

# Öffentliches Bau- und Nachbarrecht versus Mietrecht im Spannungsfeld energetischer Gebäudesanierungen

Rechtsanwalt Dr. Hans Reinold Horst, Hannover / Solingen<sup>1</sup>

---

## A. Einführung

### B. Fall 1: Sanierung von Feuchtigkeitsschäden durch Wärmedämmung nach EnEV

#### I. Verhältnis zum Mieter

#### II. Verhältnis zum Nachbarn - Duldungspflichten im privatrechtlichen Nachbarverhältnis bei Bestandbauten

##### 1.. Grenzmauer

- a) Landesrechtliche Sonderregelungen für Wärmedämmungen
- b) Landesrechtliche Sonderregelungen für geringfügige Überbauten in den Luftraum
- c) Fehlende landesrechtliche Sonderregeln
  - aa) Überbau - § 912 BGB
  - bb) Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis
  - cc) Ausschluss des Beseitigungsanspruchs - § 275 Abs. 2 BGB
- d) Duldung der Arbeiten

##### 2. Nachbarwand

- a) Duldungspflicht
- b) Duldung der Arbeiten

##### 3. Grenznah stehende Wände

##### 4. Baugenehmigungsrechtliche Fragen

##### 5. Nachbarrechtliche Ansprüche aus der Verletzung von Grenzabständen

##### 6. Nachbarrechtliche Ansprüche aus der Verletzung von Baugrenzen

##### 7. Nachbarliche Zustimmung durch Vereinbarung

#### III. Duldungspflichten im privatrechtlichen Nachbarverhältnis bei Neubauten

#### IV. Verhältnis zur Gemeinde

1. Baugenehmigungspflicht?
2. Baulast wegen verletzter Grenzabstände
3. Befreiungsgenehmigung wegen verletzter Baugrenzen
4. Duldungsfragen im öffentlich rechtlichen Nachbarverhältnis zum Straßeneigentümer

#### V. Zwischenergebnis

### B. Fall 2: Instandsetzung ohne Berücksichtigung von EnEV-Standards

---

<sup>1</sup> Der Verfasser ist Rechtsanwalt ([www.rechtsanwalt-horst.de](http://www.rechtsanwalt-horst.de)) und geschäftsführender Vorstand und Vorsitzender des Landesverbandes Haus & Grund Niedersachsen e.V.

## I. Anspruch des Mieters auf Durchführung energetischer Baumaßnahmen?

1. Der Mietvertrag enthält entsprechende Beschaffenheitskriterien
2. Der Mietvertrag enthält keine Beschaffenheitsabreden
  - a) Erfüllungsanspruch des Mieters auf EnEV Standard?
  - b) Anspruch des Mieters auf Modernisierung?
  - c) Einschränkung des Handlungsermessens über das Gebot der Wirtschaftlichkeit?
  - d) Anspruch des Mieters auf Durchführung gesetzlich vorgeschriebener energetischer Sanierungen?
  - e) Anspruch des Mieters auf Herbeiführung eines heute allgemein üblichen (energetischen) Wohnungszustands

## II. Zwischenergebnis

### **C. Fall 3: Energetische Baumaßnahmen als Instandsetzungs- oder Modernisierungsmaßnahme?**

#### I. Anspruch des Vermieters auf Durchführung energetischer Baumaßnahmen

1. Baumaßnahme als unzulässige Änderung des vertraglich geschuldeten Sachzustands?
2. Duldungspflicht

#### II. Mieterhöhungsmöglichkeiten

1. Modernisierungszuschlag
2. Vergleichsmiete

#### III. Zwischenergebnis

### **D. Ausblick**

## A. Einführung

Im Zuge des Klimaschutzes hat sich auch Deutschland verpflichtet, durch die Verminderung von CO<sub>2</sub>-Emissionen einen aktiven Beitrag zur Vermeidung weiterer klimatischer Degenerationen zu leisten. Ca. 30 % des erkannten CO<sub>2</sub>-Ausstoßes werden der Immobiliennutzung zugeordnet. Die Gebäudeenergieeffizienz soll deshalb verbessert, der durch Heizungsanlagentechnik dort verursachte Emissionsgrad soll vermindert werden. Vehikel dazu soll eine intensivere Begleitung der energetischen Qualität des Immobilienbestandes sein, die in einem Gebäude bezogenen Energiepass dokumentiert wird. Grundlage dieses Dokuments sind das EnEG<sup>2</sup> und die EnEV<sup>3</sup> in der Fassung vom 29.04.2009. So vehement dieser Komplex umwelt- und technikrechtlich vorangetrieben wird, so wenig Beachtung wird seinen bisweilen komplexen Auswirkungen in bau- und nachbarrechtlicher Hinsicht geschenkt. Die mietrechtlichen Konsequenzen geplanter oder unternommener energetischer Gebäudesanierungen füllen – bisweilen leidenschaftlich umstritten – einen hohen Anteil in der aktuellen Fachdiskussion. Wenig beachtet werden dabei die sich zeigenden Friktionen innerhalb und auch zwischen den einzelnen hier angesprochenen Rechtsbereichen. Diese Friktionen aufzuzeigen, damit in der Praxis „Problembewusstsein“ zu schaffen und erste Lösungsansätze zu unterbreiten, ist Ziel des vorliegenden Beitrags. Um die Darlegungen möglichst übersichtlich zu halten, soll die energetische Gebäudesanierung ausschließlich durch Wärmedämmung Untersuchungsgegenstand sein.<sup>4</sup>

## B. Fall 1: Sanierung von Feuchtigkeitsschäden durch Wärmedämmung nach EnEV

Mieter M zeigt Feuchtigkeitsschäden an der Außenwand an, mindert die Miete und macht an den verbleibenden Mietanteilen ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Er

---

<sup>2</sup> Energieeinspargesetz in der Fassung vom 28.03.2009, BGBl. I 2009, S. 643 ff

<sup>3</sup> Energieeinsparverordnung vom 29.04.2009, BGBl. I, S. 954 ff

<sup>4</sup> Der Einsatz erneuerbarer Wärmeenergien im Gebäudebestand z.B. in Form von Photovoltaik, Sonnenkollektoren, Wärmepumpen und Windenergie sowie die Reduzierung von CO<sub>2</sub>-Emissionen durch Fernwärmeversorgung mit gleichzeitiger Einsparung von Primärenergie sind als verwandte, aber doch eigene Themen zu nennen. Ihre nähere Betrachtung würde aber den hier zu Verfügung stehenden Rahmen sprengen.

verlangt Mängelbeseitigung. Vermieter V muss dem nachkommen, nachdem sich herausgestellt hat, dass ein Bauschaden ursächlich für die Feuchtigkeitsbildung ist. Die zu sanierende Fläche ist größer als 10 Prozent<sup>5</sup> der gesamten Bauteilfläche (Außenwand), sodass gemäß § 9 Abs. 3 EnEV die Sanierung mit EnEV-Standard zu erfolgen hat. V entschließt sich dazu, im Zuge der Schadensbeseitigung das gesamte Haus mit einer 15 cm dicken Wärmedämmung energetisch zu sanieren.

## **I. Verhältnis zum Mieter**

Es unterliegt keinem Zweifel, dass M gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ein mietvertraglicher Erfüllungsanspruch zusteht. Er kann Schadensbeseitigung verlangen. Ebenso steht ihm ein Zurückbehaltungsrecht an den unverbrauchten Mietanteilen neben seinem Minderungsrecht zur Verfügung, solange der Schaden nicht beseitigt ist.

## **II. Verhältnis zum Nachbarn - Duldungspflichten im privatrechtlichen Nachbarverhältnis bei Bestandbauten**

Auch aufgrund der landesrechtlichen Nachbarrechtsvorschriften ist für das private Nachbarverhältnis innerhalb der anstehenden Untersuchung zunächst zwischen einer Grenzmauer, einer Nachbarwand und grenznah stehenden Außenwänden zu unterscheiden, die wärmegeklämmt werden sollen. Weiter ist zu untersuchen, ob dem Nachbarn als Rechtsreflex aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften Ansprüche gegen den dämmenden Eigentümer erwachsen. Hier ist zwischen baugenehmigungsrechtlichen Fragen, verletzten Grenzabständen und verletzten Baugrenzen zu unterscheiden.

### **1. Grenzmauer**

---

<sup>5</sup> Vorher lag die „Bagatellgrenze“ noch bei 20 %: dazu OLG Hamm, Beschluss vom 18.11.2008 – I-15 Wx 139/08, WuM 2009, 252

Bei energetischen Sanierungen durch Wärmedämmung an der Außenseite einer grenzständigen Wand kann sich das Problem des Überbaus ergeben, der das Nachbargrundstück in Anspruch nimmt. In der Praxis dürften sich Streitfälle vor allem dann ergeben, wenn gemeinsam genutzte Grundstückszufahrten oder Wendeplätze so verengt werden, dass ein gefahrloses Befahren erschwert wird. Nicht selten sind auch die Fälle, in denen schlicht „aus Prinzip“ gestritten wird, auch wenn der wärmedämmende Überbau nur geringfügig (zwischen 10 und 20 cm) in das Nachbargrundstück hineinragt.

Das Nachbarrecht der Länder versteht die Grenzmauer als Gebäudeaußenwand, die vollständig auf dem eigenen Grundstück unmittelbar an der Grenze zum Nachbargrundstück steht. Sind beide Nachbargrundstücke grenzständig und mit identischen Baufluchten bebaut, gibt es kein Problem. Dann wird die durch den Nachbarbaukörper vollständig verdeckte Grenzmauer jeweils durch das Nachbarhaus gedämmt. Überbauprobleme ergeben sich aber, wenn nur ein Grundstück grenzständig bebaut ist, das Nachbargebäude höher oder tiefer gebaut ist, oder schließlich auf eine geschlossene Bauweise verzichtet wurde. Dann entsteht jeweils die Frage, ob der Nachbar überbauende Wärmedämmungen dulden muss.<sup>6</sup> Die für die Beantwortung dieser Frage heranzuziehende Rechtsmaterie zeigt sich zerklüftet. So finden sich in einzelnen Bundesländern landesrechtliche Sonderregelungen für die Duldung von Wärmedämmungen und für geringfügige Überbauten in den Luftraum des Nachbargrundstücks ohne speziellen Hinweis auf Wärmedämmungen. In anderen Bundesländern fehlen landesrechtliche Sonderregelungen ganz.

### **a) Landesrechtliche Sonderregelungen für Wärmedämmungen**

Die Länder Berlin (§ 16 a NRG),<sup>7</sup> Bremen (§ 24 a BremAGBGB)<sup>8</sup> und Hessen (§§ 10 a und b NRG)<sup>9</sup> haben den Überbau auf das Nachbargrundstück durch

---

<sup>6</sup> Ausführlich und instruktiv: Warnecke, Die Pflicht zur Duldung grenzüberschreitender Wärmedämmung bei Grenzmauer, Nachbarmauer und grenznaher Mauer, DWW 2009, S. 366 ff, 368

<sup>7</sup> NRG Bln in der Fassung vom 17.12.2009, GVBl. 2009, S. 870; dazu Beuermann, Wärmeschutzüberbau der Grenzmauer ist künftig vom Nachbarn gegen „Überbaurente“ zu dulden, GE 2010, S. 104 ff

<sup>8</sup> Bremisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung vom 11.09.2009, BremGBl. Nr. 45/2009, S. 314

<sup>9</sup> NRG Hessen in der Fassung vom 10.12.2009, GVBl. I 2009, S. 631

Wärmedämmung einer Grenz wand – Außenwand an der Grundstücksgrenze – gesetzlich teilweise mit einschränkenden Voraussetzungen legitimiert. Die Regelungen sind wie folgt vorzustellen:

	<u>Hessen</u>	<u>Berlin</u>	<u>Bremen</u>
Vorschrift gilt nur für Bestandsbauten	§ 10 a Abs. 1 Nr. 3 a	§ 16 a Abs. 1	§ 24 a Abs. 1
Wärmedämmung max. bis Standard EnEV 2009	§ 10 a Abs. 1 Nr. 1	Ohne Beschränkung auf bestimmte Standards: § 16 a Abs. 1	Wie Berlin: § 24 a Abs. 1 AGBGB
Vergleichbare Wärmedämmung kann auf andere Weise (vor allem durch Innendämmung) nicht vorgenommen werden	§ 10 a Abs. 1 Nr. 1	Zügige und schonende Ausführung bei der Wärmedämmung: § 17 Abs. 3, § 16 a Abs. 4	Keine Regelung
Keine oder nur geringe Beeinträchtigung des Nachbarn	§ 10 a Abs. 1 Nr. 3 b	Zügige und <u>schonende</u> Ausführung § 16 a Abs. 4 in Verbindung mit § 17 Abs. 3	§ 24 a Abs. 1 bis 3
Bauvorhaben befindet sich im Einklang mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften	§ 10 a Abs. 1 Nr. 3 c	Keine Regelung	§ 24 a Abs. 1
Vorherige Bauanzeige notwendig	§ 10 a Abs. 2	Keine vorherige Anzeige notwendig: § 16 a Abs. 4, der nur auf § 17 Abs. 3, nicht auf Abs. 4 dieser Vorschrift, verweist	Keine Regelung
Duldungspflicht nur gegen Geldrente			
- bei einseitigen Grenz wänden	§ 10 a Abs. 3	§ 16 a Abs. 5	§ 24 a Abs. 1 und 3
- nicht bei angebauten Wänden	§ 10 a Abs. 3	§ 16 a Abs. 5	Gesetzesbegründung
- nicht im Falle eigener Bauabsicht	Keine eigene Regelung <sup>10</sup>	§ 16 a Abs. 2	§ 24 a Abs. 3

<sup>10</sup> Vgl. aber bestätigend, BGH, Urt. v. 11.04.2008 – V ZR 158/07, NZM 2008, S. 503

Liegt eine der genannten Voraussetzungen nicht vor, bedarf es grundsätzlich der vorherigen nachbarlichen Zustimmung (arg. e § 912 BGB). Liegen die Voraussetzungen dagegen vor, so wird dem Nachbarn die Duldung energetischer Sanierungen im Zeichen des Klimaschutzes auch unter Interessenabwägung mit seinem Eigentumsrecht (Art. 14 GG, §§ 1004 Abs. 2, 903, 905 S. 2 BGB) aufgegeben. Die Landesgesetzgeber Berlin, Bremen und Hessen gehen dabei einmütig von der materiellen Verfassungsmäßigkeit der vorgestellten Regelungen aufgrund ihrer angeordneten Duldungspflicht nur unter einschränkenden Voraussetzungen aus, nachdem das BVerfG mit Beschluss vom 19.07.2007<sup>11</sup> grundsätzlich die formelle Verfassungsmäßigkeit landesrechtlicher Vorschriften attestiert hat, die über das in § 912 BGB geregelte Bundesrecht hinaus nachbarliche Überbauten für zulässig erklären.

Streit wird sich in der Praxis vor allem an der Frage entzünden, ob vergleichbare Wärmedämmungen auf andere Weise vor allem durch Innendämmung vorgenommen werden können. Dies ist in erster Linie eine bautechnische Frage, die den Einsatz teurer Gutachter veranlassen wird, und zu der hier nur kurze Leitlinien skizziert werden können:

Bei einer Innendämmung wirken Kälte- und Feuchtigkeitseinflüsse weiterhin auf den Gebäudekörper ein. Eine ordnungsgemäße Innendämmung verlangt in der Wand eine Dampfbremse, die durch die geringsten Veränderungen der Wandstruktur wie z.B. durch Aufhängen eines Bildes usw. zerstört werden kann und damit zu möglichen Schäden führt.<sup>12</sup> Daneben treten rechtliche Gründe. So verkleinert die Innendämmung die nutzbare Wohnfläche, was unter Berücksichtigung der 10%-Rechtsprechung zur Minderung<sup>13</sup> zu dauerhaften Mieteinbußen zumindest für den Lauf des aktuell bestehenden Mietverhältnisses führt.

---

<sup>11</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.07.2007 – 1 BvR 650/03, NJW-RR 2008, S. 26

<sup>12</sup> Zu den Nachteilen der Innendämmung vgl.: LG Duisburg, Urt. v. 04.09.2007 – 13 S 75/07, zitiert nach Juris-Datenbank; VG Stuttgart, Beschl. v. 13.08.2009 – 6 K 2312/09, zitiert nach Juris-Datenbank; Schroer, Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks zur Gebäudedämmung, NZBau 2008, S. 706, 708

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 23.04.2004 – VIII ZR 295/03, NZM 2004, S. 453; BGH, Urt. v. 07.07.2004 – VIII ZR 192/03, NJW 2004, S. 3115; BGH, Urt. v. 04.05.2005 – XII ZR 254/01, NZM 2005, S. 500; OLG Karlsruhe, Urt. v. 28.12.2001 – 17 U 176/00, NZM 2002, S. 218; OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.12.2004 – 10 U 77/04, NZM 2005, S. 378; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2005 – I-10 U 86/04, ZMR 2005, S. 450

Vor allem die Frage des Maßes einer etwa gegebenen Beeinträchtigung durch den Überbau wird streitträchtig sein. Vor allem bei verengten Einfahrten, Durchfahrten und Wendepunkten wird sich abgesehen von jeder „Prinzipienreiterei“ die Frage stellen, ob die durch die Wärmedämmung geschaffene Überbausituation tatsächlich nur geringfügig beeinträchtigt, wenn dadurch die Verkehrssicherheit beim fahren, rangieren und wenden berührt wird.

Eine Duldungspflicht kann also selbst bei landesrechtlichen Sonderregelungen speziell für Wärmedämmungen nicht ohne weiteres angenommen werden.

## **b) Landesrechtliche Sonderregelungen für geringfügige Überbauten in den Luftraum**

Die Nachbarrechtsgesetze der Länder Baden-Württemberg<sup>14</sup>, Brandenburg<sup>15</sup>, Niedersachsen<sup>16</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>17</sup>, Sachsen-Anhalt<sup>18</sup>, Schleswig-Holstein<sup>19</sup> und Saarland<sup>20</sup> sehen eine Duldungspflicht des betroffenen Eigentümers vor, wenn durch nur geringfügige Übergriffe in den Luftraum des Nachbargrundstücks überbaut wurde.

Obgleich seit dem Beschluss des BVerfG vom 19.07.2007<sup>21</sup> die bis dahin umstrittene<sup>22</sup> verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit dieser Regelungsinhalte keinem Zweifel mehr unterliegen kann, ist für die nicht explizit auf Wärmedämmungen abstellenden Vorschriften schon umstritten, ob eine Wärmedämmung ein „Bauteil“ im gesetzestechnischen Sinne sein kann.<sup>23</sup> Neuerdings hat sich auch das OLG Karlsruhe<sup>24</sup> für Wärmedämmplatten auf einer

---

<sup>14</sup> § 7 b NRG

<sup>15</sup> § 19 NRG

<sup>16</sup> § 21 NRG

<sup>17</sup> § 23 NRG

<sup>18</sup> § 16 NRG

<sup>19</sup> § 15 NRG

<sup>20</sup> § 19 NRG

<sup>21</sup> BVerfG, Beschl. v. 19.07.2007 – 1 BvR 650/03, NJW-RR 2008, S. 26

<sup>22</sup> So etwa: Stollenwerk, Rechtsfragen zum Grenzüberbau, DWW 1997, S. 375, 377; Staudinger, § 912 BGB Rn. 21; Dehner, Nachbarrecht, § 24, S. 10 ff

<sup>23</sup> Bejahend: Schroer, NZBau 2008, S. 706, 707; mit beachtlichen Gründen ablehnend: Heinzmann, Der Wärmeschutzüberbau bei geschlossener Bauweise und unterschiedlicher Gebäudehöhe oder unterschiedlicher Gebäudetiefe, BWNotZ 2006, S. 153, 154; Warnecke, DWW 2009, S. 366, 370

<sup>24</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.12.2009 – 6 U 121/09, DWW 2010, S. 27 ff

Grenzwand, die 15 cm in den Luftraum des Nachbargrundstücks ragen, der Ansicht angeschlossen, es handele sich nicht um ein untergeordnetes Bauteil im Sinne von § 7 b NRG BW. Folgt man dieser im Vordringen befindlichen Auffassung, dann entstehen auch in der hier betrachteten Fallgruppe nachbarliche Duldungspflichten im Falle einer überbauenden Wärmedämmung nicht.<sup>25</sup>

### **c) Fehlende landesrechtliche Sonderregeln**

#### **aa) Überbau - § 912 BGB**

Weisen landesrechtliche Nachbarvorschriften innerhalb ihres Regelungskomplexes zur Grenzwand keine besonderen Vorschriften zum Überbau aus, können sich Duldungspflichten des Nachbarn nur unter den Voraussetzungen von § 912 Abs. 1 BGB ergeben. Diese Rechtslage gilt vor allem in den Bundesländern Rheinland-Pfalz<sup>26</sup> und Thüringen<sup>27</sup>. § 912 BGB unterscheidet nicht danach, ob die Überbausituation schon im Erdanschlussbereich besteht oder Gebäudeteile nur in den Luftraum des Nachbargrundstücks hinein ragen. In jedem Fall ist die überbauende Wärmedämmung auch nur in den Luftraum des Nachbargrundstücks als Überbau im Rechtssinne zu betrachten.<sup>28</sup> Ohne Belang ist auch, ob der Überbau sofort mit der Errichtung des Gebäudes oder erst nach der Errichtung des Gebäudes durch weitere Baumaßnahmen oder sonstige Einflüsse eingetreten ist. In diesem Fall gilt § 912 BGB analog.<sup>29</sup> Von einem Überbau in den Luftraum des Nachbargrundstücks kann z.B. ausgegangen werden, wenn nicht bereits der Gebäudesockel, sondern nur die Außenmauer ab dessen Oberkante durch Wärmedämmung verblendet wird.

---

<sup>25</sup> So im Ergebnis bereits für Niedersachsen: OLG Celle, Urteil vom 31.10.1997 – 4 U 170/96, OLGR Celle, 1998, S. 32 ff

<sup>26</sup> §§ 13 bis 16 NRG

<sup>27</sup> §§ 13 bis 16 NRG

<sup>28</sup> OLG Köln, Ur. v. 15.11.2002 – 19 U 75/02, NZM 2003, S. 296 für eine Überschreitung der Grenzlinie um 11 cm mit einer aufgetragenen Wärmedämmung; ebenso: OLG Koblenz, Ur. v. 13.07.1995 – 5 U 1644/94, BauR 1996, S. 410; BGH, Ur. v. 04.04.1986 – V ZR 17/85, NJW 1986, S. 2639; BGH, Ur. v. 21.01.1983 – V ZR 154/81, MDR 1983, S. 568 für einen Dachvorsprung

<sup>29</sup> BGH, Ur. v. 19.09.2008 – V ZR 152/07, NZM 2008, S. 939; BGH, Ur. v. 04.04.1986 – V ZR 17/85, NJW 1986, S. 2639 für einen erst nach Errichtung des Gebäudes aufgetretenen Überhang durch Neigung der Grenzmauer

Dann aber kommt es bei Wärmedämmungen auf Gebäudewänden an der Grenze für die Duldungspflicht des Nachbarn nur darauf an, dass der Überbau maximal leicht fahrlässig erfolgte und der Nachbar nach der Überschreitung der Grenze nicht umgehend widersprochen hat (§ 912 Abs. 1 BGB). An beiden Tatbestandsmerkmalen dürfte es regelmäßig scheitern. Denn ein Eigentümer handelt nach herrschender Meinung schon dann grob fahrlässig, wenn er beim Bauen an der Grenze deren Verlauf zuvor nicht zuverlässig ermittelt, um einen Überbau möglichst auszuschließen.<sup>30</sup>

### **bb) Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis**

Eine Korrektur dieses Befundes mangelnder Duldungspflicht lässt sich auch aus dem richterrechtlich entwickelten Grundsatz des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses (§ 242 BGB) nicht gewinnen. Auch hieraus folgt keine Duldungspflicht des Nachbarn.<sup>31</sup> Denn die Pflicht zu konkreten Wärmedämmmaßnahmen oder auch eine Gewährleistung – erhöhter – energetischer Mindeststandards folgen aus der reinen Pflicht zur Vorhaltung eines Gebäudeenergiepasses auch für Bestandsimmobilien gerade nicht. § 5 a S. 3 EnEG zeigt als Ermächtigungsgrundlage zur EnEV in Verbindung mit §§ 16 Abs. 2, 20 EnEV, dass die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Vorhaltung eines Energieausweises zu reinen Informationszwecken dient. Eine Pflicht zur Umsetzung der dort empfohlenen energetischen Optimierungen folgt daraus gerade nicht. Deshalb werden diesen Vorschriften auch keine nachbarschützenden Wirkungen zugunsten des wärmedämmenden Eigentümers beigemessen.<sup>32</sup>

### **cc) Ausschluss des Beseitigungsanspruchs - § 275 Abs. 2 BGB**

---

<sup>30</sup> So: BGH, Urt. v. 19.09.2008 – V ZR 152/07, NZM 2008, S. 939; BGH, Urt. v. 19.09.2003 – V ZR 360/02, NZM 2003, S. 996; auch Warnecke, DWW 2009, S. 366, 369 m.w.N.

<sup>31</sup> Dazu: BGH, Urt. v. 11.07.2003 – V ZR 199/02, NJW-RR 2003, S. 1313, 1314; eingehend mit Einzelnachweisen zur judizierten Kasuistik: Horst, Rechtshandbuch Nachbarrecht, 2. Auflage 2006, S. 92 f, Rn. 285 ff; offen gelassen noch von: Fischer/Hopfensperger/Pably/Schneiderhan, Energieausweis und neue EnEV 2007, S. 111

<sup>32</sup> BayVGH, Beschl. v. 30.11.2006 – 14 CS 06.3015, zitiert nach Juris-Datenbank

Mangels eingreifender Duldungspflichten hat der Nachbar folglich Beseitigungsansprüche, wenn aufgebrauchte Wärmedämmungen in sein Grundstück hinüber ragen und er dem zuvor nicht zugestimmt hat. Allerdings bleibt zu untersuchen, ob dieser grundsätzlich bestehende Beseitigungsanspruch ausnahmsweise gemäß § 275 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein kann. Das kommt in Betracht, sofern die gebotene Abwägung der speziellen Umstände des Einzelfalls ergibt, dass die Beseitigung die Grenze der Zumutbarkeit etwa wegen eines unzumutbar hohen Beseitigungsaufwandes überschreiten würde. Bei der gebotenen Abwägung sind Kosten des Nachbarn, die ihm ohne die Inanspruchnahme des fremden Grundstücks entstehen, aber nicht entscheidend.<sup>33</sup>

Aufgrund der formulierten hohen Anforderungen dürfte das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 2 BGB die absolute Ausnahme bleiben. Auch wenn der dämmende Eigentümer den Nachbarn „vor vollendete Tatsachen stellt“, anstatt seine Absichten vorher anzuzeigen und um Zustimmung nachzusuchen, muss sich der Nachbar deshalb nicht auf einen Ausschluss nach § 275 Abs. 2 BGB verweisen lassen. Er kann seine Duldung im Normalfall verweigern und Beseitigung durch Abriss der Wärmedämmung geltend machen.

#### **d) Duldung der Arbeiten**

Für den Fall der nur ausnahmsweise bestehenden Duldungspflicht bleibt die Frage virulent, ob und in wieweit der Nachbar Dämmarbeiten an der grenzständigen Wand dulden muss. Hier ist nur kurz auf das in vielen Nachbarrechtsgesetzen der Länder geregelte Hammerschlags- und Leiterrecht als Anspruchsgrundlage für die Duldung der Arbeiten an einer Nachbarwand hinzuweisen. Länderübergreifend kann dazu festgehalten werden, dass der bauende Eigentümer voraussetzend nachweisen muss, dass die Arbeiten anders nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten durchgeführt werden können und die mit der Duldung verbundenen Nachteile oder Belästigungen nicht außer Verhältnis zu dem von dem Berechtigten erstrebten Vorteil

---

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 23.10.2009 – V ZR 141/08; BGH, Urt. v. 30.05.2008 – V ZR 184/07, NJW 2008, S. 3122, 3123; BGH, Urt. v. 18.07.2008 – V ZR 171/07, NJW 2008, S. 3123, 3124; OLG Stuttgart, Urt. v. 19.08.2009 – 3 U 15/09, OLGR Stuttgart 2009, S. 802; OLG Celle, Urt. v. 31.10.1997 – 4 U 170/96, OLGR Celle 1998, S. 32; zustimmend: Palandt/Bassenge, 68. Auflage 2009, § 1004 BGB Rn. 47; Kolbe, NJW 2008, S. 3618 ff; Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 162 f

stehen. Dabei umfasst das Hammerschlags- und Leiterrecht auch die Befugnis, auf oder über dem Nachbargrundstück Gerüste und Geräte aufzustellen sowie die zu den Arbeiten erforderlichen Baustoffe über das Grundstück zu bewegen.<sup>34</sup> Landesgesetzlich ist das Hammerschlags- und Leiterrecht in den Nachbarrechtsgesetzen in Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen geregelt. In Bayern, Bremen, Hamburg<sup>35</sup> und Mecklenburg-Vorpommern finden sich keine landeseigenen speziell nachbarrechtlichen Regelungen. Hier kann die Duldungspflicht zur Aufstellung von Leitergerüsten aus dem Rechtsinstitut des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses abgeleitet werden,<sup>36</sup> was natürlich voraussetzt, dass überhaupt eine Duldungspflicht zum Anbringen der Wärmedämmung selbst reklamiert werden kann.

## 2. Nachbarwand

Nachbarwände stehen nicht an, sondern auf der Grenze. Auch die Rechtsverhältnisse an Nachbarwänden sind in vielen landeseigenen Nachbarrechtsgesetzen teilweise mit unterschiedlicher Dichte geregelt. Gleichwohl gilt für die Frage der Duldungspflicht von Wärmedämmungen auf Nachbarwänden länderübergreifend einheitliches Recht.

### a) Duldungspflicht

Pflichten zur Duldung aufgebrachter Wärmedämmungen zur Nachbarseite hin können sich für den Nachbarn schon aus der Eigenschaft der Nachbarwand als Grenzeinrichtung (§§ 921, 922 S. 4, 745 Abs. 2 BGB) ergeben. Wie der BGH in seinem Urteil vom 11.04.2008<sup>37</sup> betont, sei die Nachbarwand aus ihrer

---

<sup>34</sup> Näher: Horst, Rechtshandbuch Nachbarrecht, 2. Auflage 2006, S. 452 ff, Rn. 1461 ff

<sup>35</sup> Duldungsverpflichtungen des Nachbareigentümers folgen für Hamburg aber aus § 74 Abs. 1 BauO Hamb: OVG Hamburg, Beschluss vom 2.1.2002 – 2 Bs 314/01, zitiert nach Juris-Datenbank

<sup>36</sup> OLG Hamm, Urt. v. 02.12.1965 – 5 U 132/65, NJW 1966, S. 599, 600 für eine Zeit, in der es in Nordrhein-Westfalen noch kein eigenes Landesnachbarrecht gab

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 11.04.2008 – V ZR 158/07, NZM 2008, S. 503

Beschaffenheit heraus dazu bestimmt, dass jeder der beiden Nachbarn in Richtung auf sein eigenes Grundstück die Wand durch Anbau benutzen könne. Um eine solche Benutzung handele es sich jedoch bei einer Fassadenverkleidung für Wärmedämmung zur Nachbarseite nicht. Dies sei vielmehr eine Verwaltungsmaßnahme im Sinne von § 745 BGB. Die Vorschriften über die Gemeinschaft nach den §§ 741 ff BGB seien entsprechend § 922 S. 4 BGB auf den Fall der Nachbarwand anwendbar. Nach § 745 Abs. 2 BGB könne der eine Nachbar die Duldung des Anbringens der Fassadenverkleidung verlangen, weil die Maßnahme dem beiderseitigen Interesse nach billigem Ermessen entspreche. Dabei sei für den Duldungsanspruch und die Interessenabwägung maßgeblich, dass die Maßnahme die Mauer in einen aktuellen energetischen Standard versetze. Es entspreche dem Interesse eines jeden vernünftig denkenden Teilhabers an der Wand, sie so nachzurüsten, dass sie dem allgemein üblichen Standard entspreche. Insoweit liege die Isolierung nicht nur im Interesse desjenigen, der eine bessere Dämmung erhalte. Dies gelte im Übrigen unabhängig von der Frage, ob das Anbringen einer Innendämmung im Haus des Klägers technisch unzulänglich sei.<sup>38</sup>

Dabei macht der BGH zwei Einschränkungen:

Duldungspflichten entfallen in dem Moment, in dem der Nachbar die halbscheidig stehende Grenz wand selbst für seine Bau benutzen möchte und auch in dem Falle, in dem neben der Grenzverletzung weitere Beeinträchtigungen vorliegen wie z.B. eine Verletzung der Brandschutzvorschriften.<sup>39</sup>

Im Gegensatz zu den Betrachtungen zur Grenz wand zeigt sich also für den Fall der Nachbar wand, dass die Duldungspflicht für Wärmedämmmaßnahmen nicht die Ausnahme, sondern die Regel darstellt.

## **b) Duldung der Arbeiten**

In seinem Urteil vom 11.04.2008 – V ZR 158/07<sup>40</sup> – macht der BGH auch deutlich, dass § 745 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 922 S. 4 BGB in den Fällen einer

---

<sup>38</sup> Ebenso im Nachgang: OLG Dresden, Urt. v. 01.07.2009 – 11 U 568/08, zitiert nach Juris-Datenbank

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 19.09.2008 – V ZR 152/07, NZM 2008, S. 939

<sup>40</sup> NZM 2008, S. 503

gemeinsamen Giebelwand Anspruchsgrundlage zur Aufstellung eines Gerüstes sei, um die Dämmarbeiten durchzuführen. Denn es handele sich um die Durchführung einer Verwaltungsmaßnahme. Auf eventuell landesrechtlich geregelte Hammerschlags- und Leiterrechte müsse daher nicht zurückgegriffen werden.

### **3. Grenznah stehende Wände**

Grenznahe Wände stehen weder direkt an der Grenze, noch reichen sie über die Grenze auf das andere Grundstück hinaus, sind also weder als Grenz- noch als Nachbarwände einzuordnen. Daraus folgert Warnecke<sup>41</sup> zu Recht, dass für diese nah an der Grenze mit geringem Abstand stehenden Außenwände ausschließlich die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten.<sup>42</sup> Denn modifizierende landesrechtliche Sonderregelungen fehlen auch in diesem Fall.<sup>43</sup>

Stehen diese Wände also so nah an der Grundstücksgrenze, dass die nachträglich aufgebraute Wärmedämmung über die Grenze in das andere Grundstück hineinragt, liegt also ebenfalls ein in der Regel nicht zu duldender Überbau im Sinne von § 912 BGB vor.

### **4. Baugenehmigungsrechtliche Fragen**

Die Frage, ob eine wärmedämmende Fassadenverkleidung selbst baugenehmigungspflichtig ist, kann für die hier zu untersuchende Frage privatrechtlicher Ansprüche oder Duldungspflichten des „überbauten“ Nachbarn unentschieden bleiben. Denn nach allen Landesbauordnungen ergehen Baugenehmigungen „unbeschadet privater Rechte Dritter“, schließen also privatrechtliche Ansprüche eines etwa beeinträchtigten Nachbarn nicht aus.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> DWW 2009, S. 366, 370

<sup>42</sup> Vgl. dazu unter Punkt II.1.c)

<sup>43</sup> Warnecke a.a.O. beschreibt diese Fälle vor allem in historischer Bebauung in Dorfkernen.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. § 58 Abs. 3 BauO BW; § 64 Abs. 5 BauO Hess; BGH, Urt. v. 19.12.1975 – V ZR 25/74, BGHZ 65, S. 395; LG Leipzig, Beschl. v. 02.11.1998 – 01 T 8106/98, NZM 2000, S. 393; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 04.03.1996 – 5 S 1798/95, NJW 1996, S. 3429; Aschmann, Rechtsfragen bei der Wärmedämmung von Bestandsgebäuden, GE 2009, S. 1232 (1232); Heinzmann, BWNotZ 2006, S. 153; Schroer, NZ Bau 2008, S. 706, 706

Innerhalb der Baugenehmigung wird lediglich die Vereinbarkeit des begehrten Bauvorhabens mit öffentlichem Bauplanungs- und Bauordnungsrecht nach Prüfung bescheinigt. Eine Prüfung privater Rechte von Nachbarn, die möglicherweise durch das Bauvorhaben beeinträchtigt werden könnten, unterbleibt.

Dabei muss selbstverständlich die Montage einer wärmedämmenden Fassadenverkleidung ohne Rücksicht auf baugenehmigungsrechtliche Fragen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechen. Anderenfalls kann die Bauaufsichtsbehörde bauaufsichtliche Maßnahmen ergreifen. In diesem Zusammenhang bleibt dann auch zu untersuchen, ob eine etwa verletzte öffentlich-rechtliche Vorschrift des Baurechts nachbarschützende Wirkung hat, was Abwehransprüche auch privater Natur eröffnen würde.

## **5. Nachbarrechtliche Ansprüche aus der Verletzung von Grenzabständen**

Öffentlich-rechtliche Grenzabstandsvorschriften haben nachbarschützende Wirkung. Werden sie verletzt, so erwachsen dem Nachbarn daraus privatrechtliche Abwehr- und Beseitigungsansprüche gegen den Grundstückseigentümer, der unzulässiger Weise in den nach öffentlichem Baurecht einzuhaltenden Grenzabstand auf seinem eigenen Grundstück hinein baut. Von dieser Grundaussage sind Fälle abzuschichten, in denen untergeordnete Gebäude oder Bauteile abstandsflächenprivilegiert sind, folglich innerhalb des einzuhaltenden Grenzabstands auf dem eigenen Grundstück errichtet werden dürfen, ohne dass diese eine Verletzung der Grenzabstandsvorschriften nach sich zieht. Dabei wird Fassadenverkleidungen mit wärmedämmenden Eigenschaften eine abstandsprivilegierte Eigenschaft z.B. in den Ländern Baden-Württemberg<sup>45</sup>, Bayern<sup>46</sup>, Berlin<sup>47</sup>, Brandenburg<sup>48</sup>, Hamburg<sup>49</sup>, Hessen<sup>50</sup>, Niedersachsen<sup>51</sup> und Nordrhein-Westfalen<sup>52</sup> zugebilligt.

---

<sup>45</sup> VG Stuttgart, Beschl. v. 13.08.2009 – 6 K 2312/09, zitiert nach Juris-Datenbank

<sup>46</sup> Art. 75 Abs. 1 BauO Bay; dazu VG Würzburg, Beschl. v. 17.08.2009 – W 5 S 09.582, zitiert nach Juris-Datenbank

<sup>47</sup> § 6 Abs. 6 S. 1 Nr. 3 BauO BLN; dazu Aschmann, GE 2009, S. 1232, 1232

<sup>48</sup> § 6 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BauO BB; dazu Aschmann, a.a.O.

<sup>49</sup> §§ 71 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 6 Abs. 5 BauO Hamb; dazu OVG Hamburg, Beschl. v. 05.09.2008 – 2 BS 65/08, BauR 2009, S. 632

Weil deshalb baurechtliche Abstandsflächenbestimmungen durch hineinragende Wärmedämmungen nicht verletzt werden, gewinnt der Nachbar daraus auch keine privatrechtlichen Abwehr- und Beseitigungsansprüche, ohne dass eine etwa nachbarschützende Wirkung des jeweiligen Landesbaurechts noch zu untersuchen wäre.

Privatrechtliche Abwehr- und Beseitigungsansprüche können sich allerdings aus § 912 Abs. 1 BGB ergeben. Die Vorschrift ist auf den Fall eines verletzten Grenzabstands analog anwendbar.<sup>53</sup>

## **6. Nachbarrechtliche Ansprüche aus der Verletzung von Baugrenzen**

Besteht für das Baugebiet ein Bebauungsplan und setzt dieser Plan Baugrenzen – vordere, hintere oder seitliche Baufluchten – fest, die mit dem Baukörper einzuhalten sind, dann stellt sich im Falle einer aufgetragenen Wärmedämmung die Frage, ob dadurch diese Baugrenzen überschritten werden. Das wäre ohne Ausnahmegenehmigung unzulässig. § 23 Abs. 3 S. 2 BauNVO kann aber zulassen, dass Gebäudeteile geringfügig hervortreten. Dabei soll eine ganze Hauswand den Begriff des Gebäudeteils aber nicht mehr ausfüllen und deshalb nach § 23 Abs. 3 BauNVO nicht mehr privilegiert werden können.<sup>54</sup>

In Betracht kommt aber eine zu beantragende Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans nach § 31 Abs. 2 BauGB.<sup>55</sup> Schon der Wortlaut der Vorschrift zeigt ihre nachbarschützende Wirkung. Allerdings könnte mit der Verfolgung des

---

<sup>50</sup> § 4 Abs. 2 S. 2 und 3, § 9 Abs. 6 S. 2 BauO Hess in der Fassung vom 10.12.2009, GVBl. 2009, S. 631, 632

<sup>51</sup> § 7 b BauO Nds

<sup>52</sup> § 6 Nr. 14 BauO NW; dazu OVG NW, Beschl. v. 29.05.2008 – 10 B 616/08, BauR 2008, S. 1588

<sup>53</sup> OLG Köln, Urteil vom 15.11.2002 19 U 75/02, NZM 2003, S. 296; OLG Koblenz, Urteil vom 17.12.1998 – NJW-RR 1999, S. 1394, jeweils m. w. N.

<sup>54</sup> Dirnberger, in: Jäde/Dirnberger/Weis, Kommentar zur Baunutzungsverordnung, 4. Auflage 2005, § 23 BauNVO Rn. 10

<sup>55</sup> Die Vorschrift lautet:

(2) Von den Festsetzungen des Bebauungsplans kann befreit werden, wenn die Grundzüge der Planung nicht berührt werden und

1. Gründe des Wohls der Allgemeinheit die Befreiung erfordern oder
2. die Abweichung städtebaulich vertretbar ist oder
3. die Durchführung des Bebauungsplans zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde und wenn die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist.

Klimaschutzes und der Umsetzung aktueller energetischer Anforderungen nach der EnEV 2009 durch die Wärmedämmung „das Wohl der Allgemeinheit“ die Befreiung erfordern und je nach dem Grad der Beeinträchtigung des Nachbarn „öffentliche Belange“ über dessen Interessen stellen. Ob also im Spezialfall eines beplanten Baugebiets mit festgesetzten Baugrenzen und Baulinien eine Befreiungsgenehmigung vom Nachbarn angefochten werden kann und auch direkte zivilrechtliche Abwehr- und Beseitigungsansprüche gegen den dämmenden Hauseigentümer entstehen können, richtet sich nach dem Grad der Beeinträchtigung des Anfechtenden im Einzelfall, der durch die Fassadenverkleidung erzielt wird.

## **7. Nachbarliche Zustimmung durch Vereinbarung**

Wie zu zeigen war, bestehen trotz teilweise anders lautender landesrechtlicher Kodifikationen nachbarliche Duldungspflichten nicht oder zumindest nicht ohne weiteres. Dies birgt für den Eigentümer, der eine energetische Gebäudesanierung durch wärmedämmende Fassadenverkleidungen plant, ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit und damit verbunden an wirtschaftlichen Risiken. Er muss im Zweifel immer damit rechnen, zur Erfüllung eines erfolgreich geltend gemachten nachbarlichen Abwehr- und Beseitigungsanspruchs die Fassadenverkleidung wieder entfernen zu müssen. Damit wird ihm im privatrechtlichen Nachbarverhältnis genau das Gegenteil dessen abverlangt, was er nach § 9 Abs. 3 EnEV 2009 zu realisieren verpflichtet ist. Dem kann nur durch eine nachbarliche Zustimmung durch Vereinbarung begegnet werden, die eine rechtsgeschäftliche Duldungspflicht des Nachbarn begründet. Auch wenn der BGH<sup>56</sup> die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung für den Fall des rechtmäßigen Überbaus bereits anerkannt hat,<sup>57</sup> dürfte sie in der Praxis doch auf immense Schwierigkeiten stoßen und kaum zu erlangen sein. Denn häufig werden an einen solchen „Deal“ überhöhte finanzielle Erwartungen im Rahmen der Verhandlung einer Überbaurente geknüpft. Diese werden auch kaum „wegzuverhandeln“ sein, zumal wenn man bedenkt, dass sich der Nachbar zur Harmonisierung der Rechtslage nach öffentlichem Baurecht verpflichten muss, eine Baulast zu übernehmen, die aus Erwerberschutzgründen auf Seiten des dämmenden Eigentümers auch zivilrechtlich von einer Grunddienstbarkeit begleitet werden muss.

---

<sup>56</sup> BGH, Urt. v. 21.01.1983 – V ZR 154/81, NJW 1983, S. 1112

<sup>57</sup> Hinweisend auch Warnecke, DWW 2009, S. 366, 369

Denn ohne dingliche Absicherung entsteht für einen Erwerber des „überbauten“ Grundstücks keine Duldungspflicht, auch wenn der frühere Eigentümer die Beeinträchtigung gestattet hat.<sup>58</sup> Ohne öffentlich-rechtliche und dingliche Absicherung der Nachbarvereinbarung wird also die gesamte Verhandlung um eine nachbarliche Zustimmung für den Eigentümer, der eine Wärmedämmung mit Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks plant, letztlich sinnlos.

Vor allem ist zu bedenken, dass Entschädigungsrenten nicht amortisationsfähig sind. Sie belasten also den dämmenden Eigentümer neben den eigentlichen Investitionskosten unbefristet und können auch in Vermietungsfällen einer hier noch näher zu untersuchenden Mieterhöhungsmöglichkeit nach erfolgter modernisierender Baumaßnahme weder als Baukosten noch als Baunebenkosten unterlegt werden.

### **III. Duldungspflichten im privatrechtlichen Nachbarverhältnis bei Neubauten**

Für Neubauvorhaben stellen sich die hier aufgezeigten Probleme nicht. Besondere Wärmedämmungen können mit dem Ergebnis einer etwaigen Vergrößerung des Wandquerschnitts bei der Einmessung und Errichtung des Gebäudes von vornherein berücksichtigt werden. Die Frage eines dennoch erfolgten Überbaus beurteilt sich rein nach § 912 BGB. Denn die hier vorgestellten landesrechtlichen Vorschriften gelten nicht für Neubauten, nur für Bestandsbauten. Im Rahmen von § 912 BGB ist aber nach dem bisher Ausgeführten regelmäßig grobe Fahrlässigkeit im Hinblick auf den entstandenen Überbau anzunehmen, so dass nachbarliche Duldungspflichten ausscheiden.<sup>59</sup>

## **IV. Verhältnis zur Gemeinde**

### **1. Baugenehmigungspflicht?**

---

<sup>58</sup> BGH, Urt. v. 23.10.2009 – V ZR 141/08; BGH, Urt. v. 29.02.2008 – V ZR 31/07, NJW-RR 2008, S. 827; BGH, Urt. v. 19.12.1975 – V ZR 38/74, BGHZ 66, S. 37, 39 m.w.N.

<sup>59</sup> Vgl. oben unter II.1.c) aa)

Nachträgliche Wärmedämmungen bedürfen öffentlich-rechtlich keiner Baugenehmigung. Die Bauordnungen der Länder weisen diese Baumaßnahme dem Katalog der genehmigungsfreien Vorhaben zu.<sup>60</sup> Dies gilt selbstverständlich nur, soweit bei tragenden Bauteilen wie Außenwänden die Statik nicht verändert wird. Das kommt z.B. bei einem zweischaligen kerngedämmten Mauerwerk in Frage, dessen äußere Schale und Kerndämmung wegen eingetretener Durchfeuchtungen und Nässeschäden durch eine andere Isolierung mit wärmedämmenden Charakter ersetzt werden soll. In Zweifelsfällen sollte unter Beschreibung der anstehenden dämmenden Baumaßnahmen eine Auskunft der Bauaufsichtsbehörde eingeholt und zusätzlich hilfsweise eine entsprechende Baugenehmigung beantragt werden.

## **2. Baulast wegen verletzter Grenzabstände**

Aufgrund der abstandsprivilegierten Eigenschaft von wärmedämmenden Fassadenverkleidungen können auf dem eigenen Grundstück einzuhaltende Grenzabstände nicht verletzt werden, was eine Abstandsflächenbaulast auf dem Nachbargrundstück überflüssig macht. Diese Konstellation ist von Überbaulagen zu unterscheiden, die zur öffentlich-rechtlichen Absicherung einer Baulast auf dem Nachbargrundstück bedürfen.

## **3. Befreiungsgenehmigung wegen verletzter Baugrenzen**

Schon aus den obigen Ausführungen<sup>61</sup> wird deutlich, dass der sanierungswillige Eigentümer vor Umsetzung seiner Baumaßnahmen in jedem Fall bei der Bauplanungsbehörde seiner Kommune Auskunft dazu einholen muss, ob seine Immobilie im Bereich eines Bebauungsplans gelegen ist und – falls ja – ob dieser Bebauungsplan Festsetzungen zu Baugrenzen und Baulinien vorsieht. Ob die danach zu beantragende Befreiungsgenehmigung erteilt wird, hängt zunächst einmal

---

<sup>60</sup> § 55 BauO Hess. in Verb. mit Nrn. 1, 2, 4 der Anlage 2 zu § 55; § 62 Abs. 1 Nr. 2 BauO Bln in Verb. mit §§ 15 Abs. 1, 67 Abs. 3 BauO Bln; § 69 Abs. 1 und 5 BauO Nds in Verb. mit Nr. 13.4 des Anhangs „Genehmigungsfreie bauliche Anlagen und Teile baulicher Anlagen“; § 65 Abs. 2 Nr. 2 BauO MW, es sei denn, es besteht für äußere Verkleidungen und Verblendungen von Fassaden eine örtliche Bauvorschrift im Sinne von § 86 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 BauO MW (hier: § 86 Abs. 1 Nr. 1 – Gemeindegesetz für die äußere Gestaltung baulicher Anlagen)

<sup>61</sup> Vgl. dazu unter Punkt II.6.

von der von § 31 Abs. 2 BauGB aufgegebenen Interessenabwägung zwischen öffentlichen und nachbarlichen Belangen ab, die von der Genehmigungsbehörde vorzunehmen ist.

#### **4. Duldungsfragen im öffentlich rechtlichen Nachbarverhältnis zum Straßeneigentümer**

Wie beim Verhältnis zum privaten Grundstücksnachbarn bleibt zu untersuchen, ob auch der öffentlich-rechtliche Straßeneigentümer zur Duldung von wärmedämmenden Fassadenverkleidungen zum Gehweg oder zur Straße hin verpflichtet werden kann. Unabhängig davon, ob man auch im öffentlich-rechtlichen Nachbarverhältnis § 912 BGB als Vorschrift des privaten Nachbarrechts für anwendbar hält<sup>62</sup> oder nicht,<sup>63</sup> unterliegt es keinem Zweifel anzunehmen, dass nach den Straßen- und Wegegesetzen der Bundesländer mit dem Überbau in den Luftraum einer Straße oder eines Gehwegs weder ein Gemeingebrauch im Rahmen der Widmung noch eine Anliegernutzung vorliegt. Denn dann müsste sich die zu bewertende Nutzung im Rahmen des Widmungszwecks zum Verkehr halten, was im Falle eines Überbaus außer Frage steht. Damit handelt es sich um eine Sondernutzung, die erlaubnispflichtig ist. Eine Erlaubnis hierzu kann aber nicht erteilt werden, da ein Überbau eine nicht genehmigungsfähige Sondernutzung eines öffentlichen Straßengrundstücks darstellt.<sup>64</sup> Folgt man dieser Ansicht, dann wäre eine Vollverkleidung eines direkt grenzständig an ein Straßengrundstück gebautes Haus rechtlich nicht möglich. Aber auch wenn man die schlichte Genehmigungsunfähigkeit derartiger Sondernutzungen in Zweifel zieht,<sup>65</sup> können doch vernünftige Zweifel an der grundsätzlichen Erforderlichkeit einer Sondernutzungserlaubnis nach öffentlichem Straßenrecht nicht entstehen. Notwendig ist daher in jedem Fall die Beantragung einer solchen Erlaubnis vor

---

<sup>62</sup> Bejahend: BGH, Urt. v. 19.12.1975 – V ZR 25/74, BGHZ 65, S. 395 ff

<sup>63</sup> So: BayVGH, Beschl. v. 29.12.2008 – 8 CS 08.1374 und Beschl. v. 17.04.2000 – 8 ZB 00.671, jeweils zitiert nach Juris-Datenbank

<sup>64</sup> So: BayVGH, Beschl. v. 29.12.2008 – 8 CS 08.1374, zitiert nach Juris-Datenbank

<sup>65</sup> So die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Land Bremen – Stand 03.03.2009 – S. 2, letzter Absatz, unter Verweis auf § 18 BremLStrG; bestätigt durch die Mitteilung des Senats an die Bremische Bürgerschaft (Landtag) vom 23.06.2009 zum vorgenannten Gesetzesentwurf

Ausführung energetischer Dämmmaßnahmen schon in der Planungsphase, wenn das Haus grenzständig zum öffentlichen Straßeneigentümer erbaut ist.

## **V. Zwischenergebnis**

Insgesamt lässt sich zum Fall 1 festhalten:

Nur im Falle einer zu dämmenden Nachbarwand kann von einer Duldungspflicht des privaten Nachbarn ausgegangen werden. Bei Grenzwänden hängt die grundsätzliche Annahme einer Duldungspflicht vom unterschiedlich geregelten landeseigenen privaten Nachbarrecht ab, begegnet aber auch im Falle ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in den Ländern Bremen, Berlin und Hessen rechtlichen Unsicherheiten. Nicht öffentlich-rechtlich, jedoch unmittelbar privatrechtlich stellt sich die Frage einer Duldungspflicht auch, wenn die Wärmedämmung lediglich in den Grenzabstand auf dem eigenen Grundstück des energetisch sanierenden Eigentümers hinein ragt. Hier stehen dem Nachbarn aus § 912 Abs. 1 BGB zur Seite. Öffentlich rechtlich stehen ihm keine Abwehrrechte zu, es sei denn, es besteht ein Bebauungsplan mit nachbarschützenden Festsetzungen zu Baugrenzen.

Im Verhältnis zum öffentlich-rechtlichen Straßeneigentümer bedarf es – zumindest – einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis.

Um bei grenzständigen Gebäuden den rechtlichen Unsicherheiten einer nachbarlichen Duldungspflicht und damit den hohen wirtschaftlichen Risiken eines Verlustes unternommener energetischer Investitionen zu entgehen, ist eine nachbarliche Zustimmung durch Vereinbarung anzuraten, die auch entsprechende öffentlich-rechtliche und dingliche Erklärungen umfasst. Ob und zu welchem Preis sie verhandelt werden kann, ist in der Praxis äußerst unsicher.

Gleichzeitig hat der Eigentümer in seiner Eigenschaft als Vermieter einen mietvertraglichen Erfüllungsanspruch, gerichtet auf Mängelbeseitigung, aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu erfüllen, wobei ihm öffentlich-rechtlich aufgegeben ist, gemäß § 9 Abs. 3 EnEV 2009 aktuelle Energiestandards einzuhalten. Ob eine solche

Verpflichtung auch privatrechtlich gegenüber dem Mieter besteht, bleibt im Folgenden zu untersuchen.

## **B. Fall 2: Instandsetzung ohne Berücksichtigung von EnEV-Standards**

Es sei angenommen, der Schaden erstreckt sich nicht auf 10 Prozent der Bauteilfläche und V will nicht in vollem Umfang EnEV-gerecht sanieren.

Hat M einen Mängelbeseitigungs- und Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB auf EnEV-Standard?

### **I. Anspruch des Mieters auf Durchführung energetischer Baumaßnahmen?**

#### **1. Der Mietvertrag enthält entsprechende Beschaffenheitskriterien**

Hier kann nicht zweifelhaft sein, dass M einen entsprechenden Mängelbeseitigungs- und Erfüllungsanspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hat. Geschuldet ist die Überlassung und die Aufrechterhaltung des vertragsgemäßen Zustandes der Mietsache. Wenn sich im Mietvertrag entsprechende Beschaffenheitsangaben zum EnEV-Standard finden, gelten diese und sind umzusetzen.

#### **2. Der Mietvertrag enthält keine Beschaffenheitsabreden**

In der Praxis häufiger ist der Fall, dass der Mietvertrag entweder keine Aussagen zur energetischen Beschaffenheit von Gebäuden enthält oder zur näheren Beschreibung des vertragsgemäßen Zustands der Mieträume auf den technischen und energetischen Bauzustand abstellt, der bei Erstellung des Bauwerks oder bei Vertragsabschluss geschuldet war. Hier ist zu untersuchen, ob der Mieter dennoch einen Erfüllungsanspruch auf EnEV-Standard geltend machen kann.

### a) Erfüllungsanspruch des Mieters auf EnEV Standard?

Aus der Pflicht des Vermieters zur Aufrechterhaltung des vertragsgemäßen Zustandes in § 535 Abs. 1 S. 2 BGB wird teilweise abgeleitet, dass der Vermieter eine Mietsache schuldet, die den Vorgaben der EnEV entspricht. Die fehlende energetische optimale Situation stelle einen Gebäudemangel dar, der im Sanierungsfall nur nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB beseitigt werden könne. Die öffentlich-rechtlich einzuordnenden Vorschriften der EnEV geben dem Mietvertrag auch selbst privatrechtlich das Gepräge darüber.<sup>66</sup> Folgte man dieser Ansicht, so könnte der Mieter in jedem Fall eine Mängelbeseitigung auf EnEV-Standard aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen. Umgekehrt wäre der Vermieter und Hauseigentümer als Anspruchsverpflichteter umso geächteter, weil er nicht nur öffentlich-rechtlich, sondern auch privatrechtlich umsetzen muss, was ihm nach den vorangegangenen Untersuchungen bau- und straßenrechtlich sowie nachbarrechtlich ohne Zustimmung der beteiligten Nachbarn und Behörden im Ergebnis nicht möglich wäre.

Die Gegenmeinung stellt darauf ab, dass der geschuldete Wohnungszustand vertraglich definiert wird. Demgegenüber hätten öffentlich-rechtliche Bauvorschriften und Vorschriften des Energie- und Technikrechts keinen zivilrechtlichen Rechtsreflex, berühren also die Tauglichkeit der Wohnung zum vertraglich definierten Gebrauchszustand nicht.<sup>67</sup> Diese Ansicht überzeugt. Denn schon §§ 535 Abs. 1 S. 2, 536 Abs. 1 S. 1 BGB stellen auf den „vertragsgemäßen Gebrauch“ der Mietsache im Rahmen ihres geschuldeten Sachzustands ab. Es gibt ebenfalls keine gesetzliche Verpflichtung, wonach eine bestimmte energetische Qualität zu gewährleisten ist.

Mit der aktuellen EnEV sind die Anforderungen an Wärmeschutz und Heiztechnik deutlich verschärft worden. Auch der geltenden EnEV ist allerdings keine gesetzliche Verpflichtung zur Herstellung dort ausgewiesener energetischen Qualitäten zu entnehmen, die im Privatrechtsverkehr, also zum Beispiel innerhalb eines Mietverhältnisses, rechtsbegründend sind (§ 5a S. 3 EnEG). Dies gilt für neu

---

<sup>66</sup> So: Artz, Das Gebot der Wirtschaftlichkeit, WuM 2008, S. 259 (262); vgl. auch Eisenschmid in: Schmidt-Futterer, § 535 Rn.114; ders., Energetische Renovierung im Bestand, WuM 2009, S. 624, 628; Häublein, in: Münchener Kommentar, § 536 BGB, Rn. 8

<sup>67</sup> KG, Urt. v. 28.04.2008 – 12 U 6/07, ZMR 2008, S. 892; Flatow, Die energetischen Anforderungen an das Wohnen heute und morgen, NZM 2008, S. 785 ff; Beyer, Der Betrieb unwirtschaftlicher Anlagen und die Auswirkungen auf die Betriebskosten, GE 2008, S. 1472

errichtete Immobilien wie auch für Bestandsimmobilien. Vielmehr enthält die EnEV eine ausschließlich öffentlich-rechtlich einzuhaltende Verpflichtung, die von der Bauaufsichtsbehörde, sowie dem Bezirksschornsteinfegermeister als beliehener Unternehmer bzw. von sonstigen Ordnungs- und Immissionsschutzbehörden kontrolliert wird.

DIN-Normen zur energetischen Beschaffenheit eines Gebäudes haben als private technische Regelungen ebenfalls nur Empfehlungscharakter.<sup>68</sup> DIN-Normen oder vergleichbare Regelungswerke zu allgemein anerkannten Regeln der Bautechnik sind aber keine Rechtsnormen.<sup>69</sup> DIN-Normen verkörpern auch keine gesetzliche, sondern lediglich eine tatsächliche und jederzeit widerlegbare Vermutung, dass sie wegen ihres materiellen Inhalts allgemein anerkannte Regeln der Baukunst enthalten.<sup>70</sup> Also gibt es auch keine gesetzlich definierte Soll-Beschaffenheit der Mietsache, die durch die Ist-Beschaffenheit nach unten abweichen könnte und dadurch Mietminderungsrechte auslösen könnte. Folglich schuldet der Vermieter keine Angleichung an die aktuell gültigen Standards oder DIN-Normen. Nur wenn er bauliche Veränderungen ausführt, kann der Mieter verlangen, dass die technischen Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen eingehalten werden.<sup>71</sup>

Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich im Laufe der Zeit Richtlinien<sup>72</sup> ändern, die gesundheitsschützenden Charakter haben sowie im Falle der Nachrüstpflicht des Eigentümers und Vermieters in Bezug auf alte Heizkessel (§ 10 EnEV 2009) und in Bezug auf Nachtstromspeicherheizungen (§ 10a EnEV 2009). Richtig verstanden zeigt sich aber im letzten Fall eine nur öffentliche Pflicht, die auf den privatrechtlichen Mietvertrag nicht durchschlägt, solange kein Nutzungsverbot für alte Systeme ausgesprochen wird und die Wohnung deshalb nicht mehr ordnungsgemäß beheizt werden kann.

---

<sup>68</sup> BGH, Urteil vom 14.5.1998 – VII ZR 184/97, DWW 1998, Seite 306

<sup>69</sup> BGH, Urteil vom 10.3.1987 – VI ZR 144/86, NJW 1987, Seite 2222 = DWW 1988, Seite 80; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Auflage 2007, § 536 Rdnr. 27 ff m.w.N.

<sup>70</sup> BGH, NJW 1968, Seite 2238; Eisenschmid, a.a.O.

<sup>71</sup> BGH, Urteil vom 6.10.2004 – VIII ZR 355/03, NZM 2005, S. 60; LG Berlin, Urteil vom 11.2.2008 – 67 S 64/07, WuM 2008, 482; LG Berlin, Urteil vom 23.10.2006 – 67 S 186/06, WuM 2007, 384

<sup>72</sup> Zum Beispiel für die Verwendbarkeit von asbesthaltigen Nachtspeicheröfen

Der Mietvertrag kann für die vertragsgemäße Beschaffenheit der Mietsache in bautechnischer Hinsicht auf die technischen Regeln zum Zeitpunkt der Bauwerkserstellung zurückgreifen, und nicht auf den aktuellen Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Dies hat der BGH vor allem in seinen Entscheidungen vom 6.10.2004,<sup>73</sup> 31.10.2007<sup>74</sup> und vom 17.6.2009<sup>75</sup> ausdrücklich für zulässig erachtet, solange die Gesundheit des Mieters nicht gefährdet ist und die Räume noch zweckgemäß genutzt werden können.<sup>76</sup>

Selbst wenn der Mietvertrag hierzu keine konkreten Regelungen vorsieht, muss die Beschaffenheit einer Altbauwohnung nur einen Mindeststandard aufweisen, der ein zeitgemäßes Wohnen ermöglicht<sup>77</sup> und zum Beispiel unverhältnismäßig hohe Heizkosten vermeidet.<sup>78</sup> Selbstverständlich dürfen mit dem Wohnungszustand keine Gesundheitsgefahren verbunden sein. Die Einhaltung neuester technischer Standards und energetischer Qualitätsanforderungen ist aber nicht geschuldet. Für die Beurteilung der Frage, ob die Mietwohnung Mängel aufweist, ist in erster Linie die von den Mietvertragsparteien vereinbarte Beschaffenheit der Wohnung, nicht die Einhaltung bestimmter technischer Normen maßgeblich.<sup>79</sup>

Der Energieausweis selbst dient nur der Information (§ 5a S. 3 EnEG), begründet also unter den Partnern des Mietvertrags aus sich heraus keine Rechtspflichten. Auch er hat also keine Auswirkungen auf die Soll-Beschaffenheit der Mietsache. Deshalb ergibt sich in aller Regel keine energetische Sanierungspflicht des Vermieters auf der Grundlage eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs des Mieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB.

---

<sup>73</sup> BGH, Urteil vom 6.10.2004 – VIII ZR 355/03, NZM 2005, S. 60

<sup>74</sup> BGH, Urteil vom 31.10.2007 – VII ZR 261/06, NZM 2008, S. 35 = ZMR 2008, S. 38 = NJW 2008, S. 142

<sup>75</sup> BGH, Urteil vom 17.6.2009 – VIII ZR 131/08, NJW 2009, 2441 ff

<sup>76</sup> ebenso: BVerfG, Beschluss vom 04.08.1994 – 1 BvR 1711/94, WuM 1998, Seite 657; BayObLG, Rechtsentscheid vom 04.08.1999 – RE Miet 6/98, DWW 1999, Seite 350 (352); ebenso Eisenschmid, in: Schmid-Futterer, § 536 BGB, Rdnr. 22 und 30

<sup>77</sup> BGH, Urteil vom 26.07.2004 – VIII ZR 281/03, NJW 2004, Seite 3174 ff

<sup>78</sup> KG, Urteil vom 28.4.2008 – 12 U 6/07, ZMR 2008, 892

<sup>79</sup> BGH, Urteil vom 06.10.2004 – VIII ZR 355/03, NJW 2005, Seite 218 f; BGH, Urteil vom 14.7.2007 – VII ZR 45/06, WuM 2007, S. 640 ff; LG Karlsruhe, Urteil vom 23.9.2005 – 9 S 157/05, MietRB 2007, S. 114; AG Hannover, Urteil vom 15.4.2007 – 409 C 13101/06, zitiert nach Mietrecht-Kompakt Heft 4/2007, S. 62

## b) Anspruch des Mieters auf Modernisierung?

Wortsinn des § 20 EnEV 2009 („Modernisierungsempfehlungen“) und Programm des § 5a S. 3 EnEG zeigen zunächst einen rein unverbindlichen und informatorischen Charakter, dem deshalb a priori gar keine Rechtsqualität beigemessen werden kann. Gleichwohl bleibt zu untersuchen, ob sich - auch unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots – im Ausnahmefall ein Anspruch des Mieters auf Durchführung der empfohlenen energetischen Sanierungsmaßnahmen ergeben kann.

Der Mieter hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen gegen den Vermieter.<sup>80</sup> Wie gerade § 5a S. 3 EnEG belegt, ist der Vermieter nicht verpflichtet, dass Gebäude regelmäßig dem neuesten Stand der Technik anzupassen. Der Mieter hat keine darauf gerichteten Modernisierungsansprüche. Die in § 20 EnEV geregelten Modernisierungsempfehlungen greifen in diesen Mechanismus nicht ein. Denn es handelt sich eben nur um „Empfehlungen“, nicht um eine Rechtsverpflichtung.<sup>81</sup>

Dieser Befund entspricht der bisherigen rein mietrechtlichen Betrachtung. Sanierungsansprüche könnten sich nur auf der Basis eines Erfüllungsanspruchs aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben. Das setzt einen Mangel der Mieträume voraus, von dem wie gezeigt aber bei unterlassener Erfüllung neuester technischer Normen nicht ausgegangen werden kann. Daher besteht zum Beispiel keine grundsätzliche Verpflichtung des Vermieters zur Nachisolierung, zum Einbau neuer Fenster oder zur Verstärkung von elektrischen Leitungen. Das gilt nach Ansicht des BGH auch für die Modernisierung einer alten Heizungsanlage, solange sie nicht aufgrund zwingender öffentlich rechtlicher Vorschriften stillgelegt und erneuert werden muss.<sup>82</sup>

Vereinzelte Literaturstimmen bejahen einen Modernisierungsanspruch des Mieters, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften bestimmte Maßnahmen vorschreiben und der

---

<sup>80</sup> Brückner, Energieausweis – Rechtsfolgen der Vorlagepflicht, GE 2007, S. 1533 (1539 f); Rathjen, Zum Modernisierungsanspruch des Mieters bei Wohn- und Geschäftsraummiete, ZMR 1999, Seite 458 ff; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, § 536 Rdnr. 30; Stornel, Mietrecht, 3. Auflage 1988, Teil II, Rdnr. 43, Seite 231 m.w.N. zur Rechtsprechung

<sup>81</sup> So der ausdrückliche Wortlaut von § 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und 3 EnEV im Gleichklang zu § 5a S. 3 EnEG; ebenso: Stangl, ZMR 2008, S. 14 (23)

<sup>82</sup> BGH, Urteil vom 31.10.2007 – VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 = NZM 2008, 35 = DWW 2008, 17 = ZMR 2008, 38-

Vermieter dem Gesetzesauftrag nicht nachkommt.<sup>83</sup> Soweit erkennbar hat der BGH diese Frage bislang offengelassen.<sup>84</sup>

### **c) Einschränkung des Handlungsermessens über das Gebot der Wirtschaftlichkeit?**

Wenn auch ein Anspruch des Mieters auf Umsetzung der Modernisierungsempfehlungen eo ipso nicht besteht, so bleibt es denkbar, dass das diesbezügliche grundsätzliche Handlungsermessen des Vermieters über das Gebot der Wirtschaftlichkeit<sup>85</sup> bei der Verursachung und Umlegung von Betriebskosten in §§ 556 Abs. 3, 560 Abs. 6 BGB eingeschränkt sein kann. Dann müsste aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot abzuleiten sein, dass der Vermieter die Modernisierungsempfehlungen des Energiepasses umsetzen muss, weil so Betriebskosten reduziert werden können.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot gilt sowohl im Wohnraum- als auch im Gewerberaummietrecht. Zur Ausfüllung des Begriffs wird auf § 20 Abs. 1 S. 2 NMVO zurückgegriffen. Danach können Betriebskosten im preisgebundenen Wohnungsbau nur umgelegt werden, wenn sie bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind. Der BGH erstreckt den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz aber schon nicht auf die Auswahl der Versorgungsmöglichkeit.<sup>86</sup> Unwirtschaftlich handelt der Vermieter nur, wenn er zum Beispiel unter den Anbietern von Wärme ohne sachlichen Grund einen teureren auswählt. Dazu muss der Mieter unter Beweisantritt vortragen, dass ein anderer preiswerterer Wärmecontractor vorhanden gewesen wäre.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Eisenschmid, in: Schmid-Futterer, § 536 Rdnr. 29

<sup>84</sup> BGH, Urteil vom 31.10.2007 – VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 = NZM 2008, 35 = DWW 2008, 17 = ZMR 2008, 38-

<sup>85</sup> Das Gebot der Wirtschaftlichkeit bezeichnet die vertragliche Nebenpflicht des Vermieters, bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Einfluss auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten haben, auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht zu nehmen: BGH, Urteil vom 28.11.2007 – VIII ZR 243/06, NJW 2008, S. 440

<sup>86</sup> Vgl. zum Wärmecontracting, BGH, Urteil vom 13.6.2007 – VIII ZR 78/06, NZM 2007, S. 563; dazu: Streyl, Darlegungs- und Beweislast bei Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots, NZM 2007, S. 23

<sup>87</sup> BGH, Urteil vom 13.6.2007 – VIII ZR 78/06, NZM 2007, S. 563

Teilweise wird jedoch ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot angenommen, wenn unwirtschaftliche Anlagen betrieben oder Mängel nicht beseitigt werden und dadurch höhere Kosten entstehen.<sup>88</sup> Es besteht aber aus dem Betriebskostenrecht keine Verpflichtung des Vermieters, verbrauchsgünstige Anlagen zu schaffen oder Mängel zu beseitigen. Diese Fälle sind über die Gebrauchsgewährungspflicht in § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu lösen. Die Umlagefähigkeit der beim gegenwärtigen Zustand der Mietsache anfallenden Betriebskosten wird dadurch nicht berührt. Sie bezieht sich nur auf den Ist-Zustand der Mietsache, nicht aber auf ihren Soll-Zustand.<sup>89</sup> Über ihren reinen Empfehlungscharakter hinaus ergeben sich Modernisierungsgebote also auch nicht aus dem Gebot der Wirtschaftlichkeit im Betriebskostenrecht. Das Wirtschaftlichkeitsgebot kann also nicht als Instrument zur Durchsetzung von Modernisierungsmaßnahmen und Vornahme entsprechender Investitionen durch den Vermieter eingesetzt werden.<sup>90</sup> Auch der BGH leitet im Falle einer veralteten Heizungsanlage aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot keine Verpflichtung des Vermieters zur Modernisierung ab, solange eine gesetzliche Verpflichtung hierzu nicht besteht und die veraltete Heizung – wenn auch gegen höhere Kosten – die Beheizung der Wohnung sicher stellt.<sup>91</sup> Ob aus einer gesetzlichen Verpflichtung des Vermieters zur Stilllegung oder zur Modernisierung einer veralteten Heizungsanlage<sup>92</sup> etwas anderes folgen kann, hat der BGH – wie gesagt - offen gelassen.<sup>93</sup>

Wenn auch Modernisierungspflichten aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot nicht abgeleitet werden können, so liegt es doch im betriebswirtschaftlich eigenen Interesse des Vermieters, energetisch zu sanieren: denn hohe Wohnnebenkosten dämpfen die Mietentwicklung so stark, das ihre Nettoentwicklung im Jahre 2008 (+ 1,3%) bereits unter die Inflationsrate (+ 2,6 %) sank. Vor allem stützt der Vermieter als Eigentümer neben der Rentabilität auch die Wertstabilität seiner Immobilie, wenn man in den Blick nimmt, das die Präsentation energetischer Eigenschaften neben der

---

<sup>88</sup> Schmid, Kompakt-Kommentar Mietrecht, 2006, Vor § 556 BGB Rn. 34

<sup>89</sup> BGH, Urteil vom 31.10.2007 – VIII ZR 261/06, NZM 2008, S. 35; ebenso bereits: Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. 2007, Rn. 1069; ders., Anmerkung zu BGH, a.a.O., ZMR 2008, 42; Stangl, ZMR 2998, S. 14 (24)

<sup>90</sup> Zutreffend: Milger, Die Umlage von Kosten der Wärmelieferung unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebots, NZM 2008, S. 1 (8)

<sup>91</sup> BGH, Urteil vom 31.10.2007 – VII ZR 261/06, NZM 2008, S. 35 = ZMR 2008, S. 38 = NJW 2008, S. 142; ebenso KG, Urteil vom 28.4.2008 – 12 U 6/07, ZMR 2008, 892

<sup>92</sup> § 10 EnEV 2009

<sup>93</sup> BGH, a.a.O. S. 36

Vermietungssituation gerade auch bei Verkauf der Immobilie auf Anforderung des potenziellen Käufers zu erfolgen hat, Preis bildende Wirkung hat und deshalb mittelfristig in die gutachterliche Verkehrswertermittlung fließen dürfte. Mit dem Ansatz der Verkehrswerte ist ebenso der Beleihungswert der Immobilie und damit ihre „Kreditfähigkeit“ aufgerufen.

**d) Anspruch des Mieters auf Durchführung gesetzlich vorgeschriebener energetischer Sanierungen?**

§§ 9 Abs. 1 EnEV 2004, 10 EnEV 2007, 10 EnEV 2009 gebieten den Austausch alter Heizkessel sowie § 10a EnEV 2009 den Austausch von Nachtstromspeicherheizungen unter den dort fixierten Voraussetzungen. Das Dämmgebot in § 9 Abs. 2 und 3 EnEV 2004 bleibt durch § 30 Abs. 2 und 3 EnEV 2007 und durch § 10 Abs. 3 und 4 EnEV 2009 aufrechterhalten. § 9 Abs. 3 EnEV 2009 legt dem Vermieter schließlich auch die Einhaltung aktueller energetischer Standards bei sonstigen Baumaßnahmen zum Beispiel an der Außenwänden unter den dort genannten Voraussetzungen auf.

Daraus kann sich der Schluss ableiten, dass der Gesetzgeber diese Maßnahmen als Instandhaltungs- oder als Instandsetzungsmaßnahmen einordnet. Der Mieter hätte diese Instandsetzungen des Vermieters dann ohne weiteres zu dulden (§ 554 Abs. 1 BGB). Aus seiner Duldungspflicht erwächst ihm aber umgekehrt kein Anspruch auf die „Erhaltung der Mietsache“, solange ihr Zustand noch vertragsgemäß ist. Denn der Erfüllungsanspruch des Mieters richtet sich nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB allein auf die Aufrechterhaltung des vertragsgemäßen Zustandes. Ein zivilrechtlicher Rechtsreflex der rein öffentlich-rechtlich in den zitierten Vorschriften der EnEV normierten Nachrüst- und Austauschpflichten kann also innerhalb des Mietrechts zugunsten des Mieters nicht zugebilligt werden.

Wird der Mietgebrauch also durch den Zustand älterer Heizungsanlagen und unterlassener Dämmmaßnahmen nicht beeinträchtigt, so gewinnt der Mieter keine Ansprüche auf Erfüllung rein öffentlich-rechtlich geprägter Austausch- oder Nachrüstpflichten.

### **e) Anspruch des Mieters auf Herbeiführung eines heute allgemein üblichen (energetischen) Wohnungszustands**

Speziell für die Wärmedämmung resümiert Börstinghaus<sup>94</sup>, dass ein Gebäude, das die zum Errichtungszeitpunkt bestehenden Bauvorschriften erfüllt, mangelfrei sei und bei Veränderung der Vorschriften grundsätzlich nicht nachgebessert werden müsse. Etwas anderes gelte aber dann, wenn die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eine Nachbesserung auch für den Altbaubestand vorsehen, wie dies z.B. in der EnEV für ältere Heizkessel vorgesehen sei. Gemäß § 9 Abs. 2 EnEV 2004 mussten Hauseigentümer ungedämmte, zugängliche Wärmeverteilungs- und Warmwasserleitungen sowie Armaturen, die sich nicht in beheizten Räumen befinden, bis zum 31.12.2006 zur Begrenzung der Wärmeabgabe dämmen. Das gleiche gelte gemäß Abs. 3 für oberste Geschossdecken. Auch sie müssten so gedämmt werden, dass ein bestimmter Wärmedurchgangskoeffizient nicht überschritten werde. § 30 Abs. 2 und 3 EnEV 2007 und § 10 Abs. 3 und 4 EnEV 2009 erhalten diese Pflichten aufrecht. Dies bedeute für die hier interessierende Frage des Mindeststandards bei der Neuvermietung, dass der Mieter mangels abweichender Vereinbarungen erwarten dürfe, dass diese Vorschriften eingehalten wurden. Eine Abweichung führe zur Annahme eines Mangels.<sup>95</sup> Dies kann schon aus den obigen Erwägungen zur privatrechtlichen Unverfänglichkeit von EnEV und Energieausweis nicht überzeugen. Denn es gibt keine privatrechtlich zu beachtende und Vertragslagen modifizierende gesetzliche Verpflichtung, wonach eine bestimmte energetische Qualität zu gewährleisten ist.<sup>96</sup>

## **II. Zwischenergebnis**

---

<sup>94</sup> Börstinghaus, Anpassung der Wohnung an übliche Wohnstandards bei Neuabschluss und im Bestand, NZM 2005, S. 561 (565)

<sup>95</sup> Im Ergebnis ebenso für die Nachrüstung und den Austausch alter Heizkessel: Blank, der vertragsgemäße Zustand der Mietsache, MDR 2009, S. 181 (181 bis 182)

<sup>96</sup> Vgl. näher unter Punkt 6 b: wie hier: Flatow, Auswirkungen der EnEV 2007/2009 auf Miet-, Kauf- und Werkverträge, NJW 2008, S. 2886 (2890 ff); Flatow, Die energetischen Anforderungen an das Wohnen heute und morgen, NZM 2008, S. 785 (792 ff)

In den praktisch häufigen Fällen, in denen der Mietvertrag nicht speziell auf aktuelle energetische Standards nach der EnEV abhebt, kommt es weiterhin nach der hier vertretenen Ansicht nur auf die vertraglich definierte Beschaffenheit der Mietsache an. Der Mieter hat deshalb keine weiter gehenden Ansprüche auf Herbeiführung einer energetisch optimierten Qualität nach aktuellen Dämmwerten, weder in Form eines Erfüllungsanspruchs aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB noch auf Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme. Der Mieter kann also mangels konkreter Beschaffenheitskriterien im Mietvertrag zum geschuldeten energetischen Sachzustand keine EnEV-gerechte Wärmedämmung verlangen. Die ohnehin schon innerhalb des Bau- und Straßenrechts sowie des Nachbarrechts bestehenden Friktionen werden unter Berücksichtigung der hier vertretenen Ansicht folglich nicht vertieft.

### **C. Fall 3: Energetische Baumaßnahmen als Instandsetzungs- oder Modernisierungsmaßnahme?**

Im Fall 1 konnte V mit Nachbarn und Behörden einig werden und durch Vereinbarung und Genehmigung den durch die Wärmedämmung entstehenden Überbau rechtlich absichern. Er möchte durch eine zusätzliche Wärmedämmung EnEV-gerecht dämmen. Kann er die Investitionen von M nach §§ 558, 559 ff BGB verlangen?

#### **I. Anspruch des Vermieters auf Durchführung energetischer Baumaßnahmen**

Bevor Mieterhöhungsmöglichkeiten zur Amortisation investierter Sanierungskosten untersucht werden, ist zunächst zu prüfen, ob der Vermieter einen Anspruch gegen den Mieter auf die Durchführung energetischer Baumaßnahmen hat.

##### **1. Baumaßnahme als unzulässige Änderung des vertraglich geschuldeten Sachzustands?**

Je nach Vertragssituation könnte diese Frage durchaus zweifelhaft sein, ohne dass es überhaupt noch auf etwaige gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Duldungspflichten des Mieters im Hinblick auf die Durchführung energetischer Baumaßnahmen ankommen kann. So hat das OLG Bamberg mit Beschluss vom 30.07.2009<sup>97</sup> einem Vermieter die Beseitigung einer zuvor angebrachten Photovoltaik-Anlage auferlegt und einer entsprechenden Klage des Mieters aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB stattgegeben. Dreh- und Angelpunkt dieser Entscheidung war die Tatsache, dass die Mietvertragsparteien eine konkrete Ausgestaltung der Mietsache auch im Außenbereich und auch bezüglich der Dachfläche vereinbart haben, die in der Baubeschreibung dokumentiert war. Diese Baubeschreibung sei Bestandteil des Mietvertrags geworden. Mit dieser Vertragsgestaltung hätten die Eigentümer und Vermieter – so das OLG Bamberg – auf ihr Recht nach § 903 BGB verzichtet, die Dachfläche nach ihren Vorstellungen anders auszugestalten, als dies bei Abschluss des Mietverhältnisses der Fall gewesen sei. Vielmehr habe die Klägerin als Mieterin aufgrund der mietvertraglichen Vereinbarung einen Anspruch darauf, dass die mit roten Dachziegeln einzudeckende und eingedeckte Dachfläche nicht durch die Montage einer Photovoltaik-Anlage überdeckt werde. Der zuerkannte Beseitigungsanspruch sei auch nicht über § 242 BGB zu korrigieren. Auch wenn sich die äußere Dachgestaltung nicht unmittelbar auf die Nutzung des Gebäudeinneren auswirke, habe die klagende Mieterin ausweislich der vereinbarten Baubeschreibung großen Wert auch auf die äußere Gestaltung des Gebäudes, in der sie ihre Filiale betreibe, gelegt. Dies sei auch nachvollziehbar, da die Klägerin ihre Filialen üblicherweise in Gebäuden betreibe, die der Verbraucher aufgrund der äußeren Gestaltung sofort der Klägerin zuordne (Corporate Design). Sei die äußere Gebäudegestaltung bis ins einzelne vertraglich geregelt und ließen sich die Vermieter, die eine erhebliche Miete für die Gebrauchsüberlassung erhalten, auf eine solche Vertragsgestaltung ein, bestehe für eine Berufung auf § 242 BGB kein Raum. Die Entscheidung trägt aufgrund des mietvertraglichen Einbezugs auch der Außengestaltung der Mieträume Ausnahmecharakter.

## **2. Duldungspflicht**

---

<sup>97</sup> OLG Bamberg, Beschluss vom 30.07.2009 – 3 U 23/09, MietRB 2009, S. 347

Abgesehen von diesem Ausnahmefall beantwortet sich die Frage eines Vermieteranspruchs auf Durchführung energetischer Baumaßnahmen danach, ob dem Mieter entsprechende gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Duldungspflichten obliegen. Grundlage ist zunächst § 554 BGB. Die Vorschrift unterscheidet danach, ob es sich bei den Baumaßnahmen um Instandsetzungen oder um Modernisierungen handelt. Die Abgrenzung ist von Bedeutung, da der Mieter gegen seine grundsätzlich bestehende Duldungspflicht von Modernisierungsmaßnahmen gemäß § 554 Abs. 2 S. 2 BGB Härtegründe einwenden kann, während ihm dies bei Instandsetzungsmaßnahmen nach Abs. 1 der Vorschrift verwehrt bleibt. Das LG Hamburg<sup>98</sup> hat die Wärmedämmung einer Außenfassade in dem Fall, dass damit keine Instandsetzungsmaßnahmen zur Beseitigung eingetretener Schäden zusammenfallen, als Modernisierungsmaßnahme qualifiziert. Der durch die Wärmedämmung erreichte überdurchschnittlich gute energetische Zustand des Gebäudes rechtfertige eine Einordnung der Maßnahme als Modernisierung, da gerade in Zeiten steigenden Umweltbewusstseins und hoher Energiekosten dem energetischen Zustand einer Wohnung hohe Bedeutung zukomme. Besonders betonte das LG Hamburg dabei, dass eine Wärmedämmung nur dann als wohnwerterhöhendes Merkmal berücksichtigt werden könne, wenn sie zu einer erheblichen Einsparung von Energie im Vergleich zu anderen Objekten derselben Baualtersklasse führe. Dies könne aus der vorgelegten Bescheinigung des Wärmepassbüros sowie des Abnahmeprotokolls ermittelt werden. Aufgrund eines um fast 40 Prozent eingesparten Heizwärmebedarfes ging das LG Hamburg von einer erheblichen Energieeinsparung aus. Das Gebäude weise deshalb einen erheblich besseren energetischen Zustand auf als die durchschnittlichen Gebäude derselben Baualtersklasse. Aus der Entscheidung ist als Empfehlung abzuleiten, dass nicht nur der Heizenergiebedarf des Gebäudes vor und nach Wärmedämmung in Kilowattstunden vergleichbar angegeben sein sollte, sondern auch der durch die Wärmedämmung reduzierte Wärmedurchgangskoeffizient.

Für den Austausch veralteter, weitgehend abgeschriebener Bauteile und Anlagen durch moderne Ausstattungen wird vertreten, die Einordnung als Instandsetzung oder Modernisierung sei davon abhängig zu machen, ob der Vermieter bei

---

<sup>98</sup> Urt. v. 11.09.2009 – 311 S 106/08, NZM 2009, S. 857 = WuM 2009, S. 676 = NJW 2010, S. 162

Durchführung der baulichen Maßnahme eine Wahlmöglichkeit habe.<sup>99</sup> Könne er frei entscheiden, ob er die Mieträume in ihrem ursprünglichen Zustand wieder herstelle oder ob er sie verbessere, liege in der Verbesserung eine Modernisierung. Der Vermieter könne dann den Teil als Modernisierung deklarieren, der den Standard der ersetzten Anlage überschreite. Gehe die Baumaßnahme dagegen notwendigerweise mit einer Verbesserung einher, weil auf dem Anbietermarkt nur noch moderne Techniken zu erwerben seien, sei der Vermieter aufgrund dieser Situation praktisch zur Verbesserung gezwungen. Dann liege eine Ersetzung vor, die der Instandhaltung gleich zu setzen sei. Dies werde für den preisgebundenen Wohnungsbau durch die in § 11 Abs. 4 II. BV niedergelegte wirtschaftliche Betrachtungsweise gestützt und müsse auch für den preisfreien Wohnungsbau gelten.<sup>100</sup>

Diese Auffassung überzeugt nicht. Denn es kommt nicht auf eine Marktsituation mit oder ohne Auswahlmöglichkeiten in technischer Hinsicht oder auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an, sondern ausschließlich auf die Frage, ob der Zustand der Mietsache im Zeitpunkt der Baumaßnahme noch vertragsgemäß, also mangelfrei ist oder nicht. Dies richtet sich wie bereits nachgewiesen allein nach dem vertraglich definierten Sachzustand. Ist die Mietsache danach noch vertragsgemäß und wird sie durch die energetische Baumaßnahme höherwertig, ist von einer Modernisierung auszugehen, anderenfalls von einer instandsetzenden Mängelbeseitigung. Auch der Austausch veralteter, weitgehend abgeschriebener Bauteile und Anlagen durch moderne Ausstattungen ist deshalb solange komplett als Modernisierungsmaßnahme einzuordnen, wie mit der Baumaßnahme keine instandsetzende Beseitigung eingetretener Mängel einhergeht. Auf die Einordnung des Bauteils oder der Anlage als veraltetet oder weitgehend abgeschrieben kommt es nicht an.

Fallen dagegen Schadensbeseitigungen und werterhöhende Baumaßnahmen zusammen, so ist von einer Instand-Modernisierung auszugehen. Das bedeutet, dass die Grundsanie rung der Fassade der Instandsetzung zugeordnet wird und die nach EnEV erforderlichen darüber hinaus gehenden Standards der Dämmung als Modernisierungsanteil zu behandeln ist.<sup>101</sup> Das gilt auch in dem Fall, in dem der Vermieter gemäß § 9 Abs. 3 EnEV 2009 eine EnEV-konforme Fassade herzustellen

---

<sup>99</sup> Blank, WuM 2008, S. 313; Beyer, GE 2009, S. 944; Eisenschmid, WuM 2009, S. 624, S. 627

<sup>100</sup> So Eisenschmid, a.a.O.

<sup>101</sup> a.A. Eisenschmid, WuM 2009, S. 624, 628

hat. Denn die öffentlich-rechtliche Verpflichtung hat wie dargelegt keine zivilrechtlichen Rechtsreflexe auf seine Beziehung zum Mieter, führt also nicht zum Entstehen eines mietrechtlichen Mangels, spricht den vertragsgemäßen Zustand der Mietsache nicht an und kann deshalb den Weg zur Ausfüllung des Modernisierungsbegriffs nicht verstellen. Zwar fallen bauliche Maßnahmen, die der Vermieter aufgrund einer behördlichen Anordnung oder gesetzlichen Verpflichtung durchzuführen hat, nicht unter § 554 Abs. 2 BGB und unterliegen deshalb auch nicht den in § 554 Abs. 3 BGB dem Vermieter auferlegten Mitteilungspflichten. Derartige Maßnahmen muss der Mieter aber nach § 242 BGB dulden.<sup>102</sup> Soweit es sich nicht um Notmaßnahmen handelt, sind die Maßnahmen vom Vermieter vorher anzukündigen, so dass sich der Mieter nach Möglichkeit darauf einstellen kann. Der Mieter ist nach Treu und Glauben verpflichtet, an einer baldigen Terminabstimmung mitzuwirken<sup>103</sup>. Streitig ist in diesem Fall, ob der Vermieter die Kosten nach Durchführung der Arbeiten auf den Mieter nach § 559 BGB abwälzen kann.<sup>104</sup>

## **II. Mieterhöhungsmöglichkeiten**

### **1 Modernisierungszuschlag**

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dann können die Investitionskosten für energetisch sanierende Fassadenverkleidungen Gegenstand eines Modernisierungszuschlags nach §§ 559 ff BGB sein. Instandsetzungsanteile, die für die Beseitigung vorhandener Schäden notwendig werden, bleiben dabei unberücksichtigt. Begreift man aber dem entgegen den Zusammenfall schadensbeseitigender Grundsanierungen mit modernisierenden Baumaßnahmen oder auch den Austausch veralteter und abgeschriebener Bauteile und Anlagen insgesamt nur als Instandsetzungsmaßnahme, scheidet eine Mieterhöhungsmöglichkeit in aller Regel aus.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> BGH, Urteil vom 4.3.2009 – VIII ZR 110/08, NJW 2009, 1736 = NZM 2009, 394; Flatow, NJW 2008, 2886 (2891)

<sup>103</sup> BGH, Urteil vom 4.3.2009 – VIII ZR 110/08, NJW 2009, 1736 = NZM 2009, 394

<sup>104</sup> Dazu Flatow, NJW 2008, 2886 (2891) m. w. N., dazu sogleich unter cc)

<sup>105</sup> Näher dazu: Eisenschmid, WuM 2009, S. 624, 626 bis 628

Abgesehen davon hat die Rechtsprechung Voraussetzungen für die Mieterhöhung wärmedämmender Baumaßnahmen entwickelt, die wie folgt zusammengefasst werden können:

Zunächst wieder der Grundsatz: Ein Mieterhöhungsverlangen nach einer Modernisierungs- oder Einsparmaßnahme ist nach § 559 b Abs. 1 S. 2 BGB nur wirksam, wenn die Erhöhung aufgrund der entstandenen Kosten berechnet und entsprechend den Voraussetzungen der §§ 559, 559 a BGB erläutert ist. Dabei müssen die aufgewendeten Kosten „notwendig“ gewesen sein. Unnötige, unzweckmäßige oder ansonsten überhöhte Modernisierungsaufwendungen hat der Mieter nicht zu tragen.<sup>106</sup> Denn den Umfang und die Art und Weise der baulichen Modernisierung bestimmt der Vermieter, während der Mieter insoweit kein Mitspracherecht hat. Es wäre daher unbillig, dem Mieter statt dem Vermieter das Risiko aufzuerlegen, auch solche Kosten im Rahmen der Modernisierungsmaßnahme zu tragen, die unnötig, unzweckmäßig oder ansonsten überhöht sind.

Dem BGH<sup>107</sup> reicht bei Wärmeschutzmaßnahmen die schlagwortartige Bezeichnung aus. Die Maßnahme muss den Positionen der Berechnung zugeordnet sein. Außerdem sind Tatsachen darzulegen, anhand derer man überschlägig beurteilen kann, ob Heizenergie nachhaltig eingespart wird. Dabei genügt der Vortrag eingesparter Primärenergie in Fällen der Umstellung auf Fernwärme mit Kraft-Wärme-Kopplung.<sup>108</sup> Die voraussichtliche Höhe der Einsparung muss der Vermieter nicht berechnen. Auch muss er die Wärmebedarfsberechnung nicht vorlegen.<sup>109</sup> Ausreichend ist also z.B. die Angabe des alten und des neuen Wärmedurchgangskoeffizienten oder die gegenständliche Beschreibung der Maßnahme. Aufgrund des BGH-Urteils vom 25.01.2006<sup>110</sup> hält das KG<sup>111</sup> die Erläuterung „Anbringen eines 80 mm Vollwärmeschutzes“ für ausreichend.

<sup>106</sup> BGH, Urteil vom 17.12.2008 – VIII ZR 41/08, ZMR 2009, 351 = WuM 2009, 124 m. w. N. zur Lit.

<sup>107</sup> BGH, Urteil vom 10.04.2002- VIII ARZ 3/01, ZMR 2002, S. 503

<sup>108</sup> BGH, Urteil vom 24.9.2008 – VIII ZR 275/07

<sup>109</sup> BGH, Urteil vom 25.01.2006 – VIII ZR 47/05, NJW 2006, S. 1125 = NZM 2006, S. 221 = DWW 2006, S. 114: danach reicht es beim Austausch von Isolierglasfenstern aus, wenn der Vermieter die Beschaffenheit der neuen Fenster z.B. durch Angabe des Wärmedurchgangskoeffizienten beschreibt und den Zustand der alten Fenster so genau angibt, dass der Mieter einen entsprechenden Vergleich anstellen und den vom Vermieter in der Mieterhöhungserklärung aufgezeigten Energieeinspareffekt beurteilen kann.

<sup>110</sup> BGH, Urteil vom 25.01.2006 – VIII ZR 47/05, a.a.O.

Das gilt im Ergebnis auch in Fällen, in denen der Vermieter aus § 9 Abs. 3 EnEV 2009 öffentlich-rechtlich gehalten ist, mit EnEV-Standard zu dämmen und danach die Miete nach § 559 Abs. 1 BGB erhöht. Denn zweifelsohne ist die Fassadendämmung nach § 9 Abs. 3 EnEV 2009 aufgrund eines Umstandes erfolgt, den der Vermieter nicht zu vertreten hat (§ 559 Abs. 1 BGB). Denn dieser Standard ist ihm als öffentlich-rechtliche Pflicht auferlegt worden. War zum Zeitpunkt der Dämmung eine Instandsetzung oder eine Erneuerung der Fassade auch aufgrund ihres Zustandes fällig, sind die entsprechenden hypothetischen Kosten von den aufgewendeten Kosten abzuziehen (Instandmodernisierung).<sup>112</sup> Die herrschende Meinung lehnt es ab, die Abschreibung oder fiktive Instandsetzungskosten zu berücksichtigen.<sup>113</sup>

Nach der Gegenauffassung begründet dies keine Möglichkeit einer Mieterhöhung nach Modernisierung,<sup>114</sup> weil die fehlende energetische optimale Situation einen Gebäudemangel darstelle, der im Sanierungsfall nur nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB beseitigt werde. Der Vermieter komme nur seiner Instandsetzungspflicht nach. Für eine Mieterhöhung nach § 559 BGB sei deshalb kein Raum. Dieser Ansicht ist aber entgegenzuhalten, dass wie oben nachgewiesen rein öffentlich rechtliche Handlungsgebote privatrechtlich nicht durchschlagen, es dort für die Annahme eines Zustandes als mangelhaft eben nur auf den vertraglich definierten Sachzustand ankommt.<sup>115</sup>

## **2. Anpassung an die ortsübliche Vergleichsmiete**

Stattdessen kann der Vermieter die Miete nach §§ 558 ff BGB erhöhen. Denn er hat nach beendeten Modernisierungsmaßnahmen ein Wahlrecht, ob er die Miete nach den §§ 558 ff. BGB (Grundmietenerhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete unter Beachtung der Kappungsgrenze) oder nach den §§ 559 ff. BGB (11-prozentiger

---

<sup>111</sup> KG, Urteil vom 20.04.2006 - 8 U 204/05, ZMR 2006, S. 612 = WuM 2006, S. 450

<sup>112</sup> Flatow, NJW 2008, 2886 (2891) m.w.N.

<sup>113</sup> So: Schläger, Wohnraummietrecht und Umweltschutz, ZMR 2007, S. 830 (839)

<sup>114</sup> Artz, WuM 2008, 259 (262)

<sup>115</sup> Flatow, NJW 2008, 2886 (2891) sowie die Ausführungen unter II. 2 und 3

Wertverbesserungszuschlag) erhöht.<sup>116</sup> Wählt der Vermieter statt des Wertverbesserungszuschlags die Mieterhöhung nach dem Vergleichsmietensystem, so kann er bei der Einordnung der Wohnung den Standard zugrunde legen, der durch die vollendete Modernisierung erst geschaffen worden ist.<sup>117</sup> Im Einzelnen kommt es auch hier darauf an, dass die Baumaßnahme eine deutliche Wohnwertverbesserung mit Energie einsparendem Effekt geschaffen hat, was im Einzelfall vom Vermieter darzutun und nachzuweisen ist. Das hat das LG Hamburg im Falle einer Fassadendämmung angenommen.<sup>118</sup>

Der Vermieter kann aber nicht gleichzeitig nach dem Vergleichsmietensystem auf der Basis für vergleichbare modernisierte Wohnungen und gemäß §§ 559 ff. in Höhe von 11 Prozent der aufgewendeten Modernisierungskosten die Miete erhöhen.<sup>119</sup>

Auch eine spätere Mieterhöhung nach § 559 ff. BGB (Wertmodernisierungszuschlag) ist nicht möglich, wenn einmal nach dem Vergleichsmietensystem auf der Basis des modernisierten Wohnungsstandards erhöht wurde.<sup>120</sup>

Der Vermieter kann jedoch nach durchgeführter Modernisierungsmaßnahme die Miete gemäß §§ 558 ff. BGB auf der Basis für vergleichbaren nicht modernisierten Wohnraum anheben und gleichzeitig die Modernisierungskosten nach §§ 559 ff. BGB auf den Mieter abwälzen.<sup>121</sup>

Schließlich können die Beteiligten die Miete einvernehmlich erhöhen, soweit nicht zum Nachteil des Mieters von den gesetzlichen Vorgaben abgewichen wird (§§ 559 Abs. 3, 559a Abs. 5, 559b Abs. 3 BGB).

---

<sup>116</sup> BGH, Urteil vom 24. September 2008 – VIII ZR 275/07, NJW 2008, 3630 = NZM 2008, 883 = DWW 2008, 376; LG Hamburg, Urteil vom 11.9.2009 – 311 S 106/08, NZM 2009, 857 = WuM 2009, 676 = NJW 2010, 162

<sup>117</sup> Dazu Schultz, in: Bub/Treier, S. 557 - 560, Rdnrn. 590 - 596; LG Essen, Urt. v. 14.1.1994 – 1 S 451/93, WM 1994, S. 317; AG Köln, Urt. v. 10.5.1993 – 215 C 471/92, WM 1994, S. 216 f.

<sup>118</sup> LG Hamburg, Urteil vom 11.9.2009 – 311 S 106/08, NZM 2009, 857 = WuM 2009, 676 = NJW 2010, 162, ebenso jetzt AG Hamburg-Barnbeck, Urteil vom 26.11.2009 – 820 C 53/08, BeckRS 2010, 00475

<sup>119</sup> OLG Hamm, RE v. 30.12.1992 – 30 ReMiet 2/91, DWW 1993, S. 40; OLG Hamm, RE v. 30.10.1982 – 4 ReMiet 6/82, GE 1982, S. 1123 = ZMR 1983, S. 102

<sup>120</sup> AG Lichtenberg, Urt. v. 10.9.2002 – 8 C 60/02, MM Heft 12/2002, S. 47

<sup>121</sup> OLG Hamm, RE v. 30.10.1982 – 4 ReMiet 6/82, NJW 1983, S. 289; OLG Hamm, RE v. 30.12.1992 – 30 ReMiet 2/91, DWW 1993, S. 40

### III. Zwischenergebnis

Will der Vermieter rechtliche Unwägbarkeiten bei der Duldungspflicht und bei der Mieterhöhung nach Modernisierung ausschließen, dann ist ihm der Abschluss einer Modernisierungsvereinbarung zu empfehlen. Um die Amortisation der investierten Sanierungskosten zu gewährleisten, sollte dies mit einer Laufzeitbindung des Mietverhältnisses in den rechtlich bestehenden Möglichkeiten geschehen.

Bei der Frage, ob auch die Sonderkündigungsrechte des Mieters im Falle der zu duldenden Baumaßnahme wie auch im Falle der Mieterhöhung nach Modernisierung eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden können, stößt man zunächst auf die halbzwingenden Normen in §§ 554 Abs. 5, 559 Abs. 3 und 561 Abs. 2 BGB, wonach Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters unwirksam sind. Der BGH hat aber in einem vergleichbaren Fall den Verzicht auf ein Minderungsrecht innerhalb einer Modernisierungsvereinbarung zugelassen, und den dagegen gerügten Vorwurf eines Verstoßes gegen § 536 Abs. 4 BGB verworfen.<sup>122</sup> Dabei akzentuiert der BGH, auch vor dem Hintergrund der halbzwingenden Norm in § 536 Abs. 4 BGB könne der Mieter gleichwohl auf eine konkrete, aus einem bestimmten Anlass gerechtfertigte Minderung verzichten.<sup>123</sup> Grundlage eines solchen Verzichts könne eine dem Mietvertrag nachfolgende Modernisierungsvereinbarung zwischen dem Mieter und dem Vermieter sein.<sup>124</sup> Diese Rechtsprechung lässt sich auf die hier betrachteten Sonderkündigungsrechte aufgrund deren Bewehrung mit ebenfalls halbzwingenden Normen übertragen.

Aus Sicht des Vermieters sollte man darüber hinaus auch das dem Mieter gesetzlich zur Seite stehende Minderungsrecht anlässlich der konkret anstehenden Baumaßnahmen durch Verzicht ausschließen.

### D. Ausblick

---

<sup>122</sup> BGH, Urteil vom 14.10.2009 – VIII ZR 159/08, WuM 2009, S. 744

<sup>123</sup> a.a.O., Rn. 15 der Entscheidungsgründe

<sup>124</sup> Zustimmend Blank, IMR 2010, S. 4

Die unternommenen Betrachtungen haben gezeigt, dass unabhängig von umweltpolitischen Ausrichtungen und wirtschaftlichen Überlegungen vor einem überzogenen „Klimaenthusiasmus“ gewarnt werden muss, solange die mit energetisch sanierenden Baumaßnahmen aufgerufenen Bereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts nicht harmonisiert sind. Davon kann bis zur Stunde in keiner Weise ausgegangen werden. Wie zu zeigen war, ergeben sich Umsetzungsprobleme beileibe nicht nur im Mietrecht. Die auch verbandspolitisch ausgerichtete Diskussion wird mit der wesentlichen Beschränkung auf mietrechtliche Fragen also verkürzt geführt.

Die aufgezeigten Friktionen zwischen dem Energie- und Technikrecht einerseits sowie dem öffentlichen Baurecht und dem privaten Nachbarrecht andererseits werden zu Lasten des energetisch sanierenden Investors noch gravierend verschärft, wenn man seinem Mieter wie in der fachlichen Diskussion und im politischen Diskurs bereits anklingend über die aktuelle Rechtslage hinaus auch privatrechtliche Ansprüche innerhalb des Mietverhältnisses direkt aus der EnEV zugesteht. Hier entsteht Rechtsunsicherheit gleich in doppelter Hinsicht, denn schon aktuell wird eine erneut verschärfende „EnEV 2012“ auf EU-Ebene vorbereitet und im nationalen politischen Willensbildungsprozess diskutiert. Soll dann die Immobilienwirtschaft bei „sich gleichsam jagenden“ Energieeinsparverordnungen mit immer weiter verschärften energetischen Gebäudeanforderungen mit dauernden Nachbesserungsansprüchen der Mieter zur Erreichung eines energetischen Gebäudezustandes auf jeweils höchstem und aktuellem Niveau belastend konfrontiert werden? Die Antwort darauf wird die folgende Diskussion des Themas entwickeln.

Dr. Hans Reinold Horst

18.02.2010