

Peter Derleder

Die Umstellung auf erneuerbare Energien bei der Mietrechtsreform

1. Einleitung

Die Umstellung der politischen Konzepte auf die ökologischen Erfordernisse des Jahrhunderts kann nicht allein der Staat mit Vorschriften und Subventionen abdecken, sie muss auch im Alltag der Zivilgesellschaft, insbesondere in ihren Rechtsgeschäften realisiert werden. Die bisherige Privatrechtsordnung setzt von ihren liberalen Ausgangspunkten aus primär auf die ökonomischen Interessen, die mit den ökologischen jedoch selten übereinstimmen. In der Grundhaltung, wie sie bei Umfragen ermittelt werden kann, setzt zwar ein Großteil der Gesellschaft auf einen ökologischen Imperativ,¹ in der Praxis wird davon jedoch wenig eingelöst

Legt man Sartres Botschaft zugrunde, dass der Mensch ist, was er tut, was er aus sich macht,² dann wird die große Divergenz zwischen anspruchsvoller Haltung und tatsächlicher Ausführung auch bei den westlichen Zivilgesellschaften deutlich, in denen grüne Parteien ein erhebliches Gewicht erlangt haben und auch die traditionellen Parteien immer stärker ökologische Forderungen übernehmen. Deswegen soll hier einmal der mehr Erfolg versprechende Bereich thematisiert werden, wo der Staat vorangeht und durch Subventionen dem ökologischen Interesse eine ökonomische Infrastruktur zu geben versucht, nämlich zum säkularen Problem des Klimawandels und des Einsatzes erneuerbarer Energien zur Minderung der Treibhausgasemissionen. Auf weltweit erörterten internationalen Konferenzen³ ist insoweit die Zwei-Grad-Grenze⁴ für die Erwärmung des Klimas als kollektives Ziel der Menschheit proklamiert worden, unter besonderer Federführung der deutschen Umweltpolitik. Bereits in den sog. Meseberger Beschlüssen sind die Eckpunkte für eine neue Energie- und Klimapolitik festgelegt worden,⁵ um die Treibhausgasemissionen bis 2020 um 40 % gegenüber 1990 zu reduzieren. Die Umsetzung ist durch das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)⁶ und das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG)⁷ in Angriff genommen worden. Letzteres verpflichtet Bauherren bei Gebäuden, die ab 2009 fertiggestellt werden, erneuerbare Energien einzuplanen, wobei die Wahl zwischen Biomasse, Geothermie, Solarthermie und Umweltwärme eröffnet ist.⁸ Ersatzweise kommt die Nutzung der Kraft-Wärme-Kopplung⁹ und sonstiger Energie-

1 Der ökologische Imperativ, so zu handeln, dass die Wirkungen des Handelns mit der Permanenz menschlichen Lebens auf der Erde verträglich sind, ist vor allem von Hans Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 1979, aufgrund der Erkenntnisse des Club of Rome über die Grenzen des Wachstums (1972) entwickelt worden.

2 L'existentialisme est un humanisme, Paris 1946.

3 Zuletzt auf der Klimakonferenz von Cancun im Dezember 2010, wo sich 194 Staaten immerhin auf die Verlängerung des Kyoto-Prozesses geeinigt haben.

4 Erstmals hat das G 8-Treffen vom Juli 2009 sich darauf festgelegt.

5 Kabinettsbeschluss vom 23.8.2007.

6 Gesetz vom 29.3.2000 (BGBl. I, 305), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11.8.2010 (BGBl. I, 1170).

7 Gesetz vom 7.8.2008 (BGBl. I, 1658), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.7.2009 (BGBl. I, 1804).

8 Siehe die Nutzungspflicht nach § 3 Abs. 1 EEWärmeG.

9 § 7 Abs. 1b EEWärmeG.

sparmaßnahmen¹⁰ in Betracht. Der Klimaschutz ist auch im Koalitionsvertrag der schwarz-gelben Koalition als „herausragende umweltpolitische Herausforderung unserer Zeit“ bezeichnet worden.¹¹ Der Weg in das regenerative Zeitalter ist damit gewiesen, die Technologieführerschaft bei den erneuerbaren Energien damit ausgerufen, also lang vor Fukushima.

Eine konsistente Energiepolitik zeichnet sich aber bislang nicht ab. Einerseits sind die Laufzeiten der Atomkraftwerke aufgrund partikularer ökonomischer Interessen und unter Ausklammerung der Langzeitbelastungen verlängert worden.¹² Andererseits wird an den Subventionen für Windkraft- und Solaranlagen herumgedoktert.¹³ Die technische Entwicklung ist insoweit auch noch keineswegs abgeschlossen. Die Umweltschäden beim Einsatz von Biomasse, durch Maismonokulturen und die Verdrängung der landwirtschaftlichen Betriebe, zeichnen sich schon ab. Die Energiebilanzen sind oft umstritten, so etwa, wenn zur Nutzung von Geothermie Strom für Wärmepumpen benötigt wird. Mit den massiven Subventionen werden zudem keine Tendenzen zur Wirtschaftlichkeit begründet. Es ist deswegen keineswegs überkritisch, von einem Chaos der Energiepolitik zu sprechen.

Der vorliegende Beitrag geht nun der Frage nach, wie der durch ein ungewöhnliches Maß von Subventionen ausgewiesene Primat der Klimapolitik in dieser widerspruchsvollen Gesamtlage privatrechtlich umgesetzt wird. Verliert sich die öffentlichrechtliche Steuerung im privaten Austausch? Welche Verteilungsfolgen löst sie aus? Dafür sind die Wohngebäude mit ihren stark ins Gewicht fallenden Emissionen ein besonders geeignetes Feld, das jedoch zunächst mit den politischen Grundtheoremen und den technischen Gegebenheiten zu konfrontieren ist.

II. Die sozialwissenschaftliche und umwelttechnologische Verarbeitung der energetischen Orientierung

Koalitionsverträge waren in der Vergangenheit nicht selten ein ungesichertes Wunschprogramm. Dies könnte im Hinblick auf das neue Energieparadigma anders sein. Exemplarisch lässt sich dafür das populäre Buch von Claus Leggewie und Harald Welzer heranziehen.¹⁴ Ihre Grundthese geht dahin, dass für die Einhaltung des ökologisch unabdingbaren Zwei-Grad-Klimaziels ein umfassender Kulturwandel erforderlich ist. Die Festlegung darauf ist trotz aller gescheiterten zwischenzeitlichen Konferenzen durchaus noch aussichtsreich. Entsprechende nationale Green New Deals sind zu erwarten. Südkorea hat hier 2009 mit einem Green Growth Act den Vorreiter gespielt und 3,5 % des für 2009 erwarteten südkoreanischen Bruttoinlandsprodukts für grüne Konjunkturprogramme zur Verfügung gestellt.¹⁵ Die OECD-Länder müssen hier nachziehen. Konversionsprogramme sind aufzulegen. Man spricht von einer dritten industriellen Revolution, einem grünen New Deal, einem grünen Kapitalismus.¹⁶ Die Zahl der sog.

10 Siehe dazu § 7 Nr. 2 Energieeinsparverordnung (EnEV).

11 Nr. 1 4 Ziffer 2 des Koalitionsvertrages.

12 Um durchschnittlich 12 Jahre, die nach Fukushima wohl altersgerecht wieder gestrichen werden.

13 Die für 2012 vorgesehene Absenkung der Einspeisevergütung wurde teilweise auf den 1.7.2011 vorgezogen, während bei Biogas eine solche Kürzung trotz erkennbarer Fehlsteuerungswirkungen nicht erfolgt ist.

14 Leggewie/Welzer, Das Ende der Welt, wie wir sie kannten, 2009. Siehe dazu schon Derleder, NZM 2010, 1.

15 Meyer-Ohlendorf u.a., Konjunkturprogramme in Deutschland, Großbritannien, Südkorea und USA, 2009.

16 Stephan Kaufmann/Tadzio Müller, *Grüner Kapitalismus*, 2009.

Klimaskeptiker schrumpft, ihre Argumente halten der wissenschaftlichen Diskussion nicht stand und werden teilweise esoterisch. Wer sich an Konversionsideen nicht beteiligt, gerät in einen moralischen Schatten, der mit dem Schmelzen der Polkappen, dem Untergang ganzer Inselgruppen und der Regionen mit geringer Meereshöhe sowie mit der Vernachlässigung der Nachfolgenerationen auch in den westlichen Industriestaaten assoziiert wird.

Der Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU) hält ein Konzept mit 100 % erneuerbaren Energien bis 2050 für machbar.¹⁷ Er hat sich ausrechnen lassen, dass ein hinreichendes und naturverträgliches Potential zur Verfügung steht. Er fordert eine Reduzierung der gegenwärtigen Kohlendioxid-Emissionen in vier Jahrzehnten um 80 %, um Klimaneutralität zu erreichen. Er tritt (allerdings vor Fukushima) dem Bau neuer Kohlekraftwerke entgegen, die Speicherung des Kohlendioxids durch Carbon Capture and Storage (CCS)¹⁸ komme zu spät und sei in ihren Möglichkeiten noch nicht einzuschätzen. Als Schwachstelle der Nutzung von Windkraftanlagen werden die erheblichen Versorgungsschwankungen angeführt, deretwegen Investitionen in Speicherkapazitäten erforderlich seien. Vor dem Aufbau von Überkapazitäten bei der Gasversorgung durch Pipelines wird gewarnt, da die hohen Kosten sich schon nach wenigen Jahren als nicht erforderlich erweisen könnten. Aber ein die verschiedenen Energiequellen koordinierendes Konversionsprogramm kann auch der SRU nicht vorlegen, da es nicht nur an konsistenten politischen Vorgaben, sondern auch an hinreichender Forschung und Folgenreflexion mangelt.

III. Die Dimensionen einer Modernisierung des Wohnungsbestands

Die öffentlichrechtlichen Vorgaben des § 3 Abs. 1 EEWärmeG für Neubauten im Hinblick auf den Einsatz erneuerbarer Energien können sich auch über die Jahrzehnte nur sehr begrenzt auswirken. Entscheidend sind vielmehr die Maßnahmen an den vorhandenen Gebäuden in Deutschland, nämlich den schätzungsweise 20 Mio. Gebäuden, von denen etwa 18 Mio. Wohnzwecken dienen. In den Wohngebäuden sind wiederum etwa 40 Mio. Wohnungen enthalten. 24 Mio. Wohnungen, also etwa 60 % davon, sind Mietwohnungen, so dass Eigentümer und Vermieter, die ökologisch modernisieren wollen, sich insoweit oft mit ihren Mietern einigen oder andernfalls gegen sie gesetzliche Ansprüche geltend machen müssen.¹⁹ Demgemäß geht es auch um eine neue Mietrechtsreform mit dem Zentralpunkt der Erleichterung energetischer Modernisierungen. Das lohnt sich, da rund ein Drittel der Treibhausgasemissionen aus dem Gebäudesektor stammt.²⁰ Wie diese Reform aussehen müsste, ist aber noch keineswegs absehbar. Vorab muss geklärt werden, wie überhaupt eine Umrüstung im Wohnungsbestand realisiert werden kann. Dafür ist zunächst der Rahmen des aus der Mietrechtsreform 2001 stammenden Normgerüsts zu bestimmen, bevor über die neu zu verarbeitenden energetischen Modernisierungen nach dem Entwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes (MietRÄndG) und dessen tatbestandliche Fassung gesprochen werden kann.

17 Sondergutachten „Wege zur 100 % erneuerbaren Stromversorgung“, 2011.

18 Siehe dazu jetzt den vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vorgelegten Entwurf eines Gutachtens zur Regelung von Abscheidung, Transport und dauerhafter Speicherung von Kohlendioxid.

19 Zu den Zahlen s. den Entwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes aus dem BMJ (Oktober 2010), S. 13.

20 Nach den Erhebungen der McKinsey-Studie, Kosten und Potenziale der Vermeidung von Treibhausgasemissionen in Deutschland; 2006 (für 2004).

Gesellschaftliche Akzeptanz für die Reform ist jedenfalls vorhanden. Über 90 % der Deutschen halten den Ausbau von Versorgungssystemen mit erneuerbaren Energien anstelle fossiler Brennstoffe für wünschenswert.²¹ Bei der Nutzung erneuerbarer Energien werden deutlich geringere Mengen an Treibhausgasen emittiert, insbesondere bei Nutzung von Windkraft- und Photovoltaikanlagen. Deren Herstellung ist zwar mit dem Rückgriff auf fossile Energieträger verbunden, was jedoch wegen der langen Haltbarkeit der Anlagen aufgewogen wird.

IV. Die Duldung von Modernisierungsmaßnahmen und die Mieterhöhung nach altem Recht

1. Die Duldungspflicht

Die maßgebliche Norm für einen Anspruch des Vermieters gegen den Mieter auf Duldung von Modernisierungsmaßnahmen zur Einsparung von Energie ist § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB, der durch eine soziale Härteklausele in § 554 Abs. 2 Satz 2-5 BGB eingegrenzt wird. Durch diese sollen die möglichen Vertreibungsfolgen einer Mieterhöhung zumindest gemildert werden. Außerdem werden in der zugunsten des Mieters zwingenden Norm des § 554 BGB weiterhin die Durchführungsmodalitäten geregelt und ein Aufwendungsersatzanspruch des Mieters begründet. Schon vor 2001 waren Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie duldungspflichtig.²² 2001 wurde die Bestimmung auf sämtliche Energiesparmaßnahmen erstreckt.²³ Während Wasser tatsächlich eingespart werden kann, ist dies wegen des naturwissenschaftlichen Energieerhaltungssatzes physikalisch nicht möglich und deswegen so gemeint, dass die Einsparung eines treibhausgasemissionsträchtigen Trägers angestrebt wird.²⁴ Der Gesetzgeber von 2001 dachte an alle Dämmmaßnahmen sowie an Energiesparlampen, sparsame Umweltpumpen und Aufzugsmotoren.²⁵

Es kam dann zu einer Kontroverse darüber, ob die Energieeinsparung bei der Primärenergie genügt oder die Endenergie beim Mieter maßgeblich ist. Die vom Mieter genutzte Endenergie ergibt sich unter Einbeziehung der Verluste durch Anlagentechnik und Transporte. Primärenergie aus den vorhandenen Energiequellen, von Atom-, Kohle-, Windkraftwerken etc., kann auch eingespart werden, ohne dass beim Endnutzer ein Einspareffekt zustande kommt; eine Maßnahme kann sogar mit Verteuerungen verbunden sein. Dem Mieter können somit, wenn es auf die Primärenergie ankommt, Pflichten wegen umweltfreundlicher Umschichtungen zwischen den Energiequellen auferlegt sein, die zu einer Verteuerung seiner Wohnung führen. Über den Einsparungsmaßstab ist bisher höchststrichterlich nicht entschieden. Der BGH hatte bisher nur einen Zipfel der Problematik anzupacken, in einer Entscheidung vom 24.9.2008.²⁶

Dabei ging es um den Anschluss einer mit einer Gasetagenheizung ausgestatteten Mietwohnung an das aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeiste Fernwärmenetz. Hier hatte das Berufungsgericht ausgeführt, die Ersparnis an Primärenergie sei darauf zurückzuführen, dass das Fernwärmenetz überwiegend aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeist werde. Hieraus ergebe sich ein durchschnittlicher Primärenergiefaktor von 0,7, während dieser bei der Gasetagen-

21 Forsa-Umfrage 2009/10: „Der Mehrheit der Bevölkerung ist für den Ausbau Erneuerbarer Energien.“

22 § 541b BGB a. F.

23 Durch §§ 554, 559 BGB.

24 Blank, WuM 2008, 311.

25 BT-Drucks. 14/4553.

26 BGH, NJW 2008, 3630.

genheizung bei 1,1 liege.²⁷ Es komme nicht darauf an, ob für die Beheizung der Wohnung tatsächlich weniger Energie verbraucht werde. Hierzu befand der BGH ohne jede weitere Problemerkörterung, der Anschluss der Wohnung an das aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeiste Fernwärmenetz sei eine Modernisierungsmaßnahme, zu deren Duldung der Mieter nach § 554 Abs. 2 BGB verpflichtet sei. Im Übrigen hielt die h. M. schon zum alten Recht die Einsparung von Primärenergie für ausreichend.²⁸

2. Die Sondermieterhöhung wegen Modernisierungsmaßnahmen

Die Sondermieterhöhung wegen Modernisierungsmaßnahmen nach § 559 BGB, insbesondere zum Zwecke der Energieeinsparung, folgt nicht der Mietpreisentwicklung am Markt und stellt auch keine Kostenumlegung dar, sondern gibt in Form eines Zuschlags einen Anreiz zur Durchführung solcher Maßnahmen, der mit 11 % der Aufwendungen pro Jahr durchaus erheblich ist und eine Amortisation selbst bei vollständiger Fremdfinanzierung in überschaubarer Zeit ermöglicht.²⁹ Für die modernisierungsbedingte Mieterhöhung gilt keine Kappungsgrenze.³⁰ Aus der bisherigen Miete und dem Zuschlag wird eine neue einheitliche Miete gebildet, so dass in Zukunft Mieterhöhungen nur nach dem Prinzip der örtüblichen Vergleichsmiete gem. § 558 BGB möglich sind.³¹ Das bedeutet, dass der Zuschlag durch die allgemeine Mietentwicklung nach und nach aufgezehrt werden kann. Die Duldungspflicht und die Sondermieterhöhung sind insofern inhaltlich aufeinander abgestimmt, als nur eine nachhaltige Einsparung berücksichtigt wird, also eine auf Dauer messbare.³² Daraus ergibt sich, dass, wenn der Mieter eine Maßnahme dulden muss, auch eine Sondermieterhöhung gerechtfertigt ist. Abzusetzen sind die Instandsetzungskosten, die auf einem bereits fälligen Instandsetzungsanspruch nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB beruhen, wobei Streit darüber besteht, ob bei der Ersetzung alter und bereits steuerlich abgeschriebener Heizkessel eine Reduzierung der Modernisierungskosten auf null anzunehmen ist.³³ In jedem Fall abzuziehen sind ferner gem. § 559a BGB die Subventionen für Modernisierungsmaßnahmen aus öffentlichen Haushalten. Bei der nach dem Koalitionsvertrag 2009 anstehenden Reform ist zunächst zu klären, welche Modernisierungsmaßnahmen zur Energieeinsparung gegenwärtig auf der Agenda stehen.

V. Die anstehenden neuen energetischen Modernisierungsmaßnahmen

1. Energetische Modernisierung mittels Photovoltaikanlagen zur Stromerzeugung

Energetische Modernisierung mit Photovoltaikanlagen³⁴ kann auf verschiedene Weise geschehen. Bei Aufdachanlagen dient das vorhandene Gebäude als Unterkonstruktion der Anlage, wobei durch die Dachneigung und durch Orientie-

27 Siehe die Auflistung der Primärenergiefaktoren bei Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 559 BGB Rn. 67.

28 KG, WuM 2006, 450; LG Berlin, NJW-RR 2001, 1590; LG Hamburg, NZM 2006, 536; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl. 2011, § 554 Rn. 12; Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer (Fn. 27), § 559 BGB Rn. 67 u. 76; s. auch BGH, NJW 2008, 3630.

29 OLG Hamburg, NJW 1981, 2820; Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer (Fn. 27), § 559 BGB Rn. 6.

30 OLG Karlsruhe, NJW 1984, 62.

31 BGH, NJW 2008, 348.

32 BGH, NJW 2002, 519.

33 So Flatow, NZM 2009, 785, 794.

34 Siehe dazu Haselhuhn, Photovoltaik - Gebäude liefern Strom, 2004.

nung nach Süden eine Optimierung der Ausrichtung möglich ist. Die Anlage kann aber auch in das Gebäude integriert sein, indem sie Fassaden- und Dachelemente ersetzt. Ästhetisch kann dies meist mehr überzeugen als aufgesetzte Anlagen. Fassadenelemente lassen sich aber meist nicht ertragsoptimal ausrichten. Hinsichtlich Gewichtigkeit und Tragfähigkeit müssen die Module den ersetzten Teilen der Gebäudehülle gleichwertig sein. Von der Gebäudemodernisierung lösen sich dagegen die Freilandanlagen, wo die Solarmodule in Reihen auf einer Unterkonstruktion und anderweit schwer nutzbaren Flächen platziert werden. Die Solarenergie wird auch von Aufdach- und gebäudeintegrierten Anlagen in das öffentliche Netz eingespeist, wobei eine Wandlung des Gleichstroms in Wechselstrom durch Wechselrichter erfolgt. Aber auch der Verbrauch von Strom in einem mit Solaranlage ausgestatteten Gebäude selbst ist längst Realität.

Der Selbstverbrauch von Solarstrom wird seit 2009 durch das EEG gefördert.³⁵ Er hat den Vorteil, dass er unmittelbar am Ort erzeugt und verbraucht wird, also nicht über das Stromnetz transportiert werden muss. Der Eigenverbrauch muss nur durch Zähler dokumentiert werden, was technisch keinen großen Aufwand verursacht. Gegenwärtig erhält der Anlagenbetreiber allerdings im Falle der Einspeisung eine höhere Vergütung, so dass der Eigenverbrauch zurückgedrängt wird. Überschüssiger Strom, der nicht dem Eigenverbrauch unterliegt, wird in das öffentliche Netz eingespeist. Das beruht auf der Differenzierung des § 33 Abs. 2 EEG, der eine Aufteilung in den einzuspeisenden und in den selbst zu verbrauchenden Teil und Abschläge bei Eigenverbrauchsenergie vorsieht.

Soweit Strom aus Solaranlagen in das öffentliche Netz eingespeist wird, erhält der Betreiber eine hochsubventionierte Vergütung, die ihm über 20 Jahre eine erkleckliche Rendite auf sein Eigenkapital und auf der Basis der Einspeisevergütung auch eine feste Fremdkapitalverzinsung sichert. Nach dem bisherigen § 554 BGB hat der Mieter jedoch insoweit bei enger Auslegung keine Duldungspflicht hinsichtlich einer Modernisierungsmaßnahme, da keine Maßnahme zur Energieversorgung im Gebäude vorgenommen wird. Ebenso wenig hat der Vermieter ein Recht zur Sondermieterhöhung nach § 559 BGB. Da die Subventionen durch die Einspeisevergütung eine Strompreiserhöhung für die Allgemeinheit nach sich ziehen, kann der Vermieter neben der Vergütung nicht auch noch einen modernisierungsbedingten Zuschlag verlangen.

Aber auch soweit ein Direktverbrauch stattfindet, kann der Eigentümer und Vermieter auf eine subventionsgetragene Rendite verwiesen werden, auch wenn die Subvention nicht die gleiche Höhe wie bei Einspeisung erreicht. Er kann deswegen bei einer derartigen Investition nicht auch noch erwirken, dass er zusätzlich zur Veräußerung des Stroms an den Mieter zu einem am Markt gebildeten Preis noch eine Sondermieterhöhung erreichen kann. Ein Doppelgeschäft durch Verkauf und Vermietung muss ihm versagt sein. Im Entwurf des BMJ zur Mietrechtsänderung ist aber noch nicht einmal diese Problematik erkannt. Dass der Mieter auch einen anderen Stromversorger als seinen Vermieter als Vertragspartner wählen kann, führt nur dazu, dass die Eigenverbrauchsmenge sinkt, was im Hinblick auf die höhere Vergütung bei Einspeisung ins öffentliche Netz zu keiner Schädigung des Vermieters führt.

2. Die Stromerzeugung aus Klein-Windkraftanlagen

Strom für Wohnhäuser kann auch mit Klein-Windkraftanlagen auf dem Dach oder in unmittelbarer Gebäudenähe erzeugt werden. Wegen der Schwankungen

35 Siehe § 33 Abs. 2 EEG.

der Windlagen und den Verwirbelungsbedingungen in Wohnorten haben sich die Kleinanlagen noch nicht richtig durchgesetzt, zumal auch Geräuschemissionen unvermeidbar sind. Kleine Windräder, sog. Schnellläufer, können Batterien aufladen, während die Netzeinspeisung Schwierigkeiten bereitet. Dies liegt daran, dass sich die Leistungsdaten bei der Windkraft ständig ändern und die Wechselrichtereinstellung daher prekär ist. Windkraftbezogene Modernisierungsmaßnahmen³⁶ an Wohngebäuden können daher vorerst ausgeklammert werden, da ein einigermaßen wirtschaftlicher Betrieb bisher kaum gelingt. Im Übrigen gelten in mietrechtlicher Hinsicht die gleichen Grundsätze wie beim Solarstrom, so dass bei der Lieferung von Strom durch den Vermieter zu einem am Markt gebildeten Preis keine zusätzliche Sondermieterhöhung gerechtfertigt werden kann.

3. Modernisierung mittels Wärme aus thermischen Solaranlagen

Für die Nutzung der Sonnenenergie zur Erzeugung von Wärme und Warmwasser werden thermische Solaranlagen eingesetzt.³⁷ Deren Hauptelemente sind Sonnenkollektoren, die einen großen Teil des Sonnenlichts absorbieren, ohne allzu viel wieder durch Emission abzugeben. In der Praxis gibt es bisher heute meist Anlagen zur Heizung und zur Erwärmung des Trinkwassers in Ein- oder Zweifamilienhäusern. Für Vierpersonenhaushalte lässt sich etwa über einen 300-Liter-Solartank und eine Kollektorfläche von 4-5 qm die Trinkwassererwärmung organisieren, während eine Raumheizungsergänzung größere Speicher und größere Kollektorflächen benötigt. Die von einer thermischen Solaranlage aufgefangene Solarenergie wird jeweils in Wärme umgewandelt, weitergeleitet und in einem Wärmetauscher gespeichert, der die Wärme an die Warmwasseranlage des Wohnobjekts abgibt. Die technische Entwicklung ist nicht ausgereift, vor allem in Hinblick auf die wegen der jahreszeitlichen Schwankungen erforderlichen Speicherkapazitäten. Bei günstigen Verhältnissen kann damit gegenwärtig die Hälfte des Warmwasserbedarfs gedeckt werden.

Solarthermie wird durch vielfältige Förderung für Hauseigentümer und Vermieter attraktiv. Nicht nur der Bund, die Länder und Kommunen stellen Mittel für den umweltfreundlichen Einsatz von Energie bereit. Die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) und die Bundesanstalt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (Bafa) realisieren Förderprogramme zum Zwecke des Einsatzes erneuerbarer Energien zur Wärmezeugung. Die KfW finanziert bis 100 % der Bauwerkskosten (mit Deckelung bei 75.000 €) mittels zinsgünstigen Kredits oder gibt einen Zuschuss. Die Bafa gewährt Investitionszuschüsse, aber auch Sonderboni für besonders energieeffiziente Häuser.

Während der Anreiz bei der Solarstromerzeugung von der staatlich subventionierten Einspeisevergütung ausgeht, bauen die Anreize bei der Solarthermie auf Darlehen, Zinsvergünstigungen und Zuschüsse zum Einbau von thermischen Solaranlagen in Gebäude. Ob der Einbau einer Solarthermie wirtschaftlich ist, muss jeder Geförderte nach seinen Verhältnissen prüfen und wird dies bisher meist verneinen. Die Duldungspflicht des Mieters nach § 554 BGB kann hier wiederum nicht auf die Einsparung für den konkreten Mieter, sondern nur darauf gestützt werden, dass regelmäßig fossile Brennstoffe durch eine erneuerbare Energie ersetzt werden.

Ob aber darauf unter wirtschaftlichem Gesichtspunkt auch eine Sondermieterhöhung nach § 559 BGB gestützt werden kann, ist zweifelhaft. Ist die Wärme- und Warmwasserversorgung Element der Vermieterleistung, rechtlich also ein

36 Siehe dazu Gasch, *Windkraftanlagen*, 2005.

37 Siehe dazu Hanus, *Thermische Solaranlagen*, 2009.

kaufrechtliches Lieferungselement, dann bezahlt der Mieter diese Leistung im Rahmen der Aufbringung der Betriebskosten nach § 556 BGB. Die Duldungspflicht- und die Miethöheregelung der §§ 554, 559 BGB können allerdings bei einer Reform auch ausdrücklich auf die Einsparung fossiler Primärenergie durch erneuerbare erstreckt werden, so dass die Kontroverse darüber erledigt wird. Dennoch bleibt es anders als bei den traditionellen Dämmungsmaßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz, die zweifelsfrei eine modernisierungsbedingte Mieterhöhung ermöglichten, dabei, dass der Mieter nicht nur den Sondermietzuschlag zahlen, sondern auch die Leistung von Wärme und Warmwasser als Betriebskosten begleichen muss. Das ist jedoch miteinander vereinbar, da der Mieter mit den Betriebskosten nach § 556 BGB nur die Bewirtschaftungskosten, folglich keine Kapitalkosten aufzubringen hat. Anders ist dies bei der Stromlieferung, da der Vermieter insoweit, wenn er liefert, den am Markt gebildeten Strompreis verlangen kann.

4. Geothermische Maßnahmen

Geothermiekraftwerke sind auch in Deutschland seit 2003 in Betrieb,³⁸ wenn hier auch keine so guten Bedingungen bestehen wie etwa auf Island. Geothermische Energie gehört nicht dem Grundstückseigentümer, sondern dem Staat. Die Anlagen oberflächennaher Geothermie können jedoch ohne ein bergrechtliches Bewilligungsverfahren nach § 6 BBergG erstellt werden, wenn die Nutzung auf dem eigenen Grundstück erfolgt. Mittels Wärmepumpen, die durch kontinuierliche Veränderung des Aggregatzustands funktionieren, wird Energie aus der Erde gewonnen. Damit lässt sich insbesondere eine Fußbodenheizung betreiben. Hunderttausende solcher Wärmepumpen sind bereits in deutschen Haushalten installiert. Da für die Wärmepumpen Strom gebraucht wird, ist die Energiebilanz umstritten, kann aber ihrerseits durch Einsatz erneuerbarer Energien verbessert werden. Das EEWärmeG, das, wie schon erwähnt, Eigentümer von Neubauten verpflichtet, einen Mindestanteil des Wärmeenergiebedarfs für das Gebäude mit erneuerbaren Energien zu decken, bezieht neben Solaranlagen, Holzpelletierung und Blockheizkraftwerken auch Wärmepumpen ein, um bis 2020 den Anteil regenerativer Energiequellen für die Bereitstellung thermischer Energie bei Gebäuden auf 14 % zu erhöhen. Die Wirtschaftlichkeit von geothermischen Modernisierungsmaßnahmen ist aber bisher außerordentlich zweifelhaft, da die Erdwärme erst bei einer Tiefe von ca. 15 m keinen jahreszeitlichen Schwankungen mehr unterliegt und mit 3 Grad Celsius bei der Wärmepumpe ankommt. Bei einer Vorlauftemperatur der Pumpe von 35 Grad Celsius muss die Wärme also durch Stromeinsatz um 32 Grad Celsius angehoben werden. Bei nachträglichem Einbau ist daher praktisch bisher keine Wirtschaftlichkeit sicherzustellen.

VI. Die mietrechtliche Neuregelung nach dem Entwurf des Bundesjustizministeriums

Der im Oktober 2010 vom BMJ publizierte Entwurf eines Mietrechtsänderungsgesetzes (MietRÄndG) hat das Kabinett bisher nicht passiert. Nach ihm soll ein neuer Tatbestand der „energetischen Modernisierung“ geschaffen werden, der alle Maßnahmen zur Verbesserung der Energieeffizienz und zum Klimaschutz abdeckt, die Begründungspflichten des Vermieters entschärft, die Rechtsfolgen

38 Das Kraftwerk Neustadt/Glewe. Siehe ferner allgemein zur Geothermie die Publikationen des Deutschen Geoforschungszentrums Potsdam.

fehlerhafter Modernisierungsankündigungen für das Mieterhöhungsverfahren konkretisiert, aber die Verkopplung von Duldungspflicht und Mieterhöhung beibehalten will. In § 555b Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfs werden die (baulichen) Maßnahmen zur nachhaltigen Einsparung von Primär- und Endenergie, zur effizienteren Nutzung von Energie und sonstige Klimaschutzmaßnahmen als energetische Modernisierung definiert.³⁹ Eine Duldungspflicht soll nach § 555b Abs. 2 BGB insbesondere bestehen, wenn der Vermieter rechtlich verpflichtet ist, die Maßnahme durchzuführen, oder wenn es sich um eine energetische Modernisierung handelt, zu der er nicht verpflichtet ist und für die er keine Mieterhöhung nach § 559 BGB verlangt. Die soziale Härteklausele soll weitergelten, aber nicht für die energetische Modernisierung und diejenige aufgrund gesetzlicher Verpflichtung. Der Klimaschutz erhält dadurch Priorität gegenüber den sozialen Härteklausele, die auch durch Mieterhöhungen drohen, allerdings unter Ausklammerung der modernisierungsbedingten Sondermieterhöhung. Möchte der Vermieter die Modernisierungskosten einer freiwillig durchgeführten energetischen Modernisierung durchsetzen, ist die Härteklausele anzuwenden.⁴⁰ Der Vermieter kann danach also entscheiden, ob er unter Verzicht auf eine Sondermieterhöhung nach § 559 BGB die (freiwillige) energetische Modernisierung ohne Rücksicht auf Härtefallgründe durchführen oder diese in Kauf nehmen will. Im Übrigen soll die Durchführung der Maßnahme dadurch erleichtert werden, dass eine Minderung nach § 536 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 BGB des Entwurfs ausscheiden soll, soweit die Minderung auf einer ordnungsgemäß durchgeführten energetischen Modernisierung beruht und der Vermieter zu deren Durchführung rechtlich verpflichtet ist.

Gemäß § 559 BGB des Entwurfs soll nach Durchführung der Modernisierungsmaßnahmen stets die Sondermieterhöhung greifen, also sowohl nach erzwungener wie nach freiwilliger Duldung der Maßnahme. Zur Begründung der Ankündigung einer Modernisierungsmaßnahme soll sich der Vermieter auf Pauschalwerte berufen können.⁴¹ Ohne ordnungsgemäße Ankündigung soll die Duldungspflicht nicht fällig werden.⁴² Ohne ordnungsgemäße Ankündigung und Mitteilung der zur erwartenden Mieterhöhung soll sich deren Fälligkeit um sechs Monate verschieben; so soll es auch sein, wenn die tatsächliche Mieterhöhung die angekündigte um mehr als 10 % überschreitet.

Die Verbände haben nach der Vorlage des Entwurfs sämtlich ihre Enttäuschung erklärt, und die Verabschiedung des Gesetzes ist mit Rücksicht auf die zahlreichen Landtagswahlen des Jahres 2011 noch nicht abzusehen. Die Verbände der Wohnungswirtschaft⁴³ haben eine Überarbeitung gefordert und vor allem kritisiert, dass nur bei einer gesetzlichen Verpflichtung zu einer Maßnahme die modernisierungsbedingte Sondermieterhöhung eingreifen soll. Auch den Minderungsausschluss halten sie dementsprechend für unzureichend.

Der Deutsche Mieterbund⁴⁴ hält einen ausbalancierten Beitrag aller Beteiligten zur Lösung der Probleme energetischer Modernisierung für geboten. Die Duldungspflicht wegen energetischer Modernisierungsmaßnahmen will er auf die nachhaltige Einsparung von Endenergie beschränken und bauliche Maßnahmen, die der Stromerzeugung dienen, ganz ausnehmen. Die bisherige Regelung der

39 Daneben werden Maßnahmen zur Reduzierung des Wasserverbrauchs erfasst.

40 Siehe die Begründung des Entwurfs zu § 555b BGB, S. 19.

41 Entwurfsbegründung S. 20.

42 Entwurfsbegründung S. 21.

43 Siehe etwa die Presseerklärung der Bundesvereinigung Spitzenverbände der Immobilienwirtschaft (BSI) vom 20.10.2010.

44 Presseerklärung des DMB vom 19.10.2010.

VII. Die energetische Neuorientierung und ihre juristische Umsetzung

1. Der Maßstab der Modernisierung

Die Mieter werden es hinnehmen müssen, dass Modernisierungsmaßnahmen nicht nur zu dulden sind, wenn sie einen Vorteil hinsichtlich der Endenergienutzung haben. Insofern folgt der Gesetzgeber mit der Entwurfsbestimmung in § 555b BGB den schon nach altem Recht spürbaren Tendenzen, auf die Primärenergieeinsparung abzustellen. Bemerkenswert ist es, dass in der bisherigen Diskussion nur die Ersetzung fossiler Energieträger durch die in beträchtlichem Umfang geförderten erneuerbaren Energien angesprochen worden ist, nicht aber die Ersetzung besonders treibhausgasemissionsträchtiger Energieträger (Beispiel: Braunkohle) durch weniger klimaschädliche (Beispiel: Erdgas). Daher sollte auch in den Mietrechtsnormen unmittelbar an die Minderung der Treibhausgasemissionen und nicht an den naturwissenschaftlich sinnlosen Begriff der Energieeinsparung angeknüpft werden. Schon im Ausgangspunkt ist in jedem Fall zugrunde zu legen, dass ökologische Interessen nicht stets mit den ökonomischen Interessen der Beteiligten einhergehen. Eine primärenergiebezogene Modernisierungsmaßnahme am Gebäude kann folglich auch dann legitim sein und eine Duldungspflicht tragen, wenn der Endenergieaufwand gleich bleibt. Insofern ist dem Entwurf des BMJ zuzustimmen, der insoweit eine ausdrückliche Regelung enthält.

2. Die Entkopplung von Duldungspflicht und Sondermieterhöhung

Bezieht man die erörterten baulichen Maßnahmen an Gebäuden zur Stromerzeugung mittels Photovoltaikanlagen und aus Klein-Windkraftanlagen, die Modernisierung durch thermische Solaranlagen und geothermische Anlagen ein, dann fragt es sich ferner, ob eine Entkopplung von Duldungspflicht und Mieterhöhung angesagt ist. Sieht man den Klimaschutz als ein die gegenwärtigen ökonomischen Partikularinteressen überragendes Ziel an, dann erscheint es folgerichtig, dass die der Stromerzeugung dienenden Solaranlagen von Eigentümern und Vermietern aufgrund einer Duldungspflicht der Mieter realisiert werden können. Eine Sondermieterhöhung kann es hierfür jedoch nicht geben, wenn man die Subventionen dafür aus öffentlichen Haushalten und die auf der Basis der Einspeisevergütung gewährte Garantierendite und günstige Fremdfinanzierung berücksichtigt. Darüber hinaus kann auch insoweit, als Solaranlagen den Direktverbrauch in einem Gebäude ermöglichen, nur der dafür zu erzielende Marktpreis, nicht aber ein zusätzlicher Mieterhöhungszuschlag verlangt werden. Das entspricht auch der Liberalisierung des Strommarktes,⁴⁵ die den Mieter befähigt, auch einen anderen Stromlieferanten zu wählen. Insofern ist also das Klimaschutzkonzept durch eine erweiterte Duldungspflicht des Mieters zu verwirklichen, der aber keine Sondermieterhöhung nachfolgen kann. Dies ist im Entwurf des BMJ nicht berücksichtigt, da dieser weiterhin von der automatischen Übereinstimmung von Duldungspflicht und Sondermieterhöhung ausgeht.

3. Die neu einzubeziehenden gebäudebezogenen Maßnahmen

Was den Einsatz erneuerbarer Energien für die Wärme- und Warmwasserversorgung durch Solar- und Geothermie sowie Klein-Windkraftanlagen unter Bezug auf Gebäude angeht, hat sich zwar bislang nur die Solarthermie mittels Sonnenkollektoren als einigermaßen wirtschaftlich erwiesen, es geht aber anders als beim Strom um Direktverbrauch aufgrund Leistungen des Vermieters, die im Mietvertrag vorgesehen werden können. Sieht man zunächst von der Wirtschaftlichkeitsfrage ab, so kommt hier weiterhin die Verkopplung von Duldungspflicht und Sondermieterhöhung wie nach altem Recht in Betracht. Der Vermieter kann demgemäß prinzipiell nicht nur Duldung des Einbaus von Sonnenkollektoren verlangen, soweit der Mieter davon überhaupt berührt wird, sondern auch berechtigterweise den Anreiz für eine Energieeinsparung im Sinne des Ersatzes fossiler Energieträger durch erneuerbare Energien in Anspruch nehmen. Er kann also dem Anreiz zur Investition durch Umlegung von 11 % der Kosten des Aufwands folgen und dann die Kosten der laufenden Bewirtschaftung gem. § 556 BGB auf seine Mieter umlegen. Dies ist ohne Weiteres miteinander vereinbar.

4. Die Wirtschaftlichkeitsgrenze

Der Überblick über die Technologien der erneuerbaren Energien hat gezeigt, dass es viele unausgereifte Systeme gibt und deswegen eine völlige Vernachlässigung der Wirtschaftlichkeitsfrage droht, wenn den Vermietern für jede denkbare Erneuerbarkeitsinitiative ein Sondermieterhöhungsrecht als Anreiz gewährt wird. Eine Wirtschaftlichkeitsgrenze muss daher gezogen werden, wenn nicht über Mietsprünge eine Vertreibung der Mieter ermöglicht werden soll. Die bisherige Mietrechtspraxis hat sich insoweit weithin an einem Rechtsentscheid des OLG Karlsruhe vom 20.9.1984⁴⁶ orientiert. In dem von diesem entschiedenen Fall wurde zwar eine nachhaltige Einsparung von 35 % erzielt, die Kosten der baulichen Maßnahme waren aber so hoch, dass die Mieterhöhung die Energieeinsparung um 200 % überstieg. Zum Teil wurde dieser Rechtsentscheid aber auch als überholt angesehen,⁴⁷ nachdem der BGH beim öffentlich geförderten Wohnungsbau eine starre Grenze abgelehnt hatte.⁴⁸ Kommt es in Zukunft auch auf die Einsparung von Primärenergie an, dann kann die Endenergieeinsparung keinen Maßstab mehr für die Wirtschaftlichkeitsgrenze darstellen. Falls der Gesetzgeber nicht die Kraft finden sollte, auch eine Kappungsgrenze für Sondermieterhöhungen nach § 559 BGB einzuführen, wird dementsprechend die Rechtsprechung im Einzelfall die Unzumutbarkeitsgrenze festlegen müssen. Da bei den gebäudebezogenen Maßnahmen die Experimentierphase noch keinesfalls abgeschlossen ist, wird die Rechtsprechung sich an den sozialen und ökonomischen Belangen der Mieter auch ohne Härteklauseel orientieren müssen, etwa am Maß der objektiven Mietpreisüberhöhung nach § 5 WiStG.

5. Die Gebrauchswerteinschränkung während der Modernisierungsmaßnahme

Wird bei kollidierenden Parteiinteressen eine Änderung der Vertragslage im öffentlichen Interesse vorgenommen, dann kann daraus keine einseitige Belastung hergeleitet werden. Damit steht der Minderungsrechtsausschluss für Mieter während der Durchführung der Modernisierungsmaßnahme nicht im Einklang. Weitgehend obliegt die Initiative dem Vermieter, der Mieter hätte dann unein-

46 OLG Karlsruhe, WuM 1985, 17.

47 Siehe etwa Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer (Fn. 27), § 559 BGB Rn. 81.

48 BGH, NZM 2004, 379.

geschränkt die Folgen der Gebrauchswertbeeinträchtigung zu tragen. Insofern bedarf der Entwurf des BMJ einer Korrektur durch paritätische Verteilung des ökonomischen Opfers.

VIII. Resümee

Nach proklamatorischem Aufruf des Zeitalters der erneuerbaren Energien im Koalitionsvertrag 2009 läppert sich die Umsetzung zeitlich und inhaltlich dahin. Die riesigen staatlichen Subventionen führen allein schon zu vielfältigen Fehlsteuerungen mit unabsehbaren Folgen, insbesondere bei der Nutzung von Atomkraft und Biomasse; aber auch durch das Experimentieren zwischen den Energieträgern unter Hintansetzung der Wirtschaftlichkeit ist unproduktiv. Was die gebäudebezogenen Modernisierungsmaßnahmen angeht, so ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar, warum etwa der Direktverbrauch aus Photovoltaikanlagen geringere Förderung genießt als die Einspeisung ins Stromnetz.

Ferner ist es dem Gesetzgeber bisher nicht gelungen, die Förderungsmaßnahmen durch öffentliche Subventionen mit der privatrechtlichen Implementation abzustimmen. Im Streit der Interessenverbände mit ihrer dominant ökonomischen Ausrichtung droht eine Verwässerung des ökologischen Primats. Bei der Stromerzeugung sind die mit der Subventionierung der Einspeisevergütung verbundenen langfristig gesicherten Anreize nicht mit weiteren mietrechtlichen Investitionsanreizen kompatibel. Weder ist das Klimaschutzziel in den mietrechtlichen Bestimmungen als Anknüpfungspunkt hinreichend konkretisiert, noch sind die Verteilungsfolgen bislang in ausgewogener Weise geordnet. Unreflektiert ist vor allem die Beibehaltung des Automatismus der Verknüpfung von Duldungspflicht und Mieterhöhung. So kann dem Mieter durchaus die Duldung einer Photovoltaikanlage auf dem Dach eines Mietshauses zugemutet werden, keineswegs aber eine darauf gegründete Sondermieterhöhung, zumal der Verbraucher die Subventionen generell mit einer Strompreiserhöhung bezahlt. Bei der Investition in solar-, wind- und geothermische Anlagen an Gebäuden für die Belieferung der Mieterhaushalte mit Wärme und Warmwasser besteht im Hinblick auf das gegenwärtig festzustellende chaotische Experimentierstadium, die Unübersichtlichkeit des Aufwands und das Maß der möglichen Mieterhöhungen die Gefahr einseitiger Verteilung der Folgelasten. Ambitionierte subventionierte Gebäudemassnahmen drohen insofern zu sozialer Vertreibung zu führen, was nur durch eine nach Wirtschaftlichkeitskriterien gezogene Kappungsgrenze zu entschärfen ist, die trotz des Primats der Ökologie notwendig bleibt.