

Stefan Klinski

# Energetische Gebäudesanierung und Mietrecht – Hemmnisse und Reformüberlegungen

*Die energetische Sanierung der Wohngebäude gehört zu den Schlüsselaufgaben des Klimaschutzes. Auf Raumwärme und Warmwasser entfallen in Deutschland fast 30 % der CO<sub>2</sub>-Emissionen. Rund drei Viertel davon gehen auf das Konto von Wohngebäuden, die wiederum ganz überwiegend Mietwohngebäude sind. Die weitaus meisten Menschen werden aller Voraussicht nach auch in 50 Jahren noch in Gebäuden wohnen, die heute schon stehen. Das geltende Mietrecht enthält jedoch zahlreiche Hemmnisse für energetische Sanierungen. Der nachfolgende Beitrag stellt diese Hemmnisse dar und leitet daraus konkrete Reformüberlegungen ab. Vorgeschlagen werden unter anderem das Entfallen der Duldungspflicht bei Nichteinhaltung von öffentlich-rechtlichen Energieanforderungen, eine generelle Verpflichtung zur Berücksichtigung energetischer Kriterien bei der Vergleichsmiete und die Einführung einer neuen, an die mieterseitige Heizkosteneinsparung gekoppelten Mieterhöhungsoption an Stelle der Modernisierungsumlage nach § 559 BGB.<sup>1</sup>*

## A. Einleitung

Die energetische Sanierung des Wohngebäudebestands schreitet nicht in dem nötigen Tempo und Umfang voran. Während bei den privaten Eigenheimen inzwischen Einiges in Bewegung gekommen ist, passiert im Mietwohnsektor vergleichsweise wenig. Dazu tragen auch diverse Unzulänglichkeiten des Mietrechts bei.

Die mieterrechtlichen Hemmnisse für mehr Wärmedämmung und einen erhöhten Einsatz von erneuerbaren Energien im Wohngebäudebestand werden in den interessierten Kreisen zwar gelegentlich angesprochen, vor allem unter dem verbreiteten Schlagwort vom »Investor-Nutzer-Dilemma«. Doch die Analyse bleibt bisher zumeist bruchstückhaft, vieles bleibt vage und ein konkretes Reformkonzept zeichnet sich nicht ab. Auf der politischen Ebene ist das Thema immerhin angekommen. Die Bundesregierung hat sich vorgenommen, die »Hürden im Mietrecht für eine energetische Sanierung zum gemeinsamen Vorteil von Eigentümern und Mietern zu senken«.<sup>2</sup> In diesem Satz wird eines der Hauptprobleme angedeutet: Wer am Mietrecht »herumbasteln« will, um die Anreize für energetische Verbesserungen zu erhöhen, muss dabei die soziale Balance des Mietrechts im Blick behalten.

Der nachfolgende Beitrag setzt sich zwei Aufgaben. Er erörtert für die energetische Gebäudesanierung

1. ob und inwieweit sich aus den Bestimmungen des BGB zur Wohnungsmiete einerseits angemessene Anreize und andererseits rechtliche Hemmnisse ergeben,
2. mit Hilfe welcher Änderungen des geltenden Wohnungsmietrechts die identifizierten Hemmnisse behoben und stattdessen positive Impulse gesetzt werden können.

## B. Problemhintergrund und Ziele

Der Klimaschutz erfordert weit größere Anstrengungen zur energetischen Gebäudesanierung, als es bisher in der Öffentlichkeit wahrgenommen wird. Praktisch muss das Durchschnittsniveau

des fossil bereit gestellten Wärmebedarfs für die Wohngebäude in Deutschland innerhalb der nächsten rund 40 Jahre auf eine Größenordnung von deutlich unter 20 %, vielleicht sogar unter 10 % des heutigen Durchschnittsbedarfs aller Gebäude gesenkt werden. Derartige Werte liegen unter dem Neubaustandard der Energieeinsparverordnung (EnEV) von 2009. Dies wird durch die umseitig abgedruckte, vom Institut Wohnen und Umwelt (IWU) erstellte Grafik veranschaulicht.<sup>3</sup>

Die Bemühungen um die energetische Verbesserung des Mietwohnbestandes treffen auf ein vielschichtiges und komplexes Motivationsumfeld. Zu diesem gehören eine Vielzahl von Hemmnisfaktoren baulicher, technischer, wirtschaftlicher und psychologischer Art sowie ein ganzes Bündel von rechtlichen Problemstellungen. Vom Ansatz her kann davon ausgegangen werden, dass es – genau wie beim privaten Eigenheim – auch im Mietwohnsektor viele Eigentümer gibt, die der energetischen Gebäudesanierung von vornherein skeptisch oder desinteressiert gegenüberstehen. Auch fehlt es allerorten an fachlich ausreichend kompetenten Architekten, Beratern und Handwerksfirmen. Weitere Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass die Investitionsbereitschaft unter den überwiegend privaten Vermietern im Vergleich zu anderen Wirtschaftsbranchen vergleichsweise schwach ausgeprägt ist, da die Gebäude oftmals primär als Mittel der Alterssicherung angesehen werden und es weithin an einer professionellen Bewirtschaftung fehlt.<sup>4</sup>

Hinzu kommt im Mietwohnsektor jedoch ein besonderes Problem: der häufig fehlende oder nicht erkannte wirtschaftliche Anreiz zu energetischen Verbesserungsmaßnahmen, der mitunter etwas zu vereinfachend unter dem Schlagwort vom »Investor-Nutzer-Dilemma« (auch: »Vermieter-Mieter-Dilemma«) angesprochen wird.<sup>5</sup>

- Es hat sich zwar inzwischen recht gut herumgesprochen, dass sich zusätzlicher Wärmeschutz und erneuerbare Energien für die Eigentümer von Gebäuden mittel- und längerfristig lohnen können. Beim vermieteten Wohnraum funktioniert das aber nicht unmittelbar, weil die erreichbaren Verbrauchskosteneinsparungen bei den Mietern zu Buche schlagen, nicht bei den Eigentümern, welche jedoch in die Vorleistung der Investition

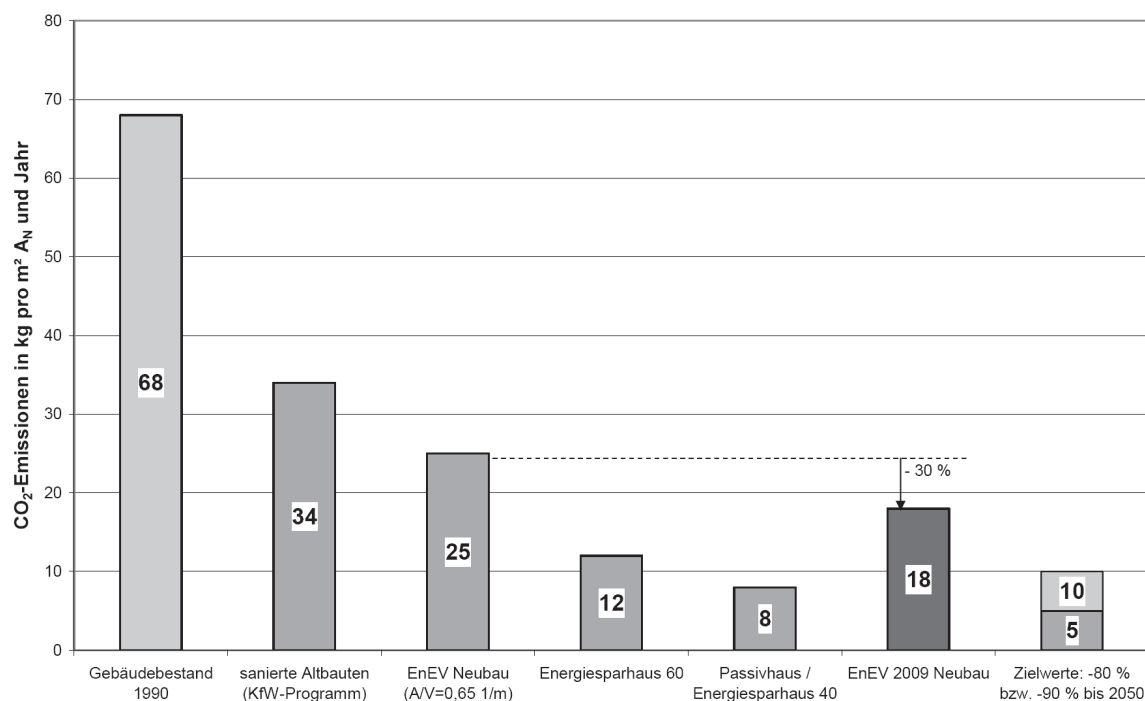
1 Der Beitrag gibt die Ergebnisse eines Forschungsvorhabens für das Umweltbundesamt wieder (Klinski: Rechtskonzepte zur Beseitigung des Staus energetischer Sanierungen im Gebäudebestand – UBA FKZ 3708 18 100; UBA-Texte 36/2009, Dessau 2009 [http://www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/3862.pdf]).

2 CDU/CSU und FDP: Koalitionsvertrag für die 17. LP des Dt. Bundestages (2009), S. 28.

3 IWU [www.iwu.de]: Fachl. Stellungnahme zum Entw. der EnEV v. 18.4.2008 (2008), S. 12.

4 Zum Motivationsproblem vgl. Knissel u.a. (IWU) [www.iwu.de]: Mieterrechtliche Möglichkeiten zur Umsetzung von Energiesparmaßnahmen (2001), S. 33; ferner (mit Fokus auf Ein-/Zweifamilienhäuser) *Technomar*: Abbau von Hemmnissen bei der energet. Sanierung des Gebäudebestands (Hrsg.: Fraunhofer Informationszentrum Raum und Bau), 2005, S. 55 ff.

5 Vgl. SRU, Umweltgutachten 2008, BT-Drs. 16/9990, Rz. 138 ff.; IWU [www.iwu.de], Querschnittsbericht Energieeffizienz im Wohngebäudebestand (2007), S. 26; Ekardt/Heitmann, RdE 2009, 118 ff., insb. 120 ff.

Abb. 1: Spezifische CO<sub>2</sub>-Emissionen für den Gebäudebestand und verschiedene energetische Anforderungsniveaus (Quelle: IWU 2008)

gehen müssen. Ob und ggf. inwieweit sie die Investition durch Mehreinnahmen bei der Kaltmiete wieder hereinholen können, hängt einerseits von den mietrechtlich gebotenen Spielräumen und andererseits von der Marktlage vor Ort ab. Ergibt sich danach nicht die Aussicht auf eine (ggf. gewinnbringende) Refinanzierung der Maßnahmen, so kann im Einzelfall berechtigterweise von einem Investor-Nutzer-Dilemma gesprochen werden.

- Zu dem Problem des mangelnden wirtschaftlichen Anreizes gehört aber auch die andere Seite: Unterlässt ein Vermieter wirtschaftlich an sich sinnvolle energetische Verbesserungen, so spürt er das ebenfalls nicht direkt. Die Mehrkosten müssen als von der Kaltmiete getrennte Betriebskosten ohnehin von den Mietern getragen werden, sie sind für den Vermieter also durchlaufende Posten. So nimmt es nicht wunder, dass viele Vermieter keinen wirtschaftlichen Druck zur energetischen Sanierung verspüren.

Bei der Bewertung der Problematik wird übrigens oft 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.<sup>6</sup> Diese Vorteile sind aber weniger gut sichtbar, zumal der Energieausweis, der diese transparent machen soll, erhebliche strukturelle Mängel aufweist.<sup>7</sup> Infolge dessen werden die Vorteile energetischer Sanierungen in der Wahrnehmung auf der Vermieterseite oft unterschätzt.

### C. Analyse: Hemmnisse und Anreizmängel

Die für eine bessere Wärmedämmung und den Wechsel zu klimaschonenden Energietechniken entscheidenden mietrechtlichen Normen betreffen die Duldungspflicht (§ 554 BGB) und die Miet-

höhe (§§ 558 und 559 BGB). Eine gewisse Bedeutung kommt auch der Mietminderung wegen vorübergehender Mängel des Wohnraums zu (§ 536 BGB). Ausgeklammert bleiben soll hier das Verbrauchskostenrecht, das nicht zuletzt für den Übergang zum Wärmecontracting bedeutsam ist (siehe dazu die §§ 556 und 560 BGB sowie die Betriebskosten- und die Heizkostenverordnung).<sup>8</sup>

### I. Duldungspflicht

Ob der Vermieter energetische Verbesserungen am Gebäude und dessen Energietechnik durchführen kann, ist entscheidend davon abhängig, ob die Mieter zur Duldung verpflichtet sind. § 554 BGB sieht dafür ein differenziertes System vor:

Nach § 554 Abs. 1 BGB hat der Mieter uneingeschränkt Maßnahmen zu dulden, die »zur Erhaltung der Mietsache erforderlich« sind. Im Unterschied zu dieser absoluten Duldungspflicht sieht § 554 Abs. 2 BGB für Maßnahmen »zur Verbesserung der Mietsache, zur Einsparung von Energie oder Wasser oder zur Schaffung neuen Wohnraums« eine relative Duldungspflicht vor. Bei solchen Maßnahmen entfällt die Duldungspflicht des Mieters, »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

<sup>6</sup> Eingehend *Enselsing/Hinz* (IWU) [www.iwu.de], Wirtschaftlichkeit energiesparender Maßnahmen im Bestand (2008), S. 20 f.; ferner *IWU*, Querschnittsbericht (Fn. 5), S. 32.

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Schmidt*, ZUR 2008, 463 ff.

<sup>8</sup> Grundlegend zum Contracting *BGH*, NJW 2005, 1776/1777 sowie *BGH*, NJW 2006, 2185/2186. Instruktiv dazu *Milger*, NZM 2008, 1 ff. Aus fachlicher Sicht *Pöschk*, Contracting, in: ders. (Hrsg.), Jahrbuch Energieeffizienz 2006, S. 155 ff.

hung ist nicht als Härte anzusehen, wenn die Mietsache lediglich in einen Zustand versetzt wird, wie er allgemein üblich ist.«

Daraus ergeben sich für beabsichtigte energetische Verbesserungen mehrere Probleme:

### 1. Absolute Duldungspflicht?

Es ist nicht eindeutig, was gilt, wenn die vom Vermieter angestrebten energetischen Verbesserungen auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruhen. So enthält z.B. die Energieeinsparverordnung (EnEV) mehrere Verpflichtungen zu energetischen Verbesserungen bei Bestandsgebäuden, z.B. die Pflicht zum Austausch von Uralt-Heizungen (Inbetriebnahme vor 1979), zur Dämmung von Keller-geschossdecken und zur Dämmung von Rohrleitungen (vgl. §§ 10, 11 und 14 Abs. 5 EnEV). Diese Verpflichtungen sind, sofern die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, bindend. Die wichtigste Vorgabe enthält jedoch § 9 EnEV. Danach müssen, sofern bestimmte umfangreichere Sanierungsarbeiten am Gebäude stattfinden (z.B. Putzerneuerung, Fensteraustausch, neue Dacheindeckung), für die einzelnen Bauteile bestimmte energetische Mindeststandards eingehalten werden. Wahlweise kann der Gebäudeeigentümer aber auch durch anderweitige Maßnahmen sicherstellen, dass das Gebäude insgesamt einen bestimmten energetischen Mindeststandard erfüllt.

Der BGH geht für Maßnahmen, zu denen der Vermieter gesetzlich verpflichtet ist, grundsätzlich davon aus, dass eine eigenständige Duldungspflicht nach »Treu und Glauben« besteht,<sup>9</sup> die praktisch wie die absolute Duldungspflicht nach § 554 Abs. 1 BGB behandelt wird. Nur: Es ist offen, ob das auch gilt, wenn das öffentliche Recht mehrere Realisierungsmöglichkeiten eröffnet, wie es z.B. für Verbesserungen nach § 9 EnEV der Fall ist. Vieles spricht dafür, dass in derartigen Fällen nicht von einer absoluten Duldungspflicht auszugehen ist, so dass § 554 Abs. 2 BGB zur Anwendung kommen muss. Denn es wäre ja denkbar, dass eine andere Erfüllungsvariante in Betracht kommt.<sup>10</sup>

Schwierigkeiten kann es darüber hinaus auch bei der Zuordnung von Maßnahmen geben, die der Vermieter außerhalb einer gesetzlichen Verpflichtung ergreift – nämlich wenn er eine ausgediente technische Anlage (insb. eine alte Heizung) gegen eine neue, effizientere austauschen will. Hier ist ebenfalls fraglich, ob eine absolute Duldungspflicht greift oder auf § 554 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden muss. Denn nach traditioneller Sichtweise erstreckt sich § 554 Abs. 1 BGB nur auf (reine) Erhaltungsmaßnahmen, so dass eine Anwendung beim Eintritt von energetischen Verbesserungen nicht in Betracht kommt. Nun ist es aber so, dass eine alte, entsprechend ineffiziente Anlage auf dem Markt gar nicht mehr angeboten wird. Vor diesem Hintergrund scheint sich in der Praxis mehr und mehr die Auffassung durchzusetzen, dass der Austausch gegen eine durchschnittliche moderne Standardanlage noch von § 554 Abs. 1 BGB abgedeckt werde, weil hier keine Wahlmöglichkeit für eine Anlage wie die bisherige bestehe.<sup>11</sup> Aber auch diese Auffassung kann im Ergebnis nicht vollständig befriedigen, denn sie führt dazu, dass die Wahl einer besonders effizienten, über den heutigen Durchschnittsstandard hinausgehenden und damit unter Umständen (auch aus Mietersicht) besonders wirtschaftlichen Anlage rechtlich schlechter gestellt würde – entgegen dem Grundgedanken des Wirtschaftlichkeitsgebots aus § 556 Abs. 3 BGB.<sup>12</sup>

### 2. Relative Duldungspflicht: »Einsparung von Energie«?

Für § 554 Abs. 2 BGB ist nicht abschließend geklärt, was unter der »Einsparung von Energie« zu verstehen ist. Während einige Gerichte und die wohl überwiegende Rechtsliteratur davon ausgingen, dass hierbei auf die Einsparung von Endenergie beim Vermieter abzustellen sei,<sup>13</sup> hat der BGH 2008 entschieden, dass – jedenfalls bei Umstellung auf Fernwärme aus Kraft-Wärme-Kopplung – auch bei

einer Einsparung von Primärenergie von einer »Einsparung von Energie« auszugehen sei.<sup>14</sup>

Endenergie ist, vereinfachend gesagt, die Energie, die das vom Endverbraucher jeweils betriebene Gerät benötigt, um einen gewünschten Nutzeffekt zu erzielen (z.B. der Heizkessel oder der Durchlauferhitzer zur Erhöhung der Temperatur des Raums oder des Wassers). Der Begriff Primärenergie schließt darüber hinaus auch die Energie ein, die zur Herstellung der Endenergie benötigt wird. Speziell bei der Nutzung von Strom ist die eingesetzte Primärenergie sehr viel größer als die aus der Steckdose gezapfte Endenergie (nämlich im Durchschnitt fast dreimal so groß). Wenn man allein auf die Endenergieeinsparung abstellt, kommt man folglich zu einer anderen Bewertung, als wenn man – wie es der BGH für Fernwärme aus Kraft-Wärme-Kopplung bejaht – die Primärenergie in die Betrachtung einbezieht.

Mit der Rechtsprechung des BGH ist jedoch noch nicht für alle Fälle des Wechsels auf klimaschonende Energieträger positiv geklärt, ob sie unter den Terminus der »Einsparung von Energie« fallen. Unklar ist die Anwendbarkeit insbesondere für die Umstellung auf Holzbrennstoffe, weil es hierbei weder zu einer Einsparung von Primär- noch von Endenergie kommt, sondern lediglich zur Einsparung von fossiler Primärenergie. Relativ sicher erscheint demgegenüber die Anwendbarkeit auf Solarwärmanlagen, eindeutig nicht anwendbar demgegenüber auf die solare Stromerzeugung (jedenfalls sofern diese nicht für das Gebäude selbst genutzt wird<sup>15</sup>). Nicht erfasst ist außerdem die Umstellung von besonders klimaschädigendem Heizöl auf Erdgas, weil es hier weder zu einer Einsparung von Endenergie noch von Primärenergie kommt. Das ist der Sache nach unbefriedigend, weil der Wechsel von Öl auf Erdgas mit einer Senkung der Treibhausgasemissionen um ca. ein Drittel verbunden ist.<sup>16</sup>

### 3. Relative Nutzungspflicht: Abwägung und Verfahrensanforderungen

Gravierende normstrukturelle Probleme liegen bei § 554 Abs. 2 BGB ferner darin, dass das öffentliche Interesse am Klimaschutz bei der Abwägung mit Härtegründen der Mieter keine Rolle spielt,<sup>17</sup> dass die Härtegründe ohne Befristung sogar noch während der Bauarbeiten geltend gemacht werden können und dass der Vermieter sehr aufwändige Berechnungen sowohl zur Kostenseite (mit Differenzierung zwischen Erhaltungs- und Verbesserungsaufwand) als auch zur Wirksamkeit der Maßnahmen vorlegen muss.<sup>18</sup>

### 4. Duldungspflicht für klimaschädigende Maßnahmen

Ärgerlich ist aus der Sicht des Klimaschutzes, dass die Mieter »normale« konventionelle Sanierungen und Modernisierungen an den

9 Klarstellend BGH, NZM 2009, 394.

10 Vgl. *Eisenschmid*, WuM 2009, 624, 626 f.; *Blank*, WuM 2008, 311/313; *Geyer*, GE 2009, 944.

11 Eingehend m.w.N. *Eisenschmid*, WuM 2009, 624/626 f.; *Blank*, WuM 2008, 311/313 f.; *Artz*, WuM 2008, 259/261.

12 Zum Wirtschaftlichkeitsgebot vgl. einerseits *Artz*, WuM 2008, 259/263 f., andererseits *Eisenschmid*, WuM 2009, 624/629.

13 So *LG Berlin*, GE 1988, 731; *LG Hamburg*, WuM 2002, 375; eingehend *Eisenschmid*, WuM 2006, 119 ff.; *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 554 Rdnr. 152; *Meyer-Harport*, NZM 2006, 524 ff.

14 BGH, WuM 2008, 667 f., Rdnr. 22 ff.; zustimmend *Ringel*, WuM 2009, 71 ff.; krit. *Eisenschmid*, WuM 2009, 624/625 f.

15 Diese Variante übersieht *Eisenschmid*, WuM 2009, 624/626.

16 Vgl. *Umweltbundesamt* [www.umweltbundesamt.de]: Emissionsfaktoren und Kohlenstoffgehalte (2007). Danach liegt der Emissionsfaktor für Heizöl bei 0,074 t CO<sub>2</sub>/GJ, für Erdgas bei 0,055 t CO<sub>2</sub>/GJ.

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

18 Vgl. BGH, NJW 2006, 1126. Krit. *Immobilienverband Deutschland/IVD* (unter Mitw. Bethge u. Partner): Ziele und Eckpunkte eines Gesetzentwurfs für die Beseitigung mietrechtlicher Hemmnisse beim Klimaschutz (2008), S. 3; *Warnecke*, DWW 2007, 282/284.



Gebäuden und ihren Wohnungen selbst dann hinnehmen müssen, wenn damit gegen die Vorgaben der EnEV verstoßen wird (z.B. durch Unterlassen vorgeschriebener Wärmedämmung) oder wenn sonstige Modernisierungsmaßnahmen ergriffen werden, die den Klimaschutzziele entgegen laufen (z.B. Einbau von Klimaanlage).

Besonders der erste Fall ist für die Strategie der energetischen Gebäudesanierung von großer – negativer – Bedeutung. Denn die Anforderungen der EnEV zur energetischen Gebäudesanierung werden sehr häufig umgangen und sind kaum effektiv kontrollierbar.<sup>19</sup> Das gilt namentlich für die Einhaltung der vorgeschriebenen Wärmedämmstandards bei Fassadenerneuerungen, Dacharbeiten und Fällen des Fensteraustauschs nach § 9 EnEV. Viele Eigentümer ignorieren die betreffenden Pflichten schlicht, und keine Behörde bemerkt es – kein Wunder, da es für die Arbeiten keine Genehmigungserfordernisse und keine behördlichen Kontrollen gibt. Im Zuge der EnEV-Novelle 2009 hat man vor diesem Problem praktisch kapituliert. So wurde in dem neuen § 26a EnEV geregelt, dass die Einhaltung der Anforderungen künftig von den durchführenden Architekten und Handwerksfirmen schlicht selbst zu erklären ist (»Unternehmererklärung«) – von denjenigen also, die ein wirtschaftliches Eigeninteresse daran mitbringen, es mit der Einhaltung der Pflichten nicht so genau zu nehmen. Der Bundesrat hat sich geweigert, dem Vorschlag der Bundesregierung zu folgen, diese Regelung durch eine behördliche Stichprobenkontrolle zu flankieren.<sup>20</sup>

## II. Miethöherecht

Aus wirtschaftlicher Sicht interessieren vor allem die Miethöhebestimmungen, weil von diesen abhängt, inwieweit die Vermieter energetische Investitionen durch eine Anhebung der Kaltmiete refinanzieren können. Die erreichbaren Verbrauchskosteneinsparungen kommen ihnen nicht selbst zugute. Sie sind daher auf eine Erhöhung der Kaltmiete angewiesen. Fällt die Anhebung geringer aus als die Investition (zuzüglich des für angemessen erachteten Gewinns), haben sie keinen Anreiz zur energetischen Sanierung. Fällt er jedoch größer aus als die auf der Mieterseite entstehende Minderung der Heizkosten, so entstehen Netto-Nachteile auf der Mieterseite. Hier das richtige Maß zu treffen und dieses auch noch im Vorhinein halbwegs sicher einzuschätzen, ist keine einfache Angelegenheit.

### 1. Überblick

Das Miethöherecht des BGB gibt den Vermietern für die Anhebung der Miete zwei Wahlmöglichkeiten. Sie können die Miete entweder auf »normale« Weise erhöhen, nämlich auf Basis der ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 BGB). Oder sie greifen zum Mittel der sog. Modernisierungsumlage (§ 559 BGB):

- § 558 BGB stellt den Grundsatz auf, 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).<sup>21</sup> 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 BGB die Möglichkeit zur Aufstellung eines Mietspiegels (vgl. §§ 558c und 558d BGB); außerhalb von Mietspiegelkommunen sind Vergleiche mit ähnlichen Wohnangeboten anzustellen.
- § 559 BGB berechtigt den Vermieter unter Abweichung von § 558 BGB dazu, im Falle einer Modernisierung pro Jahr bis zu 11% der modernisierungsbedingten Investitionskosten auf die

Miete umzulegen (sog. Modernisierungsumlage). Zu den vom Begriff der »Modernisierung« umfassten baulichen Änderungen am Gebäude zählt die Bestimmung neben anderen auch Maßnahmen, die »nachhaltig die Einsparung von Energie bewirken« und solche, die der Vermieter »auf Grund von Umständen durchgeführt hat, die er nicht zu vertreten hat«. Der Vermieter hat für die Wahrnehmung von § 559 BGB – wie bei der Duldungspflicht – einen relativ hohen Berechnungs- und Erklärungsaufwand zu bewältigen, insbesondere wegen der Notwendigkeit der Differenzierung zwischen den umlegungsfähigen Modernisierungsaufwendungen und den nicht von der Umlage erfassten anteiligen Erhaltungsaufwendungen (vgl. § 559a und b BGB).<sup>22</sup>

### 2. Die Modernisierungsumlage

Im Zentrum der Diskussion über die Refinanzierbarkeit steht zu meist die sog. Modernisierungsumlage. Aus Vermietersicht wird dabei zum einen der hohe berechnungs- und erklärungsstechnische Aufwand kritisiert, der insbesondere private kleinere Vermieter überfordere und abschrecke.<sup>23</sup> Zum anderen macht sich viel Kritik an dem wie in § 554 Abs. 2 BGB verwendeten Begriff der »Einsparung von Energie« fest, welcher hier durch das Adjektiv »nachhaltig« ergänzt wird. Diese Kritik hat allerdings durch die bereits erwähnte neuere Rechtsprechung des BGH zu § 554 Abs. 2 BGB an Bedeutung verloren. Zur Wahrung der Mieterinteressen wird demgegenüber oft darauf hingewiesen, dass die Mieter überverteilt würden, weil die Umlage die Mieter auf Dauer belaste, also über den Amortisationszeitraum hinaus.<sup>24</sup> Auch wird in den Medien immer wieder von Fällen berichtet, in denen die Mieter mit Kaltmietenerhöhungen konfrontiert werden, die weit über den Verbrauchskosteneinsparungen liegen.

Die – wenigen – Praxisstudien<sup>25</sup> zur Anwendung von § 559 BGB bestätigen den Eindruck, dass § 559 BGB seinem erklärten Zweck,<sup>26</sup> einen gezielten Anreiz zur Vornahme energetischer Verbesserungsmaßnahmen zu setzen, nicht gerecht werden kann. Das liegt neben der schwerfälligen Handhabung vor allem an zwei Umständen:

- Der 11-prozentige Umlagesatz darf zwar an sich auf Dauer erhoben werden, aber er wird nach einer kurzen Übergangszeit zum Bestandteil der Grundmiete, die ihrerseits als Ganze an der ortsüblichen Vergleichsmiete zu messen ist.<sup>27</sup> Das bedeutet: Steigt die ortsübliche Vergleichsmiete allgemein an und wird darin der bessere energetische Zustand nicht durch Höherstufung honoriert, so wird die Umlage aufgezehrt. Die Vermieter können den Umlagesatz entgegen der verbreiteten Annahme also nicht auf Dauer auf die ortsübliche Vergleichsmiete aufschlagen. Der Nutzen der Regelung ist deshalb aus Vermietersicht nur dort gegeben, wo die ortsübliche Vergleichsmiete nicht oder nur ge-

19 Vgl. Klinski (Fn. 1), Kap. 2.2.1 m.w.N. – dort Übersicht über die Landesregelungen zum Vollzug der EnEV 2007; ferner Bürger et al. (Öko-Institut [www.oeko.de]), Klimapol. Eckpunkte für die Novelle des Energieeinsparungsgesetzes (2006), S. 111 ff.

20 Vgl. einerseits § 26a EnEV i.d.F. des Reg.-Entwurfs (BR-Drs. 569/08), andererseits Änd.-Beschl. Nr. 14 des BR in BR-Drs. 569/08(B).

21 Ausnahmen sind Fälle, in denen einen Staffelmiete oder eine Indexmiete vereinbart ist (vgl. §§ 557a und b BGB).

22 Eingehend Börstinghaus in Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 559 Rdnr. 160 ff. m.w.N.

23 Krit. Warnecke, DWW 2007, 282/284; ähnlich IVD (Fn. 18), S. 3.

24 Vgl. ifeu-Institut [www.ifeu.de]: Verbrauchs- oder Bedarfspass (2005), S. 14; Klinski zum Gesetzentwurf für das EEWärmeG (2008), in: Dt. Bundestag, Ausschuss-Drs. 16(16)394(B), S. 24 f.

25 Untersucht wurde dieser Zusammenhang durch das IWU Darmstadt. Eingehend Enseling/Hinz (Fn. 6): Wirtschaftlichkeit, S. 23 m.w.N.

26 Vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 36.

27 Ausdrückl. BGH, NJW 2008, 848/849; vgl. auch Börstinghaus in Schmidt-Futterer, Mietrecht, Vor § 558 BGB, Rdnr. 5 m.w.N.; ders. jetzt in WuM 2009, 631 f.

ringfügig ansteigt oder wo die energetische Beschaffenheit des Gebäudes als wohnwerterhöhendes Qualitätsmerkmal in der ortsüblichen Vergleichsmiete bewertet wird.

- Die Anwendung des § 559 BGB steht nicht unter der Voraussetzung, dass sich auf der Mieterseite die Verbrauchskosten mindern. Das ist zwar häufig der Fall, rechtlich aber nicht gefordert. Wenn die konkreten Maßnahmen unzureichend geplant oder ausgeführt werden, zahlen die Mieter eine höhere Warmmiete als zuvor. Erst recht sind diese im Nachteil, wenn es – zulässigerweise – lediglich zu einer Primärenergieeinsparung kommt (wie bei Umstellung auf KWK-Fernwärme) oder wenn zugleich konventionell modernisiert, also der Ausstattungsstandard erhöht wird.

Kritikbedürftig ist aus dem Blickwinkel des Klimaschutzes zudem (wie bei § 554 BGB), dass die Wahrnehmung von § 559 BGB unabhängig davon ist, ob die Mindestanforderungen der EnEV eingehalten werden. Wird die Fassade oder das Dach zwar erneuert oder werden andere Fenster eingebaut, hierbei aber der jeweilige Mindeststandard der EnEV missachtet, darf die Maßnahme dennoch über § 559 BGB abgerechnet werden.

### 3. Die ortsübliche Vergleichsmiete

Die Bedeutung der ortsüblichen Vergleichsmiete für die energetische Modernisierung wird oft unterschätzt. Da die Modernisierungsumlage nur für einen gewissen Anteil der Fallsituationen wirtschaftlich interessant ist, sind die meisten Vermieter auf eine Erhöhung im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete angewiesen. Die Wahl dieser Verfahrensweise bringt für sie auch den Vorteil, dass auf eine differenzierte Berechnung und Begründung des Modernisierungsaufwandes verzichtet werden kann. Zudem wurde bereits gezeigt, dass die Modernisierungsumlage längerfristig nur dann vorteilhaft ist, wenn die energetische Verbesserung im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete zur Höherstufung führt. Dann aber müsste eine Erhöhung im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete ohnehin möglich sein, so dass die zusätzliche Umlage wiederum an Bedeutung verliert.<sup>28</sup>

Das geltende Mietrecht steht einer Berücksichtigung energetischer Kriterien bei der Feststellung der ortsüblichen Vergleichsmiete nicht entgegen. Zwar ist das nicht ausdrücklich geregelt. Es bestehen aber keine ernstlichen Zweifel daran, dass die energetische Gebäudequalität zu den für die ortsübliche Vergleichsmiete relevanten Beschaffenheitsmerkmalen des Wohnraums zählt.<sup>29</sup> In einer jüngeren Entscheidung hat das Landgericht Hamburg dies sogar für den Fall bestätigt, dass der örtliche Mietspiegel hierüber keine explizite Aussage enthält, sofern eindeutig feststeht, dass das betreffende Gebäude über einen gegenüber dem Durchschnitt deutlich erhöhten Wärmeschutz verfügt.<sup>30</sup>

Die Frage, welche Spielräume die ortsübliche Vergleichsmiete für eine Kaltmietenerhöhung zum Zwecke der Refinanzierung von energetischen Maßnahmen bietet, ist letztlich eine Marktfrage. Ist ein Gebäude energetisch von besserer Beschaffenheit, führt dies zu niedrigeren Nebenkosten der Mieter, insb. für Heizung und Warmwasser. Dies müsste der Markt eigentlich honorieren. Denn wo die Nebenkosten niedrig liegen, kommen die Mieter bei entsprechend höheren Kaltmieten insgesamt auf keine höhere Warmmiete. Diverse Einzelstudien zeigen dementsprechend auch auf, dass es durchaus viele Fälle geben kann, in denen sich gut geplante und durchgeführte energetische Sanierungen auf dieser Basis warmmietenneutral refinanzieren lassen.<sup>31</sup> Aber der Markt gibt Erhöhungen der Kaltmiete oftmals absolut nicht her, zumal die erreichbaren Verbrauchskostenentkungen nicht klar quantifizierbar sind und (erst recht) nicht garantiert werden können. In Gebieten mit einem Überangebot an Wohnraum sieht es insofern besonders ungünstig aus.

Zu großen Teilen ist das Problem somit eines der Markttransparenz. Die energetische Beschaffenheit des Wohnraums wird in den meisten Kommunen (auch bei Vorliegen eines Mietspiegels) nicht systematisch zu den Beschaffenheitskriterien für die Einstufung des Wohnraums gezählt, obwohl das rechtlich ohne weiteres möglich wäre.

Traditionell spielt in den Mietspiegeln lediglich die Frage nach der Zentralheizung eine Rolle, vielleicht noch (als Negativkriterium) die nach Einfachfenstern. Dies ändert sich zwar allmählich. Als erste Stadt in Deutschland hat Darmstadt im Jahr 2003 einen sog. ökologischen Mietspiegel eingeführt, der die energetische Beschaffenheit zu einem der Standardkriterien für die Bewertung des Wohnraums erhebt.<sup>32</sup> Einige andere Kommunen sind derzeit dabei, ähnliche Systeme aufzubauen.<sup>33</sup> Allgemein durchgesetzt hat sich diese Tendenz jedoch noch nicht, auch weil die meisten Mieter die Bedeutung der energetischen Beschaffenheit des Wohnraums noch nicht erfasst haben und es weithin unüblich ist, bei der Wohnungssuche Auskünfte hierzu zu verlangen. Trotz des 2007 eingeführten Energieausweises schauen die Mieter noch sehr wenig auf dieses Kriterium – sicher auch deshalb, weil verbreitet befürchtet wird, dass das Nachfragen nach dem Energieausweis die Chance verringert, als Wohnungsbewerber akzeptiert zu werden.<sup>34</sup>

### III. Mietminderungsansprüche

Mit zur wirtschaftlichen Kalkulation gehört auch die Frage, inwieweit die Vermieter bei Baumaßnahmen zur energetischen Verbesserung befürchten (müssen), wegen der vorübergehenden negativen Auswirkungen auf die Wohnqualität mit Mietminderungsverlangen konfrontiert zu werden. Dies richtet sich nach § 536 BGB. Die Vorschrift geht davon aus, dass die Miete bei jeder Art von Herabsetzung der vertraglich geschuldeten Nutzbarkeit des Objekts zu mindern ist. Das gilt uneingeschränkt auch dann, wenn die baulichen Maßnahmen dazu dienen, die energetische Beschaffenheit zu verbessern.

Aus der Sicht des Verfassers kann eine partielle Einschränkung des Minderungsanspruches den Mietern durchaus zugemutet werden. Sichergestellt werden muss dabei aber, dass dies auf den im öffentlichen Interesse liegenden Sonderfall der Baumaßnahmen für dem Klimaschutz dienende energetische Verbesserungen beschränkt bleibt und auch geeignete sachliche und zeitliche Begrenzungen fixiert werden (z.B. nicht mehr als drei Monate, nur außerhalb der Heizperiode).<sup>35</sup>

Die Bedeutung dieser Thematik sollte bei alledem nicht unterschätzt werden, weil von der Möglichkeit der Mietminderung aus derartigen Anlässen ohnehin offenbar eher selten praktisch Gebrauch gemacht wird.<sup>36</sup>

28 Unbelegt und unsicher ist die von *Börstinghaus* in WuM 2009, 631 geäußerte Einschätzung, »in der Regel« werde es bei energ. Verbesserungen zur Anwendung von § 559 BGB kommen.

29 Eingehend m.w.N. *Börstinghaus*, WuM 2009, 631/633.

30 Vgl. *LG Hamburg*, WuM 2009, 676 f.

31 Vgl. *IWU*, Querschnittsbericht (Fn. 4), 18 ff.; *Enseling/Hinz* (Fn. 5): Wirtschaftlichkeit, S. 20 ff.

32 Eingehend zum ökol. Mietspiegel Darmstadt *Enseling/Hinz* (Fn. 5), Wirtschaftlichkeit, S. 45 ff.

33 Vgl. auch *Börstinghaus*, WuM 2009, 631, 632.

34 Vgl. die Zufallsstichprobe des *Berliner Mietervereins*, Mietermagazin 2008, 246/247.

35 Eingehend *Klinski* (Fn. 1), Kap. 3.2.4.

36 So die einhellige Auffassung der Beteiligten des Abschlussworkshops zur Studie des Verf. beim UBA am 29.6.2009.

#### IV. Mangelnde Abstimmung mit dem Energieeinsparrecht

Es ist bereits an mehreren Stellen erkennbar geworden, dass die Regelungen des Mietrechts und die Bestimmungen der Energieeinsparverordnung nicht sinnvoll aufeinander abgestimmt sind. Als besonderer Problempunkt wurde identifiziert, dass die öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen im Rahmen der Duldungspflicht und der Modernisierungumlage keine Berücksichtigung finden. Ein weiterer Schwachpunkt liegt darin, dass der Energieausweis nur den Wohnungsbewerbern im Falle des Mieterwechsels offen gelegt werden muss, obwohl der Ausweis für alle (auch die laufenden) Mietverhältnisse relevante Informationen enthält und die ihm zugedachte Wirkung anderenfalls sehr viel besser entfalten könnte – nämlich die energetische Qualität des Wohnraums für den Markt transparent zu machen, um Impulse zur energetischen Verbesserung auszulösen.

Umstritten ist hinsichtlich des Verhältnisses zur EnEV außerdem, inwieweit Mieter von ihrem Vermieter die Erfüllung von öffentlich-rechtlichen Mindestanforderungen verlangen oder bei Nichtinhaltung Ersatzansprüche geltend machen können. In der Rechtsliteratur wird dies überwiegend verneint oder nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen bejaht.<sup>37</sup>

#### D. Zwischenfazit und Vorüberlegungen zur Reform

Im Zwischenfazit kann konstatiert werden, dass das BGB-Mietrecht auf der einen Seite eine Reihe von Hürden für die energetische Gebäudesanierung aufbaut, auf der anderen Seite kein funktionierendes wirtschaftliches Anreizgerüst dafür bereithält.

Das Schlagwort vom »Investor-Nutzer-Dilemma« charakterisiert die Situation nur teilweise zutreffend. 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 Kosten nicht vollständig an die Mieter durchreichen können. Es gibt aber nicht selten auch Konstellationen, in denen die Mieter draufzahlen, weil unzulängliche Maßnahmen durchgeführt werden, die dennoch auf die Miete umgelegt werden können. Und es darf auch nicht unterschlagen werden, dass es häufig Win-Win-Situationen für Mieter und Vermieter geben kann, nämlich wenn die erreichbare Senkung der Verbrauchskosten hoch ist und die Marktlage vor Ort zugleich eine angemessene Kaltmietenerhöhung gestattet. Nur: erkennbar und abschätzbar ist das meist schlecht.

Änderungsbedarf besteht für das Mietrecht in zweierlei Hinsicht:

- Zum einen ist es wichtig, die – vor allem in § 554 BGB liegenden – klassischen Hemmnisse abzubauen.
- Zum anderen sollten die durch das Mietrecht gesetzten wirtschaftlichen Bedingungen für energetische Investitionen verbessert werden.

Im Hinblick auf den wirtschaftlichen Anreiz mietrechtlicher Regelungen sei ergänzend darauf hingewiesen, dass eine gewisse Vorsicht geboten ist, ihre Wirkkraft zu überschätzen. Das Mietrecht kann, auch wenn das auf den ersten Blick wünschenswert erscheint, nicht die zentrale Antriebsrolle für die energetische Gebäudesanierung spielen, weil anderenfalls die soziale Balance des Mietrechts überfordert wäre. Würde innerhalb der instrumentellen Strategie zur energetischen Gebäudesanierung primär auf wirtschaftliche Anreize für die Vermieter gesetzt, so würde dies die Gesamtkosten der Maßnahmen zu Lasten der Mieter enorm in die Höhe treiben – denn der ökonomische Anreiz müsste so attraktiv ausgestaltet werden, dass sich durch ihn auch solche Vermieter angesprochen fühlen, die an sich keine positive Grundmotivation für

die energetische Gebäudesanierung mitbringen, Bedenken im Hinblick auf baulich-technische Aspekte haben oder das wirtschaftliche Risiko scheuen. Dem Mietrecht können daher innerhalb einer instrumentellen Gesamtstrategie zur energetischen Gebäudesanierung nur stützende und ergänzende Funktionen zukommen. Die zentrale Steuerungsrolle muss beim öffentlichen Recht und bei flankierenden Förderprogrammen verbleiben und dort zielgerecht ausgebaut werden.

Wichtig ist auch eine bessere Abstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Anforderungen zur Energieeinsparung und (soweit solche für den Gebäudebestand aufgestellt werden sollten<sup>38</sup>) zum Einsatz erneuerbarer Energien. Es gibt keinen vernünftigen Grund, an dieser Stelle Zivilrecht und öffentliches Recht weitgehend unverknüpft nebeneinander her laufen zu lassen. Der Gedanke, das Mietrecht für die Durchsetzung öffentlich-rechtlich aufgestellter Forderungen zu funktionalisieren, liegt dem traditionellen Zivilrechtsverständnis zwar eher fern. Das begründet aber nicht, dass es so bleiben müsste. Insbesondere im angloamerikanischen Rechtskreis und im Europarecht sind solcherart Instrumentalisierungen des Zivilrechts weit verbreitet.<sup>39</sup> Die Ziele des Klimaschutzes sind allemal wichtig genug, um auch im Mietrecht die ausgetretenen Pfade zu verlassen.

Nur hingewiesen sei – hieran anknüpfend – darauf, dass auch im öffentlichen Recht noch viel zu tun ist, um die Herausforderungen des Klimaschutzes im Gebäudebereich meistern zu können. Die zur Erreichung des »2-Grad-Ziels« nötige Senkung der CO<sub>2</sub>-Emissionen in der Größenordnung von 80-90 % bis 2050 (oder gar mehr) erfordert eine konzeptionelle Reform des gesamten Energierechts für die Gebäude unter dem Primat des Klimaschutzes. Nachdenkenswert ist hierfür neben erweiterten Auslösetatbeständen für Sanierungspflichten und schärferen Einzelanforderungen insbesondere die Vorgabe von längerfristig angelegten, stufenweise ansteigenden energetischen Mindeststandards für Bestandsgebäude. An derartige Regelungen ließe sich dann wiederum im Mietrecht anknüpfen (etwa durch eine Mietanstiegsbegrenzung bei Nichteinhaltung von Mindestanforderungen).<sup>40</sup>

#### E. Konkrete Reformvorschläge

##### I. Vorschläge zum Hemmnisabbau

Die wichtigsten Vorschläge für die Beseitigung bestehender mietrechtlicher Hemmnisse lassen sich in folgenden Empfehlungen zusammenfassen:<sup>41</sup>

- Der in § 554 Abs. 2 BGB verwandte Begriff der »Einsparung von Energie« sollte durch eine einheitliche Begriffsformel ersetzt werden, mit der alle aus Klimaschutzsicht bestehenden Auslegungsprobleme beseitigt werden. Das wäre erreichbar, wenn dort generell von Maßnahmen zur »Verminderung der verursachten Treibhausgasemissionen« gesprochen würde. Diese Formel wirkt auf Anhieb recht sperrig. Sie hat aber den Vorzug, die Sache punktgenau zu treffen und an mehreren Stellen im Gesetz einheitlich verwendbar zu sein. Es sind allerdings auch andere passable Alternativen denkbar (wie z.B. eine Legaldefinition der Formel »Einsparung von Energie«).

<sup>37</sup> Differenziert zur Problematik *Flatow*, NZM 2008, 785 ff. m.w.N.

<sup>38</sup> Beachte: Das EEWärmeG bezieht sich bislang allein auf neue Gebäude. Lediglich in Baden-Württemberg besteht bislang ein auch den Bestand einbeziehendes Gesetz (EWWärmeG BW).

<sup>39</sup> Instrukтив insb. für den Bereich des europ. Rechts *Schröder*, NVwZ 2006, 389 ff. m.w.N.

<sup>40</sup> Wobei hierbei die Längerfristigkeit der Stufung zu betonen ist. Eingehend zum Ganzen *Klinski* (Fn. 1), Kap. 3.3.1.3 und 3.3.2.1.

<sup>41</sup> Eingehend *Klinski* (Fn. 1), Kap. 3.2 mit Unterkap.



- Im Hinblick auf die relative Duldungspflicht aus § 554 Abs. 2 BGB sollten Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung 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 eine Einwendungsfrist einzuführen (die nur greifen sollte, sofern der Vermieter seinen Informationspflichten nachgekommen ist).<sup>42</sup>
- Besonders wichtig ist, die mieterseitige Duldungspflicht generell für alle Maßnahmen entfallen zu lassen, mit denen gegen Vorgaben aus dem Energieeinsparrecht verstoßen würde – und zwar auch, wenn es sich um bloße Erhaltungsmaßnahmen handelt. Durch eine solche Regelung ließe sich der (unzureichende) Vollzug der EnEV wirkungsvoll unterstützen.
- Mitunter wird vorgeschlagen, Ansprüche der Mieter auf Vornahme bestimmter Handlungen oder auf Entschädigung bei Nichterfüllung öffentlich-rechtlicher Anforderungen zu konstruieren. Das ist aber nur dort sinnvoll, wo das öffentliche Recht zur Anknüpfung geeignete konkrete Tatbestände bietet. Gegenwärtig ist das nur bei wenigen Sachverhaltskonstellationen gegeben (z.B. Heizungsaustausch, Fenstererneuerung). Wo geeignete Anknüpfungspunkte vorhanden sind, sollten sie genutzt werden.
- Sinnvoll und wichtig sind Nachbesserungen an den Bestimmungen zu den Energieausweisen. Diese sollten unabhängig von neuen Vermietungsanlässen allen Mietern zugänglich gemacht werden.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>
- In Bezug auf mögliche Mietminderungen auf Grund von § 536 BGB ist die Einführung einer Ausnahmebestimmung zu empfehlen, 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.

## II. Vorschläge zur Anreizverbesserung (Miethöherecht)

### 1. Basis: »Energetische Vergleichsmiete«

Das wirtschaftliche Anreizproblem ließe sich bereits wesentlich entschärfen, wenn flächendeckend sichergestellt wäre, dass die energetische Beschaffenheit des Wohnraums zu den maßgebenden Kriterien für die ortsübliche Vergleichsmiete gehören würde (»energetische Vergleichsmiete« – »ökologischer Mietspiegel«). Hierfür sollten klare rechtliche Konditionen vorgegeben werden. Auf den Markt kann dazu nicht abgewartet 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. Deshalb liegt es nahe, eine generelle gesetzliche Lösung zu verfolgen, die nicht nur für den Mietspiegel gilt. Das ist rechtstechnisch nicht schwierig.

Zur praktischen Umsetzung bedarf es geeigneter bewertungstechnischer Kenngrößen bzw. Klassifizierungen.<sup>45</sup> Unter pragmatischen Gesichtspunkten bietet es 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, 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.

### 2. An die Heizkostensenkung gekoppelter Mietzuschlag

In der Problemanalyse konnte geschlossen werden, dass die sog. Modernisierungsumlage nach § 559 BGB kein funktionsgerecht brauchbares Anreizinstrument für die energetische Gebäudesanierung ist. Diese Umlagemöglichkeit dieser Art sollte deshalb für energetische Verbesserungsmaßnahmen entfallen.

Partielle Veränderungen an § 559 BGB sind zwar denkbar, sie führen aber nicht viel weiter. Auf den ersten Blick liegt es zwar nahe, den Anreiz der Vermieter auf dem Wege eines höheren Umlagesatzes oder einer dauerhaften Abkoppelung der Modernisierungsumlage von der Grundmiete zu erhöhen. Aber derartige Ansätze würden stets dazu führen, dass den Mietern höhere Belastungen auferlegt werden und damit eine soziale Schieflage entsteht, sofern es nicht gelingt – was der entscheidende Punkt ist –, die zu erwartende Mieterhöhung in ein angemessenes Verhältnis zu den Einsparungen auf der Verbrauchsseite zu bringen. Genau hier liegt der Schlüssel zu einer anderen Reformoption:

An die Stelle der Modernisierungsumlage könnte, so das Ergebnis der detaillierten Vergleichs- und Wirkungsbetrachtungen in der UBA-Studie,<sup>46</sup> ein »Pauschalzuschlag zur energetischen Verbesserung« treten, dessen entscheidendes Merkmal darin liegt, dass der Zuschlag seiner Höhe nach an den Umfang der bewirkten Heizkostenminderung gebunden ist. Dadurch ist quasi die Warmmietenneutralität »eingebaut«. Für den Vermieter ist diese Option dennoch interessant, weil er eine klare Kalkulationsgrundlage für die Investition erhält, die es ihm ermöglicht, sowohl die Wirksamkeit als auch Wirtschaftlichkeit gut abzuschätzen, ohne dabei einen mit § 559 BGB vergleichbaren Berechnungs- und Erklärungsaufwand bewältigen zu müssen (weil für den Zuschlag nicht zwischen Erhaltungs- und Modernisierungsanteil unterschieden werden muss). Da die Warmmietenneutralität innerhalb eines Zeitraumes von einigen Jahren bei sinnvoll geplanten energetischen Verbesserungen sehr häufig praktisch erreicht werden kann, ist die Wahrnehmung dieser Option für den Vermieter auch ökonomisch sehr attraktiv,

<sup>42</sup> In diese Richtung auch IVD (Fn. 18).

<sup>43</sup> Ähnlich auch Blank, WuM 2008, 311/315.

<sup>44</sup> Kritisch Loga/Diefenbach/Knissel (IWU): Transparente Heizkostenabrechnung und Energieeffizienzlabel (2005), S. 6 ff.; in die gleiche Richtung Hertle/ifeu-Institut (Fn. 24), S. 17 ff./27 ff.; ferner IWU, Stellungnahme zum EnEV-Entw. v. 16.11.2006/Kabinettsbeschl. v. 24.4.2007, S. 4 ff.

<sup>45</sup> Aktuelle hierzu IWU: Anpassen der Instrumente zur energetischen Gebäudebewertung in ökologischen Mietspiegeln, Unters. im Auftrag der Deutschen Bundesstiftung Umwelt (DBU), 2009. Vgl. auch Börstinghaus, WuM 2009, 631/632.

<sup>46</sup> Eingehend zu insg. acht versch. instrumentellen Reformansätzen sowie zu den Grundlagenanforderungen im Energieeinsparrecht Klinski (Fn. 1), Kap. 3.3.2 und 3.3.3 mit Unterkap.

zumal die Erhebung des Zuschlags zeitlich nicht begrenzt ist. Für die Mieter bleiben die Netto-Vorteile trotzdem erhalten, weil die Heizkostensparnisse mit den in der Zukunft tendenziell weiter ansteigenden Brennstoffpreisen eher größer als kleiner werden.

Die konkrete rechtliche Konstruktion könnte so aussehen, dass der Vermieter die Befugnis erhält, für (bestimmte) Maßnahmen zur Verbesserung der energetischen Beschaffenheit des Wohngebäudes von den Mietern einen pauschalen Zuschlag zur Kaltmiete zu verlangen, wenn er diesen im Gegenzug ... »zusichert, dass die finanziellen Belastungen aus dem Mietzuschlag innerhalb eines Zeitraumes von X [z.B. 6] Jahren 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 Y [z.B. 3] der Erklärung vorangegangenen Jahre zugrunde zu legen.«

Die Bestimmung muss in den Details so ausgestaltet werden, dass sie praktikabel ist und rechtliche Konflikte weitgehend vermieden werden können. Dem entwickelten konkreten Ausgestaltungsvorschlag liegen hierzu folgende weitere Überlegungen zugrunde:

- Als Datengrundlage können die Zahlen aus der nach der Heizkostenverordnung erhobenen Heizkostenumlage verwendet werden. Diese wurden in der Regel schon seit mehreren Jahren erhoben. Der Durchschnittsverbrauch in dem maßgebenden Referenzzeitraum kann daraus leicht ermittelt werden.
- Die Pauschale kann nicht an die Verbrauchssituation der einzelnen Wohnung geknüpft werden, sondern nur an diejenige für das gesamte Hausobjekt. Sonst ergäben sich zu viele und zu große Schwankungen und individuelle Abweichungen, welche die praktische Handhabung erschweren oder gar unmöglich machen würden. Dieses Problem ist für das gesamte Gebäude weit weniger gravierend, weil sich individuelle Verbrauchsschwankungen mit zunehmender Zahl der Wohneinheiten tendenziell ausmitteln.<sup>47</sup> Von daher könnte die Anwendbarkeit der Regelung auch von vornherein auf größere Wohnobjekte beschränkt werden. Notwendig ist das aber nicht, weil diese Entscheidung den Vermietern selbst überlassen bleiben kann (sie müssen das »Angebot« der Vorschrift ja nicht annehmen).
- Für den Fall von Abweichungen von der Prognose sollte geregelt werden, dass die Mieter ab einem bestimmten Ausmaß der Abweichung einen Ausgleichsanspruch erhalten, der sich aber nur auf die Hälfte des Unterschiedsbetrages zwischen Mietkostenpauschale und tatsächlichen Heizkosten bezieht. Diese hälftige Teilung hat den Vorzug, 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).
- Witterungsbedingte Schwankungen dürfen für die Berechnung keine Rolle spielen. Denn diese könnten mitunter so groß sein, dass die finanziellen Auswirkungen unüberschaubar würden. Zu diesem Zweck könnten die Daten des deutschen Wetterdienstes herangezogen werden.
- Es muss klar sein, was geschieht, wenn es zu einem zwischenzeitlichen Mieterwechsel kommt. Hierzu bedarf es aber keiner ausdrücklichen Regelungen, wenn sichergestellt ist, dass der Ausgleichsanspruch tagessgenau zu berechnen ist. Dann kann es den beteiligten Parteien selbst überlassen bleiben, eine sachgerechte Verteilung vorzunehmen.

In der Gesamtbewertung und in dem – hier nicht im Einzelnen darstellbaren – Vergleich mit anderen denkbaren Instrumentenoptionen<sup>48</sup> kommt der an die Heizkostensparnis gekoppelte »energetische Pauschalzuschlag« zu einer ausgesprochen positiven

Bewertung. Er bietet gute Voraussetzungen, um zu einem sowohl für die Vermieter- als auch für die Mieterseite angemessenen Ergebnis zu kommen. Er lässt sich auf praktikable Weise ausgestalten, ist umweltökonomisch in hohem Maße effizient und belastet die soziale Balance zwischen Mieter- und Vermieterinteressen allenfalls geringfügig. 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. Dadurch bewegt sich das Instrument auf einer stabilen sozialpolitischen Basis. Es führt die Interessen der Vermieter und der Mieter an der energetischen Verbesserung zusammen und ist daher geeignet, ein der Sache förderliches »Wir-Gefühl« zu erzeugen.

## F. Ergebnisse

Dem Mietrecht kann nicht die Funktion des zentralen Anreiz- und Steuerungsinstruments für die Strategie der energetischen Gebäudesanierung zukommen. Es kann zu dieser aber wichtige unterstützende Beiträge leisten. Zu empfehlen sind insbesondere:

- die Umgestaltung der Regelungen zur Duldungspflicht, wobei neben begrifflichen Klärungen und wesentlichen Erleichterungen für die Durchsetzung energetischer Verbesserungen vor allem auch vorgesehen werden sollte, die Duldungspflicht entfallen zu lassen, wenn mit den Maßnahmen gegen öffentlich-rechtliche Mindestanforderungen zur Energieeinsparung oder zum Einsatz von erneuerbaren Energien verstoßen würde,
- die Einführung einer generellen Pflicht zur Berücksichtigung energetischer Beschaffenheitskriterien im Rahmen der ortsüblichen Vergleichsmiete (»energetische Vergleichsmiete«) unter Anwendung einheitlich vorgegebener Klassifizierungen,
- die Einführung der zusätzlichen Option eines an die mieterseitige Heizkostensparnis gekoppelten Mietzuschlags für energetische Verbesserungsmaßnahmen, der an die Stelle der bisherigen (und in der bisherigen Form abzuschaffenden) Modernisierungsumlage tritt.

### Prof. Dr. Stefan Klinski

Professor für das Lehrgebiet »Wirtschaftsrecht, insbesondere Umweltrecht« an der Berliner Hochschule für Wirtschaft und Recht (HWR), Badensche Straße 50-51, 10825 Berlin. E-Mail: stefan.klinski@hwr-berlin.de.

Tätigkeitsschwerpunkte: Umweltrecht, Verfassungs- und Europarecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Recht der erneuerbaren Energien und der Energieeffizienz, Emissionshandel, umweltpolitische Steuerungsinstrumente

Aktuelle Veröffentlichungen: *Rechtskonzepte zur Beseitigung des Staus der energetischen Sanierung von Gebäuden* (Hrsg.: Umweltbundesamt), UBA-Texte 36/2009; *Gesetzgebung der Nachhaltigkeit – Das Beispiel Deutschland*, in: *Nachhaltigkeit im Vergleich: Deutschland und Brasilien* (Hrsg.: Anja Grothe u.a.), Berlin 2010; *Policies to Support Renewable Energies in the Heat Market* (mit Veit Bürger u.a.), in: *Energy Policy*, Vol. 36 (2008), 3140-3149, Amsterdam 2008.

<sup>47</sup> Vgl. Vogler: Was kann und soll ein Energieausweis für Wohngebäude leisten? Ergebnisse eines Praxistests, Berlin 2005.

<sup>48</sup> Vgl. Klinski (Fn. 1), Kap. 3.3.2 und 3.3.3 mit Unterkap.