

Philipp I. Lee*

GEG-Heizungsanlagenmodernisierung und das Modernisierungsmietrecht

Erste Probleme und Lösungsansätze für die Praxis

NZM-Übersicht

- I. **Kontext**
 1. **Akute Relevanz für Bestandsgebäude**
 2. **Blick auf das Mietrecht**
 3. **Modernisierungsrechtliche Kernfragen im Licht der GEG-Novelle**
 - a) Effektive Umsetzung
 - b) Kostentragung
 - c) Investitionsanreiz
- II. **Neuerungen im Überblick**
 1. **Die 65 %-Vorgabe**
 2. **Neuer Modernisierungstatbestand**
 3. **Neues Umlageverfahren**
 4. **Weitere Anpassungen und Ergänzungen**
 5. **Zeitliche Anwendbarkeit**
- III. **GEG-Heizungsanlagenmodernisierung**
 1. **Heizungsanlage als definitorische Begrenzung**
 2. **Erfüllung des § 71 GEG**
 - a) Die „H2-ready“-Gasheizung
 - b) Besondere Erfüllungsoptionen
 - c) Austausch einer bereits 65 %-konformen Heizungsanlage oder nur bei erstmaliger Erfüllung?
 3. **Systematische Einordnung und ein (verborgener) Wertungswiderspruch**
 - a) Energetische Modernisierung
 - b) Nicht zu vertretende Maßnahme
 - c) Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie
- IV. **Umlageverfahren für GEG-Heizungsanlagenmodernisierung**
 1. **Besondere Voraussetzungen**
 2. **Rückgriff auf allgemeines Umlageverfahren**
 3. **Grenzen umlagefähiger Einbaukosten**
 4. **Umlagevoraussetzungen für Wärmepumpen**
 - a) Anwendbarkeit
 - b) Formelle Nachweisobliegenheit
 - c) Entbehrlichkeit eines konkreten Nachweises
 - d) Form, Umfang und Frist
 - e) Fehlerfolgen
 5. **Die 50 Cent-Kappungsgrenze**
 - a) Beschränkung auf heizungsanlagenbezogene Umlagepositionen
 - b) Verhältnis zur allgemeinen Gesamtkappungsgrenze
 - c) Relevanter Zeitpunkt für die Kappungswirkung oder: Ein Recht zum Nachschieben nach Ablauf des Betrachtungszeitraums
- V. **Vergleich der zur Verfügung stehenden Umlagealternativen**
 1. **Allgemeines Umlageverfahren**
 2. **Vereinfachtes Verfahren**
 - a) Welche Erhaltungspauschale gilt?
 - b) 50 Cent-Kappungsgrenze, wirtschaftlicher Härteeinwand
 - c) Verbleibende Vorteile aus Vermietersicht
 - d) Entscheidender Nachteil: „lock in“
- VI. **Sonstiges Mieterhöhungsrecht**
 1. **Staffelmiete**

* Schriftfassung zu einem Vortrag, den der Autor auf der Herbstveranstaltung des Deutschen Mietergerichtstags am 13.10.2023 in Berlin gehalten hat. – Der Autor, LL.M. (Speyer), ist Referent an der Behörde für Justiz und Verbraucherschutz in Hamburg. Der Beitrag spiegelt seine persönliche Auffassung wider.

2. Indexmiete**3. Ortsübliche Vergleichsmiete****VII. Fazit**

Am 1.1.2024 wird das „Heizungsgesetz“¹ größtenteils in Kraft treten. Die 65 %-Vorgabe des neu gefassten § 71 GEG bildet das Herzstück dieses Artikelgesetzes. Zugleich erfährt das BGB wesentliche Neuerungen in seinem Normenbestand, der das Modernisierungsmietrecht betrifft.² Der Beitrag lädt ein zu einer vertieften Befassung mit der nicht nur technisch anspruchsvollen Materie und möchte dabei deutlich machen, dass das Modernisierungsmietrecht fortan mit dem bauordnungsrechtlichen Heizungsrecht derart verwoben sein wird, dass die entsprechenden Vorschriften des GEG sowie des BGB aus Anwendersicht eine einheitliche Materie bilden.

I. Kontext

So reizvoll die analytische Bestandsaufnahme der Neuerungen auch sein mag – ihre Implikationen sind für die Mietrechtspraxis weit weniger theoretisch, als ihr lieb sein dürfte. Eine „Atempause“, wie sie das BVerfG (NZM 2023, 756) den am legislativen Werdegang des „Heizungsgesetzes“ Beteiligten zubilligte, gewähren zwar auch die §§ 71 ff. GEG. In den zeitlichen Dimensionen der Immobilienwirtschaft gesprochen währt die Pause jedoch kaum länger als eine Schrecksekunde.

1. Akute Relevanz für Bestandsgebäude

§ 71 GEG ist auch und gerade auf bestehende Gebäude anwendbar. Für den Bestand wird die Einhaltung der neuen heizungsanlagenbezogenen Vorgaben eine besondere Herausforderung darstellen, weil der bauliche Status Quo den Handlungsspielraum naturgemäß einengt. Den zu erwartenden Schwierigkeiten scheint das Gesetz zwar mit ausdifferenzierten Übergangs- und Überbrückungsvorschriften – in § 71i GEG bis § 71m GEG – Rechnung zu tragen. Teilweise ist dies auch der Fall. Dennoch wäre es fatal, den nächsten Heizungs austausch ungeplant auf sich zukommen zu lassen. Ein Vertrauen darauf, dass im Fall der Fälle eine der Übergangsvorschriften rettend eingreifen werde, dürfte sich in vielen Fällen als unbegründet herausstellen. Bei nüchterner Betrachtung führt perspektivisch kein Weg daran vorbei, dass eine Heizungsanlage im Bestand der 65 %-Vorgabe entsprechen muss, wenn nicht innerhalb der nächsten zehn bis fünfzehn Jahre ohnehin ein Abbruch des Gebäudes ansteht. Die Übergangsvorschriften mögen der zeitlichen Planung hie und da Luft verschaffen und in Einzelfällen aushelfen – in der Breite erlauben sie es keineswegs, sich zurückzulehnen.

Tatsächlich könnte die Herstellung eines auf Dauer GEG-konformen Heizungszustands bei vielen Bestandsgebäuden faktisch früher anstehen, als die mediale Reflexion der Übergangsvorschriften erwarten ließ.

– Bei einer während der Frist für die kommunale Wärmeplanung nach § 71 VIII GEG eingebauten, auf herkömmliche Weise mit flüssigem oder gasförmigem Brennstoff beschickten Heizungsanlage ist eine langfristige Planungsperspektive schon deswegen zwingend, weil diese schon ab 2029 sukzessive mit einem ab dann immer größer werdenden Anteil an Biomasse, grünem oder

¹ Gesetz zur Änderung des Gebäudeenergiegesetzes, zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches, zur Änderung der Verordnung über Heizkostenabrechnung, zur Änderung der Betriebskostenverordnung und zur Änderung der Kehr- und Überprüfungsordnung; BGBl 2023 I ■.

² Einleitend Plappert/Böhme NZM 2023, 777 (in diesem Heft).

blauem Wasserstoff einschließlich daraus hergestellter Derivate betrieben werden muss. Das langfristige Schicksal der Heizungsanlage hängt also nicht nur von der örtlichen Verfügbarkeit entsprechender Brennstoffe ab, sondern auch von der technischen Realisierbarkeit der geforderten Brennstoffsubstitution, was natürlich schon die Entscheidung für den Einbau leiten muss.

– Für Überbrückungsheizungen bis zum Anschluss an ein Wärmenetz (§ 71j GEG) müssen zunächst einmal die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sein. Liegen diese aber vor, wird ein wirtschaftlich handelnder Eigentümer alles versuchen, die bestehende Heizungsanlage bis zum konkret anstehenden Netzanschluss beizubehalten, um sich die Mühen zu ersparen, die eine Überbrückungsheizung mit befristeter juristischer Lebensdauer bedeutet.

– Der Einbau einer „H₂-ready“-Heizung (§ 71k GEG) entpuppt sich ohnehin als Dauerlösung, die unter dem Vorbehalt steht, dass der Ausbau des Wasserstoffleitungsnetzes tatsächlich fahrplanmäßig erfolgt und ein Anschluss des Gebäudes daran erfolgen kann. Freilich ist es dem mit der GEG-Konformität der Heizungsanlage Befassten unbenommen, in Wahrnehmung einer anderen Übergangsvorschrift, etwa derjenigen zur kommunalen Wärmeplanung, eine „H₂-ready“-Heizung gleichsam „auf gut Glück“ einzubauen in der Hoffnung, dass diese in die Voraussetzungen des § 71k GEG hineinwachsen werde. In Ermangelung tragfähiger Anhaltspunkte für eine dahingehende Hoffnung macht eine „H₂-ready“-Heizung wenig Sinn. Letztlich wird der für die „H₂-readiness“ verlangte Preisaufschlag ausschlaggebend dafür sein, ob sich der Verantwortliche die Option eines Wasserstoffnetzanschlusses offenhält.

– Die Übergangsvorschrift für dezentral wärmeversorgte Mehrparteienhäuser (§ 71l GEG) ist ebenfalls auf die Langfristperspektive einer Zentralisierung der Wärmeversorgung ausgelegt, andernfalls die zwischenzeitlich eingebauten Übergangs-Etagenheizungen ohne Einhaltung der 65 %-Vorgabe nicht weiter betrieben werden dürfen. Eine allzu sorglose Installation einer neuen Gasetagenheizung empfiehlt sich daher nicht – und zwar nicht nur wegen möglicherweise steigender Brennstoffkosten.

– Die nach abgelaufener Wärmeplanungsfrist anwendbare allgemeine Übergangsfrist ab dem ersten Heizungsaustausch (§ 71i GEG) suspendiert die 65 %-Vorgabe ebenfalls nur für fünf Jahre und lässt den dauerhaften Verbleib einer nichtkonformen Übergangsheizung nicht zu. Das Gesetz gewährt hier also nicht mehr als einen kurzen zeitlichen Aufschub.

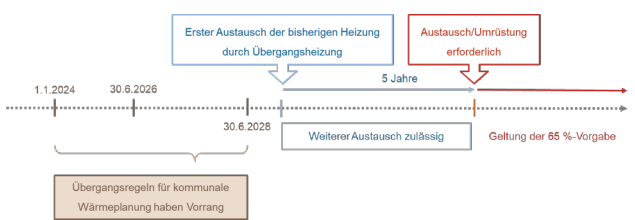


Abbildung 1: Die allgemeine Übergangsregelung erlaubt den Einbau von Übergangsheizungen für fünf Jahre.

Umgehende Planung ratsam: Übergangs- und Überbrückungsheizungen sind, soweit überhaupt zulässig, wirtschaftlich und praktisch bisweilen unattraktiv, weil deren rechtliche Lebensdauer begrenzt ist. Dem nächsten anstehenden Heizungsaustausch sollte deshalb eine langfristig angelegte Planung der künftigen Heizungssituation vorausgehen, welche die örtlichen Gegebenheiten berücksichtigt. Eine solche Planung wird nicht selten in das Ergebnis münden, dass die Wahrnehmung einer Übergangsvorschrift aus wirtschaftlicher Sicht wenig Sinn macht, weil diese nur einen kurzen zeitlichen Aufschub gäbe und bald schon wieder der nächste Hei-

zungsaustausch anstünde. Zudem können die öffentlichen Förderkonditionen bei einer frühzeitigen Einhaltung der 65 %-Vorgabe attraktiver ausfallen. In vielen Fällen wird es sich deshalb kostenmäßig und praktisch empfehlen, gleich zum „großen Wurf“ zu schreiten, bei dem die Heizungssituation ganzheitlich auf zukunfts-sichere Füße gestellt wird, so dass die neu installierte Heizungsanlage für die gesamte technische Lebensdauer im Gebäude verbleiben darf. Berücksichtigt man überdies den für solche Arbeiten erforderlichen Planungsvorlauf, ist eigentlich jedem Gebäudeeigentümer zu raten, sofort mit einer Bestandsaufnahme aller Heizungslagen zu beginnen, deren zeitliche Grenzen auszuloten und die weitere Planungsperspektive zu bewerten.

2. Blick auf das Mietrecht

Für die kommenden Jahre ist mithin absehbar, dass im Bestand vielfach der Einbau von Heizungsanlagen anstehen wird, welche ungeachtet verfügbarer Übergangslösungen sogleich „freiwillig“ die 65 %-Vorgabe einhalten. Ein wesentlicher Teil dieses Bestands ist vermietet, was den Blick auf das Mietrecht lenkt.

Die Vorgaben, die § 71 GEG für die Wärmeversorgung von Gebäuden perspektivisch aufstellt, hätten auch ohne flankierende Neuerungen des BGB ohnehin einer eingehenden Analyse aus mietrechtlicher Perspektive, insbesondere aus der Warte des Modernisierungsrechts, bedurft. Der Gesetzentwurf in seiner Ursprungsfassung³ wollte das BGB selbst tatsächlich unberührt lassen und beschränkte sich lediglich auf „Regelungen zum Schutz von Mietern“ für sehr spezifische Konstellationen in seinem § 71o GEG-E. Die modernisierungsrechtliche Verarbeitung einer baulichen Umsetzung der 65 %-Vorgabe überließ man den „einschlägigen mietrechtlichen Vorschriften“ des BGB.⁴ Dieser Weg wäre sicher auch gangbar gewesen, hat das Modernisierungsmietrecht doch schon bisher so manchen Heizungsaustausch rechtlich begleitet – wenn auch nicht immer ohne Reibungen, wie die Judikatur nahelegt.

Letztlich hielt der Gesetzgeber das Modernisierungsmietrecht in seiner jetzigen Form jedoch nicht für ausreichend. Überraschend ist dies freilich nicht, denn ein den Vorgaben des GEG entsprechender Heizungsaustausch berührt einige der zentralen (Wertungs-)Fragen innerhalb eines Mietverhältnisses, die es gerade anhand des Modernisierungsrechts zu beantworten gilt. Dass neuartige heizungsbezogene Vorgaben, deren politische Genese wie auch technologische Dimension wohl als außergewöhnlich gelten können, über eine entsprechende Justierung des Modernisierungsrechts nachdenken lassen, liegt jedenfalls nicht fern.

3. Modernisierungsrechtliche Kernfragen im Licht der GEG-Novelle

Die 65 %-Vorgabe des § 71 I GEG berührt klassische Interessenkonflikte, die das Modernisierungsrecht zu bewältigen hat.

a) *Effektive Umsetzung.* Das Rechtsverhältnis ist im vermieteten Bestand zumindest dreipolig, schließt nämlich den Staat mit ein, der mit § 71 GEG ein klimapolitisches Anliegen verfolgt. Die Umsetzungsverantwortung für die anlagenbezogenen Vorgaben liegt regelmäßig beim Eigen-

³ BT-Drs. 20/6875.

⁴ BT-Drs. 20/6875, 107.

tümer (§ 8 GEG). Aus Sicht eines Mieters stellen sich die Bauarbeiten in erster Linie als Störung des vertragsgemäßen Gebrauchs dar, auf deren Duldung der Eigentümer somit angewiesen ist. Ein entsprechender Anspruch aus § 555d I BGB setzt zunächst voraus, dass die zu duldende Maßnahme überhaupt einen Modernisierungstatbestand erfüllt. Bereits an dieser Stelle täte sich potenziell eine Lücke auf. Denn ein Austausch der Heizungsanlage gemäß der 65 %-Vorgabe unterfällt – wie noch zu zeigen sein wird – keineswegs zwanglos einem der bestehenden Tatbestände des § 555b BGB. Der Duldungsanspruch hinge deshalb im Gros der Fälle davon ab, dass eine Einsparung von Endenergie oder Primärenergie (§ 555b Nr. 1 oder Nr. 2 BGB) nicht nur vorliegt, sondern auch formell ordnungsgemäß dargelegt wird. Der mit dem Heizungsgesetz in § 555b Nr. 1 a BGB neu geschaffene Tatbestand einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung verhütet derartige Schwierigkeiten bei der Umsetzung.

Kein Umsetzungsanspruch gegen unwilligen Vermieter: Der Mieter hat im Grundsatz keinen Anspruch auf eine GEG-konforme Heizungsanlage.⁵ Ohne konkret vereinbarte Heizungsbeschaffenheit entspricht eine Wohnung im Grundsatz dem Soll, wenn sie sich – vom Ergebnis her betrachtet – behaglich beheizen lässt und warmes Wasser läuft. Der Mieter darf einen Wohnstandard erwarten, der bei vergleichbaren Wohnungen üblich ist.⁶ Technische Normen müssen eingehalten werden, allerdings in erster Linie diejenigen, die zum Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes galten.⁷ Fortan hat der Vermieter nur für einen Mindeststandard zu sorgen, der ein zeitgemäßes Wohnen ermöglicht.⁸ Diese Pflicht lässt sich indes ausdrücklich nicht anhand von technischen Normen konkretisieren, die erst nach der Erbauung in Kraft getreten sind.⁹ Kurz: Mietrechtlich ist nicht mehr geschuldet als der baualterstypische Standard, weshalb Mängelansprüche zumeist nicht bestehen.

Die Rechenschaftspflicht des Gebäudeverantwortlichen besteht gegenüber der zuständigen Überwachungsbehörde – die der Mieter freilich auf eine baurechtswidrige Heizungsanlage aufmerksam machen kann. Es drohen Bußgelder (§ 108 GEG).

Nicht auszuschließen ist zudem eine Kürzung der Heizkostenabrechnung wegen Unwirtschaftlichkeit: Der Vermieter darf eine veraltete, standardmäßige Heizung

5 Börstinghaus/Meyer, Das neue GEG – Gebäudeenergiegesetz – Das neue „Heizungsgesetz“ im Miet-, WEG-, Bau- u. Immobilienrecht/Börstinghaus, § 3 Rn. 5 ff. (im Erscheinen); Horst MDR 2023, 1145.

6 BGH NZM 2023, 30 – Kein Anschluss an (mittlerweile nachgerüstete) Zentralheizung anstelle einer (defekten) Gasetagenheizung; ZMR 2019, 576 = BeckRS 2018, 33913 Rn. 28 ff. – Baubedingt latente Schimmelgefahr in Altbauwohnung; BGH NZM 2004, 736: „Der Mieter einer nicht modernisierten Altbauwohnung kann mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung jedenfalls einen Mindeststandard erwarten, der ein zeitgemäßes Wohnen ermöglicht und den Einsatz der für die Haushaltsführung allgemein üblichen elektrischen Geräte erlaubt.“ (amtl. Ls.).

7 BGH NZM 2013, 575 Rn. 15 – Tritt- und Luftschallschutz nach Bodenbelagsarbeiten in Oberliegerwohnung; BGH (XII. ZS) NZM 2014, 163 Rn. 28 – „Energieschleuder“ aus der Gebäudeerrichtungszeit als vereinbarter Heiz-/Lüftungsstandard: Kein Modernisierungsanspruch des Mieters trotz „Unwirtschaftlichkeit“.

8 BGH NZM 2004, 736 – Mindeststandard der Stromversorgung einer nicht modernisierten Altbauwohnung (lt. Übergabeprotokoll übergeben „wie gesehen“, aus welchem Vermerk nach Ansicht des BGH nicht darauf geschlossen werden kann, „dass den Kl. das Fehlen eines geeigneten Stromkreises zum Anschluss einer Wasch- oder Spülmaschine und das Fehlen jeglicher Steckdose im Bad bei Vertragsschluss bekannt war“).

9 BGH ZMR 2019, 576 = BeckRS 2018, 33913 Rn. 31.

zwar grundsätzlich weiterhin betreiben, ohne eine Heizkostenkürzung zu riskieren, weil eine Pflicht zur Modernisierung nicht besteht – auch nicht durch die Hintertür einer Sanktion durch Kostenbeteiligung des Vermieters.¹⁰ Anders kann sich die Lage jedoch darstellen, wenn der Vermieter mit dem Weiterbetrieb gegen geltendes Recht verstößt.¹¹ Schreibt das Gesetz einen bestimmten Heizungsstandard vor, kann das den an einen wirtschaftlich vernünftig handelnden Vermieter zu stellenden Erwartungshorizont normativ prägen. Insbesondere dürfte dies bei gesetzlichen Vorgaben anzunehmen sein, welche konkret dazu dienen, den Energieverbrauch – und damit auch die Heizkosten – zu senken. Insofern sorgt ein vernünftiger Vermieter für eine rechtmäßig betriebene Heizungsanlage und ist das Bewirtschaftungsermessen eingeschränkt.

b) *Kostentragung*. Im Zentrum eines modernisierungsrechtlichen Konflikts steht zumeist die Kostentragung. Dieses Problem ist struktureller Natur und ergibt sich daraus, dass eine Modernisierung für den Vermieter eine mitunter kostspielige Investition darstellt, aus der er im Ausgangspunkt jedoch solange keinen Nutzen zu ziehen vermag, wie die modernisierten Räume noch zu unveränderten Konditionen vermietet sind.

Das soziale Wohnraummietrecht schiebt einer Preisanpassung durch Beendigung und Neuabschluss des Mietvertrags einen Riegel vor und gibt dem Vermieter stattdessen das Instrument der Modernisierungsmieterhöhung an die Hand. Funktioniert dieses Instrument nicht, kann dies den Vermieter von Modernisierungen abhalten, was zu Investitionsstau und langfristig zu einem (energetisch) minderwertigen Gebäudebestand führt. Geht es darum, die klimapolitischen Ziele im Gebäudesektor möglichst ohne staatlichen Zwang zu erreichen, ist es ratsam, ein praxistaugliches Instrument für die Umlage der Modernisierungskosten bereitzustellen. Wenn das Gesetz den Weg für eine Preisanpassung im laufenden Mietverhältnis ebnet, ist eher damit zu rechnen, dass Vermieter aktiv werden und die Erneuerung der Heizung zeitnah „freiwillig“ angehen.

Auf der anderen Seite ist das Schutzbedürfnis des Mieters nicht zu übersehen: Ob überhaupt, in welchem Umfang und für wie lang er von einer GEG-konformen Heizungsanlage im Vergleich zur bisherigen profitieren wird, ist völlig ungewiss und hängt ua davon ab, wie sich die Energiepreise künftig entwickeln und wie lang das Mietverhältnis noch andauern wird. Bedenkt man nun, dass die 65 %-Vorgabe vornehmlich einer energiepolitischen Zielvorstellung entspringt, mithin das Gemeinwohl betrifft, erscheint die Frage einer gerechten Kostenverteilung nochmals in neuem Licht, zumal Art. 14 II GG die Sozialpflichtigkeit des Eigentums, nicht etwa des Mietbesitzes, statuiert.

Unterlassungsanspruch des Mieters: Vorrangig gelten im Vertragsverhältnis stets die getroffenen Parteiabsprachen. Daher werden Beschaffenheitsvereinbarungen in Bezug auf die Heizungsanlage nicht ohne Weiteres durch die bauordnungsrechtlichen Vorgaben des GEG überlagert. Die öffentlich-rechtlichen Pflichten sind auch insoweit abstrakt von den privatrechtlichen

¹⁰ BGH NZM 2010, 739 Rn. 8 – Duldungspflicht des Mieters zur Installation von Wärmemessgeräten, die eine Erfassungslücke schließen sollen.

¹¹ BGH NZM 2008, 35 Rn. 18 – Keine Modernisierungspflicht veralteter Heizungsanlage infolge Wirtschaftlichkeitsgebots.

und nicht mit ihnen gleichzusetzen. Aus der Warte des Mieters sind daher Heizungsmodernisierungen, welche im Widerspruch zur vereinbarten Beschaffenheit stehen, im Ausgangspunkt unzulässig.¹² Ist etwa eine (mieterseitig selbst abrechenbare) Einzelversorgung vereinbart, kommt der Anschluss an ein Wärmenetz oder eine Zentralheizung im Grundsatz nicht in Betracht.¹³ Ein Heizungsumbau ohne Einverständnis des Mieters, welcher der Beschaffenheitsvereinbarung zuwiderläuft, schafft einen vertragswidrigen, sprich mangelhaften Zustand und löst Mängelansprüche aus – etwa gerichtet auf Wiederherstellung des status quo ante.

Die Beschaffenheitsvereinbarung kann jedoch im Einzelfall untergehen. Ist die Herstellung eines GEG-konformen Zustands unter Beibehaltung der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit technisch unmöglich, unterliegt der Vermieter dem baurechtlichen Zwang, sich über diese Vertragsabsprache hinwegzusetzen. Dies führt zu einer (rechtlichen) Unmöglichkeit im Hinblick auf die Beschaffenheitsvereinbarung und lässt diese entfallen (§ 275 I BGB). Ferner kann der Vermieter zu einer Leistungsverweigerung wegen grober wirtschaftlicher Unverhältnismäßigkeit berechtigt sein (§ 275 II BGB). Vermieterseitig ist also alles Zumutbare zu unternehmen, um die vereinbarte Beschaffenheit möglichst weitgehend zu gewährleisten, ein Bußgeld nach § 108 GEG indes nicht hinzunehmen.

In der Praxis ist bisweilen unklar, ob und inwieweit bestimmte Eigenschaften des Mietobjekts verbindlich festgeschrieben sind. Eine umsichtige Vertragsgestaltung sollte ausdrücklich klarstellen, welche der im Mietvertrag aufgeführten oder tatsächlich vorfindlichen Eigenschaften die Vertragsschließenden in den Status einer Beschaffenheitsvereinbarung erheben und welche Angaben etwa nur informatorischer Natur sind.

c) *Investitionsanreiz*. Das (übergeordnete) Interesse an der Investition, die Entscheidung über die Investition und der dadurch erzielbare Vorteil sind also mitunter verteilt auf mehrere Köpfe, was Investitionen tendenziell hemmt. Dem Mieter wird dies zum Verhängnis, wenn er die Nachteile von unterbliebenen Modernisierungsinvestitionen allein zu schultern hat.

Prominentes Beispiel sind wiederum die Heizkosten, die schon wegen der Heizkostenverordnung im Regelfall der Mieter trägt. Der Mieter unterliegt durch die obligatorisch verbrauchsabhängige Abrechnung zwangsläufig einem gewissen Sparanreiz. Seine Handlungsspielräume sind dabei jedoch begrenzt: Insbesondere vermag er gegen den grundsätzlichen Weiterbetrieb einer kostenträchtigen, aber mangelfreien Heizungsanlage außerhalb der Grenzen einer Vertragspflichtverletzung (§ 280 I BGB) wenig auszurichten.

Das Signal steigender Preise für den Heizungsbetrieb geht an einem entscheidenden Adressaten vorbei, nämlich am Vermieter, der die energetische Heizungssituation grundlegend verändern könnte und somit am längeren Hebel sitzt. Marktwirtschaftliche Investitionsanreize, durch die CO₂-Bepreisung noch angeheizt, entfalten nicht ihre volle Wirkung. Das Anreizmodell des CO₂KostAufG sucht in-

¹² LG Hamburg ZMR 2007, 455 (bestätigend BGH ZMR 2008, 116) – Vermietung eines Reihenhauses mit Terrasse sperrt Errichtung eines Staffeldesgeschosses.

¹³ BGH NZM 2023, 30 – Gasetagenheizung/Zentralheizung.

soweit bereits Abhilfe zu schaffen.¹⁴ Darüber hinaus kann der Gesetzgeber das Modernisierungsmietrecht für weitere Anreize fruchtbar machen und sich auf diese Weise abermals eines privaten Rechtsverhältnisses bedienen, um übergeordnete Gemeinwohlziele zu fördern.

II. Neuerungen im Überblick

Soweit für diesen Beitrag von Interesse, betreffen die Neuerungen des Heizungsgesetzes zum einen das GEG, welches in §§ 71 ff. GEG grundlegende Änderungen erfährt. Des Weiteren bringt das Artikelgesetz Änderungen und Ergänzungen des BGB, welche das Modernisierungsmietrecht betreffen. Dabei nehmen die jeweiligen Gesetze aufeinander Bezug, so etwa § 71o I GEG auf das BGB und umgekehrt § 555b Nr. 1a BGB auf das GEG. Schon hieran wird deutlich: Das bauordnungsrechtliche und das mietvertragliche Heizungsrecht sind fortan miteinander verwoben.

1. Die 65 %-Vorgabe

Im Zentrum des Heizungsgesetzes steht die Neufassung des § 71 I GEG: Danach darf eine Heizungsanlage zum Zweck der Inbetriebnahme in einem Gebäude nur eingebaut oder aufgestellt werden, wenn sie mindestens 65 % der mit der Anlage bereitgestellten Wärme mit erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme erzeugt (65 %-Vorgabe). Die folgenden Vorschriften konkretisieren diese Vorgabe insbesondere anhand diverser Erfüllungsoptionen, aufgelistet in § 71 III GEG, welche das Gesetz pauschal als gesetzmäßige Umsetzung des geforderten Standards anerkennt. Der Verantwortliche ist dabei nicht auf die genannten Erfüllungsoptionen beschränkt: Ein Einzelnachweis der Erfüllung nach § 71 II GEG ist ebenso zulässig.

2. Neuer Modernisierungstatbestand

§ 555b BGB erhält mit einer neuen Nr. 1a einen weiteren Modernisierungstatbestand. Als Modernisierung gilt eine bauliche Maßnahme, durch die mittels Einbaus oder Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zweck der Inbetriebnahme in einem Gebäude die Anforderungen des § 71 GEG erfüllt werden.¹⁵

GEG-Heizungsanlagenmodernisierung vs. allgemeine Heizungsanlagenmodernisierung: Der neu geschaffene Modernisierungstatbestand lässt sich – kurz und doch präzise – als GEG-Heizungsanlagenmodernisierung bezeichnen. Von dieser phänomenologisch zu unterscheiden ist die allgemeine Heizungsanlagenmodernisierung, welche den Einbau oder die Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zweck der Inbetriebnahme in einem Gebäude zum Gegenstand hat und dabei entweder den Tatbestand einer energetischen Modernisierung durch Endenergieersparnis (§ 555b Nr. 1 BGB) oder den Tatbestand einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung (§ 555b Nr. 1a BGB) erfüllt. Hierbei handelt es sich nicht um einen eigenständigen Modernisierungstatbestand, sondern um eine nicht legaldefinierte Sammelbezeichnung für heizungsanlagenbezogene Modernisierungen, welche das Gesetz dazu nutzt, um hinsichtlich der 50 Cent-Kappungsgrenze (§ 559 IIIa 3 BGB) sowie dem wirtschaftlichen Härteeinwand (559 IV 2 Nr. 2 BGB, § 559c I 3 BGB) einen einheitlichen Mieterschutz innerhalb der verschiedenen Umlageverfahren zu schaffen,

¹⁴ Lee NZM 2023, 305 ff.; Pfeifer GE 2023, 585.

¹⁵ Abdruck der Vorschrift bei Plappert/Böhme NZM 2023, 777 (in diesem Heft).

welcher unabhängig von der 65%-Konformität der Heizungsmodernisierung eingreift.

Beispiel: Es handelt sich um eine energieeffizientere, aber doch nur vorübergehende Übergangsheizung nach § 71i GEG.

3. Neues Umlageverfahren

Mit § 559e BGB wird ein besonderes Umlageverfahren eingeführt, welches die Kostenumlage für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen aus Vermietersicht privilegiert, wenn bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

4. Weitere Anpassungen und Ergänzungen

Des Weiteren berühren die folgenden Neuerungen das Modernisierungsmietrecht unmittelbar:

– Die Erfüllungsoption durch Einbau einer elektrischen Wärmepumpe (§ 71c GEG) – praktisch voraussichtlich hochrelevant – ist kostenmäßig nur dann uneingeschränkt auf den Mieter umlagefähig, wenn der Betrieb der Wärmepumpe bei gegebener Gebäudequalität ein Mindestmaß an Energieeffizienz erwarten lässt (§ 71o GEG). Dafür obliegt dem Vermieter je nach Beschaffenheit des Gebäudes entweder ein konkreter Nachweis oder die Darlegung bzw. der Nachweis bestimmter pauschalierender Umstände, die einen Einzelnachweis entbehrlich machen (§ 71o GEG).

– Eine neu geschaffene 50 Cent-Kappungsgrenze begrenzt speziell die Umlage heizungsanlagenbezogener Modernisierungskosten innerhalb eines Bezugszeitraums von sechs Jahren, und zwar unabhängig vom gewählten Umlageverfahren (§ 559e III BGB, § 559 IIIa 3 BGB). Die besondere Kappungsgrenze gilt innerhalb des allgemeinen Gesamtkappungsbetrags von 3 EUR/m² bzw. 2 EUR/m² monatlich, ohne diesen zu erweitern.

– § 559 IV 2 Nr. 2 BGB schloss eine wirtschaftliche Härtefallprüfung im allgemeinen Umlageverfahren bislang aus, wenn es sich um eine nicht zu vertretende Maßnahme handelte. Im vereinfachten Verfahren war eine wirtschaftliche Härtefallprüfung grundsätzlich unstatthaft. Rückausnahmen lassen nunmehr den wirtschaftlichen Härteeinwand des Mieters doch zu, soweit eine allgemeine Heizungsanlagenmodernisierung in Rede steht (§ 559 IV 2 Nr. 2 BGB, § 559c I 3 BGB).

– Während der Laufzeit einer Indexmietvereinbarung sind Modernisierungsmieterhöhungen nur eingeschränkt zulässig (§ 557b II 2 BGB).¹⁶ Von der Sperre ausgenommen können Modernisierungen sein, soweit diese sich auf nicht zu vertretende Maßnahmen stützen. Mieterhöhungen, zB aufgrund von gesetzlich verpflichtenden Maßnahmen, können also im Grundsatz auch während der Sperre ausnahmsweise möglich sein. Für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen gilt indes eine Rückausnahme: Die Berechtigung zur Modernisierungsmieterhöhung aufgrund einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung (§ 555b Nr. 1a BGB) besteht selbst dann nicht, wenn eine gesetzliche Verpflichtung dazu bestanden haben sollte. Bei laufender Indexmietvereinbarung kann der Vermieter die Kosten einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung also in keinem Fall auf den Mieter umlegen, und zwar unabhängig von der Wahl des Umlageverfahrens.

– Eine stillschweigende Neuerung ergibt sich dem ersten, unbefangenen Anschein nach zur Sperrwirkung einer laufenden Staffelmietvereinbarung für Modernisierungsmieterhöhungen. Bei einer Staffelmiete sind Erhöhungserklärungen, die vor Inkrafttreten der letzten vereinbarten Erhöhungsstaffel zugehen, im Allgemeinen nichtig (§ 557a II 2 BGB). Nach bisherigem Wortlaut („Erhöhung nach den §§ 558 bis 559 b ausgeschlossen“) sind allerdings nur Erhöhungen unzulässig, deren Ausspruch sich auf § 559 BGB stützt. Das Gesetz bleibt insoweit unverändert. Demnach scheinen Erhöhungen auf Basis des (neuen) § 559e BGB

¹⁶ Schmidt-Futterer, Mietrecht/Börstinghaus, 15. Aufl. 2022, BGB § 557b Rn. 34 ff.

auch innerhalb einer laufenden Staffelmietvereinbarung möglich zu sein.¹⁷ Es ist jedoch nicht unwahrscheinlich, dass eine Anpassung des § 557a II BGB nicht wohlüberlegt unterblieben ist, sondern schlicht auf einem Augenblicksversagen in der Hektik des turbulenten Gesetzgebungsverfahrens beruht (s. VI 1). Vermieter sollten sich sicherheitshalber darauf einstellen, dass es demnächst zu einer redaktionellen oder – einer solchen vorgreifenden – judikativen Korrektur kommt.

5. Zeitliche Anwendbarkeit

Ab wann sind die neuen Vorschriften beachtlich? Für die in diesem Beitrag besprochenen Neuerungen terminiert Art. 6 I des „Heizungsgesetzes“ den 1.1.2024 als Zeitpunkt des Inkrafttretens. Übergangsvorschriften existieren nicht. Daraus folgt grundsätzlich, dass die Rechtmäßigkeit sämtlicher Erklärungen, Maßnahmen und Zustände ab diesem Tag nach dem dann geltenden Recht zu beurteilen sein werden. Der Modernisierungstatbestand des § 555b Nr. 1a BGB ist erst ab diesem Tag eröffnet, so dass eine Modernisierungsankündigung, die im Begründungsteil ausschließlich hierauf rekurriert, nur bei Zugang ab dem 1.1.2024 einen Duldungsanspruch zustandebringen kann. Auch die 50 Cent-Kappungsgrenze wird ab diesem Tag ihre Beachtung fordern – eine Erhöhungserklärung, die ab dem 1.1.2024 zugeht, wird Rechtswirkung nur innerhalb ihrer betragsmäßigen Grenzen zu entfalten vermögen.¹⁸

Etwas anspruchsvoller zu bestimmen ist indes der Beginn des Zeitpunkts, ab dem die Erhöhungsmöglichkeit nach § 559e BGB (vollumfänglich) zur Verfügung steht. Auf den ersten Blick scheint nahezuliegen, ein Vermieter könne ab dem 1.1.2024 vom neuen Umlagestatbestand Gebrauch machen. Dies ließe jedoch unbeachtet, dass der Mieter dann möglicherweise in seinen Rechten beschnitten würde, namentlich bei der Einwendung eines wirtschaftlichen Härtefalls. Dieser ist auch im besonderen Umlageverfahren eröffnet, unterliegt jedoch einer fristgebundenen Präklusion (§ 559e IV BGB). Der Mieter kann seinen wirtschaftlichen Härteeinwand nur im Hinblick auf aktuell geltendes Recht kundtun. Daher wird man für eine auf § 559e BGB gestützte Umlage primär fordern müssen, dass der Erhöhungserklärung eine ordnungsgemäße Modernisierungsankündigung mit Zugang ab dem 1.1.2024 vorangegangen ist. Andernfalls ist jedenfalls kein Raum für eine Präklusion des wirtschaftlichen Härteeinwands. Zudem wird man dem Mieter den zeitlich hinausgezögerten Wirkungszeitpunkt der Erhöhung in entsprechender Anwendung des § 559b II Nr. 1 BGB zubilligen müssen, weil eine ansatzweise rechtliche Prüfung der angekündigten Modernisierung im Hinblick auf eine potenziell anstehende Erhöhung nach § 559e BGB mangels Geltungskraft dieser Norm nicht möglich war.

III. GEG-Heizungsanlagenmodernisierung

Eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung ist eine bauliche Maßnahme, durch die mittels Einbaus oder Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zweck der Inbetriebnahme in einem Gebäude die Anforderungen des § 71 GEG erfüllt werden (§ 555b Nr. 1a BGB).

Diese Erweiterung tritt neben die bisherigen, allgemeinen Modernisierungen. Eine Maßnahme, die den Tatbestand einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung erfüllt, kann

¹⁷ So das Ergebnis von Börstinghaus/Meyer, Das neue GEG/Börstinghaus, § 3 Rn. 43 (im Erscheinen).

¹⁸ So auch Börstinghaus/Meyer, Das neue GEG/Börstinghaus, § 3 Rn. 117 (im Erscheinen).

und wird daneben nicht selten weitere Modernisierungstatbestände des § 555b BGB erfüllen. Diese werden nicht durch den spezielleren Tatbestand der GEG-Heizungsanlagenmodernisierung verdrängt, sondern bleiben daneben bestehen. Der Vermieter hat ein Wahlrecht, auf welchen von ggf. mehreren erfüllten Modernisierungstatbeständen er das Modernisierungsverfahren und die ggf. folgende Kostenumlage stützt.¹⁹

Wahlrecht des Vermieters, ggf. paralleles Vorgehen:

Die formellen Anforderungen an die Begründung unterscheiden sich freilich je nach dem, auf welchen Modernisierungstatbestand sich der Vermieter beruft, selbst wenn es sich um dieselbe bauliche Maßnahme handelt. Zur Plausibilitätsprüfung einer energetischen Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB) benötigt der Mieter zB andere Angaben als zu der Prüfung, ob eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung in Betracht kommt. Erfüllt eine bauliche Maßnahme mehrere Modernisierungstatbestände gleichzeitig, ist der Vermieter nicht gehalten, sich auf eine einzige zu beschränken. Er kann die Modernisierung sicherheitshalber auf mehrere Tatbestände parallel stützen. Dann muss die formelle Begründung natürlich ebenfalls alle angeführten Tatbestände abdecken und eine entsprechende Plausibilitätsprüfung ermöglichen. Stellt sich heraus, dass einer der angenommenen Tatbestände doch nicht einschlägig oder nicht ordnungsgemäß begründet worden ist, kann der vom Vermieter alternativ angeführte Tatbestand möglicherweise die Modernisierung rechtlich auffangen, wenn zumindest dieser allen rechtlichen Anforderungen genügt.

1. Heizungsanlage als definitonische Begrenzung

Der Begriff der Heizungsanlage erweist sich als zentrales Abgrenzungsmerkmal, welches in der Anwendungspraxis eine entscheidende Bedeutung einnehmen wird: Eine Heizungsanlage definiert § 3 I Nr. 14a GEG als Anlage zur Erzeugung von Raumwärme, Warmwasser oder einer Kombination davon einschließlich Hausübergabestationen zum Anschluss an ein Wärmenetz und Wärmeüberträger von unvermeidbarer Abwärme. Handbeschickte Einzelraumfeuerungsanlagen iSv § 2 Nr. 3 der I. BImSchV, offene Kamine nach § 2 Nr. 12 der I. BImSchV und Badeöfen nach § 1 II 1 Nr. 2d der I. BImSchV sind von der Legaldefinition ausgenommen.

Wie erst ein Blick in die Gesetzgebungsmaterialien verrät, ist eine Heizungsanlage abzugrenzen von einer heizungstechnischen Anlage.²⁰ Eine heizungstechnische Anlage umfasst über die Komponenten zur Erzeugung der Wärme hinaus das gesamte System aus Erzeugung, Speicherung, Verteilung und Übergabe der Wärme. Die Heizungsanlage ist also nur das „Herz“ einer heizungstechnischen Anlage. Daraus folgt, dass der neue Modernisierungstatbestand keineswegs sämtliche mit einem Heizungsaustausch einhergehenden Begleitmaßnahmen beinhaltet. Er ist beschränkt auf diejenigen Anlagenkomponenten, deren technische Funktionalität darin besteht, die Temperatur eines Wärmeträgers zu erhöhen.

Beispiel: Der Austausch der bisherigen Gasheizung gegen eine elektrische Wärmepumpe erfordert weitreichende bauliche Anpassungen am Gebäude. Einige Räume müssen auf eine großflächige Fußbodenheizung umgestellt werden, was einen Umbau des gesamten

¹⁹ BT-Drs. 20/7619, 97.

²⁰ BT-Drs. 20/7619, 97.

gebäudeinternen Verteilnetzes sowie eine leistungsstarke Umwälzpumpe erfordert. Zudem ist eine verbesserte Dämmung der Gebäudehülle vonnöten, um den Wärmeverlust zu verringern. Eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung liegt nur in Bezug auf den Einbau der Wärmepumpe selbst vor. Die weiteren Begleitmaßnahmen, die für eine ganzheitlich sinnvolle Realisierung der Heizungslösung unabdingbar sein mögen, dienen nicht der Erzeugung von Wärme, sondern deren Speicherung, Verteilung und Übergabe. Modernisierungsrechtlich sind sie kein Bestandteil der Heizungsanlage.

Das Beispiel verdeutlicht, dass eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung nur einen Teil einer ganzheitlichen Heizungsmodernisierung abdeckt. Die beschränkte Modernisierungsqualifikation kann der Vermieter auch nicht überwinden, indem er argumentiert, dass er einen wirkungsvollen Betrieb der Wärmepumpe im betroffenen Gebäude nur sicherstellen kann, wenn er die Begleitmaßnahmen mit umsetzt. Denn § 555b Nr. 1a BGB erhebt es nicht zur tatbestandlichen Voraussetzung, dass die Heizungsanlage einen bestimmten Wirkungsgrad erzielt.

Insofern unterscheidet sich eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung strukturell etwa von einer energetischen Modernisierung oder Gebrauchswertverbesserung. Bei Letzteren sind die baulichen Veränderungen von ihrer Wirkung her modernisierungsrechtlich zu beurteilen. Das Gesetz zählt nicht konkrete Einzelmaßnahmen wie etwa eine Fassadendämmung oder einen Balkonanbau als Modernisierung auf. Stattdessen beschränkt es sich darauf, für eine entsprechende rechtliche Qualifikation näher spezifizierte positive Auswirkungen in Bezug auf die Wohnung zu fordern. Die Mittel und Wege dafür stehen im Ermessen des Vermieters. Die wirkungsbezogene Betrachtung erklärt auch, warum bei diesen Tatbeständen ein größeres argumentatives Feld offensteht, welches es erlaubt, die Begleitmaßnahmen in die Modernisierungsqualifikation mit einzubeziehen, sofern diese die geforderte Verbesserung der Wohnung zumindest fördern oder absichern. Deshalb kann ein hydraulischer Abgleich als Schlusspunkt einer umfassenden energetischen Gebäudesanierung auch noch integraler Bestandteil einer energetischen Modernisierung sein,²¹ obwohl die Energieersparnis bei engstirniger Betrachtung nicht ursprünglich auf diese Begleitmaßnahme zurückzuführen ist, sondern lediglich durch sie realisiert wird.

Strukturell völlig anders aufgestellt ist eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung, weil eine solche keine bestimmte Wirkung von der Heizungsanlage fordert, sondern nur, dass sie den Vorgaben des § 71 GEG entspricht. In diesem Tatbestand ist somit kein Raum für die Aufnahme weiterer Begleitmaßnahmen, seien sie für einen sinnvollen Betrieb der Heizungsanlage noch so zwingend.

Die eigentliche praktische Relevanz des auf die Wärmeerzeugung beschränkten Anlagenbegriffs entfaltet sich auf der Rechtsfolgenseite. Denn die modernisierungsrechtliche Qualifikationswirkung ist ebenfalls beschränkt auf die Heizungsanlage. Das bedeutet, dass ein auf § 555b Nr. 1a BGB gestützter Duldungsanspruch ausschließlich die Anlagenkomponente für die Wärmeerzeugung abdeckt. Die Beschränkung setzt sich im besonderen Umlageverfahren für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen (§ 559e BGB) fort. Darin umlagefähig sind ausschließlich

²¹ BGH DWW 2022, 301 = BeckRS 2022, 22051 Rn. 24 ff.

die Kosten, die auf die Anlagenkomponenten zur Wärmeerzeugung entfallen. Des Weiteren limitiert der Anlagebegriff die 50 Cent-Kappungsgrenze. Die Kappung gilt nur für die heizungsanlagenbezogene Umlage, nicht aber für die darüberhinausgehenden, sonstigen Kostenpositionen.

Praktische Schlussfolgerungen für die Begründung von Vermietererklärungen: Die Praxis ist gut beraten, sich der Enge des Heizungsanlagen-Begriffs bewusst zu sein. Diese ist leicht zu übersehen und kann zu Fehlern führen. Begleitmaßnahmen, welche die sonstigen Komponenten einer heizungstechnischen Anlage betreffen, bedürfen einer eigenständigen modernisierungsrechtlichen Qualifikation – mit praktischen Konsequenzen: Soll eine Modernisierungsankündigung jene Begleitmaßnahmen erfassen, muss sie es dem Mieter ermöglichen, deren Modernisierungsqualität ansatzweise zu überprüfen. Es ist also ggf. eine durch die Begleitmaßnahmen eigenständig bewirkte Einsparung von Endenergie oder eine Gebrauchswertverbesserung plausibel darzulegen. Auch eine Mieterhöhungserklärung muss eine vollständige Plausibilitätsprüfung dahingehend ermöglichen, ob die für die Begleitmaßnahmen erhobenen Kosten umlagefähig sind. Das besondere Verfahren des § 559e BGB steht zur Verfügung nur, soweit es um die Umlage spezifisch heizungsanlagenbezogener Kosten geht.

Allgemein ist bei Heizungsarbeiten, die der Vermieter zur Erfüllung der 65 %-Vorgabe in Angriff nimmt und die er bei ganzheitlicher Betrachtung insgesamt als energetische Modernisierung formell prüffähig darzulegen imstande ist, zu empfehlen, dass er dies bei der Begründung von Ankündigung und Erhöhung auch (zusätzlich) tut. Dann sind die Erklärungen, soweit sie sich auf die Heizungsanlage beziehen, formell doppelt abgesichert. Der Vermieter setzt seine Begründungen zweigleisig auf, so dass er hilfsweise auf die jeweilige Alternativbegründung umschwenken kann. Zweifel bei der rechtlichen Zuordnung einer (Begleit-)Maßnahme zum engen Anlagenbegriff bleiben mit vorhandener Alternativbegründung womöglich im Ergebnis unschädlich. Soll zudem der temporäre Minderungsausschluss des § 536 Ia BGB greifen, muss die Ankündigung ohnehin die dafür allein privilegierte energetische Modernisierung formell ordnungsgemäß darlegen.²²

2. Erfüllung des § 71 GEG

Der Tatbestand einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung erfordert, dass die installierte Heizungsanlage die Anforderungen des § 71 GEG erfüllt. Dies ist durch Umsetzung einer der in § 71 III GEG aufgezählten Erfüllungsoptionen möglich, bei denen das Gesetz pauschal von einer Einhaltung der 65 %-Vorgabe ausgeht. Daneben bleiben individuelle Lösungen nach § 71 II GEG denkbar, bei welchen der Verantwortliche die Heizungsanlage frei auswählt und konfiguriert sowie vor ihrer Inbetriebnahme einen Nachweis über die Nutzung eines gesetzmäßigen Anteils erneuerbarer Energien (§ 3 II GEG) auf Grundlage von Berechnungen nach der DIN V 18599: 2018-09 erbringt.

Verstoß gegen Betreiberpflichten: Bei der Erfüllungsoption einer Brennstoffheizung mit Biomasse oder Wasserstoff (§ 71 III Nr. 5 GEG) hängt die Einhaltung der

²² Letzteres eher krit. betrachtend Hinz NZM 2013, 209 (212).

65%-Vorgabe davon ab, dass die brennstoffbezogenen Betreiberpflichten (§ 71f GEG und § 71g Nr. 2 und Nr. 3 GEG) laufend beachtet werden. Entsprechendes gilt für die Hybridheizungen (§ 71 III 2 GEG) und potenziell für Heizungsanlagen mit Einzelnachweis (§ 71 II 3 GEG). Die Tatbestandsmäßigkeit einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung entfällt in diesen Fällen jedoch nicht wegen eines etwaigen Verstoßes gegen Betreiberpflichten. Wie gesehen, nimmt das Modernisierungsrecht eine auf die Heizungsanlage konzentrierte Sichtweise ein, weshalb insoweit auch nur die anlagenbezogenen Pflichten, zB diejenigen des § 71g Nr. 1 GEG, ausschlaggebend sind.

Nicht erfasst sind Heizungsanlagen indes, wenn der Vermieter diese in Wahrnehmung einer behördlichen Befreiungsentscheidung (§ 102 GEG) oder gesetzlichen Übergangs-, Überbrückungs-, Härtefall- oder Ausnahmeregelung gerade ohne Einhaltung der 65 %-Vorgabe installiert. Die Anforderungen des § 71 GEG sind dann nicht eingehalten.

a) *Die „H₂-ready“-Gasheizung.* Diskussionswürdig ist die modernisierungsrechtliche Qualifikation bei „H₂-ready“-Gasheizungen, welche der Vermieter zulässigerweise als Überbrückungsheizung einbaut. Denn nach dem Regelungskonzept ist eine solche „H₂-ready“-Heizung durchaus dazu bestimmt, als Dauerlösung im Gebäude zu verbleiben, nämlich dann, wenn der Anschluss an ein Wasserstoffleitungsnetz planmäßig verläuft. Da zurzeit eine leitungsgebundene Versorgung mit Wasserstoff nicht verfügbar ist, ist die Erfüllungsoption einer Heizungsanlage zur Nutzung von grünem oder blauem Wasserstoff einschließlich daraus hergestellter Derivate (§ 71 III Nr. 5 GEG, § 71f GEG) rein faktisch nicht umsetzbar. Derzeit bestehende Gasverteilnetze müssten dafür zunächst umgerüstet oder neue Wasserstoffverteilnetze gebaut werden.

Besteht vor Ort eine realistische Perspektive für einen Aus- bzw. Umbau hin zu einem Wasserstoffversorgungsnetz, ist zur Überbrückung der Bauphase deshalb die Installation einer „H₂-ready“-Erdgasheizung als Überbrückungsheizung zulässig, wobei § 71k GEG hierfür sehr konkrete Voraussetzungen, insbesondere die Belegenheit in einem Wasserstoffnetzausbaubereich mit gültigem Netzumstellungsfahrplan, aufstellt. Der Betrieb einer zulässigerweise installierten „H₂-ready“-Überbrückungsheizung ist dann auch nicht an die gestaffelte Nachsorgepflicht (§ 71 IX GEG) gebunden, selbst wenn sie noch während der laufenden Übergangsfrist für die Wärmeplanung installiert worden ist. Diese Privilegierung lässt erkennen, dass eine „H₂-ready“-Überbrückungsheizung im Grundsatz den rechtlichen Status einer Dauerlösung genießt. Ihr Verbleib steht „nur“ unter dem Vorbehalt, dass der Anschluss an das Wasserstoffnetz fahrplanmäßig gelingt.

Scheitert die Umsetzung des Netzumstellungsplans nämlich gemäß entsprechender Feststellung der Bundesnetzagentur, lebt die 65 %-Vorgabe wieder auf und die „H₂-ready“-Überbrückungsheizung muss ausgetauscht oder so umgerüstet werden, dass sie die 65 %-Vorgabe auf andere Weise einhält (§ 71k IV GEG). Die Nachfrist hierfür beträgt drei Jahre ab öffentlicher Bekanntgabe der Bestandskraft des das Scheitern feststellenden Bescheids der Bundesnetzagentur. Der Rauswurf einer „H₂-ready“-Heizung ist konzeptionell jedoch nur dafür vorgesehen, dass ein außerplanmäßiger Störfall eintritt, für den der Gebäudeverantwortliche womöglich gar nichts kann. Hierin besteht der entscheidende Unterschied zu einer Überbrü-

ckungsheizung bis zum Wärmenetzanschluss (§ 71j GEG). Denn diese Überbrückungsheizung wird durch planmäßigen Anschluss an das Wärmenetz obsolet und verbleibt daher so oder so nicht im Gebäude.

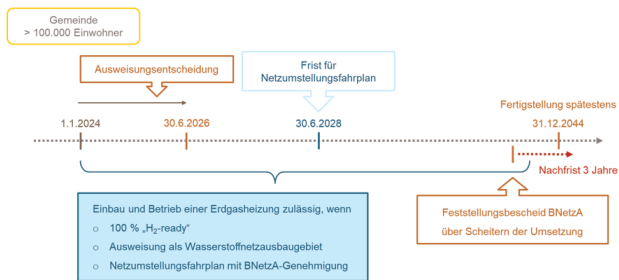


Abbildung 2: Eine „H₂-ready“-Heizung darf bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen dauerhaft betrieben werden, solange nicht ein Scheitern der Netzumstellung behördlich festgestellt ist.

Folgt man den Wertungen des Gesetzes, hat der Gebäudeverantwortliche mit der Entscheidung für eine „H₂-ready“-Heizung „alles richtig gemacht“, was zu der Überlegung verleiten mag, ob deren Einbau dann nicht auch als zumindest vorläufige Erfüllung des § 71 GEG und demnach als GEG-Heizungsanlagenmodernisierung gelten kann. Die Frage muss verneint werden. Denn das Gesetz konzipiert die Daseinsberechtigung einer „H₂-ready“-Überbrückungsheizung als Ausnahme, welche außerhalb der Erfüllungsoptionen steht. Der Wortlaut des § 71k I GEG ist insoweit klar: Die Überbrückungsheizung wird „ohne Einhaltung der Anforderungen nach § 71 Absatz 1“ installiert. Der Verantwortliche mag „alles richtig gemacht“ haben, die 65 %-Vorgabe erfüllt er dennoch nicht. Demnach lässt sich eine Besserstellung der „H₂-ready“-Überbrückungsheizung gegenüber anderen Übergangs- und Überbrückungsheizungen nicht herleiten.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird unterstrichen durch die weitere Überlegung, dass eine „H₂-ready“-Heizung in die rechtlichen Voraussetzungen, die für ihren fortdauernden Betrieb erfüllt sein müssen, hineinwachsen kann. Die Bleibeperspektive der „H₂-ready“-Heizung muss nicht schon zum Zeitpunkt ihres Einbaus rechtlich gesichert sein. Vielmehr reicht es aus, wenn neben der „H₂-readiness“ die weiteren rechtlichen Voraussetzungen des § 71k GEG binnen vorgeschriebenen Zeitrahmens nach und nach hinzutreten. Der Verantwortliche mag somit eine „H₂-ready“-Heizung noch vor Abschluss der kommunalen Wärmeplanung und im Ungewissen über die Ausweisung als Wasserstoffnetzausbaubereich eingebaut haben, so dass die Heizung eigentlich perspektivisch einer gestaffelten Nachsorgepflicht nach § 71 IX GEG unterlegen hätte. Zur Zeit ihres Einbaus handelte es sich somit (noch) nicht um eine Überbrückungsheizung nach § 71k GEG. Treten die von § 71k GEG statuierten Bleibevoraussetzungen nun aber doch noch sukzessive ein, mutiert die bisherige Übergangsheizung (während kommunaler Wärmeplanung) zu einer Überbrückungsheizung (bis zum Wasserstoffnetzanschluss). Indessen muss die modernisierungsrechtliche Qualifikation der Baumaßnahme bereits vor ihrem Beginn feststehen und kann nicht davon abhängen, ob es irgendwann zu einer Wandlung der heizungsrechtlichen Eigenschaft kommt.

b) *Besondere Erfüllungsoptionen.* In einigen Konstellationen erlaubt das GEG besondere Erfüllungsoptionen, die nicht in § 71 III GEG aufgezählt sind. Die besonderen Erfüllungsoptionen sollen den spezifischen Bedürfnissen des Einzelfalls Rechnung tragen. Die Frage, ob die besonderen Erfüllungsoptionen, wie von § 555b Nr. 1a BGB verlangt, die „Anforderungen des § 71 GEG“ erfüllen, erfordert eine differenzierte Betrachtung.

aa) *Getrennte, dezentrale und elektrische Warmwasserbereitungsanlage.* Bei getrennten bzw. mehreren, verbundenen Heizungsanlagen ist eine 65 %-Konformität nach Maßgabe des § 71 IV GEG zu prüfen. Bei einer dezentralen und von der Raumwärmeerzeugung unabhängigen Warmwassererzeugung durch Strom erfüllt bereits der elektrische Betrieb die 65 %-Vorgabe. Ein Durchlauferhitzer muss zudem elektronisch geregelt sein, um erfüllungstauglich zu sein (§ 71 V 2 GEG). Diese besondere Erfüllungsoption ist in § 71 V GEG geregelt und bezieht ihre Erfüllungswirkung ausdrücklich auf § 71 I GEG. Sie ist daher eine tatbestandsmäßige Erfüllungsoption für eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung.

Getrennte Warmwasserbereitung im Einfamilienhaus: Unklar ist, ob diese Erfüllungsoption in einem Gebäude mit nur einer Nutzungseinheit, etwa einem Einfamilienhaus, zur Verfügung steht, wenn die Warmwasserbereitung zwar getrennt, aber für das gesamte Haus aus nur einer Anlage heraus erfolgt. Das Gesetz fordert eine dezentrale Versorgungslage ausdrücklich als weitere Voraussetzung, die zu einer von der Raumwärmeerzeugung getrennten Versorgungslage hinzutreten muss. Dies dürfte dafür sprechen, dass diese Erfüllungsoption nur dann zulässig ist, wenn in einem Gebäude mindestens zwei Anlagen zur Warmwasserbereitung in Betrieb sind.

bb) *Anschluss dezentral versorgter Nutzungseinheit an bestehende zentrale Heizungsanlage.* Bei einer Nutzungseinheit, die gegenwärtig mit einer dezentralen Einzelheizung versorgt wird, gilt bereits der Anschluss an eine bestehende zentrale Heizungsanlage im Gebäude als taugliche Erfüllungsoption (§ 71 II 6 GEG). Die GEG-Konformität wird also allein durch den Anschluss an die bestehende zentrale Heizungsanlage hergestellt. Dies gilt selbst dann, wenn die bestehende zentrale Heizungsanlage als solche die 65 %-Vorgabe noch gar nicht einhält, zB weil sie mit Erdgas betrieben wird, obschon der Austausch der zentralen Heizungsanlage selbst, sobald er irgendwann ansteht, freilich den Vorschriften des GEG entsprechend zu vollziehen ist. Hinter dieser besonderen Erfüllungsoption dürfte die Überlegung stehen, dass der Verantwortliche nicht gezwungen sein soll, bei einem perspektivisch beabsichtigten Anschluss der bisher einzelversorgten Nutzungseinheit zunächst die bestehende zentrale Heizungsanlage an die 65 %-Vorgabe heranzuführen zu müssen und die betroffene Nutzungseinheit bis dahin vorübergehend mit einer Übergangsheizung auszustatten. Das Gesetz formuliert in § 71 II 6 GEG, dass die Anforderungen des § 71 I GEG mit dem Anschluss als erfüllt gelten. Diese Wertung muss einheitlich auch für das Modernisierungsrecht gelten, weshalb von einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung auszugehen ist.

cc) *Weiterbetrieb energiesparender Hallenheizung.* Für Hallenheizungen in Bestandsgebäuden gibt es ebenfalls eine spezielle Erfüllungsoption in § 71m II GEG. Diese ist anwendbar auf Gebäudezonen mit einer Raumhöhe von mehr als 4 m, wenn die Gebäudezone bisher mit einer

dezentralen Gebläse- oder Strahlungsheizung wärmeversorgt wird. In einer solchen Gebäudezone darf der Verantwortliche einmalig und zunächst für eine Testphase von höchstens zwei Jahren ein austauschendes dezentrales Heizsystem installieren, ohne die 65 %-Vorgabe zu beachten. Die Frist beginnt an dem Tag, an dem erstmals Arbeiten zum Austausch der bisherigen Heizungsanlage durchgeführt werden.

Ein Weiterbetrieb dieser Testheizung auf Dauer ist jedoch nur dann zulässig, wenn der Endenergieverbrauch des Gebäudes für Raumwärme gegenüber dem Endenergieverbrauch vor der Erneuerung des bisherigen Heizungssystems nachweislich erheblich verringert ist. Zum Ablauf der Testphase muss der Betreiber einen Nachweis über die während der Testphase tatsächlich erzielte Energieeinsparung erbringen. Dies kann etwa durch den Vorher-Nachher-Vergleich der dokumentierten Heizenergieverbräuche geschehen.

Kausalität der Energieeinsparung: Nicht ganz klar ist, ob die Energieeinsparung kausal auf das neue Heizungssystem zurückzuführen sein muss oder auch sonstige Einspareffekte, die zB betriebs- oder witterungsbedingt erzielt werden, ausreichend sind. Überwiegendes spricht dafür, dass die Gründe für die Energieeinsparung unerheblich sind. Es kommt wohl nur darauf an, dass der rein tatsächliche Heizenergieverbrauch verringert ist. Der Gesetzestext verlangt nicht, dass die Einsparung gerade wegen einer verbesserten Heizungseffizienz eintritt. Der Entwurfsbegründung zufolge kann die Einsparung etwa resultieren aus dem Einbau von Geräten mit höheren Strahlungswirkungsgraden, der Brennwertnutzung oder einer Wärmerückgewinnung aus Abgasen, aber auch aus dem Einbau von Solarkollektoren, aus bedarfsgerecht optimierter Einstellung und Regulierung, aus einem verbesserten Monitoring des Energieverbrauchs oder auch aus baulichen Wärmeschutzmaßnahmen.²³ Die Gründe für die Einsparung können also außerhalb der Heizungsanlage liegen.

Je nach Höhe der nachweisbaren Endenergieeinsparung ist zu unterscheiden:

– Gelingt der Nachweis eines verringerten Endenergieverbrauchs über einen Zeitraum von einem Jahr um mindestens 40 %, ist ein unbefristeter Weiterbetrieb des testweise installierten Heizungssystems möglich.

– Gelingt nur der Nachweis eines verringerten Endenergieverbrauchs über einen Zeitraum von einem Jahr um weniger als 40 %, aber immerhin mindestens 25 %, ist ein unbefristeter Weiterbetrieb des testweise installierten Heizungssystems nur bedingt möglich: Der Betreiber muss namentlich die bis zur Zielmarke von 40 % noch anteilig fehlende Einspardifferenz durch den gleichen Anteil in Bezug auf die Nutzung von 65 % erneuerbaren Energien ausgleichen. Ergibt sich aus den Abrechnungsdaten zB²⁴ eine Verringerung des Endenergieverbrauchs über einen Jahreszeitraum um 30 %, bedeutet dies eine Unterschreitung der Zielmarke von 40 % um 10 Prozentpunkte, mithin um 25 %. Diese relative Einspardifferenz von 25 % muss der Betreiber nun durch die Nutzung von erneuerbaren Energien für den Betrieb dieser Heizung ausgleichen, wenn er diese über die Testphase hinaus beibehalten möchte. Er muss die 65 %-Vorgabe demnach nach Anrechnung der nachweislichen Energieersparnis nur noch ergänzend zu 25 % erfüllen, mithin mindestens (65 % × 25 % =) 16,25 % des tatsächlichen Energiebedarfs der Hallenheizung mit erneuerbaren Energien decken.

²³ BT-Drs. 20/6875, 128.

²⁴ BT-Drs. 20/6875, 128.

– Bei einer Energieersparnis von weniger als 25 % muss die Testheizung fortan der 65 %-Vorgabe entsprechen, darf also nur mit mindestens 65 % erneuerbaren Energien weiterbetrieben werden. Eine Nachfrist gewährt das Gesetz hierfür nicht. Die 65 %-Vorgabe gilt also unmittelbar nach dem Ende der zweijährigen Testphase.

Eine Hallenheizung, deren dauerhafter Verbleib nach § 71m II GEG vom Ergebnis ihres Testbetriebs abhängt, ist eher keine erfüllungstaugliche Heizungsanlage für eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung. Eine Qualifikation als solche stößt bereits an die praktische Schwierigkeit, dass nach Fertigstellung zunächst der zweijährige Testbetrieb abgewartet werden muss, während dem die Anlage ihr Einsparpotenzial unter Beweis stellen muss. Vorher, insbesondere zum Zeitpunkt der Modernisierungsankündigung, ist das Schicksal der Hallenheizung noch ungewiss. Der Mieter kann sich somit noch kein Bild darüber machen, ob die angekündigte Hallenheizung jemals die 65 %-Vorgabe einhalten wird. Doch auch nach der Testphase hat der zulässige Weiterbetrieb eher den Charakter einer dauerhaften Übergangslösung. Das Gesetz geht hier scheinbar nicht von einer Einhaltung des § 71 GEG aus, jedenfalls formuliert das Gesetz dies an dieser Stelle nicht. In der Praxis dürfte diese Problematik eher selten auftreten, weil Hallen für gewöhnlich nicht Gegenstand von Wohnraummietverhältnissen sind.

c) *Austausch einer bereits 65 %-konformen Heizungsanlage oder nur bei erstmaliger Erfüllung?* Klärungsbedürftig ist, ob eine Heizungsanlage den Tatbestand des § 555b Nr. 1a BGB nur dann erfüllt, wenn mit ihrer Installation die 65 %-Vorgabe erstmalig eingehalten wird, oder ob bei der Erneuerung einer bereits 65 %-konformen Heizungsanlage ebenfalls eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung anzunehmen ist. Der Wortlaut des § 555b Nr. 1a BGB lässt ein weit gefasstes Verständnis zu, welches die Fälle einschließt, in denen der Vermieter einen ohnehin 65 %-konformen Zustand mit einer anderen Heizungsanlage fortschreibt. Der Tatbestand ist wörtlich nicht darauf beschränkt, dass der Heizungsaustausch im Gebäude eine erstmalige Erfüllung der 65 %-Anforderung bewirkt.

Im systematischen Vergleich zu § 555b Nr. 4a BGB fällt zudem auf, dass das Gesetz dort ausdrücklich einen erstmaligen Anschluss an ein Glasfasernetz verlangt. Der Grund dafür ist unmittelbar einleuchtend: Ist die Nutzungseinheit bereits an das öffentliche Glasfasernetz angeschlossen, bringt ein erneuter Anschluss keinerlei Vorteil und rechtfertigt demnach auch nicht die Annahme einer Modernisierung. Der neue Tatbestand enthält hingegen keine entsprechende textliche Präzisierung.

Dennoch spricht der Zweck des Gesetzes für ein einschränkendes Verständnis dahingehend, dass nur die erstmalige Herstellung eines die 65 %-Vorgabe einhaltenden Zustands eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung sein kann. Entstehungsgeschichtlich dienen die Anpassungen des Modernisierungsrechts in erster Linie dem energie- und klimapolitischen Ziel, im Gebäudesektor einen möglichst weitgehenden Heizungsbetrieb mit erneuerbaren Energien zu erreichen. Der Gesetzgeber will die praktische Umsetzung im vermieteten Bestand ermöglichen und erleichtern. Die besondere Umlagemöglichkeit für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen (§ 559e BGB), welche für Vermieter im Vergleich zur allgemeinen Umlage (§ 559 BGB) attraktiver ausgestaltet ist, soll zudem einen Anreiz zu einer möglichst frühzeitigen Heizungsmodernisierung unter Inanspruchnahme öffentlicher Fördermittel

schaffen. Die Gesetzgebungsmaterialien untermauern den beabsichtigten Anreizeffekt. All die benannten Zwecke sind jedoch nicht einschlägig, wenn die Heizungsanlage eines Gebäudes bereits der 65 %-Vorgabe entspricht. Das Ziel ist dann bereits erreicht – wie im Fall des § 555b Nr. 4a BGB, wenn der Glasfaseranschluss bereits vorhanden ist. Dies ist ein gewichtiges Argument dafür, dass in einem Gebäude mit bestehender 65 %-EE-Heizung der Modernisierungstatbestand einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung (§ 555b Nr. 1a BGB) nicht mehr zur Verfügung steht. Eine teleologische Reduktion ist geboten.

Das bedeutet freilich nicht, dass bei einer 65 %-konformen Heizungsanlage weiteres Modernisierungspotenzial ausgeschlossen wäre. Die Anlage kann selbstverständlich noch (technisch) verbessert und – entsprechend begründet – zum Gegenstand einer Modernisierung gemacht werden, sofern die Verbesserung einen alternativen Modernisierungstatbestand erfüllt. Insbesondere kann dies gelingen durch eine signifikante Energieeinsparung (§ 555b Nr. 1 BGB) oder eine Gebrauchswertverbesserung (§ 555b Nr. 4 BGB).

Indessen reicht bei schon erfüllter 65 %-Vorgabe auch der Wechsel von einer Erfüllungsoption zu einer anderen, zB von einer bestehenden Wärmepumpen-Hybridheizung hin zu einer reinen Wärmepumpenheizung, als solcher nicht aus, um eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung (§ 555b Nr. 1a BGB) tatbestandlich zu erzeugen. Denn die Erfüllungsoptionen sind gleichwertig – nach der pauschalierenden Wertung des Gesetzes gelten sie alle jeweils als vollwertige Varianten 65 %-konformer Heizungen, die ohne Rangverhältnis nebeneinanderstehen. Rein rechtlich erfüllt keine der Erfüllungsoptionen die 65 %-Vorgabe mehr oder weniger bzw. besser oder schlechter.

3. Systematische Einordnung und ein (verborgener) Wertungswiderspruch

Die systematische Einordnung des neuen § 555b Nr. 1a BGB innerhalb der bestehenden Modernisierungstatbestände fällt nicht leicht. Der Versuch lohnt dennoch, fördert er doch ua einen Wertungswiderspruch zutage, der nicht unbeachtlich ist.

a) *Energetische Modernisierung*. Innerhalb von § 555b BGB platziert der Gesetzgeber die GEG-Heizungsanlagenmodernisierung unter Nr. 1a. Alternativ wäre etwa die Anfügung einer neuen Nr. 8 in § 555b BGB in Betracht gekommen. Die gewählte Nummerierung ist durchaus aussagekräftig: Ihr nach zu urteilen, scheint es sich bei der GEG-Heizungsanlagenmodernisierung nämlich um den Unterfall einer energetischen Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB) zu handeln, wie auch ein erstmaliger Glasfaseranschluss (§ 555b Nr. 4a BGB) als Unterfall einer Gebrauchswertverbesserung (Nr. 4) zu betrachten ist.

Die systematische Einordnung bei der energetischen Modernisierung beansprucht eine gewisse Augenscheinsvalidität, ist ein Heizungsaustausch doch bislang klassischerweise wegen der damit erzielten Endenergieersparnis modernisierungsrechtlich erfasst. Zweifel bestehen dennoch: Endenergie ist die an der Schnittstelle zum Gebäude übergebene Menge an Energie, die die Anlagentechnik des Gebäudes zur Wärmeerzeugung insgesamt zur Wärmeerzeugung benötigt.²⁵ Ob eine neue Heizungsanlage Endenergie einspart, ist nur im Vergleich zur bisherigen festzustellen, wie die Darlegung eines Einspareffekts generell

²⁵ BT-Drs. 17/10485, 19.

eine Vergleichsbetrachtung fordert. Die Feststellung einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung hingegen kommt ohne einen qualitativen Vergleich aus: Eine wie auch immer geartete Verbesserung des bisherigen Heizungsstandards ist dafür weder notwendig noch hinreichend. Aus Sicht des Mieters kann die neue Heizungsanlage, die die 65 %-Vorgabe einhält, sogar Nachteile bringen. So kann die vom Vermieter gewählte Erfüllungsoption für dieselbe Wärmeerzeugung mehr Energieeinsatz (gemessen in kWh) benötigen als die bisherige Anlage, was insbesondere bei Anschluss an ein Wärmenetz oder Einbau einer elektrischen Wärmepumpe mit niedriger Jahresarbeitszahl zutreffen kann. Der Betrieb einer Brennstoffheizung mit Biomasse oder Wasserstoff (§ 71 III Nr. 5 GEG) statt mit Erdgas bringt als solcher ebenfalls keine Energieersparnis. In allen Fällen können die laufenden Heizkosten für den Mieter sogar – zunächst – steigen.

Die Umlagefähigkeit einer energetischen Modernisierung rechtfertigt sich aber gerade aus der impliziten Annahme, dass ein reduzierter Endenergiebedarf typischerweise mit geringeren laufenden Kosten einhergeht. Eine systematische Nähe des neuen Modernisierungstatbestands zu einer energetischen Modernisierung lässt sich – jenseits politischer Idealvorstellungen – rein rechtlich nicht belegen.

b) *Nicht zu vertretende Maßnahme.* Eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung ist kein Unterfall einer vom Vermieter nicht zu vertretenden Maßnahme (§ 555b Nr. 6 BGB). Denn auch eine freiwillige Erfüllung der 65 %-Vorgabe kann und soll des intendierten vermietenseitigen Umsetzungsanreizes wegen eine GEG-Heizungsmodernisierung sein.²⁶ Jedoch befürchtete der Gesetzgeber offenbar, eine GEG-Heizungsmodernisierung könnte – wenn auch nicht immer, so doch – häufig zugleich den Tatbestand einer nicht zu vertretenden Modernisierung erfüllen. Darauf weisen die in § 557b II 2 BGB und § 559 IV 2 Nr. 2 BGB aufgenommenen Rückausnahmen hin, welche Privilegierungen nicht zu vertretender Maßnahmen zurücknehmen, soweit eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung vorliegt. Die praktische Bedeutung dieser umsichtigen Feinjustierungen zugunsten des Mieters dürften indes begrenzt bleiben. Denn eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung wird in der Praxis eher selten zugleich eine vom Vermieter nicht zu vertretende Maßnahme sein.

Vertretenmüssen definiert § 276 I BGB als Vorsatz und Fahrlässigkeit, sofern sich keine strengere oder mildere Haftung aus Gesetz oder Vertrag ergibt. Übertragen auf den Modernisierungstatbestand bedeutet dies vor allem, dass die bauliche Maßnahme auf Umständen beruhen muss, von denen der Vermieter bei Vertragsabschluss nichts wusste und die für ihn auch nicht zumutbar vorherzusehen oder vermeidbar waren.²⁷

aa) *Unausweichlichkeit des Heizungsaustauschs.* Entscheidend ist, dass die Maßnahme „dem Vermieter von dritter Seite aufgegeben“ wird.²⁸ Vor allem Pflichten kraft Gesetzes oder aufgrund behördlicher Anordnung vermögen eine nicht zu vertretende Modernisierung zu begründen. Die Maßnahme muss für den Vermieter unausweichlich sein.²⁹ Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn er aus freiem Entschluss eine Maßnahme anstößt, bei deren Durchführung dann bestimmte gesetzliche Vorgaben, etwa diejenigen des GEG, zu beachten sind. Vielmehr muss

²⁶ BT-Drs. 20/7619, 97.

²⁷ Staudinger, BGB/J. Emmerich, 2021, BGB § 555b Rn. 37.

²⁸ BT-Drs. 7/2011, 11.

²⁹ BGH NZM 2019, 928 Rn. 41 ff.

sich der Vermieter schon hinsichtlich des Ob einer Maßnahme in einer Zwangslage befinden, aus der er sich mit rechtskonformen Mitteln nicht befreien kann. In einer unausweichlichen Zwangslage befindet sich der Vermieter jedoch nicht, wenn er eine Maßnahme schlicht unterlassen oder von Ausnahmen oder Befreiungen Gebrauch machen könnte. Bevor sich ein Vermieter auf das Nichtvertretenmüssen einer Maßnahme beruft, muss er deshalb prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Befreiung wegen unbilliger Härte nach § 102 GEG gegenüber der zuständigen Behörde darzulegen wären. Ein Härtefall kann daraus resultieren, dass die notwendigen Investitionen in keinem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Ertrag oder dem Wert des Gebäudes stehen, dass sich eine GEG-konforme Heizungsanlage also wirtschaftlich nicht lohnt (§ 102 I 2, 3 GEG). Dies kann insbesondere im älteren Gebäudebestand zutreffen. Bei der wirtschaftlichen Angemessenheitsprüfung sind allerdings neben der (tendenziell ansteigenden) Entwicklung der Energiepreise auch die für den Heizungsaustausch verfügbaren Fördermöglichkeiten³⁰ zu berücksichtigen – was die Begründung eines Härtefalls erschwert.

Die 65 %-Vorgabe wird im vermieteten Bestand erst beachtlich, sobald eine bestehende Heizungsanlage ausgetauscht wird. Das GEG zwingt hingegen grundsätzlich nicht zu einem initialen Austausch einer funktionierenden Heizungsanlage. Auch bei einem Defekt steht es dem Verantwortlichen frei, diesen durch Reparatur zu beheben. Führt der Vermieter anlässlich einer behebbaren Störung oder aus sonstigem Anlass, zB von attraktiven Förderkonditionen angespornt, einen Austausch durch, ist die Maßnahme für ihn keineswegs unausweichlich, sondern er stößt sie aus freiem Entschluss an.³¹ Dass er bei der Umsetzung an die Vorgaben des GEG gebunden ist, begründet jedoch keinen nicht zu vertretenden Umstand.

bb) *Vorhersehbarkeit der absoluten Betriebsverbote.* Einem rechtlichen Austauschzwang wird sich der Vermieter erst dann ausgesetzt sehen, sobald die zeitlichen Grenzen für absolute Betriebsverbote erreicht sind. Soweit dann ein Heizungsaustausch unausweichlich wird, lässt sich zwar über eine nicht zu vertretende Maßnahme nachdenken – dies allerdings nur, wenn die absoluten zeitlichen Grenzen für den unveränderten Weiterbetrieb der Heizung bei Mietvertragsabschluss nicht vorhersehbar waren. Nur dann hatte der Vermieter keine Chance, die Anpassungsarbeiten bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen, was eine privilegierte Behandlung als Modernisierung rechtfertigt.³² Wenn sich das Mietobjekt hingegen schon bei Vertragsabschluss akut oder (langfristig) absehbar in vertrags- oder gesetzeswidrigem Zustand befand, hat der Vermieter auch die mitunter lange Zeit später unausweichlich anstehenden baulichen Anpassungen sehr wohl zu vertreten. Den finanziellen Aufwand hätte er in die Mietkalkulation einbeziehen müssen.

Insoweit ist zu beachten, dass die Betriebsverbote in § 72 I GEG und § 72 II GEG schon bisher existierten und das Heizungsgesetz lediglich das allgemeine Betriebsverbot für Heizkessel mit fossilen Brennstoffen ab 1.1.2045 neu

³⁰ BT-Drs. 20/6875, 142.

³¹ Börstinghaus/Meyer, Das neue GEG/Börstinghaus, § 3 Rn. 22 (im Erscheinen).

³² Staudinger, BGB/J. Emmerich, BGB § 555b Rn. 37; aA Börstinghaus/Meyer, Das neue GEG/Börstinghaus, § 3 Rn. 21 (im Erscheinen), der statt auf die Vorhersehbarkeit – enger – auf die Fälligkeit der Maßnahme abstellt. Nach Horst MDR 2023, 1145 (1146) ist der Ausgang eines bei Vertragsabschluss laufenden Gesetzgebungsverfahrens für den Vermieter in der Regel nicht vorhersehbar.

eingefügt hat. In Anbetracht der nunmehr bekannten Rechtslage müssen Vermieter ihre Miete entsprechend vorausschauend kalkulieren. Doch auch bei Mietverträgen, die zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, als sich die absoluten Betriebsverbote noch nicht abzeichneten, ergibt sich ein nicht zu vertretender Umstand keineswegs von selbst. Bevor der Vermieter den Heizkessel austauscht, wird er vorrangig zu prüfen haben, ob er diesen ggf. nach einer Umrüstung GEG-konform mit erneuerbaren Energien weiterbetreiben kann. Stehen dem Vermieter in einer Zwangslage mehrere geeignete Handlungsoptionen zur Hand, gebührt aus modernisierungsrechtlicher Sicht derjenigen Handlungsoption der Vorrang, welche unter Berücksichtigung der künftigen Betriebskosten wirtschaftlich am günstigsten zu sein verspricht. Ausschließlich diese Handlungsoption vermag die privilegierte Qualifikation als nicht zu vertretende Maßnahme für sich zu beanspruchen. Nur innerhalb dieser eng umgrenzten Linien kann eine nicht zu vertretende Modernisierung eines Heizkessels Platz finden.

cc) *Irreparabler Defekt*. Ergibt sich aus einem irreparablen Defekt ein faktischer Austauschzwang der Heizungsanlage, ist der Heizungsaustausch zunächst als Erhaltungsmaßnahme (§ 535 I 2 BGB, § 555a BGB) zu qualifizieren. Dies schließt einen Rückgriff auf den Tatbestand einer nicht zu vertretenden Modernisierung aus, wie der Wortlaut des § 555b Nr. 6 BGB ausdrücklich klarstellt.

dd) *Ablauf juristischer Lebensdauer*. Etwas komplexer gestaltet sich die rechtliche Einordnung indes in Fällen, in denen der Vermieter zunächst eine Übergangsheizung einbaut. Der Einbau einer Übergangsheizung selbst ist keine nicht zu vertretende Modernisierung, weil das Gesetz diesbezüglich keine zwingenden Vorgaben zu Ob und Wie statuiert. Die Entscheidung für eine Übergangslösung trifft der Verantwortliche freiwillig.

Im weiteren zeitlichen Verlauf können jedoch unfreiwillige Folgemaßnahmen winken, weil die juristische Lebensdauer einer Übergangsheizung bisweilen an harte Grenzen stößt.

– Dies ist zB der Fall bei Wahrnehmung der nach Ablauf der kommunalen Wärmeplanungsfristen anwendbaren allgemeinen Übergangsregelung in § 71i GEG. Danach ist der Verantwortliche beim ersten Heizungsaustausch zwar nicht an die 65 %-Vorgabe gebunden, wohl aber an die damit ausgelöste fünfjährige Frist, binnen derer letztlich doch eine Wärmeversorgung herzustellen ist, welche die 65 %-Vorgabe einhält. Zum Fristende hin kann sich ein Vermieter also in einer unausweichlichen Zwangslage wiederfinden, was zur Annahme einer nicht zu vertretenden Maßnahme führen mag.

– Ähnliches lässt sich demonstrieren anhand der in § 71l GEG niedergelegten Übergangsregeln bei dezentral versorgten Nutzungseinheiten. Der initiale Heizungsaustausch setzt in einem Gebäude mit mindestens einer Etagenheizung unwillkürlich eine fünfjährige Überlegungsfrist in Gang, an die sich abhängig vom Ergebnis der Überlegungen eine weitere, maximal achtjährige Frist für die Zentralisierung der gebäudeweiten Wärmeversorgung entsprechend dem beschlossenen Umsetzungskonzept anschließt. Die juristische Lebensdauer aller zwischenzeitlich im Gebäude installierten 65 %-inkonformen Übergangsheizungen ist limitiert: Der jeweilige Vermieter muss sie frühestens sechs Jahre, spätestens 14 Jahre nach dem Beginn des ersten Heizungsaustauschs im Gebäude an die 65 %-Vorgabe heranführen. Dabei spielt die Vermieter-

dentität keine Rolle. Die Befristungen gelten innerhalb eines Gebäudes einheitlich, egal ob und ggf. durch wen darin befindliche Nutzungseinheiten vermietet sind. Zum Fristende entsteht ein unausweichlicher Zwang zu handeln.

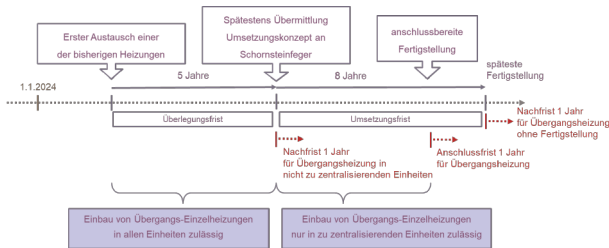


Abbildung 3: Bei Wahrnehmung der Übergangsregelung für eine Versorgungslage mit Etagenheizungen kann der Verantwortliche verpflichtet sein, die Nutzungseinheit an die fertiggestellte Zentralheizung anzuschließen oder die Übergangsheizung binnen Nachfrist anzupassen.

Die Frage des Nichtvertretenmüssens ist freilich auch in den beispielgebenden Konstellationen nur aus dem Standpunkt des jeweiligen Mietverhältnisses, insbesondere je nach Zeitpunkt seines Zustandekommens, zu beantworten: Bei Vertragsabschluss nach in Gang gesetzter Überlegungs- oder Umsetzungsfrist hat der Vermieter die begrenzte juristische Lebensdauer von Übergangsheizungen vorhersehen und entsprechend einkalkulieren können, was einem Nichtvertretenmüssen entgegensteht. Bei dezentralen Einzelversorgungslagen ist unerheblich, ob die Fristen durch einen vom Vermieter selbst initiierten Heizungsaustausch ausgelöst wurden oder ob dieser Heizungsaustausch die vermietete Nutzungseinheit betraf. Bei wertender Betrachtung obliegt es dem Vermieter sicherzustellen, dass ihm etwaige rechtlich relevante Heizungsarbeiten im Gebäude zur Kenntnis gelangen, auch wenn diese in Nutzungseinheiten stattfinden, die seinem unmittelbaren Zugriff entzogen sind. Schließlich bestimmt § 71n IV GEG, dass der Verwalter unverzüglich die Eigentümerversammlung zwecks Beratung einzuberufen hat, sobald die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vom ersten Heizungsaustausch Kenntnis erlangt.

Zwischenergebnisse: Eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung wird in der Praxis eher selten die Voraussetzungen für eine nicht zu vertretende Maßnahme des Vermieters in sich vereinen. Zwar ist der Verantwortliche bei einem Heizungsaustausch hinsichtlich des Wie an zwingende Vorgaben gebunden. Jedoch ist die Entscheidung über das Ob grundsätzlich bis zum Erreichen der absoluten zeitlichen Betriebsgrenzen frei treffbar und sind jene bei Mietvertragsabschluss regelmäßig absehbar. Erzwingt der technische Zustand der Heizung einen Austausch, handelt es sich um eine Erhaltungsmaßnahme. Anders stellt sich das Bild allerdings dar, wenn sich der Vermieter aufgrund des nahenden juristischen Lebensendes einer Übergangsheizung dazu genötigt sieht, die Heizungssituation GEG-konform anzupassen. Die dafür erforderlichen baulichen Maßnahmen können je nach Vorhersehbarkeit der begrenzten juristischen Lebensdauer der Heizungsanlage bei Mietvertragsabschluss vom Vermieter nicht zu vertreten sein.

c) *Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie.* Systematische Parallelen sind am ehesten mit einer Modernisierung erkennbar, die eine Einsparung von nicht erneuerbarer Primärenergie bewirkt (§ 555b Nr. 2 BGB). Primärenergie beschreibt diejenige Energiemenge, die insgesamt benötigt wird, um eine bestimmte Menge Endenergie bereitzustellen. Diese Berechnungsgröße nimmt also über den Energieeintrag an der Gebäudegrenze hinaus zusätzlich die vorgelagerten Prozesse außerhalb des Gebäudes in den Blick und gibt Auskunft darüber, wie viel Energie bei der Gewinnung, Umwandlung und Verteilung der umgesetzten Endenergie aufzuwenden ist.³³ Für eine Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie ist demnach entscheidend, aus welcher Quelle sich die zur Wärmeerzeugung eingesetzte Energie speist. Hingegen kommt es auf eine effizientere Nutzung der eingesetzten Energie nicht an. Ebenso wenig ist von Interesse, ob der Mieter von der Maßnahme profitiert. Die Menge der eingesetzten nicht erneuerbaren Primärenergie mag sinken, während die benötigte Endenergie und die Kosten sogar steigen. Die Daseinsberechtigung dieses Modernisierungstatbestands ergibt sich aus übergeordneten Gemeinwohlbelangen, vor allem der Energie- und Klimapolitik. Dementsprechend lässt sich mit ihm zwar ein Duldungsanspruch begründen, doch eine Kostenumlage rechtfertigt sich hieraus nicht.

Jedenfalls in letztgenanntem Punkt unterscheidet sich die GEG-Heizungsanlagenmodernisierung. Auch bleibt es bei der bereits erwähnten Problematik, dass die Frage, ob die 65 %-Vorgabe eingehalten ist, keine Vergleichsbetrachtung erfordert, wohingegen eine Ersparnis – ob nun von Endenergie oder von Primärenergie – nur im Vergleich zum vorherigen Status eintreten kann. Die systematische Verwandtschaft zur ersparten Primärenergie lässt sich dennoch retten, indem eine typisierende Sichtweise eingenommen wird, welche die in der 65 %-Vorgabe ausgedrückten Wertungen berücksichtigt. Wie gesehen, erfüllt nur das erstmalige Einhalten der 65 %-Vorgabe den neuen Modernisierungstatbestand. Mit einer solchen Umstellung wird regelmäßig ein geringerer Primärenergiebedarf aus nicht erneuerbaren Quellen einhergehen. Tatsächlich mag diese Annahme insbesondere im Hinblick auf die Stromversorgung (noch) nicht zutreffen, weil diese derzeit noch zu erheblichen Teilen aus nicht erneuerbaren Quellen herrührt und einen entsprechend hohen Primärenergiefaktor aufweist. Die Erfüllungsoptionen des § 71 III GEG nehmen allerdings eine Umstellung der Stromerzeugung auf 100 % erneuerbare Quellen bereits vorweg, wie die Begründung zur Wärmepumpen-Hybridheizung zeigt.³⁴ Ein vereinfachend anzunehmender Deckungsanteil der Wärmepumpenkomponente von 65 % soll schließlich bereits zur vollständigen Erfüllung der 65 %-Vorgabe ausreichen, so dass die Feuerungsanlagenkomponente dann ihrerseits keinen zusätzlichen Beitrag zum obligatorischen Anteil erneuerbarer Energien liefern muss. Diese Wertung muss von der Annahme getragen sein, dass Strom zu 100 % als Träger erneuerbarer Energien gilt. Auch an anderer Stelle schimmert diese Hoffnung durch, etwa wenn die Entwurfsbegründung wegen der zu erwartenden „Dekarbonisierung des deutschen Kraftwerksparks“ die elektrische Warmwasserbereitung als eine „zukunftsweisende Option“ erkennt und damit ihre Aufnahme als besondere Erfüllungsoption (§ 71 V GEG) rechtfertigt.³⁵ Zumindest unter Beschwörung des

³³ BT-Drs. 17/10485, 19.

³⁴ BT-Drs. 20/6875, 119.

³⁵ Vgl. BT-Drs. 20/6875, 110.

Geistes der GEG-Novelle ist also die Aussage zulässig, die erstmalige Erfüllung der 65 %-Vorgabe gehe typischerweise mit einem geringeren nicht erneuerbaren Primärenergiebedarf einher. Damit gelingt die systematische Verortung als Unterfall des § 555b Nr. 2 BGB.

Zwischenergebnis: Eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung ist systematisch als Unterfall einer Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie zu kategorisieren, weshalb sich innerhalb des § 555b BGB eine Verortung unter Nr. 2a angeboten hätte.

Bleibt noch die Frage, wie dann die unterschiedliche Behandlung bei der Vermieterbefugnis zur Kostenumlage zu erklären ist. Wie gesehen, lässt sich eine Ungleichbehandlung aus einem rechtssystematischen Standpunkt heraus nicht erklären, vielmehr lässt diese ein Störgefühl aufkeimen.

Präziser lautet die Frage: Woraus rechtfertigt es sich eigentlich, dass der Mieter für eine Maßnahme bezahlen muss, die ihm weder eine Einsparung von Endenergie noch eine Gebrauchswertverbesserung der Wohnung bringt und die der Vermieter überdies aus freiem Entschluss ergriffen hat? Kurz: Warum werden Mieter überhaupt mit den Kosten belastet, die bei der gemeinwohlorientierten Umsetzung klimapolitischer Ziele im Gebäudesektor entstehen? Hätte die GEG-Heizungsanlagenmodernisierung – systematisch konsistenter – im § 555b BGB unter einer neuen Nr. 2a Platz gefunden, hätte sich diese Frage umso mehr aufgedrängt. Die Nummerierung, für die sich der Gesetzgeber stattdessen entschied, ändert an der materiellen Frage systematisch korrekter Einordnung naturgemäß nichts; sie verschleiert vielmehr, dass die Entscheidung für eine kostenmäßige Heranziehung des Mieters in Wahrheit inkonsistent ist. Der effektivste Schutz vor steigender Mietbelastung hätte womöglich darin bestanden, die in § 559e BGB geschaffene besondere Umlagemöglichkeit für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen schlicht wegzulassen.

IV. Umlageverfahren für GEG-Heizungsanlagenmodernisierung

Im neu eingefügten § 559e BGB ist ein besonderes Umlageverfahren für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen vorgesehen, welches im Vergleich zum allgemeinen Umlageverfahren Vorteile für den Vermieter bietet.

1. Besondere Voraussetzungen

Der Tatbestand knüpft an eine vom Vermieter durchgeführte GEG-Heizungsanlagenmodernisierung nach § 555b Nr. 1a BGB an. Diese muss die Voraussetzungen für Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten dem Grunde nach erfüllen. Hierbei kann es sich um Förderungen des Bundes wie zB diejenige für effiziente Gebäude handeln; denkbar sind aber auch Landesförderprogramme.

Der Vermieter muss die Förderung aus öffentlichen Haushalten tatsächlich in Anspruch genommen haben. Hierzu möchte der Gesetzgeber den Vermieter anreizen.³⁶ Die Überlegung besteht wohl darin, dass eine in Anspruch genommene Förderung über die Bande des Drittmittelabzugs letztlich dem Mieter zugutekommen kann. Daher dürfte eine zusätzliche Voraussetzung darin bestehen,

³⁶ BT-Drs. 20/7619, 99.

dass die vermietetseitig in Anspruch genommene Förderung tatsächlich zu einem Drittmittelabzug führt und sich so auch für den Mieter realisiert.³⁷ Dies kann etwa in Frage stehen, wenn die öffentliche Förderung allein in einem vergünstigten Finanzierungszins besteht, der Vermieter den erlangten Zinsvorteil jedoch anrechnungsfrei für sich vereinnahmt, indem er die Erhöhung im vereinfachten Verfahren durchsetzt (§ 559c I 3 BGB).

2. Rückgriff auf allgemeines Umlageverfahren

Letztlich kann eine Förderung doch ausbleiben, obwohl die Voraussetzungen dafür dem Grunde nach erfüllt wären, etwa weil der Vermieter sich gegen eine Inanspruchnahme derselben entscheidet oder weil die Fördermittel erschöpft sind.³⁸ In einem solchen Fall eröffnet das Gesetz dem Vermieter in § 559e I 2 BGB die Option, die jährliche Miete dennoch nach Maßgabe des allgemeinen Umlageverfahrens zu erhöhen. Praktisch relevant ist dies insbesondere, wenn die bauliche Maßnahme keinen alternativen Modernisierungstatbestand erfüllt oder wenn der alternative Begründungsaufwand hoch wäre. Denn die Palette der im allgemeinen Verfahren gemäß § 559 I BGB umlagefähigen Modernisierungsmaßnahmen ist nicht um die neue Nr. 1a des § 555b BGB erweitert worden.

Insbesondere impliziert die Enumeration unter „Nr. 1a“ nicht, dass es sich hierbei um den Unterfall einer energetischen Modernisierung handele, welche im Fall einer normativen Inbezugnahme des § 555b Nr. 1 BGB automatisch mitumfasst wäre.³⁹ Auch dass § 559 IIIa, IV BGB spezielle Regelungen in Bezug auf § 555b Nr. 1a BGB enthalten, lässt keineswegs darauf schließen, damit müsse zugleich eine Erweiterung des Umlagegrundes einhergehen, da diese Regelungen gerade für Maßnahmen gedacht sind, die sich alternativ modernisierungsrechtlich qualifizieren lassen. Im Übrigen entbehrte sonst die in § 559e I 2 BGB – eingeschränkt – zugelassene Rückgriffsmöglichkeit eines Sinnes. Für eine reine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung steht daher im Ausgangspunkt auch nur das besondere Verfahren nach § 555e BGB offen. Erst die Verweisung daraus auf § 559 BGB ebnet den Weg hin zum allgemeinen Umlageinstrument. Deshalb sind die Voraussetzungen, die dem Vermieter einen solchen Rückgriff erlauben, einer näheren Betrachtung durchaus würdig, welche unweigerlich Fragen aufwirft.

So ist unklar, ob der Vermieter bereits dann auf § 559 BGB zurückgreifen kann, wenn eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung nur tatbestandlich gegeben, die Maßnahme jedoch schon dem Grunde nach nicht förderfähig ist. Dies kann zB der Fall sein, weil vermietetseitig personenbezogene Ausschlussgründe einer Förderung entgegenstehen. Denkbar ist auch, dass im Einzelfall persönliche Förderberechtigung und Bauherreneigenschaft auseinanderfallen: Der Vermieter darf eine Modernisierungsmieterhöhung nur aussprechen, wenn er die Maßnahme selbst als Bauherr fertiggestellt hat. Die persönliche Förderberechtigung korrespondiert jedoch nicht zwangsläufig mit der Bauherreneigenschaft, sondern kann an andere Kriterien geknüpft sein.

Des Weiteren ist fraglich, ob die Rückgriffsoption für den Vermieter auch dann gegeben ist, wenn er eine bestehende öffentliche Fördermöglichkeit tatsächlich in Anspruch

³⁷ Zum Drittmittelabzug vgl. unlängst BGH NZM 2023, ■(BeckRS 2023, 21223).

³⁸ BT-Drs. 20/7619, 99.

³⁹ AA Börstinghaus/Meyer, Das neue GEG/Börstinghaus, § 3 Rn. 72, 150 (im Erscheinen).

nimmt, aber dennoch nach § 559 BGB erhöhen möchte, nämlich um den pauschalen Abzug für ersparte Erhaltungsmaßnahmen zu vermeiden.

Die Normsystematik spricht für eine wortlautgetreue Anwendung des § 559e I 2 BGB. Dass der Gesetzgeber die nach § 559 BGB allgemein umlagefähigen Modernisierungstatbestände nicht erweitert, sondern stattdessen eine Rückgriffsklausel im besonderen Verfahren implementiert hat, spricht dafür, die Voraussetzungen jener Rückgriffsklausel ernst zu nehmen und nicht zu nivellieren. Der Gesetzgeber bringt an dieser Stelle zum Ausdruck, dass eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung als solche eben nicht ohne Weiteres zum Gegenstand eines allgemeinen Umlageverfahrens gemacht werden kann, sondern nur unter bestimmten Bedingungen. Erfüllt dieselbe Maßnahme einen alternativen, allgemein umlagefähigen Modernisierungstatbestand (insbesondere § 555b Nr. 1 und Nr. 6 BGB), besteht natürlich volle Wahlfreiheit. Die Erhöhungserklärung muss dann allerdings entsprechend begründet sein, um formell ordnungsgemäß zu sein.

3. Grenzen umlagefähiger Einbaukosten

Der im besonderen Verfahren nach § 559e BGB umlagefähige Kostenumfang erfährt eine entscheidende Eingrenzung zunächst durch die gegenständlich auf die Heizungsanlage begrenzte Qualifikationswirkung des Tatbestands einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung (s. III 1). Daraus folgt, dass im besonderen Verfahren nur die Kosten für diejenigen Anlagenkomponenten umlagefähig sind, die technisch der Wärmeerzeugung dienen. Für die Komponenten der Verteilung, Speicherung und Übertragung der erzeugten Wärme ist allein das allgemeine Umlageverfahren dienlich, selbst wenn die Begleitmaßnahmen zur sinnvollen technischen Vollendung der Heizungslösung oder für die Realisierung ihres energieeffizienten Betriebs unabdingbar sind.

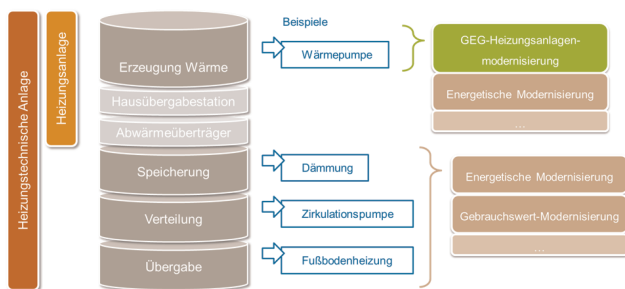


Abbildung 4: Eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung ist gegenständlich auf die Komponente der Heizungsanlage beschränkt. Daneben können weitere Modernisierungstatbestände einschlägig sein.

In der Praxis sind allerdings Abgrenzungsprobleme zu erwarten, über die erst eine stabile Judikatur Gewissheit bringen wird. Nicht sicher vorhersagen lässt sich etwa die Umlagefähigkeit von Kosten, die für den Ausbau der bisherigen Heizungsanlage entstehen. Der Tatbestand der GEG-Heizungsanlagenmodernisierung umfasst nach seinem Wortlaut nur den Einbau oder die Aufstellung einer Heizungsanlage, nicht jedoch den Ausbau der bisherigen. Ein solches Verständnis könnte sich jedoch als zu eng erweisen, zumal § 559e BGB mit einem pauschalierten Erhaltungsanteil von 15 % zumindest implizit anerkennt, dass die Installation einer Heizungsanlage im Bestand

regelmäßig damit einhergeht, dass die bisherige Anlage obsolet, ergo entsorgungsbedürftig wird. Jedenfalls dürfen auch die Ausbaurkosten (wie auch die Einbaurkosten) einer heizungsanlagenbezogenen Beschränkung unterliegen. Das bedeutet, es dürften – wenn überhaupt – nur die Kosten für die Entfernung der bisher für die Wärmeerzeugung genutzten Heizungsbestandteile umlagefähig sein. Die Umlagefähigkeit von Ausbaurkosten dürfte auch nicht mit dem Argument zu verneinen sein, dass im konkreten Fall ein Verbleib der nicht mehr genutzten bisherigen Anlage an Ort und Stelle theoretisch möglich wäre.

Beispiel des bi-funktionalen Baugerüsts: Gemeinkosten, die nicht nur wegen des Einbaus der Heizungsanlage entstehen, sondern darüber hinaus die Durchführung weiterer Modernisierungsmaßnahmen ermöglichen, sind nach billigem Ermessen aufzuteilen. Die Aufteilung könnte sich etwa an den Verhältnissen der Baukosten zueinander orientieren.

4. Umlagevoraussetzungen für Wärmepumpen

Die vollständige Umlagefähigkeit von Kosten für den Einbau einer Wärmepumpe knüpft das Gesetz an die besondere Voraussetzung, dass der Vermieter für die Wärmepumpe eine Jahresarbeitszahl von über 2,5 nachweist (§ 71o GEG). Die Regelung dient dem Mieterschutz und soll dafür insbesondere die Kostenumlage beschränken, wenn der energetische Zustand des Gebäudes keinen hinreichend effizienten Betrieb einer Wärmepumpe ermöglicht.⁴⁰

Praxishinweis: Eine Jahresarbeitszahl von exakt 2,5 reicht nicht aus. Das Gesetz verlangt einen darüber liegenden Wert.

a) *Anwendbarkeit.* Die besondere Umlagevoraussetzung für Wärmepumpen gilt unabhängig vom gewählten Umlageverfahren, also sowohl im Rahmen von § 559 BGB als auch von § 559e BGB. Die Entwurfsbegründung nimmt auch Wärmepumpen-Hybridheizungen spezifisch in den Blick.⁴¹ Bei einer solchen Heizungsanlage ist die Umlagefähigkeit der Kosten für den Einbau der Wärmepumpenkomponente ebenfalls davon abhängig, dass für diese eine Jahresarbeitszahl von über 2,5 nachweisbar ist. Gerade in einem Gebäude mit niedrigem energetischen Standard kann eine ausreichende Jahresarbeitszahl erst mit einer Hybridheizung erreichbar sein, bei der eine Brennstofffeuerungsanlage bei niedrigen Außentemperaturen die Spitzenlast auffängt. Gegenständlicher Bezugspunkt für die Bestimmung der Jahresarbeitszahl dürfte bei einer Hybridheizung allein die Wärmepumpenkomponente sein.

b) *Formelle Nachweisobliegenheit.* Im Grundsatz obliegt dem Vermieter der Nachweis, dass die Wärmepumpe eine Jahresarbeitszahl von mehr als 2,5 erreicht. Der Nachweis muss von einem Fachunternehmer herrühren (§ 71o I 3 GEG). Die Ermittlung der Jahresarbeitszahl erfolgt auf der Grundlage der VDI 4650 Blatt 1: 2019-03 oder eines vergleichbaren Verfahrens in der Regel vor der Inbetriebnahme der Anlage und nicht anhand von den Werten im Betrieb.

Hierbei handelt es sich um eine qualifizierte Begründungsobliegenheit, welche die formelle Ordnungsmäßigkeit der

⁴⁰ BT-Drs. 20/6875, 136.

⁴¹ BT-Drs. 20/6875, 136.

Erhöhungserklärung betrifft. Der Nachweis dient dazu, dem Mieter eine ansatzweise Überprüfung der Energieeffizienz (und damit auch der Wirtschaftlichkeit) der Wärmepumpe zu ermöglichen und soll den Vermieter davon abhalten, eine Wärmepumpenlösung gleichsam auf Kosten des Mieters halbherzig umzusetzen, indem er lediglich die Wärmeerzeugung auf diese Erfüllungsoption umstellt, ohne die zum effizienten Betrieb ergänzend erforderlichen baulichen Anpassungen mit in Angriff zu nehmen.

Ähnlichkeiten mit Nachweisen des CO₂KostAufG:⁴² Hierbei geht es nicht um eine förmliche Beweisführung vor Gericht, sondern um eine außerprozessuale formelle Darlegungslast, welche unaufgefordert zu erfüllen und die über bloße Beteuerung oder auch Substanziierung hinaus mit Belegen zu unterfüttern ist. Ein tauglicher Nachweis stammt aus objektiver Quelle außerhalb der eigenen Sphäre des Nachweisbelasteten. Die Quelle muss für die nachzuweisenden Umstände ein gewissen Vertrauen für sich in Anspruch nehmen können.

Hingegen ist eine Jahresarbeitszahl von über 2,5 keine materielle Umlagevoraussetzung.⁴³ Denn das Gesetz macht die Kostenumlage nicht davon abhängig, dass die Wärmepumpe tatsächlich mit dieser Jahresarbeitszahl operiert. Vielmehr lässt es eine annahmenbasiert-rechnerische Ermittlung der Jahresarbeitszahl schon vor der Inbetriebnahme in der Regel ausreichen, solange diese durch einen Fachunternehmer auf Grundlage eines anerkannten Verfahrens geschieht.

c) *Entbehrlichkeit eines konkreten Nachweises.* In einigen Fällen bedarf es keines konkreten Nachweises darüber, dass die Wärmepumpe eine bestimmte Jahresarbeitszahl erreicht. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass in einigen näher definierten Gebäuden (§ 71o I 2 GEG) aufgrund der definitionsgemäß anzunehmenden energetischen Gebäudequalität regelmäßig ein ausreichend energieeffizienter Betrieb einer Wärmepumpe möglich ist. Ein konkret auf die einzelne Wärmepumpe bezogener Nachweis erübrigt sich zB, wenn das Gebäude nach 1996 errichtet worden ist, wobei es auf den Zeitpunkt der Baugenehmigungserteilung ankommt.⁴⁴ Auch eine den Vorgaben bestimmter Bauvorschriften entsprechende Errichtung oder Sanierung kann den konkreten Nachweis entbehrlich machen, ebenso wie eine Beheizbarkeit mit einer Vorlauftemperatur von bis zu 55 Grad Celsius. Des Weiteren rechtfertigt es die Unterschreitung eines bestimmten Jahres-Heizwärmebedarfs, von dem konkreten Nachweis einer bestimmten Jahresarbeitszahl abzusehen, jedoch nur, wenn der Vermieter jenen niedrigen Jahres-Heizwärmebedarf wiederum mit einem Nachweis belegt.

Hält der Vermieter einen Entbehrlichkeitstatbestand für einschlägig und möchte er deshalb eine vollständige Kostenumlage für den Einbau einer Wärmepumpe bewirken, ohne eine bestimmte Jahresarbeitszahl nachzuweisen, muss er dies in der Erhöhungserklärung nachvollziehbar darlegen bzw. – soweit bezüglich eines niedrigen Jahres-Heizwärmebedarfs gesetzlich gefordert – formell ordnungsgemäß nachweisen. Formell unzureichend wäre demnach eine Erhöhungserklärung, die weder prüffähige Angaben zur Jahresarbeitszahl noch zu Entbehrlichkeitsumständen macht, also keinerlei Erklärung zur Energieeff-

⁴² Lee NZM 2023, 305 (311 ff.) u. NZM 2023, 483 (492).

⁴³ AA Börstinghaus/Meyer, Das neue GEG/Börstinghaus, § 3 Rn. 125 (im Erscheinen)

⁴⁴ BT-Drs. 20/6875, 136.

fizienz der installierten Wärmepumpe enthält. Der Mieter wäre nicht zu einer ansatzweisen Überprüfung der Energieeffizienz befähigt – weder für die eingebaute Wärmepumpe konkret noch für das Gebäude abstrakt. Das Gesetz jedoch hält auch in den Fällen, in denen es die Nachweisobliegenheit in concreto aufhebt, an seinem Ursprungsanliegen, den Mieter vor ineffizienten Wärmepumpen kostenmäßig zu schützen, weiterhin fest. Nur tritt anstelle der sonst erforderlichen Einzelbetrachtung eine abstrakt-pauschalierende. Auch diese muss der Mieter jedoch nachvollziehen können.

In eng zu umgrenzenden Ausnahmefällen mag nach Treu und Glauben eine Darlegung bzw. der Nachweis von Entbehrlichkeitsumständen verzichtbar sein, etwa wenn die Tatsachen dem Mieter bereits bei anderer Gelegenheit formwährend mitgeteilt worden sind. Dies kann insbesondere der Fall sein, soweit Angaben zur baulichen Beschaffenheit im Mietvertrag enthalten sind, zB wenn dieser das Baujahr des Gebäudes ausweist.

d) *Form, Umfang und Frist.* Zu den praktischen Umsetzungsfragen – Form, inhaltlicher Umfang, Frist – verlautbart das Gesetz nichts Spezielles: Allzu viele Details, textlich im Bauordnungsrecht niedergelegt, wären auch deplatziert gewesen.

Im Allgemeinen soll es die Begründung einer Modernisierungsmieterhöhung dem Mieter ermöglichen, die Mieterhöhung einer formellen Prüfung zu unterziehen. Dabei geht es nicht um den Nachweis materieller Berechtigung zur Mieterhöhung, sondern „nur“ darum, eine überschlägige, nachvollziehende Plausibilitätsprüfung zu gewährleisten.⁴⁵ Da die Erhöhungswirkung automatisch in Kraft tritt, soll die Begründung unzumutbare Nachteile für den Mieter dadurch verhindern, dass dieser die Berechtigung der Mieterhöhung ggf. unter Zuziehung sachkundiger Dritter überprüfen kann. Insofern kommt ihr eine ausgleichende Funktion als Gegengewicht zur einseitigen Gestaltungsmacht des Vermieters zu.

Die Funktion der Effizienzangaben ist insofern besonders, als sich deren Schutzzweck im Formellen erschöpft. Das Gesetz belässt es bei einer formalisierenden Betrachtung und verzichtet auf eine korrespondierende materielle Umlagehürde. Die Angaben dienen hier – anders als sonst – nicht der nachvollziehenden Überprüfung, ob bestimmte materielle Umlagevoraussetzungen eingehalten sind. Vielmehr substituiert die formell ordnungsgemäße Angabe zur Wärmepumpeneffizienz den materiellen Qualitätsanspruch, der mit ihr zum Ausdruck kommt. Die Begründung zur Effizienz muss bestimmten qualitativen Anforderungen formell genügen – im Gegenzug entfällt der materielle Bezugspunkt jener Begründung.

Im Hinblick auf den inhaltlichen Umfang eines Nachweises resultiert aus der beschriebenen Substituierungsfunktion, dass der Nachweis als solcher ein hinreichender Qualitätsgarant für die Effizienz der Wärmepumpe sein muss. Der Mieter muss sich anhand des Nachweises unter Hinzuziehung sachkundiger Dritter ein Bild von der Energieeffizienz verschaffen können. Der Nachweis muss deshalb erkennen lassen, dass er gemäß § 71o I 3 GEG von einem identifizierbaren qualifizierten Fachunternehmer auf Grundlage eines näher bezeichneten, fachlich anerkannten Verfahrens erstellt wurde. Darüber hinaus muss der Nachweis die Grundlagen und Annahmen seiner Berechnungen offenlegen, also insbesondere die relevan-

⁴⁵ BGH NZM 2023, 213 Rn. 12.

ten Kennzahlen zum Gebäude sowie die technischen Daten der Wärmepumpe.

Die Ausweisung einer bestimmten Jahresarbeitszahl als Zahlenwert ist nicht zwingend, solange der Nachweis aussagekräftig dafür ist, dass die Jahresarbeitszahl jedenfalls über 2,5 liegt. Nicht erforderlich ist zudem eine Erläuterung der einzelnen Rechenschritte, soweit sich der Mieter diese mithilfe eines fachkundigen Dritten erschließen könnte. Auch rechtlicher Hinweise, zB in Bezug auf § 71o I GEG, bedarf es nicht.

Im Übrigen sind die allgemein einzuhaltenden Formalien des § 559b BGB, welche auf den Prüfungszweck der Erhöhungsbegründung ausgerichtet sind, auf das spezielle Begründungselement übertragbar. Die Angaben sind demnach spätestens zusammen mit der Erhöhungserklärung gegenüber dem Mieter in Textform zu erbringen.

e) *Fehlerfolgen*. Erbringt der Vermieter einen erforderlichen konkreten Nachweis nicht oder nicht ordnungsgemäß, kann er für eine Mieterhöhung nach § 559 BGB oder § 559e BGB nur 50 % der für die Wohnung aufgewendeten Kosten zugrunde legen (§ 71o II GEG).

Umfasst die Erhöhungserklärung neben den Kosten eines Wärmepumpeneinbaus noch weitere Modernisierungsmaßnahmen, betrifft diese Kürzung nur diejenigen Kosten, die auf den Einbau der Wärmepumpe entfallen. Denn die übrigen Kostenpositionen sind weiterhin ohne qualifizierte Begründung umlagefähig und dürfen auch nicht in Mitleidenschaft gezogen werden, nur weil der Vermieter sie zusammen mit den Kosten eines Wärmepumpeneinbaus geltend macht.

Geschieht die Kostenumlage im vereinfachten Verfahren (§ 559c BGB), sind die Kosten der Wärmepumpe zunächst um den pauschalen Erhaltungsanteil zu bereinigen und sodann um 50 % zu kürzen.⁴⁶

Die vom BGH⁴⁷ zu § 559b I 2 BGB im Zusammenwirken mit § 139 BGB entwickelten Grundsätze zur teilweisen Wirksamkeit einer nur teilweise ordnungsgemäß begründeten Erhöhungserklärung sind bei fehlendem bzw. fehlerhaftem Nachweis entsprechend heranzuziehen. Demnach ist eine Erhöhungserklärung ohne den erforderlichen Nachweis iHv 50 % des auf den Wärmepumpeneinbau entfallenden Umlagebetrags formell teilnichtig. Die Erhöhungswirkung bleibt hinter der Erhöhungserklärung zurück, ohne dass es einer diesbezüglichen Rüge des Mieters bedürfte.

Die Heilung einer (teil-)nichtigen Erhöhungserklärung sieht das Gesetz zwar nicht vor. Dem Vermieter ist es jedoch unbenommen, die Erhöhung noch einmal mit formell ordnungsgemäßer Begründung zu erklären und auf diese Weise doch noch eine volle Mieterhöhung zu erreichen.⁴⁸ Die volle Erhöhungswirkung tritt dann freilich nur „verzögert“ ein, und zwar frühestens mit Beginn des dritten Monats nach Zugang der nunmehr ordnungsgemäßen Erhöhungserklärung (§ 559b II BGB).

Dieselben Fehlerfolgen müssen gelten, wenn sich der Vermieter auf eine Entbehrlichkeit des konkreten Nachweises

⁴⁶ BT-Drs. 20/6875, 136.

⁴⁷ BGH NZM 2020, 795 – Modernisierungsmieterhöhung bei Modernisierungsbündel, Abzug eines Instandhaltungsanteils für nach „Jahr und Tag“ abgenutzte Bauteile: 60 Jahre alte Türen u. Fenster.

⁴⁸ BGH NZM 2006, 221 Rn. 11 – Modernisierungsmieterhöhung nach Isolierfensteraustausch: Intransparenz vermietetseitiger Angaben zum Wärmedurchgangskoeffizienten u. „Nachbesserung“ im Prozess.

berufen möchte, es jedoch unterlässt, die dafür dazulegenden bzw. nachzuweisenden Umstände ordnungsgemäß in die Erhöhungserklärung aufzunehmen. Zwar bezieht sich die in § 71o II GEG normierte Fehlerfolge ausdrücklich nur auf die Nichterbringung eines Nachweises „nach Absatz 1 Satz 1“, also eines konkreten Nachweises und scheint damit die Entbehrlichkeitsfälle nicht mit einzubeziehen. Die Ungleichbehandlung einer unterbliebenen bzw. fehlerhaften abstrakten Effizienzangabe gegenüber einer konkreten hinsichtlich der Fehlerfolgen wäre jedoch systematisch inkonsistent. Die Substituierungsfunktion der abstrahierenden Entbehrlichkeitsumstände sowie das auch bei deren Vorliegen unverminderte Schutzzanliegen gebieten es, dieselben Rechtsfolgen an formelle Mängel zu knüpfen.

Zusammenfassung: Bei einer Modernisierungsmieterhöhung für den Einbau einer Wärmepumpe muss die Erhöhungserklärung in aller Regel formell prüffähige Angaben zur Energieeffizienz enthalten: Entweder konkret in Form eines Nachweises oder abstrakt durch Darlegung bzw. Nachweis von Entbehrlichkeitsumständen. Fehlen jegliche Angaben, ist die Erhöhungserklärung iHv 50 % des auf den Einbau der Wärmepumpe entfallenden Betrags formell teilnichtig.

Ein konkreter Nachweis muss erkennen lassen, dass er gem. § 71o I 3 GEG von einem identifizierbaren qualifizierten Fachunternehmer auf Grundlage eines näher bezeichneten, fachlich anerkannten Verfahrens erstellt wurde. Darüber hinaus muss der Nachweis die Grundlagen und Annahmen seiner Berechnungen offenlegen, also insbesondere die relevanten Kennzahlen zum Gebäude sowie die technischen Daten der Wärmepumpe.

In Abwesenheit eines konkreten Nachweises sind abstrakte Angaben in Bezug auf diejenigen Umstände gefordert, aus denen der Vermieter einen Entbehrlichkeitsstatbestand herleitet. Diese sind nachvollziehbar darzulegen bzw., soweit gesetzlich gefordert, ihrerseits nachzuweisen.

5. Die 50 Cent-Kappungsgrenze

Das Gesetz zieht eine besondere Kappungsgrenze, die allgemein für Heizungsanlagenmodernisierungen (§ 559e III BGB, § 559 IIIa 3 BGB) gilt. Sie liegt bei 0,50 EUR/m² Wohnfläche monatlicher Mieterhöhung innerhalb eines Bezugszeitraums von sechs Jahren. Erhöhungen innerhalb des Bezugszeitraums, die der Vermieter auf § 558 BGB (ortsübliche Vergleichsmiete) oder § 560 BGB (Betriebskosten) stützt, bleiben unberücksichtigt. Der Vermieter kann den 50 Cent-Kappungsbetrag innerhalb eines laufenden Bezugszeitraums nur einmal ausschöpfen. Der Kappungsbetrag steht auch bei mehreren Heizungsmodernisierungen nur einmal zur Verfügung – einerlei ob der Vermieter diese gleichzeitig oder nacheinander durchgeführt hat.⁴⁹ Das Auffüllen des Kappungsbetrags ist möglich, wenn dieser innerhalb des laufenden Bezugszeitraums noch nicht voll ausgeschöpft ist. Die Mechanik ist also dieselbe wie bei der schon bisher in § 559 IIIa BGB normierten allgemeinen Kappungsgrenze.

a) *Beschränkung auf heizungsanlagenbezogene Umlagepositionen.* Die 50 Cent-Kappungsgrenze bezieht sich innerhalb des besonderen Umlageverfahrens (§ 559e BGB) ausschließlich auf die umlagefähigen Kostenpositio-

⁴⁹ BT-Drs. 20/7619, 98.

nen einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung nach § 555b Nr. 1a BGB, gilt also nur beschränkt im Hinblick auf die Kostenumlage für die Komponenten der Wärmeerzeugung. Dem Mieter dürfen also wegen GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen nach § 555b Nr. 1a BGB innerhalb von sechs Jahren maximal 0,50 EUR/m² als Mieterhöhung im Weg des § 559e BGB auferlegt werden.

Das Gesetz fasst den Schutz des Mieters vor heizungsanlagenbezogenen Modernisierungsmieterhöhungen jedoch noch weiter. Die 50 Cent-Kappungsgrenze gilt nämlich auch dann, wenn der Vermieter die Mieterhöhung auf den allgemeinen Umlagebestand (§ 559 BGB) stützt, und zwar generell, soweit Kosten für eine Heizungsanlagenmodernisierungen in Rede stehen. Erfüllt eine Modernisierungsmaßnahme, die den Einbau oder die Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zweck der Inbetriebnahme in einem Gebäude zum Gegenstand hat, entweder den Tatbestand einer energetischen Modernisierung durch Endenergieersparnis (§ 555b Nr. 1 BGB) oder den Tatbestand einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung (§ 555b Nr. 1a BGB), handelt es sich mithin um eine allgemeine Heizungsanlagenmodernisierung,⁵⁰ ist die 50 Cent-Kappungsgrenze auch im allgemeinen Umlageverfahren anwendbar (§ 559 IIIa 3 BGB). Die 50 Cent-Kappungsgrenze gilt also auch bei einer „nur“ energetisch vorteilhaften Modernisierung der Heizungsanlage, selbst wenn die neue Heizungsanlage die 65 %-Vorgabe nicht (erstmalig) erfüllt. Der Mieter ist auf diese Weise generell betragsmäßig vor heizungsanlagenbezogenen Modernisierungsmieterhöhungen geschützt, auch wenn es sich dabei nicht um eine GEG-Heizungsanlagenmodernisierung handelt.

Praxishinweis: Die 50 Cent-Kappungsgrenze kann also insbesondere die Kostenumlage für den Einbau einer Übergangsheizung begrenzen, wenn die Austauschheizung zwar noch nicht die 65 %-Vorgabe erfüllt, aber immerhin Endenergie einspart und der Vermieter die Mieterhöhung auf § 559 BGB stützt. Ferner greift die Sonderkappungsgrenze bei einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung stets und unabhängig davon, ob der Vermieter für die Kostenumlage § 559 BGB oder § 559e BGB wählt.

b) *Verhältnis zur allgemeinen Gesamtkappungsgrenze.* Führt der Vermieter neben heizungsanlagenbezogenen Maßnahmen weitere umlagefähige Modernisierungen durch, gilt für diese weiteren, nicht heizungsanlagenbezogenen Kostenpositionen auch die 50 Cent-Kappungsgrenze nicht. Die allgemeine Gesamtkappungsgrenze des § 559 IIIa BGB bis zu einem Kappungsbetrag von insgesamt 3 EUR/m² bzw. 2 EUR/m² innerhalb von sechs Jahren (§ 559e III 2 BGB) ist insoweit allerdings zu beachten.

Die Gesamtkappungsgrenze wird durch die 50 Cent-Kappungsgrenze hinsichtlich des Kappungsbetrags nicht erhöht, dh soweit der 50 Cent-Kappungsbetrag bereits innerhalb eines Bezugszeitraums ausgeschöpft ist, ist dieser auf den allgemeinen Gesamtkappungsbetrag voll anzurechnen. Umgekehrt schmälert der Verbrauch des Gesamtkappungsbetrags ebenfalls den 50 Cent-Kappungsbetrag, sofern der Gesamtkappungsbetrag bereits über einen Restbetrag von 0,50 EUR/m² hinaus in Anspruch genommen worden ist. Auch insofern kommt es also zu

⁵⁰ Zur begrifflichen Unterscheidung s. Abschnitt II 2 dieses Beitrags.

einer Anrechnung, so dass ein Vermieter keineswegs davon ausgehen kann, dass ihm der 50 Cent-Kappungsbetrag noch vollständig zur Verfügung steht, nur weil er bislang keine Heizungsanlagenmodernisierungen umgelegt hat. Die Reihenfolge, in der die jeweiligen Kappungsbeträge in Anspruch genommen werden, sind für den Gesamtkappungsbetrag unerheblich: Bei 3 EUR/m² bzw. 2 EUR/m² ist in jedem Fall Schluss und nicht etwa bei 3,50 EUR/m² bzw. 2,50 EUR/m².

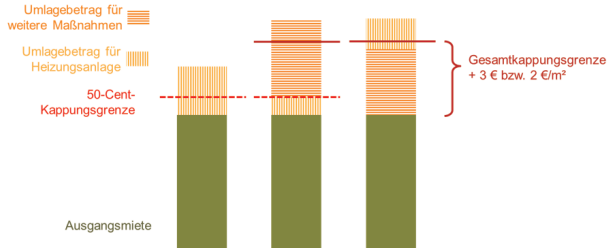


Abbildung 5: Die 50 Cent-Kappungsgrenze beschränkt die Kostenumlage spezifisch für heizungsanlagenbezogene Modernisierungen. Die allgemeine Gesamtkappung – je nach Höhe der Ausgangsmiete bei 3 EUR/m² bzw. 2 EUR/m² – greift daneben unverändert, und zwar unabhängig von der Reihenfolge etwaiger sukzessiver Erhöhungsschritte.

Hat der Vermieter für heizungsanlagenbezogene Modernisierungsmaßnahmen bereits im Zuge einer auf § 555b Nr. 1 BGB iVm § 559 BGB gestützten Modernisierungsmieterhöhung den 50 Cent-Kappungsbetrag (teilweise) verbraucht, dürfte dieser verbrauchte Kappungsbetrag in einem innerhalb des Bezugszeitraums nachfolgenden besonderen Umlageverfahren nach § 559e BGB ebenfalls anrechenbar sein. Dies bringt der Wortlaut des § 559e III BGB zwar nicht eindeutig zum Ausdruck, jedoch ist den Gesetzgebungsmaterialien ein entsprechender Regelungswille eindeutig zu entnehmen.⁵¹ Zudem führt nur eine einheitliche Anrechnung aller heizungsanlagenbezogenen Erhöhungsbeträge in § 559 BGB und § 559e BGB unabhängig von der Reihenfolge der jeweiligen Erhöhungserklärungen zu systematisch konsistenten Ergebnissen.

Fallvariante 1 (Wärmepumpe + Dämmung): Vermieter V tauscht die Gasheizung gegen eine Wärmepumpe aus und verbessert zudem die Dämmung der Gebäudehülle. Die unmittelbaren Kosten für die Wärmepumpe kann V nach § 559e BGB umlegen, sofern er abzugsfähige öffentliche Fördermittel in Anspruch nimmt. Ist die Maßnahme zwar förderfähig, jedoch keine Förderung erfolgt, kann V auf § 559 BGB ausweichen. Dieser Weg steht auch offen, wenn der Austausch der Heizungsanlage einen alternativen, umlagefähigen Modernisierungstatbestand erfüllt, zB den einer Einsparung von Endenergie oder einer nicht zu vertretenden Maßnahme. Unabhängig vom gewählten Umlageverfahren gilt im Hinblick auf die heizungsanlagenbezogenen Kosten die 50 Cent-Kappungsgrenze. Für die Kosten der Dämmung steht § 559e BGB nicht zur Verfügung, weil die Dämmung keine Komponente der Wärmeerzeugung ist. Insoweit ist der Vermieter auf § 559 BGB beschränkt und muss die Mieterhöhung etwa damit begründen, dass Endenergie eingespart wird. Die Gesamtkappungsgrenze limitiert die Modernisierungsmieterhöhung

⁵¹ BT-Drs. 20/7619, 98.

auf insgesamt 3 EUR/m² bzw. 2 EUR/m². Schöpft der Vermieter die 50 Cent-Kappungsgrenze für die Wärmepumpe voll aus, bleiben also noch 2,50 EUR/m² bzw. 1,50 EUR/m² für die Dämmung übrig.

Fallvariante 2 (Übergangsheizung): V tauscht die bestehende Heizungsanlage gegen eine Übergangsheizung aus. Die Übergangsheizung führt zu einer Einsparung von Endenergie. Erhöht V die Miete nach § 559 BGB um 0,40 EUR/m², ist innerhalb der nächsten sechs Jahre wegen etwaiger heizungsanlagenbezogener Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b Nr. 1 BGB oder § 555b Nr. 1a BGB) nur noch eine weitere Mieterhöhung um 0,10 EUR/m² zulässig. Dies gilt unabhängig davon, ob er für die weitere Erhöhung § 559 BGB oder § 559e BGB auswählt. Wegen sonstiger, nicht heizungsanlagenbezogener Modernisierungsmaßnahmen ist im laufenden Bezugszeitraum noch Raum für eine Mieterhöhung um 2,60 EUR/m² bzw. 1,60 EUR/m².

Fallvariante 3 (frühere Modernisierungsmieterhöhung, alsdann Heizungs austausch): Innerhalb der letzten sechs Jahre hat V bereits Modernisierungsmieterhöhungen iHv 2,70 EUR/m² Wohnfläche ausgesprochen. Wegen eines nunmehr durchgeführten Heizungs austauschs ist nur noch ein Auffüllen der Gesamtkappungsgrenze um maximal 0,30 EUR/m² zulässig.

c) *Relevanter Zeitpunkt für die Kappungswirkung oder: Ein Recht zum Nachschieben nach Ablauf des Betrachtungszeitraums.* Scheitert eine Kostenumlage in voller Höhe an der 50 Cent-Kappungsgrenze, stellt sich aus Vermietersicht die Frage, ob eine weitere Erhöhung um den restlichen Umlagebetrag, der über die Kappungsgrenze hinausgegangen wäre, nachholbar ist, sobald der voll ausgeschöpfte Bezugszeitraum abgelaufen ist. Eine ähnliche Problematik begegnet dem Rechtsanwender bei der allgemeinen Kappungsgrenze des § 559 IIIa BGB.

Fallbeispiel: V installiert eine Übergangsheizung, die eine Endenergieersparnis bewirkt und damit als energetische Modernisierung zu qualifizieren ist. Mit Wirkung ab 1.1.2025 erhöht er die Miete um 0,30 EUR/m². 2028 kommt es zu einem Anschluss der Wohnung an ein Wärmenetz. Wegen der auf die Hausübergabestation entfallenden Kosten erklärt V zunächst nur eine auf 0,20 EUR/m² limitierte Mieterhöhung mit Wirkung ab 1.1.2029. Dabei hätte die Maßnahme eine Erhöhung um insgesamt 0,40 EUR/m² gerechtfertigt, wäre da nicht die 50 Cent-Kappungsgrenze. V steht nun vor der Frage, ob er den restlichen Umlagebetrag, also weitere 0,20 EUR/m², mit Wirkung ab 1.1.2031 nachschieben kann.

Der Wortlaut der Kappungsgrenzen gibt lediglich eine zeitlich-betragsmäßige Begrenzung her. Die Erhöhung der Miete innerhalb des Bezugszeitraums ist auf einen maximalen Betrag begrenzt. Eine darüber hinausgehende Beschränkung in Bezug auf die erhöhungsgegenständliche Modernisierungsmaßnahme gebietet der Wortlaut hingegen nicht. Die Kappungsgrenzen stellen nicht darauf ab, zu welchem Zeitpunkt eine Modernisierungsmaßnahme durchgeführt oder umlagefähig fertiggestellt wurde, sondern betrachten allein die kumulierten Erhöhungswirkungen.

Wortlautgetreue Annäherung an die Lösung des Fallbeispiels: Aus dem Wortlautbefund folgt, dass die Kappungsgrenze einem Nachschieben von weiteren 0,20 EUR/m² ab dem 1.1.2031 nicht im Weg steht, weil

dann der seit 1.1.2025 belegte Kappungsbetrag von 0,30 EUR/m² wieder frei wird.

Damit hat es sein Bewenden. Eine weiterreichende, maßnahmenbezogene Begrenzung der Umlage, hier hinsichtlich der Hausübergabestation, gebietet der Schutzzweck nicht und führt ohne Not zu systematischen Interferenzen.

Das grundsätzliche Anliegen der Kappungsgrenze ist klar: Sie möchte den Mieter vor Mietsteigerungen schützen. Zur Förderung dieses Ziels kann der Gesetzgeber unterschiedliche Wege beschreiten. Die Entscheidung fiel für die Festlegung einer betragsmäßigen Begrenzung zulässiger Erhöhungen innerhalb eines Bezugszeitraums, um finanzielle Mehrbelastungen zu deckeln und besser vorhersehbar zu machen.⁵² Einheitlicher Anknüpfungspunkt der Regelung ist die Erhöhungswirkung. Der Bezugszeitraum beginnt mit Inkrafttreten einer Erhöhung ebenso wie es für die rechtliche Vereinbarkeit einer nachfolgenden Erhöhungserklärung mit der Kappungsgrenze auf den Wirkungszeitpunkt der Erhöhung ankommt.

Auch eine maßnahmenbezogene Begrenzung dergestalt, dass binnen eines näher definierten Zeitraums fertiggestellte Modernisierungen nur bis zu einem bestimmten Betrag umlagefähig sind, wäre freilich denkbar und geeignet gewesen, einen finanziellen Mieterschutz zu bewirken. Dieses Modell wurde jedoch nicht in Gesetzesform gegossen, womöglich wegen eines damit einhergehenden unerwünschten Nebeneffekts. Der Vermieter fährt bei einer maßnahmenbezogenen Umlagebeschränkung nämlich besser, wenn er die kappungsgefährdete Maßnahme so lang hinauszögert, bis sie nach Ablauf der Sperrzeit wieder umlagefähig wird. Es besteht somit ein Anreiz, die Umsetzung von Modernisierungen – sprich Verbesserungen der Wohnqualität – tendenziell hinauszuzögern. Ob das Gesetz den Vermieter zu einer solchen „Zurückhaltung bei der Modernisierung“⁵³ geradezu anhalten will, erscheint eher unwahrscheinlich, wäre damit doch keiner Seite gedient. Ein solcher negativer Anreiz besteht bei ausschließlich zeitlich-betragsmäßig wirkender Begrenzung nicht. Denn bei dieser macht es für den Vermieter – *ceteris paribus* – keinen Unterschied, ob er eine Modernisierung früher oder später in die Tat umsetzt. Die Limitationen auf der Einnahmeseite sind unabhängig vom Zeitpunkt der Durchführung bzw. Fertigstellung dieselben und lassen sich durch Verzögerungen nicht beeinflussen. Eine zeitlich-betragsmäßige Begrenzung lässt es insbesondere zu, dass sich auch eine Investition inmitten eines laufenden Kappungsbezugszeitraums perspektivisch refinanzieren kann. Durch ein Hinauszögern gewinnt der Vermieter jedenfalls nichts.

Dem Vermieter im *Fallbeispiel* das Nachschieben des restlichen Erhöhungsbetrags zu versagen, liefe indes auf eine maßnahmenbezogene Begrenzung hinaus, die wie beschrieben nicht vom Willensausdruck des Normverfassers gedeckt ist: Eine solche Normeninterpretation müsste zudem die Frage beantworten, ob V in einem Alternativszenario auch zunächst abwarten und erst nach Ablauf des Kappungszeitraums eine vollständige Erhöhung um 0,40 EUR/m² für die Hausübergabestation in einem Zug erklären dürfte. Konsequenterweise müsste die Antwort Nein lauten, weil ein Nachschieben des Restbetrags als Minus zur vollen Erhöhung in einem Zug rechtlich nicht

⁵² BT-Drs. 19/4672, 31; BT-Drs. 19/6153, 21.

⁵³ Eisenschmid WuM 2019, 225 (236).

schlechter zu behandeln sein kann und umgekehrt die volle Erhöhung nicht besser als eine halbe. Die Geltendmachung einer Mieterhöhung für die Hausübergabestation wäre also prinzipiell ausgeschlossen. Dann aber setzt man sich der normsystematischen Problematik aus, warum der Beginn des Bezugszeitraums für die Kappungsgrenze vom Wirkungszeitpunkt der Erhöhung abhängt, wohingegen die beschränkende Wirkung innerhalb des in Gang gesetzten Bezugszeitraums je nach zeitlicher Durchführung bzw. Fertigstellung der Maßnahme eingreifen soll.

Eine maßnahmenbezogene Begrenzung in Ergänzung zur zeitlich-betragsmäßigen ist auch keineswegs notwendig, um einen wirksamen finanziellen Schutz des Mieters zu bewirken.⁵⁴ Bereits mit jeder zeitlichen Verzögerung der Erhöhungswirkung spart der Mieter Geld. Die Laufzeit der Erhöhungswirkung ist ohnehin unbefristet und insbesondere nicht auf einen Refinanzierungsbetrag begrenzt. Die Erhöhungswirkung bleibt grundsätzlich bis zum Ende des Mietverhältnisses erhalten. Daher ist es für den Mieter stets vorteilhaft und für den Vermieter von Nachteil, je später eine Erhöhungswirkung eintritt.

Freilich wäre der Mieter noch deutlich effektiver vor Mieterhöhungen geschützt, wenn zusätzlich eine maßnahmenbezogene Begrenzung eingriffe und ein Nachschieben noch offener Umlagebeträge dem Vermieter verwehrt wäre. Ein allzu forsches Vorantreiben des Effizienzgedanken ließe jedoch unberücksichtigt, dass die gesetzgeberische Entscheidung hier die Interessen von Mietern, Vermietern sowie weiteren Stakeholdern, nicht zuletzt diejenigen des Staates selbst, gegeneinander abzuwägen hat. Der beste finanzielle Mieterschutz bestünde auf kurze Sicht darin, alle Formen von Mieterhöhungen ein für alle Mal zu verbieten. Dem Gesetzgeber geht es jedoch nicht um den absoluten Schutz aller Mieter vor jeglicher finanziellen Mehrbelastung, sondern darum, die potenziell negativen Effekte davon unter weitestgehender Wahrung aller beteiligten Interessen zu verringern.⁵⁵

Die Problematik der Ausdehnung der Kappungswirkung begegnet in scheinbar ähnlicher Form bei der Frage, inwieweit die Ausschlusswirkungen für Modernisierungsmieterhöhungen während laufender Staffel- bzw. Indexmietvereinbarungen (§ 557a II 2 BGB, § 557b II BGB) auf Modernisierungen zu erstrecken ist, die der Vermieter während der Erhöhungssperre durchgeführt hat. Das LG Berlin⁵⁶ bejahte insoweit eine maßnahmenbezogene Begrenzung und hielt es für unzulässig, eine Erhöhung für während der Sperrzeit vorgenommene Modernisierungen noch nach Ende der Sperre nachzuholen. Damit hat es teilweise Kritik geerntet.⁵⁷

Indes ist die diesbezüglich geführte Kontroverse auf die hiesige Fragestellung nicht uneingeschränkt übertragbar. Denn die Wurzeln der Sperrwirkungen laufender Staffel- bzw. Indexmietvereinbarungen liegen in der ursprünglich zwischen den Mietvertragsparteien getroffenen Abrede zur Entwicklung der Miethöhe, durch die der Vermieter Investitions- und Planungssicherheit erlangt und für die der Mieter korrespondierend Kalkulationssicherheit bekommen muss.⁵⁸ Der Ausschluss weiterer Erhöhungs-

⁵⁴ MüKoBGB/Artz, 9. Aufl. 2023, BGB § 559 Rn. 25.

⁵⁵ BT-Drs. 19/4672, 31.

⁵⁶ LG Berlin (65. ZK) NZM 2018, 599.

⁵⁷ Börstinghaus NZM 2018, 600 f.; MüKoBGB/Artz, BGB § 557a Rn. 8.

⁵⁸ BGH NZM 2006, 256 Rn. 17; NZM 2004, 135 unter II 2.

instrumente ist deshalb nicht im Licht eines sozialpolitisch motivierten Mieterschutzes vor finanziellen Mehrbelastungen zu analysieren, sondern unter dem Gesichtspunkt der Vertragstreue. Der Mietvertrag fixiert die künftige Höhe der Miete und schlägt damit einen anderen Weg ein, als ihn das Gesetz für Anpassungen im laufenden Mietverhältnis normalerweise vorsieht. An die Alternativroute sind dann auch beide Parteien gebunden. Demgegenüber sind die Kappungsgrenzen ein Teil des politisch abgewogenen gesetzlichen Instrumentariums. Dieser wichtige Unterschied kann durchaus zu unterschiedlichen Wertungen führen.

Lösungsvorschlag für den Beispielsfall: Eine nachgeschobene Erhöhung um weitere 0,20 €/m² ist zulässig. Vermieter sind gut beraten, sich die spätere Geltendmachung einer (weiteren) Erhöhung ausdrücklich vorzubehalten, um der Entstehung eines gegenteiligen Eindrucks auf Mieterseite vorzubeugen. Eine Erhöhungserklärung unterliegt zwar keiner gesetzlichen Auschlussfrist, es besteht jedoch das Risiko einer Verwirkung. Die Gerichte bejahen eine Verwirkung mitunter recht schnell und verzichten dabei gern auf ein allzu ausgeprägtes Umstandsmoment.⁵⁹

V. Vergleich der zur Verfügung stehenden Umlagealternativen

Im Ausgangspunkt stehen dem Vermieter die verschiedenen Umlageverfahren alternativ zur Verfügung. Der Vermieter kann die Kostenumlage auf § 559 BGB (allgemeines Umlageverfahren), den neuen § 559e BGB (Umlageverfahren für GEG-Heizungsanlagenmodernisierung) oder auf § 559c BGB (vereinfachtes Verfahren) stützen.

Der Vermieter hat insoweit ein Wahlrecht. Die Einleitung eines bestimmten Umlageverfahrens führt allerdings dazu, dass die darin wirksam umgelegten Kostenpositionen modernisierungsrechtlich verbraucht sind. Dieselben Kostenpositionen kann der Vermieter also nicht nochmals zum Gegenstand eines alternativen Umlageverfahrens machen. Die Umlageinstrumente stehen sozusagen in elektiver Konkurrenz. Ein Gebrauchmachen vom vereinfachten Verfahren kann zudem dazu führen, dass ein Rückgriff auf die anderen Verfahren für fünf Jahre versperrt ist („lock in-Effekt“).

1. Allgemeines Umlageverfahren

Das allgemeine Umlageverfahren nach § 559 BGB ist in Teilen an das besondere Umlageverfahren nach § 559e BGB angeglichen.

Als Gemeinsamkeiten sind hervorzuheben:

– Die 50 Cent-Kappungsgrenze für Heizungsanlagenmodernisierungen setzt sich, wie gezeigt, im Ergebnis in beiden Umlageverfahren durch (s. IV 5). Auch wenn der Vermieter die Kosten einer Heizungsanlagenmodernisierung im allgemeinen Verfahren umlegt, unterliegt er demselben Kappungsbetrag wie im Umlageverfahren für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen.

– Keine Unterschiede bestehen ferner im Hinblick auf den wirtschaftlichen Härtefall einwand. Im Rahmen des § 559e BGB greift dieselbe Härtefallregelung ein wie im allgemeinen Umlageverfahren (§ 559e IV BGB).

⁵⁹ LG Hamburg BeckRS 1989, 7561 – 4 Jahre nach Abschluss der Arbeiten; AG Berlin-Neukölln 19.3.1996 – 2 C 463/95 (juris) – 5 Jahre, umfangreiche Korrespondenz; AG Hamburg 5.2.1985 – 46 C 783/84 (juris) – 1 Jahr nach Abschluss der Arbeiten.

- Auch im Drittmittelabzug nach § 559a BGB unterscheiden sich die Verfahren nicht.
- Die Kosten einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung kann der Vermieter während der Laufzeit einer Indemnetvereinbarung nicht auf den Mieter umlegen, und zwar unabhängig von der Wahl des Umlageverfahrens.

Als Unterschiede sind auszumachen:

- Der Umlagefaktor beträgt im allgemeinen Verfahren 8 % der auf die Wohnung umlagefähigen Kosten, um die die Jahresmiete erhöht werden kann. Im Umlageverfahren für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen beträgt der Faktor 10 %.
- Der Abzug für ersparte Erhaltungsmaßnahmen ist im allgemeinen Verfahren konkret zu bestimmen, ggf. durch Schätzung des ersparten Betrags. Im Umlageverfahren für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen ist der Abzug pauschaliert auf 15 %.
- Während der Laufzeit einer Staffelmietvereinbarung ist eine Erhöhung nach § 559 BGB gesperrt, wohingegen § 559e BGB rein gesetzestextlich nicht vom Ausschlussstatbestand erfasst zu sein scheint (§ 557a II 2 BGB: „Erhöhung nach den §§ 558 bis 559b ausgeschlossen“). Somit steht bei ausstehenden Erhöhungsstaffeln – wenn überhaupt – ohnehin nur § 559e BGB zur Verfügung, wobei sich Vermieter auch darauf sicherheitshalber lieber nicht verlassen sollten (s. VI 1).

Zwischenergebnis: Im Vergleich zum allgemeinen Umlageverfahren bietet § 559e BGB klare Vorteile. Soweit die Voraussetzungen des § 559e BGB erfüllt sind, dürfte diese Option zumeist vorzugswürdig sein. Wenn der Vermieter allerdings von einem konkret bezifferbaren Erhaltungsabschlag von deutlich unter 15 % der Baukosten ausgeht, kann das allgemeine Umlageverfahren wirtschaftlich vorteilhaft sein, wobei die 50 Cent-Kappungsgrenze in jedem Fall im Blick zu behalten ist.

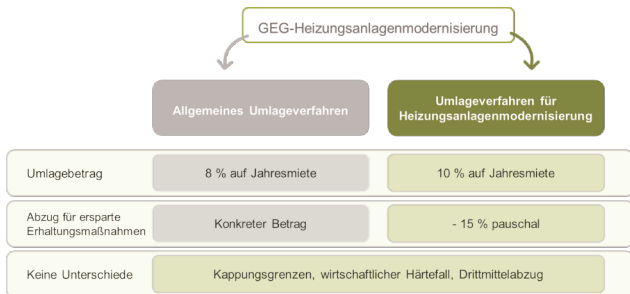


Abbildung 6: Gegenüber dem allgemeinen Umlageverfahren erweist sich die besondere Umlageoption nach § 559e BGB regelmäßig als vorteilhaft.

2. Vereinfachtes Verfahren

Das neue Umlageverfahren nimmt Bezug auf das vereinfachte Verfahren nach § 559c BGB und erklärt dieses für „entsprechend“ anwendbar (§ 559e IV BGB). Bei einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung kann der Vermieter also einen Kostenbetrag vor Erhaltungsabzug von bis zu 10.000 EUR im vereinfachten Verfahren umlegen. Der Umlagefaktor für die Erhöhung der Jahresmiete dürfte 10 % der nach Abzügen umlagefähigen Modernisierungskosten betragen.

a) *Welche Erhaltungspauschale gilt?* Doch welche pauschale Abzugsquote ist für ersparte Erhaltungsmaßnahmen anzusetzen? Im vereinfachten Verfahren sind dies normalerweise 30 %. Im Umlageverfahren nach § 559e

BGB wären es eigentlich nur 15 %. Da das Gesetz § 559c BGB einschränkungslos für entsprechend anwendbar erklärt, müssten bei wortlautgetreuer Gesetzesanwendung letztlich 30 % gelten. Die speziellere Regelung innerhalb der „entsprechend“ anwendbaren Bezugsvorschrift setzt sich durch.

Dass eine „Vereinfachung“ nur zum Preis eines verdoppelten Erhaltungsabzugs zu haben sein soll, mag aus teleologischer Warte betrachtet zunächst irritieren, würde sich mit einer Erhaltungspauschale von 30 % doch ein nach herkömmlichem Verständnis wesentlicher Vorteil des vereinfachten Verfahrens im Anwendungsszenario einer mit § 559e BGB begründeten Kostenumlage zu einem Nachteil verwandeln. Der Sinn der durch Inbezugnahme des vereinfachten Verfahrens beabsichtigten Vereinfachung würde scheinbar ins Gegenteil verkehrt, hin zu einer Erschwerung. Schließlich bedeutete die höhere Erhaltungspauschale, dass der Umlagebetrag stärker beschnitten wird. Andererseits kann sich eine Vereinfachung bzw. Nichterschwerung – teleologisch richtig, nämlich rein verfahrensmäßig verstanden – auch nur auf die Art und Weise beziehen, wie die Bereinigung der Gesamtkosten hin zu umlagefähigen Kosten vonstatten geht. So gesehen ist der eine Pauschalabzug weder einfacher noch schwieriger zu bewerkstelligen als der andere: Der rechnerische Aufwand ist derselbe, ob der Vermieter 15 % abzieht oder 30 %. Eine verfahrensmäßige Verschlechterung lässt sich argumentativ mithin nicht gegen die Anwendung der höheren Quote ins Feld führen.

Vielmehr spricht für eine einheitliche Erhaltungspauschale iHv 30 % die postulierte Alternativität der Verfahren nach § 559 BGB und § 559e BGB. Diese impliziert eine rechtliche Gleichbehandlung beider Umlageverfahren, soweit das Gesetz nicht ausdrücklich eine unterschiedliche Behandlung vorsieht. Für das vereinfachte Verfahren ordnet das Gesetz einen pauschalen Abzug von 30 % an. Die Pauschale ist damit Bestandteil eines „Gesamtpaketes“ mit Vor- und Nachteilen für beide Seiten. Der Vermieter kann dieses Paket nicht aufschneiden, indem er für sich eine günstigere Erhaltungsquote beansprucht. Beschreitet der Vermieter das vereinfachte Verfahren, so entscheidet er sich damit für den verfahrensspezifischen Pauschalabzug, ohne dass es einen Unterschied machen könnte, ob die Umlage ihren Grund in § 559 BGB oder in § 559e BGB findet. Erst recht gilt dies, wenn der Vermieter heizungsanlagenbezogene Kosten mit weiteren Kosten kombiniert und die Umlage dabei dem Grunde nach teilweise auf § 559 BGB, teilweise auf § 559e BGB, verfahrensmäßig jedoch einheitlich auf § 559c BGB stützt. Die einheitliche Erhaltungspauschale für alle Kosten beträgt 30 %.

Die praktische Relevanz der Quotenfrage wird sich insbesondere in Fällen zeigen, in denen der Vermieter bereits vor dem Heizungsaustausch das vereinfachte Verfahren für sich genutzt hat und nun der zeitlich befristeten Verfahrensbindung („lock in“) unterliegt. Konsequenterweise muss er sich dann auch während der fünfjährigen Bindung an der einheitlichen Abzugsquote festhalten lassen. War die Entscheidung für das vereinfachte Verfahren bereits zu einem früheren Zeitpunkt gefallen und hat der Vermieter wegen des fünfjährigen „lock in“ momentan gar keine andere Wahl, als die nunmehr zur Verteilung anstehenden heizungsanlagenbezogenen Kosten ebenfalls nach Maßgabe des § 559c BGB umzulegen, bleibt es weiterhin bei der Erhaltungspauschale von 30 %. Der Vermieter ist an seine Entscheidung für das vereinfachte Ver-

fahren unter Einschluss der darin anzusetzenden Erhaltungspauschale gebunden.

Ausgehend von einer Erhaltungspauschale von 30 % können somit maximal 7.000 EUR umlagefähige Kosten verbleiben, was einen Jahres-Erhöhungsbetrag um 700 EUR (7.000 EUR x 10 %) und ergo eine monatliche Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierungsumlage (§ 559e BGB) um höchstens 58,33 EUR (700 EUR / 12) rechtfertigen kann.

b) *50 Cent-Kappungsgrenze, wirtschaftlicher Härteeinwand.* Die 50 Cent-Kappungsgrenze für Heizungsanlagenmodernisierungen begrenzt die Kostenumlage auch im vereinfachten Verfahren. Insoweit dürfte nichts anderes gelten als für die allgemeine Kappungsgrenze des § 559 IIIa BGB, die ebenfalls im vereinfachten Verfahren Bestand hat.⁶⁰ § 559c BGB enthält bezüglich einer wohnflächenabhängigen Obergrenze weder eine spezielle Regelung noch schließt die Vorschrift die in § 559e III BGB enthaltene 50 Cent-Kappungsgrenze aus. Wie § 559c I 3 BGB erkennen lässt, würde der Gesetzgeber eine beabsichtigte Abweichung im vereinfachten Verfahren mit einem ausdrücklichen Anwendungsausschluss kennzeichnen. Dies ist in Bezug auf die Kappungsgrenzen nicht geschehen.

Dem Mieter steht ein wirtschaftlicher Härtefall einwand auch im vereinfachten Verfahren zu, sofern es sich um eine Heizungsanlagenmodernisierung handelt. Dieser Einwand ist im vereinfachten Verfahren normalerweise zwar unstatthaft (§ 559c I 3 BGB). Besteht die Modernisierungsmaßnahme indes im Einbau oder in der Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zwecke der Inbetriebnahme in einem Gebäude und handelt es sich dabei um eine energetische Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB) oder GEG-Heizungsanlagenmodernisierung (§ 555b Nr. 1 a BGB), so steht dem Mieter der wirtschaftliche Härteeinwand doch offen. Dieser eigentliche Vorteil des vereinfachten Verfahrens aus Vermietersicht ist also nivelliert.

c) *Verbleibende Vorteile aus Vermietersicht.*

– Das vereinfachte Verfahren verzichtet auf einen Teil des Drittmittelabzugs nach § 559a BGB, nämlich im Hinblick auf den Zinsvorteil von Förderdarlehen aus öffentlichen Mitteln (§ 559c I 3 BGB). Im Übrigen, also insbesondere bei Zuschusszahlungen, findet eine Anrechnung weiterhin statt. Fraglich ist allerdings, ob eine Nichtbereinigung um einen erlangten Zinsvorteil Bestand haben kann, wenn sich die vom Vermieter in Anspruch genommene öffentliche Förderung auf diese beschränkt. Denn wie gesehen ist § 559e BGB bei teleologischer Betrachtung nur eröffnet, sofern sich die öffentliche Förderung tatsächlich durch einen Drittmittelabzug zugunsten des Mieters realisiert (s. IV 1).

– Im Ankündigungsschreiben sind Angaben zu den voraussichtlichen künftigen Betriebskosten entbehrlich (§ 559c V BGB). Die Entscheidung für das vereinfachte Verfahren muss deshalb im Normalfall bereits vor der Ankündigung fallen. Denn der Vermieter muss bereits im förmlichen Ankündigungsschreiben klarstellen, dass er eine Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren anstrebt.

d) *Entscheidender Nachteil: „lock in“.* Den eher marginalen Vorteilen gegenüber steht der gewichtige Nachteil, dass es zu einer Bindung an das vereinfachte Verfahren für fünf Jahre mit gekapptem maximalem Umlagebetrag vor Erhaltungsabzug von 10.000 EUR je Wohnung kommt. Der „lock in“ sperrt auch einen Rückgriff auf § 559e BGB. Die Sperrwirkung greift nur dann nicht, wenn und soweit der Vermieter in diesem Zeitraum Mo-

⁶⁰ Schmidt-Futterer, Mietrecht/Börstinghaus, BGB § 559 Rn. 87c.

dernisierungsmaßnahmen aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung durchzuführen hat und diese Verpflichtung bei Geltendmachung der Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren nicht kannte oder kennen musste oder sofern eine Modernisierungsmaßnahme aufgrund eines Beschlusses von Wohnungseigentümern durchgeführt wird, der frühestens zwei Jahre nach Zugang der Mieterhöhungserklärung beim Mieter gefasst wurde (§ 559c IV BGB).

Zwischenergebnis: Ob der Vermieter von § 559e BGB ausgehend das vereinfachte Verfahren beschreiten sollte, hängt letztlich von den Umständen des Einzelfalls ab. Jedoch dürfte in den meisten Fällen ausschlaggebend sein, dass der Abzug für Erhaltungsmaßnahmen mit pauschal 30 % doppelt so hoch ausfallen würde und der Vermieter diese Mehrbelastung kaum mit dem eingeschränkten Drittmittelabzug für seine durch öffentliche Förderung erlangten Zinsvorteile kompensieren kann. Zudem fehlt ein hinreichend gewichtiger Vorteil, welcher den klaren Nachteil des fünfjährigen „lock in“ ausgleichen würde. Im Verhältnis zu § 559e BGB wird das vereinfachte Verfahren daher in aller Regel unterliegen und für Vermieter kaum jemals eine lohnende Alternative darstellen. Zum praktischen Anwendungsfall kommt es allerdings dann, wenn der Vermieter innerhalb eines „lock in“ den bislang nicht ausgeschöpften Umlagehöchstbetrag mit heizungsanlagenbezogenen Kosten aufzufüllen gedenkt. Dann muss er sich weiterhin an der 30 %-Erhaltungspauschale des vereinfachten Verfahrens festhalten lassen. Diese Konsequenz müssen Vermieter künftig bei der initialen Entscheidung für das vereinfachte Verfahren bedenken.

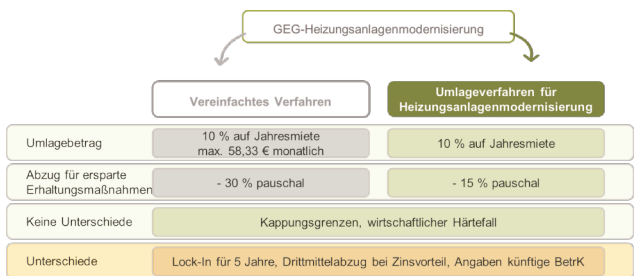


Abbildung 7: Das vereinfachte Verfahren zu beschreiten, dürfte in der Regel keine überwiegenden Vorteile versprechen.

VI. Sonstiges Mieterhöhungsrecht

1. Staffelmiete

Bei einer Staffelmiete sind Erhöhungserklärungen aufgrund von Modernisierungen im Allgemeinen ausgeschlossen, bis die letzte vereinbarte Erhöhungsstaffel in Kraft getreten ist (§ 557a II 2 BGB). Nach derzeitigem Wortlaut („Erhöhung nach den §§ 558 bis 559b ausgeschlossen“) sind allerdings nur Erhöhungen nach § 559 BGB unzulässig, Erhöhungen auf Basis des § 559e BGB scheinen dem gleichbleibenden Wortlaut nach zu urteilen hingegen auch innerhalb einer laufenden Staffelmietvereinbarung möglich zu sein.

Es könnte jedoch sein, dass die unterbliebene Erweiterung des § 557a II 2 BGB auf § 559e BGB nicht auf reiflicher legislatorischer Überlegung beruht, sondern einfach vergessen wurde. Indizien dafür gibt es durchaus: § 559e

BGB war im ursprünglichen Referentenentwurf⁶¹ noch nicht angedacht und fand erst mit der Kompromissfassung⁶² eiligst Eingang in das unter zeitlichem Hochdruck betriebene Verfahren. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass man in der Hektik vergaß, § 557a BGB an den neuen Umlagetatbestand anzupassen, ebenso wie man § 556e II BGB diesbezüglich – mutmaßlich aus demselben Grund – unangetastet ließ. Nirgends sind Hinweise des Gesetzgebers zu finden, welche die Motive dafür aufhellen würden, die eine völlige Ungleichbehandlung der Staffelmiete im Vergleich zur Indexmiete zu rechtfertigen vermochten. Zu erwarten ist daher eine textliche Nachjustierung bei nächster Gelegenheit. Ob diese bloß eine klarstellende oder eine die materielle Rechtslage verändernde sein wird, hängt davon ab, ob die Judikative zwischenzeitlich dazu genötigt werden wird, sich zu dieser nicht zuletzt methodisch interessanten Frage zu positionieren. Einstweilen bleibt die Rechtslage unsicher und Vermieter sollten sicherheitshalber davon ausgehen, dass eine laufende Staffelmietvereinbarung Sperrwirkung auch für Erhöhungen nach § 559e BGB entfaltet.

2. Indexmiete

Während der Laufzeit einer Indexmietvereinbarung sind Modernisierungsmieterhöhungen nur eingeschränkt zulässig (§ 557b II 2 BGB).⁶³ Von der Sperre ausgenommen können Modernisierungen sein, soweit diese sich auf nicht zu vertretende Maßnahmen stützen. Mieterhöhungen, zB aufgrund von gesetzlich verpflichtenden Maßnahmen, können also im Grundsatz auch während der Sperrzeit ausnahmsweise möglich sein. Für GEG-Heizungsanlagenmodernisierungen gilt indes eine Rückausnahme: Die Berechtigung zur Modernisierungsmieterhöhung aufgrund einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung (§ 555b Nr. 1a BGB) besteht selbst dann nicht, wenn eine gesetzliche Verpflichtung dazu bestanden haben sollte (§ 557b II 2 angefügter Hs. 2 BGB⁶⁴). Bei laufender Indexmietvereinbarung kann der Vermieter die Kosten einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung also in keinem Fall auf den Mieter umlegen, und zwar unabhängig von der Wahl des Umlageverfahrens.

3. Ortsübliche Vergleichsmiete

Die energetische Ausstattung und Beschaffenheit ist ein Wohnwertmerkmal, welches die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete beeinflusst (§ 558 II BGB). Deshalb können sich nach einer fertiggestellten Heizungsmodernisierung Konkurrenzfragen zum Modernisierungsrecht stellen.

Im Ausgangspunkt stehen die Erhöhungsmöglichkeiten nach § 558 BGB und § 559(e) BGB selbstständig nebeneinander.⁶⁵ Sie schließen sich gesetzssystematisch nicht gegenseitig aus. Das bedeutet, dass ein Vermieter die Erhöhungswege im Prinzip nach Belieben beschreiten kann, und zwar auch nacheinander kumulativ.

Der Vermieter kann zunächst eine Modernisierungsmieterhöhung nach § 559(e) BGB erklären und sodann ein Erhöhungsverfahren nach §§ 558 ff. BGB einleiten.⁶⁶ Dieses Vorgehen ist völlig unproblematisch. Das Gesetz lässt

⁶¹ BT-Drs. 20/6875.

⁶² BT-Drs. 20/7619.

⁶³ Schmidt-Futterer, Mietrecht/Börstinghaus, BGB § 557b Rn. 34 ff.

⁶⁴ Abdruck des neu gefassten § 557b II BGB in diesem Heft bei Plappert/Böhme NZM 2023, 777 (780).

⁶⁵ Schmidt-Futterer, Mietrecht/Börstinghaus, Vorb. BGB § 558 Rn. 3 f.

⁶⁶ BGH NZM 2021, 297 Rn. 21.

in § 558 I 3 BGB, § 558 III 1 BGB erkennen, dass es selbst von der Möglichkeit einer vorangegangenen Modernisierungsmieterhöhung ausgeht. Dem Erhöhungsverlangen ist der modernisierte Zustand der Wohnung zugrunde zu legen.⁶⁷

Beginnt der Vermieter nach Fertigstellung der Modernisierung zunächst mit einer Anhebung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete, ist eines zu beachten: Die Modernisierung darf letztlich nicht doppelt eingepreist werden. Das Mieterhöhungsverlangen kann auf die ortsübliche Vergleichsmiete für die Wohnung in modernisiertem Zustand abzielen. Dann fließt die Modernisierung damit bereits einmal in die Miethöhe ein. Ein „Aufsatteln“ einer weiteren vollen Modernisierungsmieterhöhung nach § 559(e) BGB kann einem Erhöhungsverlangen nach § 558 BGB zum modernisierten Zustand im Grundsatz nicht nachfolgen. Sonst würde die Vermieterpartei die Modernisierung doppelt abrechnen.

Der BGH⁶⁸ lässt indes eine Ausnahme zu. Sie besteht darin, dass eine auffüllende Teil-Modernisierungsmieterhöhung auch nach einer Erhöhung nach § 558 BGB zum modernisierten Zustand noch zulässig sein kann. Diese Auffüllmöglichkeit besteht jedoch nur bis zu der Höhe, zu der der Vermieter die Miete ohnehin hätte erhöhen können, wenn er von Anfang an nach § 559(e) BGB vorgegangen wäre. Auf diese Weise wird eine doppelte Belastung der Mieterseite ausgeschlossen. Denn die Miete wird im Ergebnis nicht höher als bei einem initialen Vorgehen nach § 559(e) BGB. Eine absolute Sperrwirkung des Erhöhungsverfahrens nach § 558 BGB gegenüber einer Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB besteht nicht. Eine solche anzunehmen, würde nämlich den Vermieter ohne gesetzliche Grundlage belasten.

Für die Praxis bringt ein solches „auffüllendes Aufsatteln“ demnach regelmäßig keinen Vorteil, weil dasselbe Ergebnis auch durch eine reine Modernisierungsmieterhöhung in einem Zug hätte erreicht werden können. Die Rechtsprechung eröffnet so gesehen nur die Möglichkeit einer Fehlerkorrektur. Die Quintessenz der Rechtsprechung besteht letztlich darin, dass ein Erhöhungsverlangen nach § 558 BGB nach einer Modernisierung keinen stillschweigenden Verzicht hinsichtlich einer nachträglichen weiteren Erhöhung enthält.

Teilweise wird ein Erhöhungsverfahren für zulässig erachtet, welches für die Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete auch nach Fertigstellung der Modernisierung auf den ursprünglichen Zustand der Wohnung vor der Modernisierung abstellt und sich eine Modernisierungsmieterhöhung zu einem späteren Zeitpunkt vorbehält.⁶⁹ Dem Erhöhungsverfahren liegt dann fiktiv der frühere Zustand der Wohnung zugrunde. Der BGH hat indes noch nicht bestätigt, dass ein Erhöhungsverfahren nach abgeschlossener Modernisierung auf fiktiver Tatsachengrundlage überhaupt zulässig ist. Es erscheint keineswegs selbstverständlich, dass der Vermieter für die Zwecke des Erhöhungsverfahrens gleichsam beliebig einen fiktiven Zustand der Wohnung bestimmen kann, zumal die ortsübliche Vergleichsmiete anhand objektiver Kriterien zu bestimmen ist, über die sich selbst Parteivereinbarungen nicht hinwegzusetzen vermögen. Es erscheint daher nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar wahrscheinlich,

⁶⁷ BGH NZM 2021, 297 Rn. 21.

⁶⁸ BGH NZM 2021, 297.

⁶⁹ LG Berlin (65. ZK) GE 2017, 592 = BeckRS 2017, 111818; WuM 2016, 105 = BeckRS 2015, 20445.

dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht zur Disposition des Vermieters stehen.

VII. Fazit

Mit der GEG-Novelle 2023 schreitet eine Entwicklung weiter voran, welche sich rückblickend womöglich als Ausbildung eines neuen Rechtsgebiets apostrophieren lassen wird, namentlich des Heizungsrechts. Diese Entwicklung nahm ihren Anlauf spätestens mit der Heizkostenverordnung und erfuhr kürzlich weiteren Schub durch die EnSimiMaV,⁷⁰ nunmehr in modifizierter Form teilweise in § 60a GEG, § 60b GEG und § 60c GEG, sowie das CO₂KostAufG⁷¹. Sind die Lösungsansätze der erwähnten Regelwerke auch unterschiedlich, so überschneiden sie sich doch wesentlich im Problembefund: Im Fokus steht der durch die Wärmeversorgung von Gebäuden verursachte Energieverbrauch. Eine zentrale Zielsetzung lautet, den Energieverbrauch von Heizungen möglichst gering zu halten. Hinzu tritt das klimapolitische Ziel, den Heizungsbetrieb möglichst mit erneuerbaren Energien, dh mit möglichst geringem Einsatz fossiler Brennstoffe, zu bewerkstelligen. Das „Heizungsgesetz“ vollzieht einen Schritt in diese Richtung, indem es Bauordnungsrecht und Modernisierungsmietrecht normativ miteinander verknüpft.

⁷⁰ Zur Krisengesetzgebung in Zeiten von (ukraine-)kriegsbedingten Preissteigerungen s. Lindner NZM 2023, 519. Zu Gefahren für die Bausubstanz infolge von Energieeinsparung s. Selk NZM 2023, 393.

⁷¹ Ausf. Lee NZM 2023, 483.