

# **Minol Fachtagung 2011**

Rechtsanwalt Heinz G. Schultze:  
Fachanwalt für Miet- und WEG-Recht  
Fachanwalt für Baurecht

## **Das Mietrechtsänderungsgesetz 2011 – Neue Perspektiven bei der Verwaltung von Immobilien**

## 1. Überblick

Das Mietrechtsreformgesetz in der Fassung des Referentenentwurfs vom 25.10.2011 sieht folgende Regelungsbereiche vor:

- Vereinfachungen bei der Modernisierung von Wohnraum
- Ergänzungen bei der Beendigung von Wohnraummietverträgen
- Vereinfachung bei der zwangsweisen Räumung von Wohnungen

Einzelne Regelungsbereiche wurden dabei gegenüber dem Entwurf vom 11.5.2011 nochmals überarbeitet.

## 2. Modernisierung von Wohnraum

### a) Aktuelle Rechtslage

Nach der aktuellen Rechtslage hat der Vermieter einen Duldungsanspruch nach § 554 BGB, soweit er die Mietsache instandsetzen möchte. Hierfür besteht keine gesetzlich normierte Ankündigungsfrist.

Soweit der Vermieter eine Modernisierung durchführen will, hat er dies dem Mieter mit einer Frist von 3 Monaten anzukündigen. Der Mieter kann bis zum Ablauf des Folgemonats mit einer Kündigung reagieren, die zum Ablauf eines weiteren Monats das Mietverhältnis beendet, § 559 Abs. 3 BGB.

Will der Vermieter die Modernisierung auch dafür nutzen, eine Mieterhöhung auszusprechen, hat er die Regelungen in § 559 BGB zu beachten. Er kann 11 % der Kosten für die Modernisierung auf den Jahresbetrag der Nettokaltmiete aufschlagen. Die erhöhte Miete ist mit dem Beginn des 3. Monats, der auf die Mitteilung folgt, wirksam. Die Frist verlängert sich um weitere 6 Monate, wenn der Vermieter die voraussichtliche Miete nicht mit der Modernisierungsankündigung nach § 554 BGB bereits mitgeteilt hatte.

### b) Probleme der aktuellen Rechtslage

Die aktuelle Rechtslage ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vermieter einerseits häufig den Fehler begehen, überhaupt keine Modernisierungsankündigung auszusprechen, so dass die Mieter es in der Hand haben, einen Baustopp zu erwirken und damit den Vermieter in monetär problematische Situationen zu bringen. Die Bauunternehmen machen Zusatzkosten nach entsprechenden Behinderungsanzeigen<sup>1</sup> und Wiederaufnahmekosten nach längeren Bauunterbrechungen<sup>2</sup> geltend. Der Auftragnehmer kann ferner den Bautenstand abrechnen<sup>3</sup> und Vertragsfristen, die bauseitig Termintreue sicher stellen sollten, können ganz entfallen<sup>4</sup>.

Schließlich sieht sich der modernisierende Vermieter nicht selten anwaltlichem Schriftverkehr ausgesetzt, weil den vertretenen Mieter vorgeblich eine unbillige Härte träfe, wenn die Arbeiten ausgeführt würden, § 554 Abs. 2 BGB.

---

<sup>1</sup> § 6 Nr. 6 VOB/B

<sup>2</sup> § 6 Nr. 7 VOB/B

<sup>3</sup> § 6 Nr. 5 VOB/B

<sup>4</sup> BGH NJW 1966, 971

In dieser Situation sieht sich der Vermieter ggf. veranlasst, den lästig gewordenen Mieter die Duldung oder gar die Mietvertragsbeendigung durch regelmäßig vierstellige und mitunter auch fünfstellige Geldleistungen schmackhaft zu machen.

Die Ursache für diese Verfahrensweise ist maßgeblich in den Hürden der bisherigen – vor allem aus Berlin stammenden - Rechtsprechung begründet, die die Meßlatte für eine formwirksame Modernisierungsankündigung so hoch gesteckt hat, dass ohne anwaltliche Hilfe und genaue Vorplanung die Voraussetzungen nicht erfüllbar scheinen. So wurde bis in jüngster Zeit nicht nur verlangt, dass exakt der Ist-Zustand der Wohnung zu beschreiben sei<sup>5</sup>, sondern auch, dass der Mieter im Einzelnen darüber zu unterrichten sei, an welchen Stellen der Wohnung genau welche Arbeiten ausgeführt werden sollen<sup>6</sup>.

Der Mieterhöhungserklärung kann der Vermieter wiederum nur schwerlich entgehen, will er nicht unmittelbar Geld verschenken, zumal er bei einer fehlenden Modernisierungsankündigung bereits 6 Monate verschenkt hat, § 559b Abs. 2 BGB. Die Rechtsprechung stellt auch hier erhebliche Darlegungs- und Begründungsanforderungen an die Mieterhöhungserklärung. Die Streitpunkte konzentrieren sich hierbei auf folgende Bereiche:

- Stellt die bauliche Maßnahme überhaupt eine Modernisierung dar<sup>7</sup>?
- Sind die Kosten korrekt erläutert<sup>8</sup>?
- Wurde der Instandsetzungsanteil betragsmäßig korrekt berücksichtigt<sup>9</sup>?

### c) Mietrechtsreform

Die Mietrechtsreform schafft für die Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen ein neues Kapitel. § 554 BGB wird aufgehoben und stattdessen werden die §§ 555a-e BGB eingefügt. § 559 BGB wird überarbeitet.

#### aa) Legaldefinition

Die Maßnahmen „zur Erhaltung der Mietsache“ (§ 554 BGB) soll es künftig nicht mehr geben. Stattdessen werden die aus dem WEG-Recht bekannten Begriffe der Instandhaltung und Instandsetzung eingeführt. Für sie wird der im WEG-Recht unbekannt Oberbegriff der „Erhaltungsmaßnahme“ legaldefiniert, § 555a Abs. 1 E-BGB.

#### bb) Ankündigung

Neu ist auch die gesetzliche Regelung, dass Erhaltungsmaßnahmen vom Vermieter „rechtzeitig“ anzukündigen sind, § 555a Abs. 2 E-BGB. Insoweit wird die gleichlautende Rechtsprechung hierzu umgesetzt<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> LG Berlin, Az. 67 T 52/04, Vgl. aber auch Rz. 19

<sup>6</sup> LG Berlin GE 1992, 1099, LG Berlin ZMR 1999, 554, AG Hamburg ZMR 2004, 825, Vgl. aber auch Rz. 22

<sup>7</sup> LG Berlin GE 1983, 1067: Rufanlage ist keine Modernisierung, wenn Türöffner bereits existiert, LG Berlin GE 1992, 1099: Tausch von Einfachverglasung durch Doppelverglasung in Küche und Speisekammer stellt keine Verbesserung dar

<sup>8</sup> LG Berlin, Az. 64 S 170/02: Die durch die eingebaute Toilettenspülung erzielbare Wassereinsparung muss dargelegt werden, BGH NZM 2004, 252 in Bezug auf Fenster (Angabe des K-Wertes der neuen Fenster)

<sup>9</sup> LG Berlin, Az. 64 S 170/02: Fiktive Instandsetzungskosten sind nachvollziehbar aus Gesamtkosten auszugliedern

<sup>10</sup> BGH-Urteil vom 4.3.2009, VIII ZR 110/08, AG Hamburg ZMR 2004, 825, AG Köln WuM 1986, 86

### cc) Duldung von Modernisierungsmaßnahmen

In der Gesetzesnovelle werden zunächst Modernisierungsmaßnahmen legaldefiniert, § 555b BGB-E. Dies sind Maßnahmen

- zur Einsparung des Wasserverbrauchs
- zur Einsparung von Primär<sup>11</sup>- oder Endenergie
- zur effizienteren Nutzung von Energie
- zur nachhaltigen Gebrauchswerterhöhung<sup>12</sup>
- zur Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse<sup>13</sup>
- zur Schaffung von neuem Wohnraum und schließlich
- Maßnahmen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat<sup>14</sup>.

Mit Endenergie sind alle Energieformen gemeint, die in einem Gebäude tatsächlich benötigt werden. Dabei handelt es sich vor allem um Wärmeenergie, die ggf. erst nach Umwandlung anderer Energieformen (Strom, Gas, Öl) zur Verfügung stehen. Unter Primärenergie sind alle natürlich vorkommenden Energieformen zu verstehen (Wind, Wasser, Sonnenenergie, Gas, Öl, Kohle). Nicht erneuerbare Primärenergie ist der Sammelbegriff für die erschöpflichen Energiequellen v.a. also fossile Brennstoffe.

Nach § 555 b Nr. 6 BGB-E hat der Mieter die Maßnahmen zu dulden, wenn der Vermieter rechtlich verpflichtet ist, die Maßnahme durchzuführen. Zu denken ist hier beispielsweise an energetische Ertüchtigungen nach der EnEV oder in einigen Ländern die dem Vermieter auferlegte Verpflichtung zur Installation von Rauchwarnmeldern.

Alle anderen Modernisierungen sind nur in den Grenzen des § 555d BGB-E vom Mieter zu dulden. Die Prüfung der für den Mieter nicht zu rechtfertigenden Härte hat unter den dort genannten Abwägungskriterien zu erfolgen, die mit zwei Ausnahmen die gleichen der aktuellen Rechtslage sind. De lege ferenda<sup>15</sup> sind einerseits auch die Belange der Energieeffizienz oder des Klimaschutzes in die Bewertung einzustellen und andererseits ist dafür die zu erwartende Mieterhöhung nicht bei der Härtefallbewertung einzubeziehen. Die wirtschaftlichen Konsequenzen für den Mieter sollen nicht die Umsetzung der Modernisierung, sondern bestenfalls die Mieterhöhung an sich behindern<sup>16</sup>.

### dd) Ankündigung und Einwendungsfrist

Mit Urteil vom 28.9.2011 hat der BGH die in der Rechtsprechung<sup>17</sup> formulierten Anforderungen an eine Modernisierungsankündigung deutlich reduziert. Nach den Ausführungen der Richter des VIII. Zivilsenates müsse die Ankündigung den Mieter in Lage

<sup>11</sup> Dass bereits die Einsparung von Primärenergie de lege lata ausreichen soll, ist nicht unumstritten, kann aber nicht ernstlich angezweifelt werden (BGH-Urteil vom 24.9.2008, VIII ZR 275/07: „damit dringt die Revision nicht durch“). De lege ferenda wird dies nochmals klar gestellt.

<sup>12</sup> Das sind z.B. Verbesserungen des Zuschnitts der Wohnung, Verbesserung von Belichtung, Belüftung, Wärmeschutz, Schallschutz, Verbesserung der sanitären Anlagen und der Sicherheit vor Straftaten, wohl auch vor Feuer, vgl. Schmidt, Breiholdt, Riecke, ZMR 2008, 341

<sup>13</sup> Das sind v.a. Wohnumfeldverbesserungen wie Errichtung von Spielplätzen, Grünflächen, Stellplätze, Fahrradunterstände

<sup>14</sup> Hierbei handelt es sich um gesetzlich vorgeschriebene Maßnahmen, etwa der Einbau von Rauchwarnmeldern, zumindest in den Ländern, in denen die Pflicht dem Vermieter auferlegt wird, vgl. auch Schmidt pp. a.a.O

<sup>15</sup> Vom zukünftigen Recht aus betrachtet

<sup>16</sup> Die Streichung der wirtschaftlichen Aspekte erfolgte erst mit Entwurf vom 25.10.11

<sup>17</sup> Vgl. unten Rz. 19 und oben Rz. 5 und 6 und LG Hamburg WuM 1990, 18, LG Berlin, 67 T 52/04

versetzen, sich ein realitätsnahes Bild der beabsichtigten Maßnahme zu machen. Ferner müsse der Mieter erkennen, in welcher Weise seine Wohnung verändert werde. Nicht erforderlich sei es demgegenüber, dass jede Einzelheit der beabsichtigten Maßnahme beschrieben werde und jede Auswirkung für den Mieter mitgeteilt werde<sup>18</sup>.

Diese Rechtsprechung hat die überarbeitete Fassung des Referentenentwurfs vom 25.10.11 aufgegriffen und formuliert nun, dass die Modernisierungsankündigung die Art und den Umfang der geplanten Maßnahme „in wesentlichen Zügen“ darstellen müsse. Gleiches gilt insoweit für den Beginn und die Dauer der Arbeiten sowie die voraussichtliche Mieterhöhung (netto und Betriebskosten).

Neu und für den Vermieter eine erhebliche Erleichterung dürfte die Regelung in § 555 c Abs. 2 E-BGB darstellen. Danach darf der Vermieter bei der Modernisierungsankündigung auf „anerkannte Pauschalwerte“ Bezug nehmen, um über die Einsparung von Energie zu informieren. Streitereien, ob die Maßnahme tatsächlich zu einer Verbesserung führt und somit eine Modernisierung darstellt, können damit vermieden werden. So verlangt der BGH im Urteil vom 25.1.2006<sup>19</sup>, dass der Vermieter neben dem Wärmedurchgangskoeffizienten der neuen Fenster („U-Wert“), auch die alten so genau beschreibt, dass der Mieter den „aufgezeigten Energiespareffekt beurteilen kann“. So gibt das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung „Bekanntmachungen der Regeln zur Datenaufnahme und Datenverwendung im Wohngebäudebestand“ heraus<sup>20</sup>. Hier werden neue und alte Gebäudebestandteile mit ihrem jeweiligen Wärmedurchgangskoeffizienten gegenüber gestellt.

Tabelle 2: Pauschalwerte für den Wärmedurchgangskoeffizienten nicht nachträglich gedämmter Bauteile im Urzustand

Bauteil	Konstruktion	Baualtersklasse <sup>1</sup>								
		bis 1918	1919 bis 1948	1949 bis 1957	1958 bis 1968	1969 bis 1978	1979 bis 1983	1984 bis 1994	ab 1995	
		Pauschalwerte für den Wärmedurchgangskoeffizienten in W/(m <sup>2</sup> ·K)								
Dach (auch Wände zwischen beheiztem und unbeheiztem Dachgeschoss)	Massive Konstruktion (insbes. Flachdächer)	2,1	2,1	2,1	2,1	0,6	0,5	0,4	0,3	
	Holzkonstruktion (insbes. Steildächer)	2,6	1,4	1,4	1,4	0,8	0,5	0,4	0,3	
oberste Geschossdecke (auch Fußboden gegen außen, z.B. über Durchfahrten)	Massive Decke	2,1	2,1	2,1	2,1	0,6	0,5	0,4	0,3	
	Holz balkendecke	1,0	0,8	0,8	0,8	0,6	0,4	0,3	0,3	
Außenwand (auch Wände zum Erdreich oder zu unbeheizten (Keller-) Räumen)	Massive Konstruktion (Mauerwerk, Beton, oder ähnlich)	1,7	1,7	1,4	1,4	1,0	0,8	0,6	0,5	
	Holzkonstruktion (Fachwerk, Fertighaus, oder ähnlich)	2,0	2,0	1,4	1,4	0,6	0,5	0,4	0,4	
sonstige Bauteile gegen Erdreich oder zu unbeheizten (Keller-) Räumen	Massive Bauteile	1,2	1,2	1,5	1,0	1,0	0,8	0,6	0,6	
	Holz balkendecke	1,0	0,8	0,8	0,8	0,6	0,6	0,4	0,4	
Fenster, Fenstertüren	Holzfenster, einfach verglast	g = 0,87 <sup>2</sup>		5,0	5,0	5,0	5,0	5,0	–	–
	Holzfenster, zwei Scheiben <sup>2</sup>	g = 0,75 <sup>3</sup>		2,7	2,7	2,7	2,7	2,7	2,7	1,8
	Kunststofffenster, Isolierverglasung <sup>2</sup>	g = 0,75 <sup>3</sup>		–	–	–	3,0	3,0	3,0	1,8
	Alu- oder Stahlfenster, Isolierverglasung <sup>2</sup>	g = 0,75 <sup>3</sup>		–	–	–	4,3	4,3	4,3	1,8
Rollladenkästen	neu, gedämmt	1,8								
	nlr, ungedämmt	3,0								
Türen		3,5								

<sup>1</sup> Baualtersklasse des Gebäudes (bzw. des Bauteils bei neu eingebauten Bauteilen, insbes. Fenster). Die Baualtersklasse 1984 bis 1994 betrifft Gebäude, die nach der Wärmeschutzverordnung vom 24. Februar 1982 (Inkrafttreten 1.1.1984) errichtet wurden.

<sup>2</sup> Isolierverglasung, Kastenfenster oder Verbundfenster, nach 1995 Wärmeschutzverglasung

<sup>3</sup> g = Gesamtniederdurchlassgrad der Verglasung

<sup>18</sup> BGH-Urteil vom 28.9.2011, VIII ZR 242/10

<sup>19</sup> BGH-Urteil vom 25.1.2006, VIII ZR 47/05

<sup>20</sup> Bekanntmachung vom 26.7.2007, einsehbar unter <http://www.bbsr.bund.de/H> (Suchbegriff: Datenaufnahme)

Hinsichtlich der Beanstandungen des Mieters ist nunmehr eine Vornahmefrist in § 555 d E-BGB eingefügt worden. Danach kann der Mieter nur bis zum Ablauf des Monats, der auf die Ankündigung folgt, besondere Härtegründe im Sinne von § 555 c E-BGB geltend machen. Vermieter sind also künftig gut beraten, die Modernisierungsankündigung erst am Monatsletzten zugehen zu lassen, um die Frist für den Mieter möglichst kurz zu halten.

Mit der überarbeiteten Fassung des Referentenwurfs vom 25.10.11 wurde die Formulierung etwas aufgeweicht. Der Mieter kann auch nach Fristablauf noch Einwendungen erheben, wenn er unverschuldet die Frist versäumte und die Gründe hierfür darlegt. Mit Beginn der Baumaßnahmen ist er dann endgültig ausgeschlossen. Eine unverschuldete Säumnis könnte beispielsweise vorliegen, wenn die Gründe zum Fristablauf noch nicht bekannt waren.

Dennoch wird die Frist dem Vermieter vielfach helfen, die Modernisierung zu realisieren. Er ist daher zukünftig noch stärker darauf angewiesen, die Modernisierung anzukündigen, da die Frist nur in Gang gesetzt wird, wenn eine (den gesetzlichen Anforderungen genügende) Modernisierungsankündigung ausgesprochen wurde.

### **ff) Mieterhöhung**

Die Fassung des § 559 BGB wird im Entwurf des Mietrechtsänderungsgesetzes ebenfalls überarbeitet. Neu eingefügt wird im Rahmen der Härtefallüberprüfung die Aspekte des Klimaschutzes und der Energieeffizienz.

Im Rahmen der Erklärung der Mieterhöhung ist nochmals eine Härtefallprüfung durchzuführen, § 559 Abs. 4 BGB-E. Sie entfällt, wenn der Mieter die Einwendungsfrist nach § 555d Abs. 3 BGB – E versäumt hat, der Vermieter die Modernisierung durchführen musste (z.B. EnEV) oder die Immobilie nur in einen allgemein üblichen Zustand versetzt wurde.

Umgekehrt ist der Mieter trotz Fristversäumnis mit der Geltendmachung von Härten nicht ausgeschlossen, wenn die ausgesprochene Mieterhöhung mehr als 10% von der angekündigten Mieterhöhung abweicht, § 555d Abs. 4 Nr. 2 BGB-E.

Hinsichtlich der Abgrenzung von Instandsetzungs- und Modernisierungskosten wird ferner ausdrücklich formuliert, dass diese – soweit erforderlich – durch Schätzung zu ermitteln seien (Absatz 2). Wann die Erforderlichkeit gegeben ist, bleibt der Klärung durch die Rechtsprechung vorbehalten. Auch bei der Mieterhöhungserklärung darf der Vermieter auf anerkannte Pauschalwerte Bezug nehmen, § 559 Abs.1 BGB-E i.V.m. 555c Abs. 2 BGB-E.

Die Modernisierung nach § 559b Abs. 2 BGB-E stellt keine Möglichkeit zur Verfügung, eine Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB-E auszusprechen. Die Schaffung von immobilienbezogenen Einsparungen von Primärenergie ist damit durchsetzbar, begründet aber keinen Anspruch auf eine erhöhte Miete. Der Gesetzgeber hatte insoweit Modernisierungen im Blick, die dem Mieter keinen Vorteil bieten, etwa wenn die Dachfläche zu gewerblichen Zwecken mit Sonnenkollektoren versehen wird und der Vermieter über die Einspeisung von Solarstrom in das allgemeine Stromnetz eine Zusatzvergütung verdienen will.

Die Berücksichtigung von Härten des Mieters im Rahmen der Mieterhöhung ist nicht mehr notwendig, wenn der Vermieter zur Modernisierung verpflichtet ist. Hierbei ist vor allem an Vorgaben der EnEV zu denken, wenn etwa im Rahmen von Fassadeninstandsetzungen auch Dämmarbeiten auszuführen sind.

Es wäre wünschenswert gewesen, die sich aufdrängende Frage nach neuen Betriebskostenumlagen einer gesetzlichen Klärung zuzuführen. Zwar sind die zukünftigen Betriebskosten in die Härtefallabwägung einzustellen. Erwartet werden darf aber, dass sich die Betriebskosten nicht nur der Höhe nach verändern. Modernisierungen lösen mitunter auch neue Betriebskosten aus, was unproblematisch ist, wenn sich hierfür bereits eine Umlagevereinbarung im Mietvertrag findet. Verweist dieser etwa auf die Betriebskostenverordnung, stellt der Einbau eines bis dahin nicht vorhandenen Aufzugs betriebskostenrechtlich kein Problem dar. Schwierig wird es indessen, wenn sich keine Vereinbarung im Mietvertrag findet. Insoweit wird die Auffassung vertreten, dass eine ergänzende Vertragsauslegung erforderlich wird, die darüber entscheidet, ob die neuen Betriebskosten umlagefähig sind<sup>21</sup>.

### **gg) Einschränkung des Minderungsrechts des Mieters**

Nach der aktuellen Rechtslage kann der Mieter die Miete mindern, wenn aufgrund der Bauarbeiten die Nutzung der Mietsache nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird, § 536 Abs. 1 BGB. Diese hierdurch entstehenden Kosten gehören nicht zu den anrechenbaren Kosten, die nach § 559 Abs. 1 BGB auf die Mieterhöhung umgelegt werden können<sup>22</sup>.

Die Neuregelung in § 536 Abs. 1 BGB-E sieht vor, dass der Mieter wegen Beeinträchtigungen durch Baumaßnahmen, die der energetischen Modernisierung dienen, keine Mietminderung mehr geltend machen kann. Mit der Überarbeitung des Referententwurfs unter dem 25.10.11 ist diese Beschränkung auf 3 Monate befristet worden, § 536 Abs. 1a E-BGB. Hierdurch soll der Vermieter zu einer zügigen Umsetzung angehalten werden.

### **hh) Contracting**

Mit Urteil vom 6.4.2005<sup>23</sup> stellte der BGH fest, dass im laufenden Mietverhältnis die Übertragung der Versorgung mit Wärme und Warmwasser auf einen Contractor nur dann zulässig im Sinne einer Kostenabwälzung auf den Mieter ist, wenn hierfür eine ausdrückliche Regelung im Mietvertrag enthalten ist<sup>24</sup>. Eine gesetzliche Grundlage, etwa nach der HeizkV gäbe es (insbesondere § 7 Abs. 3, 1 HeizkV) nicht.

Auch im Urteil vom 20.6.07<sup>25</sup> verlangte der BGH eine exakte vertragliche Grundlage hinsichtlich der Belieferungsart. Der Vermieter hatte im Mietvertrag die Zulässigkeit der Belieferung durch Fernwärme vereinbart und anschließend mit einem Nahwärmecontractor einen Vertrag abgeschlossen. Der BGH stellt fest, dass Nahwärme und Fernwärme unterschiedlich zu behandeln seien, so dass eine vertragliche Grundlage für die Kostenumlage fehle.

Nur eine Woche später entschied der BGH<sup>26</sup>, dass eine wirksame Umlagevereinbarung von Fernwärmekosten bereits dann vorliege, wenn der Vertrag die Umlage der in Anlage 3 zu §

<sup>21</sup> OLG Köln ZMR 1995, 69 (BGH-Urteil vom 7.4.2004, VIII ZR 167/03 ist auch von einer konkludenten Vereinbarung der Mietvertragsparteien ausgegangen und kann somit keine allgemeingültige Aussage zu einem Anpassungsanspruch des Vermieters darstellen)

<sup>22</sup> OVG Berlin GE 1982, 273, Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, 9.A. § 559 Rz. 161

<sup>23</sup> BGH-Urteil vom 6.4.2005, VIII ZR 54/04

<sup>24</sup> Ebenso BGH-Urteil vom 1.6.2005, VIII ZR 84/04

<sup>25</sup> BGH-Urteil vom 20.6.2007, VIII ZR 244/06

<sup>26</sup> BGH-Urteil vom 27.6.2007, VIII ZR 202/06

27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung (II. BVO) genannten Kostenarten vorsehe<sup>27</sup>. Dabei bezieht sich der BGH auf seine Rechtsprechung, wonach die einfache Bezugnahme auf die (hier:) Betriebskostenverordnung (BetrkV) hinreichend konkret sei, um die dort ausdrücklich benannten Betriebskosten auf den Mieter abzuwälzen<sup>28</sup>.

Konsequent in diese Linie passt auch das BGH-Urteil vom 16.7.2003<sup>29</sup>. Der Mietvertrag im zugrundeliegenden Fall sah keine Umlagemöglichkeit vor. Der Vermieter hatte indessen von einer gesetzlichen Sonderregelung für die neuen Bundesländer Gebrauch gemacht. Dort galt bis zum 31.7.1995 die Betriebskostenumlageverordnung (BetrkUV)<sup>30</sup> vom 17.6.1991. Diese erlaubte dem Vermieter durch eine einfache schriftliche Erklärung, Betriebskosten ab dem 1.10.1991<sup>31</sup> einzuführen. Um welche Betriebskosten es sich dabei handeln durfte, bestimmte eine Anlage zu § 1 Abs. 5 BetrKUV. Soweit keine abweichenden vertraglichen Regelungen bestanden, durften nach dieser Anlage auch die Kosten der Nah- und Fernwärmebelieferung umgelegt werden. Diese Regelung wurde ab 1.8.1995 befristet bis zum 31.12.1997 durch § 14 Miethöhegesetz (MHG)<sup>32</sup> abgelöst<sup>33</sup>.

Ob überhaupt eine Regelung enthalten sein muss oder es genügt, dass der Mieter in der gegebenen Versorgungssituation angemietet hat, ist vom BGH mit Urteil vom 20.6.07 geklärt worden<sup>34</sup>. Ein Mieter hatte eine Wohnung mit Nahwärmebelieferung angemietet. Der Mietvertrag enthielt keine Verweisung auf die II. BVO oder sonst einen Hinweis, der auf die vorhandene Nahwärmebelieferung schließen ließ. Der VIII. Senat nimmt auf sein Urteil vom 6.4.05<sup>35</sup> ausdrücklich Bezug und stellt fest, dass aus dem postulierten Erfordernis einer vertraglichen Grundlage für die Umstellung auf Wärmecontracting nicht geschlossen werden dürfe, dass das Erfordernis entfalle, wenn schon vor Abschluss des Mietvertrages eine Nahwärmebelieferung geschaffen worden sei.

- Verweist der Mietvertrag, der nach dem 1.1.2004<sup>36</sup> geschlossen wurde, in der Umlagevereinbarung auf die Betriebskostenverordnung, sind die Kosten sowohl für Nah- als auch für Fernwärme auf den Mieter umlegbar. Das gilt sowohl für den Neuabschluss, als auch für einen Wechsel im bestehenden Mietverhältnis.
- Die gleiche rechtliche Situation ergibt sich, wenn die Umlagevereinbarung auf die jüngere Fassung der Anlage 3 zu § 27 der II. BVO verweist (Vertragsschluss zwischen 1.3.1989 und 31.12.2003)<sup>37</sup>.
- Erfolgte der Vertragsschluss zwischen dem 1.4.1984 und 28.2.1989, besteht nur in Bezug auf Kosten der Fernwärmebelieferung eine Umlagemöglichkeit<sup>38</sup>.
- Gibt es im Vertrag weder eine der vorstehenden Verweisungen noch eine ausdrückliche Regelung, bedarf es einer Umlageerklärung nach BetrKUV oder MHG für einen Mietvertrag, der zwischen 1.10.1991 und 31.12.1997 in den neuen Bundesländern geschlossen wurde.

<sup>27</sup> Im Ergebnis auch für Nahwärme, BGH-Urteil vom 13.6.2007, VIII ZR 78/06

<sup>28</sup> BGH-Urteil vom 7.4.2004, VIII ZR 167/03 (Dachrinnenreinigung)

<sup>29</sup> BGH-Urteil vom 16.7.2003, VIII ZR 286/02

<sup>30</sup> BGBl. I 1991, S. 1270

<sup>31</sup> §§ 1 Abs. 1, 11 Abs. 1 BetrKUV

<sup>32</sup> Mietenüberleitungsgesetz vom 6.6.1995, BGBl. I. S. 748

<sup>33</sup> jedoch beschränkt auf Mietverhältnisse, die vor dem 11.6.1995 geschlossen wurden, § 14 Abs. 1 MHG

<sup>34</sup> BGH-Urteil vom 20.6.2007, VIII ZR 244/06

<sup>35</sup> BGH-Urteil vom 6.4.2005, VIII ZR 54/04

<sup>36</sup> 1.1.2004 Inkrafttreten der BetrKUV

<sup>37</sup> VO zur Änderung energiesparrechtlicher Vorschriften vom 19.1.1989 BGBl. I. 1989, 109, 112

<sup>38</sup> Neufassung der II. BVO vom 5.4.1984 BGBl. 1984, 553, 577

- Gibt es keine vertragliche Regelung oder eine wirksame Umlageerklärung, ist eine nachträgliche Vereinbarung oder Einwilligung des Mieters notwendig. Zu regeln ist dabei nicht nur die Versorgungsart (Nah-Fernwärme), sondern auch die Vertragsvariante (Mieter bzw. Vermieter werden Vertragspartner des Contractors).

In diesen Kontext der Rechtslage ist § 556 c BGB-E einzubetten. Eine Änderung der Betriebskostenverordnung erfolgte nämlich im Übrigen nicht.

Die Vermieter, die bisher über keine Umlagemöglichkeit vertraglicherseits verfügten, werden durch diese gesetzliche Regelung privilegiert. Sie hatten bis dato keine Möglichkeit, einseitig die Versorgungsart zu wechseln. Sie werden nun rechtlich mit den Vermietern gleich gestellt, die vorher die Möglichkeit hatten. Für sie ergeben sich künftig Nachteile. Nach der neuen Regelung ist die Umstellung der Versorgungsart nur zulässig, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen:

- durch die Umstellung wird End- oder nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig eingespart
- die Kosten der Wassererwärmung und Beheizung steigen nicht.

Demgegenüber interessiert den BGH nach der aktuellen Rechtslage eine Kostensteigerung bei der Umstellung grundsätzlich nicht<sup>39</sup>. Der Vermieter sei auch unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots nicht gehalten, eine bestimmte Belieferungsart den Vorrang einzuräumen. Der Senat führt aus:

*„Diesem Einwand liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichte den Vermieter schon bei der Auswahl unter den örtlich angebotenen Versorgungsarten und nicht erst innerhalb der von ihm gewählten Versorgungsart stets die wirtschaftlich vorteilhafteste Versorgungsalternative zu wählen. Ein solches Verständnis des mietrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebotes erscheint dem Senat als zu weit gehend“. (Tz. 14)*

Wohnungseigentümergeinschaften können mithin nicht mehr zur Reduzierung der eigenen Instandhaltungsaufwendungen in Bezug auf die eigene Heizungsanlage einfach die Belieferungsart wechseln, auch wenn dies für den Mieter möglicherweise keine Vorteile bringt. Indessen erscheint die neu geschaffene Selektion zunächst härter als sie ist. Die Contractoren konkurrieren vielfach mit veralteten Heizsystemen, die ökologisch und ökonomisch keine großen Hürden darstellen. Einzig die Vertragsvariante, bei der im Rahmen der Nahwärme die Belieferung über den Contractor erfolgt, indem er die bestehende Anlage erwirbt, wird auf dem Markt kaum noch eine Chance haben.

Bestehende Contractingverhältnisse sollen von der Gesetzesänderung nicht tangiert werden<sup>40</sup>.

### 3. Weiterer Tatbestand für fristlose Kündigungen

In den bestehenden § 569 BGB wird ein neuer Abs. 2a eingefügt, der dem Vermieter eine rechtliche Klarstellung im Rahmen verzögerter Kautionszahlung eröffnet. Danach wird eine fristlose Kündigung auch eröffnet, wenn der Mieter bei der rätierlichen Bezahlung der

<sup>39</sup> BGH-Urteil vom 13.6.2007, VIII ZR 78/08

<sup>40</sup> Begründung Seite 37

Sicherheitsleistung nach § 551 mit einem Betrag von mehr als zwei Monatsnettokaltnieten in Verzug ist. Die Regelung soll nur für Mietverhältnisse gelten, die bei Inkrafttreten des Mietrechtsänderungsgesetzes noch nicht abgeschlossen waren, Art. 229 EGBGB. Die sogenannte Schonfristzahlung soll aber auch für diesen Kündigungstatbestand gelten, (§ 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

#### **4. Ausschluss des Münchener Modells bei der Eigenbedarfskündigung**

##### **a) Aktuelle Rechtslage**

Ausgangsposition für das sog. Münchener Modell war das Urteil des BGH vom 27.6.2007<sup>41</sup>. In dem Urteil entschied der VIII. Zivilsenat, dass eine Eigenbedarfskündigung auch dann zulässig sei, wenn eine GbR Vermieterin sei und diese kündige, weil einer ihrer Gesellschafter einen Eigenbedarf an der Mietsache anmelde. Die Differenzierung der Vermieterseite nach Vermietermehrheiten, die als GbR oder als einfache Personenmehrheit (z.B. Eheleute, Erbengemeinschaft) vermieteten, sei nicht veranlasst. Vielfach sei die rechtliche Verfassung von mehreren Vermietern nur dem Zufall geschuldet. Um Missbrauch zu vermeiden, zog der BGH nur insoweit eine Grenze ein, als dass der sich auf Eigenbedarf berufende Gesellschafter schon zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses Gesellschafter der GbR sein müsse.

Ein Bauträger in München legte diese Entscheidung großzügig aus und verfuhr folgendermaßen. Er initiierte die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in die er Kaufinteressenten für eine bestimmte Immobilie aufnahm. Im Gesellschaftsvertrag war ferner für jeden der „Kunden-Gesellschafter“ ein Sondernutzungsrecht für eine bestimmte Wohnung vereinbart. Als Kaufpreisersatz wurden Gesellschaftereinlagen geleistet. In dieser Konstellation kaufte anschließend die GbR eine Immobilie in München. Im Anschluss hieran sollte die Kündigung der Mieter erfolgen, soweit eine Eigennutzung der Käufer geplant war. Erst danach sollte die Sanierung und die Aufteilung nach WEG erfolgen. Der letzte Akt in diesem Modell war schließlich die Auseinandersetzung der Gesellschaft im Wege der Aufteilung der Wohnungen auf die einzelnen Gesellschafter.

Gegen die Kündigung der GbR wehrte sich ein Mieter und verlor den Rechtsstreit schließlich vor dem BGH<sup>42</sup>. Das Gericht führt aus, dass die Frage, ob die Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf Gesellschafter, die schon zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses Gesellschafter waren, auch im vorliegenden Fall greife, dahin stehen könne. Eine Kündigungsbeschränkung nach § 577a BGB greife nicht ein, weil die Immobilie zuerst erworben wurde und dann erst nach WEG aufgeteilt werden solle. Die umgekehrte Vorgehensweise werde indessen von der gesetzlichen Kündigungsbeschränkung nicht erfasst.

Die Frage, ob das Urteil vom 16.7.2009 gegen das Urteil vom 27.6.07 verstoße, stellte sich für den BGH nicht; er verwies den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurück, um die vom Berufungsgericht offen gelassene Frage des berechtigten Eigenbedarfs zu klären.

##### **b) Geplante Rechtsänderung**

Das Mietrechtsänderungsgesetz sieht eine Ergänzung des § 577a BGB durch einen Absatz 1a vor, so dass der Kündigungsschutz auch greifen soll, wenn vermieteter Wohnraum auch an

<sup>41</sup> BGH-Urteil vom 27.6.2007, VIII ZR 271/06

<sup>42</sup> BGH-Urteil vom 16.7.2009, VIII ZR 231/08

eine Personengesellschaft veräußert werden soll. Das soll indessen nicht gelten, wenn die Erwerber demselben Hausstand oder derselben Familie angehören.

## 5. Beschleunigte Räumung von Mietnomaden

Der Gesetzgeber hat sich das Ziel gesetzt, den Vermietern bei der Abwehr von Mietnomaden zu unterstützen. Hierzu hat er verschiedene Reaktionsmöglichkeiten des Vermieters geschaffen.

### a) Reaktion auf unberechtigte Mietminderungen

Mietnomaden schieben gerne vermeintliche oder geringfügige Mängel vor, um erhebliche Mietminderungen und Zurückbehaltungsrechte für sich zu reklamieren. Hierdurch soll die Durchsetzung der Mietforderung und die Schaffung von Räumungstiteln erschwert werden.

Hierfür wird ein § 302a in die ZPO eingefügt. Hiernach soll das Gericht für die nach Rechtshängigkeit fällig werdenden Mieten anordnen können, dass der Mieter die Mietzahlung bis zum Ende des Rechtsstreits zu hinterlegen hat.

Der Mieter hat also in jedem Fall monatlich den Geldmittelabfluss in Höhe der Miete, so dass die Geltendmachung von Mietminderung und Zurückbehaltung keine Aussicht auf Liquiditätsverbesserung hat.

Der Nachteil der Regelung besteht indessen darin, dass die Vermieterklage eine „*hohe Aussicht auf Erfolg*“ haben muss, damit der Richter auf Antrag entsprechende Anordnungen trifft. Wie der Richter mit diesem Tatbestandsmerkmal umgehen soll, erscheint indessen unklar. Die hierfür erforderliche Bewertung des Prozessstoffes soll nach der Gesetzesbegründung unter Auswertung des Vortrages der Parteien und der eventuellen Beweisergebnisse erfolgen. Ausdrücklich hingewiesen wird auch darauf, dass auch für diese Bewertung der Strengbeweis gelten solle.

Im Ergebnis wird die Regelung daher sehr oft nicht weiter helfen. Soweit der Mieter ein Feuerwerk an Mietmängeln im Rechtsstreit abbrennt, wird der Richter nicht kursiv entscheiden können, ob die Einwendungen glaubhaft sind. Er muss sich Gewissheit insoweit verschaffen. Möglicherweise wird dies im Wege der richterlichen Inaugenscheinnahme erfolgen können. Diese Beweiserhebungsart ist bekanntermaßen bei der Justiz unbeliebt und wird vielfach auch ein untaugliches Mittel sein, weil das Gericht das Urteil eines unabhängigen Sachverständigen benötigt, um etwa die Funktionsfähigkeit der Heizungsanlage oder die Ursächlichkeit der Schimmelbildung beurteilen zu können. Der rechtlich geschickt vortragende Mietnomade wird mithin schnell Lücken finden, die Anordnung zu vereiteln. Sie mag daher nur dem Vermieter Vorteile bringen, der in die II. Instanz gezerzt wird, um die Räumung noch weiter hinaus zu zögern. Große Zeitvorteile wird es insoweit nicht geben.

Richtiger wäre es gewesen, die Anordnung voraussetzungsfrei zuzulassen. Die Darstellung der Gesetzesbegründung, wonach die Rechte auf Mietminderung und insbesondere Zurückbehaltung nicht beschnitten werden dürften, damit der Mieter seinen Erfüllungsansprüchen Nachdruck verleihen kann, überzeugt nicht. Der Mieter müsste zwar weiter den vollen Mietbetrag entrichten. Er würde ihn aber von der Hinterlegungsstelle in der Höhe zurück erhalten, in der Mietminderung und Zurückbehaltung sich als gerechtfertigt

herausgestellt haben, weil das Gericht insoweit die Rechte ausgeurteilt hat. Der Druck auf den Vermieter wird nicht geringer, da er jedenfalls während des gesamten Verfahrens keine Miete erhält. Keiner der Parteien könnte mithin die Verfahrensdauer mehr für sich ausnutzen.

Die Anordnung im geplanten § 940a Abs. 3 BGB-E, wonach der Richter im Falle der unterlassenen Zahlung der Mieten zur Hinterlegungsstelle ein Räumungstitel im Wege der einstweiligen Anordnung schaffen kann, wird daher nur selten Realität werden, wird der Gesetzesentwurf so umgesetzt.

### **b) Räumung nach dem Berliner Modell**

Die Räumung nach dem Berliner Modell ist eine von der Rechtsprechung entwickelte Konstruktion. Alles begann mit einem Urteil vom Kammergericht Berlin vom 14.2.2005<sup>43</sup>. Nach einer fristlosen Kündigung hatte der Vermieter einen Räumungstitel erstritten und sicherungsweise von seinem Vermieterpfandrecht Gebrauch gemacht. Der Gerichtsvollzieher verweigerte die Räumung der Mietsache. Das KG Berlin bestätigte schließlich die Rechtsansicht und führte aus, dass es zudem keine Nutzungsausfallentschädigung nach § 546a BGB gäbe.

Aus der Not machte der BGH im Beschluss vom 17.11.2005<sup>44</sup> eine Tugend und erklärte, dass der Vermieter auf die Räumung durch den Gerichtsvollzieher auf diese Weise auch verzichten könne und diese selbst organisieren könne. Die Möbel müsste er dann einlagern und auf Anforderung herausgeben. Für den Vermieter liegt der Vorteil vor allem in der Ersparnis der hohen Kostenanforderung für die vom Gerichtsvollzieher beauftragte Spedition.

Hierin liegt in der Praxis aber gleichzeitig das Problem. Der Vermieter wird vielfach unfreiwilliger Treuhänder von Sperrmüll, der bei dessen Entsorgung Supermarktgeschirr zur Meißner Porzellan mutiert, so dass er sich im Anschluss u.U. exorbitanten Schadensersatzforderungen ausgesetzt sieht, gegen die er sich rechtlich nur schwer verteidigen kann<sup>45</sup>.

Die Probleme soll der Gesetzentwurf (§ 885a ZPO) beseitigen. Danach übernimmt der Gerichtsvollzieher die Dokumentation der zu entfernenden Sachen des Mieters, wobei er auch Dinge für den Sperrmüll aussortieren kann, an denen offenbar kein Interesse mehr besteht. Fordert der Mieter nach der Räumung nicht binnen eines Monats seinen Hausrat ab, darf der Vermieter die Verwertung über den Gerichtsvollzieher veranlassen. Die Sachen werden dann je nach Wert entweder der Versteigerung oder dem Sperrmüll zugeführt. Die Haftung des Vermieters wird auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Die klassische Räumung durch den Gerichtsvollzieher dürfte damit sein faktisches Ende zum Leidwesen der Speditionsbranche finden.

### **c) Räumung gegen unbekannt Dritte**

Ein weiteres Räumungsproblem will die Bundesregierung mit einem neuen § 940a ZPO-E beseitigen. Der Vermieter hat bei der Räumung sein Nachsehen, wenn der Mieter den Besitz vor der Räumung einer volljährigen Person allein oder zusätzlich überlässt<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> KG Berlin Urteil vom 14.2.2005, NZM 2005, 422

<sup>44</sup> BGH-Beschluss vom 17.11.2005, HI ZB 45/05

<sup>45</sup> BGH-Urteil vom 14.7.2010, VIII ZR 45/08

<sup>46</sup> BGH Beschluss vom 19.3.2008, I ZB 56/06, BGH-Beschluss vom 14.8.88, I ZB 39/08, BGH Beschluss vom 25.6.2004, IXa ZB 29/04

Der Gerichtsvollzieher prüft, wer sich in den Räumen dauerhaft aufhält und gegen wen ein Titel vorliegt; ergeben sich hierbei Differenzen wird es mit der vollständigen Räumung schwer und der Vermieter fängt wieder von vorne an und muss eine Klage gegen den Dritten erheben. Nach § 940a ZPO-E kann in diesen Fällen der Dritte im Wege der einstweiligen Verfügung geräumt werden.

## **6. Abschließende Betrachtung**

Der Entwurf zum Mietrechtsänderungsgesetz beinhaltet eine begrüßenswerte Neuregelung des Rechts der Wohnraummodernisierung. Das Procedere wurde für den Vermieter erleichtert, was zu mehr Rechtssicherheit und auch Rechtsklarheit auf beiden Seiten des Mietvertrages führen wird. Die Chance, für die Vermieter ökonomische Anreize für eine energetische Modernisierung zu schaffen, wurde nicht genutzt. Völlig unzureichend sind die Regelungen zur Eindämmung des Mietnomadentums. Es ist nicht einzusehen, warum dieser Mieterklasse weiterhin der Missbrauch rechtlicher Instrumentarien eröffnet bleiben soll. Die Forderung nach einer voraussetzungslosen Einzahlungsanordnung der geminderten bzw. zurückbehaltenen Mieten im Rechtsstreit sollte daher von den Immobilienverbänden in aller Deutlichkeit formuliert werden.