falle ließe sich auch bei den Verbrauchskostenregelungen darauf Bezug nehmen, so dass es dann einer Herabsetzung der Miete nicht bedürfte.

4.2.7 Änderungen von Beschränkungen aus dem Nachbarschaftsverhältnis

Über die das Mietrecht betreffenden Änderungsvorschläge hinaus ist zur Beseitigung von zivilrechtlichen Hemmnissen für die energetische Gebäudesanierung zu empfehlen, eine eigentumsrechtliche Duldungspflicht für die Inanspruchnahme des Nachbargrundstückes zum Zwecke der Anbringung von Wärmedämmungen zu schaffen (siehe oben, Kap. 3.7).

In diesem Sinne könnte nach § 912 BGB folgender § 912a eingefügt werden:

³³¹ Vgl. *Beyer/Lippert*, a.a.O. S. 56.

„§ 912a Duldungspflicht bei Wärmedämmung

(1) Baut der Eigentümer eines Grundstücks über die Grenze zum Nachbargrundstück, um an seinem bestehenden Gebäude Außenwandbekleidungen zum Zwecke der Wärmedämmung anzubringen, so hat der Nachbar die Inanspruchnahme seines Grundstückes zu dulden, soweit die Maßnahme der Erfüllung von Vorschriften des öffentlichen Rechts oder der Verminderung der [durch die bestimmungsgemäße Benutzung des Gebäudes] veranlassten Treibhausgasemissionen dient und die Inanspruchnahme zu diesem Zweck erforderlich ist. Das gilt nicht, soweit durch die Maßnahme die Benutzung des Nachbargrundstücks unzumutbar beeinträchtigt wird oder der Nachbar daran gehindert wird, entsprechende Maßnahmen durchzuführen,

(2) § 912 Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden, wenn die durch Absatz 1 eingetretene Beeinträchtigung erheblich ist. Sie gilt in der Regel als unerheblich, insbesondere soweit die Anbringung der Wärmedämmung der Erfüllung von Vorschriften des öffentlichen Rechts dient.“

Angemerkt sei, dass das Erfordernis „und [soweit] die Inanspruchnahme zu diesem Zweck erforderlich ist“ in Absatz 1 Satz 1 auf der Rechtsfolgende Seite gesondert herausgehoben ist, um zu vermeiden, dass die Bestimmung dahin missverstanden wird, es sei nur die Anbringung der nach gesetzlichen Vorschriften (zwingend) erforderlichen Wärmedämmung von der Duldungspflicht umfasst.

Im gleichen Sinne ist außerhalb des zivilrechtlichen Bereichs den Landesgesetzgebern zu empfehlen, dem Beispiel des Landes Berlin folgend ausdrücklich zu bestimmen, dass die Anbringung von Außenwandbekleidungen zum Zwecke der Energieeinsparung innerhalb von **bauordnungsrechtlichen** Abstandflächen unerheblich ist (siehe oben, Kap. 2.2).³³² Bundesrechtlich bietet sich parallel dazu eine Ergänzung von **§ 31 BauGB** an, nach der Ausnahmen und Befreiungen nicht erforderlich sind (oder: in der Regel zu erteilen sind), soweit Baulinien oder Baugrenzen bei bestehenden Gebäuden überschritten werden, um eine Wärmedämmung anzubringen.

³³² Vgl. § 6 Abs. 6 Nr. 3 BauO Bln.

4.2.8 Zwischenergebnisse

Die wichtigsten Ergebnisse der Betrachtungen zu den verschiedenen Ansatzpunkten und Vorschlägen für die Beseitigung bestehender mietrechtlicher Hemmnisse lassen sich in folgenden **Erkenntnissen** und **Empfehlungen** zusammenfassen:

- Der in §§ 554 und 559 BGB verwandte Begriff der „Einsparung von Energie“ sollte durch eine einheitliche Begriffsformel ersetzt werden, mit der alle aus der Sicht der Studie – d.h. aus Klimaschutzsicht – bestehenden Auslegungsprobleme beseitigt werden. Konkret wird vorgeschlagen, generell von Maßnahmen zur „Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen“ zu sprechen. Dazu sind weitere passable Alternativen vorstellbar. Aus der Sicht des Verfassers spricht Überwiegendes für die hier bezeichnete Formel.
- Im Hinblick auf die relative Duldungspflicht aus § 554 Abs. 2 BGB sollten Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung (einschließlich solcher, die über gesetzliche Verpflichtungen hinausgehen) privilegiert werden, indem vorgesehen wird, dass die Härteprüfung in finanzieller Hinsicht entfällt, wenn verbindlich sichergestellt ist, dass die Mieterhöhung nach Ablauf eines bestimmten (überschaubaren) Zeitraums nicht höher liegt als die mieterseitige Verbrauchskosteneinsparung.
- Eine sinnvolle Ergänzung bildet der Vorschlag, Gemeinwohlerwägungen des Klimaschutzes in die Abwägung nach § 554 Abs. 2 BGB einzubeziehen und für das Vorbringen von Härtegründen seitens der Mieter gemäß § 554 Abs. 3 BGB eine Art Einwendungsfrist für die Mieter einzuführen (die allerdings nur greifen kann, sofern der Vermieter seinen Informationspflichten nachgekommen ist).
- Einer zusätzlichen Änderung des § 554 Abs. 1 BGB bedarf es bei Realisierung der soeben genannten Vorschläge nicht.
- Eine besonders große Bedeutung kommt dem weiteren Vorschlag zu, die mieterseitige Duldungspflicht für Maßnahmen entfallen zu lassen, mit denen gegen bestimmte Vorgaben aus der EnEV verstoßen würde oder die sonst erheblich zur Erhöhung der Treibhausgasemissionen beitragen. Durch eine solche Regelung ließe sich der Vollzug der EnEV erheblich erleichtern und in der Breite verbessern.

- Die Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB lässt sich für die Strategie der energetischen Gebäudesanierung nicht als tragende Komponente qualifizieren. Deshalb relativieren sich die in den interessierten Kreisen angesprochenen Vorschläge zur Vereinfachung der Verfahrensvorgaben. Diese stehen im Übrigen auch in einem schwierigen Spannungsverhältnis zum Schutzzweck der Regelungen.
- Wichtig ist, auch für den Tatbestand der Modernisierungsmieterhöhung sicherzustellen, dass gegen gesetzliche Vorschriften stehende oder erheblich dem Klimaschutz abträgliche bauliche Änderungen nicht Gegenstand von Modernisierungsmieterhöhungen nach § 559 BGB sein dürfen.
- In Bezug auf mögliche Mietminderungen auf Grund von § 536 BGB wird die Einführung einer Ausnahmebestimmung empfohlen, nach der für einen begrenzten Zeitraum (Vorschlag: höchstens drei Monate, nur außerhalb der Heizperiode) eine Mietminderung entfällt, soweit die Beeinträchtigung der Wohnqualität aus Baumaßnahmen zur energetischen Verbesserung resultiert.
- Die Erörterung der verschiedenen Möglichkeiten zur Verknüpfung von Vorgaben aus der Energieeinsparverordnung mit den mietrechtlichen Bestimmungen zeigt auf, dass sich sinnvolle direkte Ansprüche auf Vornahme bestimmter Maßnahmen oder auf nachträgliche Ersatzansprüche (wie z.B. auf Heizkostenkürzung) bei Missachtung öffentlich-rechtlicher Pflichten nur konstruieren lassen, sofern das öffentliche Recht zur Anknüpfung geeignete Tatbestände bietet. Das ist gegenwärtig nur bei wenigen Sachverhaltskonstellationen der Fall (Heizungsaustausch, Fenstererneuerung). Wo eine solche Anknüpfung möglich ist, sollte sie jedoch auch genutzt werden.
- Sinnvoll und wichtig sind erhebliche Nachbesserungen an den Bestimmungen zu den Energieausweisen. Diese sollten uneingeschränkt allen Mietern zugänglich gemacht werden. Außerdem sollte grundsätzlich auch für größere Gebäude auf den bedarfsbezogenen Energieausweis gewechselt werden, und dieser sollte um aussagekräftigere Angaben zur energetischen Qualität der relevanten Teile der Gebäudehülle erweitert werden.

- Hinsichtlich des Verbrauchskostenrechts ergibt sich nur ein vergleichsweise geringer Änderungsbedarf. Einer ausdrücklichen gesetzestechnischen Lösung sollte in jedem Falle der Übergang zum Wärmecontracting zugeführt werden. Die Umstellung kann unter bestimmten Voraussetzungen in die Duldungspflichten integriert werden. Sicherzustellen wäre, dass es nicht zu einer effektiven Mehrbelastung der Mieter kommt.
- Das BGB-Nachbarrecht sollte schließlich nach dem Vorbild einiger bauordnungsrechtlicher Bestimmungen so geändert werden, dass durch Wärmedämmungsmaßnahmen bedingte Überschreitungen von Grundstücksgrenzen und Abstandflächen grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen sind.

4.3 Grundlegende Änderungen des Anreiz- und Steuerungsinstrumentariums

4.3.1 Konzeptionelle Vorüberlegungen

4.3.1.1 Verfassungsrechtliche Vorüberlegungen

Veränderungen im Gefüge des Mietrechts berühren nicht nur die Interessenlage von Vermietern und Mietern, sondern auch deren Grundrechte. Das gilt in besonderem Maße dann, wenn durch neue Rechtsbestimmungen auf bestehende Eigentumspositionen und vertragliche Bindungen eingewirkt wird.

Für die Seite der Vermieter geht es dabei typischerweise um Beeinträchtigungen des Schutzbereichs von Art 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) sowie des Schutzbereichs von Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsgrundrecht), außerdem um Einschränkungen für die vom Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) umfasste Vertragsfreiheit. Auf Seiten der Mieterschaft geht es ebenfalls um das Eigentumsgrundrecht, da

das durch Mietvertrag entstandene Recht, eine Wohnung zu besitzen, nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von Art. 14 Abs. 1 GG getragen ist.³³³ Im Übrigen geht es auch seitens der Mieter um auf Grundlage des Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Rechtspositionen.

Einschränkungen dieser grundrechtlichen Positionen sind aber nicht absolut untersagt. Es ist dem Gesetzgeber grundsätzlich gestattet, in diese Rechte einzugreifen, soweit er sich dafür auf (ggf. gewichtige) **Gründe des Gemeinwohls** berufen kann und die jeweilige Beschränkung auf **verhältnismäßige Weise** ausgestaltet wird. Im hier betrachteten Zusammenhang sind steuernde Eingriffe des Staates durch außerordentlich gewichtige Gemeinwohlinteressen (den Klimaschutz) legitimiert. Vermittelt durch Art. 20a GG stehen die betreffenden Erwägungen im Verfassungsrang. Von daher kann kein ernstlicher Zweifel daran bestehen, dass es den Betroffenen grundsätzlich zugemutet werden kann, im überwiegenden öffentlichen Interesse gewisse Belastungen hinzunehmen.

Das gilt namentlich auch für Regelungen, mit denen in bestehende Rechtsverhältnisse eingegriffen wird. Die durch die Gerichtsbarkeit insbesondere für das Gebiet des Baurechts auf Grundlage des Art. 14 Abs. 1 GG entwickelte Rechtsfigur des **Bestandsschutzes**³³⁴ darf nicht dahin missverstanden werden, dass es dem Gesetzgeber untersagt wäre, insoweit nachträgliche Einschränkungen vorzunehmen.³³⁵ Aus dem Bestandsschutz ergibt sich keine absolute Hürde für das Handeln des Gesetzgebers. Der Umstand, dass auf *bestehende* Rechtspositionen eingewirkt wird, ist für Beschränkungen des Eigentumsgrundrechts geradezu der typische Fall. Denn Art. 14 Abs. 1 GG grenzt sich nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG gegenüber dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) dadurch ab, dass sich Art. 14 Abs. 1 GG ausschließlich auf den Schutz des *erworbenen* Bestands an Rechtspositionen bezieht, während der

³³³ BVerfGE 89, S. 1/5 f.

³³⁴ Vgl. nur BVerwGE 84, S. 322/334; BVerwGE 85, S. 129/133.

³³⁵ Bei der speziellen Thematik des baurechtlichen Bestandsschutzes geht es nicht um die Befugnisse des Gesetzgebers, sondern um die Frage, inwieweit es den Behörden in Einzelfällen gestattet ist, im Rahmen der Ermessensausübung die Beseitigung von formell illegalen Bauwerken zu verlangen oder für mit materiellem Recht nicht mehr zu vereinbarende Bauwerke Änderungen und Erweiterungen zu genehmigen. Vgl. zum Ganzen BVerfG, NVwZ 2005, S. 203; BVerfGE 58, S. 300/336; BVerwGE 85, S. 129/133.

Erwerb künftiger Rechtspositionen im Falle wirtschaftlicher Betätigungen von Art 12 Abs. 1 GG umfasst wird.³³⁶

Im vorliegenden Kontext geht es generell nicht um die vollständige Entziehung oder die weitgehende Entwertung von Rechtspositionen, sondern um die Auferlegung bestimmter einzelner Verpflichtungen und Beschränkungen, mit denen vorhandene Rechte meist nur graduell oder partiell beschränkt werden. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung ist dabei stets das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten, welches (unter anderem) gebietet, dass der einzelne Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts steht (Gebot der Angemessenheit).³³⁷

In dieser Hinsicht stellt sich insbesondere die Frage, ob der Gesetzgeber bei Eingriffen in die wirtschaftlichen Grundrechte des Art. 12 Abs. 1 GG und des Art. 14 Abs. 1 GG bei der Konstituierung und Ausgestaltung von Instrumenten zur Verbesserung der energetischen Gebäudeeffizienz an ein Gebot der „**Wirtschaftlichkeit**“ gebunden ist. Darauf könnte man kommen, weil das Energieeinsparungsgesetz für den Erlass von Rechtsverordnungen in Bezug auf Anforderungen an bestehende Gebäude vorgibt, dass diese nur gestellt werden dürfen, wenn „die Maßnahmen generell zu einer wesentlichen Verminderung der Energieverluste beitragen und die Aufwendungen durch die eintretenden Einsparungen innerhalb angemessener Fristen erwirtschaftet werden können“ (§ 4 Abs. 3 EnEG).³³⁸

Die Einzelheiten der Interpretation dieser Bestimmung sind weithin ungeklärt.³³⁹ Deutlich wird aber, dass das Gesetz einen vom Ansatz her **individuellen Bezugspunkt** wählt, indem es auf die Aufwendungen der Verpflichteten (Eigentümer) abstellt. Dabei spricht aus systematischen Gründen Überwiegendes dafür, dass nicht auf jeden einzelnen Eigentümer abgestellt wird, sondern auf die **Gruppe der Verpflichteten** insgesamt („generell“). Eindeutig ist auch, dass nach der Amortisation gefragt wird, wobei aber

³³⁶ Grundlegend BVerfGE 95, S. 173/187 f.

³³⁷ Zu den einzelnen Kriterien des Verhältnismäßigkeitsprinzips BVerfGE 67, S. 157/173.

³³⁸ Den gleichen Maßstab stellt folgerichtig § 25 Abs. 1 EnEV zur Befreiung von den Anforderungen zum Wärmeschutz in Härtefällen auf.

³³⁹ Eingehend Bürger et. al. (Öko-Institut): Klimapolitische Eckpunkte für die Novelle des Energieeinsparungsgesetzes (EnEG), S. 27 ff.

unklar bleibt, welche konkreten Maßstäbe dabei angelegt werden. Fraglich ist darüber hinaus insbesondere, ob aus der Verwendung des Begriffes „erwirtschaftet“ zu schließen ist, dass bei Gebäuden, die Gegenstand wirtschaftlicher Betätigung sind (wie z.B. bei vermietetem Wohnraum) eine betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise im Sinne der Gewährleistung der Gewinnerzielung einzunehmen ist (wie es z.B. bei einer Anwendung der Kapitalwertmethode zum Ausdruck käme).³⁴⁰

Die durch den privatnützigen Energieverbrauch entstehenden **externen** (d.h. von der Gesellschaft zu tragenden) Nachteile werden in die Betrachtung nicht einbezogen. Anders als im sonstigen Umweltrecht, in dem es üblich ist, bei der Feststellung der Zumutbarkeit Erwägungen des Gemeinwohls (und damit die externen Kosten) in die Abwägung einfließen zu lassen (vgl. z.B. § 17 Abs. 2 BImSchG; § 5 Abs. 4 KrW-/AbfG; § 1a WHG), verzichtet der Gesetzgeber an dieser Stelle darauf, obwohl es mit dem Klimaschutz um eine Regulationsintention von herausragender Bedeutung für das Wohl aller geht.³⁴¹

Aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel ist festzustellen, dass ein Wirtschaftlichkeitsgebot im Sinne eines Gebots betriebswirtschaftlicher Neutralität oder gar eines sicherzustellenden betriebswirtschaftlichen Nutzens weder im Energieeinsparungsrecht zwingend vorgegeben werden müsste³⁴² noch sonst bei Steuerungsinstrumenten des Klimaschutzes zugrunde gelegt werden muss. Das **Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt nicht**, dass die Wirtschaftlichkeit beeinflussende Auferlegungen des Gesetzgebers **belastungsneutral** oder gar **gewinnbringend** sein müssten.³⁴³

Maßgebend ist die Gewichtsverteilung der öffentlichen Interessen einerseits und der negativ betroffenen privaten Interessen andererseits. Das Bundesverfassungsgericht spricht insofern für den Kontext des Art. 14 Abs. 1 GG treffend aus: „Bei einer Gesamt abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit

³⁴⁰ Diese entscheidende Frage wird in der soeben zitierten Untersuchung des Öko-Instituts leider nicht aufgeworfen.

³⁴¹ Kritisch in diesem Sinne auch SRU, Umweltgutachten 2008, in: BT-Drs. 16/9990, Rz. 139.

³⁴² So auch – überzeugend – Bürger et. al. (Öko-Institut), a.a.O. S. 58 ff., insb. S. 68 ff.

³⁴³ Vgl. BVerfGE 102, S. 1/19 ff.; BVerfGE 100, S. 226/243; BVerfG NJW 1992, S. 361/361 f.

der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt werden³⁴⁴. An anderer Stelle formuliert das Gericht, der Eingriff dürfe „seiner Intensität nach nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und den vom Bürger hinzunehmenden Einbußen stehen“³⁴⁵. Dabei ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers für Beschränkungen des Eigentums umso größer, je stärker der soziale Bezug des Eigentumsobjekts ist; hierfür sind dessen Eigenart und Funktion von entscheidender Bedeutung.³⁴⁶

Speziell für den Bereich des Mietwohnrechts hat das BVerfG wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die Eigentümerrechte eingebettet sind in die soziale Funktion der Gewährleistung von Wohnraum für die Bevölkerung und den Ausgleich zwischen Vermieter- und Mieterinteressen. Das berechtigt und verpflichtet den Gesetzgeber in Wahrnehmung seines Regelungsauftrages aus Art. 14 Abs. 2 GG dazu, der Privatnützigkeit im Gemeinwohlinteresse Schranken zu setzen, mit denen (auch) die wirtschaftliche Verwertbarkeit des Privateigentums begrenzt wird.³⁴⁷

Im Hinblick auf umweltbezogene Anforderungen ist vom Ausgangspunkt her davon auszugehen, dass die Eigentümer aus ihrer Eigentumsposition heraus für die von ihren Grundstücken und Gebäuden ausgehenden Belastungen der Allgemeinheit die Verantwortung tragen – im Sinne der Rechtsfigur der sog. Zustandsverantwortlichkeit, die ihrerseits ebenfalls aus der in Art. 14 Abs. 2 GG verankerten Sozialpflichtigkeit des Eigentums abgeleitet wird.³⁴⁸ Daraus rechtfertigt sich, ebenso wie im Bereich des sozialen Mietrechts, eine Inanspruchnahme der Eigentümer für die Bewältigung der von diesen ausgehenden (Klimaschutz-) Probleme auch unter Inkaufnahme – unter Umständen erheblicher – wirtschaftlicher Nachteile.

³⁴⁴ BVerfGE 113, S. 167/260; ähnlich BVerfGE 90, S. 145/173; BVerfGE 102, S. 197/220.

³⁴⁵ BVerfGE 65, S. 1/54; ähnlich BVerfGE 76, S. 1/51.

³⁴⁶ BVerfGE 102, S. 1/17; BVerfGE 50, S. 290/340 f.; BVerfGE 53, S. 257/292; BVerfGE 100, S. 226/241.

³⁴⁷ Grundlegend die beiden Entscheidungen im Hinblick auf den Kündigungsschutz bei Eigenbedarf: BVerfGE 68, S. 361/367 f. und BVerfGE 79, S. 292/302; ferner die beiden Entscheidungen zur Kündigung zum Zwecke der Veräußerung von Wohneigentum in NJW 1989, S. 972 sowie in NJW 1992, S. 361/361 f.

³⁴⁸ Eingehend BVerfGE 102, S. 1/18 ff. m.w.N.; BVerfGE 100, S. 226/241.

Das BVerfG hat in einem von der Interessenlage her vergleichbaren Fall der Auferlegung von Kosten einer Altlastensanierung im öffentlichen Interesse die Grenze der zumutbaren Belastung des Grundstückseigentümers (erst) dort gezogen, wo die Sanierungskosten den verbleibenden Verkehrswert überschreiten.³⁴⁹ Dabei hebt das Gericht hervor, dass das öffentliche Interesse an der Inanspruchnahme des Grundstückseigentümers unter anderem deshalb von besonderem Gewicht ist, weil es in dem Staatsziel des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 20a GG eine verfassungsrechtliche Stütze findet.³⁵⁰

Die gleichen Bewertungsmaßstäbe legt das BVerfG auch seinen Entscheidungen zum Kündigungsschutz im Mietrecht³⁵¹, zur wirtschaftlichen Verwertung von Wohneigentum³⁵², zum Denkmalschutzrecht³⁵³ und zum Kleingartenrecht³⁵⁴ zugrunde. Stets betont das Gericht darin, dass das Privateigentum in seiner Substanz erhalten und eine sinnvolle Verwertungsmöglichkeit bestehen bleiben müsse. Dies bedeute aber nicht, dass es dem Staat untersagt wäre, die Rentabilität einzuschränken. So heißt es z.B. in der Entscheidung des BVerfG zu § 13 des (früheren) rheinland-pfälzischen Denkmalschutzgesetzes ausdrücklich, dass der Eigentümer eines Denkmals Nutzungseinschränkungen und Erhaltungspflichten aus Denkmalschutzgründen grundsätzlich entschädigungslos hinnehmen müsse, auch wenn ihm dadurch „eine rentablere Nutzung des Grundstücks verwehrt wird. Art. 14 Abs. 1 GG schützt nicht die einträglichste Nutzung.“³⁵⁵ Anders liege es, wenn „keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr besteht“.³⁵⁶

Auf dieser Grundlage kann davon ausgegangen werden, dass die Grenze der zumutbaren Belastung bei Maßnahmen in Fällen von gewichtigem Gemeinwohlinteresse – wie hier im Interesse des Klimaschutzes – grundsätzlich gewahrt ist, solange die Kosten der

³⁴⁹ BVerfGE 102, S. 1/20 f.

³⁵⁰ Vgl. BVerfGE 102, S. 1/18.

³⁵¹ Vgl. BVerfGE 68, S. 361/367 f. und BVerfGE 79, S. 292/302.

³⁵² Vgl. BVerfG NJW 1989, S. 972 sowie BVerfG NJW 1992, S. 361/361 f.

³⁵³ Vgl. BVerfGE 100, S. 226/242 f.

³⁵⁴ Vgl. BVerfGE 52, 1/29 f.

³⁵⁵ BVerfGE 100, S. 226/242 f.

³⁵⁶ BVerfGE 100, S. 226/243.

verlangten Maßnahme nicht so groß sind, dass sie die wirtschaftliche Nutzbarkeit des Grundstücks als solche in Frage stellen oder substantiell beeinträchtigen.³⁵⁷

Bei Auferlegungen, die auf der Ebene von Rechtsvorschriften getroffen werden (also in generell-abstrakten Regelungen im Gegensatz zur Einzelfall-Anwendung), kann dabei ohne weiteres ein allgemeiner Maßstab angelegt werden, also auf die in der Regel vorliegenden wirtschaftlichen Verhältnisse abgestellt werden. Die generelle Regelung muss nicht jeden denkbaren, möglicherweise durch ungünstige Umstände besonders gelagerten Einzelfall im Blick haben, sondern kann sich an den typischen Fallgestaltungen orientieren.³⁵⁸

Es ist nach alledem nicht ersichtlich, dass das BVerfG die Zumutbarkeitsgrenze im Bereich wirtschaftlicher Betätigungen bereits dann als verletzt ansehen würde, wenn Maßnahmen verlangt werden, die für sich genommen wirtschaftlich nicht lohnenswert sind oder sich nicht amortisieren. Das würde auch der alltäglichen Gesetzespraxis in Deutschland widersprechen, die eine Vielzahl von Regelungen kennt, in denen den Wirtschaftsbeteiligten Maßnahmen auferlegt werden, welche für diese selbst ausschließlich Geld kosten und ohne jeden Nutzen sind, wie z.B. die im Bauordnungsrecht verbreiteten Pflichten zur Schaffung von Kfz-Einstellplätzen³⁵⁹, von Spielplätzen oder von behindertengerechten Zugängen – oder die bereits erwähnten Einschränkungen durch Denkmalschutzgebote oder den mietrechtlichen Kündigungsschutz. Im Umweltrecht gilt das nicht weniger. Dort wird es als selbstverständlich angesehen, dass von den Betreibern umweltbedeutsamer Anlagen aus Vorsorgegründen³⁶⁰ teure Umweltschutzvorkehrungen nach dem Stand der Technik verlangt werden – völlig unabhängig davon, ob die Maßnahmen für sich genommen wirtschaftlich nutzbringend sind. Entscheidend

³⁵⁷ Ähnlich BVerfGE 102, S. 1/21.

³⁵⁸ Vgl. BVerfGE 11, S. 115/137; BVerfGE 27, S. 142/159; BVerfGE 112, S. 268/280 f.

³⁵⁹ BVerwG, Beschl. v. 28. Juli 1992, NVwZ 1993, S. 169 m.w.N. für die st. Rspr. Eingehend zur Stellplatzpflicht Klinski, Die novellierten Stellplatzvorschriften (2001), S. 93 ff.

³⁶⁰ Bürger et.al. übersehen bei ihrem Vergleich zwischen den Wirtschaftlichkeitsgeboten des EnEG und § 17 Abs. 1 BImSchG, dass jene Regelung keineswegs nur der Gefahrenabwehr dient, sondern auch – und insbesondere – der Vorsorge (in: Klimapolitische Eckpunkte für die Novelle des Energieeinsparungsgesetzes, 2008, S. 53.).

ist allein, ob die konkrete Belastung in Abwägung zwischen dem jeweils verfolgten Allgemeininteresse und der Schwere des Eingriffs (noch) zumutbar ist.

Bestehende Rechtspositionen dürfen demnach auch durch sehr gewichtige Gründe des Gemeinwohls zwar nicht so stark belastet werden, dass sie praktisch ihrer (wirtschaftlichen) Substanz beraubt würden. Unterhalb dieser Schwelle kann den Eigentümern bestehender Gebäude aber grundsätzlich eine Menge zugemutet werden, wenn sich der Staat auf so bedeutsame Zielsetzungen des Gemeinwohls wie den Klimaschutz bezieht. Eine andere – damit nicht beantwortete – Frage ist, ob und inwieweit es der Sache nach sinnvoll ist, von diesen tendenziell sehr weitreichenden Beschränkungsspielräumen auch praktisch Gebrauch zu machen.

Wenn die zitierte Bestimmung des EnEG dennoch einen sehr viel engeren Maßstab anlegt, so gibt der Gesetzgeber damit eine Wertung zu erkennen, die er treffen *kann*, aber nicht treffen *muss*. In der Sache bringt die Messlatte des § 4 Abs. 3 EnEG zum Ausdruck, dass den mit den Bestimmungen der Energieeinsparverordnung verfolgten Zielsetzungen des Gemeinwohls gegenüber den wirtschaftlichen Interessen der Eigentümer (bislang) *kein Vorrang* zukommen soll. Genau das erscheint aus der Perspektive der vorliegenden Untersuchung aber sinnvoll und geboten – wobei es in der Sache ebenfalls wichtig ist, dabei mit Augenmaß vorzugehen, die Gebäudeeigentümer also nicht mit Anforderungen zu überziehen, die sie in ihrer – sozial bedeutsamen – Rolle als Anbieter von Wohnraum überfordern würden. Hierzu besteht jenseits des sehr viel engeren Maßstabs aus § 4 Abs. 3 EnEG aus verfassungsrechtlichem Blickwinkel noch ein weiter Abstand.

4.3.1.2 Europarechtliche Vorüberlegungen

Aus dem Bereich des Europarechts begegnen die hier erörterten Wege zu einer anspruchsvolleren Steuerung der energetischen Gebäudesanierung im Mietwohnungswesen grundsätzlich keinen Bedenken. Das gilt sowohl für die Ebene der allgemeinen Vorgaben aus dem EGV („Primärrecht“) als auch für die Anforderungen aus EG-Richtlinien und EG-Verordnungen („Sekundärrecht“).

Da die „Ware Wohnung“ örtlich gebunden ist, kann es von vornherein keine Probleme mit dem Gebot der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV) geben. Es ist auch nicht erkennbar, dass bestimmte Instrumente die Vorgaben zur Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV), zur Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV), zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 ff. EGV) oder zur Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 ff. EGV) tangieren könnten.

Inhaltlich liegen die erörterten Vorschläge für Ausweitungen von Verpflichtungen und Anreizen zur energetischen Verbesserung in Übereinstimmung mit den Regulationsintentionen der Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (RL 2002/91/EG)³⁶¹. Im Einzelnen gehen sie dabei über deren Vorgaben hinaus. Diese sind aber als Mindestforderungen an die Politik der Mitgliedstaaten konzipiert und schränken die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten zur Entwicklung eigenständiger und weitergehender Instrumente zur Erhöhung der Energieeffizienz von Gebäuden nicht ein.

Speziell für den in der Richtlinie 2002/91/EG angelegten Energieausweis ist bereits oben problematisiert worden, ob die nach der deutschen Energieeinsparverordnung für einen großen Teil der Bestandsgebäude vorgesehene Möglichkeit der Ausstellung auf Grundlage des ermittelten Verbrauchs (verbrauchsbezogener Energieausweis) mit den Richtlinienvorgaben zu vereinbaren ist (siehe oben, Kap. 4.2.5.3).

4.3.1.3 Vorüberlegungen zur Funktion der Instrumente

Die Ausführungen des Untersuchungsteils zur Problematik des **Investor-Nutzer-Dilemmas** haben erkennen lassen, dass das besagte „Dilemma“ für einen relevanten Teil der örtlichen Wohnungsmärkte bzw. Fallgestaltungen praktisch von Bedeutung sein kann. Quantifizierbare Aussagen dazu lassen sich hier zwar nicht machen. Es wäre aber nicht richtig, generell von einem Investor-Nutzer-Dilemma im Bereich der energetischen Sanierung des Wohngebäudebestands zu sprechen, weil sich jedenfalls unter günstigeren Umständen insbesondere über § 558 BGB, zum Teil auch über § 559 BGB

³⁶¹ ABl. EG 2003 Nr. L 1, S. 65.

hinreichende Refinanzierungsmöglichkeiten für die Vermieter ergeben können (siehe zum Ganzen oben, Kap. 3.3.3.3 sowie zusammenfassend Kap. 3.3.3.4).

Das wirtschaftliche Problem der Vermieterseite könnte offenkundig bereits wesentlich entschärft werden, wenn die energetische Beschaffenheit des Wohnraums flächendeckend (mit) zu den maßgebenden Kriterien für die ortsübliche Vergleichsmiete gemacht würde. Sofern sich der Vermieter für energetisch gut wirksame Maßnahmen entscheidet, die in der gebotenen fachlichen Qualität ausgeführt werden, könnte auf Seiten der Mieter in der Regel damit gerechnet werden, dass die Verbrauchskosteneinsparungen (entweder sogleich oder nach wenigen Jahren) über den veranlassten Mieterhöhungen liegen, sich für sie also kostenseitig Netto-Vorteile ergeben. Diese Vorteile würden allerdings umso geringer ausfallen, je größer die Mieterhöhung ist. Ungünstig kann das Verhältnis von Verbrauchskosteneinsparung und Mieterhöhung für die Mieter demgegenüber insbesondere dann ausfallen, wenn Maßnahmen durchgeführt wurden, die trotz erheblicher Mieterhöhung nur einen geringen oder mäßigen Effekt der Verbrauchskostenminderung zur Folge haben (siehe zum Ganzen Kap. 3.3.3.2).

Die Anreizwirkung für den Vermieter und die Belastungswirkung für die Mieter stehen grundsätzlich in einem untrennbaren **Spannungsverhältnis** zueinander. Liegen die Verhältnisse günstig, so können sog. **Win-Win-Situationen** entstehen, weil die Mieterhöhung unter der erreichten Heizkosteneinsparung bleibt, zugleich aber hoch genug ist, um dem Vermieter die (gewinnbringende) Refinanzierung der Baumaßnahmen zu ermöglichen. Das ist aber nicht generell so und kann durch die rechtlichen Vorschriften nicht garantiert werden (siehe oben, Kap. 3.3.3.2).

Wo eine für die Mieter kostenneutrale Refinanzierung nicht erreicht werden kann, geht dies entweder auf Kosten der Mieter oder (als sog. Investor-Nutzer-Dilemma) auf Kosten des Vermieters, unter Umständen sogar auf Kosten beider Seiten. Die mietrechtlichen Regelungen wirken sich dabei auf Grund ihrer Schutzfunktion für die Mieter tendenziell zu Lasten der Vermieter aus: Sie halten die Vermieter davon ab, entsprechende Investitionen durchzuführen, denn diese befürchten, die Investitionen würden sich wirtschaftlich nicht rechnen.

Diese – **ungünstige** – Situation kann als charakteristisch angesehen werden für folgende zwei Fallgruppen:

- Entweder der Vermieter entscheidet sich für vergleichsweise teure Maßnahmen, die jedoch eine im Verhältnis dazu **geringere Einsparung an Verbrauchskosten** mit sich bringen (z.B. weil zu geringe Dämmstoffdicken gewählt werden oder die fachliche Qualität der Arbeiten zu Wünschen übrig lässt).
- Oder es werden **besonders anspruchsvolle** und zugleich/deshalb besonders kostspielige Maßnahmen durchgeführt, die zu einer weit überdurchschnittlichen Verbesserung der energetischen Gebäudequalität führen, sich aber erst langfristig hinreichend positiv auf die Verbrauchskostenbilanz auswirken können.

Aus dem Blickwinkel des Klimaschutzrechts, aber auch der Ziele des sozialen Mietrechts, kann die *erste Fallgruppe* dahinstehen. Sie ist ein unerwünschtes Praxisproblem, dem in erster Linie durch verbesserte Informationen sowie mit Maßnahmen zur Steigerung der Wirksamkeit und der Qualität begegnet werden muss. Dass der Vermieter die Investition unter derartigen Bedingungen nicht angemessen refinanzieren kann, ist ein selbst verschuldetes Problem. Steuerungspolitisch wichtiger ist im vorliegenden Kontext die *zweite Fallgruppe*. Denn wenn perspektivisch ein sehr hohes Maß an Energieeinsparung erreicht werden soll – was der Sache nach erforderlich ist (siehe eingehend Kap. 2.1) – dann dürfen vom Mietrecht keine Fehlanreize dahin ausgehen, besonders anspruchsvolle Verbesserungsmaßnahmen zu unterlassen.

Für die notwendige energetische Reform des Mietrechts lassen sich daraus zwei **Aufgaben** ableiten:

1. Die Rechtsvorschriften sollten so konstruiert werden, dass die vorhandenen Möglichkeiten für eine „warmmietenneutrale“ Refinanzierung der Investitionen in energetische Verbesserungsmaßnahmen in der Praxis erkannt und ausgeschöpft werden können.
2. Die Regelungen sollten so ausgestaltet werden, dass der den mietrechtlichen Vorschriften innewohnenden Tendenz entgegengewirkt wird, besonders anspruchsvolle energetische Maßnahmen aus Kostengründen zu vermeiden. Das

kann zum Teil durch ergänzende staatliche Förderung erreicht werden. Denkbar ist es aber auch, hierzu geeignete mietrechtliche Instrumente auszubilden.

Bei alledem ist darauf hinzuweisen, dass allein oder primär auf Modernisierungsanreize für die Vermieter setzende Instrumente zur Beförderung der energetischen Gebäudesanierung tendenziell nur **schwach wirksam** und zugleich umweltökonomisch **wenig effizient** sind, weil der Erfolg der energetischen Gebäudesanierung davon abhängig gemacht wird, inwieweit der Vermieter die Aussicht auf einen eigenen betriebswirtschaftlichen Gewinn hat und dies auch erkennt.

Die Bedeutung dieses strukturellen Nachteils von Anreizinstrumenten wie der Modernisierungsumlage, in deren Zentrum die **Gewinnaussicht** für die Vermieter liegt, erhellt sich für den hier zu betrachtenden Zusammenhang, wenn ein Beispiel mit einem ungünstigen Kosten-Nutzen-Verhältnis gewählt wird: Sofern nämlich die erreichbare Verbrauchskostenminderung nur mäßig groß ausfallen sollte, verbleibt entweder bei den Mietern ein Netto-Verlust (so dass erhebliche Vorbehalte der Mieterseite zu erwarten sind) oder/und es ergibt sich auf Seiten der Vermieter keine ausreichende Gewinnaussicht (oder sogar beides). Rechnet man die Kostenkomponente des Gewinns auf der Vermieterseite heraus, so würden erheblich mehr Maßnahmen in den positiv beurteilten Bereich rücken.

Diese Feststellung mag für sich genommen als Scheinproblem angesehen werden können, weil die Gewinnerzielung innerhalb der Wohnungswirtschaft ein selbstverständliches Strukturmerkmal ist, welches hier weder in Frage gestellt werden kann noch soll. Steuerungspolitisch stellt sich jedoch nicht die Frage, ob es eine Gewinnaussicht geben soll, sondern ob bzw. inwiefern der Gewinnaussicht die Funktion zukommen soll, den Antrieb für die energetische Gebäudesanierung zu bilden.

Diese Problemstellung wird deutlich, wenn bedacht wird, dass die Gewinnaussicht von den Vermietern gegebenenfalls auch **erkannt** werden muss. Ein Vermieter wird die gewünschte Maßnahme nämlich nur dann ergreifen, wenn er sich persönlich hinreichend **sicher fühlt**, dass diese für ihn auch einträglich sein wird. Dadurch verschlechtern sich die Wirksamkeit und die Effizienz des auf die Gewinnaussicht setzenden Anreizinstruments beträchtlich, denn das Instrument muss so viel Attraktivität ausstrahlen, dass sich

auch solche Vermieter der energetischen Gebäudesanierung öffnen, die hierfür keine positive Grundmotivation mitbringen, Bedenken im Hinblick auf baulich-technische Aspekte haben oder das wirtschaftliche Risiko scheuen. Besonders ausgeprägt ist dieses Problem im Wohnungsmarkt, für den typisch ist, dass sich sehr viele Akteure vergleichsweise vorsichtig verhalten (siehe zum Ganzen auch die Ausführungen zu den vielfältigen nichtwirtschaftlichen Hemmnissen in Kap. 2.4).

Das bestehende Recht „krank“ genau an dieser Problematik, denn vom **öffentlichen Recht** geht bislang nur eine begrenzte Steuerungswirkung aus, so dass ein (zu) großer Teil der **Aufgaben- und Wirkungslast** dem **Mietrecht** zufällt. Zwar stellt die EnEV einige bindende Verpflichtungen zur Vornahme von energetischen Verbesserungsmaßnahmen auf. Namentlich die besonders wichtigen Vorgaben des § 9 EnEV zur Wärmedämmung bei Änderungen an bestimmten Bauteilen werden aber in der Praxis offensichtlich bisher größtenteils nicht ernst genommen. Bislang mangelt es an einer wirksamen Erfüllungskontrolle. Insofern lassen sich durch die Neuerungen im Zuge der EnEV 2009 zwar gewisse Verbesserungen erwarten. Da sich die Bundesländer aber in ihrer Mehrheit strikt weigern, irgendeine Art von behördlicher Prüfung vorzunehmen³⁶², ist zu befürchten, dass auch künftig wesentliche Vollzugsmängel auftreten werden (siehe zum Ganzen oben, Kap. 2.2.1). In der Konsequenz hängt der Erfolg der Strategie der energetischen Gebäudesanierung weithin davon ab, wie groß der wirtschaftliche Anreiz für die Vermieter im System des Mietrechts ist.

Da es weder im Rahmen der Bestimmungen zur Duldungspflicht (§ 554 BGB) noch bei der Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB eine Rolle spielt, ob die Anforderungen des öffentlichen Rechts eingehalten werden, findet die Energieeinsparverordnung in den mietrechtlichen Bestimmungen im Übrigen auch indirekt keine Stütze.

Die bereits anfangs im Abschnitt „Problemhintergrund“ aufgezeigten **inhaltlichen Erfordernisse des Klimaschutzes** an die Strategie der energetischen Gebäudesanierung (siehe oben, Kap. 2.1.2) machen eindringlich deutlich, dass es

³⁶² Vgl. die Änderungsbeschlüsse des Bundesrates zur Novelle der EnEV 2009 in BR-Drs. 569/08(B), dort Änderungsbeschluss Nr. 14 zu § 26a des Entwurfs.

- weder ausreichend ist, das Instrumentarium so aufzustellen, dass es nicht für den **gesamten** Gebäudebestand wirksam wird,
- noch sinnvoll sein kann, heute wirtschaftliche Anreize für energetische Maßnahmen zu setzen, die nur ein **mäßiges Anspruchsniveau** haben und deshalb schon nach einem relativ kurzen Zeitraum wieder nachgebessert oder ersetzt werden müssten. Insofern ist die lange Lebensdauer der relevanten Bauteile zu bedenken, die dazu führt, dass es außerordentlich unwirtschaftlich wäre, innerhalb kürzerer Zeitspannen mehrfach Veränderungen an ihnen vorzunehmen.

Aus diesem Blickwinkel erscheint es für die rechtliche Strategiebildung zwingend, dass einerseits in sich bereits anspruchsvolle verbindliche Mindestanforderungen aufgestellt werden (deren Erfüllung auch tatsächlich sichergestellt wird) und andererseits besondere wirtschaftliche Anreize nur für Maßnahmen gesetzt werden, die über dieses Mindestniveau hinausgehen. Eine modernisierungsbedingte Mieterhöhung müsste für den Fall, dass lediglich die Mindestanforderungen erfüllt werden, also explizit ausgeschlossen werden.

Auf dieser Grundlage würde der Vermieter im Hinblick auf das geforderte Mindestniveau insoweit eine **materielle Belastung** zu tragen haben, als sie – aus der Sozialpflichtigkeit des Eigentums heraus – gehalten wären, die betreffenden Maßnahmen aus den „normalen“ Mieteinnahmen zu finanzieren. Diese Belastung hält sich aber in überschaubaren Grenzen, *wenn* sichergestellt ist, dass die energetische Qualität des Wohnraums im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete adäquat abgebildet wird und dem Vermieter somit markttypische Möglichkeiten der Refinanzierung energetischer Verbesserungen praktisch erreichbar gemacht werden. Rechtlich ist eine derartige Belastung vor dem Hintergrund der verfolgten Steuerungsziele und der Funktionen des sozialen Mietrechts ohnehin zumutbar (siehe oben, Kap. 4.3.1.1).

Denkbar wäre es natürlich auch, ein **allein pflichtenbasiertes** Instrumentarium zu schaffen. Ein solches System würde voraussetzen, dass geeignete Vollzugsregelungen geschaffen werden, mit denen eine weitgehend lückenlose Umsetzung der Pflichten sichergestellt werden kann. Das könnte durch behördliche Kontrolle und Sanktionen er-

reicht werden, aber auch – jedenfalls in gewissem Umfang – mit Hilfe flankierender Rechte der Mieter.

Wirtschaftlich wäre ein pflichtenbasiertes System aus dem Blickwinkel der Vermieter **nachteilig**, weil sie sämtliche Aufwendungen für die Pflichtmaßnahmen aus der „normalen“ Miete heraus finanzieren müssten. Soweit dies gelingt, würde es auch in diesem Falle zur Abwälzung der Belastungen auf die Mieter kommen.

Unabhängig davon ergäbe sich für dieses System aber noch ein weiteres gravierendes funktionelles Manko: Es würde auf Seiten der Vermieter eine problematische **Abweh-**
haltung herausfordern, die der gewünschten **Dynamik** der energetischen Sanierung entgegen laufen würde. Ein Interesse an der Übererfüllung würde nicht geweckt. In der Konsequenz würde die Politik wenig Neigung entfalten, die Mindestanforderungen relativ anspruchsvoll anzusetzen. Vermutlich würde das erreichbare Niveau der energetischen Gebäudequalität deshalb verhältnismäßig gering bleiben. Daher ist auch zweifelhaft, ob ein reines Pflichtinstrument in der Sache zu wesentlich besseren Ergebnissen führen würde als ein reines oder primäres Anreizinstrumentarium.

Deshalb liegt es nahe, eine **Kombinationslösung** zu suchen, nach der

- auf der ersten Stufe eine verbindliche gesetzliche Mindest-Verpflichtung geschaffen wird, deren Erfüllung nicht zur Erhebung eines Mietzuschlags mit besonderem Gewinnanteil berechtigt,
- und auf der zweiten Stufe die Möglichkeit der Erhebung eines Mietzuschlags für Maßnahmen zu eröffnen, die (ggf. in erheblichem Umfang) über das gesetzliche Mindestniveau hinausgehen.

Darüber hinaus müsste in den mietrechtlichen Bestimmungen auf geeignete Weise sichergestellt werden, dass die energetische Beschaffenheit des Wohnraums bei der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete angemessenen Niederschlag findet.

Eine derartige Konstruktion würde die Kreativität der Immobilienwirtschaft anregen, ein möglichst günstiges Kosten-Nutzen-Verhältnis der energetischen Sanierung zu erreichen, zumal sie an einem Mindestmaß an energetischen Verbesserungen ohnehin nicht vorbei kommen. Für den Anreizbereich des Instruments bliebe es zwar bei dem

umweltökonomischen *Nachteil*, dass die Mieter anteilig die Gewinne der Vermieter mitfinanzieren würden. Dieser Umstand ließe sich aber damit legitimieren, dass die Vermieter einen besondern, über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehenden Beitrag zum Klimaschutz leisten. Abmildern ließe sich dieser Nachteil im Übrigen durch gezielt eingesetzte öffentliche Fördermittel. Insgesamt böte ein solcher Weg Anlass zu der Hoffnung, dass eine **positive Entwicklungsdynamik** der energetischen Modernisierung im Mietwohnungsbereich in Gang gesetzt wird.

Mit diesen Vorüberlegungen ist für den weiteren Gang der Betrachtung eine gewisse Richtung angezeigt. Hinsichtlich der Einzelheiten sind damit jedoch noch keine Antworten gefunden. Denn es fragt sich, auf **welchen einzelnen Komponenten** die hier empfohlene Effektivierung des Zusammenspiels von öffentlichem Energieeinsparungsrecht und Mietrecht konkret beruhen und wie die Ausgestaltung aussehen soll.

4.3.2 Verbesserungen des Anreizinstrumentariums zur Miethöhe

4.3.2.1 Grundlage: Mindestanforderungen im öffentlichen Recht

Es ist bereits weiter oben darauf hingewiesen worden, dass die öffentlich-rechtlichen Mindestpflichten nach §§ 9 und 10 der Energieeinsparverordnung 2007 nicht das Maß des klimapolitisch Notwendigen, baulich-technisch Machbaren und wirtschaftlich Sinnvollen widerspiegeln (siehe Kap. 4.2.2.2). Nach den Erkenntnissen des *IWU* bleiben sie sogar aus der Sicht der potenziellen Investoren beträchtlich hinter dem wirtschaftlichen Optimum zurück, weil bei anspruchsvolleren Maßnahmen jedenfalls im Regelfall ein günstigeres Kosten-Nutzen-Verhältnis ergibt (siehe Kap. 3.3.3.3).³⁶³ Im Zuge der EnEV 2009 wird es insofern einige Verbesserungen geben, die aber ebenfalls nur als wichtige

³⁶³ Vgl. *IWU*, Stellungnahme zum Entwurf der EnEV 2007, S. 3 ff.; ferner Stellungnahme zum Entwurf der EnEV 2009, S. 5.

Zwischenstufen auf dem Weg zu einem insgesamt deutlich höheren Zielniveau begriffen werden sollten.³⁶⁴

Welcher Anforderungsstandard aus fachlicher und wirtschaftlicher Sicht sachgerecht ist, kann in dieser Studie nicht untersucht werden. Vom Konzept her ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Mindestanforderungen der EnEV eine wesentliche Rolle auch für das Funktionieren von mietrechtlichen Anreizinstrumenten spielen. Dabei kommt es im Einzelnen darauf an, welche Funktion den öffentlich-rechtlichen Vorgaben einerseits und den mietrechtlichen Anreizregelungen jeweils zukommen soll.

Im bisherigen Recht stehen die beiden Regelungssysteme praktisch **unverknüpft** nebeneinander. Die Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen ist weder Voraussetzung für mietrechtliche Ansprüche des Vermieters noch von Bedeutung für Rechte des Mieters. Dies sollte sich auch unabhängig von speziellen mietrechtlichen Anreizinstrumenten sinnvollerweise **ändern**, schon aus dem schlichten Grund, einen Beitrag dazu zu leisten, den öffentlich-rechtlichen Mindestverpflichtungen zur Durchsetzung zu verhelfen. Es gibt insbesondere keinen vernünftigen Grund, Vermietern mietrechtliche Vergünstigungen (wie die Modernisierungsumlage oder die mieterseitige Duldungspflicht) zu gewähren, wenn sie im Hinblick auf die Anforderungen der energetischen Gebäudesanierung gegen öffentlich-rechtliche Bestimmungen verstoßen (siehe dazu bereits oben, Kap. 4.2.2.5 und 4.2.3.1).

Die für die Festsetzung der inhaltlichen Vorgaben in der EnEV maßgebende Bestimmungen des **§ 4 Abs. 3 EnEG**, nach der die „Aufwendungen durch die eintretenden Einsparungen innerhalb angemessener Zeit erwirtschaftet werden können“ müssen, sollte ersetzt werden durch die im Umweltrecht verbreitete Formel, nach der es hinsichtlich der wirtschaftlichen Vertretbarkeit darauf ankommt, ob die Kosten der verlangten Maßnahmen außer Verhältnis zu dem verfolgten Regelungszweck stehen (vgl. z.B. § 17 Abs. 2 Satz 1 BImSchG, § 5 Abs. 4 KrW-/AbfG). Mit diesem Maßstab ließe es sich möglich machen, die externen (von der Gesellschaft zu tragenden) Kosten des zu hohen

³⁶⁴ IWU, Stellungnahme zum Entwurf der EnEV 2009, S. 5.

Energieverbrauchs wertend in die Abwägung einfließen zu lassen, wie es auch der Sachverständigenrat für Umweltfragen fordert.³⁶⁵

In der Formulierung des § 4 Abs. 3 EnEG klingt an, dass generell nur solche Forderungen aufgestellt werden dürfen, die sich aus der Position der Gebäudeeigentümer heraus in der Regel zumindest langfristig als wirtschaftlich darstellen. Der Begriff „erwirtschaftet“ legt zudem für den Bereich der Wohnungswirtschaft nahe, dass dies ggf. auf gewinnbringende Weise zu gewährleisten ist. Die Formulierung drängt den Verordnungsgeber praktisch dazu, die Anforderungen der EnEV von vornherein übervorsichtig anzulegen, um Rechtsstreitigkeiten aus dem Wege zu gehen.³⁶⁶ Die Anwendung eines so eng verstandenen Wirtschaftlichkeitsmaßstabes ist verfassungsrechtlich nicht geboten und dem Gemeinwohlziel des Klimaschutzes abträglich (siehe bereits oben, Kap. 4.3.1.1).

Mit der hier angeregten Änderung des § 4 Abs. 3 EnEG ergäbe sich auch die Möglichkeit, den ebenso unglücklich formulierten Tatbestand des § 25 Abs. 1 EnEV zur Befreiung von den Verpflichtungen des Wärmeschutzes in Härtefällen entsprechend anzupassen.

Legt man die Erkenntnisse des *IWU* zugrunde, so könnte gegenwärtig für die relevanten Bauteile eine Orientierung am sog. Niedrigenergiehausstandard (wichtig: ohne wesentliche Ausnahmen) zugrunde gelegt werden.³⁶⁷ Grundlage der Bewertung sollte dabei nicht der Primärenergiebedarf sein, sondern der von den eingesetzten Energieträgern unabhängige Heizwärmebedarf oder ein in bestimmten Kennwerten ausgedrückter Wärmedämmstandard; anderenfalls würde bei Verwendung von bestimmten Energieträgern der Wärmedämmstandard wesentlich schlechter ausfallen können.³⁶⁸

³⁶⁵ SRU: Umweltgutachten 2008 – Umweltschutz im Zeichen des Klimawandels, BT-Drs. 16/9990, Rdnr. 139.

³⁶⁶ Kritisch in dieser Richtung auch SRU: Umweltgutachten 2008 – Umweltschutz im Zeichen des Klimawandels, BT-Drs. 16/9990, Rdnr. 139 f.

³⁶⁷ Vgl. *IWU*: Fachliche Stellungnahme zum Entwurf der EnEV 2009, S. 5 ff.

³⁶⁸ Kritisch *IWU*: Fachliche Stellungnahme zum Entwurf der EnEV 2009, a.a.O. S. 5 f., 7 f.

Eine (zumindest etwas) zurückhaltendere Festlegung des Mindeststandards wäre demgegenüber gut denkbar, wenn – wie oben angedacht (siehe Kap. 4.3.1.3) – ein aufeinander abgestimmtes **kombiniertes Wirkungsgefüge** zwischen öffentlich-rechtlichen Vorgaben und mietrechtlichen Anreizen aufgebaut werden soll. In diesem Falle könnten die Mindestanforderungen unterhalb des Optimums des baulich-technisch Machbaren und wirtschaftlich Zumutbaren angesetzt werden, soweit sichergestellt ist, dass mietrechtliche Vergünstigungen nur bei (ggf. deutlicher) **Übererfüllung** der öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen in Betracht kommen (z.B. bei Erfüllung des Neubauniveaus). Um dies auf praktisch gut handhabbare Weise zu ermöglichen, müssten – soweit nicht schon vorhanden – in der EnEV geeignete anknüpfungsfähige Parameter geschaffen werden (etwa indem Klassifizierungen für den Heizwärmebedarf oder für den Wärmedämmstandard eingeführt werden). Bei einer derartigen Instrumentenkonstruktion käme dem öffentlichen Recht die Funktion einer Basisverpflichtung zu, den mietrechtlichen Vergünstigungen die Funktion eines weitergehenden Fortschrittsanreizes. Solange das Mietrecht aber undifferenziert sämtliche energetischen Verbesserungsmaßnahmen mit Anreizen belegt, kann die gewünschte Entwicklungsdynamik nicht befördert werden.

Im Übrigen sind für das System der EnEV noch vielfältige **weitere Änderungen** möglich und diskutierbar. Neben der Überarbeitung des Konzepts der Energieausweise³⁶⁹, der Schärfung des Anforderungsniveaus und der Streichung von problematischen Ausnahmen lassen sich insbesondere Änderungen an den Auslösetatbeständen vorstellen. Namentlich im Hinblick auf die Fassade sind die Kriterien zur Pflichtauslösung so formuliert, dass ein ökonomisch sinnvoller Zeitpunkt für energetische Verbesserungsmaßnahmen leicht verpasst werden kann, weil die Pflicht nur bei „Putzerneuerung“ ausgelöst wird, nicht jedoch bei „Putzausbesserung“ oder einem Komplettanstrich der Fassade. Insbesondere an dieser Stelle erscheint eine Nachbesserung angebracht.³⁷⁰

Darüber hinausgehend könnte etwa daran gedacht werden, neben die anlassbezogene Auslösung von Verbesserungspflichten im Gebäudebestand auch einen Zeitraum zu

³⁶⁹ In diesem Kontext könnte entsprechend dem Vorschlag von *Schomerus* im abschließenden Workshop zu dieser Studie auch an die Einführung eines Energie-Audits gedacht werden.

bestimmen, in dem unabhängig von Einzelanlässen in jedem Fall ein bestimmtes Sanierungsniveau erreicht werden muss (z.B. Einhaltung des Niedrigenergiehausstandards für alle relevanten Bauteile innerhalb einer bestimmten Anzahl von Jahren). Auch könnte das Anforderungsniveau von vornherein zeitlich gestaffelt werden, um einen Anreiz zu setzen, möglichst bald zu sanieren (wer eher saniert, unterliegt niedrigeren Auflagen als derjenige, der erst später saniert). Hierdurch könnte ein gewisser Druck auf die Vermietenseite aufgebaut werden, in einen längerfristigen strategischen Planungsprozess für energetische Sanierungsmaßnahmen einzutreten, um den jeweils sinnvollsten Zeitpunkt für die Maßnahmen zu finden.

Verbesserungswürdig ist schließlich in jedem Falle die Sicherung des **Vollzugs** der EnEV.³⁷¹ Die Länder haben sich der Aufgabe, ein wirksames System der behördlichen Kontrolle für die EnEV aufzubauen – was verfassungsrechtlich unter dem Blickwinkel der Bundestreue außerordentlich bedenklich erscheint – mehr oder weniger deutlich entzogen, indem sie weitgehend auf jede Anzeige- oder Genehmigungspflicht und jede (auch nur stichprobenartige) Erfüllungskontrolle verzichteten (siehe oben, Kap. 2.2.1). Der Verordnungsgeber erhofft sich durch die Änderungen im Zuge der EnEV 2009 gewisse Verbesserungen, insbesondere durch die Einführung einer „Unternehmererklärung“ zur Erfüllung der Anforderungen sowie durch die Schaffung eines Ordnungswidrigkeitentatbestands bei grob fahrlässiger Nichteinhaltung der Anforderungen.³⁷² Es bleibt aber dabei, dass nicht einmal eine behördliche Minimalkontrolle vorgesehen ist. Da für die Erstellung der „Unternehmererklärung“ durch die beteiligten Firmen keine besondere fachliche Qualifikation erforderlich ist und die Unternehmen ein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Durchführung der betreffenden Arbeiten haben, muss damit gerechnet werden, dass viele „Unternehmerklärungen“ unzureichend sein werden. Das Vollzugskonzept der EnEV kann daher nach wie vor nicht als zufrieden stellend betrachtet werden.

³⁷⁰ Zur Problematik IFEU/IWU, Beiträge der EnEV und des KfW-CO₂-Gebäudesanierungsprogramms zum Nationalen Klimaschutzprogramm (2005), S. 95.

³⁷¹ So auch Bürger et.al. (Öko-Institut), Klimapolitische Eckpunkte für die Novelle des Energieeinsparungsgesetzes (2006), S. 111 ff.

³⁷² Vgl. §§ 26a und 27 des Entwurfs zur EnEV 2009, BR-Drs. 569/08 und BR-Drs. 569/08(B).

Auch das **Mietrecht** kann – neben den originär verwaltungsrechtlichen Regelungen – einen wesentlichen Beitrag zu einem stringenteren Vollzug der EnEV leisten, wenn bestimmte Normen des Mietrechts so ausgestaltet werden, dass mietrechtliche Vergünstigungen an die Einhaltung der EnEV geknüpft werden (siehe dazu oben, Kap. 4.2.5.1 bis 4.2.5.3). Besonders wichtig ist ferner das Entfallen der Duldungspflicht aus § 554 BGB bei Nichteinhaltung von öffentlich-rechtlichen Anforderungen des Klimaschutzes (siehe dazu oben, Kap. 4.2.2.5).

4.3.2.2 Ortsübliche Vergleichsmiete mit energetischen Kriterien – „ökologischer Mietspiegel“/„energetische Vergleichsmiete“

Auf Grundlage der ausführlichen Erörterungen zum „Investor- Nutzer-Dilemma“ im Untersuchungsteil (siehe Kap. 3.3.3 mit Unterkapiteln) kann geschlossen werden, dass sich das wirtschaftliche Problem der Vermieterseite bereits zu einem Gutteil entschärfen ließe, wenn gewährleistet wäre, dass die energetische Beschaffenheit des Wohnraums flächendeckend zu den maßgebenden Kriterien für die ortsübliche Vergleichsmiete zählen würde (so auch bereits soeben in den Vorüberlegungen zur Funktionsweise der Instrumente in Kap. 4.3.1.3).

Hierdurch ließen sich zwar nicht alle Schwächen und Defizite des Mietrechts im Hinblick auf die gewünschte Anreizfunktion zur energetischen Gebäudesanierung beseitigen. Lösbar erscheint dadurch aber eines der Kernprobleme: Der Umstand, dass viele Vermieter von energetischen Verbesserungsmaßnahmen absehen, die sich aus der Mietersicht wegen der großen Heizkostensparnis selbst dann lohnen würden, wenn die Maßnahmen mit einer (angemessenen) Mieterhöhung verbunden würden – sich die Vermieter hieran aber gehindert sehen, weil diese Art der Wohnwerterhöhung im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete nicht honoriert wird. Die Untersuchungen des *IWU* zeigen auf, dass diese Konstellation – auch wenn insofern keine quantifizierbaren Angaben möglich sind – eine relativ große praktische Bedeutung hat.

Das gegenwärtige Recht bietet für eine generelle Berücksichtigung der energetischen Gebäudequalität keine ausreichenden Voraussetzungen. Die energetische Beschaffenheit lässt sich zwar grundsätzlich zu den von § 558 Abs. 2 BGB unter dem Merkmal der

„Beschaffenheit“ erfassten Kriterien für die ortsübliche Vergleichsmiete zählen.³⁷³ Auf welche Kriterien es in der Praxis ankommt, entscheidet jedoch der jeweilige örtliche Wohnungsmarkt, in größeren Städten üblicherweise (auch) unter dem Einfluss eines Mietspiegels. An den (meisten) örtlichen Wohnungsmärkten wiederum haben sich energetische Beschaffenheitsmerkmale bislang für die Wohnungswahl (noch) nicht als wesentliche Kriterien für die Wohnungswahl etabliert.

An dieser Stelle setzt der sog. „**ökologische Mietspiegel**“ an. Darunter wird in der Sache nicht mehr verstanden, als dass der örtliche Mietspiegel die energetische Beschaffenheit des Wohnraums als eines von vielen anderen Qualitätsmerkmalen dezidiert ausweist.³⁷⁴ Der Sache nach wäre deshalb an sich eine Umschreibung mit „ortsübliche Vergleichsmiete mit energetischen Kriterien“ oder die Verwendung eines Kurztitels wie „**energetischer Mietspiegel**“ passender.

Mietspiegel werden üblicherweise entlang der fünf in § 558 Abs. 2 BGB ausgewiesenen Kriteriengruppen (Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage) gebildet, wobei als Merkmal der Art auch das Alter des Gebäudes zugrunde gelegt wird. Energetische Qualitätsmerkmale zählen – wie bereits erwähnt – zur Merkmalgruppe der Beschaffenheit. Die **Zulässigkeit** der Ausweisung von energetischen Kriterien steht deshalb außer Zweifel. Eine andere Frage ist jedoch, ob ihre Anwendung **allgemeingültig vorgegeben** werden kann. Diese Frage wird in § 558c Abs. 5 BGB eindeutig positiv beantwortet. Danach kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung Vorschriften „über den näheren Inhalt und das Verfahren zur Aufstellung und Anpassung von Mietspiegeln machen“. Hiervon hat die Bundesregierung bislang allerdings keinen Gebrauch gemacht.

Die energetische Beschaffenheit spielt in den meisten Mietspiegeln der Gemeinden in Deutschland bisher noch keine nennenswerte Rolle. Darin spiegelt sich wider, dass die energetische Qualität des Wohnraums in der Vergangenheit in aller Regel keine wesent-

³⁷³ Vgl. nur Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 558 BGB Rdnr. 81 m.w.N.

³⁷⁴ Vgl. Schmidt-Futterer (Börstinghaus), Mietrecht, § 558 BGB Rdnr. 81. Enseling/Hinz, Wirtschaftlichkeit der energetischen Sanierung im Bestand (2008), S. 45 ff.; Bürger et.al. (Öko-

liche Bedeutung für die Wohnraumsuche erlangt hat (abgesehen von der speziellen Frage, ob eine Zentralheizung vorhanden ist oder die Wohnung – noch – mit Kohleöfen beheizt wird). Gegenwärtig verändert sich diese Situation allmählich, und einige Städte sind dazu übergegangen, energetische Beschaffenheitsmerkmale in ihre Mietspiegel einzubeziehen.

Im Rahmen des Modellprojektes „**Ökologischer Mietspiegel Darmstadt**, Phase I“ wurde der Ansatz im Zeitraum 2001/2002 erstmals systematisch betrachtet.³⁷⁵ Die Untersuchung ergab, dass Gebäude mit einer (damals) als vergleichsweise gut eingestuften wärmetechnischen Beschaffenheit eine um 37 Cent/m² höhere Netto-Miete aufweisen. Dieser Wert wurde zur Grundlage für die Ausweisung eines eigenständigen Zuschlagswertes für die energetische Beschaffenheit im Darmstädter Mietspiegel des Jahres 2003 gewählt und später durch einen zweiten, an eine höhere Qualitätsstufe geknüpften Zuschlagswert ergänzt.³⁷⁶ Außerdem enthält der Mietspiegel Darmstadt ergänzende Informationen über die Größenordnung der Heizkosten, die hilfreich sein können, um die Gesamtkosten zu ermitteln.³⁷⁷

An den konkreten Zahlen des Darmstädter „ökologischen“ Mietspiegels lässt sich bei allem Fortschritt erkennen, dass die praktische Bedeutung der energetischen Beschaffenheit im Wohnungsmarkt noch vergleichsweise klein ist. Der Zuschlagswert liegt im Mietspiegel 2008 für Wohnraum mit **Primärenergiekennwert** von 175 bis 250 kWh pro m² und Jahr bei 37 Cent/m² und für Wohnraum einem Primärenergiekennwert von unter 175 kWh pro m² und Jahr bei 49 Cent/m². Interessanterweise fehlen im Darmstädter Mietspiegel (noch) konkrete Ausformungen für höhere energetische Standards, wie sie durch anspruchsvolle energetische Sanierungsmaßnahmen regelmäßig erreicht werden können. Die Werte konkurrieren mit zum Teil deutlich höher bewerteten anderen

Institut), Klimapolitische Eckpunkte für die Novelle des Energieeinsparungsgesetzes (2006), S. 128 ff.

³⁷⁵ Enseling u. a. (IWU), Leitfaden zur Beurteilung von Energiesparinvestitionen im Gebäudebestand, Darmstadt, 2003.

³⁷⁶ Darmstadt, Amt für Wohnungswesen, Mietspiegel für Darmstadt 2008; eingehend dazu Enseling/Hinz, Wirtschaftlichkeit der energetischen Sanierung im Bestand (2008), S. 45 ff.

³⁷⁷ Darmstadt, Mietspiegel für die Stadt Darmstadt 2008, S. 22 ff.

Zuschlagsmerkmalen wie z.B. einem „hochwertiger Fußboden“ (83 Cent), einem zweiten Dusch-/Badezimmer (67 Cent), einem Aufzug (91 Cent) oder mehr als zwei Fahrradplätzen pro Wohnung (52 Cent).³⁷⁸

Die praktische Bedeutung der Ausweisung energetischer Qualitätsmerkmale steht in einer engen **Wechselbeziehung zur Nachfrage** am Wohnungsmarkt. Solange energetische Kriterien für die Nachfrage eine geringe Rolle spielen, wird auch ein ökologischer Mietspiegel nur einen relativ geringeren Zuschlagswert ausweisen können. Aber: Die Existenz des ökologischen Mietspiegels kann im Wohnungsmarkt durch Schaffung von Transparenz bewusst machen, dass die energetische Qualität eine wesentliche Rolle für die Wohnungswahl spielen *kann*. Je stärker dies offenkundig wird, desto sensibler wird der Markt darauf reagieren können: Bei steigender Nachfrage nach energetisch hochwertigem Wohnraum steigt dann auch der mögliche Zuschlag.

Die Untersuchungen des *IWU* bestätigen, dass die Ausweisung von energetischen Qualitäten im Mietspiegel das Investorverhalten erheblich positiv beeinflussen kann. Innerhalb des Portfolios der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen werden sie deshalb zu den bedeutsamen positiven Einflussfaktoren gezählt.³⁷⁹

Dieser Prozess lässt sich durch **verbindliche Vorgaben** zur Ausweisung energetischer Beschaffenheiten im Mietspiegel initiieren und unterstützen. Entsprechende Vorgaben könnten in einer Rechtsverordnung nach § 558c Abs. 5 BGB, aber auch in einer Neuregelung direkt im Gesetz verankert werden.

Hinsichtlich des Regelungsgefüges zur Miethöhe kann dem ökologischen Mietspiegel darüber hinaus noch eine besondere Funktion insoweit zukommen, als er ein Hilfsmittel sein kann, um den Vermietern **transparent** zu machen, mit welchen Mieterhöhungen sie auf Grundlage des § 558 BGB kalkulieren können, wenn sie energetische Verbesserungsmaßnahmen ergreifen.

³⁷⁸ Vgl. Darmstadt, Mietspiegel für die Stadt Darmstadt 2008, S. 10 f.

³⁷⁹ Eingehend Enseling/Hinz (IWU): Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 45 ff., 57 f.; vgl. auch IWU, Querschnittsbericht (2007), S. 31, 33.

Um diese Funktion im Sinne eines Anreizes (und nicht im Sinne eines bremsenden Faktors) ausfüllen zu können, bedarf es allerdings einer Situation, in der der örtliche Wohnungsmarkt tatsächlich hinreichend sensibel auf energetische Beschaffenheitsmerkmale reagiert. Auf Grund der öffentlichen Diskussionen in den letzten Jahren kann angenommen werden, dass hierfür der Umschlagspunkt mittlerweile erreicht ist, so dass Negativeffekte dieser Art unwahrscheinlich sein dürften.

Für die praktische Anwendung des „ökologischen Mietspiegels“ ergibt sich noch eine fachliche Herausforderung: Es ist wichtig, an möglichst einfache, konkret mess- oder berechenbare und verständliche **Kenngrößen** anzuknüpfen. Auch aus diesem Grund ist es sinnvoll, mit einer bundesweiten einheitlichen Vorgabe zu arbeiten und den Akteuren vor Ort damit ein handhabbares Werkzeug zur Verfügung zu stellen.

Als Grundlage für derartige Kenngrößen bietet sich der **Energieausweis** an – dies allerdings nur, wenn der Energieausweis in der **bedarfsbezogenen** Variante **allgemeingültig** vorgeschrieben wird. Ergänzend sollte gesichert werden, dass der Energieausweis nicht nur bei einem Mieterwechsel vorzulegen, sondern generell **allen Mietern** gegenüber offen zu legen ist (siehe dazu bereits oben, Kap. 4.2.5.3).³⁸⁰

Der Darmstädter Mietspiegel verwendet als maßgebende Vergleichs- und Einstufungsgröße einen **Primärenergiekennwert**. Der Primärenergiebedarf ist allerdings nur ein bedingt geeignetes Merkmal, weil er keine zuverlässigen Rückschlüsse auf die energetische Qualität der Gebäudehülle und damit auf das Verhältnis zu den Heizkosten zulässt. Gerade dies aber ist wichtig, um auf dem Wohnungsmarkt – insbesondere auch im Mieterinteresse – die nötige Transparenz über die Kostenbedeutung der energetischen Beschaffenheit herzustellen. Denn nicht alle Primärenergie einsparenden Maßnahmen führen für die Mieter zu Verbrauchskostenminderungen (z.B. nicht der Übergang zur KWK-Fernwärme oder zur Nutzung erneuerbarer Energien). Würde stattdessen ein auf den Endenergiebedarf für Heizung und Warmwasser bezogener Wert gewählt, so könnten dadurch die verbrauchskostenseitigen Vorteile einer energetisch hochwertigen Ge-

³⁸⁰ In diesem Sinne auch Bürger et.al. (Öko-Institut), Klimapolitische Eckpunkte für die Novelle des Energieeinsparungsgesetzes (2006), S. 129 f.

bäudehülle – die für die Gesamtstrategie besonders bedeutsam ist – klarer herausgestellt werden.

Unter **pragmatischen** Gesichtspunkten spricht allerdings viel dafür, dennoch einen Primärenergiekennwert zu wählen. Denn damit könnte ein Gleichklang mit den im (berechneten) Energiebedarfsausweis nach der EnEV ausgewiesenen Werten erreicht werden, der von den Marktbeteiligten gut nachvollzogen und überprüft werden kann. Die „energetische Durchdringung“ des Vergleichsmietensystems würde so vermutlich leichter vonstatten gehen als auf Grundlage eines anderen Bezugswertes, der wiederum erst nach einer entsprechenden Änderung der EnEV eingeführt werden könnte. Außerdem steht den Schwächen des Primärenergiemaßstabes gegenüber, dass in ihm der Nutzen für den Klimaschutz treffender zum Ausdruck kommt.

Im Sinne einer praktikablen Lösung, die Vermietern und Mietern möglichst gute Vergleichsgrundlagen bietet, ist es sinnvoll, anknüpfend an den Kennwert entweder innerhalb der EnEV oder in der mietrechtlichen Regelungen einheitliche **Klassifizierungen** für die energetische Beschaffenheit der Gebäude zu schaffen, an denen sich die örtlichen Mietspiegel anzulehnen haben. Um einen ergänzenden Anreiz zur Erstellung von bedarfsbezogenen Energieausweisen zu schaffen, bietet es sich an – falls diese nicht ohnehin verpflichtend vorgeschrieben werden sollten –, für Gebäude ohne einen entsprechenden Ausweis vorzusehen, dass diese generell der jeweils niedrigsten energetischen Beurteilungsklasse zuzuordnen sind.

Als Regelungsort für die betreffenden Vorgaben zur Gestaltung des Mietspiegels bietet sich grundsätzlich eine **Rechtsverordnung der Bundesregierung** nach § 558c Abs. 5 BGB an (die ggf. mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassen ist). In dieser könnten wichtige inhaltliche Details wie die maßgeblichen Beurteilungsmaßstäbe festgelegt werden. Nötig wären auch Übergangsbestimmungen, weil der Erstellung energetisch „geschärfter“ Mietspiegel eine umfassende Datenerhebung vorausgehen müsste, die einer allzu kurzfristigen Umsetzung im Wege stehen würde.

Im Zuge einer größer angelegten energetischen Reform des Mietrechts ist es aber ebenso möglich, die betreffenden Regelungen **direkt im BGB** zu verankern. Das wäre auch zur Herstellung einer möglichst großen Öffentlichkeit über die Änderungen vorteilhaft.

Das gilt erst recht, da von einer Mietspiegelverordnung nur diejenigen Städte angesprochen werden könnten, die über einen Mietspiegel verfügen. In **Kommunen ohne Mietspiegel** würde die Regelung folgenlos bleiben. Daher bietet es sich an, nicht ausschließlich oder primär bei den Mietspiegelbestimmungen anzusetzen, sondern die **Grundvorschrift in § 558 Abs. 2 BGB** zu ändern, um sicherzustellen, dass die energetische Beschaffenheit des Wohnraums **generell** zu den Schlüsselkriterien für die Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete gehören soll.

Dafür spricht auch ein gewichtiges **verfassungsrechtliches Argument**. Seit der Föderalismusreform des Jahres 2006 findet sich im Grundgesetz eine unscheinbar wirkende, aber folgenreiche Bestimmung zur Einschränkung der Möglichkeiten des Bundes, an die Gemeinden Aufgaben zu delegieren. In dieser – **Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG** – heißt es:

„Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden.“

Ob Mietspiegelregelungen wie §§ 558c und d BGB danach heute noch neu geschaffen werden könnten, ist durchaus nicht sicher. Nach § 558c BGB „können“ die Gemeinden grundsätzlich Mietspiegel erstellen (so Absatz 2), und sie „sollen“ dies tun, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht und dies mit vertretbarem Aufwand möglich ist (so Absatz 4). Es ist zwar unsicher, ob sich Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG ausschließlich auf **Pflichtaufgaben** bezieht oder auch auf „Soll-Aufgaben“ und „Kann-Aufgaben“, denn die konkrete Reichweite der Formulierung ist rechtlich noch weitgehend ungeklärt.³⁸¹ Rechtsprechung des BVerfG existiert zu dieser Frage noch nicht, und der Gesetzgeber hat im Verfahren der Föderalismusreform wenig brauchbare Hinweise für die Auslegung der Norm

³⁸¹ Hinter der Regelung steht die allgemeine Intention, dem in der Vergangenheit häufig beobachteten Missstand ein Ende zu setzen, dass der Bund an die Gemeinden bestimmte zusätzliche, kostenträchtige Verwaltungsaufgaben übertrug, ohne ihnen im Gegenzug einen Ausgleich für die entstehenden finanziellen Mehrbelastungen zu geben. Damit ist über die konkrete Auslegung aber nicht viel ausgesagt (vgl. zum Ganzen Ipsen, NJW 2006, S. 2801/2802, 2805 f. m.w.N.; Gubelt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 30 Rdnr. 6; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 30 Rdnr. 3; vgl. auch ders., a.a.O. Art. 84 Rdnr. 7).

hinterlassen.³⁸² Jedenfalls bei einer strikten Interpretation der Vorschrift spricht aber einiges dafür, dass eine Aufgabenübertragung vorliegt, so dass die Regelungen mit diesem Inhalt heute ohne eine Grundgesetzänderung³⁸³ nicht mehr neu aufgestellt werden könnten.

Die hier diskutierte Ausdifferenzierung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Hinblick auf energetische Kriterien weitet die Aufgaben der Gemeinden aber nicht aus, sondern **spezifiziert** nur eine **vorhandene Aufgabe**. Damit berührt sie die Aufgaben der Gemeinden zwar und erhöht auch den Aufwand für die Erstellung von Mietspiegeln, setzt den vorhandenen Aufgaben aber keine neue hinzu.

Eine gesetzliche Regelung, die bezogen auf den gesamten Anwendungsbereich des § 558 BGB aussagt, dass energetische Kriterien berücksichtigt werden sollen oder müssen, würde die gemeindlichen Aufgaben als solche nicht ausdehnen. Anders wäre es jedoch, wenn ohne eine generelle gesetzliche Regelung dieser Art lediglich in einer Mietspiegelverordnung (oder auch im Gesetz) ausdrücklich stehen würde, dass für den Mietspiegel bestimmte Daten zu erheben sind, um eine energetische Klassifizierung zu ermöglichen. Auf eine Regelung mit bestimmten Auferlegungen für die Ermittlung der Datengrundlagen sollte daher verzichtet werden. Zulässig dürfte aber eine Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung sein, in der festgelegt wird, dass in den Mietspiegeln die energetische Beschaffenheit der Gebäude auf eine bestimmte Art und Weise zu berücksichtigen ist.

Auf der verfassungsrechtlich sicheren Seite ist man nur, wenn darauf verzichtet wird, für die Erstellung des Mietspiegels selbst Vorgaben auszusprechen, die als eine Auferlegung zusätzlicher Aufgaben verstanden werden können. So liegt es nach Auffassung

³⁸² Vgl. insb. BT-Drs. 16/813 sowie BT-Drs. 16/2069, aber auch die Dokumentation der Gemeinsamen öffentlichen Anhörungen des Rechtsausschusses des Bundestages und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zur Föderalismusreform (Komplex „Allgemeines“, 12. Sitzung vom 16. Mai 2006 sowie Komplex „Finanzen“, 18. Sitzung vom 31. Mai 2006).

³⁸³ Sinnvoll erscheint es dem Autor, Abweichungen von Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG jedenfalls dann zuzulassen, wenn der Bundesrat zugestimmt hat. Das Fehlen dieser Möglichkeit ist innerhalb des Regelungsgefüges des Art. 84 Abs. 1 GG systemfremd. Den hinter der Bestimmung liegenden Motiven könnte so ebenfalls entsprochen werden.

des Verfassers, wenn lediglich § 558 BGB dahin geändert wird, dass energetische Kriterien bei der ortsüblichen Vergleichsmiete **auf einer bestimmten Klassifizierungsgrundlage zu berücksichtigen** sind. In diesem Falle müssen die Mietspiegel quasi automatisch an die Änderung der Bestimmungen zur ortsüblichen Vergleichsmiete angepasst werden. Wenn einer Gemeinde der dafür erforderliche Aufwand zu groß erscheint, ist sie nach § 558c Abs. 2 und 4 BGB nicht gehalten, einen Mietspiegel zu erstellen. Es bleibt ihr also selbst überlassen zu entscheiden, ob sie einen zusätzlichen Aufwand betreiben möchte oder nicht.

Die konkrete Umsetzung ist z. B. in einem neuen § 558 Abs. 2a BGB mit folgendem Normgerüst vorstellbar:

(2a) Bei der Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist die energetische Beschaffenheit des Wohnraums zu berücksichtigen. Dabei ist, sofern für den Wohnraum keine besonderen Abweichungen festzustellen sind, die energetische Beschaffenheit des Gebäudes zugrunde zu legen. Die Einteilung der energetischen Beschaffenheit erfolgt auf Grundlage folgender Klassifizierungen:

1. [...]
2. [...]
3. [...]

Die Klassifizierung ist mit dem auf der Grundlage des berechneten Energiebedarfs ausgestellten Energieausweis im Sinne der Energieeinsparverordnung zu belegen; soweit dies nicht möglich ist, ist der Wohnraum der schlechtesten energetischen Bewertungsklasse zuzuordnen. Die Anwendung zusätzlicher energetischer Beschaffenheitsmerkmale ist zulässig.“

Für die genauere Festlegung der Beschaffenheitsklassen bedarf es gegebenenfalls einer ergänzenden fachlichen und wohnungswirtschaftlichen Betrachtung.

Im Resultat kann für diesen Vorschlag **zusammengefasst** werden:

Die Berücksichtigung von Kriterien der energetischen Beschaffenheit im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete kann eine zentrale Rolle für die Strategie der energetischen Gebäudesanierung einnehmen, weil sie es ermöglicht, für einen bedeutenden Anteil des Wohnungsmarktes die Bereitschaft der Vermieter zur Vornahme von energeti-

sche Verbesserungsmaßnahmen zu erhöhen, ohne dass dies der Mieterseite zum Nachteil gereichen würde. Das gilt namentlich für solche – keineswegs seltenen – Fallsituationen, in denen die Mieter mit einer relativ großen Verbrauchskostenersparnis rechnen können, die Vermieter ihre Investitionen aber durch eine Mieterhöhung (ggf. auch gewinnbringend) refinanzieren können, die unterhalb oder nicht wesentlich über der mieterseitigen Energiekosteneinsparung liegt (Stichwort „Warmmietenneutralität“).

Der Berücksichtigung von energetischen Qualitätsmerkmalen ist in den Mietspiegeln besonders wichtig, weil sie dort systematisch ins Auge springt. Ihr kann aber auch außerhalb der Mietspiegel eine tragende Bedeutung dafür zukommen, den Wohnungsmarkt für die energetischen Eigenschaften des Wohnraums zu sensibilisieren. Deshalb sollte in jedem Falle eine bundesweit einheitliche, allgemeingültige Vorgabe zur Berücksichtigung energetischer Beschaffenheitsmerkmale bei der ortsüblichen Vergleichsmiete entwickelt werden, die sich auch, aber nicht ausschließlich auf die Mietspiegel bezieht.

Begrifflich bietet sich damit für das Konzept insgesamt die Verwendung der Bezeichnungen „**Ortsübliche Vergleichsmiete mit energetischen Kriterien**“ (Langform) bzw. „**energetische Vergleichsmiete**“ (Kurzform) an.

4.3.2.3 Quantitative Modifizierungen der Modernisierungumlage

Auf Grundlage der Erkenntnisse aus der Problemanalyse (siehe insb. Kap. 3.3.2 und 3.3.3) kann geschlossen werden, dass die sog. Modernisierungumlage nach § 559 BGB kein geeignetes Anreizinstrument für die energetische Gebäudesanierung ist.³⁸⁴

Die Möglichkeit der 11-%-igen Modernisierungumlage wirkt sich kaum als Anreiz für die Vermieterseite aus, weil der erreichbare Vorteil in der Regel innerhalb weniger Jahre durch die Angleichung der ortsüblichen Vergleichsmiete verschwindet, die zunächst relativ hoch wirkende Mietsteigerung Konflikte mit den Mietern heraufbeschwört und außerdem aufwändige Verfahrensanforderungen bestehen.

³⁸⁴ In diesem Sinne auch Ekardt/Heitmann, RdE 2009, 118/120 ff.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass Änderungen hinsichtlich der Höhe der Modernisierungsumlage an dem Wirkungsproblem des § 559 BGB zu einer grundlegenden Verbesserung führen könnten.

Das gilt sowohl für eine **Erhöhung** als auch für eine **Senkung** des Umlagesatzes. Beides scheint nur auf den ersten Blick für die eine oder andere Seite der Vertragspartner attraktiv. Bei näherem Hinsehen erweist sich jedoch, dass eine Erhöhung für den Vermieter in erster Linie Symbolwert hätte, weil ein höherer Umlegungssatz nichts daran ändern würde, dass er den Erhöhungsbetrag am Markt in der Regel ohnehin auf Dauer nicht realisieren kann, sofern das allgemeine Miethöheniveau nicht weitgehend gleich bleibt. Umgekehrt gilt für eine Senkung, dass diese aus Mietersicht zwar schön aussieht, aber allenfalls in wenigen Einzelfällen bewirkt werden kann, dass energetische Sanierungen stattfinden, bei denen sich die darauf beruhende Mieterhöhung wesentlich niedriger darstellt – eher kommt es in noch größerem Maße zum Verzicht auf energetische Sanierungsmaßnahmen, was wiederum nicht im Interesse der Mieter sein kann.

Eine bedeutend größere positive Steuerungswirkung würde demgegenüber vermutlich von der oben entwickelten Empfehlung ausgehen, einerseits die Duldungspflicht und andererseits die Anwendung der Modernisierungsumlage in Fällen konventioneller (nicht energetischer) Modernisierung davon abhängig zu machen, dass keine besonders klimaschädlichen Maßnahmen ergriffen und die energetischen Mindestanforderungen des öffentlichen Rechts eingehalten werden (siehe oben, Kap. 4.2.2.5 und 4.2.3.1).

Soll außerhalb des öffentlichen Rechts ein spezifischer mietrechtlicher Anreiz zur Vornahme von energetischen Modernisierungen geschaffen werden, so ist zu schließen, dass § 559 BGB in seiner derzeitigen Gestalt ungeachtet der Höhe der zulässigen Umlage hierfür keine brauchbare Grundlage bietet. § 559 BGB sollte daher für energetische Modernisierungen durch eine andere spezielle Form der Mieterhöhungsmöglichkeit ersetzt werden.³⁸⁵ In einem funktionsgerecht gestalteten System mietrechtlicher Anreize

³⁸⁵ Eine weitergehende – im vorliegenden Kontext nicht zu erörternde – Frage ist, ob § 559 BGB angesichts der veränderten sozialen Gesamtlage in Deutschland überhaupt noch aufrechterhalten bleiben sollte (zumal der Fortbestand der Regelung im Zuge der letzten Mietrechtsreform damit begründet wurde, dass es in Teilen Deutschlands noch einen großen Nachholbedarf zur Schaffung angemessener Wohnverhältnisse gebe, vgl. BT-Drs. 15/4553, S. 36).

zur Erleichterung energetischer Verbesserungsmaßnahmen hat § 559 BGB in seiner jetzigen Normstruktur keinen Platz.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die als generelle Änderung befürwortete Streichung von Miethöhe-Vergünstigungen für den Fall der Nichteinhaltung von öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen (siehe dazu Kap. 4.2.3.1) ggf. auch im Rahmen anderer Ausgestaltungen von besonderen Miethöheregeln ihre Wirkung entfalten kann.

4.3.2.4 Entkoppelung der Modernisierungumlage von der Vergleichsmiete

Wesentlich größere Anreizeffekte für die Vermieterseite als durch Änderungen an den quantitativen Maßstäben der Modernisierungumlage nach § 559 BGB lassen sich erwarten, wenn die Modernisierungumlage nach § 559 BGB eine **strukturelle Änderung** dadurch erfährt, dass sie auf Dauer oder für einen relativ langen Zeitraum vom System der ortsüblichen Vergleichsmiete abgekoppelt wird. Auf dieser Grundlage könnte dann wiederum auch die Höhe der Umlage variiert werden.

Damit ist konkret gemeint: Es wird gesetzlich festgelegt, dass die Modernisierungumlage nach § 559 BGB entweder auf unbegrenzte oder auf begrenzte Zeit als gesonderter Aufschlag auf die ortsübliche Vergleichsmiete verlangt werden darf. Rechtstechnisch könnte das in § 559 BGB ohne weiteres vorgesehen werden.

So würde in der Sache (bei unbefristeter Regelung) genau das erreicht, was in der Öffentlichkeit häufig irrtümlich bereits heute für gegeben angenommen wird: nämlich dass der Vermieter berechtigt ist, die Modernisierungumlage als selbständigen Mietzuschlag zeitlich unbegrenzt einzunehmen, also auch über den Zeitpunkt der betriebswirtschaftlichen Amortisation der Verbesserungsmaßnahmen hinaus.

Dieser Vorschlag würde die Wahrnehmung der Modernisierungumlage aus Vermietersicht hoch attraktiv machen. Zugleich würde er aber dazu führen, dass der an sich bei den Mietern liegende finanzielle Vorteil sinkender Verbrauchskosten größtenteils aufgezehrt oder sogar in einen Nettoverlust umgewandelt würde. Das **Investor-Nutzer-Dilemma** würde **aufgehoben**, dies jedoch einseitig und in finanziell ganz erheblichem Umfang **zu Lasten der Mieterseite**.

Die negativen Folgen für die Mieterseite ließen sich dadurch abmildern, dass der Zeitraum der Inanspruchnahme dieser Möglichkeit **begrenzt** und/oder die Höhe des zulässigen Zuschlags **niedriger** angesetzt würde. In Falle einer zeitlichen Begrenzung verbliebe bei den Mietern im Vergleich zur jetzigen Rechtslage in jedem Falle ein – mehr oder weniger großer – relativer Nachteil, weil die Deckelung durch die ortsübliche Vergleichsmiete erst später greifen würde. Abschwächen ließe sich dieser Nachteil, wenn stattdessen oder zugleich die Höhe der Umlage niedriger bemessen würde, so dass der besonders bedrohlich wirkende Mietsprung nach der Modernisierung geringer ausfallen würde. Im selben Maße würde aber der betriebswirtschaftliche Vorteil auf Seiten der Vermieter schrumpfen.

Gleichwohl dürfte speziell die Idee einer zeitlich begrenzt von der ortsüblichen Vergleichsmiete entkoppelten und zugleich in der Höhe niedriger angesetzten Modernisierungsumlage aus Vermietersicht attraktiver sein als die Modernisierungsumlage in ihrer jetzigen Gestalt und Höhe, weil sich ungeachtet der rein quantitativen Festlegungen der Vorteil einer besseren **Planungssicherheit** böte. Vor allem für eher risikoscheue Gebäudeeigentümer wäre das ein wesentlicher Pluspunkt.

Gegen das Argument, durch die vollständige oder begrenzte Entkoppelung der Modernisierungsumlage von der ortsüblichen Vergleichsmiete würden die Lasten der energetischen Verbesserung einseitig den Mietern auferlegt, lässt sich vorbringen, wenn es der Gesamtstrategie der energetischen Gebäudesanierung nütze, so vorzugehen, könne dieser relative Nachteil den Mietern zugemutet werden. Dieser Gedanke ist rechtlich – d. h. im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgebots – zutreffend.

Zu bedenken ist jedoch, dass sich daraus auch für die Ziele der **Gesamtstrategie** der energetischen Gebäudesanierung **ungünstige Konsequenzen** ergeben. Denn indem die Vorteile der Verbrauchskostensenkung für die Mieter auf Grund von Mietsteigerungen schrumpfen, verringert sich auf dem Wohnungsmarkt zugleich die Attraktivität energetisch hochwertigen Wohnraums. Damit bleibt energetisch minderwertiger Wohnraum im Markt tendenziell weiterhin attraktiv – mit der Folge, dass damit gerechnet werden muss, dass sich ein Teil des Wohnungsmarktes der energetischen Verbesserung mehr oder weniger bewusst verschließt. Das aber kann nicht im Interesse der Gesamtstrategie

dienen – und macht erneut deutlich, dass die Funktion von *besonderen* Anreizinstrumenten *allein* darin liegen sollte, Pflichtinstrumente zu ergänzen, indem sie Anreize zur **Übererfüllung** setzen, nicht aber – wie es bislang der Fall ist – sogar solche energetischen Maßnahmen interessant zu machen, die lediglich der Umsetzung eines öffentlich-rechtlichen Mindeststandards dienen oder hinter diesem sogar zurück bleiben.

Das führt dazu, dass die Idee der zeitlich und/oder der Höhe nach begrenzten Entkopplung der Modernisierungumlage von der ortsüblichen Vergleichsmiete gänzlich verschieden zu beurteilen ist, je nachdem, ob die Regelung nur für Fälle der **Übererfüllung** von Mindestverpflichtungen gilt oder **undifferenziert** auf **alle** Maßnahmen der energetischen Verbesserung angewendet wird. In letzterem Falle ist sie eindeutig negativ zu beurteilen, weil mit ihr nur ein Teil des Wohnungsmarktes positiv erreicht werden könnte. Bei einer Anwendung allein auf Fälle der (nicht nur unerheblichen) Übererfüllung von Mindestanforderungen würde dieser entscheidende Nachteil demgegenüber entfallen.

Ungünstig bliebe aus umweltökonomischer Sicht zwar, dass auch ein solches Konzept ein relativ schlechtes gesamtwirtschaftliches Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen würde, weil in dem System nicht nur die Kosten der energetischen Gebäudesanierung aufgebracht werden müssten, sondern auch noch die den wirtschaftlichen Anreiz auf Vermieterseite begründenden privaten Gewinne. Bei einer nur auf Fälle der Übererfüllung von – für sich bereits relativ anspruchsvollen – Mindestanforderungen hinausgehenden Maßnahmen wäre dieser Nachteil aber nicht für das Gesamtsystem prägend, sondern nur für die Übererfüllungsfälle. Rechtfertigen ließe sich dieser Nachteil durch den auf Grund des Anreizes erzielbaren Zusatzgewinn für die energetische Gebäudesanierung, der für den Erfolg der Gesamtstrategie von wesentlicher Bedeutung ist.

Führt die Betrachtung dieser speziellen Variante der Modernisierungumlage demnach zu einer tendenziell positiven Gesamtbeurteilung, so sagt das allerdings noch nichts darüber aus, ob es sich auch um das im Vergleich zu anderen Alternativen beste Modell handelt. Diese Frage wird erst in der abschließenden Gesamtschau beantwortet werden können.

4.3.2.5 Konkrete Ausformung als „energetische Modernisierungsumlage“

Praktisch umsetzen ließe sich die dargestellte begrenzte Entkoppelung der Modernisierungsumlage unter der treffenderen Bezeichnung einer „energetischen Modernisierungsumlage“ zum Beispiel so:

Den Vermietern wird gestattet, in bestimmten Fällen von besonders anspruchsvollen energetischen Verbesserungsmaßnahmen für insgesamt X [z.B. 12] Jahre einen Zuschlag auf die ortsübliche Vergleichsmiete zu verlangen, mit dem jährlich Y [z.B. 10] % der tatsächlichen Aufwendungen für den Modernisierungsanteil der Investition (also ohne den anteiligen Erhaltungsaufwand) abgegolten werden.

Das Beispiel ist hinsichtlich der eingesetzten Zahlen nicht als in der Sache belastbarer Vorschlag zu verstehen, sondern als Modell zur Veranschaulichung der **Konstruktionsweise**. Ein konkreter Zahlenvorschlag würde genauere wirtschaftliche Betrachtungen erforderlich machen.

Das 11. und 12. Jahr würden in diesem konstruierten Beispiel den Gewinnanreiz abbilden und zu einem Gewinn von jährlich 2 % (ohne Zinseszins) führen. Danach wäre die Miete wieder auf das Niveau der ortsüblichen Vergleichsmiete begrenzt. Da die ortsübliche Vergleichsmiete variabel ist, würde die Erhöhungsumlage jeweils „mitwandern“.

Denkbar ist es vom Ansatz her, zusätzlich auch den Erhaltungsaufwand in die Verrechnung einzubeziehen. Dadurch ergäbe sich der verfahrenstechnische Vorteil, dass zwischen **Modernisierungs- und Erhaltungsaufwendungen** nicht aufwändig differenziert werden müsste (siehe dazu Kap. 3.3.2.3 und 3.3.2.4). Das hätte aber zur Folge, dass die gesamten berücksichtigungsfähigen Kosten unter Umständen außerordentlich ansteigen würden. Damit könnte das Instrument zur „Entmietung“ missbraucht werden. Im Übrigen läge darin ein Systembruch mit dem sonstigen Modernisierungsrecht. Deshalb empfiehlt sich eine derartige Weiterung nicht.

Hinzuweisen ist dabei darauf, dass verschiedene **Ausgestaltungsvarianten** denkbar sind. Das Modell könnte etwa auch so ausgestaltet werden, dass der Zeitraum kürzer und dafür der jährliche Umlagesatz höher angesetzt wird, oder dass – falls generell ein stärkerer Investitionsimpuls gesetzt werden soll – der in der Regelung enthaltene Gewinnanteil höher angesetzt wird.

Denkbar ist auch das Angebot verschiedener **Wahlalternativen**, zum Beispiel entweder 10 % für 12 Jahre, 15 % für 8 Jahre oder 20 % für 6 Jahre. Ein solches Vorgehen hätte den Charme, dass der Vermieter damit gezielt darauf schauen könnte, welches Maß an Erhöhungen den Mietern in Ansehung ihres Vorteils aus der Verbrauchskostensenkung zugemutet werden kann. Unter Umständen wird er den Mietern auf dieser Grundlage sogar eine Gewähr dafür geben können, dass es im Durchschnitt über einen bestimmten Zeitraum hinweg zu Nettovorteilen kommt (also die Warmmietenneutralität gewahrt bleibt). Deshalb eignet sich das Modell vom Ansatz her speziell für die bislang besonders problematische Fallgruppe der energetischen Verbesserungen im vermieteten Bestand.

Variieren und differenzieren ließe sich das Modell auch hinsichtlich des Maßes der Erfüllung (Übererfüllung) gesetzlicher Mindeststandards – etwa in dem Sinne, dass bei deutlicher Übererfüllung der Mindeststandards eine längere und bei schlichter Pflichterfüllung eine kürzere Erhebungsdauer vorgesehen wird.

Aus der **Mietersicht** wäre ein solches Modell insofern relativ günstig, als sie nach dem Konstruktionssystem keine oder allenfalls geringfügige Gewinnanteile mitfinanzieren müssten und der Umlagezeitraum begrenzt ist. Nachteilig ist dabei allerdings, dass die zum Zeitpunkt der Modernisierung betroffenen Mieter größtenteils selbst davon nicht mehr profitieren werden, weil sie zwischenzeitlich ausgezogen sind. Hieraus kann (ähnlich wie bei § 559 BGB) ein Akzeptanzproblem erwachsen. Außerdem hängt die absolute Höhe der Modernisierungsumlage davon ab, wie hoch der energetische Modernisierungsaufwand war. Dieser wird nicht ins Verhältnis zur erreichten Verbrauchskostensenkung gesetzt, so dass sich auch – zumindest vorübergehend – ein Netto-Nachteil für die Mieter einstellen könnte.

Für die **Vermieter** ergibt sich aus dem Modell der Vorteil einer im Vergleich zu §§ 558 und 559 BGB deutlich besser kalkulierbaren Refinanzierungsmöglichkeit außerhalb der Margen der ortsüblichen Vergleichsmiete. Das Konzept zielt aber nicht auf möglichst große Gewinnmargen der Vermieter.

Praktisch und regelungstechnisch müssten im Übrigen insbesondere folgende vier Punkte geklärt werden:

- Es bedarf einer rechtssicheren Definition des geforderten Anforderungsniveaus. Eine solche setzt voraus, dass entweder auf eindeutige Maßstäbe der EnEV oder einer anderen verbindlichen Regelung (ggf. auch des BGB selbst) Bezug genommen werden kann.
- Es muss geregelt werden, welche Bezugsgröße für die ortsübliche Vergleichsmiete zu wählen ist. Da die besondere Umlage den erhöhten Aufwand der energetischen Modernisierungsmaßnahmen an sich vollständig abdecken soll, wäre es folgerichtig festzulegen, dass die energetische Beschaffenheit bei der als Bezugsgröße verwendeten ortsüblichen Vergleichsmiete für die Dauer der Umlageerhebung außer Betracht bleiben soll. Denn die energetische Beschaffenheit aller Wohnungen ändert sich im Laufe der Zeit aller Wahrscheinlichkeit nach dahin, dass für energetisch höherwertige Wohnungen im Durchschnitt eine höhere Miete verlangt werden kann. Würde man es den Vermietern ermöglichen, über die Umlage hinaus noch mit der Entwicklung der durchschnittlichen Preise für energetisch höherwertigen Wohnraum mitzuziehen, so hätten sie einen doppelten Vorteil. Wenn man das zur Erhöhung des Anreizes will, ist es durchaus möglich, es würde aber die Wirkungsweise des Instruments entsprechend beeinflussen (tendenziell zum Nachteil der Mieter). In jedem Falle müsste nach Beendigung des Umlagezeitraumes, wenn also wieder allein die ortsübliche Vergleichsmiete maßgeblich ist, die Möglichkeit zur Berücksichtigung der energetischen Beschaffenheit gewährleistet werden.
- Es ist genau zu bestimmen, welche Aufwendungen der Vermieterseite in die Berechnung einfließen dürfen. Im Unterschied zu § 559 BGB erscheint es sinnvoll, die auf die energetische Verbesserung bezogenen (tatsächlichen) Finanzierungskosten bis zur Höhe marktüblicher Darlehenskonditionen mit einzuschließen, weil die realen Belastungen der Vermieter vollständig ausgeglichen werden sollen. Drittmittel sollten angerechnet werden (wie bei § 559 BGB). Einer Berücksichtigung von Mietausfällen bedarf es nicht, insbesondere wenn (wie oben vorgeschlagen, siehe Kap. 4.2.4.1) Mietminderungen auf Grund von baulichen Beeinträchtigungen bei energetischen Modernisierungen ausgeschlossen werden.

- Außerdem müsste festgelegt werden, wie im Falle von Neuvermietungen zu verfahren ist. Dafür bietet es sich an vorzusehen, dass der Vermieter den Umlagezuschlag nur erheben darf, wenn er sich hinsichtlich der Grundmiete auch bei Neuvermietungen an die Bindungen aus der ortsüblichen Vergleichsmiete hält.

Im Hinblick auf den jeweils maßgebenden energetischen Standard lässt sich in das Instrument auch eine **dynamisierende zeitliche Staffelung** integrieren (entweder durch eine dynamische Verweisung auf bestimmte Anforderungen der EnEV oder durch konkret bestimmte Anforderungsstufen).

Die konkrete Formulierung könnte in folgende Richtung gehen:

„§ 559c: Energetische Modernisierungsumlage

(1) Bei Maßnahmen zur Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen kann der Vermieter nach Maßgabe der Absätze 2 bis 5 unabhängig von der ortsüblichen Vergleichsmiete einen besonderen Zuschlag zur Umlage der Aufwendungen für die energetische Verbesserung der Mietsache auf die Miete erheben. Bei der ortsüblichen Vergleichsmiete bleiben energiebezogene Beschaffenheitsmerkmale der Mietsache für den sich aus Absatz 2 ergebenden Zeitraum außer Betracht. Die ortsübliche Vergleichsmiete und der Mietzuschlag nach Satz 1 sind auch bei Neuvermietungen zu beachten.

(2) Der Mietzuschlag kann erhoben werden:

- a) in Höhe von jährlich 10 Prozent der zu berücksichtigenden Aufwendungen für einen Zeitraum von 12 Jahren,
- b) in Höhe von jährlich 15 Prozent der zu berücksichtigenden Aufwendungen für einen Zeitraum von 8 Jahren oder
- c) in Höhe von jährlich 20 Prozent der zu berücksichtigenden Aufwendungen für einen Zeitraum von 6 Jahren.

(3) Die Erhebung des Mietzuschlags setzt voraus, dass die Anforderungen von § X der Energieeinsparverordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung für die gesamte Mietsache erfüllt [Alt.: um mindestens Y Prozent übererfüllt] werden.

(4) Der Mietzuschlag ist einheitlich für die gesamte Mietsache auf die jeweils genutzte Fläche der einzelnen Mietvertragseinheiten aufzuteilen.

(5) Zu berücksichtigende Kosten sind die gesamten baulichen Aufwendungen für die Maßnahmen zur energetischen Verbesserung der Mietsache einschließlich Bau-

neben- und Planungskosten sowie Finanzierungskosten in angemessener Höhe; § 559a ist entsprechend anzuwenden.“

Klargestellt werden müsste ggf. an geeigneter Stelle außerdem, in welchem Verhältnis die Vorschrift zu § 559 Abs. 1 BGB steht. Nach hiesigen Vorstellungen sollte die Anwendung von § 559 Abs. 1 BGB bei energetischen Verbesserungsmaßnahmen ausdrücklich ausgeschlossen werden, weil die Modernisierungsumlage in ihrer derzeitigen Struktur keinen funktionsgerechten Beitrag zur Strategie der energetischen Gebäudesanierung leisten kann (siehe oben, Kap. 4.3.2.3).

Hinzukommen müsste eine von § 559b des BGB abweichende Bestimmung zur Nachweis-/Erklärungspflicht des Vermieters.

4.3.2.6 Mietanstiegsbegrenzung bei Nichterfüllung von Mindeststandards

Wird (was hier befürwortet wird) davon ausgegangen, dass es

- zu bundesweiten verbindlichen Vorgaben für die Berücksichtigung der energetischen Gebäudequalität bei der ortsüblichen Vergleichsmiete (Stichwort „ökologischer Mietspiegel“) kommt,
- für sämtliche Wohngebäude ein bedarfsbezogener Energieausweis auszustellen ist
- und dieser Energieausweis allen Mietern auszuhändigen ist,

so lässt sich auf dieser Grundlage darüber nachdenken, ob es auf sinnvolle Weise möglich ist, die Nichteinhaltung energetischer Mindestanforderungen an die Gebäudequalität durch **Begrenzungen bei der Miethöhe** zu sanktionieren.

Bei allzu schematischer Betrachtung wirkt ein derartiger Ansatz im Mietrecht etwas deplatziert, sollte man doch meinen, dass die Aufgabe, Rechtsfolgen für das Nichteinhalten von gesetzlichen Anforderungen festzusetzen, primär eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts ist.

Es ist aber bereits oben darauf hingewiesen worden, dass es von zentraler Bedeutung ist, das öffentlich-rechtliche und das mietrechtliche Instrumentarium enger miteinander zu

verzahnen, um die Wirkung sowohl der Pflicht- als auch der Anreizelemente zu verbessern (siehe oben, Kap. 4.3.1.3 und 4.3.2.1).

In diesem Rahmen kann es Sinn ergeben, im Mietrecht unter Bezugnahme auf Maßstäbe des öffentlichen Rechts vorzusehen, dass es bei Nichteinhaltung eines bestimmten energetischen Mindeststandards ab einem bestimmten Stichjahr nicht mehr zulässig ist, die Miete weiter zu erhöhen (sowie bei Neuvermietungen höhere Mieten zu verlangen), solange die notwendigen Maßnahmen nicht umgesetzt worden sind. Effektuieren ließe sich dieses Instrument, indem festgelegt wird, dass nach Ablauf eines bestimmten weiteren Zeitraumes sogar Mietsenkungen vorzunehmen sind.

Von der Funktionsweise her ist grundsätzlich anzunehmen, dass ein solches Instrument **wirkungsvoll** sein kann. Allerdings dürfte der Zeitplan nicht zu eng angelegt werden, denn den Gebäudeeigentümern müsste genügend Spielraum gelassen werden, um den konkreten Zeitpunkt zur Aufnahme der notwendigen energetischen Investitionen auf Grundlage betriebswirtschaftlicher Überlegungen möglichst günstig zu legen. Er müsste sich folglich um Bereich nicht von Jahren, sondern von Jahrzehnten bewegen. Zugleich müsste darauf geachtet werden, dass keine Widersprüchlichkeiten im Verhältnis zu denjenigen öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen entstehen, die im Zeitraum *vor* dem jeweiligen Stichjahr galten. Sonst würden Gebäudeeigentümer „bestraft“, die in der Zeitspanne vor dem Stichjahr auf Grundlage der zu dem jeweiligen Zeitpunkt maßgebenden gesetzlichen Mindestanforderungen Verbesserungsinvestitionen ergriffen haben. Außerdem müssten auch diejenigen Hauseigentümer für einen unter Umständen nicht unerheblichen Zeitraum von der Sanktion der Mietbegrenzung freigestellt werden, die in zeitlich größerem Abstand vor dem Stichjahr auf rechtlich einwandfreie Weise energetische Verbesserungen durchgeführt haben, weil es unbillig wäre, sie weit vor Ablauf der Lebensdauer der Bauteile erneut mit schärferen Anforderungen zu konfrontieren.

Unter diesen Voraussetzungen sollte die Einführung des Instruments der Miethöhenbegrenzung grundsätzlich möglich sein. Das Instrument könnte die Pflichtregelungen des öffentlichen Rechts ebenso **ergänzen** und **unterstützen** wie die „positiven“ Anreizinstrumente des Mietrechts. Der wesentliche Nachteil des Modells dürfte seine „negative“ Ausstrahlung sein. Im Kern handelt es sich um eine Art Sanktionsinstrument mit Droh-

kulisse. Solcherart Instrumente dürften im politischen Raum, d. h. insbesondere bei den betroffenen Wirtschaftskreisen, tendenziell eher schlecht ankommen, auch wenn sie in der Sache sehr effektiv sein können.

Von daher kann dem Ansatz der Miethöhenbegrenzung im Falle der Nichteinhaltung von Mindeststandards eine wichtige unterstützende Rolle zukommen, er ist aber nicht geeignet, in den Mittelpunkt des mietrechtlichen Instrumentariums gestellt zu werden. Insbesondere vermag er nicht die bislang bestehende Lücke eines funktionierenden (positiven) wirtschaftlichen Anreizinstruments auszufüllen, mit dem sich die Übererfüllung gesetzlicher Mindeststandards attraktiv machen lässt.

4.3.2.7 „Warmmietenmodell“ / „Teilwarmmiete“

Eine auf den ersten Blick sehr interessante Möglichkeit zur Auflösung des Investor-Nutzer-Dilemmas bietet die Idee, die Mieten generell als Warmmieten zu konstruieren. Das würde bedeuten, dass der Mieter dem Vermieter grundsätzlich nicht nur die eigentliche Nettomiete (ohne Heizkosten) schuldet, sondern der Vermieter seine Wohnungen stets inklusive Heizkosten vermietet. Sind die Heizkosten vorab in ihrem Gesamtumfang als Teil der festen Miete festgelegt, so hat der Vermieter bei auf energetischen Verbesserungen beruhenden Senkungen seiner Brennstoffkosten selbst den Nutzen. Denn er kann von den Mietern unverändert die gleiche Miete (Warmmiete) verlangen, hat aber einen geringeren Kostenaufwand.

Das Warmmieten-Modell hat aber den bedeutenden Nachteil, dass das Eigeninteresse der Mieter an der Einsparung von Heizenergie schwinden würde. Denn den Mietern könnte es egal sein, wie hoch der individuelle Verbrauch ist, da dieser ja ohnehin durch den Vermieter getragen würde. Außerdem dürfte es rechtlich nicht ohne weiteres möglich sein, bestehende Mietverträge, die auf anderen Mustern beruhen, im Nachhinein zwingend anzupassen.

Um das Problem des mangelnden Mieterinteresses an der Heizkosteneinsparung zu lösen, könnte man daran denken, einen Teil der Heizkosten (vereinfachend: z.B. die Hälfte) verbrauchsabhängig zu gestalten und lediglich die andere Hälfte als „Grundheizkosten“ in die feste Miete einzubeziehen. Diesen Ansatz verfolgt die Idee der sog. Teil-

warmmiete.³⁸⁶ Hierfür sind dann ggf. komplexe ergänzende Überlegungen erforderlich, um die konkrete Aufteilung festzulegen.³⁸⁷ Auch bei der Teilwarmmiete kommt es im Ergebnis dazu, dass der Nutzen von Heizkosteneinsparungen (jedenfalls zu einem großen Anteil) direkt beim Vermieter ankommt, so dass der Anreiz zur Vornahme energetischer Verbesserungsmaßnahmen für ihn relativ groß ist.

Allerdings bleibt sowohl für die komplette wie für die Teilwarmmiete das (wohl) unüberwindliche rechtliche Problem, dass es schwerlich möglich sein wird, generell alle bestehenden Mietverträge auf dieses Modell umzustellen. Verfassungsrechtlich würde es sich bei einer gesetzlichen Verpflichtung zur Umstellung um einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit handeln, der zudem auch eine bedeutende eigentumsrechtliche Komponente hat, weil in bestehende Rechte eingegriffen wird. Hierfür lassen sich zwar vom Ansatz her hinreichend legitime Gründe des Gemeinwohls anführen – nämlich solche des Klimaschutzes, gestützt durch Art. 20a GG –. Es ist aber nicht erkennbar, dass dieser Begründungszusammenhang spezifisch diese Art von Grundrechtseingriff erfordert, um das verfolgte Klimaschutzziel zu erreichen. Mit anderen Worten: Es ist nicht ersichtlich, dass es in der Breite erforderlich wäre, sämtliche Mietverträge auf (Teil-) Warmmietverträge umzustellen, um die Strategie der energetischen Gebäudesanierung wirksam umsetzen oder das Investor-Nutzer-Dilemma bewältigen zu können.³⁸⁸

Von daher bedarf es hier keiner ins Einzelne gehenden Analyse der praktischen Ausgestaltungsmöglichkeiten dieses Modellansatzes.

4.3.2.8 Energetischer Pauschalzuschlag

Der *IVD* schlägt in seinem Gesetzentwurf zur Beseitigung mietrechtlicher Hemmnisse für den Klimaschutz vor, das Interesse der Vermieter an energetischen Verbesserungen dadurch zu steigern, dass ihnen im Rahmen der Modernisierungsumlage nach § 559

³⁸⁶ Eingehend zum Modell der Teilwarmmiete Knissel u.a. (IWU), Mietrechtliche Möglichkeiten zur Umsetzung von Energiesparmaßnahmen im Gebäudebestand, Darmstadt 2001, S. 35 ff.

³⁸⁷ Vgl. Knissel u.a. (IWU), Mietrechtliche Möglichkeiten (2001), S. 38 ff.

³⁸⁸ Kritisch auch Knissel u.a. (IWU), Mietrechtliche Möglichkeiten (2001), S. 48 f., 54 f.

BGB die Alternative geboten wird, mit den Mietern eine pauschale Mieterhöhung zu vereinbaren.³⁸⁹

Der konkrete Textvorschlag des *IVD* zielt auf die Einfügung eines weiteren Absatzes in § 559 BGB mit folgendem Wortlaut:³⁹⁰

„Unbeschadet der Absätze 1 bis 3 kann der Vermieter mit dem Mieter eine vertragliche Vereinbarung über eine Mieterhöhung aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen treffen. Er kann von dem Mieter die Zustimmung zu einer solchen Vereinbarung verlangen, wenn

1. mindestens zwei Drittel aller Mieter des Gebäudes zustimmen und
2. die Regelung zum Inhalt hat, dass eine Einsparung von Energie bei gleich bleibendem Nutzerverhalten mindestens in Höhe der Mieterhöhung als Beschaffensvereinbarung Vertragsbestandteil wird.

Zur Ermittlung einer Mehrheit nach Nr. 1 werden Mieter von Wohnräumen und anderen Räumen im Sinne des § 578 Abs. 2 BGB berücksichtigt.“

Die Eröffnung einer Möglichkeit zur pauschalen Mieterhöhung ist vom Grundsatz her sehr interessant. Eine pauschalierte Mieterhöhungsmöglichkeit entlastet den Vermieter (zumindest zum Teil) von komplizierten Berechnungs- und Erläuterungsvorgaben, und sie gibt eine sowohl für die Vermieter- als auch für die Mieterseite sehr viel klarere Kalkulationsbasis her als § 559 Abs. 1 BGB in seiner jetzigen Form. Soweit es tatsächlich möglich sein sollte, die Höhe der Pauschale daran zu binden, dass der Erhöhungsbetrag nicht über die zu erwartenden Verbrauchskostensenkungen auf der Mieterseite hinaus geht, dürfte dieser Ansatz sowohl für die Vermieter- als auch für die Mieterseite als attraktiv angesehen werden können.

Dabei sind allerdings einige Randbedingungen wichtig, die in dem Vorschlag des *IVD* noch nicht hinreichend ausgeleuchtet wurden:

- Die Pauschalierungsmöglichkeit sollte nicht für sämtliche Modernisierungen gewährt werden, sondern ausschließlich für Maßnahmen der energetischen Verbesse-

³⁸⁹ *IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte* (2008), S. 7. Mit Überlegungen in dieser Richtung ferner Ekardt/Heitmann, *RdE* 2009, 118/121 f.

rung, mit denen ein bestimmtes Mindest-Anforderungsniveau erreicht wird. Dies kann – je nach konzeptioneller Ausrichtung – entweder das öffentlich-rechtliche Mindestniveau oder ein bestimmter weitergehender energetischer Standard sein (siehe zu dieser Differenzierung oben, Kap. 4.3.2.1).

- Die Bindung an die Höchstgrenze der zu erwartenden Verbrauchskostensenkung bei den Mietern sollte rechtlich eindeutig (eindeutiger) gefasst werden. Insofern ist vor allem zu klären, welcher Bezugszeitraum hierfür gelten soll.
- Eine Bindung an die Zustimmung durch einen bestimmten Anteil der Mieter erscheint überflüssig, wenn für die Mieter effektiv kein Kostennachteil entstehen kann. Unter dieser Voraussetzung bestehen weitergehend auch keine Bedenken dagegen, ein einseitiges Festlegungsrecht der Vermieters vorzusehen.
- Die Möglichkeit der Erhebung der Pauschale sollte ggf. nicht neben, sondern statt der Modernisierungsumlage nach § 559 Abs. 1 BGB eröffnet werden. Die Anwendung des § 559 BGB sollte für energetische Modernisierungen ausdrücklich ausgeschlossen werden (siehe bereits oben, Kap. 4.3.2.3).
- Der vorliegende Vorschlag lässt schließlich offen, in welchem Verhältnis die Erhöhungspauschale zur ortsüblichen Vergleichsmiete steht. Ohne eine besondere Regelung dazu würde der gleiche Effekt des Aufgehens in der ortsüblichen Vergleichsmiete entstehen wie derzeit bei § 559 Abs. 1 BGB. Lösbar ist dieses Problem nur, wenn zusätzlich vorgesehen wird, dass der Erhöhungsbetrag (zumindest) für einen bestimmten Zeitraum von der ortsüblichen Vergleichsmiete entkoppelt wird (siehe dazu bereits eingehend oben, Kap. 4.3.2.4 und 4.3.2.5).
- Geregelt werden müsste außerdem, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn sich abweichend von der Prognose tatsächlich dennoch eine Schlechterstellung der Mieter ergibt. Hierfür bietet sich ein Ausgleichsanspruch an, der die Lasten zwischen Mietern und Vermietern hälftig aufteilt. Dazu müsste ggf. der Berechnungsmodus exakt bestimmt werden. Weitergehend ist es aber auch denkbar, den Anspruch an eine ent-

³⁹⁰ IVD/ Bethge und Partner, Ziele und Eckpunkte (2008), S. 7; der Textvorschlag wurde durch den Verfasser auf die in Gesetzestexten übliche Schreibweise hin modifiziert.

sprechende Garantie des Vermieters zu knüpfen, so dass bei Abweichungen zu Lasten der Mieter ein voller Ausgleichsanspruch entstände.

Auf Basis dieser Überlegungen könnte eine solche Regelung z.B. lauten:

„§ 559c: Pauschalzuschlag zur energetischen Verbesserung

(1) Bei Maßnahmen zur Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen kann der Vermieter einen pauschalen Mietzuschlag festsetzen, wenn für den gesamten der Umlage nach der Heizkosten unterliegenden Wohnraum der Mietsache

1. sichergestellt ist, dass die Anforderungen von § X der Energieeinsparverordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung erfüllt [Alt.: um mindestens Y % übererfüllt] werden, und
2. durch den Vermieter zugesichert wird, dass die finanziellen Belastungen aus dem Mietzuschlag innerhalb der ersten Z [sechs?] Jahre nach Abschluss der Maßnahmen im Durchschnitt nicht höher liegen als die auf Grund der Maßnahmen zu erwartende Minderung der um witterungsbedingte Abweichungen der Verbrauchsmenge bereinigten Kosten des Bezugs von Heizstoffen oder der Lieferung von Wärme; dabei ist für das jeweilige Verbrauchsgut der durchschnittliche Bezugspreis der letzten fünf [drei?] der Erklärung vorangegangenen Jahre zugrunde zu legen.

Der Pauschalzuschlag ist einheitlich für die gesamte Mietsache auf die jeweils genutzte Fläche der einzelnen Mietvertragseinheiten aufzuteilen.

(2) Der Pauschalzuschlag wird für den sich aus Absatz 1 ergebenden Erhebungszeitraum unabhängig von der ortsüblichen Vergleichsmiete erhoben. Bei der ortsüblichen Vergleichsmiete haben energiebezogene Beschaffenheitsmerkmale der Mietsache für diesen Zeitraum außer Betracht zu bleiben. Die ortsübliche Vergleichsmiete und der Erhöhungsbetrag nach Absatz 1 sind auch bei Neuvermietungen zu beachten.

(3) Lagen die tatsächlichen, um witterungsbedingte Abweichungen der Verbrauchsmenge bereinigten Kosten des Bezugs von Heizstoffen in dem sich aus Absatz 1 ergebenden Erhebungszeitraum für die Mietsache insgesamt um 5 vom Hundert oder mehr über der Summe der vertraglich beanspruchten Pauschalzuschläge, so kann von den jeweils Betroffenen ein Ausgleich in Höhe der Hälfte des auf sie jeweils entfallenden Unterschiedsbetrages verlangt werden. Für die Aufteilung findet Absatz 1 Satz 2 entsprechende Anwendung; in zeitlicher Hinsicht erfolgt die Auftei-

lung tagesgenau einheitlich auf Grundlage des über den gesamten Zeitraum gemittelten Durchschnittsbetrages.

(4) Der Pauschalzuschlag ist dem Mieter in Textform zu erklären. Die Erklärung ist nur wirksam, wenn die Erfüllung der Voraussetzungen von Absatz 1 erläutert und auf die Rechtsfolgen nach Absatz 3 hingewiesen wird. § 559b Abs. 2 und 3 sind entsprechend anzuwenden.“

Zur **Erläuterung** sei ergänzt:

Die Einführung einer derartigen Bestimmung brächte für das Miethöherecht eine grundlegende Neuerung, die einige bisher nicht gekannte Fragestellungen aufwirft und in den Details so ausgestaltet werden muss, dass sie praktikabel ist und rechtliche Konflikte weitgehend vermieden werden können. Insgesamt bietet der Modellansatz gute Voraussetzungen, um zu einem sowohl für die Vermieter- als auch für die Mieterseite angemessenen Ergebnis zu kommen. Er führt die Interessen der Vermieter und der Mieter an der energetischen Verbesserung zusammen und könnte daher geeignet sein, ein der Sache förderliches „Wir-Gefühl“ zu erzeugen.

Eine schwierige Herausforderung stellt insbesondere die Frage dar, auf welchen Grundlagen die Bemessung und Berechnung der verschiedenen Bezugsgrößen für das Verhältnis der Mieterhöhung zur Heizkostenminderung erfolgen sollte. Denn die einzelnen Berechnungsgrößen müssen so gewählt werden, dass für verschiedenste praktische Fallgestaltungen angemessene Lösungen gefunden werden können. Hierzu geht der obige Formulierungsansatz von folgenden Überlegungen aus:

- Die Pauschale sollte für das jeweilige Mietobjekt exakt auf denselben Anwendungsbereich abgestellt werden wie für die Heizkostenumlage nach der Heizkostenverordnung. Aus den in der Regel seit einer Reihe von Jahren erhobenen und gesammelten Daten zur Heizkostenumlage kann der Durchschnittsverbrauch der Vorjahre leicht ermittelt werden.
- Die Pauschale kann nicht an die Verbrauchssituation der einzelnen Wohnung geknüpft werden. Dadurch ergäben sich zu viele und zu große Schwankungen und individuelle Abweichungen, welche die praktische Handhabung zu sehr erschweren würden. Insofern ist nicht nur an Änderungen von individuellen Verbrauchsge-

wohnheiten zu denken, sondern auch an Änderungen in objektiven Merkmalen wie z.B. der Anzahl der in der einzelnen Wohnung wohnenden Personen oder der Dauer der täglichen Anwesenheitszeit wegen beruflicher Veränderungen. Dem Vermieter kann nicht zugemutet werden, auf Grund von derartigen, ihm nicht zurechenbaren Unwägbarkeiten evtl. später Ausgleichszahlungen leisten zu müssen.

- Dieses Problem stellt sich für die gesamte Mietsache weit weniger gravierend, weil sich individuelle Verbrauchsschwankungen dieser Art mit zunehmender Zahl der Wohneinheiten tendenziell ausmitteln.³⁹¹ Von daher könnte die Anwendbarkeit der Regelung nach dem Vorbild der Bestimmungen der EnEV für den verbrauchsbezogenen Energieausweis von vornherein auf größere Wohnobjekte (z.B. ab sechs Wohneinheiten) beschränkt werden. Notwendig ist es aber nicht, weil diese Entscheidung den Vermietern selbst überlassen bleiben kann (sie müssen das „Angebot“ der Vorschrift ja nicht annehmen).
- Außerdem hat die auf das gesamte Gebäude bezogene Bemessung den Vorteil, dass die Gesamtabrechnung überschaubar bleibt und Streitigkeiten mit einzelnen Mietparteien vermieden werden können. Insofern kann auf die im Allgemeinen positiven Erfahrungen mit der Praxis der Heizkostenumlage verwiesen werden.
- Hinsichtlich der späteren Vergleichsrechnung schlägt der Entwurf in Absatz 3 vor, dass ab einem bestimmten Ausmaß der Abweichung ein Ausgleichsanspruch der Mieter gegeben ist, der sich aber nur auf die Hälfte des Unterschiedsbetrages zwischen Mietkostenpauschale und tatsächlichen Heizkosten bezieht. Diese hälftige Teilung hat den Vorteil, dass dadurch beide Seiten daran interessiert bleiben, die tatsächlichen Heizkosten nicht zu sehr ansteigen zu lassen (was mieterseitig für das Verbrauchsverhalten wichtig ist, vermietetseitig vor allem im Hinblick auf den Brennstoffbezug).
- Bei der Berechnung des Ausgleichsanspruchs ist von großer Bedeutung, dass witterungsbedingte Schwankungen herausgerechnet werden. Denn diese könnten so er-

³⁹¹ Vgl. Vogler: Was kann und soll ein Energieausweis für Wohngebäude leisten? Ergebnisse eines Praxistests, Berlin 2005.

heblich sein, dass die finanziellen Auswirkungen unüberschaubar werden. Für die zur Berechnung der witterungsbedingten Abweichung nötigen Daten könnten die Wetterauswertungen des deutschen Wetterdienstes herangezogen werden. Ggf. könnten zu diesem Zweck eine Klarstellung im BGB und im Gesetz über den Deutschen Wetterdienst erfolgen.

- Nicht berücksichtigt werden können andererseits Schwankungen bei den Bezugspreisen für die benötigte Energie. Diese gehören in das typische Anwendungsrisiko der Vorschrift. Sie fallen in die Risikosphäre der Vermieter.
- Schwierig kann sich die Anwendung der Vorschrift in Fällen gestalten, in denen es im Zuge der energetischen Verbesserungsmaßnahmen erstmals zur Installation eines Zentralheizungssystems oder zur Einbeziehung des Warmwasserbedarfs kommt, weil sich die Daten für den früheren und den späteren Heizenergiebedarf dann keine einheitliche Vergleichsgrundlage mehr ergibt. In derartigen Fällen wird der Eigentümer vom Gebrauch der Bestimmung absehen (müssen).
- Klärungsbedürftig ist auch, was geschieht, wenn es zu einem zwischenzeitlichen Mieterwechsel kommt. Hierzu enthält der vorgestellte Entwurf keine ausdrückliche Regelung. Das bedeutet, dass die ausziehenden Mieter ihren Anspruch behalten. Um dies auf praktikable Weise zu ermöglichen, sieht der letzte Satz von Absatz 3 eine tagesgenaue Abrechnung des Ausgleichsanspruches vor.

4.3.2.9 „Abschreibung“ über die Heizkostenkostenumlage

Eine weitere Möglichkeit, die (ggf. auch gewinnbringende) Refinanzierung von energetischen Investitionen der Vermieter auf möglichst mieterverträgliche Weise sicherzustellen ist die „Abschreibung“ der Investitionen über die Heizkostenumlage.³⁹²

Dieser Weg ähnelt sehr dem oben beschriebenen Modell der von der ortsüblichen Vergleichsmiete entkoppelten energetischen Modernisierungsumlage (siehe oben, 4.3.2.5). Es ist von der Wirkungsweise her auch gleich – im Grundsatz positiv – zu beurteilen.

³⁹² In diese Richtung (als eine denkbare Variante) Ekardt/Heitmann, RdE 2009, 118/122 f.

Ebenso wie bei jener bieten sich auch hier die beiden Möglichkeiten an, entweder zum Zwecke des Anreizes eine begrenzte Überkompensation der Investitionsaufwendungen zuzulassen oder die Abschreibung exakt auf den modernisierungsbedingten Investitionsaufwand zu begrenzen.

Keiner Regelung bedarf hier die Frage, in welchem Verhältnis die Abschreibungsbeträge zur ortsüblichen Vergleichsmiete stehen, da die Heizkostenumlage ohnehin getrennt von der eigentlichen Miete abzurechnen ist.

Eine zusätzliche regelungstechnische Aufgabe ergibt sich unter Umständen daraus, dass die Heizkostenverordnung gewisser Anpassungen bedarf. Dieser Frage wäre ggf. an anderer Stelle noch genauer nachzugehen.

Innerhalb des BGB könnte die Abschreibung wie folgt geregelt werden:

„§ 560a: Abschreibung energetischer Modernisierungsmaßnahmen

(1) Bei Maßnahmen zur Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen kann der Vermieter an Stelle einer Anwendung von § 559 Abs. 1 die Aufwendungen für die energetische Verbesserung der Mietsache nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 im Wege der Abschreibung mit der Erhebung der Heizkosten gemeinsam abrechnen.

(2) Die Abschreibung erfolgt, indem die gesamten zu berücksichtigenden Kosten in einheitlichen Teilbeträgen auf 10 Kalenderjahre aufgeteilt werden. Die jährlichen Abschreibungsraten sind einheitlich für die gesamte Mietsache unabhängig von der Höhe des Heizenergieverbrauchs auf die jeweils genutzte Fläche der einzelnen Mietvertragseinheiten aufzuteilen.

(3) Werden die Anforderungen von § X₁ der Energieeinsparverordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung für die gesamte Mietsache erfüllt, so dürfen die anteiligen Abschreibungsraten erhoben werden, bis die zu berücksichtigenden Aufwendungen vollständig ausgeglichen sind. Werden die Anforderungen § X₂ der Energieeinsparverordnung in ihrer jeweils geltenden Fassung für die gesamte Mietsache erfüllt [Alt.: die Anforderungen von § X₁ um mindestens Y Prozent übererfüllt], so können die anteiligen Abschreibungsraten für zwei weitere Jahre erhoben werden.

(4) Zu berücksichtigende Kosten sind die gesamten baulichen Aufwendungen für die Maßnahmen zur energetischen Verbesserung der Mietsache einschließlich Bau-

neben- und Planungskosten sowie Finanzierungskosten in angemessener Höhe unter sinngemäßer Anwendung von § 559a.“

Hinzukommen müsste eine von § 559b des BGB abweichende Bestimmung zur Nachweis-/Erklärungspflicht des Vermieters. Außerdem müsste auch hier in § 559 Abs. 1 BGB die Tatbestandsvariante der Energieeinsparung gestrichen werden.

4.3.3 Diskussion und Bewertung

4.3.3.1 Allgemeines – Grundlagen

Die Einzelbetrachtungen zu den verschiedenen instrumentellen Optionen für gezielte Anreiz- und Steuerungsinstrumente in Abschnitt 4.3 ergeben, dass eine ganze Reihe von Instrumenten für eine Gesamtstrategie zur energetischen Gebäudesanierung im Mietwohnbereich interessant sein kann.

Übersicht: In Betracht kommende Anreizinstrumente

Vom Ansatz her positiv werden folgende Regelungsoptionen eingestuft:

1. die Effektivierung des ordnungsrechtlichen Pflichtengerüsts der Energieeinsparverordnung (mit verschiedenen Einzelementen, siehe Kap. 4.3.2.1),
2. die Schaffung der Rechtsgrundlagen für eine generelle Berücksichtigung der energetischen Gebäudequalität im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete (siehe Kap. 4.3.2.2) – für dieses Konzept soll im rechtlichen Raum an Stelle des bekannten, plakativen Schlagworts vom „ökologischen Mietspiegel“ der sachlich treffendere Kurztitel der „energetischen Vergleichsmiete“ verwandt werden –,
3. die Einführung einer Möglichkeit zur Erhebung einer zeitlich begrenzten, von der ortsüblichen Vergleichsmiete unabhängigen „energetischer Modernisierungsumlage“ an Stelle von § 559 BGB (siehe Kap. 4.3.2.5),

4. alternativ dazu: die Einführung einer (ebenfalls zeitlich begrenzten) Option zur „Abschreibung“ von energetischen Modernisierungskosten über die Heizkostenumlage (siehe Kap. 4.3.2.9),
5. wiederum alternativ dazu: die Schaffung der Möglichkeit zur Erhebung eines „Pauschalzuschlags zur energetischen Verbesserung“ unter der Voraussetzung, dass nach einer bestimmten Anzahl von Jahren sichergestellt ist, dass der Zuschlag die Heizkostensparnis nicht übersteigt (siehe Kap. 4.3.2.8)
6. und schließlich die Abrundung des Instrumentariums durch eine für einen bestimmten Zeitpunkt festzulegende Mietanstiegsbegrenzung für den Fall, dass ein bestimmter energetischer Mindeststandard nicht erfüllt wird (siehe Kap. 4.3.2.6).

Zu ergänzen ist, dass erhebliche positive Wirkungen auf die Bereitschaft der Vermieter zur Vornahme energetischer Verbesserungen auch von den verschiedenen in Kap. 4.2 erörterten Möglichkeiten zum Abbau mietrechtlicher Hemmnisse zu erwarten sind. Das gilt insbesondere für das Entfallen der Duldungspflicht bei Änderungen am Gebäude, die mit den Pflichten aus der Energieeinsparverordnung kollidieren (siehe Kap. 4.2.2.5) sowie für das zeitlich begrenzte Entfallen der Mietminderung bei energetischen Verbesserungsmaßnahmen (siehe Kap. 4.2.4.1).

Zur Funktion der verschiedenen Vorschläge

Bei der Bewertung der verschiedenen Instrumentenoptionen ist zu beachten, dass diese nicht sämtlich in übereinstimmender Funktion zum Tragen kommen (können). Nur ein Teil der vorgestellten Regelungsalternativen zielt auch oder in erster Linie auf wirtschaftliche Anreize:

Die Effektivierung des ordnungsrechtlichen Pflichtensystems hat zwar eine ausgeprägte Steuerungsfunktion inne. Sie zielt aber im Kern nicht auf wirtschaftliche Anreize, sondern hebt sich der Art ihrer Wirkungsweise nach von diesen konzeptionell ab – was nicht ausschließt, dass sich aus dem Ordnungsrecht selbst oder aus seinem Wechselspiel mit den mietrechtlichen Vorschriften Anreizwirkungen ergeben können. Letzteres wird besonders bei der Idee deutlich, möglicherweise eine an die Nichterfüllung von EnEV-Pflichten ansetzende Mietanstiegsbegrenzung einzuführen.

Währenddessen dienen die übrigen diskutierten Vorschläge in spezifischer Weise dazu, wirtschaftliche Anreize zur Vornahme energetischer Verbesserungsmaßnahmen zu schaffen bzw. diese zu erhöhen:

- Einer dieser Vorschläge (nämlich die generelle Berücksichtigung energetischer Merkmale bei der ortsüblichen Vergleichsmiete – „**energetische Vergleichsmiete**“) zielt auf den Regelungsbereich von § 558 BGB, ohne eine zusätzliche Mieterhöhungsmöglichkeit vorzusehen. Dieser Vorschlag kann folglich als eine Art **Basisinstrument** betrachtet werden, welches dazu dient, die im sozialen Mietrecht bereits angelegten Anreizpotenziale zu erkennen und erschließen zu können.
- Hiervon unterscheiden sich die anderen drei spezifischen Anreizinstrumente fundamental, indem sie sich darauf richten, den Vermietern einen über die ortsübliche Vergleichsmiete hinausgehenden wirtschaftlichen Vorteil in Aussicht zu stellen. Diese Vorschläge lassen sich daher als mögliche **zusätzliche Anreizinstrumente** klassifizieren.

4.3.3.2 Basis: energetische Kriterien bei der Vergleichsmiete, flankierende Regelungen zur Mietminderung

Basisinstrument: Berücksichtigung energetischer Kriterien bei der ortsüblichen Vergleichsmiete / energetische Vergleichsmiete

In den Vorüberlegungen zur Funktion der Anreizinstrumente (Kap. 4.3.1.3) ist auf Grundlage der eingehenden Erörterungen zum sog. Investor-Nutzer-Dilemma (Kap. 3.3.3) herausgestellt worden, dass sich das wirtschaftliche Problem der Vermieterseite bereits wesentlich entschärfen ließe, wenn flächendeckend sichergestellt wäre, dass die energetische Beschaffenheit des Wohnraums zu den maßgebenden Kriterien für die ortsübliche Vergleichsmiete gehört („**energetische Vergleichsmiete**“ – diskutiert oft unter dem leicht missverständlichen Schlagwort des „ökologischen Mietspiegels“).

Bei gut durchdachten und qualitativ einwandfrei ausgeführten energetischen Verbesserungsmaßnahmen lassen sich häufig so hohe Verbrauchskosteneinsparungen erwarten, dass ausreichend große Spielräume für Mieterhöhungen entstehen, mit denen sich die

Investitionen (ggf. gewinnbringend) refinanzieren lassen, ohne das Volumen der Verbrauchskosteneinsparungen ausschöpfen oder wesentlich überschreiten zu müssen. Möglich ist eine solche Mieterhöhung aber oft nur, wenn die Verbesserung der energetischen Qualität in der ortsüblichen Vergleichsmiete zu einer Höherstufung führt. Soweit das jedoch nicht der Fall ist, weil die ortsübliche Vergleichsmiete auf die energetische Qualität keine Rücksicht nimmt, entfällt diese Möglichkeit.

Vor diesem Hintergrund kann eine **uneingeschränkte Empfehlung** dahin ausgesprochen werden, die rechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass energetische Beschaffenheitsmerkmale flächendeckend im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete berücksichtigt werden.

Für Kommunen, in denen ein Mietspiegelsystem existiert, kann (und sollte) dies im Mietspiegel sichergestellt werden. Außerhalb der Mietspiegel-Kommunen ist das Instrument aber nicht weniger bedeutsam. Schon aus diesem Grund bietet sich an, es nicht nur auf das Anwendungsfeld der Mietspiegel zu beschränken. Durch eine (an sich mögliche) Rechtsverordnung nach § 558c Abs. 5 BGB könnten aber nur die Städte und Gemeinden mit einem Mietspiegel erfasst werden. Deshalb liegt es nahe, im Rahmen einer größer angelegten energetischen Reform des Mietrechts eine **gesetzliche Lösung** zu verfolgen. Regelbar wäre das beispielsweise in einem neu eingefügten § 558 Abs. 2a BGB. Für eine solche, generell auf die ortsübliche Vergleichsmiete und nicht nur auf die Mietspiegel beschränkte Regelung sprechen neben den systematischen auch verfassungsrechtliche Erwägungen (siehe dazu oben, Kap. 4.3.2.2).

Wichtig ist es, für die energetischen Beschaffenheitsmerkmale geeignete bewertungstechnische **Kenngößen** bzw. **Klassifizierungen** zu schaffen. Unter pragmatischen Gesichtspunkten bietet sich an, hierbei (trotz gewisser Schwächen) den im Energiebedarfsausweis angegebenen Primärenergiekennwert zugrunde zu legen (es sei denn, es kommt zu einer umfassenden Überarbeitung der Bemessungsmaßstäbe in der EnEV). Soweit die Erstellung von bedarfsbezogenen Energieausweisen nicht generell vorgeschrieben wird (was zu wünschen wäre), kann vorgesehen werden, dass Gebäude, für die ein solcher Ausweis nicht vorliegt, der jeweils schlechtesten Bewertungskategorie zuzuordnen sind.

Ein Wirkungsnachteil dieses Konzepts liegt allerdings in der notwendigerweise engen **Wechselbeziehung zur Nachfrage** am Wohnungsmarkt. Solange energetische Kriterien für die Nachfrage eine geringe Rolle spielen, wird auch ein energetischer Mietspiegel nur einen relativ geringeren energetischen Zuschlagswert ausweisen können. Aber: Die ausdrückliche Vorgabe eines Klassifizierungssystems für energetische Kriterien in der ortsüblichen Vergleichsmiete kann – insbesondere im Zusammenspiel mit dem Energieausweis – das Bewusstsein der Marktbeteiligten für die Bedeutung von energetischen Beschaffenheitsmerkmalen auf dem Wohnungsmarkt schärfen. Allmählich kann so mit einer immer stärkeren „energetischen Durchdringung“ des Wohnungsmarktes gerechnet werden.

Ergänzendes Instrument: Entfallen der Mietminderung bei energetischen Verbesserungen

Ein gewisser zusätzlicher Anreizimpuls kann von der im Hemmniskapitel (siehe Kap. 4.2.4.1) vorgeschlagenen Bestimmung zum partiellen Wegfall der Mietminderung bei Baumaßnahmen zur energetischen Verbesserung erwartet werden. Hierdurch verbessert sich die wirtschaftliche Bilanz der energetischen Verbesserung für die Investoren je nach Fallsituation unter Umständen in beträchtlichem Umfang, ohne dass dies finanziell zu Lasten der Mieter gehen würde. Besonders zu Gute kommen würde das der fassadenseitigen Wärmedämmung, die meist die effektivste Maßnahme der energetischen Verbesserung darstellt.

Für die Mieter wäre eine solche Rechtsänderung zumutbar. Zwar hätten sie ungeachtet der finanziellen Aspekte tatsächliche Unannehmlichkeiten hinzunehmen, weil sich die Wohnqualität während der laufenden Baumaßnahmen verschlechtern würde. In Anbetracht der mit der energetischen Gebäudesanierung verbundenen überragenden Ziele des Gemeinwohls lässt sich dieser Nachteil aber ausreichend legitimieren. Insoweit ist außerdem zu berücksichtigen, dass die Wahrnehmung generell auf das erforderliche Maß sowie zeitlich auf eine bestimmte Höchstdauer (Vorschlag: drei Monate) begrenzt und in Bezug auf eine verminderte Beheizbarkeit auf die Monate außerhalb der Heizperiode beschränkt werden soll.

Auch der Umstand, dass das Entfallen der Mietminderung einen Systembruch im bisherigen Mietminderungsrecht darstellt, führt nicht zu einer anderen Bewertung. Es handelt sich um eine durch besondere Gemeinwohlgründe motivierte Ausnahme, die sich nicht zur Nachahmung bei anderen Arten von Beeinträchtigung der Wohnqualität eignet.

4.3.3.3 Das Aufgabenprofil zusätzlicher Anreizinstrumente ...

Mit den beiden hier als „Basisinstrument“ und als „Flankierungsinstrument“ betitelten rechtlichen Änderungen dürfte sich die Wirtschaftlichkeit energetischer Verbesserungsmaßnahmen für einen großen Teil der praxistypischen Fallsituationen aus der Vermieterperspektive erheblich günstiger darstellen als bisher. Für viele Fälle kann damit gerechnet werden, dass die Schwelle zur Wirtschaftlichkeit erreicht wird, ohne dass dies auf der Mieterseite zu Belastungen führt, die oberhalb der erreichbaren Verbrauchskostenminderung liegen.

Allerdings lässt sich auf der vorhandenen Daten- und Erkenntnisgrundlage nicht klar abschätzen, welcher **quantitative** Anteil des Wohnungsmarktes tatsächlich in diesem Sinne profitieren würde. Aus der **qualitativen** Problemanalyse heraus konnten in den Vorüberlegungen zur Funktion der Anreizinstrumente (siehe Kap. 4.3.1.3) zwei typische Fallgruppen herauskristallisiert werden, bei denen sich die wirtschaftliche Ausgangslage tendenziell nicht positiv darbietet:

- Zum einen, wenn sich der Vermieter für vergleichsweise teure Maßnahmen entscheidet, diese jedoch im Verhältnis zu den Kosten **geringere Einsparungen an Verbrauchskosten** bewirken (z.B. weil zu geringe Dämmstoffdicken gewählt werden oder die fachliche Qualität der Arbeiten zu Wünschen übrig lässt),
- Zum anderen, wenn **besonders anspruchsvolle** und zugleich/deshalb besonders kostspielige Maßnahmen durchgeführt werden, die zu einer weit überdurchschnittlichen Verbesserung der energetischen Gebäudequalität führen, aber erst (sehr) langfristig damit gerechnet werden kann, dass sie sich in ausreichendem Maße auf die Verbrauchskostenbilanz niederschlagen.

Die zweite Fallgruppe ist für die Strategie der energetischen Gebäudesanierung bedeutsam (im Gegensatz zur ersten, die hier deshalb nicht weiter betrachtet werden muss). Denn längerfristig sind, wie schon die Ausführungen zum Problemhintergrund gezeigt haben (eingehend Kap. 2.1), allgemein sehr viel **weitergehende Verbesserungen der energetischen Gebäudequalität** erforderlich, als sie auf Basis der gegenwärtig üblichen Standardverfahren oder auf Grundlage der EnEV-Anforderungen (auch der EnEV 2009) erreichbar sind. Damit stellt sich für die Gesamtstrategie die Herausforderung, passable Ausgangsbedingungen auch und gerade für die Wahl von besonders anspruchsvollen Verbesserungsmaßnahmen zu schaffen. Speziell diesem Zweck können über die „energetisch geschärfte“ ortsübliche Vergleichsmiete (gekoppelt mit dem partiellen Entfallen der Mietminderung für die Baumaßnahmen) hinausgehende wirtschaftliche Anreizkomponenten sinnvoll sein. Für dieses Steuerungsziel kann allerdings stattdessen (oder parallel) auch an andere Arten von Instrumenten gedacht werden, namentlich solche förderpolitischer oder ordnungsrechtlicher Natur. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

Hinzu kommt eine weitere Aufgabe für das Zusatzinstrument: Es kann als **Wahl-Alternative** zur „energetischen Vergleichsmiete“ darauf ausgerichtet werden, die energetischen Verbesserungsmaßnahmen **überschaubar wirtschaftlich kalkulieren** zu können. Auf Basis des geltenden Rechts lässt sich die Refinanzierbarkeit der Maßnahmen oft sehr schwer einschätzen, und zwar sowohl für die Vermieter- als auch für die Mieterseite. Das gilt nicht nur für die ortsübliche Vergleichsmiete, sondern – insbesondere wegen der schwer durchschaubaren Wechselwirkungen mit der ortsüblichen Vergleichsmiete – auch für den Anwendungsbereich des § 559 BGB.

Die verbindliche Berücksichtigung von energetischen Kriterien im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete würde die wirtschaftliche Planbarkeit energetischer Maßnahmen sicherlich deutlich verbessern. Es spräche aber nichts dagegen, den Vermietern (und den Mietern) eine weitere Alternative zu bieten, bei der sich die wirtschaftlichen bzw. finanziellen Konditionen und Folgewirkungen noch besser beurteilen ließen.

4.3.3.4 ... im Spannungsfeld von Vermieter- und Mieterinteressen

Das Basisinstrument der „energetisch geschärften“ ortsüblichen Vergleichsmiete bewegt sich konsequent innerhalb des bestehenden Rahmens für den Ausgleich zwischen Vermieter- und Mieterinteressen im sog. sozialen Mietrecht. Es schafft lediglich (deutlich) verbesserte Voraussetzungen dafür, die in diesem Rahmen bereits angelegten Möglichkeiten zur Refinanzierung von energetischen Investitionen erkennen und erschließen zu können.

Das zur Flankierung vorgeschlagene begrenzte Entfallen der Mietminderung für energetisch bedingte bauliche Änderungen führt für die betroffenen Mieter in finanzieller Hinsicht lediglich zu dem Verlust eines zeitlich begrenzten Ausgleichsanspruchs, nicht jedoch zu effektiven finanziellen Mehrbelastungen. Eine substantielle Verschiebung finanzieller Lasten von der Vermieter- auf die Mieterseite findet nicht statt.

Anders liegt es bei den als zusätzliche Anreizelemente diskutierten instrumentellen Optionen. Ähnlich wie die – für ungeeignet erachtete, und daher für den hier diskutierten Zusammenhang möglichst auszuschließende – Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB sind sie darauf angelegt, den Vermietern wirtschaftliche Vorteile in Aussicht stellen zu können, die sie aus der ortsüblichen Vergleichsmiete heraus nicht erlangen würden. Damit strapazieren sie tendenziell die soziale Balance zwischen Vermieter- und Mieterschaft. Ihre Einführung bedarf deshalb größer interessenpolitischer Sensibilität und – aus diesem Grund – einem hohen Maß an Transparenz sowie klar umrissenen Grenzen. Ungeachtet seiner verschiedenen Mängel gibt das Regelungsgefüge des § 559 BGB mit seinen ergänzenden Verfahrensanforderungen und mit der Anrechnung von Drittmitteln hierfür ein plastisches Beispiel.

4.3.3.5 Vergleichsbetrachtung der einzelnen Optionen

Allgemeines

Als zusätzliche Anreizinstrumente kommen an Stelle des § 559 BGB nach der Überblicksuntersuchung in Kapitel 4.3.2 drei Optionen in die engere Wahl:

1. die zeitlich begrenzte „energetische Modernisierungsumlage“ (siehe Kap. 4.3.2.5),
2. die ebenfalls zeitlich begrenzte Option zur „Abschreibung“ von energetischen Modernisierungskosten über die Heizkostenumlage (siehe Kap. 4.3.2.9),
3. die der Höhe nach begrenzte Erhebung eines „Pauschalzuschlags zur energetischen Verbesserung“, dessen Kernvoraussetzung ist, dass der Pauschalzuschlag für einen bestimmten Zeitraum / ab einem bestimmten Zeitpunkt die Heizkostensparnis nicht übersteigt (siehe Kap. 4.3.2.8)

Um die finanziellen Aufwendungen auf der Mieterseite nicht ausufern zu lassen, enthalten die drei Modellansätze bestimmte begrenzende Elemente. Die beiden ersten Modelle sehen ein **zeitliches Limit** vor. Der Erhöhungsbetrag darf jeweils nur für eine bestimmte Anzahl von Jahren verlangt werden, so dass es danach zu einem Abfallen der Gesamtmiete kommen würde. Die beiden Optionen ähneln sich daher von ihrer Funktionsweise. Ihr Wesensunterschied liegt im Verrechnungsmodus (entweder als Zuschlag zur Grundmiete oder als Zusatzbetrag in der Heizkostenumlage). Demgegenüber kommt bei dem dritten Konzeptansatz eine **Höhenbegrenzung** zum Tragen, die sich am Verhältnis zur Verbrauchskostenminderung bei den Mietern richtet.

Die **gemeinsamen Vorzüge** dieser drei Varianten für zusätzliche Anreizinstrumente lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Bezogen auf die umweltpolitische Aufgabe, der Vermieterschaft wirtschaftliche Anreize für besonders weitreichende energetische Verbesserungen zu offerieren, die über das „normale“ soziale Mietrecht nicht erreicht werden können, weisen die drei Optionen sämtlich ein Leistungspotenzial auf, welches über dasjenige des § 559 BGB hinausgeht.

- Sie bieten zugleich die Möglichkeit, den Vermietern eine gewinnbringende Refinanzierung der Maßnahmen in Aussicht zu stellen (was wiederum durch § 559 BGB nicht uneingeschränkt gewährleistet ist), ohne hierbei jedoch auf besonders hohe Gewinnmargen zu orientieren.
- Im Gegensatz zu § 559 BGB haben sie dabei den weiteren Vorteil, dass sich auf ihrer Grundlage die realen finanziellen Auswirkungen sowohl für die Vermieter- als auch für die Mieterseite klar (und planbar) abschätzen lassen.

Im Hinblick auf diese Aspekte lassen sich die drei Alternativen technisch grundsätzlich auf die jeweils gewünschten Wirkungen und Konsequenzen hin **modulieren**. Sie enthalten jeweils mehrere quantitativ ansetzende Stellschrauben, durch die das Maß des Anreizes für die Vermieter und der Umfang der Auswirkungen für die Mieter variiert werden können.

Bei alledem können die drei Optionen aber das **soziale Spannungsfeld**, indem sie sich befinden, nicht auflösen. Damit ist gemeint: Je mehr Anreizwirkung von dem Instrument ausgehen soll, desto höher müssen die den Vermietern in Aussicht gestellten wirtschaftlichen Vorteile sein und desto größer sind in der Folge die eintretenden relativen Mehrbelastungen für die Mieter. Dabei ist allerdings zu betonen, dass durchaus nicht zwingend absolute Mehrbelastungen auf der Mieterseite auftreten müssen, da es auch bei den als zusätzliche Instrumente betrachteten Optionen grundsätzlich möglich ist, dass die jeweils spezifischen Mehrkosten durch die eintretenden Verbrauchskostenminderungen aufgewogen oder sogar überkompensiert werden, so dass es zu Netto-Vorteilen kommt. Speziell im Modell des der Höhe nach begrenzten energetischen Mietzuschlages ist dieses Ziel sogar „eingebaut“.

Bevor auf diesen für die Gesamtbewertung wesentlichen Punkt ausführlich zurückgekommen wird, soll zunächst auf das eher „handwerkliche“ Kriterium der **Praktikabilität** sowie auf die der Sache nach sehr wichtigen Kriterien der **ökologischen Leistungsfähigkeit** und der **umweltökonomischen Effizienz** eingegangen werden.

Praktikabilität und Verfahrensaufwand

Das in anderen Zusammenhängen oft (mit-) entscheidende Kriterienbündel der Praktikabilität und des verfahrenstechnischen („bürokratischen“) Aufwands spielt bei der hier vorzunehmenden vergleichenden Betrachtung eine eher **untergeordnete Rolle**, denn alle drei Wege erscheinen aus dem Blickwinkel der Untersuchung grundsätzlich gut praktisch gangbar. Ihre Umsetzung bringt zwar notwendigerweise einige neue Fragen mit sich, insbesondere im Hinblick auf Aspekte der Bemessung, der Nachweise und der Folgen bei Nichteinhaltung. Die in den einzelnen Kapiteln entwickelten Formulierungsvorschläge lassen aber erkennen, dass es sich dabei um *lösbar*e Aufgaben handelt, die von der Handhabung durch Vermieter und Mieter her keine größeren Probleme aufwerfen als die verschiedenen bestehenden Regelungen der §§ 558 ff. BGB.

Die beiden **zeitlich begrenzten Instrumentenoptionen** knüpfen jeweils an bekannte Regularien und Verfahrensweisen des Mietrechts an:

- Die Geltendmachung erfolgt entweder zusammen mit der Erhebung der Kaltmiete oder gemeinsam mit der Heizkostenumlage. Für die Anwendung bedarf es nur weniger klarstellender Regelungen in den betreffenden Vorschriften.
- Hinsichtlich der Berechnungs- und Erläuterungsanforderungen zu den zugrunde liegenden Modernisierungsaufwendungen kann auf die in § 559b BGB geregelten verfahrenstechnischen Anforderungen zur regulären Modernisierungsumlage nach § 559 BGB zurückgegriffen werden. Hintergrund dessen ist, dass auch bei diesen Modellen – wie bei der regulären Modernisierungsumlage – eine Differenzierung zwischen Erhaltungs- und Modernisierungsaufwand notwendig ist (siehe oben, Kap. 4.3.2.5). In der Folge stellt sich gegenüber der häufig als sehr aufwändig kritisierten Verfahrensweise nach §§ 559, 559b BGB (siehe oben, Kap. 3.3.2.3 und 3.3.2.4) aber auch keine wesentliche Erleichterung ein.

Währenddessen bringt der **energetische Pauschalzuschlag** verfahrenstechnische Neuerungen mit sich. Hier muss ein tragfähiger Modus entwickelt werden, um das Verhältnis des Zuschlags zur Verbrauchskostenentwicklung ermitteln zu können. Aus diesem Grund ist vorgesehen, für die Berechnung stets auf die Verbrauchskosten *sämtlicher*

Wohneinheiten (also nicht der einzelnen Wohnung) abzustellen und bei der Berechnung *witterungsbedingte Einflüsse* heraus zu rechnen. Das gilt auch für Fälle späterer (deutlicher) Abweichungen zu Lasten der Mieter, für die daran gedacht ist, einen Ausgleichsanspruch auf Rückzahlung des *hälftigen Unterschiedsbetrages* zu konstituieren. Mit diesem oben näher erläuterten Konzept (siehe Kap. 4.3.2.8), dürfte sich der abwicklungstechnische Aufwand in einem überschaubaren und gut handhabbaren Rahmen halten.

Bei der vergleichenden Bewertung ist außerdem zu berücksichtigen, dass in diesem Modell nicht zwischen Erhaltungs- und Modernisierungsaufwendungen unterschieden werden muss, so dass an anderer Stelle verfahrensseitiger Aufwand eingespart wird.

Im Resultat kann zwischen den Optionen ein „Unentschieden“ konstatiert werden. Der Gesamtaufwand ist vermutlich beim energetischen Pauschalzuschlag geringer, muss aber mit einem Einführungsmalus bedacht werden, weil es nötig ist, mit bislang unbekanntem Verfahrenswesen zu arbeiten, die sich erst einspielen müssen.

Ökologische Leistungsfähigkeit

Im Hinblick auf die ökologische Leistungsfähigkeit (Effektivität) sind die Konzepte der energetischen **Modernisierungsumlage** und der an die Heizkostenumlage gekoppelten **Abschreibung** von energetischen Modernisierungsaufwendungen modelltheoretisch im Vorteil. Anders als bei dem „energetischen Pauschalzuschlag“ ist bei ihnen nicht vorgesehen, die Höhe der auf die Mieter abwälzbaren Aufwendungen an die Heizkostensparnis zu binden. Deshalb eignen sich diese beiden Instrumente vom Ansatz her sehr gut dafür, einen Anreiz zu schaffen, um **besonders anspruchsvolle energetische Verbesserungsmaßnahmen** umzusetzen, für die zumindest in den ersten Folgejahren nicht oder nicht sicher damit gerechnet werden kann, dass sich die Zusatzforderungen des Vermieters durch äquivalente Verbrauchskostenminderungen ausgleichen lassen.

Damit treffen die beiden Varianten exakt die oben als Hauptzweck beschriebene spezifische Aufgabe der zusätzlichen Instrumentenoptionen (siehe Kap. 4.3.3.3). Die als Basisinstrument vorgeschlagene energetische Schärfung der ortsüblichen Vergleichsmiete kann genau das nicht leisten. Sie zielt darauf, den Vermietern die Wahrnehmung vor-

handener Mieterhöhungsspielräume im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete zu ermöglichen bzw. zu erleichtern. Solche Spielräume können sich am Markt aber (zumindest in der Regel) nur durchsetzen, soweit die Mieter mit angemessen hohen Einsparungen auf der Verbrauchsseite rechnen können. Folglich ist das Instrument der energetischen Vergleichsmiete nicht zureichend, wenn es darum gehen soll, die Vermieter schon heute zu weiter reichenden energetischen Verbesserungsmaßnahmen anzuregen, die sich erst nach längeren Zeiträumen oder unter der Voraussetzung stark steigender Energiepreise auszahlen werden.

In diese Lücke können die beiden hier hervorgehobenen Instrumentenoptionen von ihrer **Funktionslogik** her prinzipiell gut stoßen. Allerdings ist aus zwei Gründen nicht zu erwarten, dass die Vermieter von diesen Möglichkeiten auch in großem Umfang **praktisch** Gebrauch machen würden: Zum einen, weil sich das in Aussicht gestellte Gewinnvolumen durch die vorgesehene zeitliche Begrenzung (gewolltermaßen) in einem überschaubaren Rahmen hält, und zum anderen, weil sich aus der Mietersicht eine unter Umständen erhebliche anfängliche Erhöhung der „Warmmiete“ ergeben kann, so dass die Vermieter Auseinandersetzungen mit den Mietern einkalkulieren und hierfür eine entsprechende Konfliktbereitschaft mitbringen müssen. In Anbetracht dessen ist zweifelhaft, ob die beiden Instrumente ihr theoretisches Leistungspotenzial auch tatsächlich in größerem Umfang ausschöpfen würden

Demgegenüber ergibt sich bei dem an die Verbrauchskosteneinsparung geknüpften **energetischen Pauschalzuschlag** von vornherein kein sehr ausgeprägter Anreiz zur Durchführung überdurchschnittlich anspruchsvoller energetischer Verbesserungsmaßnahmen. Das Instrument regt die Vermieter vielmehr dazu an, möglichst solche Verbesserungen zu realisieren, die zu einer hohen Verbrauchskosteneinsparnis führen. Damit verspricht es *bis zu einem gewissen Punkt* eine hohe **Wirkungsintensität**, verbunden mit einer relativ großen **Breitenwirkung**.

Das bedeutet: Die Option des an die Verbrauchskosteneinsparung gekoppelten energetischen Pauschalzuschlags eignet sich zwar nicht dazu, besondere Impulse für überdurchschnittlich anspruchsvolle energetische Verbesserungsmaßnahmen zu setzen. Es kann jedoch erwartet werden, dass es die Verbreitung von gut wirksamen und zugleich kos-

tengünstigen energetischen Maßnahmen noch einmal deutlich attraktiver macht. Sie geht zwar vom realisierbaren energetischen Verbesserungsniveau her nicht über das Konzept der energetisch aufgewerteten ortsüblichen Vergleichsmiete hinaus, vermag diese jedoch nach Art einer zweiten **Wahlalternative** gut zu ergänzen – vor allem weil sie dieser gegenüber den Vorteil hat, dass sowohl Vermieter als auch Mieter die Wirkungen und Konsequenzen besser überschauen und kalkulieren können.

Umweltökonomische Effizienz

Damit ist auch schon das Wesentliche für die Beurteilung der umweltökonomischen Effizienz angedeutet. Diese liegt bei den Optionen der energetischen Modernisierungsumlage und der an die Heizkostenumlage gekoppelten Abschreibung von energetischen Modernisierungsaufwendungen tendenziell niedriger als bei dem an die Heizkosteneinsparung gekoppelten energetischen Pauschalzuschlag.

Der **energetische Pauschalzuschlag** trägt, sofern er konsequent an die Heizkostensparnis geknüpft wird, einen deutlichen Anreiz in sich, das **umweltökonomische Optimum** anzustreben: Der Vermieter wird angeregt, diejenigen Maßnahmen auszuwählen und umzusetzen, bei denen es zu einem möglichst günstigen Verhältnis zwischen den energetischen Einsparungswirkungen der Mieter (und damit der energetischen Qualität der Verbesserungsmaßnahmen) einerseits und seinen eigenen finanziellen Aufwendungen zuzüglich Gewinn andererseits kommt. Ebenso wie bei der „energetischen Vergleichsmiete“ wird die Praxis hier dazu herausgefordert, möglichst solche baulich-technischen Wege zu finden, die eine ausgeprägte mieterseitige Verbrauchskosteneinsparung bewirken, ohne hierbei hohe Bau-, Anschaffungs- und Planungskosten zu verursachen.

Die beiden alternativ dazu in Betracht kommenden Optionen implizieren demgegenüber **keinen vergleichbaren Anreiz** zur Suche nach möglichst kostengünstigen Lösungen, weil sie grundsätzlich unabhängig von der Höhe der Modernisierungsaufwendungen erhoben werden können.

An dieser Stelle ist ergänzend auf eine besondere Wechselwirkung zur ökologischen Effektivität hinzuweisen: Wirtschaftliche Anreizinstrumente für besonders anspruchsvolle

Maßnahmen müssen so zugeschnitten werden, dass sie eine hinreichend attraktive **Gewinnaussicht** versprechen. Sie müssen diese Gewinnaussicht nicht nur tatsächlich in sich tragen, sondern „versprechen“, das heißt die Adressaten von der Gewinnaussicht überzeugen (siehe schon die Vorüberlegungen zur Funktion der Instrumente in Kap. 4.3.1.3). Das bedeutet, dass die Vermieter sich hinreichend sicher *fühlen müssen*, ihr Ziel auch erreichen zu können. Bei der Festlegung der Konditionen für die Ausgestaltung des Instruments ist dafür ggf. ein zusätzlicher Aufschlag nötig, um Zweifel und Unsicherheiten auf der Vermieterseite zu überwinden. Damit wird aber die umweltökonomische Bilanz ungünstig beeinflusst. Denn der „Preis“ für den erwünschten Umweltnutzen würde durch den dann notwendigerweise relativ hoch angesetzten Vermietergewinn einschließlich Unwägbarkeits- und Risikoaufschlag noch einmal aufgeladen.

Hinsichtlich der umweltökonomischen Effizienz ist somit der an die Verbrauchskostenminderung gekoppelte energetische Mietzuschlag zu bevorzugen.

Soziale Ausgewogenheit

Eine eindeutige Präferenz zugunsten des auf die Höhe der Verbrauchskosteneinsparungen begrenzten **Pauschalzuschlags zur energetischen Verbesserung** ergibt sich schließlich auch für das Kriterium der sozialen Ausgewogenheit, welches nicht zuletzt für den politischen Diskussionsprozess von wesentlicher Bedeutung ist.

Im Gegensatz zu den beiden anderen konzeptionellen Ansätzen belastet dieses Modell die soziale Balance zwischen Vermieter- und Mieterinteressen deutlich weniger, weil die Höhe des Zuschlags daran geknüpft wird, dass die durch die Modernisierung bewirkte Mieterhöhung (spätestens) nach Ablauf eines genau bestimmten, aus der Mietersicht überschaubaren Zeitraumes durch die Verbrauchskosteneinsparnis aufgewogen sein muss.

In dem oben (Kap. 4.3.2.8) formulierten Vorschlag wird dafür beispielhaft darauf abgestellt, dass der Mietzuschlag „innerhalb der ersten Y [sechs] Jahre nach Abschluss der Maßnahmen im Durchschnitt nicht höher liegen [darf] als die auf Grund der Maßnahmen zu erwartende Minderung der [...] Kosten des Bezugs von Heizstoffen oder der Lieferung von Wärme“.

Bei den beiden alternativ diskutierten Optionen gibt es demgegenüber keine Höchstbegrenzung für den auf die Mieter umzulegenden Mehrbetrag. Vielmehr ist bei jenen lediglich der Zeitraum für die Erhebung des sich ergebenden Mehrbetrages begrenzt. Liegen die tatsächlichen Verbesserungsaufwendungen sehr hoch, so kann der Vermieter dort daher auch entsprechend hohe Beträge auf die Mieter umlegen. Eine Höhenbegrenzung für den Mehrbetrag könnte dort auch schwerlich integriert werden, weil nicht ersichtlich ist, an welchem Maßstab sich diese ausrichten sollte – wenn nicht wiederum an der Höhe der Verbrauchskosteneinsparungen.

Als nachteilig kann für die Pauschalzuschlagsidee angesehen werden, dass es zu gewissen **Mitnahmeeffekten** kommen kann, weil von dem Zuschlag möglicherweise auch in manchen Fällen Gebrauch gemacht wird, in denen schon die Wahrnehmung des (energetisch angereicherten) § 558 BGB zu einer guten Refinanzierungsbasis führen würde, bei der Anwendung des Pauschalzuschlags aber noch zusätzliche Gewinne erwirtschaftet werden können. Das mag so sein. Diese Mitnahmegewinne können aber angesichts der klaren Höhenbegrenzung nicht so hoch sein, dass sie das Interessengefüge zwischen Vermietern und Mietern erheblich in Mitleidenschaft ziehen, weil die Mieter allenfalls in den ersten Jahren nach Durchführung der energetischen Maßnahmen einen (überschaubaren) Mehrbetrag zahlen müssten. Bei der Gesamteinschätzung ist insoweit zudem zu bedenken, dass die Mieter wegen der zu erwartenden allgemeinen Tendenz zu über die Mietenentwicklung hinausgehenden Erhöhungen der Brennstoffpreise mit ziemlicher Sicherheit mittel- und langfristig weiter in den Vorteilsbereich gelangen.

Ein wesentlicher Vorzug des auf die Höhe der Verbrauchskosteneinsparnis begrenzten pauschalen Mietzuschlags liegt zudem darin, dass er eine **konsensfördernde Tendenz** in sich birgt. Der Vermieter muss sich auf seine Mieter mit einer Art Angebot zu bewegen, indem er ihnen zusichert, die Mieterhöhung auf ein bestimmtes Maß zu begrenzen, welches der Höhe nach von den mieterseitigen Vorteilen abhängt. Damit lässt er sich darauf ein, mit den Mietern gemeinsam eine Art Win-Win-Situation zu schaffen. Vermieter und Mieter sitzen dann praktisch im „gleichen Boot“. Sie haben ein gemeinsames Interesse und arbeiten dafür zusammen. Auf diese Weise macht es das Instrument

möglich, den Grundgedanken des sozialen Mietrechts praktisch fassbar zu machen und zugleich dem öffentlichen Interesse am Klimaschutz zusätzliche Impulse zu verleihen.

Schlussbewertung

In der Gesamtbewertung zeigen sich überwiegende Vorteile für den an die Heizkostenersparnis gekoppelten Mietzuschlag. Er lässt sich auf praktikable Weise ausgestalten, ist umweltökonomisch in hohem Maße effizient und belastet die soziale Balance zwischen Mieter- und Vermieterinteressen allenfalls geringfügig. Die ökologische Leistungsfähigkeit ist ebenfalls hoch, dies aber nur innerhalb des Rahmens solcher energetischer Verbesserungsmaßnahmen, bei denen sich ein günstiges Verhältnis zwischen den erreichbaren mieterseitigen Verbrauchskosteneinsparungen und den finanziellen Aufwendungen (einschließlich anteiligem Gewinn) seitens des Vermieters ergeben. Einen darüber hinausgehenden Anreiz für besonders anspruchsvolle energetische Verbesserungsmaßnahmen setzt das Instrument nicht.

Für die beiden konkurrierenden Optionen ergeben sich weniger günstige Bewertungen in Bezug auf die umweltökonomische Effizienz und die soziale Ausgewogenheit. Sie tragen in sich keinen Anreiz zur Wahl besonders wirkungsvoller und zugleich kostengünstiger Verbesserungsmaßnahmen, und sie belasten wegen der fehlenden Höhenbegrenzung die soziale Balance zwischen Vermietern und Mietern stärker. Hinsichtlich der ökologischen Leistungsfähigkeit reichen sie zwar modelltheoretisch weiter, weil der den Mietern abverlangte Mehrbetrag der Höhe nach nicht begrenzt ist. Dadurch ergibt sich eine spezifische Anreizwirkung zugunsten besonders anspruchsvoller Verbesserungsmaßnahmen. Es ist jedoch zumindest unsicher, ob dieses Potenzial in breitem Umfang ausgeschöpft würde, weil dafür der Gewinnanreiz relativ hoch angesetzt werden müsste und in der Folge das soziale Konfliktpotenzial zunehmen würde.

In der Konsequenz ist weiter zu schließen, dass sich innerhalb des Mietrechts kein adäquates Instrument erkennen lässt, mit dem der Herausforderung begegnet werden könnte, einen spezifischen Anreiz für besonders anspruchsvolle energetische Verbesserungsmaßnahmen zu setzen. Ein solches Instrument würde das Gleichgewicht zwischen Vermieter- und Mieterinteressen notwendigerweise (zumindest in einem gewissen Um-

fang) zu Lasten der Mieter verschieben. Folglich lässt sich diese Aufgabe im Spannungsfeld von Mieter- und Vermieterinteressen – und damit im Mietrecht – nicht befriedigend lösen. Sie muss deshalb primär durch anderweitige Mittel – sei es durch ergänzende öffentliche Förderung oder durch andere rechtliche Instrumente – in den Blick genommen werden und bewältigt werden.

Leistbar ist es jedoch, das System der energetisch geschärften ortsüblichen Vergleichsmiete zu ergänzen um eine Variante des wirtschaftlichen Anreizinstruments, die für die Vermieterseite darauf zielt, die wirtschaftliche Planbarkeit der energetischen Sanierungsmaßnahmen zu verbessern, um das Problem der „gefühlten wirtschaftlichen Unsicherheit“ in den Griff zu bekommen. Diese Aufgabe kann – auf sozial ausgewogene Weise – dem Konzept des an die Heizkosteneinsparung gekoppelten Mietzuschlags zufallen.

4.3.3.6 Die Wechselwirkung zwischen Mietrecht und Energieeinsparungsrecht

Veränderungen des ordnungsrechtlichen Instrumentariums der Energieeinsparverordnung stehen nicht im Zentrum dieses Forschungsprojekts. Sie können aber auch nicht ausgeblendet werden, weil zwischen dem mietrechtlichen Anreizinstrumentarium und dem ordnungsrechtlichen Anforderungsgefüge des Energieeinsparungsrechts – wie schon mehrfach angesprochen – ein enges Wechselverhältnis besteht (siehe insb. Kap. 4.3.2.1). Die formale Eigenständigkeit der beiden Rechtsgebiete darf nicht dazu verleiten, beide Materien unvermittelt nebeneinander stehen zu lassen. Damit bliebe ein wesentlicher Teil des Steuerungs- und Anreizpotenzials ungenutzt.

Einen ersten kleinen Ansatz zur Verknüpfung beider Rechtsmaterien hat bereits die Einführung der Energieausweise gebracht. Die instrumentelle Verschränkung der beiden Materien könnte und sollte jedoch sehr viel ausgeprägter sein:

Regelungstechnische Verknüpfung des Mietrechts mit der EnEV

Zum *ersten* sind die ordnungsrechtlichen Bestimmungen der Energieeinsparverordnung wichtig, um die **technischen Voraussetzungen** zur Anwendung der mietrechtlichen Anreizregelungen zu schaffen. Die mietrechtlichen Bestimmungen sind auf gut hand-

habbare mess- und bewertungstechnische Parameter angewiesen, die (nur) das Energieeinsparungsrecht liefern kann.

Konkret ist es für ein gut funktionsfähiges System der Berücksichtigung energetischer Merkmale im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete unabdingbar, die energetische Gebäudequalität nach klaren, objektiven Kriterien bestimmen und einstufen zu können. Hierfür muss, wenn der **Energieausweis** hierfür die Grundlage bilden soll, der Energieausweis generell allen Mietern zugänglich sein und qualitativ deutlich verbessert werden (siehe bereits oben, Kap. 4.2.5.3). Was das im Einzelnen heißen kann, ist ggf. an anderer Stelle fachlich genauer zu betrachten.

Jedenfalls kann es nicht sein, dass der Energieausweis auf Dauer danach konzipiert bleibt, auf welche Weise der **Kostenaufwand** für die Vermieter so gering wie möglich gehalten werden kann. Damit würde verkannt, dass der Energieausweis für die Vermieter eine wesentliche – und durchaus geldwerte – Informationsgrundlage für die Beurteilung des energetischen Modernisierungsbedarfs sein kann, wenn er qualitativ hinreichend aussagekräftig gestaltet wird. Ihn stattdessen vermietetseitig – wie es bisher überwiegend der Fall ist – als Belastung zu betrachten, wird seiner Funktion als Hilfsmittel für die Einleitung energetischer Verbesserungsmaßnahmen nicht gerecht. Dabei ist auch zu bedenken, dass es in Deutschland praktisch keine Gebäude gibt, für die nicht in den nächsten Jahren (oder zumindest Jahrzehnten) umfangreiche energetische Modernisierungen erforderlich sind.

Inhaltliche Verknüpfung des Mietrechts mit den EnEV-Anforderungen

Zum *zweiten* ist es wichtig, die ordnungsrechtlichen Vorgaben umgekehrt im Mietrecht ernster zu nehmen als bisher, d.h. die Gewähr von mietrechtlichen Vergünstigungen konsequent davon abhängig zu machen, dass nicht gegen Vorgaben des Energieeinsparungsrechts verstoßen wird. In diese Richtung gehen insbesondere einige bereits öffentlich diskutierte Vorschläge, den Mietern in bestimmten Konstellationen einklagbare Ansprüche auf Wärmeschutzmaßnahmen zu geben oder bei Nichterfüllung Entschädigungsansprüche zuzusprechen. Dabei wird allerdings übersehen, dass es hierfür innerhalb des komplexen Regelungsgefüges des Energieeinsparungsrechts nur wenige geeig-

nete Anknüpfungspunkte gibt (die, wo sie vorhanden sind, durchaus genutzt werden sollten, z.B. im Hinblick auf die Pflichten zum Heizungsaustausch oder zum Einbau modernerer Fenster).

Es gibt allerdings ein erheblich einfacher zu konstruierendes und vermutlich nicht weniger wirksames mietrechtliches Mittel, um die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Anforderungen im Wohnungsmietbestand sicherzustellen: das **Entfallen der mietrechtlichen Duldungspflicht** nach § 554 BGB (sowie ggf. auch der Mieterhöhungsmöglichkeit nach § 559 BGB), wenn bei den baulichen Änderungen am Gebäude nicht sichergestellt ist, dass die einschlägigen Mindestanforderungen aus der EnEV eingehalten werden (siehe dazu oben, Kap. 4.2.2.5 und 4.2.3.1). Hieran ließe sich dann im zweiten Schritt wiederum ein Entschädigungsanspruch für den Fall der Missachtung knüpfen.

Durch diese einfache Rechtsänderung könnte der Vollzug der EnEV im Bereich des Gebäudebestands einen erheblichen Schub erhalten. Das Mietrecht könnte in diesem Sinne als ein **indirektes Vollzugsinstrument** der EnEV mit einem außerordentlich geringen administrativen Aufwand eingesetzt werden. Da die Duldungspflicht nach § 554 Abs. 2 BGB stets mit einer Erklärungspflicht der Vermieter verbunden ist, könnte die Regelung ihre Wirkung entfalten, bevor vollendete Tatsachen geschaffen wurden.

Dieser Logik entsprechend ist auch für die hier vorgeschlagenen neuen wirtschaftlichen Anreizinstrumente im Mietrecht generell daran gedacht, dass ihre Inanspruchnahme nur in Betracht kommt, soweit bestimmte Mindestanforderungen aus dem Energieeinsparungsrecht erfüllt oder – als Variante – in näher zu bestimmendem Umfang übererfüllt werden. Ohne eine solche Verknüpfung könnte ein Fehlanreiz entstehen, sachlich unzureichende energetische Verbesserungsmaßnahmen durchzuführen und damit wirtschaftlich sinnvolle Ansatzpunkte für anspruchsvollere Maßnahmen zu verpassen.

Ergänzung: Mietanstiegsbegrenzung bei Nichterfüllung bestimmter Standards

Eine weitergehende Verschränkung zwischen dem gebäudebezogenen Ordnungsrecht und dem Mietrecht könnte *drittens* durch eine mietrechtliche Vorschrift erreicht werden, nach der eine Mieterhöhung nach § 558 BGB ab einem bestimmten Stichtag unzulässig

sein wird, wenn bis dahin nicht ein bestimmter energetischer Mindeststandard erreicht wird (siehe dazu oben, Kap. 4.3.2.6).

Von der Funktionsweise her ist grundsätzlich anzunehmen, dass ein solches Instrument **wirkungsvoll** sein kann. Dabei müsste der Zeitplan sehr weit in die Zukunft hinein reichen, denn den Gebäudeeigentümern müsste genügend Spielraum gelassen werden, um den konkreten Zeitpunkt zur Aufnahme der notwendigen energetischen Investitionen auf Grundlage betriebswirtschaftlicher Überlegungen möglichst günstig zu legen. Andernfalls würde sich das Instrument sehr ungünstig auf die Wirtschaftlichkeit der Maßnahmen auswirken.

Ein solches Instrument könnte die Pflichtregelungen des öffentlichen Rechts ebenso ergänzen und unterstützen wie die „positiven“ Anreizinstrumente des Mietrechts. Im Kern handelt es sich um eine Art Sanktionsinstrument mit Drohfunktion. Der wesentliche Nachteil des Modells dürfte seine dementsprechende „negative“ Ausstrahlung sein, die im politischen Raum möglicherweise zu einer Ablehnung führt, auch wenn das Instrument in der Sache sehr viel positive Wirkung zeigen könnte. Zu bedenken ist aber, dass das Instrument seiner Wirkungsweise nach die allgemeine Beachtlichkeit der EnEV-Anforderungen erheblich erhöhen würde, ohne dass hierfür eine öffentlich-rechtliche Kontrolle erforderlich wäre. Dem Instrument würde also in erster Linie eine den Vollzug verbessernde Funktion zukommen. Falls sich der Gesetz- und Ordnungsgeber dazu entschließen sollte, in einer Art Stufensystem festzulegen, dass Bestandsgebäude nach Ablauf bestimmter Fristen generell bestimmten energetischen Mindeststandards genügen müssen, wäre die Verknüpfung mit einer Mietanstiegsbegrenzung für Fälle der Nichteinhaltung eine durchaus interessante Ergänzung. Um den Gebäudeeigentümern genügend wirtschaftliche Spielräume zu belassen, müssten dabei Bezugszeiträume gewählt werden, die sich eher im Bereich von Jahrzehnten als von Jahren bewegen.

Inhaltliche Weichenstellung durch EnEG, EnEV und EEWärmeG

Im Übrigen ist zu betonen, dass die strategische Steuerung der energetischen Gebäudesanierung nach dem derzeitigen Gesetzgefüge in erster Linie dem öffentlichen Recht zufällt, in dessen Zentrum das EnEG und die auf diesem beruhende EnEV stehen. Das (e-

benfalls öffentlich-rechtliche) EEWärmeG ergänzt dieses Regularium bisher lediglich für den Neubaubereich, nicht für die Bestandsgebäude. Der weitere Weg der energetischen Gebäudesanierung wird also im Kern durch das in der EnEV auf Grundlage des EnEG aufgestellte Regularium bestimmt.

Die Regelungen der EnEV spiegeln – auch in der Neufassung 2009 – die Erfordernisse des Klimaschutzes noch nicht auf hinreichend stringente Weise wider. Auf der Agenda der Politik steht zwar, das Anforderungsniveau der EnEV schrittweise weiter anzuhoben. Das Gefüge des Energieeinsparungsrechts bedarf jedoch nicht nur im Hinblick auf das jeweilige Anforderungsniveau regelmäßiger Anpassungen. Im Rahmen der Ausarbeitung ist – auch wenn das hier nicht im Mittelpunkt stehen konnte – deutlich geworden, dass verschiedenartige weitergehende Verbesserungen von EnEV und EnEG geboten sind, wenn diese der ihnen zugeordneten Rolle des Motors der energetischen Gebäudesanierung auf befriedigende Weise gerecht werden können sollen (siehe dazu oben Kap. 4.3.1.3 und 4.3.2.1).

Dazu gehören insbesondere eine wesentliche Verbesserung des Vollzugskonzepts, eine Erweiterung der Auslösetatbestände und eine qualitative Verbesserung des Konzepts der Energieausweise. Sinnvoll erscheint es darüber hinaus, über langfristig angelegte Stufenkonzepte zur Steigerung der Mindestanforderungen im Gebäudebestand näher nachzudenken. Einer grundlegenden Überarbeitung bedarf schließlich das im EnEG aufgestellte, im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten ungewöhnlich enge Konzept des Wirtschaftlichkeitsmaßstabes, welches einer wirkungsvollen Strategie der energetischen Gebäudesanierung hinderlich und – das sei betont – verfassungsrechtlich *nicht* geboten ist (dazu eingehend Kap. 4.3.1.1).

4.3.3.7 Empfehlungen

In der Gesamtschau ergibt sich folgendes Empfehlungsgerüst:

1. Basis der wirtschaftlichen Anreizregelungen sollte die generelle Berücksichtigung energetischer Beschaffenheitsmerkmale im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete sein. Als Kurzbezeichnung bietet sich aus inhaltlichen und rechtli-

chen Erwägungen heraus eher der Titel „energetische Vergleichsmiete“ an als der einengende Terminus des „ökologischen Mietspiegels“.

2. Unterstützend und ergänzend sollte die Mietminderung aus Anlass von Baumaßnahmen zur energetischen Verbesserung unter bestimmten Voraussetzungen für einen begrenzten Zeitraum ausgeschlossen werden.
3. Als zusätzliches neues Anreizinstrument sollte die Möglichkeit geschaffen werden, einen an die Heizkostensparnis gekoppelten Pauschalzuschlag zur energetischen Verbesserung zu erheben (Arbeitstitel: „energetischer Pauschalzuschlag“). Die Möglichkeit der Erhebung einer Modernisierungsumlage nach § 559 BGB sollte für energetische Verbesserungsmaßnahmen entfallen.
4. Um die mietrechtlichen Instrumente handhabbar und wirksam zu machen, bedarf es einer Reihe von – fachlich im Einzelnen zu prüfenden – Anpassungen in der EnEV. Im Übrigen sollte das Energieeinsparungsrecht auch einige weitergehende konzeptionelle Verbesserungen erfahren (z.B. im Hinblick auf die Auslösetatbestände für Sanierungspflichten und den Energieausweis).

5 Kurzfassung – Zentrale Ergebnisse

5.1 Aufgabenstellung / Problemhintergrund

In dem vorliegenden Forschungsprojekt wurde untersucht,

1. ob und inwieweit sich aus den Bestimmungen des BGB zur Wohnungsmiete einerseits angemessene Anreize und andererseits rechtliche Hemmnisse für die energetische Gebäudesanierung ergeben,
2. auf welche Weise, d.h. mit Hilfe welcher Änderungen des geltenden Wohnungsmietrechts diese Hemmnisse behoben und stattdessen deutliche Impulse für die energetische Gebäudesanierung im Mietwohnungsbestand gesetzt werden können.

Die Betrachtung fokussierte dabei ausschließlich auf das **Wohnungsmietrecht des BGB**, befasste sich also nicht mit den benachbarten Rechtsbereichen des Gewerberaummietrechts, des öffentlich geförderten Wohnungsbaus und des Wohnungseigentumsrechts.

Die Untersuchung erfolgte vor dem Hintergrund der Erkenntnis, dass auf Grund der Erfordernisse des Klimaschutzes **weit größere Anstrengungen** zur energetischen Gebäudesanierung notwendig sind, als es bisher in der Öffentlichkeit wahrgenommen wird und in den Rechtsvorschriften angekommen ist. Praktisch muss das Durchschnittsniveau des fossil bereit gestellten Heizwärmebedarfs aller Wohngebäude in Deutschland innerhalb der nächsten rund 40 Jahre auf eine Größenordnung von deutlich unter 20 % des heutigen Durchschnittsbedarfs aller Gebäude gesenkt werden. Derartige Werte liegen unter dem *Neubaustandard* der EnEV 2009.

Die Aufgabenstellung des Projekts bezieht sich sowohl auf die Beseitigung bestehender **Hemmnisse** für energetische Verbesserungsmaßnahmen im Mietrecht als auch darauf, inwieweit sich im Mietrecht **wirtschaftliche Anreize** für die Vornahme energetischer Maßnahmen verankern lassen. Im Rahmen des Untersuchungsteils (in der Kurzfassung

Kap. 5.2) wurde aus darstellungstechnischen Gründen auf eine Trennung zwischen der Hemmnis- und der Anreizdimension verzichtet. Im anschließenden konzeptionellen Teil erscheint es aber sinnvoll, beide Dimensionen bzw. Funktionen des Mietrechts klar zu trennen. Deshalb werden nacheinander zuerst Vorschläge zum Abbau von bestehenden Hemmnissen und Problemen erörtert (in der Kurzfassung Kap. 5.3) bevor die konzeptionellen Ansätze zur Verbesserung der wirtschaftlichen Anreize vorgestellt und diskutiert werden (in der Kurzfassung Teil 5.4).

5.2 Analytischer Teil: Bestandsaufnahme der Hemmnisse und Anreizmängel

Im Rahmen der Problemanalyse konnten folgende rechtliche Hemmnisse als bedeutsam identifiziert werden:

- Die Bestimmungen zur Duldungspflicht (§ 554 BGB) und zur Modernisierungsmieterhöhung (§ 559 BGB) werfen bestimmte Auslegungsprobleme auf, die durch die Rechtsprechung überwiegend, aber nicht vollständig beseitigt wurden. Nicht befriedigend geklärt ist für die Duldungspflicht insbesondere der Umgang mit energetischen Verbesserungsmaßnahmen, für die verschiedene Realisierungsoptionen bestehen, des Weiteren generell die Einordnung von Maßnahmen, die auf einer rechtlichen Verpflichtung beruhen, außerdem die Anwendbarkeit bei einem Wechsel auf bestimmte andere Energieträger (von Öl auf Gas, allgemein auf Holz).
- Das Konzept der ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 ff. BGB) bietet grundsätzlich für viele (wenn auch nicht für alle) Praxisfälle potenzielle Spielräume dazu, energetische Verbesserungsmaßnahmen durchzuführen, die zu erheblichen Senkungen der Verbrauchskosten auf der Mieterseite führen können und zugleich eine auch für die Vermieter angemessene Refinanzierung der betreffenden Kosten möglich erscheinen lassen müssten. Diese Spielräume können aber weitenteils nicht erkannt oder wahrgenommen werden, weil die energetische Verbesserung keinen adäquaten Niederschlag in der ortsüblichen Vergleichsmiete findet.

- Für die sog. Modernisierungsumlage nach § 559 BGB ergeben sich ähnliche Auslegungsprobleme wie für § 554 BGB. Bedeutsamer ist jedoch, dass die Vorschrift der ihr an sich zugedachten Anreizfunktion nicht auf zufrieden stellende Weise gerecht wird. Die Umlagemöglichkeit bietet für die Vermieter zwar einen potenziell großen Anreiz zu energetischen Verbesserungen. Dieser lässt sich aber häufig nicht realisieren. Sofern die Miete bei dem jeweiligen Objekt bereits vor der Modernisierung am oberen Rand der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt und die ortsübliche Vergleichsmiete nicht stagniert, kommt es zu einem Aufzehrungseffekt, weil die Umlage auf Dauer nicht zusätzlich zur ortsüblichen Vergleichsmiete erhoben werden darf. Andererseits kommt es für die Mieter anfänglich zu einem erheblichen Mietsprung, ohne dass dabei transparent ist, ob dem eine vergleichbare Senkung der Verbrauchskosten gegenübersteht. Ob und in welchem Umfang es zu einer Verbrauchskosten-senkung kommt, hängt wesentlich von der Auswahl und der Qualität der Verbesserungsmaßnahmen ab – die in der Praxis oft unzureichend sind und auf die § 559 BGB keine Rücksicht nimmt. Negativ kann die Bilanz für die Mieterseite insbesondere ausfallen, wenn energetische Verbesserungen mit konventionellen Modernisierungsmaßnahmen verbunden werden.
- In Anbetracht der festzustellenden Unzulänglichkeiten beider Mieterhöhungsinstrumente ist zu konstatieren, dass das BGB-Mietrecht insgesamt kein passendes wirtschaftliches Anreizgerüst für die Vornahme energetischer Verbesserungsmaßnahmen bereithält. Das Schlagwort vom „Investor-Nutzer-Dilemma“ charakterisiert die Situation aber zu undifferenziert. Richtig ist, dass die Vermieter auf Grundlage des geltenden Rechts oftmals einen eigenen wirtschaftlichen Nutzen nicht klar erkennen und in vielen Situationen (abhängig von den Marktverhältnissen) auch nicht erlangen können, weil sie ihre Kostenbelastungen nicht vollständig an die Mieter durchreichen können. Es gibt aber nicht selten auch Fallkonstellationen, in denen die Mieter „draufzahlen“, weil unzulängliche Maßnahmen durchgeführt werden, die dennoch auf die Miete umgelegt werden. Und es gibt sog. Win-Win-Situationen, in denen beiden ein finanzieller Nutzen verbleibt.

- Aus §§ 554 und 559 BGB ergeben sich relativ hohe verfahrensbezogene Anforderungen (im Hinblick auf differenzierte Berechnungen und Erläuterungen). Diese rechtfertigen sich aber andererseits grundsätzlich aus der Funktion, die Mieter vor unberechtigten Mieterhöhungen zu bewahren
- Problematisch ist für die Anwendungsfelder von §§ 554 und 559 BGB des Weiteren, dass die Mieter Änderungen an den Gebäuden und ihren Wohnungen selbst dann hinnehmen müssen, wenn mit diesen Änderungen gegen die Vorgaben der Energieeinsparverordnung verstoßen wird (z.B. durch Unterlassen vorgeschriebener Wärmedämmung) oder sonstige Modernisierungsmaßnahmen ergriffen werden, die den Klimaschutzziele entgegen laufen (z.B. nachträglicher Einbau von Klimaanlage)
- Die wirtschaftliche Kalkulation der Vermieterseite kann in Einzelfällen negativ durch Mietminderungen nach § 536 BGB beeinflusst werden, die im Zuge von Baumaßnahmen entstehen können. Aus dem öffentlichen Interesse am Klimaschutz heraus ließe es sich rechtfertigen, den Mietern für den Sonderfall der energetischen Verbesserungsmaßnahmen insofern gewisse weitergehende Einschränkungen zuzumuten.
- Nach dem Konzept der Energieeinsparverordnung und dem traditionellen Verständnis des BGB können die Mieter von den Vermietern grundsätzlich keine Maßnahmen zur Energieeinsparung verlangen. Die Regularien des Energieeinsparungsrechts und des Mietrechts stehen auch sonst bislang weitgehend unverknüpft nebeneinander. Sie hemmen sich mehr gegenseitig, als dass sie einander ergänzen oder stützen würden.
- Ein bedeutendes Hemmnis kann sich in Einzelfällen ferner aus den nachbarrechtlichen Bestimmungen zur Überbauung von Grundstücksgrenzen (§ 912 BGB) ergeben.

5.3 Lösungsvorschläge zur Hemmnisbeseitigung

Die wichtigsten Ergebnisse der Betrachtungen zu den verschiedenen Ansatzpunkten und Vorschlägen für die Beseitigung bestehender mietrechtlicher Hemmnisse lassen sich in folgenden Erkenntnissen und Empfehlungen zusammenfassen:

- Der in §§ 554 und 559 BGB verwandte Begriff der „Einsparung von Energie“ sollte durch eine einheitliche Begriffsformel ersetzt werden, mit der alle aus der Sicht der Studie – d.h. aus Klimaschutzsicht – bestehenden Auslegungsprobleme beseitigt werden. Konkret wird vorgeschlagen, generell von Maßnahmen zur „Verminderung der veranlassten Treibhausgasemissionen“ zu sprechen. Dazu sind weitere passable Alternativen vorstellbar. Aus der Sicht des Verfassers spricht Überwiegendes für die hier bezeichnete Formel.
- Im Hinblick auf die relative Duldungspflicht aus § 554 Abs. 2 BGB sollten Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung (einschließlich solcher, die über gesetzliche Verpflichtungen hinausgehen) privilegiert werden, indem vorgesehen wird, dass die Härteprüfung in finanzieller Hinsicht entfällt, wenn verbindlich sichergestellt ist, dass die Mieterhöhung nach Ablauf eines bestimmten (überschaubaren) Zeitraums nicht höher liegt als die mieterseitige Verbrauchskosteneinsparung.
- Eine sinnvolle Ergänzung bildet der Vorschlag, Gemeinwohlerwägungen des Klimaschutzes in die Abwägung nach § 554 Abs. 2 BGB einzubeziehen und für das Vorbringen von Härtegründen seitens der Mieter gemäß § 554 Abs. 3 BGB eine Art Einwendungsfrist für die Mieter einzuführen (die nur greifen sollte, sofern der Vermieter seinen Informationspflichten nachgekommen ist).
- Einer zusätzlichen Änderung des § 554 Abs. 1 BGB bedarf es bei Realisierung der soeben genannten Vorschläge nicht.
- Eine besonders große Bedeutung kommt dem weiteren Vorschlag zu, die mieterseitige Duldungspflicht für Maßnahmen entfallen zu lassen, mit denen gegen bestimmte Vorgaben aus der EnEV verstoßen würde oder die sonst erheblich zur Erhöhung der Treibhausgasemissionen beitragen. Durch eine solche Regelung ließe sich der Vollzug der EnEV erheblich verbessern.

- Die Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB lässt sich für die Strategie der energetischen Gebäudesanierung nicht als tragende Komponente qualifizieren. Deshalb relativieren sich die in den interessierten Kreisen angesprochenen Vorschläge zur Vereinfachung der Verfahrensvorgaben. Diese stehen im Übrigen auch in einem schwierigen Spannungsverhältnis zum Schutzzweck der Regelungen.
- Wichtig ist, auch für den Tatbestand der Modernisierungsmieterhöhung sicherzustellen, dass gegen gesetzliche Vorschriften stehende oder erheblich dem Klimaschutz abträgliche bauliche Änderungen nicht Gegenstand von Modernisierungsmieterhöhungen nach § 559 BGB sein dürfen.
- In Bezug auf mögliche Mietminderungen auf Grund von § 536 BGB wird die Einführung einer Ausnahmebestimmung empfohlen, nach der für einen begrenzten Zeitraum (Vorschlag: höchstens drei Monate, nur außerhalb der Heizperiode) eine Mietminderung entfällt, soweit die Beeinträchtigung der Wohnqualität aus Baumaßnahmen zur energetischen Verbesserung resultiert.
- Die Erörterung der verschiedenen Möglichkeiten zur Verknüpfung von Vorgaben aus der Energieeinsparverordnung mit den mietrechtlichen Bestimmungen zeigt auf, dass sich sinnvolle direkte Ansprüche auf Vornahme bestimmter Maßnahmen oder auf nachträgliche Ersatzansprüche (wie z.B. auf Heizkostenkürzung) bei Missachtung öffentlich-rechtlicher Pflichten nur konstruieren lassen, sofern das öffentliche Recht zur Anknüpfung geeignete Tatbestände bietet. Das ist gegenwärtig nur bei wenigen Sachverhaltskonstellationen der Fall (Heizungsaustausch, Fenstererneuerung). Wo eine solche Anknüpfung möglich ist, sollte sie jedoch auch genutzt werden.
- Sinnvoll und wichtig sind erhebliche Nachbesserungen an den Bestimmungen zu den Energieausweisen. Diese sollten uneingeschränkt allen Mietern zugänglich gemacht werden. Außerdem sollte grundsätzlich auch für größere Gebäude auf einen (in sich veränderten) bedarfsbezogenen Energieausweis gewechselt werden. Dieser sollte um aussagekräftigere Angaben zur energetischen Qualität der relevanten Teile der Gebäudehülle erweitert werden.

- Hinsichtlich des Verbrauchskostenrechts ergibt sich nur ein vergleichsweise geringer Änderungsbedarf. Einer ausdrücklichen gesetzestechnischen Lösung sollte in jedem Falle der Übergang zum Wärmecontracting zugeführt werden. Die Umstellung kann unter bestimmten Voraussetzungen in die Duldungspflichten integriert werden. Sicherzustellen wäre, dass es nicht zu einer effektiven Mehrbelastung der Mieter kommt.
- Das BGB-Nachbarrecht sollte schließlich nach dem Vorbild bauordnungsrechtlicher Bestimmungen so geändert werden, dass durch Wärmedämmungsmaßnahmen bedingte Überschreitungen von Grundstücksgrenzen und Abstandflächen grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen sind.

5.4 Lösungsvorschläge zur Anreizverbesserung

Die Einzelbetrachtungen zu den verschiedenen instrumentellen Optionen für gezielte Anreiz- und Steuerungsinstrumente ergeben, dass eine ganze Reihe von Instrumenten für eine Gesamtstrategie zur energetischen Gebäudesanierung im Mietwohnbereich interessant sein kann.

Überblick

Vom Ansatz her positiv werden folgende Regelungsoptionen eingestuft:

1. die Effektuierung des ordnungsrechtlichen Pflichtengerüsts der Energieeinsparverordnung (mit verschiedenen Einzelementen, siehe Kap. 4.3.2.1),
2. die Schaffung der Rechtsgrundlagen für eine generelle Berücksichtigung der energetischen Gebäudequalität im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete (siehe Kap. 4.3.2.2) – für dieses Konzept sollte im rechtlichen Raum an Stelle des bekannten, eher plakativen Schlagworts vom „ökologischen Mietspiegel“ der sachlich treffendere Kurztitel der „energetischen Vergleichsmiete“ verwandt werden –,

3. die Einführung einer Möglichkeit zur Erhebung einer zeitlich begrenzten, von der ortsüblichen Vergleichsmiete unabhängigen „energetischer Modernisierungsumlage“ an Stelle von § 559 BGB (siehe Kap. 4.3.2.5),
4. alternativ dazu: die Einführung einer (ebenfalls zeitlich begrenzten) Option zur „Abschreibung“ von energetischen Modernisierungskosten über die Heizkostenumlage (siehe Kap. 4.3.2.9),
5. wiederum alternativ dazu: die Schaffung der Möglichkeit zur Erhebung eines „Pauschalzuschlags zur energetischen Verbesserung“ unter der Voraussetzung, dass nach einer bestimmten Anzahl von Jahren sichergestellt ist, dass der Zuschlag die Heizkostensparnis nicht übersteigt (siehe Kap. 4.3.2.8)
6. und schließlich die Abrundung des Instrumentariums durch eine für einen bestimmten Zeitpunkt festzulegende Mietanstiegsbegrenzung für den Fall, dass ein bestimmter energetischer Mindeststandard nicht erfüllt wird (siehe Kap. 4.3.2.6).

Zu ergänzen ist, dass erhebliche positive Wirkungen auf die Bereitschaft der Vermieter zur Vornahme energetischer Verbesserungen auch von den verschiedenen in Kap. 4.2 erörterten Möglichkeiten zum Abbau mietrechtlicher Hemmnisse zu erwarten sind. Das gilt insbesondere für das Entfallen der Duldungspflicht bei Änderungen am Gebäude, die mit den Pflichten aus der Energieeinsparverordnung kollidieren (siehe Kap. 4.2.2.5) sowie für das zeitlich begrenzte Entfallen der Mietminderung bei energetischen Verbesserungsmaßnahmen (siehe Kap. 4.2.4.1).

Basisinstrument: Berücksichtigung energetischer Kriterien bei der ortsüblichen Vergleichsmiete / energetische Vergleichsmiete

In den Vorüberlegungen zur Funktion der Anreizinstrumente (Kap. 4.3.1.3) ist auf Grundlage der eingehenden Erörterungen zum sog. Investor-Nutzer-Dilemma (Kap. 3.3.3) herausgestellt worden, dass sich das wirtschaftliche Problem der Vermieterseite bereits wesentlich entschärfen ließe, wenn flächendeckend sichergestellt wäre, dass die energetische Beschaffenheit des Wohnraums zu den maßgebenden Kriterien für die ortsübliche Vergleichsmiete gehört („**energetische Vergleichsmiete**“ – diskutiert oft unter dem Schlagwort des „ökologischen Mietspiegels“).

Bei gut durchdachten und qualitativ einwandfrei ausgeführten energetischen Verbesserungsmaßnahmen lassen sich häufig so hohe Verbrauchskosteneinsparungen erwarten, dass ausreichend große Spielräume für Mieterhöhungen entstehen, mit denen sich die Investitionen (ggf. gewinnbringend) refinanzieren lassen, ohne das Volumen der Verbrauchskosteneinsparungen ausschöpfen oder wesentlich überschreiten zu müssen. Möglich ist eine solche Mieterhöhung aber oft nur, wenn die Verbesserung der energetischen Qualität in der ortsüblichen Vergleichsmiete zu einer Höherstufung führt. Soweit das jedoch nicht der Fall ist, weil die ortsübliche Vergleichsmiete auf die energetische Qualität keine Rücksicht nimmt, entfällt diese Möglichkeit.

Vor diesem Hintergrund kann eine **uneingeschränkte Empfehlung** dahin ausgesprochen werden, die rechtlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass energetische Beschaffenheitsmerkmale flächendeckend im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete berücksichtigt werden.

Für Kommunen, in denen ein Mietspiegelsystem existiert, kann (und sollte) dies im Mietspiegel sichergestellt werden. Außerhalb der Mietspiegel-Kommunen ist das Instrument aber nicht weniger bedeutsam. Schon aus diesem Grund bietet sich an, es nicht nur auf das Anwendungsfeld der Mietspiegel zu beschränken. Durch eine (an sich mögliche) Rechtsverordnung nach § 558c Abs. 5 BGB könnten aber nur die Städte und Gemeinden mit einem Mietspiegel erfasst werden. Deshalb liegt es nahe, im Rahmen einer größer angelegten energetischen Reform des Mietrechts eine **gesetzliche Lösung** zu verfolgen. Regelbar wäre das beispielsweise in einem neu eingefügten § 558 Abs. 2a BGB. Für eine solche, generell auf die ortsübliche Vergleichsmiete und nicht nur auf die Mietspiegel beschränkte Regelung sprechen neben den systematischen auch bestimmte verfassungsrechtliche Erwägungen.

Wichtig ist es, für die energetischen Ausweisungen im Mietspiegel geeignete bewertungstechnische **Kenngößen** bzw. **Klassifizierungen** zu schaffen. Unter pragmatischen Gesichtspunkten bietet sich an, hierbei (trotz gewisser Schwächen) den im Energiebedarfsausweis angegebenen Primärenergiekennwert zugrunde zu legen (es sei denn, es kommt zu einer umfassenden Überarbeitung der Bemessungsmaßstäbe in der EnEV). Soweit die Erstellung von bedarfsbezogenen Energieausweisen nicht generell vorge-

geschrieben wird (was zu wünschen wäre), kann vorgesehen werden, dass Gebäude, für die ein solcher Ausweis nicht vorliegt, der jeweils schlechtesten Bewertungskategorie zuzuordnen sind.

Ein Wirkungsnachteil dieses Konzepts liegt allerdings in der notwendigerweise engen **Wechselbeziehung zur Nachfrage** am Wohnungsmarkt. Solange energetische Kriterien für die Nachfrage eine geringe Rolle spielen, wird auch ein energetischer Mietspiegel nur einen relativ geringeren energetischen Zuschlagswert ausweisen können. Aber: Die ausdrückliche Vorgabe eines Klassifizierungssystems für energetische Kriterien in der ortsüblichen Vergleichsmiete kann – insbesondere im Zusammenspiel mit dem Energieausweis – das Bewusstsein der Marktbeteiligten für die Bedeutung von energetischen Beschaffenheitsmerkmalen auf dem Wohnungsmarkt schärfen. Allmählich kann so mit einer immer stärkeren „energetischen Durchdringung“ des Wohnungsmarktes gerechnet werden.

Ergänzendes Instrument: Entfallen der Mietminderung bei energetischen Verbesserungen

Ein gewisser zusätzlicher Anreizimpuls kann von der im Hemmniskapitel (siehe Kap. 4.2.4.1) vorgeschlagenen Bestimmung zum partiellen Wegfall der Mietminderung bei Baumaßnahmen zur energetischen Verbesserung erwartet werden. Hierdurch verbessert sich die wirtschaftliche Bilanz der energetischen Verbesserung für die Investoren je nach Fallsituation unter Umständen in beträchtlichem Umfang, ohne dass dies finanziell zu Lasten der Mieter gehen würde. Besonders zu Gute kommen würde das der fassadenseitigen Wärmedämmung, die meist die effektivste Maßnahme der energetischen Verbesserung darstellt.

Für die Mieter wäre eine solche Rechtsänderung zumutbar. Zwar hätten sie ungeachtet der finanziellen Aspekte tatsächliche Unannehmlichkeiten hinzunehmen, weil sich die Wohnqualität während der laufenden Baumaßnahmen verschlechtern würde. In Anbetracht der mit der energetischen Gebäudesanierung verbundenen überragenden Ziele des Gemeinwohls lässt sich dieser Nachteil aber ausreichend legitimieren. Insoweit ist außerdem zu berücksichtigen, dass die Wahrnehmung generell auf das erforderliche Maß

sowie zeitlich auf eine bestimmte Höchstdauer (Vorschlag: drei Monate) begrenzt und in Bezug auf eine verminderte Beheizbarkeit auf die Monate außerhalb der Heizperiode beschränkt werden soll.

Auch der Umstand, dass das Entfallen der Mietminderung einen Systembruch im bisherigen Mietminderungsrecht darstellt, führt nicht zu einer anderen Bewertung. Es handelt sich um eine durch besondere Gemeinwohlgründe motivierte Ausnahme, die sich nicht zur Nachahmung bei anderen Arten von Beeinträchtigung der Wohnqualität eignet.

Zusätzliche Anreizinstrumente - Vergleichsbetrachtung

Aus den Erkenntnissen der Problemanalyse (siehe insb. Kap. 3.3.2 und 3.3.3) kann geschlossen werden, dass die sog. Modernisierungumlage nach § 559 BGB kein funktionsgerecht brauchbares Anreizinstrument für die energetische Gebäudesanierung ist. Diese Möglichkeit sollte für energetische Verbesserungsmaßnahmen deshalb entfallen (siehe Kap. 4.3.2.3).

Als zusätzliche Anreizinstrumente kommen stattdessen nach der Überblicksuntersuchung in Kapitel 4.3.2 drei Optionen in die engere Wahl:

1. die zeitlich begrenzte „energetische Modernisierungumlage“ (siehe Kap. 4.3.2.5),
2. die ebenfalls zeitlich begrenzte Option zur „Abschreibung“ von energetischen Modernisierungskosten über die Heizkostenumlage (siehe Kap. 4.3.2.9),
3. die der Höhe nach begrenzte Erhebung eines „Pauschalzuschlags zur energetischen Verbesserung“, dessen Kernvoraussetzung ist, dass der Pauschalzuschlag für einen bestimmten Zeitraum / ab einem bestimmten Zeitpunkt die Heizkostenersparnis nicht übersteigt (siehe Kap. 4.3.2.8)

Um die finanziellen Aufwendungen auf der Mieterseite nicht ausufern zu lassen, enthalten die drei Modellansätze bestimmte begrenzende Elemente. Die beiden ersten Modelle sehen ein **zeitliches Limit** vor. Der Erhöhungsbetrag darf jeweils nur für eine bestimmte Anzahl von Jahren verlangt werden, so dass es danach zu einem Abfallen der Gesamtmiete kommen würde. Die beiden Optionen ähneln sich daher von ihrer Funkti-

onsweise. Ihr Wesensunterschied liegt im Verrechnungsmodus (entweder als Zuschlag zur Grundmiete oder als Zusatzbetrag in der Heizkostenumlage). Demgegenüber kommt bei dem dritten Konzeptansatz eine **Höhenbegrenzung** zum Tragen, die sich am Verhältnis zur Verbrauchskostenminderung bei den Mietern richtet.

Die **gemeinsamen Vorzüge** dieser drei Varianten für zusätzliche Anreizinstrumente lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Bezogen auf die umweltpolitische Aufgabe, der Vermieterschaft wirtschaftliche Anreize für besonders weitreichende energetische Verbesserungen zu offerieren, die über das „normale“ soziale Mietrecht nicht erreicht werden können, weisen die drei Optionen sämtlich ein Leistungspotenzial auf, welches über dasjenige des § 559 BGB hinausgeht.
- Sie bieten zugleich die Möglichkeit, den Vermietern eine gewinnbringende Refinanzierung der Maßnahmen in Aussicht zu stellen (was wiederum durch § 559 BGB nicht uneingeschränkt gewährleistet ist), ohne hierbei jedoch auf besonders hohe Gewinnmargen zu orientieren.
- Im Gegensatz zu § 559 BGB haben sie dabei den weiteren Vorteil, dass sich auf ihrer Grundlage die realen finanziellen Auswirkungen sowohl für die Vermieter- als auch für die Mieterseite klar (und planbar) abschätzen lassen.

Im Hinblick auf diese Aspekte lassen sich die drei Alternativen technisch grundsätzlich auf die jeweils gewünschten Wirkungen und Konsequenzen hin **modulieren**. Sie enthalten jeweils mehrere quantitativ ansetzende Stellschrauben, durch die das Maß des Anreizes für die Vermieter und der Umfang der Auswirkungen für die Mieter variiert werden können.

Bei alledem können die drei Optionen aber das **soziale Spannungsfeld**, indem sie sich befinden, nicht auflösen. Damit ist gemeint: Je mehr Anreizwirkung von dem Instrument ausgehen soll, desto höher müssen die den Vermietern in Aussicht gestellten wirtschaftlichen Vorteile sein und desto größer sind in der Folge die eintretenden relativen Mehrbelastungen für die Mieter. Dabei ist allerdings zu betonen, dass durchaus nicht zwingend absolute Mehrbelastungen auf der Mieterseite auftreten müssen, da es auch

bei den als zusätzliche Instrumente betrachteten Optionen grundsätzlich möglich ist, dass die jeweils spezifischen Mehrkosten durch die eintretenden Verbrauchskostenminderungen aufgewogen oder sogar überkompensiert werden, so dass es zu Netto-Vorteilen kommt. Speziell im Modell des der Höhe nach begrenzten energetischen Mietzuschlages ist dieses Ziel sogar „eingebaut“.

Ergebnisse der Vergleichsbetrachtung

In der Gesamtbewertung zeigen sich überwiegende Vorteile für den an die **Heizkostenersparnis gekoppelten energetischen Pauschalzuschlag** zur Miete. Er lässt sich auf praktikable Weise ausgestalten, ist umweltökonomisch in hohem Maße effizient und belastet die soziale Balance zwischen Mieter- und Vermieterinteressen allenfalls geringfügig. Die ökologische Leistungsfähigkeit ist ebenfalls hoch, dies aber nur innerhalb des Rahmens solcher energetischer Verbesserungsmaßnahmen, bei denen sich ein günstiges Verhältnis zwischen den erreichbaren mieterseitigen Verbrauchskosteneinsparungen und den finanziellen Aufwendungen (einschließlich anteiligem Gewinn) seitens des Vermieters ergeben. Einen darüber hinausgehenden Anreiz für besonders anspruchsvolle energetische Verbesserungsmaßnahmen setzt das Instrument nicht.

Besonders zu betonen sind **die umweltökonomische Effizienz** und die **soziale Ausgewogenheit** dieser Modellkonstruktion: Der Vermieter wird angeregt, diejenigen Maßnahmen auszuwählen und umzusetzen, bei denen es zu einem möglichst günstigen Verhältnis zwischen den energetischen Einsparungswirkungen der Mieter (und damit der energetischen Qualität der Verbesserungsmaßnahmen) einerseits und seinen eigenen finanziellen Aufwendungen zuzüglich Gewinn andererseits kommt. Durch die Koppelung an die mieterseitige Heizkostenersparnis bewegt sich das Instrument auf einer stabilen sozialpolitischen Basis.

Für die beiden **anderen** näher betrachteten **Optionen** ergeben sich weniger günstige Bewertungen in Bezug auf die umweltökonomische Effizienz und die soziale Ausgewogenheit. Sie tragen in sich keinen Anreiz zur Wahl besonders wirkungsvoller und zugleich kostengünstiger Verbesserungsmaßnahmen, und sie belasten wegen der fehlenden Höhenbegrenzung die soziale Balance zwischen Vermietern und Mietern stärker.

Hinsichtlich der ökologischen Leistungsfähigkeit reichen sie zwar modelltheoretisch weiter, weil der den Mietern abverlangte Mehrbetrag der Höhe nach nicht begrenzt ist. Dadurch ergibt sich eine spezifische Anreizwirkung zugunsten besonders anspruchsvoller Verbesserungsmaßnahmen. Es ist jedoch zumindest unsicher, ob dieses Potenzial in breitem Umfang ausgeschöpft würde, weil dafür der Gewinnanreiz relativ hoch angesetzt werden müsste und in der Folge das soziale Konfliktpotenzial zunehmen würde.

In der Konsequenz ist weitergehend zu schließen, dass sich innerhalb des Mietrechts **kein** adäquates Instrument erkennen lässt, mit dem der Herausforderung begegnet werden könnte, einen spezifischen Anreiz für **besonders anspruchsvolle** energetische Verbesserungsmaßnahmen zu setzen. Ein solches Instrument würde das Gleichgewicht zwischen Vermieter- und Mieterinteressen notwendigerweise (zumindest in einem gewissen Umfang) zu Lasten der Mieter verschieben. Folglich lässt sich diese Aufgabe im Spannungsfeld von Mieter- und Vermieterinteressen – und damit im Mietrecht – nicht befriedigend lösen. Sie muss deshalb primär durch anderweitige Mittel – sei es durch ergänzende öffentliche Förderung oder durch andere rechtliche Instrumente – in den Blick genommen werden und bewältigt werden.

Leistbar ist es jedoch, das System der energetisch geschärften ortsüblichen Vergleichsmiete zu ergänzen um eine Variante des wirtschaftlichen Anreizinstruments, die für die Vermieterseite darauf zielt, die wirtschaftliche Planbarkeit der energetischen Sanierungsmaßnahmen zu verbessern, um das Problem der „gefühlten wirtschaftlichen Unsicherheit“ in den Griff zu bekommen. Diese Aufgabe kann – auf sozial ausgewogene Weise – dem Konzept des an die Heizkosteneinsparung gekoppelten Mietzuschlags zufallen.

Das Zusammenspiel mit dem Energieeinsparungsrecht

Die strategische Steuerung der energetischen Gebäudesanierung fällt nach dem derzeitigen Gesetzesgefüge primär dem öffentlichen Recht zu, in dessen Zentrum die EnEV steht. Die sich daraus ergebende Rollenteilung zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht (Mietrecht) wird grundsätzlich als sachgerecht erachtet. Dem Mietrecht können nur **stützende und ergänzende Funktionen** zukommen.

Es wäre umweltökonomisch verfehlt, innerhalb der instrumentellen Strategie zur energetischen Gebäudesanierung primär auf wirtschaftliche Anreize für die Vermieter zu setzen. Dies würde die **Gesamtkosten** der Maßnahmen enorm in die Höhe treiben, weil der ökonomische Anreiz so attraktiv ausgestaltet werden müsste, dass sich durch ihn auch solche Vermieter der energetischen Gebäudesanierung zuwenden, die hierfür keine positive Grundmotivation mitbringen, Bedenken im Hinblick auf baulich-technische Aspekte haben oder das wirtschaftliche Risiko scheuen. Dadurch würde wiederum die soziale Balance des Mietrechts überfordert.

Die Regelungen der EnEV spiegeln ihrerseits jedoch – auch in der Neufassung 2009 – die Erfordernisse des Klimaschutzes noch nicht auf hinreichend stringente Weise wider. Auf der Agenda der Politik steht zwar, das Anforderungsniveau der EnEV schrittweise weiter anzuheben. Das Gefüge des Energieeinsparungsrechts bedarf jedoch nicht nur im Hinblick auf das Anforderungsniveau regelmäßiger Anpassungen. Erforderlich sind auch eine wesentliche Verbesserung des Vollzugs, eine Erweiterung der Auslösetatbestände für energetische Sanierungspflichten und eine qualitative Verbesserung des Konzepts der Energieausweise (siehe zum Ganzen Kap. 4.3.1.3 und 4.3.2.1).

Erwägenswert ist in diesem Zusammenhang auch eine Ergänzung der Auslösetatbestände für energetische Sanierungsmaßnahmen durch ein langfristig angelegtes **Stufenprogramm von Zielstandards**, nach dem bestimmte Bestandsgebäude innerhalb bestimmter Fristen auf ein bestimmtes Wärmeschutzniveau gebracht werden müssen. Um den Gebäudeeigentümern genügend wirtschaftliche Spielräume zu belassen, müssten dabei Bezugszeiträume gewählt werden, die sich eher im Bereich von Jahrzehnten als von Jahren bewegen. Für ein solches Pflichtensystem böte es sich an, die Einführung von Mietanstiegsbegrenzungen (oder auch Entschädigungsansprüchen) bei Nichteinhaltung in Betracht zu ziehen.

Einer grundlegenden Überarbeitung bedarf auch das im EnEG aufgestellte, im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten des Umweltrechts (aber auch im Kontrast zum sozialen Mietrecht des BGB) ungewöhnlich enge Konzept des Wirtschaftlichkeitsmaßstabes, welches einer wirkungsvollen Strategie der energetischen Gebäudesanierung hinderlich

und – das sei betont – verfassungsrechtlich *nicht* geboten ist (dazu eingehend Kap. 4.3.1.1).

Ein besonderes Augenmerk sollte bei künftigen weiteren Novellen des Energieeinsparungsrechts stets darauf gelegt werden, das Wechselverhältnis zwischen dem öffentlichen Recht und dem Mietrecht gezielt positiv nutzbar zu machen. Das Mietrecht kann nämlich genau dort sinnvolle Beiträge leisten, wo die Schwächen des Ordnungsrechts liegen: Es kann den **Vollzug verbessern** helfen, indem es hilfreichen Druck aufbaut, damit öffentlich-rechtliche Verpflichtungen in der Praxis hinreichend ernst genommen werden – ohne dass es dafür einer kosten- und personalintensiven behördlichen Überwachung bedürfte. Beispielhaft dafür steht der im Rahmen der Studie entwickelte Vorschlag, die mietrechtliche Duldungspflicht entfallen zu lassen, wenn bauliche Maßnahmen durchgeführt werden, bei denen die in der EnEV geforderten Wärmeschutzstandards nicht eingehalten werden.

Empfehlungen zum Regelungsgerüst der wirtschaftlichen Anreize

Im Ergebnis lassen sich für die wirtschaftlichen Anreizregelungen des Mietrechts folgende Empfehlungen formulieren:

1. Basis der wirtschaftlichen Anreizregelungen sollte die generelle Berücksichtigung energetischer Beschaffenheitsmerkmale im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete sein. Als Kurzbezeichnung bietet sich aus rechtlicher Sicht eher die Bezeichnung „energetische Vergleichsmiete“ an als der plakative Terminus des „ökologischen Mietspiegels“.
2. Unterstützend und ergänzend sollte die Mietminderung aus Anlass von Baumaßnahmen zur energetischen Verbesserung unter bestimmten Voraussetzungen für einen begrenzten Zeitraum ausgeschlossen werden.
3. Als zusätzliches neues Anreizinstrument sollte die Möglichkeit geschaffen werden, einen an die Heizkostensparnis gekoppelten Pauschalzuschlag zur energetischen Verbesserung zu erheben (Arbeitstitel: „energetischer Pauschalzuschlag“). Die Möglichkeit der Erhebung einer Modernisierungumlage nach § 559 BGB sollte für energetische Verbesserungsmaßnahmen entfallen.

4. Um die mietrechtlichen Vorschläge handhabbar und wirksam zu machen, bedarf es einiger spezifischer Anpassungen in der EnEV. Im Übrigen sollte für das Energieeinsparungsrecht neben Einzelverbesserungen erwogen werden, langfristig ausgerichtete Zielstandards festzulegen, bei deren Nichteinhaltung mietrechtliche Sanktionen drohen (z.B. eine Mietanstiegsbegrenzung).

6 Summary: Legal concepts to eliminate the bottleneck in energy-saving modernisations for existing buildings

6.1 Project definition / problem background

This research project looked at the following:

Whether and to what extent the German tenancy law creates, on the one hand, adequate incentives for energy-saving modernisations of existing buildings, on the one hand, and, on the other, whether it creates legal obstacles.

How these obstacles could be eliminated i.e. by changing existing tenancy law and instead creating stimuli for energy-saving modernisation of existing rental buildings.

The analysis focuses solely on the **tenancy law** laid down in the German **BGB** (“Bürgerliches Gesetzbuch”, the **general German Civil Code**), i.e. it does not address the related legal areas of commercial rental law, publicly subsidised housing construction and home ownership law.

The study was out carried with the knowledge **much more needs to be done** in area of energy-saving building modernisation than has previously been thought by the general public and that has been incorporated into law if we are to meet climate protection requirements. In concrete terms, the average level of heating requirements satisfied by fossil fuels for all residences in Germany has to be reduced to considerably below 20% of current levels within the next roughly 40 years. These kinds of target values are strongly below the Standards for New Building Construction of the 2009 Energy Savings Ordinance (EnEV).

This project addresses both how to eliminate existing **obstacles** for energy-saving improvements in tenancy law and to what extent **economic incentives** to encourage energy-savings improvements can be established in tenancy law. For illustration purposes,

the obstacle and incentive aspects have not been addressed separately in the analytical part (see section 6.2). In the conceptual part that follows, it appears useful, however, to clearly separate the two aspects and functions of tenancy law. Consequently, proposals are first made for how to eliminate existing obstacles and problems (see section 6.3) before the conceptual methods for improving the economic incentives are introduced and discussed (see section 6.4).

6.2 Analytical section: Survey of obstacles and inadequate incentives

The following legal obstacles were identified as significant in the problem analysis:

The provisions for the **toleration of conservation and modernisation measures** (“Duldungspflicht”, Article 554 of the BGB) and for **rent increase in case of modernisation** (“Modernisierungsumlage”, Article 559 of the BGB) give rise to certain interpretation problems that are largely, but not completely, resolved by legislation. The toleration duty is not satisfactorily clarified, in particular, when it comes to how to deal with energy-saving improvements that can be achieved in different ways, also generally classifying measures based on a legal obligation and applicability when a switch is made to a different energy source (from oil to gas, generally to wood).

The concept of the reference rent customary in the locality (“ortsübliche Vergleichsmiete”, Article 558 ff. of the BGB) generally offers for many (but not all) practical cases the potential freedom to carry out energy-saving improvements that could bring about considerable reductions in consumption costs for the tenant and, at the same time, hold the promise of adequate refinancing for the relevant costs for the landlord. This freedom to manoeuvre, however, cannot usually be identified or taken advantage of because the energy-saving improvements are not adequately reflected in the reference rents customary in the locality.

The problems of interpretation that exist for the modernisation surcharge set forth in Article 559 of the BGB are similar to those for Article 554 of the BGB. It is more signifi-

cant, however, that the provision does not satisfactorily fulfil its intended incentive function. Even though the possibility of passing on the costs of modernisation to the tenants offers a potentially large incentive for the landlord to undertake energy-saving improvements, this can often not be achieved. If the rent for the respective property is already in the upper range of the reference rents customary in the locality prior to the modernisation and the local reference rent is not stagnant, the result is an eroding effect because the surcharge may not be imposed permanently in addition to the reference rent for the locality. On the other hand, there is a considerable jump in rent at the beginning for the tenants without transparency as to whether there is a comparable reduction in consumption costs. Whether and to what extent consumption costs are reduced essentially depends on the type and quality of the improvements – which are often insufficient in practice and that do not take Article 559 of the BGB into consideration. The overall result for the tenant can be particularly negative if energy-saving improvements are linked with conventional modernisation measures.

In light of the inadequacies mentioned of both rental increase instruments, it has to be said that overall the BGB tenancy law does not offer an adequate economic incentive structure to encourage energy-saving improvements. However, the often used catchphrase of an “investor-user dilemma” characterises the situation not accurately enough. It is true that the landlords often do not see a clear economic benefit on the basis of current law and, in many situations (depending on the market conditions) can also not achieve one because they cannot pass on all of the additional costs to the tenants. But it is also not infrequently the case that tenants pay more because insufficient measures are carried out that are still allocated to the rent. And, there are also “win-win situations” where both parties stand to gain financially.

The Articles 554 and 559 of the BGB set up strong procedural requirements (with regard to differentiated calculations and explanations). They are justified, however, by their function of protecting tenants from unauthorised rent increases.

In applying Articles 554 and 559 of the BGB and others, it is problematic that tenants have to accept changes to the buildings and apartments even if these changes violate the provisions of the Energy Savings Ordinance (e.g. through failure to provide the required

thermal insulation) or other modernisation measures are undertaken that conflict with climate protection objectives (e.g. subsequent installation of air-conditioners)

The economic calculation for the landlord can be negatively affected in individual cases through rent reductions that can arise during the course of construction as set forth in Article 536 of the BGB. From the standpoint of public interest in climate protection, it would be justifiable to expect tenants to accept certain more extensive restrictions for the special case of energy-saving improvements.

According to the concept of the Energy Savings Ordinance and the traditional interpretation of the BGB, tenants cannot demand that the landlord undertake energy-savings measures. The regulations of the Energy Savings law and tenancy law have otherwise existed side by side until now with virtually no link to one another. They mutually inhibit more than they complement or support one other.

A significant obstacle can also arise in individual cases from the provisions of laws pertaining to neighbours who build beyond the limits of the property (Article 912 of the BGB).

6.3 Proposed solutions to removing obstacles

The most important results of the analyses of the various approaches and proposals for eliminating obstacles in existing tenancy law can be summarised into the following findings and recommendations:

The term “saving energy” (“Einsparung von Energie”) used in Articles 554 and 559 of the BGB should be replaced by a uniform conceptual formula with which all existing problems of interpretation identified the study – i.e. seen from point of view of climate protection – can be eliminated. In concrete terms, we recommend talking generally about measures to “reduce greenhouse gas emissions”. There other acceptable alternatives. From the author’s point of view, there are a lot of good reasons to use the formula proposed here.

With respect to the relative toleration duty arising from Article 554 para. 2 of the BGB, measures for energy-saving building modernisation (including those that go beyond legal obligations) should be given a privileged standing by allowing the hardship assessment to be waived from a financial standpoint if it is guaranteed in a way that is legally binding that the rental increase is not higher than the savings in consumption costs on the tenant side after a specific (clear) timeframe has elapsed.

A good way to supplement this measure would be the proposal to incorporate considerations for climate protection in the interest of the common good into the consideration of Article 554 para. 2 of the BGB and to introduce a kind of deadline by which the tenant may object on hardship grounds in accordance with Article 554 para. 3 of the BGB (that should only go into effect if the landlord has satisfied his duty to provide information).

As far as implementation of the proposals just mentioned goes, it would not be necessary to make an additional change to Article 554 para. 1 of the BGB.

Of great significance is the further proposal to eliminate the tenant's toleration duty for measures that would violate certain provisions of the Energy Savings Ordinance or that would otherwise contribute greatly to increasing greenhouse gas emissions. This type of regulation would considerably improve enforcement of the Energy Saving Ordinance.

The modernisation rent increase as set forth in Article 559 of the BGB is not qualified to act as a supporting component for the strategy of the energy-saving building modernisation. This is why the proposals for simplifying the procedural provisions discussed by the interested parties balance out. These also conflict with the protective purpose of the regulations.

It is also important to ensure here that building changes that violate legal provisions or that are detrimental to climate protection may not fall under the scope of modernisation rent increases as set forth by Article 559 of the BGB.

In relation to potential rent reductions based on Article 536 of the BGB, we recommend introducing an exemption clause that stipulates that a rent reduction does not apply for a limited time period (proposal: maximum of three months, only outside of heating pe-

riod) as long as the adverse effect to the living quality is the result of construction measures for energy-saving improvements.

The discussion of the various possibilities for linking provisions of the Energy Saving Ordinance to tenancy law provisions demonstrates that direct tenant claims for energy-saving improvements or for damages in the case of violations of duties (such as e.g. reducing heating costs) based in tenancy law can only be construed if there are sufficiently clear-cut duties arising from the Energy Savings provisions that can be referred to. This is only currently the case for a small number of situations (replacement of heating system, new windows). However, where this type of connection is possible, it should also be taken advantage of.

Considerable improvements to the provisions for energy performance certificates are both practical and important. These should be made accessible to all tenants with no restrictions. In addition, a switch should be made to a (better) needs-specific energy certificate for larger buildings as well. This should be enhanced by more meaningful information about the energy quality of the relevant parts of the building façade.

With respect to provisions pertaining to consumptions costs, there is only a comparably smaller need for changes to the law. There needs to be a clear legal solution that regulates the transition to third-party heat contracting. This change may be integrated into the tolerance duties if certain prerequisites are satisfied. It would have to be guaranteed that this would not result in additional expenses for the tenant.

Finally, the law of relations between neighbours in the BGB should be modelled after construction law in such a way that thermal insulation measures that result in property boundaries and distances being exceeded are to be accepted without compensation.

6.4 Proposed solutions to improving incentives

The individual assessments of the various instruments for targeted incentive and control result in an entire range of instruments that could be of interest for an overall strategy for energy-saving building modernisation in the rented homes sector.

Overview

The following regulatory options were classified as positive based on the approach:

Improving the duty structure arising from the Energy Saving Ordinance (with various individual elements).

Creating the legal foundation for general consideration of the energy-saving building quality in the reference rent customary in the locality (“ortsübliche Vergleichsmiete”).

Introducing an option to impose, instead of Article 559 of the BGB, an "energy-saving modernisation surcharge" which has a time limit and is independent of the reference rent for the locality

Or as an alternative to this: introducing an option (also with a time limit) to "depreciate" energy-saving modernisation costs by means of passing the heating costs on to the tenant

Or as another alternative: creating the option to impose a "flat-rate charge for energy-saving improvement". It must be guaranteed that the amount charged does not exceed the savings in heating costs after a specific number of years

And finally, rounding out the range of instruments with a rent increase limit to be defined for a specific time period should a certain minimum energy-saving standard not be satisfied.

It is important to add that the various possibilities discussed in section 6.3 for eliminating tenancy law obstacles are also expected to have a considerable positive effect on the willingness of a landlord to undertake energy-saving improvements. This applies, in particular, to eliminating the toleration duty if changes are made to the building that conflict with the duties arising from the Energy Saving Ordinance and to eliminating the rent reduction for a specific time period in the event of energy-saving improvements.

Basic instrument: consideration of energy-saving criteria in the reference rent customary in the locality (energy-related reference rent / “energetische Vergleichsmiete”)

In thinking about the function of the incentive tools, it has been shown based on the in-depth discussions of what is known as the "investor-user dilemma" that the economic problem faced by landlords could already be largely remedied if it were guaranteed across-the-board that the energy-saving characteristics of the residences were part of the standard-setting criteria for the reference rent customary in the locality (energy-related reference rent / “energetische Vergleichsmiete”).

If energy-saving improvements are well thought out and of high-quality, often the expected savings in consumption costs are so high that enough flexibility is created for rental increases that would allow the investments (in some cases, with additional profit) to be refinanced without having to exhaust or considerably exceed the savings in consumption costs. A rent increase of this kind, however, is often only possible if the improvement in energy-saving quality results in a higher classification of the reference rent customary in the locality. This possibility does not, however, exist if the reference rent for the locality does not take the energy-saving quality into consideration.

With this in mind, we **unequivocally recommend** creating the legal prerequisites for including energy-saving characteristics across-the-board in the reference rent for the locality.

For municipalities with a system of representative rents (“Mietspiegel”), this can (and should) be ensured in the list of representative rents (this concept is known as “ökologischer Mietspiegel”). This instrument, however, is not any less significant outside of municipalities with representative rents. For this reason alone, it makes sense not to limit its use to the list of representative rents. Through a (permissible) statutory ordinance pursuant to Article 558c para. 5 of the BGB, only those cities and municipalities could use the instrument in which a system of a representative list (“Mietspiegel”) already exists. Which is why it makes sense to pursue a **legal solution** that is part of a larger energy-saving reform in tenancy law. This could be regulated, for example, in a newly introduced Article 558 para. 2a of the BGB. In addition to the systematic consid-

erations, there are also certain constitutional considerations that support this type of regulation which is generally restricted to the reference rent for the locality and not to the list of representative rents.

It is important to create **key evaluation indicators** and **classifications** suitable for the energy-saving designations in the list of representative rents. Seen from a practical point of view, it would make sense (despite certain weaknesses) to use the primary energy value specified in the energy requirements certificate as a basis here (unless the measurement standards in the Energy Savings Ordinance are comprehensively revised). As long as creating needs-oriented energy certificates is not generally prescribed (which would be desirable), it can be stipulated that buildings that do not have this type of certificate be assigned to the lowest evaluation category.

One of the negative effects of this concept, however, is that it will only work where there is **adequate demand for energy-efficient housing** on the local rental market. As long as energy-saving criteria play a minor role in demand, the energy-related surcharge reflected in an energy-relevant list of representative rents will be relatively low as well. But: the express specification of a classification system for energy-related criteria in the reference rent for the locality can – particularly when combined with the energy performance certificate – heighten the awareness of the market participants for the significance of energy-related quality characteristics on the housing market. This will lead to energy-related criteria gradually "penetrating" the housing market.

Supplementary instrument: elimination of rent reduction in the event of energy-saving improvements

The provision proposed in the section on obstacles (see section 6.3) to partially eliminate the rent reduction in the event of construction measures for energy-saving improvements is expected to provide a certain additional incentive. This would improve for investors the overall economic outcome of the energy-saving improvements, in some cases considerably depending on the circumstances, without creating a financial burden for the tenants. The thermal insulation of the building façade, which is usually the most effective energy-saving improvement, would be a particular benefit.

This type of change in the law would be reasonable for tenants. Even though, regardless of the financial aspects, they would have to put up with actual inconveniences because their living quality would decrease during the ongoing construction measures, this disadvantage, however, would be adequately compensated for taking into consideration the overarching objectives of the common good associated with the energy-saving building modernisation. To this extent, it also must be considered that use of this measure is only to be limited to the required scope and to a specific maximum duration (proposal: three months) and to the months outside of the heating period due to the reduced capacity for heating.

Even given the fact that eliminating the possibility of the rent reduction would conflict with the current structure of tenancy law, we stand by our assessment. This is an exceptional case motivated by the common good that is not suitable for imitation for other types of decreases in living quality.

Additional incentive instruments - comparative analysis

It can be concluded from the findings of the problem analysis that the "modernisation surcharge" stipulated in Article 559 of the BGB does not serve its purpose as a useful incentive instrument for energy-saving building modernisation. This option should thus be eliminated as a possibility.

Three other options could instead be considered as additional incentive instruments:

The "energy-saving modernisation surcharge" with a specific time restriction in place of Article 559 of the BGB

The option (also with a time limit) to "depreciate" energy-saving modernisation costs by means of passing the heating costs on to the tenant

Imposing (the amount of which is limited) a "flat-rate charge for energy-saving improvement" whose core prerequisite is that the flat-rate charge does not exceed the savings in heating costs for a specific time period/starting at a particular point in time.

To keep the financial expenditures from spinning out of control for the tenants, the three models contain certain limiting elements. The first two models provide for a **time limit**.

The amount of the increase may only be demanded for a specific number of years so that at the end of this period, the result would be a drop in the overall rent. These two options thus have a similar function. The essential difference is the calculation mode (either as a charge on top of the base rent or as an additional amount in passing on the heating costs). By contrast, the third conceptual model defines a **maximum amount** oriented around the proportion of reduction in consumption costs for tenants.

The **shared merits** of these three options for additional incentive instruments can be summarised as follows:

In relation to the function of environmental policy of giving landlords economic incentives for particularly far-reaching energy-saving improvements that cannot be reached by means of the "normal" social tenancy law, the three options together demonstrate a potential for accomplishing much more than Article 559 of the BGB.

They also hold the promise of allowing landlords to refinance the improvements with a profit (which is not guaranteed without restriction by Article 559 of the BGB) without, however, being oriented around particularly high profit margins.

Unlike Article 559 of the BGB, they also have the added advantage that the real financial effects can be clearly (and predictably) estimated both for the landlords as well as the tenants.

With respect to these aspects, the three alternatives can be technically **modulated** to achieve the desired effects and consequences. They each contain several areas where quantitative adjustments can be made through which the scope of the incentive for the landlord and the scope of consequences for the tenant can be varied.

With all of this, however, the three options cannot solve the **area of social conflict** in which they find themselves. This means: the more incentive that is to be created by the instrument, the higher the promised economic advantages have to be for the landlords and the greater the relative additional expenses for the tenants are as a result. It has to be emphasised, however, that it is not always necessarily the case that additional expenses occur on the tenant side because, with the other instruments under consideration as options, it would be possible to compensate or even overcompensate for the specific addi-

tional costs by reducing consumption costs so that the overall result is a net advantage. This goal is even "integrated" in the model with a maximum energy-saving rent surcharge.

Results of the comparative analysis

In the overall assessment, there are overwhelming advantages evident in the **flat-rate energy-related rent surcharge linked to the savings in heating costs**. It can be practically structured, is highly efficient in eco-environmental terms and only marginally affects the social balance between the interests of the tenant and the landlord. It is also ecologically effective but only within the scope of energy-saving improvements which produce a favourable ratio between the savings in consumption costs that can be achieved on the tenant side and the financial expenditures (including the percentage of profit) on the landlord side. This instrument does not create an incentive for particularly ambitious energy-saving improvements above and beyond this.

The **eco-environmental efficiency** and the **social equilibrium** of this model are to be emphasised in particular: the landlord has an incentive to choose and implement those improvements which result in a ratio that is as beneficial as possible between the effects of the energy-saving measures for the tenant (and thus the energy quality of the improvements) on the one hand and his own financial expenses plus profits on the other. The instrument is stable from a sociopolitical standpoint because it is linked to the tenant-side savings in heating costs.

The two **other options** under closer consideration are less beneficial in terms of eco-environmental efficiency and social equilibrium. They do not provide an incentive to select particularly effective and, at the same time, more affordable improvements and they put a greater strain on the social balance between landlords and tenants because there is no maximum limit. With respect to how effective they are in environmental terms, the models go farther in theory because the additional amount demanded from tenants is not limited. This produces a specific incentive in favour of particularly ambitious improvements. It is, however, uncertain whether this potential would be exhausted to a great ex-

tent because the profit incentive would have to be set relatively high and the potential for social conflict would increase.

As a result, it can also be concluded that, within rental law, **no** adequate instrument has been identified to meet the challenge of creating a specific incentive for **particularly ambitious** energy-saving improvements. This type of instrument would necessarily shift the balance between the interests of the landlord and the tenant (at least to a certain extent) in favour of the landlord. Consequently, this task cannot be satisfactorily solved in the area of conflict between the interests of the tenant and those of the landlord – and thus in tenancy law. It thus has to be primarily addressed and overcome using other means – whether through supplementary public subsidies or through other legal instruments.

It would, however, be feasible to supplement the system of reference rent for a locality that make use of energy-saving criteria with a variant of the economic incentive instrument that aims to improve the economic predictability of the energy-saving improvements for the tenant to deal with the problem of the "perceived economic uncertainty". This task can be handled by the concept of the rent surcharge linked to the savings in heating costs – in a socially balanced way.

Interaction with the Energy Saving Ordinance

Based on the current legal structure, strategic management of energy-saving building modernisation primarily falls under public law, the centre of which is the Energy Saving Ordinance. The resulting separation of duties between public law and civil law (tenancy law) is generally considered appropriate. Tenancy law can only play a **supporting and complementary** role.

It would be misguided from an environmental economic point of view to rely mainly on economic incentives for landlords in the strategy of creating instruments for energy-saving building modernisation. This would drive up the **overall costs** of the measures drastically because the economic incentive would have to be structured so attractively that even landlords who lack any basic positive motivation, who have concerns about structural aspects or who shy away from the economic risk would be spurred to make

energy-saving improvements. This would, in turn, put an inordinate strain on the social balance of tenancy law.

The regulations of the Energy Saving Ordinance, however, do not reflect – even in the new 2009 version – the requirements of climate protection in an adequately stringent way. Even though gradually raising the requirements level of the Energy Saving Ordinance is on the political agenda, it is not just the requirements level that needs regular changes when it comes to the framework of the Energy Saving Ordinance. Also required are a fundamental improvement in enforcement, an expansion of the circumstances by which energy-saving improvements are mandatory and a qualitative improvement in the concept of the energy performance certificate.

Also worthy of discussion in this context is expanding the mandatory requirements for energy-saving improvements through a long-term **tiered program of target standards** according to which certain existing buildings must be brought up to a specific thermal insulation level within particular time periods. To give the building owners adequate economic flexibility, reference time periods would have to be defined that spanned decades rather than years. For this type of mandatory system, it would make sense to consider introducing rent increase limits (or even compensation claims) for non-compliance.

The profitability standard defined in the Energy Saving Ordinance, which is unusually strict compared to other legal areas of environmental law (but also in contrast to the social tenancy law of the German Civil Code), also requires a basic overhaul because it hinders an effective strategy of energy-saving building modernisation and, it must be emphasised, is *not* objectionable in terms of constitutional law.

When making future amendments to the Energy Saving Ordinance, particular attention should always be paid to how to make positive use of the correlation between public law and tenancy law. Tenancy law can make useful contributions in precisely those areas where public law is weak: it can help **improve enforcement** by creating helpful pressure so that the public law obligations are taken sufficiently seriously in practice – without the need for cost and labour-intensive monitoring by government agencies. One example here would be the proposal developed as part of the study to eliminate the tol-

eration duty when construction measures are carried out that do not comply with the thermal insulation standards required in the Energy Saving Ordinance.

Recommendations for structuring the regulations for economic incentives

In conclusion, the following recommendations can be made for economic incentive regulations in tenancy law:

The basis of the economic incentive regulations should be the general consideration of energy-saving characteristics in the reference rent customary in the locality.

As a supporting and complementary tool, the current rent reduction for construction measures should be eliminated for cases of energy saving improvements (under certain further circumstances and for a limited time period).

As another new incentive instrument, the possibility should be created for imposing a flat-rate surcharge which is linked to the savings in heating costs for energy-saving improvement (working title: "energy-saving flat-rate surcharge" / "energetischer Pauschalzuschlag"). The possibility of imposing a modernisation surcharge as set forth in Article 559 of the BGB should be eliminated for energy-saving improvements.

To make the tenancy law proposals manageable and effective, several specific changes need to be made to the Energy Saving Ordinance. In addition to considering individual improvements, long-term target standards should be defined, in particular, for the Energy Savings Ordinance which, in the event of non-compliance, would threaten tenancy law sanctions (e.g. a rent increase limit).

7 Literatur

- Arbeitskreis Energieberatung: Nachweis, Label und Beratung – Der Energiepass auf dem Weg, Tagungsband, (Hrsg.: Institut Wohnen und Umwelt – IWU), Darmstadt 2005.
- Artz, Markus: Ökologische Modernisierung des Wohnungsbestandes, WuM 2008, S. 259-364.
- Bamberger, Georg / Roth, Herbert (Hrsg.): BGB, Beck'scher Online-Kommentar, München, Stand 01.11.2008.
- Barker, T. u. a.: „Mitigation from a cross-sectoral perspective. In: IPCC (Hrsg.): Climate Change 2007: Mitigation. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Cambridge University Press 2007.
- Bauministerkonferenz (Arbeitsgemeinschaft der für Städtebau, Bau- und Wohnungswesen zuständigen Minister und Senatoren – ARGE Bau), Musterbauordnung 2002, zuletzt geändert durch Beschluss der Bauministerkonferenz vom Oktober 2008 (www.bauministerkonferenz.de, 05.01.2009)
- Beyer, Dietrich: Rechtliche Widersprüche zwischen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Contracting und den Effizienzzielen der EnEV, Vortrag auf dem deutschen Mietgerichtstag (Manuskript, 2006), Download unter: <http://www.mietgerichtstag.de/betriebskosten.php> (20.11.2007).
- Beyer, Dietrich / Lippert, Michael: Rechtliche Voraussetzungen einer Steigerung der Energieeffizienz durch Wärmecontracting in der Wohnungswirtschaft als Beitrag zu Energiesicherheit und Klimaschutz, Gutachten im Auftrag des Zentralverbandes Elektrotechnik und Elektronikindustrie (ZVEI), 2007.
- Blank, Hubert: Mietrecht und Energieeffizienz, in: WuM 2008, S. 311-319.
- Blank, Hubert / Börstinghaus, Ulf: Miete, 3. Aufl. München 2008.
- Börstinghaus, Ulf: Auswirkung der globalen Erderwärmung auf Mietverhältnisse, jurisPR 5/2007 (Anmerkung zu AG Hamburg, Urteil vom 10. Mai 2006, 46 C 108/04).
- Bremer Energie Institut (BEI) / Institut Wohnen und Umwelt (IWU) / Institut für Statistik der Universität Bremen: Effekte des CO₂-Gebäudesanierungsprogramms 2007, Bremen/Darmstadt 2008.
- BSI (Bundesvereinigung Spitzenverbände der Immobilienwirtschaft), Forderungen zur Bundestagswahl 2009, Berlin Januar 2009.

- Bürger, Veit / Bauknecht, Dierk / Dross, Miriam / Hermann, Andreas / Schulze, Falk (Öko-Institut e.V.): Klimapolitische Eckpunkte für die Novelle des Energieeinsparungsgesetzes (EnEG), Endbericht des UBA-Forschungsvorhaben (UFOPLAN) FKZ 204 41 134 (2008).
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) / Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU): Bericht zur Umsetzung der in der Kabinettsklausur am 23./24.08.2007 in Meseberg beschlossenen Eckpunkte für ein Integriertes Energie- und Klimaprogramm, Berlin, 5. Dezember 2007.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi): Energieverbrauch nach Anwendungen (Stand: 29.04.2008), Download (20.12.2008): <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Energie/energiestatistiken,did=176660.htm>
1
- Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen (GdW), Anbieterstruktur auf dem deutschen Wohnungsmarkt. Download 18.12.2008 (www.gdw.de)
- Busse, Felix: Klimaanlage par ordre du mufti? - Zu den Anforderungen an den Wärmeschutz für Arbeitsräume im Sommer, in: NJW 2004, S. 1982-1985.
- co2online / Fraunhofer Institut für Bauphysik: CO₂-Gebäudereport 2007 (Hrsg.: Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung – BMVBS), Berlin 2007.
- Darmstadt (Stadt Darmstadt), Amt für Wohnungswesen: Mietspiegel für Darmstadt 2008
- Diefenbach, Nikolaus / Knissel, Jens / Loga, Tobias (Institut Wohnen und Umwelt – IWU): Fachliche Stellungnahme zum Entwurf der Energieeinsparverordnung (EnEV) vom 18. April 2008, Darmstadt, 6. Mai 2008.
- Diefenbach, Nikolaus / Enseling, Andreas (Institut Wohnen und Umwelt – IWU): Potentiale zur Reduzierung der CO₂-Emissionen bei der Wärmeversorgung von Gebäuden in Hessen bis 2012 (2007).
- Ehrhorn, Hans (Fraunhofer Institut für Bauphysik): Bedarf – Verbrauch: Ein Reizthema ohne Ende oder die Chance für sachliche Energieberatung? Stuttgart 2007 www.buildingsplatform.eu/epbd_publication/doc/Manuskript_Messe_Bau_2007_Erhorn_Bedarf-Verbrauch_15_01_07_p.pdf (Download 12.03.2009).
- Eisenschmid, Norbert: Die Energieeinsparung im Sinne der §§ 554, 559 BGB, WuM 2006, S. 119-122.
- Ekardt, Felix / Heitmann, Christian: Energetische Sanierung im Altbestand und das EEWärmeG: Kann das Investor-Nutzer-Dilemma ökologisch sozial aufgelöst werden? in: RdE 2009, S. 118-125.
- Ekardt, Felix / Kristin Schenderlein: Nachhaltigkeit und Klimaschutz im Wohnbereich als Rechtsproblem, in: WuM 2008, S. 179-185.

- Emmerich, Volker / Sonnenschein, Jürgen: *Miete – Handkommentar*, 9. Aufl. München 2007.
- Enseling, Andreas (Institut Wohnen und Umwelt – IWU): *Leitfaden zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Energiesparinvestitionen im Gebäudebestand*, Darmstadt 2003.
- Enseling, Andreas / Hinz, Eberhard (Institut Wohnen und Umwelt – IWU): *Energetische Gebäudesanierung und Wirtschaftlichkeit – Eine Untersuchung am Beispiel des „Brunckviertels“ in Ludwigshafen*, Darmstadt 2006.
- Enseling, Andreas / Hinz, Eberhard (Institut Wohnen und Umwelt – IWU): *Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand vor dem Hintergrund der novellierten EnEV*, Darmstadt 2008.
- Flatow, Beate: *Betriebskosten und energetische Modernisierung*, Vortrag auf dem deutschen Mietgerichtstag (Manuskript, 2007), Download unter: <http://www.mietgerichtstag.de/betriebskosten.php> (20.11.2007).
- Fraunhofer-Institut für Systemtechnik und Innovationsforschung (ISI) / Bundesministerium für Bildung, Forschung und Technologie (BMBF): *Bericht zum Experten-Seminar „Verhaltens- und Hemmnisforschung im Bereich Energie*, 1997.
- Friers, Wolf-Bodo: *Die Bedeutung der Energieeinsparverordnung (EnEV) für das Mietverhältnis WuM* 2008, S. 255-259.
- Hannemann, Thomas / Wiegner, Michael: *Anwaltshandbuch Wohnraummietrecht*, 2. Aufl. München 2005.
- Harms, Rüdiger: *Mechanische Kühlung als „Hitzeschutz“ für gewerbliche Mieter?* in: *NZM* 2005, S. 441-443.
- Haus & Grund Deutschland - Zentralverband der Deutschen Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer e.V., *Stellungnahme „Notwendige Novellierungen des Mietrechts zur Ermöglichung energetischer Sanierungen (A.) sowie zum energiesparenden Betrieb von Heizungsanlagen (B.)“*, 2007.
- Herrlein, Jürgen: *Sommerliche Aufheizung von Geschäftsräumen als Mangel der Mietsache?* in: *NZM* 2007, S. 719-721.
- Hertel, Christian: *Energieausweis für Bestandsgebäude*, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNZ)* 2007, 486-500.
- Hertle, Hans / Duscha, Markus / Eisenmann, Lothar / Bliss, Ulrike (Institut für Energie- und Umweltforschung Heidelberg – IFEU). *Verbrauchs- oder Bedarfspass? Anforderungen an den Energiepass für Wohngebäude aus Sicht privater Käufer und Mieter*, Heidelberg 2005
- Immobilienverband Deutschland (IVD) – Bundesverband der Immobilienberater, Makler, Verwalter und Sachverständigen e.V. – unter fachlicher Mitwirkung von

Bethge und Partner – Immobilienanwälte: „Ziele und Eckpunkte eines Gesetzentwurfs zur Beseitigung mietrechtlicher Hemmnisse beim Klimaschutz“, September 2008.

ifeu-Institut Heidelberg / Institut Wohnen und Umwelt (IWU): Beiträge der EnEV und des KfW-CO₂-Gebäudesanierungsprogramms zum Nationalen Klimaschutzprogramm, Heidelberg/Darmstadt 2005.

ifeu-Institut Heidelberg: Verbrauchs- oder Bedarfspass, Anforderungen an den Energiepass für Wohngebäude aus Sicht privater Käufer und Mieter, Heidelberg 2005.

Institut Wohnen und Umwelt (IWU): Querschnittsbericht Energieeffizienz im Wohngebäudebestand – Techniken, Potenziale, Kosten und Wirtschaftlichkeit, Studie im Auftrag des Verbandes der Südwestdeutschen Wohnungswirtschaft e.V. (VdW südwest), Darmstadt 2007.

Institut Wohnen und Umwelt (IWU): Fachliche Stellungnahme zum Entwurf der Energieeinsparverordnung (EnEV) 2009 vom 18. April 2008, Darmstadt, 6. Mai 2008.

Institut Wohnen und Umwelt (IWU): Stellungnahme zum Entwurf der Energieeinsparverordnung (EnEV) vom 16. November 2006 / Kabinettsbeschluss vom 24. April 2007, Darmstadt 2007.

Ipsen, Jörn: Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusreform, in: NJW 2006, S. 2801-2806.

Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. München 2007.

Klimesch, Martin: WEG-Novelle 2007 – Wohin geht die Reise?, in: ZMR 2009, S. 342-344.

Klinski, Stefan: Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Förderung erneuerbarer Energien im Wärmebereich (EEWärmeG), in: Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 16(16)394(B) des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Berlin 2008.

Klinski, Stefan: Die novellierten Stellplatzbestimmungen in den Bauordnungen der Länder – Entwicklung, Vergleich, verfassungsrechtliche Würdigung (zugl. Diss. 2000), Berlin 2001.

Knissel, Jens / Alles, Roland / Behr, Iris / Hinz, Eberhard / Loga, Tobias / Kirchner, Joachim (Institut Wohnen und Umwelt – IWU): Mietrechtliche Möglichkeiten zur Umsetzung von Energiesparmaßnahmen im Gebäudebestand (Studie im Auftrag der Stadt Frankfurt am Main), Darmstadt 2001.

Lammel, Siegbert: Anwaltkommentar Mietrecht, 3. Aufl. Bonn 2007.

- Loga, Tobias / Diefenbach, Nikolaus / Knissel, Jens (Institut Wohnen und Umwelt – IWU): Transparente Heizkostenabrechnung und Energieeffizienzlabel, Darmstadt 2005.
- Meyer-Harport, Dirk: Fernwärme statt Gasetagenheizung - Zum Modernisierungsbegriff in § 554 II BGB (Theorie der Endenergieeinsparung), NZM 2006, S. 524-527.
- Milger, Karin: Die Umlage von Kosten der Wärmelieferung unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots, NZM 2008, S. 1-12.
- v. Münch, Ingo / Kunig, Philip: Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 5. Aufl. München 2003,
- Münchener Kommentar zum BGB (Hrsg.: Kurt Rebmann et. al.), Band 3, 5. Aufl. München 2008.
- Pehnt, Martin / Vogt, Regine: Biomasse und Effizienz: Vorschläge zur Erhöhung der Energieeffizienz von §8- und §7-Anlagen im Erneuerbare-Energien-Gesetz, Arbeitspapier Nr. 1 im Rahmen des Projektes „Energiebalance – Optimale Systemlösungen für erneuerbare Energien und Energieeffizienz“, im Auftrag des Bundesumweltministeriums. Institut für Energie- und Umweltforschung Heidelberg.
Download
http://www.bmu.de/erneuerbare_energien/downloads/doc/text/39780.php
- Pfeifer, Franz-Georg: Erhöhte Innentemperaturen durch Sonneneinstrahlung, in: jurisPR-MietR 9/2007 Anm. 2 (zugleich Anmerkung zu OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 19.01.2007 – 2 U 106/06).
- Pöschk, Jürgen: Contracting in der Wohnungswirtschaft: Konzepte - Hemmnisse – Chancen, in: in: Pöschk, Jürgen (Hrsg.): Energieeffizienz in Gebäuden, Jahrbuch 2006, S. 155-166.
- Reuther, Stefan / Weber, Christian (IWU): Energetische Modernisierung von Wohngebäuden – Eine Chance für Veränderung, Darmstadt 2008.
- Ringel, Christina: Der Einsatz erneuerbarer Energien zur Wärmegewinnung als Modernisierungsmaßnahme im Sinne von §§ 554, 559 BGB, in: WuM 2009, S. 71-76.
- Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU): Klimaschutz durch Biomasse, Sondergutachten 2007 (Hausdruck), Berlin.
- Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU): Umweltgutachten 2008 – Umweltschutz im Zeichen des Klimawandels, in: BT-Drs. 16/9990.
- Schepers, Verena: Die Vermietermodernisierung im Spannungsfeld zwischen Klima- und Mieterschutz, in: BTR 2007, S. 158-162.
- Schläger, Edwin: Das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz: Wesentlicher Inhalt, andere rechtliche Regelungen und zivilrechtliche Folgen, in: ZMR 2009, S. 339-341.

- Schmid, Michael: Verstoß gegen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz - Schadensersatz oder Beschränkung der Kostenumlegung?, in: ZMR 2007, S. 177-180.
- Schmidt, Marlene: Energieeffizienz im Mietrecht: Der neue Energieausweis, in: ZUR 2008, S. 463-467.
- Schmidt-Futterer: Mietrecht – Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts (Hrsg.: Hubert Blank), 9. Aufl. München 2007.
- Schoch, Friedrich: Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, in: NVwZ 1999, S. 457-467.
- Schröder, M.: Postulate und Konzepte zur Durchsetzbarkeit und Durchsetzung des EG-Umweltrechts, in: NVwZ 2006, S. 389-396.
- Schwintowski, Hans-Peter: Das Wirtschaftlichkeitsgebot - die Rechtspflicht des Vermieters zur optimalen Wärmeversorgung, in: WuM 2006, S. 115-123.
- Statistisches Bundesamt; Bautätigkeit und Wohnungen; Mikrozensus-Zusatzerhebung 2006, Bestand und Struktur der Wohneinheiten, Wohnsituation der Haushalte; Fachserie 5 / Heft 1; Wiesbaden 2007.
- Sternel, Friedemann: Probleme des neuen Mietrechts (I), in: ZMR 2001, S. 937-944.
- Sternel, Friedemann: Probleme des neuen Mietrechts (II), in: ZMR 2001, S. 1058-1065.
- Technomar GmbH: Abbau von Hemmnissen bei der energetischen Sanierung des Gebäudebestands; Studie für das Bundesamt für Bauwesen und Raumplanung (BBR), in: Schriftenreihe Bau- und Wohnforschung des Fraunhofer Informationszentrums Raum und Bau, Stuttgart 2005.
- Umweltbundesamt (UBA): Nachhaltiges Bauen und Wohnen – ein Bedürfnisfeld für die Zukunft gestalten, Dessau 2008.
- Umweltbundesamt (Deutsche Emissionshandelsstelle – DEHSt): Emissionsfaktoren und Kohlenstoffgehalte, Dessau/Berlin 2007.
- Vogler, Ingrid: Wirtschaftlichkeit von Energieeffizienzmaßnahmen im Gebäudebestand, Vortrag auf der HEA-Jahrestagung 2008, Hannover 2008. Download (10.03.2009): http://www.hea-akademie.de/inhalt/pdf/10_vogler.pdf
- Vogler, Ingrid: Was kann und soll ein Energieausweis für Wohngebäude leisten? Ergebnisse eines Praxistests (Hintergrund zur Presseinformation der Verbände GdW, Haus & Grund, Bundesverband freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen), Berlin 2005.
- Vogler, Ingrid: Zur Refinanzierung von Investitionen in Energieeinsparung bei vermieteten Wohngebäuden, Manuskript für: Pöschk, Jürgen (Hrsg.): Energieeffizienz in Gebäuden, Jahrbuch 2008.

Voss, Karsten / Pfafferoth, Jens et.al.: Energieeinsparung contra Behaglichkeit, BBR-Forschungen Heft 121 (Hrsg.: BMVBS/BBR), Berlin/Bonn 2007.

Wall, Dietmar: Vorschläge zur Novellierung der Heizkostenverordnung, WuM 2007, S. 415-426.

Warnecke, Kai: Die Notwendigkeit der Modernisierung des Mietrechts am Beispiel energetischer Sanierung, DWW 2007, S. 282-285.

Wilcken, Alexander: Fernwärme statt Gasetagenheizung - Zum Modernisierungsbegriff in § 554 II BGB (Theorie der Primärenergieeinsparung), NZM 2006, S. 521-527.

Wolff, Dieter: Äquivalenter Energiepreis bei der Modernisierung mit passivhaustauglichen Komponenten (Vortrag auf der Internationalen Passivhaustagung 2007/Bregenz).

Wuppertal-Institut / Umweltbundesamt: Das Bedürfnisfeld „Bauen und Wohnen - Status Quo, Perspektiven und Handlungsbedarf aus Sicht einer nachhaltigen Ressourcenpolitik, Hintergrundpapier für die Veranstaltung Zukunftsdialog Rohstoffproduktivität und Ressourcenschonung“, Wuppertal / Dessau 2007. Download 15.03.2009.

<http://www.ressourcenproduktivitaet.de/2/index.php?main=8&call=Projektergebnisse>

Wuppertal-Institut: Alte Orte – neuer Glanz. Ressourceneffizientes Bauen und Wohnen im Bestand. Ergebnisse des ‚Zukunftsdialogs Rohstoffproduktivität und Ressourcenschonung‘, Wuppertal 2008. Download 15.03.2009.

<http://www.ressourcenproduktivitaet.de/2/index.php?main=8&call=Projektergebnisse>