

### Das Mietrechtsänderungsgesetz – Überblick zum Referentenentwurf vom 25.10.2011

Von *Dr. Ralf Dietrich*, Amtsgericht Stuttgart<sup>\*)</sup>

Der Beitrag erläutert die beabsichtigten Änderungen des Gesetzes „über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln“, wie das Mietrechtsänderungsgesetz (MietRÄndG) offiziell lautet, zum Stand des Referentenentwurfs des Bundesministeriums der Justiz vom 25.10.2011. Daneben werden einzelne Kritikpunkte aufgeworfen.

#### Inhaltsverzeichnis

#### A. Überblick

#### B. Energie

- I. Energetische Modernisierung
  - a) Hintergrund, Regelungswürdigkeit
  - b) Neusystematisierung acht baulicher Maßnahmen
  - c) Erleichterte faktische Durchsetzung der Modernisierung
  - d) Modernisierungs-Mieterhöhung: Kostenumlage oder „ökologischer Mietspiegel“
  - e) Temporärer Minderungsausschluss trotz Gebrauchswertbeeinträchtigung
  - f) Verschärfte Abgrenzungsproblematik baulicher Maßnahmen
- II. Contracting, § 556 c BGB-E

Im nächsten Heft:

#### C. Erleichterte Räumung

- I. Neuer Kündigungsgrund Kautionsrückstand – § 569 Abs. 2 a BGB-E
- II. Einmietbetrug: „Mietnomaden“ und „Berliner Räumung“
  - a) Hintergrund, Regelungswürdigkeit
  - b) Hinterlegungsanordnung und einstweilige Verfügung
  - c) Erleichterte Räumung auch gegenüber Dritten
  - d) Kodifizierung der „Berliner Räumung“

#### D. „Münchener Modell“ – § 577 a BGB-E

#### E. Weiterer Reformbedarf

#### F. Fazit

#### A. Überblick

Der Reformentwurf<sup>1)</sup> erfasst zunächst das Thema Energieeffizienz. Die energetische Modernisierung soll gefördert werden, v.a. auch durch ausgewogene Lastenverteilung zwischen den Mietparteien. Weiter soll eingekaufte Wärmeversorgung (Contracting) kostenseitig einfacher auf Mieter umgelegt werden können. Weiteres zentrales The-

ma ist die Erleichterung der Wohnungsräumung. So soll der Kautionsrückstand als eigener Kündigungsgrund kodifiziert werden. Vor allem aber soll dem Einmietbetrug, vulgo Mietnomadentum, durch Schärfung der vermietertischen prozessualen Mittel begegnet werden. Schließlich soll das sog. Münchener Modell, bei dem also eine Personengruppe ein Haus zur Geltendmachung von Eigenbedarf erwirbt, von vornherein rechtlich erschwert und damit faktisch verhindert werden.

Über jedes der Elemente wird in Theorie und Praxis naturgemäß diskutiert. Bei aller Diskussion besteht zwischen den Interessenverbänden allerdings in einem Punkt Einigkeit: Das geplante Mietrechtsänderungsgesetz sei verfehlt.<sup>2)</sup> Kann der Entwurf auch die grundsätzlich gegenläufigen Interessen zwangsläufig nicht allesamt befriedigen, so hat sich der Gesetzgeber doch offen für Rückmeldungen der verschiedenen Interessenvertreter gezeigt und sie im aktuellen Entwurf teilweise berücksichtigt.<sup>3)</sup>

Soweit hier eine kurze Bewertung angerissen wird, soll sie sich weniger mit den grundlegenden Wertvorstellungen der einzelnen Verbände befassen als, von der gesetzgeberischen Grundwertung ausgehend, die nun aufgeworfenen Themen rechtspolitisch und gesetzestechnisch auf die Alltagstauglichkeit hin betrachten. Im jetzigen Stand sind der Themenkomplex Energie, der neue Kündigungsgrund Kautionsrückstand sowie die Verhinderung des „Münchener Modells“ praktisch wesentliche Neuerungen, die rechtspolitisch nachvollziehbar erfasst und gesetzestechnisch im Wesentlichen gut gelöst werden. Nach wie vor ganz erheblichen Diskussionsbedarf auf jenen Ebenen bietet allerdings die Adressierung des sog. Mietnomadentums.

\*) Der Verfasser führt am AG Stuttgart ein Schwerpunktreferat für Mietrecht.

1) Abrufbar auf der Internetseite des Bundesjustizministeriums.

2) Stellungnahmen finden sich etwa von GdW, Mieterbund und Haus- und Grund auf deren Onlineseiten abrufbar, ebenso übergreifend von BSI – Bundesvereinigung Spitzenverbände der Immobilienwirtschaft unter <http://www.bfw-bund.de> vom 20.10.2011, zugleich für deren Unterverbände GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen; Immobilienverband Deutschland IVD; Bundesverband der Immobilienberater, Makler, Verwalter und Sachverständigen; BVI Bundesfachverband der Immobilienverwalter; Dachverband Deutscher Immobilienverwalter (DDIV); Verband deutscher Pfandbriefbanken (vdp); VGF Verband Geschlossene Fonds; BFW (Bundesverband Freier Immobilien- und Wohnungsunternehmen). Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt am 20.1.2012 nochmals abgerufen.

3) Ein synoptischer Überblick zu den Änderungen des jetzigen Entwurfs gegenüber dem Entwurf vom 11.5.2011 findet sich bei [www.info-m.de](http://www.info-m.de) (Info M 10/11, S. 408).

## B. Energie

Die Themen energetische Modernisierung und Contracting werden durch die thematische Klammer „Energie“ und das direkte oder indirekte Ziel der Energieeinsparung lose verbunden. Bei der energetischen Modernisierung steht der Energieeffizienzgedanke im Vordergrund und die Frage, wie die Einsparung unter und mittels fairer Lastenteilung forciert werden kann. Beim Contracting war Ausgangsgedanke die Ermöglichung der Umlage von fremd vergebener Wärmeversorgung, flankiert wird dieser jedoch ebenfalls mit Energieeinsparungszielen.

### I. Energetische Modernisierung

#### a) Hintergrund, Regelungswürdigkeit

Der Gesetzgeber will die energetische Modernisierung von Mietwohngebäuden beschleunigen und sieht sie zutreffend als eine der „wichtigsten Zukunftsaufgaben im Wohnungsmarkt“.<sup>4)</sup> Vorbereitet hat er die Reform durch das „Energiekonzept der Bundesregierung vom Herbst 2010“,<sup>5)</sup> das eine Weiterentwicklung gen Sommer 2011 im Rahmen des Eckpunktepapiers zur Energiewende<sup>6)</sup> erfuhr.<sup>7)</sup> Diese Neuorientierung wirft den Regelungsbedarf bezüglich der energetischen Modernisierung auf. Zusammengefasst sollen insbesondere durch Duldungspflichten des Mieters Hindernisse für eine energetische Modernisierung verringert und die Mieter an den finanziellen Lasten beteiligt werden. Ohne die Reform wird ein Versagen des Marktes befürchtet, da im Rahmen eines klassischen Investor-Nutzer-Dilemmas (auch Principal-Agent-Dilemma) sinnvolle Investitionen unterbleiben, weil der Investor keinen maßgeblichen Vorteil hat, der Nutzer aber sich an der Investition nicht beteiligt.<sup>8)</sup>

Der Einzelfall wird also nicht richtig erfasst.<sup>9)</sup> Regelungsbedarf ist damit gegeben. Zwar bedeutet nicht jeder Regelungsbedarf auch zugleich Regelungswürdigkeit, denn nicht jeder bislang unbefriedigend erfasste Einzelfall verdient eine neue Regelung. Um bundesweit den Wohnhausbestand zu modernisieren, muss aber eine breite Wirkung erzielt werden. Die Regelungswürdigkeit liegt damit auf der Hand. Die gesetzgeberische Wertung, dass an der energetischen Modernisierung kein Weg vorbei führt, ist faktisch zwingend. Sie ist ein wesentlicher Schritt etwa neben Förderprogrammen auf dem unabdingbaren Weg zur energetischen Modernisierung des deutschen Gebäudebestandes. Die Lasten der Modernisierung sind erheblich, die Lasten der Nichtmodernisierung, namentlich der Klimaerwärmung, sind aber letztlich größer. Da von der Modernisierung alle profitieren, ist es nur angemessen, auch die Modernisierungslast zu verteilen. Der Gesetzgeber sucht ersichtlich und redlich, die richtige Balance zu finden.

#### b) Neusystematisierung acht baulicher Maßnahmen

Die Reform ändert und ergänzt nicht nur bestehende Normen erheblich (§§ 559 bis 559 b), sie will zudem in §§ 555 a bis 555 f BGB-E sechs gänzlich neue Paragraphen einführen. Dadurch, dass der Entwurf eine komplett neue Paragraphenreihe schafft, muss er nicht auf Bestehendes aufsetzen, sondern kann „auf der grünen Wiese“ seine normative Konstruktion neu errichten. Diese Chance nimmt er wahr und definiert, sortiert und gliedert übersichtlich. Insbesondere der bisherigen Unsicherheit,<sup>10)</sup> was unter Ener-

gieeinsparung zu verstehen sei, wird durch Definitionen begegnet. Da es zukünftig acht unterschiedliche Maßnahmen geben soll, die rechtlich teils gleich, teils unterschiedlich behandelt werden, definiert er zunächst jene Maßnahmen: Erhaltungsmaßnahmen (bislang auch Sanierungen oder Instandhaltung genannt) werden in § 555 a Abs. 1 BGB-E erfasst („Maßnahmen, die zur Instandhaltung oder Instandsetzung der Mietsache erforderlich sind“). Davon abzugrenzen sind sieben Typen von Modernisierungen, die in einzelnen Ziffern in § 555 b BGB-E bestimmt werden. Dazu gehört zunächst die Anlassesgeberin der Reform, die rechtlich anders als die anderen Modernisierungen zu behandelnde energetische Modernisierung, § 555 b Ziffer 1 BGB-E, „durch die in Bezug auf die Mietsache Endenergie oder nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig eingespart wird (energetische Modernisierung)“. Die bisherige Regelung war nicht ausreichend. Zwar war die nachhaltige Modernisierung, definiert als bauliche Maßnahmen, die ... nachhaltig Einsparungen von Energie oder Wasser bewirken, schon bislang gesetzlich in § 559 BGB erfasst. Dabei blieben aber wichtige umweltfreundliche Modernisierungen außen vor. So sparen thermische Solarkollektoren physikalisch streng genommen keine Energie in Summe ein. Dennoch ist die Installation von Solarkollektoren umweltpolitisch sehr unterstützenswert. Denn die Kollektoren sparen nicht erneuerbare Primärenergie oder Endenergie (fossile Energieträger bzw. Strom), um die neuen Termini aufzugreifen.<sup>11)</sup> Sie ersetzen vielmehr bisherige Energiequellen. Denn sie verwenden erneuerbare Energie (Sonneneinstrahlung) zur Erwärmung. Die Ausdehnung ist daher de lege ferenda nachvollziehbar und konsequent. Diese Modernisierung ist allerdings nicht die einzige ressourcenorientierte Modernisierung. Neben dieser gibt es weitere umweltschützende Modernisierungen, namentlich in § 555 b Ziffer 2 BGB-E, „durch die auf sonstige Weise nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig eingespart oder das Klima nachhaltig geschützt wird“. Diese Modernisierung ist weiter als die energetische Modernisierung, muss sie sich doch nicht auf die Mietsache beziehen und kann das Klima allgemein nachhaltig schützen. Ziffer 3 der Norm erfasst Modernisierungen „durch die der Wasserverbrauch nachhaltig reduziert wird“. Dort geht es also nicht um Energie, wenngleich um die Schonung der Ressource Wasser, etwa durch Ersetzung von Regen- oder Brauchwasser oder Wasserersparnis. Diese Modernisierung

4) Vgl. dazu die Studie der DENA (<http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrestuehle/artz/docs/dena.pdf>).

5) Offizieller Titel: „Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung“ vom 28.9.2010, BT-Drucks. 17/3049.

6) Offizieller Titel: „Der Weg zur Energie der Zukunft – sicher, bezahlbar und umweltfreundlich“ – Eckpunktepapier der Bundesregierung zur Energiewende vom 6.6.2011.

7) Zu den energetischen Reformbemühungen vgl. bereits *Blank*, WuM 2011, 195.

8) Vergleiche zur hiesigen Thematik die Konzeptstudie von InWIS mit dem Titel „Wege aus dem Vermieter-Mieter-Dilemma“, abrufbar unter <http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrestuehle/artz/docs/inwis.pdf>.

9) Zur bisherigen Rechtslage ausf. *Hinz*, „Energieeinsparung als Modernisierungsmaßnahme insbesondere durch Einsatz erneuerbarer Energien“, Vortrag auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2011, aktualisiert in ZMR 2011, 685, abrufbar unter [www.mietgerichtstag.de](http://www.mietgerichtstag.de).

10) Ausf. *Hinz*, a. a. O. (Fn. 9); *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, MietR, 10. Aufl. 2011, § 559 Rdn. 67 zum Streitstand; *ders.*, WuM 2011, 338 [348].

11) H. M., vgl. *Eisenschmid*, WuM 2006, 119; aA LG Hamburg vom 22.8.1991 – 334 S 48/91 –.

gen sind zwar ebenfalls umweltorientiert, werden aber rechtlich nicht so sehr forciert wie die energetische Modernisierung nach Ziffer 1 und sind daher streng abzugrenzen. Danach genannt werden in den Ziffern 4 bis 6 die bekannten Maßnahmen „durch die der Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöht wird“ (Ziff. 4), „durch die die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessert werden“ (Ziff. 5), aufgrund von Umständen, die keine Erhaltungsmaßnahmen sind und die der Vermieter nicht zu vertreten hat, hier schweben dem Gesetzgeber wohl v.a. sonstige gesetzliche Anforderungen vor (Ziff. 6), sowie zur Schaffung neuen Wohnraums (Ziff. 7).

Wenngleich sich der Gesetzgeber um Klarheit bemüht, kommt er doch um die Einführung unbestimmter und weicher Rechtsbegriffe nicht umhin. Begriffe wie „nachhaltig“ und „dauerhaft“ finden Einzug, so muss die Modernisierungsankündigung nach § 555 c Abs. 1 BGB-E „in wesentlichen Zügen“ Angaben über bestimmte Punkte enthalten und bei § 555 c Abs. 3 BGB-E ist von „unerheblichen Mieterhöhungen“ die Rede. Erhält die Reform so zwar die Möglichkeit flexibler praktischer Handhabung und Raum für richterrechtliche Fortbildung, so kann sie Unsicherheiten und Konfliktpotential doch nicht ganz ausräumen. Insgesamt erscheint diese gesetzestechnische Vorarbeit vor der inhaltlichen Regelung aber als recht gelungen.

### c) Erleichterte faktische Durchsetzung der Modernisierung

Inhaltliche Werkzeuge zur Förderung der energetischen Modernisierung sind v.a. mieterseitige Duldungspflichten auch gegenüber der Durchführung energetischer Modernisierungen und Lastenbeteiligung der Mieter über Mieterhöhungen. Als Novum tritt daneben, dass temporär trotz eingeschränkter Nutzbarkeit der Wohnung aufgrund von baulichen Modernisierungsmaßnahmen die Minderung ausgeschlossen sein kann. Gesetzessystematisch werden die Fragen der Durchführung von Modernisierungen und Mieterhöhungen getrennt. Wirtschaftlich sind sie aber eng verbunden. Denn der Vermieter wird im Vorfeld wissen wollen, inwieweit er seine Investitionen auf die Mieter umlegen kann. Zur Förderung von Modernisierungen werden daher letztlich nicht die Regelungen zur Duldung, sondern die Regelungen zur Mieterhöhung maßgeblich sein.

Die faktische Durchsetzung von Modernisierungen soll erleichtert werden. Neben den beibehaltenen Regelungen zur Duldungspflicht von Erhaltungsmaßnahmen und der Pflicht, diese anzukündigen (nun § 555 a Abs. 1 und 2 BGB-E) werden differenzierte Regelungen bzgl. Modernisierungen getroffen.

Die generelle Duldungspflicht ergibt sich aus § 555 d Abs. 1 BGB-E. Weiterer Schritt ist die Senkung der formalen Anforderungen an die Begründungserfordernisse für Modernisierungen, § 555 c BGB-E. Bei der Gelegenheit wird klargestellt, wie sich fehlerhafte Ankündigungen von Modernisierungen auswirken, § 555 d Abs. 4 BGB-E. Hier soll augenscheinlich mehr Rechtssicherheit und Begrenzung von Risiken geschaffen werden. Der Vermieter soll wissen, wie er zu seiner Modernisierungs-Mieterhöhung kommt. Der Regelungskomplex zur Ankündigung von Modernisierungsmaßnahmen ist grundsätzlich zu begrüßen.

Beim Härteeinwand gegenüber der Duldung der baulichen Maßnahme bleibt die zu erwartende Mieterhöhung außer Betracht, § 555 d Abs. 2 Satz 2 BGB-E. Duldung der baulichen Maßnahme und wirtschaftliche Folgefragen werden also getrennt. Umweltschutz- und Vermieterinteressen können daher nur andere Mieterinteressen als mieterhöhungsbezogene Interessen entgegengehalten werden. Macht der Mieter dennoch einen Härteeinwand geltend, so muss er ihn bis zum Ende des Monats, nach dem er die Modernisierungsankündigung erhalten hat, in Textform begründen, § 555 d Abs. 3 BGB-E. Dies soll für zeitnahe Sicherheit beim Vermieter sorgen. Anzuregen ist aber, dass der Mieter auf jene Frist hingewiesen werden soll. Denn nach Fristablauf kann der Mieter den Einwand nur geltend machen, wenn er darlegen kann, dass sein Fristversäumnis schuldlos war. Davon gibt es wiederum nachvollziehbare Ausnahmen, § 555 d Abs. 4 BGB-E. So bleiben abgesehen von formalen Anforderungen die Interessen der Mieterseite insgesamt und nicht nur in Bezug auf die zu erwartende Mieterhöhung außen vor, wenn die Mietsache lediglich in einen allgemein üblichen Zustand (d.h. 2/3 aller Wohnungen der Region<sup>12)</sup>) versetzt wird. Dies ist rechtspolitisch nachvollziehbar, denn auf das Gebäude bezogen wird zwar ein Schritt nach vorne gemacht, aber im Vergleich zu anderen Gebäuden wird doch nur ein Rückstand aufgeholt. Der Gesetzgeber hat dem Ansinnen nicht entsprochen, noch weiter zu gehen, darüberhinaus den Umweltschutz noch weiter zu fördern, und die Mieterinteressen auch bei einer Versetzung in einen Zustand, wie er dem Stand der Technik entspricht, auszuklammern. Ebenso wenig entsprach der Entwurf bislang Bestrebungen, nach denen ein Mehrheitsentscheid unter den Wohnungsmietern in einem Haus eine generelle Zustimmung zur Modernisierung respektive der Mieterhöhung mit Wirkung für alle bedeuten soll.<sup>13)</sup>

Sieht sich der Mieter trotz allem nicht in der Lage, die Modernisierung und deren Folgen hinzunehmen, so kann er als ultima ratio zumindest auf ein Sonderkündigungsrecht zurückgreifen, § 555 e BGB-E; allerdings unter knappen Fristen. Dies ist v.a. für die Fälle der Zeitmietverträge bei ausgeschlossener ordentlicher Kündigungsmöglichkeit praktisch relevant.

### d) Modernisierungs-Mieterhöhung: Kostenumlage oder „ökologischer Mietspiegel“

Nicht nur dulden soll der Mieter aber die Modernisierung, er soll auch die Lasten wirtschaftlich mittragen. Der Entwurf dehnt die bekannten Umlagemöglichkeiten auf die energetische Modernisierung aus. Da die gewohnte Gesetzestechnik beibehalten wird, sind keine wesentlichen neuen praktischen Umsetzungsschwierigkeiten zu erwarten.

Diskutabel ist aber der Erhöhungsmodus. Die Umlagegrenze von jährlich 11% der Maßnahmenkosten, wie sie bislang schon bei den anderen Modernisierungen besteht, soll nach dem jetzigen Entwurfsstand beibehalten werden. Es wird allerdings vom Bundesjustizministerium ausdrücklich zur Dis-

12) BGH vom 19.2.1992 – VIII ARZ 5/91 –, ZMR 1992, 234; *Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer, a. a. O., § 554 Rdn 230 m. w. Nachw. Es ist nicht erkennbar, dass die Reform von diesem Verständnis des „allgemein Üblichen“ abrücken will.

13) Vgl. bereits die Forderung des IVD vom 16.9.2008, abrufbar unter [http://ivd.net/uploads/media/Klimaschutz\\_Broschuere.pdf](http://ivd.net/uploads/media/Klimaschutz_Broschuere.pdf).

kussion gestellt, ob nicht die energetische Beschaffenheit von Wohnraum als Merkmal der ortsüblichen Vergleichsmiete explizit in § 558 Abs. 2 BGB aufgenommen wird.

Vorteil des Erhöhungsmodus über einen „ökologischen Mietspiegel“<sup>14)</sup> wäre, dass so weitere Anreize für energetische Modernisierungen gesetzt werden und das Ergebnis (Energieeinsparung) und nicht der Weg (Mittelaufwand, Kosten) der Mieterhöhung zu Grunde gelegt wird. Dies begünstigte nicht nur „effiziente Effizienzsteigerungen“, denn der Vermieter könnte unbeachtlich seines monetären Einsatzes besonders wirksame Einsparmaßnahmen umlegen, wäre dafür aber auch gebremst, aufwändige, aber wirk schwache Maßnahmen umzusetzen. Es vermiede vor allem unerwünschte systemische Markteffekte. Denn Vermieter, die energetisch modernisiert haben, werden die Miete anheben; dann steigt insgesamt das Mietniveau. Nunmehr können auch die Vermieter, die nicht energetisch modernisiert haben, davon profitieren, indem sie eine Vergleichsmieterhöhung nach § 558 BGB unter Verweis auf (unbeachtlich des energetischen Zustands) vergleichbare Wohnungen aussprechen. Dies ist aber gerade nicht im Sinne des Gesetzgebers. Die Nicht-Modernisierung wäre dann wirtschaftlich sinnvoll. Insbesondere der Mieterbund macht sich dafür stark, dass die 11%-Regel bei der energetischen Modernisierung gar nicht zur Anwendung kommt, sondern nur maßgeblich ist, inwieweit Energie eingespart wird. Nachteil des „ökologischen Mietspiegels“ ist, dass zunächst unklar bleibt, was in Gegenden geschieht, für die kein Mietspiegel vorliegt. Auch bietet dieser Weg ganz erhebliche Unsicherheiten in Bezug auf die – wesentliche – wirtschaftliche Planbarkeit für den Vermieter. Hier liegt der wesentliche Vorteil des Erhöhungsmodus über die Kostenumlage. Kalkulatorisch bietet dem Vermieter und selbst dem Mieter die 11%-Regel mehr Sicherheit. Er weiß dann im Vorfeld bereits, was er umlegen kann und muss nicht bangen, was ein Sachverständiger in einem Rechtsstreit an Einsparpotential ermittelt. Die Unsicherheit und hohen Kosten zur Ermittlung des abstrakten energetischen Zustands bzw. der relativen energetischen Verbesserung zum Zustand vor der Modernisierung dürften denn auch wesentliche Hindernisgründe gegen eine Aufnahme in das Vergleichsmietensystem sein.

Ohne hier vertieft in die rechtspolitisch-inhaltliche Diskussion einsteigen zu können, ist in der ordnungspolitischen Theorie der Gedanke des „ökologischen Mietspiegels“ bestehend. In der praktischen Umsetzung wiederum ist die 11%-Regel einfacher und vorhersehbarer. Sollte die Mietspiegelvariante gewählt werden, wären beide Seiten mit formellen<sup>15)</sup> und materiellen Unwägbarkeiten belastet. Am Ende wird man sich wohl für den einen oder anderen Weg entscheiden müssen. Jedenfalls kann es keine zweifache Mieterhöhung aus demselben Grund geben, zunächst nach der 11%-Regel, dann nach dem „ökologischen Mietspiegel“.

**e) Temporärer Minderungsausschluss trotz Gebrauchs-wertbeeinträchtigung**

Obschon die beiden Umlageprinzipien etabliert sind, wirft die Entscheidung für und wider eine Variante Diskussionen auf. Dies muss umso mehr für ein gesetzestechnisches Novum gelten, das darin liegt, dass der Mieter nicht nur bezüglich der neu gefassten energetischen Modernisierung über die Mieterhöhung Kosten tragen muss, sondern dass

er auch für bis zu drei Monate von der Mietminderung bei energetischer Modernisierung ausgeschlossen sein soll, § 536 Abs.1a BGB-E. Bezüglich der Lastenteilung wirkt das temporäre Abschneiden des Minderungseinwandes zunächst als elegante Ergänzung neben der Mieterhöhungsmöglichkeit. Unabhängig vom Grad der Gebrauchsbeeinträchtigung, unabhängig davon, ob der Mieter einen Vorteil durch ersparte Nebenkosten hat und unabhängig davon, wie lang er noch in der Wohnung bleibt, also einen etwaigen Vorteil genießen kann und auch unabhängig davon, ob der Vermieter die Modernisierung möglichst mieterschonend gestaltet: Das Minderungsrecht ist für drei Monate ausgeschlossen. Ein glatter Durchbruch des Äquivalenzprinzips. Trotz Bedenken, dass diese Neuerung dogmatisch schwer in den bisherigen synallagmatischen Grundsatz von Leistung und Gegenleistung einzufügen ist, kann der Gesetzgeber eine solche Regelung aus übergeordnetem Umweltschutzziel von Verfassungsrang, Art. 20 a GG, freilich dennoch treffen.<sup>16)</sup>

**f) Verschärfte Abgrenzungsproblematik baulicher Maßnahmen**

Allerdings dürfte diese Sonderregelung neben theoretischen Bedenken auch bislang unbekannte Umsetzungsprobleme hervorrufen. Denn regelmäßig dürften bauliche Maßnahmen nicht in Reinform kommen, Vermieter werden oft energetisch modernisieren, bei der Gelegenheit auch im Übrigen modernisieren, den Wohnwert verbessern und Sanierungsmaßnahmen durchführen. Bestand diesbezüglich schon bislang vorgerichtlich wie gerichtlich regelmäßig das Abgrenzungsproblem zwischen den zwei Grundtypen von baulichen Maßnahmen, nämlich statusquo-sichernder Instand-Haltung versus erneuernder Modernisierung, sind nunmehr auf Maßnahmensseite acht Gruppen gebildet, mit drei wesentlich verschiedenen Rechtsfolgen. Die Abgrenzung wird aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen essentiell. Dabei ergibt sich folgende grundsätzliche Matrix:

	Duldung	Mieterhöhung	Minderungsausschluss
Energetische Modernisierung – § 555 b Ziff. 1	+ (§ 555 b)	+	+
Modernisierung gemäß § 555 b Ziff. 3–6	+ (§ 555 d)	+	–
Modernisierung gemäß § 555 b Ziff. 2 und 7	+ (§ 555 b)	–	–
Erhaltung – § 555 a	+ (§ 555 a)	–	–

14) So etwa in einem Schreiben vom 17.11.2011 an Bundesländer, Fachkreise und Verbände in der Sache.  
 15) Vgl. dazu etwa Dietrich, Die Begründung der Mieterhöhungserklärung nach § 558 a BGB – erscheint in NJW 2012.  
 16) So auch Warnecke, DWW 2007, 282; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, a. a. O., § 554 Rdn. 142 ff.

Als Beispiel sei eine Renovierung genannt, wobei der Vermieter erstens auf dem Dach zur Unterstützung der Warmwasserbereitung Solarkollektoren (energetische Modernisierung gemäß § 555 b Ziff.1 BGB-E) und zweitens daneben eine Photovoltaikanlage zur Stromeinspeisung in das allgemeine Stromnetz anbringt (nachhaltige Primärenergieeinsparung ohne Bezug auf die Mietsache, § 555 b Ziff.2 BGB-E). Daneben ermöglicht er drittens die Nutzung von Brauchwasser, etwa für die Toilettenspülung (nachhaltige Modernisierung gemäß § 555 b Ziff.3 BGB-E), zugleich erhöht er viertens den Wasserleitungsquerschnitt<sup>17)</sup> (Gebrauchswertverbesserung gemäß § 555 b Ziff.4 BGB-E) und streicht schließlich fünftens Decken und Türen der Wohnung (Erhaltungsmaßnahme gemäß § 555 a Abs.1 BGB-E).

Im Beispiel ist die energetische Modernisierung (Solarkollektoren) zu dulden, sie kann die Mieterhöhung begründen, die Minderung wird für bis zu drei Monate verhindert. Die nachhaltige Modernisierung nach Ziff.2 ohne Bezug auf die Mietsache (Photovoltaik) ist zu dulden, kann aber keine Mieterhöhung begründen, die Minderungsmöglichkeit bleibt. Die Verstärkung der Wasserleitungen als „allgemeine“ Modernisierung ist zu dulden, kann die Mieterhöhung begründen, wobei die Minderungsmöglichkeit bleibt. Das Streichen von Wänden und Türen ist zu dulden, kann aber keine Mieterhöhung begründen, und während der Maßnahme besteht Minderungsmöglichkeit.

Die Abgrenzung ist für die Mieterhöhung nötig, denn bezüglich der Mieterhöhung ist bei der 11%-Regel die Ermittlung der umlegbaren Kosten zentral. Zunächst sind staatliche Zuschüsse kostenmindernd zu berücksichtigen, es bleibt damit bei § 559 a BGB. Bei typenübergreifenden Maßnahmen sind nach der gesetzlichen Konzeption weiter nur die Modernisierungsmaßnahmen anzusetzen, die eine Mieterhöhung rechtfertigen, also die nach § 555 b Nr.1, 3, 4, 5 und 6 BGB-E. Dies bestimmt § 559 Abs.1 BGB-E. Danach sind bezüglich der Mieterhöhung die Kosten für Erhaltungsmaßnahmen aus jenen Kosten für Modernisierungsmaßnahmen herauszurechnen. Dies liegt auf der Hand, war in der bisherigen Praxis schon usus<sup>18)</sup> und ist nun in § 559 Abs.2 BGB-E kodifiziert.

In der Praxis dürften hier dennoch etliche Probleme liegen. Zwar will der Gesetzgeber die Schätzung als erleichterten Erkenntnisweg ermöglichen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, auch wenn die jetzige Formulierung etwas missglückt ist (dazu später). Mit der Eröffnung des Schätzwegs wurde eine Forderung der Vermieterverbände aufgegriffen.<sup>19)</sup> Aber dass eine Schätzung von Mieterseite akzeptiert wird, dürfte oft gesetzgeberische Hoffnung bleiben. Denn die Variantenvielfalt der Maßnahmen, wissend, dass deren Abgrenzung faktisch schwierig ist, gepaart mit deren unterschiedlicher rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung, lässt etliche Prozesse erwarten. Solche Prozesse benötigen regelmäßig Sachverständigengutachten, sind dadurch noch zeit- und kostenaufwändiger und bergen Unsicherheitsfaktoren. Um beim obigen Beispielfall zu bleiben: Nimmt man nun an, die Wände hätten gestrichen werden müssen, weil sie geöffnet wurden, um den Leitungsquerschnitt zu erhöhen, so dürfte dies zur Gebrauchswertverbesserung zählen. Oder etwa nur anteilig? Da ja der Vermieter sich dadurch von der Erhaltungs-

pflicht befreit hat bzw. nicht alle Wände leitungsführend und daher nicht erfasst waren? Oder spielt dies keine Rolle, da wegen der farblichen Einheitlichkeit jedenfalls alle Wände eines Raumes gleichzeitig zu streichen sind, wenn einzelne zur Leitungserneuerung aufgebrochen werden mussten? Das Streichen der Türen bliebe allerdings wohl wieder außen vor, und so fort. Findige Vermieter dürften sich gar motiviert sehen, eine Erhaltungsmaßnahme mit der einen oder anderen Modernisierungsmaßnahme zu garnieren, um dann möglichst viel als mit letzterer verbundener Maßnahme zu klassifizieren. Freilich, dieses Risiko bestand auch schon bislang. Es wird nun allerdings verschärft, dessen sollten sich alle Beteiligten frühzeitig gewahr sein. Denn trotz Schätzungsmöglichkeit ist Unwägbarkeiten Tür und Tor geöffnet und letztlich vieles von der richterlichen Wertung abhängig.

Bezüglich des aufgeworfenen Punktes der temporären Mietminderungshemmung bei energetischer Modernisierung kommt hinzu, dass nun und erstmals neben der finanziellen Abgrenzung die Maßnahmen auch in zeitlicher Hinsicht zu trennen sind. Es wird nicht nur ein neues Abgrenzungsziel, sondern faktisch zwingend auch ein neuer Abgrenzungsmodus eingeführt. Zu fragen ist nicht nur, welche Maßnahme wie viel gekostet hat, sondern auch welche wie lange den Wohnwert wie sehr eingeschränkt hat, wenn die Maßnahmen über drei Monate hinaus dauern. Da die Maßnahmen oft ineinandergreifen dürften, sind auch hier Unsicherheiten und Konflikte vorprogrammiert. Zudem bleibt unklar, was gelten soll, wenn der Vermieter mehrere Modernisierungen hintereinander schaltet. Soll dann die Minderung jede Maßnahme erneut drei Monate lang ausgeschlossen sein? Es wäre sinnvoll, einen Zeitraum zu definieren, in dem die Minderung allenfalls einmal ausgeschlossen werden kann.

Nur ein Randproblem stellt vor diesem Hintergrund die Formulierung der an sich konsequenten Regelung des § 559 Abs.2 BGB-E dar. Der Passus ist sprachlich unglücklich gefasst. Die Kosten für Erhaltungsmaßnahmen „sind, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln“. Gemeint ist wohl, dass – entgegen anderweitiger Rechtsprechung<sup>20)</sup> – das Schätzverfahren grundsätzlich zur Erkenntniserlangung ausreichen soll. Nicht nur grammatisch bleibt allerdings fraglich, worauf sich „soweit erforderlich“ bezieht, sondern es bleibt auch teleologisch unklar, weshalb Kosten zwingend durch Schätzung zu ermitteln sein sollen; ob dies also andere, vielleicht genauere Ermittlungsmethoden ausschließen soll. Hier dürften Telos und Wortlaut nicht kongruent sein, klarer wäre möglicherweise die Kosten, die gem. Abs.1 der Norm umgelegt werden können, zu erfassen als: „Sollten Kosten für Erhaltungsmaßnahmen erforderlich gewesen sein, gehören sie nicht zu den aufgewendeten Kosten nach Abs.1. Diese Kosten für Erhaltungsmaßnahmen sind zu ermitteln. Dabei kann geschätzt werden.“

17) Vgl. zu diesem und weiteren Beispielen (etwa des Legens neuer Fußböden etc.) zur geltenden Rechtslage M. Dickersbach, in: Erman BGB, 13. Aufl. 2011, § 559 BGB Rdn.12.

18) KG vom 20.4.2006 – 8 U 204/05 – (Juris: Rdn.13) = ZMR 2006, 612; LG Kassel vom 16.4.1992 – 1 S 709/91 –; Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 71. Aufl. 2012, § 559 Rdn.14.

19) Vgl. bereits die Forderung des IVD vom 16.9.2008, abrufbar unter [http://ivd.net/uploads/media/Klimaschutz\\_Broschuere.pdf](http://ivd.net/uploads/media/Klimaschutz_Broschuere.pdf).

20) AG Lüdenschied vom 12.6.1997 – 8 C 77/97 –.

Nicht erst vor dem Hintergrund all dieser Abgrenzungsprobleme der Maßnahmen ist es sinnvoll, dass sich die Parteien im Vorfeld einer Modernisierung verständigen. § 555 e BGB-E legt dies nahe. Danach sollen die Parteien Regelungen über konkrete bauliche Maßnahmen treffen können, insbesondere über die zeitliche und technische Durchführung. Diese Norm öffnet nicht etwa das regelmäßige Verbot, keine generellen für den Wohnmieter nachteiligen Regelungen zu treffen. Sie betont vielmehr vielmehr, dass im konkreten Fall Abreden getroffen werden können, vorzugsweise natürlich schriftlich. In der Praxis wird sich die Bedeutung des § 555 e BGB-E aber erst noch zeigen müssen. Hier könnte es in vielen Fällen bei einer frommen Hoffnung des Gesetzgebers bleiben.

Mithin, bei allem Aufzeigen von Problemen: Die Reform sucht die verschiedensten Belange unter einen Hut zu bekommen. Dies war bislang schon schwierig genug, in diesem sozialpolitisch und wirtschaftlich bedeutsamen Feld heterogener Verhältnisse, was Mieter, Vermieter und Bauten anbelangt. Durch notwendige Einführung einer neuen Zielgröße (Klimaschutz) wird dies noch erschwert. Die Reform versucht viel und ist ambitioniert. Die Praxis wird auch hier Lösungen entwickeln. An die Bereitschaft zur gütlichen Einigung ist allerdings in der Tat zu appellieren. Ansonsten drohen für alle Seiten unerquickliche Prozesse, bei denen die Sachverständigen die einzig Glücklichen sein könnten. Zusammenfassend jedoch ist der Entwurf bezüglich des bislang Betrachteten angesichts der schwierigen Materie insgesamt recht gelungen.

## II. Contracting, § 556 BGB-E

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Umlage von Kosten einer gewerblichen Wärmelieferung durch Dritte (Contracting) in laufenden Mietverhältnissen sollen geregelt werden, so der Wortlaut des Entwurfes. Adressiertes Problem ist, dass Vermieter zwar bislang nach den Mietverträgen und den Betriebskostenregelungen die Kosten unter anderem auch für die Wärmeversorgung auf den Mieter umlegen können. Dabei liegt aber noch die Vorstellung zu Grunde, dass der Vermieter die Wärmeversorgung selbst übernimmt. Kauft er diese Wärmeversorgung aber ein (letztlich Outsourcing), so war die Umlegung der Kosten dafür rechtlich schwierig. Nunmehr sollen nach § 556 c BGB-E auch die Kosten für die externalisierte Wärmeversorgung umgelegt werden können.

Kumulative Voraussetzungen sind dabei, dass Energie eingespart wird und die Kosten im Vergleich zur vorherigen Versorgung nicht steigen. Die erste Bedingung erscheint zunächst als sachfremd. Sie wird denn auch nach wie vor selbst vom Bundesjustizministerium als zu diskutieren an-

gesehen.<sup>21)</sup> Hier hat wohl ein im engeren Sinne jedenfalls an dieser Stelle sachfremder, wenn auch grundsätzlich sehr unterstützenswerter Gedanke bei der Gelegenheit Einzug gehalten, nämlich der Umweltschutzgedanke. Die zweite Bedingung, die der Kostenneutralität, leuchtet dagegen so gleich ein. Der Grundgedanke ist richtig, allerdings steckt wie so oft der Teufel im Detail. Wie etwa soll der Vermieter bei der Umstellung von Etagenheizungen die bisherigen Kosten ermitteln, um sie den zukünftigen gegenüber zu stellen? Und wie lange muss die Kostenneutralität gewahrt sein – für das erste Abrechnungsjahr des Neubezugs oder darüber hinaus? Bei ohnehin steigenden Energiepreiserhöhungen müssten zudem die gleichen Zeiträume miteinander verglichen werden, und nicht der Vergleich des vergangenen Jahres unter altem Bezugsverfahren mit dem nächsten Jahr unter neuem Bezugsverfahren. Dies könnte in der Praxis gar nicht so einfach sein. Denn für das neue Jahr ist der Energiepreis noch nicht bekannt. Für das letzte Jahr hatte der Contractinganbieter vielleicht noch eine andere als die aktuelle Tarifstruktur. Und was gilt für Vermieter, etwa Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft oder Gesellschafter einer Wohnungseigentümergeinschaft, die selbst gar nicht direkter Vertragspartner des Wärmelieferanten, des Contractors, sind? Zu all dem wären detaillierte Hinweise des Gesetzgebers sinnvoll; im Gesetz selbst, oder zumindest in den Motiven.

Gesetzestechisch interessant ist, dass in § 556 c BGB-E nur die Grundregelung bezüglich der Ermöglichung der Kostenumlage getroffen wird. Eine nähere Ausgestaltung ist sinnvoll, insbesondere da sonst unwirksame Vertragsklauseln drohen.<sup>22)</sup> Die nähere Ausgestaltung des Contracting wird aber einer Verordnung<sup>23)</sup> überlassen. Dies ist gesetzestechisch recht elegant gelöst. Die Lozierung außerhalb des BGB entlastet dieses und erleichtert spätere Novellen. Dennoch: Eine solche zweistufige Lösung sollte seltene und gezielte Ausnahme bleiben, da ansonsten die Fragmentierung des Mietrechts droht. Inhaltlich ist die Verordnung detailliert und instruktiv. Dadurch kann sie fast wie eine Gebrauchsanleitung benutzt werden und erleichtert so die sichere Umsetzung. Insgesamt ist die beabsichtigte Neuregelung zum Contracting rechtspolitisch, inhaltlich und in puncto technischer Umsetzung also zu begrüßen.

– Fortsetzung im nächsten Heft –

21) So etwa in einem Schreiben vom 17.11.2011 an Bundesländer, Fachkreise und Verbände in der Sache.

22) Vgl. BGH vom 3.8.2011 – XII ZR 205/09 –, ZMR 2011, 946.

23) Abrufbar auf der Internetseite des Bundesjustizministeriums.